Deutsches

Verwaltungsrecht.

Von

Otto Mayer.

Zweiter Band.

Zweite Auflage.

Verlag von Duncker & Humblot.
München und Leipzig 1917.

Ewiger Bund

https://www.ewigerbund.org

Vaterländischer Hilfsdienst

https://www.hilfsdienst.net/

Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren Dr. H. Brunner, früher in Berlin, Dr. V. Ehrenberg in Leipzig, Dr. H. Gerland in Jena, Dr. O. v. Gierke in Berlin, des General-Prokurators Dr. J. Glaser, früher in Wien, der Professoren Dr. C. S. Grünhut in Wien, Dr. A. Haenel in Kiel, Dr. A. Heusler in Basel, Dr. E. Heymann in Berlin, Dr. H. Kantorowicz in Freiburg, Dr. P. Krüger in Bonn, Dr. O. Mayer in Leipzig, Dr. L. Mitteis in Leipzig, Dr. Th. Mommsen, früher in Berlin, Dr. F. Oetker in Würzburg, Dr. M. Pappenheim in Kiel, Dr. F. Regelsberger, früher in Göttingen, Dr. Lothar Seuffert in München, Dr. R. Sohm, früher in Leipzig, Dr. E. Strohal, früher in Leipzig, Dr. H. Triepel in Berlin, Dr. A. v. Tuhr in Straßburg, Dr. A. Wach in Leipzig, Dr. R. Wagner, früher in Leipzig, Dr. L. Wenger in München, Dr. C. Wieland in Basel,

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,
früher Professor in Leipzig.

Sechste Abteilung. Zweiter Band.

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. II. Band.

Zweite Auflage.

Verlag von Duncker & Humblot.
München und Leipzig 1917.

Alle Rechte vorbehalten.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.

Inhaltsverzeichnis.

Zweites Buch.

Erster Abschnitt.

Das öffentliche Sachenrecht.

Seite

§ 33. Die Enteignung; Voraussetzungen und Verfahren 1
§ 34. Fortsetzung; die Wirkungen der Enteignung 39
§ 35. Das öffentliche Eigentum; Begriff und Umfang 71
§ 36. Fortsetzung; die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums 108
§ 37. Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; der Gemeingebrauch. . . . 136
§ 38. Fortsetzung; die Gebrauchserlaubnis 165
§ 39. Fortsetzung; die Verleihung besonderer Nutzungen 181
§ 40. Auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten 204
§ 41. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung 221

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der besonderen Schuldverhältnisse.

§ 42. Die öffentliche Dienstpflicht; Grundlagen 243
§ 43. Fortsetzung; die Anstellung im Staatsdienst. 259
§ 44. Fortsetzung; Zwangsdienstpflicht und übernommenes Ehrenamt . . . 292
§ 45. Fortsetzung; die Dienstgewalt 316
§ 46. Fortsetzung; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse 350
§ 47. Öffentliche Lasten; gemeine Lasten. 382
§ 48. Fortsetzung; Vorzugslasten und Verbandlasten 404
§ 49. Verleihung öffentlicher Unternehmungen. 431
§ 50. Fortsetzung; Rechte und Pflichten des beliehenen Unternehmers . . 453
§ 51. Öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung. 468
§ 52. Fortsetzung; Nebenrechte aus der Anstaltsnutzung. 494
§ 53. Ausgleichende Entschädigung. 516
§ 54. Fortsetzung; Entschädigungsfälle unregelmäßiger Art 555

Dritter Abschnitt.

Die rechtsfähigen Verwaltungen.

Seite

§ 55. Die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts 571
§ 56. Die rechtsfähige öffentliche Anstalt 598
§ 57. Die öffentliche Genossenschaft 617
§ 58. Die Gemeinde 635
§ 59. Das Recht der Vertreterschaft 661
§ 60. Zusammenwirken rechtsfähiger Verwaltungen 682
§ 61. Recht der Staatsaufsicht 707

Zweites Buch.

Erster Abschnitt.
Das öffentliche Sachenrecht.

§ 33.
Die Enteignung; Voraussetzungen und Verfahren.

Gegenüber den im Ersten Buche unseres Besonderen Teiles zusammengefaßten Erscheinungen zeigt die Enteignung stark abweichende Grundzüge. Ein neues Gebiet von Rechtsformen der Verwaltung tut sich mit ihr auf.

In Polizeigewalt und Finanzgewalt stand der Staat über dem Wechsel und der Mannigfaltigkeit des Lebens der Gesellschaft, diesem folgend mit seinen Maßregeln und sich ihm anschließend, um es in Ordnung zu halten und um die Geldmittel daraus zu ziehen, die es ihm greifbar macht. Jetzt tritt er selbst in dieses Leben der Gesellschaft ein, mitten unter die Einzelnen, als der wie sie, und doch nicht wie sie, Geschäfte besorgen will, äußerliche Mittel für diese Zwecke aufstellt und verwendet, sächliche und persönliche, und dabei in allerlei Berührung kommt mit seinen Untertanen, die er in ihrem Dasein und Wirtschaften bald fördert, bald in Anspruch nimmt. Er wird der große Unternehmer für alle Nützlichkeiten, die für das Gemeinwohl, „im öffentlichen Interesse", geschaffen und besorgt werden sollen, der intendant général, wie ihn die französische Rechtswissenschaft bezeichnet[1].

Diese seine Wirksamkeit zerfällt nach den bestimmten einzelnen Zwecken, die da zu verfolgen sind, in die verschiedenen öffentlichen Unternehmungen; darüber hier unten II.

[1] Aucoc, Conf. sur l'adm. I n. 8: die Verwaltung „joue le rôle d'intendant général, d'homme d'affaire de la société, mais d'intendant ayant autorité", d. h. sie hört darum nicht auf, nach öffentlichem Rechte zu leben.

Das öffentliche Unternehmen kann sich darstellen als ein Bestand von Mitteln, welche in seiner Hand je einem solchen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind; dann sprechen wir von einer öffentlichen Anstalt; vgl. unten § 51 Eing.

Das öffentliche Unternehmen, die öffentliche Anstalt, ist aber dem rechtlichen Wesen nach nichts anderes als ein durch diesen besonderen Zweck abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung. Demgemäß sind die dabei sich ergebenden Beziehungen zwischen Staat und Untertan grundsätzlich bestimmt, in den Formen des öffentlichen Rechts, des Verwaltungsrechts, geregelt zu sein; vgl. oben Bd. I S. 118.

Das Verwaltungsrecht legt damit die starre Einseitigkeit jener zwei „Gewalten" ab, wo dem Einzelnen immer nur Befehl, Zwang, Auflage entgegentrat, und alles, was ihm etwa gewährt wurde, nichts weiter war als ein Nachlassen oder Aussetzen der Gewalt. Jetzt wird gegeben wie genommen, beides in mancherlei Gestalt. Ausgleichsmaßregeln knüpfen sich an das eine wie an das andere. Ein frei bewegliches Verkehrsrecht wird den einzelnen Unternehmungen zur Verfügung gestellt, ähnlich wie das Zivilrecht das tut für die Äußerungen des privaten Wirtschaftslebens. Wie dort der privatwirtschaftliche Zweck, so bestimmen hier die Bedürfnisse des öffentlichen Unternehmens das Genauere der Voraussetzungen und Wirkungen der anzuwendenden Rechtsinstitute. Zahlreiche Entlehnungen von Namen zivilrechtlicher Rechtsinstitute betonen diese Verwandtschaft. Vgl. oben Bd. I S. 117. —

Bildet demnach für das zu Betrachtende fortan das öffentliche Unternehmen, das abgegrenzte Stück öffentlicher Verwaltung, den Mittelpunkt, so soll nicht unerwähnt bleiben, daß die hier ausgebildeten Verwaltungsrechtsinstitute in ihrer deutlich erkennbaren Gestalt uns dazwischen auch begegnen auf dem Gebiete privatwirtschaftlichen Lebens, losgelöst also von dem Zusammenhange mit einem öffentlichen Unternehmen. Ein privatwirtschaftlicher Besitz oder Betrieb vertritt dessen Stelle. Das ist nur dadurch verständlich, daß diese privatwirtschaftlichen Unternehmen betrachtet werden als zugleich das öffentliche Wohl in besonderer Weise angehend. Sie sollen um deswillen ausgezeichnet werden durch Schutz und Förderung. Und das wird ihnen zu Teil dadurch, daß Rechtsinstitute, die eigentlich für öffentliche Unternehmungen und Anstalten ausgebildet worden sind, bei ihnen entsprechende Anwendung finden. Diese werden dadurch wirksam auf einem Gebiet, das eigentlich privatrechtlicher Ordnung zu unter-

liegen hat, als Hilfsinstitute des Privatrechts. Sie erleiden dabei selbst auch gewisse anpassende Veränderungen; aber die ursprüngliche öffentlichrechtliche Natur bleibt immer unverkennbar.

Beispiele liefern: das Bergwesen, das Forstwesen, die nicht öffentlichen Gewässer, die Heilquellen. Obwohl von öffentlichen Unternehmen dabei keine Rede ist, kommen doch Rechtsinstitute wie Enteignung, Abgrenzungsakte, Gemeingebrauch, öffentliche Grunddienstbarkeit, Verleihung des Unternehmens, Verleihung von Nutzungsrechten, Entschädigungspflichten öffentlichrechtlicher Grundlage mannigfach dabei zur Anwendung.

Bei einer früheren Darstellung, Theorie des Franz. Verw.R. S. 361 ff., hatte ich diese Erscheinungen in einem besonderen Anhang unter der Überschrift „Unechte öffentliche Anstalten" zusammenzufassen gesucht. Es wird aber unserer Aufgabe wohl genügen, wenn die allgemeine Lehre der so verwendeten öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute hier gegeben und auf diese besonderen Verwendungsfälle im privatrechtlichen Gebiete nur verwiesen wird. —

Die Enteignung ist ein obrigkeitlicher Eingriff in das Eigentum des Untertanen, um es ihm zu entziehen für ein öffentliches Unternehmen.

In dem bestimmten Rechtsinstitute, zu welchem unsere Gesetze die Enteignung ausgebildet haben, ist sie lediglich gegen das Eigentum an Grundstücken gerichtet. Die Inanspruchnahme beweglicher Sachen folgt anderen Regeln; vgl. unten § 47 Note 5.

I. Die Entwicklungsstufen unseres öffentlichen Rechts haben diesem Rechtsinstitute jeweils ihr besonderes Gepräge aufgedrückt[2].

Zuerst erscheint es als ein Stück in jener Sammlung eigenartiger Rechte, aus der die Landesherren die Staatsgewalt bilden sollten. Die Befugnis, Privateigentum zu entziehen, wo das Gemeinwohl das erheischt, wird als ein Hoheitsrecht anerkannt. Ursprünglich ist es das jus eminens, hier dominium eminens genannt, was darin zur Anwendung kommt; zuletzt gilt auch das als

[2] Darüber das Genauere bei G. Meyer, R. d. Expropr. S. 115 ff.; Layer, Prinz. d. Ent.R. S. 64 ff. Im Gegensatze zu G. Meyers gründlichen Forschungen ist, was L. Stein, Verwaltungslehre VIII S. 301 ff., als „Elemente der Geschichte des Enteignungsrechtes" gibt, großenteils Willkür. Wenn er aber die Stufenfolge unterscheidet: „Regalität, verordnungsmäßiges Enteignungsrecht, verfassungsmäßiges Enteignungsrecht", so wird ihm dabei wohl das Richtige vorgeschwebt haben.

ein Stück des jus politiae, womit das Ungewöhnliche des Eingriffs abgestreift ist[3].

Der Polizeistaat verwischt alle vorgefundenen Bedingtheiten und Formen zugunsten eines schrankenlosen Beliebens der Obrigkeit. Indem er für die „zivilrechtlichen Wirkungen", Eigentumserwerb und Entschädigungspflicht, den Fiskus als vom Staate unterschiedenes Rechtssubjekt eintreten läßt, entsteht hier das bekannte polizeistaatliche Mischgebilde[4].

Der Verfassungs- und Rechtsstaat der Neuzeit hat dann für diesen Rechtsvorgang die ihm eigentümlichen Formen so reich und kräftig entwickelt, daß der einfache Grundgedanke geradezu in Gefahr gerät, verloren zu gehen. Wir werden versuchen, ihn festzuhalten[5].

1. Die Enteignung, als der stärkste Eingriff in das Eigentum des Untertanen, gehört im Verfassungsstaate selbstverständlich zum Vorbehalte des Gesetzes. Nach dem Vorbild der déclaration des droits de l'homme pflegen die Verfassungsurkunden bei Aufzählung

---

[3] Ein Beispiel bietet der Bd. I § 3 Note 9 und 19 besprochene Fall. Wenn Gierke, D. P.R. II S. 469, den Staat bei der Enteignung vorgehen läßt „in Ausübung des Staatshoheitsrechtes am Boden", so kommt darin jenes alte längst überwundene jus eminens noch einmal zu Ehren.

[4] Vgl. Bd. I S. 54, S. 55 Note 29. Ein Beispiel für die Formlosigkeit des Vorgehens ebenda S. 40 Note 4. — Die Juristen sträuben sich gerade an diesem Punkte besonders lebhaft gegen die folgerichtige Entfaltung des Polizeistaates. So ist noch Moser, Landeshoheit in Ansehung der Untertanen Pers. u. Verm. cap. 20 § 3, bemüht, die gemäß dem alten Hoheitsrechte allein zulässigen Enteignungsfälle aufzuzählen, kommt aber dabei auf zweifelhaftes Gebiet und schließt mit dem Satze: „Man wird in solcherlei Fällen schwerlich fragen, was Rechtens sei." Das ist eben der Polizeistaat. — Cod. Max. IV c. 3 § 2 und A.L.R. I, 11 § 4 bedeuten demgegenüber noch keine Neugestaltung.

[5] Insofern diese Grundidee herausgehoben werden soll, mögen also auch gegenüber dem gesetzten Rechte Erörterungen noch ihren guten Zweck haben, wie sie z. B. G. Meyer, R. d. Expropr. S. 163 ff., unter der Überschrift „Das staatsrechtliche Prinzip der Expropriation" anstellt. Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 6, sowie Grünhut, Ent.R. S. 4, beide unter der Überschrift „Begründung des Enteignungsrechtes". Aber gegenüber der Allmacht des verfassungsmäßigen Gesetzes ist es überflüssige Mühe, wenn man wie L. Stein, Verwaltungslehre VII S. 295, auf diese Weise erst nachweisen will, wie die von ihm gewollte Enteignung „ein Recht sein könne". Und ebensowenig braucht man sich daneben noch auf einen besonderen „in die Rechte der modernen Staaten aufgenommenen Grundsatz" zu berufen, wonach der Staat „berechtigt" ist, für das öffentliche Wohl zu enteignen, wie Eger, Ent.Ges. S. 1 u. 2, ihn durch elf Schriftsteller bezeugen läßt. Das ist noch die altmodische Gelehrsamkeit des unfertigen Staates der landesherrlichen Hoheitsrechte.

der Grundrechte ihrer ausdrücklich zu gedenken, um hervorzuheben, daß sie nur nach Maßgabe des Gesetzes geschehen könne[6].

Wenn sie demnach stets einer gesetzlichen Grundlage bedarf, so wird diese ordentlicherweise und im Sinne des Rechtsstaates dadurch geliefert werden, daß das Gesetz rechtssatzmäßig bestimmt, wann die Enteignung stattfinden soll, und dann auf Grund dieses Rechtssatzes die vollziehende Gewalt, die Verwaltung und ihre Behörde, im Einzelfalle die Enteignung durchführt. Vgl. oben Bd. I S. 59 ff.

Gültig ist es natürlich auch, wenn statt dessen das Gesetz von freien Stücken im Einzelfalle selbst zugreift und eine Enteignung ausspricht. Das Gesetz, d. h. der in Form des Gesetzes erscheinende Staatswille, kann rechtlich alles; nur eben unser Rechtsinstitut ist das nicht[7].

Davon ist zu unterscheiden, wenn etwa das Enteignungsgesetz bei seiner rechtssatzmäßigen Regelung der Sache für den Ausspruch im Einzelfalle ein besonderes Gesetz, einen gesetzlichen Einzelakt, verlangt. Das ist dann sachlich auch nichts anderes wie ein Verwaltungsakt und bewegt sich im Rahmen unseres Enteignungsinstitutes, gemäß dem hier weiter Vorzutragenden[8].

Die rechtssatzmäßige Regelung kann freilich hier nie so weit gehen, daß im Einzelfalle nur das Gesetz anzuwenden wäre, wie das bei der Steuererhebung oder bei der strafrechtlichen Einziehung der Fall ist. Es gehört zum Wesen der Enteignung, daß sie in gewissem Maße frei und beweglich bleibe, um im Einzelfalle zu finden, was der Lebendigkeit des öffentlichen Unternehmens entspricht.

---

[6] Bayr. V.U. Tit. 4 § 8; Bad. V.U. § 14; Württ. V.U. § 30; Sächs. V.U. § 31; Preuß. V.U. Art. 9. Vgl. Bd. I S. 71 ff.

[7] Gierke, D. P.R. II S. 475 Note 44, sagt von diesem Falle: „Natürlich kann dasselbe Gesetz, das den Enteignungsfall feststellt, zugleich erst den grundlegenden Rechtssatz schaffen". Tatsächlich tut es das nie. Der Rechtssatz soll ihm lediglich der Gleichförmigkeit halber aufinterpretiert werden. Da es eines solchen nicht bedarf, so ist das eine unnötige Gewaltsamkeit.

[8] Franz. Ges. v. 13. Mai 1841 art. 3; Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879; Brem. Verord. v. 14. Juni 1843. Fleiner in Festg. f. Laband II S. 23. Über den Verwaltungsakt in Gesetzesform vgl. Bd. I S. 12. Auch hier kann es dann allerdings geschehen, daß das Gesetz, das diesen Verwaltungsakt geben soll, aus der Rolle fällt und sich auf seine Allmacht besinnt, um unter Durchbrechung der Bestimmungen des allgemeinen Enteignungsgesetzes für diesen Fall frei zu bestimmen, was es will. Insofern ist hier, wie v. Rohland, Ent.R. S. 26, bemerkt, „der Schutz gegen einen Mißbrauch des Enteignungsrechtes problematisch" oder, wie wir wohl richtiger sagen würden: die Herrschaft des Rechtssatzes über die Enteignung im Einzelfall ist hier nicht unbedingt gesichert.

Das Gesetz wird also der Verwaltung hier immer einen gewissen Spielraum lassen müssen, den diese mit freiem Ermessen ausfüllt[9]. Den Forderungen des Rechtsstaates entspricht es, daß dieser Spielraum möglichst eingeschränkt werde durch Voraussetzungen und Grenzen, die für den Eingriff aufgestellt sind, und durch Formen des Verfahrens, welche dabei beobachtet werden sollen; vgl. oben Bd. I § 5, III.

Den Forderungen des Rechtsstaates entspricht es weiter, daß der Eingriff auch hier sich dann nicht vollziehe durch die einfache Tat der Wegnahme des Grundstückes, dessen das öffentliche Unternehmen bedarf, sondern daß sich zwischen den grundlegenden Rechtssatz und diese Tat der obrigkeitliche Akt einschiebe, der bestimmt, daß das für den Betroffenen so Rechtens sein soll. Beim Enteignungsinstitut, das sich auf den Rechtserfolg des Eigentumswechsels an dem Grundstücke richtet, bedeutet das, daß dieser Erfolg im Einzelfalle hervorzubringen ist durch einen Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts. Und zwar wird das unter den gegebenen Umständen ein mit freiem Ermessen zu erlassender Verwaltungsakt sein, eine Verfügung in dem besonderen Sinne, der sich mit diesem Worte verbindet[10].

2. Wie die Dinge sich ordentlicherweise sonst entwickeln, erläßt jede Behörde die für ihren Verwaltungszweig erforderlichen obrigkeitlichen Anordnungen: sie stellt ihre Unterbeamten an, erhebt Gebühren, erläßt Polizeibefehle und Veranlagungen, gewährt Erlaubnisse und Erleichterungen. Dementsprechend macht sie auch die Anschaffung der Sachen, deren ihr Betrieb bedarf, und sollte sie eigentlich auch die Grundstücke, welche sie nicht durch freihändigen Kauf erwerben kann, durch Vornahme der Enteignung an sich bringen. Sie müßte enteignen. Militärbehörde, Justizbehörde, Straßenbehörde, Schulbehörde usw.,

---

[9] Die Enteignung bleibt immer, wie Prazak, R. d. Ent. S. 18, es ausdrückt, „jene Funktion der Verwaltung, kraft welcher diese im Grunde freien Entschlusses ein Recht aufhebt oder beschränkt". — Wir werden sehen, wie im Laufe des Verfahrens dieser Spielraum künstlich sich enger zusammendrängt, so daß schließlich nur noch eine gebundene Entscheidung übrig bleibt; vgl. unten III n. 2. Wir sprechen hier zunächst von der Enteignung als noch ungeteiltem Ganzen.

[10] Vgl. oben Bd. I § 9, II n. 2. — Durch eine besondere Veranstaltung der Gesetze pflegt dieser Verwaltungsakt auseinandergezogen zu sein in zwei zeitlich getrennte Vorgänge, denen auch getrennte Zuständigkeiten entsprechen; vgl. hier unten n. 3. Wir fassen zunächst einmal beides zusammen in seiner sachlichen Einheit.

jede ginge gegebenen Falles dazu über, selbst den Eingriff in das Privateigentum zu machen, der dieses dem Untertanen entzöge, um es ihrem Unternehmen zu widmen. So ist das auch früher gehandhabt worden, bevor die Enteignung in die festen Formen des Verfassungs- und Rechtsstaates gebracht war. Die neuen Enteignungsgesetze aber haben dem Verfahren eine ganz besondere Gestalt gegeben, für welche das französische Recht vorbildlich geworden ist[11].

Die Besonderheit des Verfahrens besteht darin, daß die Einheit des rechtsgeschäftlichen Willensaktes aufgehoben und ersetzt ist durch ein Zusammenwirken mit verteilten Rollen.

Die obrigkeitliche Anordnung der Enteignung geschieht danach gleichmäßig und allgemein durch die dafür ein für allemal bestimmten Stellen, die Enteignungsbehörden. Die Besonderheit des öffentlichen Unternehmens, welchem die Enteignung dienen soll, macht dabei keinen Unterschied; aus allen Verwaltungszweigen laufen die Enteignungen bei diesen Behörden zusammen[12].

Die Stellen, welche berufen sind, das beteiligte öffentliche Unternehmen zu vertreten, und von welchen sonst die dafür erforderliche Enteignung selbst vorzunehmen wäre, werden durch diese Einrichtung aus dem Enteignungsverfahren nicht gänzlich ausgeschlossen; aber sie werden zurückgedrängt auf die Rolle eines Antragstellers und betreibenden Teiles. Die Enteignungsbehörde wird nur tätig auf Antrag des Vertreters des öffentlichen Unternehmens und nach Maßgabe dieses Antrages.

Das Gesamtbild erinnert äußerlich stark an die Art, wie es in der Justiz zugeht, und bereitet den Juristen eine Versuchung, bei seiner Beurteilung in die altgewohnten Geleise einzubiegen. Man denkt dabei an Rechtspflege und Rechtsprechung

---

[11] Franz. Ges. v. 8. März 1810. Auf diesen Zusammenhang verweist: Grünhut, Ent.R. S. 46; Seydel, Bayr. St.R. II S. 352.

[12] Die Gesetze bezeichnen als solche Enteignungsbehörden die Behörden der allgemeinen Landesverwaltung, ordentlichen Verwaltungsbehörden, und zwar meist die der Mittelstufe. Wegen des Eingreifens eines Einzelgesetzes vgl. oben Note 7 u. 8. — Das französische Gesetz vom 8. März 1810 hat das Bild noch verschärft durch eine sehr eigentümliche Hereinziehung des bürgerlichen Gerichts: Die ordentliche Verwaltungsbehörde, bei welcher das Verfahren stattfindet (Präfekt), erläßt, wenn alles fertig ist, den Ausspruch nicht selbst, sondern legt die Sache dem Zivilgericht erster Instanz vor (Landgericht), damit dieses ihn als „jugement d'expropriation" auf seinen Namen nehme. Das war von Napoleon nur als Blendwerk gedacht: die Verwaltung soll das Odium nicht haben. Vgl. Theorie d. franz. Verw.R. S. 236 ff.

Der Unternehmer nimmt die Stelle eines Klägers ein, der für die von ihm vertretenen Interessen den Rechtsschutz der Obrigkeit in Anspruch nimmt. Er kann wie im Zivilprozeß der Staat selbst sein, als Fiskus, aber auch eine Gemeinde, eine Aktiengesellschaft, ein Einzelner (vgl. hier unten II n. 1).

Im Ernste sind solche Auffassungen ohne Wert. Die festen Begriffe, mit denen wir zu rechnen haben, sind dabei immer nur uneigentlich gemeint.

Es handelt sich bei der Enteignung, so wie sie von den Gesetzen gestaltet worden ist, nicht um Verwaltungsrechtspflege, überhaupt nicht um Rechtspflege in dem von uns festgehaltenen formalen Sinne (vgl. oben § 13, II). Hier wird kein Prozeß geführt, die Beteiligten, der Unternehmer und der zu Enteignende, haben nicht die Stellung von Parteien, und der abschließende Ausspruch ist kein Urteil. Das entscheidet[18].

Der Ausspruch, der über die Anträge des betreibenden Unternehmers ergeht, hat auch nicht die Natur eines Rechtsprechungsaktes, einer Entscheidung, die zwischen den Beteiligten nur feststellte und anordnete, was schon Rechtens ist (vgl. oben § 9, II n. 2). Der Unternehmer, der die Enteignung erwirken will, sieht sich dabei von vornherein dem freien Ermessen der Behörden gegenüber, die ihn zu diesem Verfahren zulassen und ihm zuweisen, was sein Unternehmen unter Gesichtspunkten der öffentlichen Nützlichkeit bedarf[14].

---

[18] Das Gesetz hätte das Enteignungsverfahren wie so manches andere in die Formen der Rechtspflege verweisen können; es hat es nicht getan. Das Gesetz kann gegen das Enteignungsverfahren und den Enteignungsausspruch einen Rechtsweg behufs der Nachprüfung eröffnen, insbesondere einen Verwaltungsrechtsweg. So Bayr. Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Ziff. 10; Württ. Ges. v. 20. Dez. 1888 Art. 25. Das ändert die ursprüngliche Natur der Enteignung selbst nicht. — In Els.-Lothr. hat man die Einrichtung des franz. Enteignungsges. beibehalten, wonach der Enteignungsausspruch durch das Landgericht erfolgt als „jugement d'expropriation". Das geschieht aber auf Antrag des Staatsanwalts ohne Gehör der Beteiligten (de Lalleau, Traité de l'expropriation I n. 206) durch einen einfachen Verwaltungsakt, eine Verfügung, wie sie anderwärts die gewöhnlichen Verwaltungsbehörden machen, und bedeutet deshalb keine Gerichtsbarkeit im Sinne v. E.G. z. G.V.G. § 4, die den ordentlichen Gerichten übertragen werden oder bleiben dürfte. Vgl. Theorie d. franz. Verw.R. S. 241 Note 14.

[14] Die Frage wird wichtig, wenn es sich darum handelt, gegen den ergehenden Beschluß einen Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen. Wo dieser grundsätzlich auf den Rechtspunkt, auf Anfechtung von Entscheidungen beschränkt ist und Ermessenssachen ausschließt, kann er hier nur zugänglich gemacht werden durch eine vom Gesetz besonders zu bewilligende Ausnahme. Bayr. V.G.H.Ges. v. 8. Aug.

Vor allem aber entspricht es nicht der Wirklichkeit, wenn die Enteignung als ein Verfahren betrachtet wird, in welchem dem Unternehmer ein obrigkeitlicher Rechtsschutz zu Teil wird nach der Art, wie der Kläger ein ihm günstiges Urteil, der Baulustige die gesicherte Polizeierlaubnis erwirken kann[15]. Das Urbild des betreibenden Unternehmers im Enteignungsverfahren ist nicht der einfache Privatmann, und der Staat, der als Unternehmer Anträge auf Enteignung stellt, steigt nicht auf die Stufe eines solchen herab und handelt als Fiskus, der Aktiengesellschaft gleich, die solches tut; sondern umgekehrt: die Gemeinde wie die Aktiengesellschaft, welche für ihr Unternehmen die Enteignung betreiben dürfen, sind auf die Stufe des Staates emporgehoben, handeln hier als Träger öffentlicher Verwaltung; denn ihr Unternehmen muß ein öffentliches sein, das ist die Voraussetzung.

Die Einsetzung besonderer Enteignungsbehörden samt ihrem geordneten Verfahren bedeutet vielmehr ein Rechtsschutzmittel für die Gegenseite, für den zu Enteignenden: er soll einer kühleren, unparteiischeren Beurteilung gegenübergestellt werden, als der Tatendrang des unmittelbaren Vertreters des öffentlichen Unternehmens ihm gewähren könnte.

Für dieses Stück öffentlicher Verwaltung, das das Unternehmen vorstellt, handeln sie beide, der Unternehmer wie die Behörden des Enteignungsverfahrens, um gemeinsam den zur Enteignung erforderlichen Willensentschluß der öffentlichen Gewalt hervorzu-

---

1878 Art. 8 Ziff. 10 sollte ursprünglich nur die Rechtsfrage betreffen, ob das Unternehmen in die Klasse der vom Gesetz als enteignungsfähig anerkannten gehört (Mot. in Verh. d. Kom. d. Abg. 1877/78 Beil.Bd. III S. 16); jetzt ist aber der ganze Fall umfaßt, „einschließlich der Frage, ob das betreffende Unternehmen vom gemeinen Nutzen erfordert werde usw." (Dyroff, Kom. Anm. 1; vgl. Bd. I § 13 Note 8). — Sehr klar Goez, Württ. V.R.Pfl. S. 457: Indem der Verwaltungsgerichtshof mit dem ganzen Ausspruch der Enteignungsbehörde „einschließlich der Ermessensfragen" befaßt werden kann, ist ihm „eine besondere, außerhalb seiner regelmäßigen Funktion liegende Funktion übertragen".

[15] Man hat diesen Gedanken sogar dahin zugespitzt, daß man sich die Möglichkeit, welche dem Unternehmer gegeben ist, auf dem Wege der Enteignung das Eigentum des andern zu erwerben, geradezu als einen Rechtsanspruch für ihn vorstellt, als den Enteignungsanspruch, zu dessen Anerkennung und Verwirklichung das Verfahren dienen soll: Seydel, Bayr. St.R. II S. 365 Note 16, und vor allem Layer, Ent.R. S. 320 ff. Da wird denn auch der Beschluß der Enteignungsbehörde zu einer Entscheidung über diesen, zu einem Rechtsprechungsakt, und alle Voraussetzungen dafür bekommen rückwärts die Natur von Rechtsfragen. Aber der ganze Rechtsanspruch beruht auf Täuschung; vgl. unten Note 32.

bringen, wenn auch diese Behörden dabei das letzte Wort haben. Sie verwalten beide, aber mit verteilten Rollen, wie wir das oben bezeichneten. Sie teilen sich dabei in die zu würdigenden Gesichtspunkte. Erwägungen der Zweckmäßigkeit und des freien Ermessens werden hier wie dort geübt:

— Der Unternehmer ist maßgebend für das eigentlich Geschäftsmäßige: ob die Sache überhaupt ins Werk gesetzt werden soll, ob die Vorteile groß genug sind, um den Aufwand zu rechtfertigen, und die zur Verfügung stehenden Mittel ausreichen.

— Die Enteignungsbehörde prüft, ob die Enteignung hier überhaupt zulässig ist, ob die Vorteile groß genug sind, um den Eingriff in das Privateigentum zu rechtfertigen, und wieweit das Bedürfnis des Unternehmens in dieser Hinsicht geht[16].

So stellt sich das ganze Enteignungsverfahren dar als die Form, in welcher durch Zusammenwirken von Unternehmer und Enteignungsbehörde das öffentliche Unternehmen seine Kraft bewährt, das Privateigentum für sich in Anspruch zu nehmen. Diese Kraft kommt ihm zu als einem Stück öffentlicher Verwaltung gemäß dem Grundverhältnis zwischen der darin erscheinenden öffentlichen Gewalt und dem Untertan. Die näheren Formen, in welchen der Eingriff erscheinen darf, bestimmen dann Verfassung und Gesetz.

3. Der behördliche Ausspruch darüber, ob und wieweit durch dieses Unternehmen der Eingriff in das Privateigentum gerechtfertigt ist und sich vollziehen soll, bildet demnach das Ziel der An-

---

[16] Das eben geschilderte Zusammenwirken macht es erklärlich, daß hier eine Meinungsverschiedenheit entstehen konnte, für welche der Prozeß kein Seitenstück bietet. Man spricht hier natürlich nicht vom Kläger und Beklagten, sondern dem Enteigneten, Expropriaten, dem betroffenen Eigentümer, der etwa als Beklagter angesehen werden könnte, steht gegenüber der Enteigner, Expropriant. Wer ist aber das? Da sagen nun die einen mit derselben Entschiedenheit, der Staat sei es, der durch seine Behörde die Enteignung aussprechen läßt, wie die anderen, der Unternehmer sei es, der diesen Ausspruch zu seinen Gunsten erwirbt: Grünhut, Ent.R. S. 78 ff.; Laband in Arch. f. ziv. Pr. 52 S. 170; Jellinek, Öff. Rechte S. 253; G. Meyer, R. d. Expropr. S. 261; Gierke, D. Priv.R. II S. 476; G. Meyer-Dochow, Verw.R. I S. 233; Eger, Ent.Ges. I S. 18; Seydel, Bayr. St.R. II S. 253 ff.; Fleiner, Instit. S. 291. Da der Staat durch seine Enteignungsbehörde immer das letzte, entscheidende Wort spricht, wird es wohl richtiger sein, in ihm allein den Enteigner zu sehen, der überall gleichmäßig auftritt; doch läßt sich unter den gegebenen Umständen auch die andere Meinung am Ende vertreten. Wir weichen dem wertlosen Streit um den Namen aus, indem wir dem Enteigneten die Enteignungsbehörde einerseits, den Unternehmer oder betreibenden Teil andererseits gegenüberstellen.

träge des Unternehmers und den Kern des Verfahrens. Dieses erhält aber nun eine Verbreiterung nach zwei Seiten hin:

— Der Ausspruch selbst kann auseinandergezogen werden, indem von den in ihm enthaltenen Fragen die erste, grundlegende verselbständigt und in einem besonderen Vorverfahren beschieden wird. Das ist die Frage, ob das geplante Unternehmen der Art ist, daß dafür das erforderliche Privateigentum im Wege der Enteignung beschafft werden darf. Sie pflegt wegen ihrer Wichtigkeit von der Enteignungsgesetzgebung einer höheren Stelle vorbehalten zu sein: dem Ministerium, dem Staatsoberhaupt selbst oder auch einem zu erlassenden Einzelgesetz. Wir nennen das die Feststellung des Enteignungsfalles. Von diesem Ausspruche hängt es ab, ob im gegebenen Falle überhaupt Enteignung stattfindet oder nicht. Lautet er verneinend, so ist das weitere Verfahren unzulässig; andernfalls kann die Sache jetzt in das Hauptverfahren übergeführt werden.

Das Hauptverfahren selbst findet dann vor der ordentlichen Enteignungsbehörde statt. Nach dem, was vorweg genommen worden ist, beschränkt es sich darauf festzustellen, in welchem Umfange das zur Enteignung zugelassene Unternehmen seinem Zwecke und Bedürfnis nach das Privateigentum in Anspruch nehmen soll. Es geht auf Feststellung des Enteignungsgegenstandes. Damit verbindet sich die obrigkeitliche Erklärung, welche dem Verfahren seinen Abschluß und seine Wirksamkeit gibt, der Enteignungsausspruch[17].

Von diesen beiden Stufen des Verfahrens soll nun hier unter II und III genauer gehandelt werden.

— Auf der andern Seite schließt sich an das so gegliederte Verfahren, Feststellung des Enteignungsfalles und Enteignungsausspruch, noch ein weiteres an. Eine Folge und Nachwirkung der Enteignung ist nämlich die, daß dem Enteigneten Entschädigung zu leisten ist. Die Festsetzung dieser Entschädigung geschieht wieder in einem besonders dafür eingerichteten Verfahren, welches aber auf verschiedene Weise in das Enteignungsverfahren

[17] Diese Gliederung des Enteignungsverfahrens ist nichts, was aus dem Wesen der Enteignung notwendig hervorginge, sondern reine Zweckmäßigkeitssache. Die Zusammengehörigkeit der beiden Stücke tritt namentlich im Bayr. Ges. v. 17. Nov. 1837 art. XIV, verbunden mit Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Ziff. 10, deutlich hervor. Wenn Gierke, D. Pr.R. II S. 492, das „Verfahren" schlechthin erst beginnen läßt, nachdem der Enteignungsfall festgestellt ist, so wird damit das Gesamtbild zerrissen.

selbst hineinverwoben zu sein pflegt. Darüber das Nähere unten § 34, II n. 2[18].

II. Das erste Stück des Enteignungsverfahrens, die Feststellung des Enteignungsfalles, besteht in der Anerkennung des geplanten Unternehmens als eines solchen, für das Enteignung stattfinden soll. Dazu gehört mehrerlei: es muß ein geeignetes Unternehmen sein sowohl nach seinem Träger, dem Unternehmer, als auch nach dem Zwecke, für welchen es des Privateigentums bedarf, und es muß des Privateigentums für diesen Zweck mit einem genügenden Maße von Dringlichkeit bedürfen. Das alles ist hier zu prüfen und festzustellen. Der Ausspruch kann dabei durch die gegebenen Voraussetzungen im einen und anderen Punkte mehr oder weniger gebunden sein; es kann aber auch die eine oder andere der erforderlichen Voraussetzungen bei diesem Anlasse selbst erst geschaffen oder vervollständigt werden[19].

1. Die Enteignung findet nur statt für ein öffentliches Unternehmen. Das öffentliche Unternehmen aber ist ein Stück öffentlicher Verwaltung. Wer ein zur Enteignung geeignetes Unternehmen ausführen und dafür als betreibender Teil auftreten will

---

[18] Insofern die geltenden Enteignungsgesetze überall einen Entschädigungsanspruch mit der Eigentumsentziehung verknüpfen, ist die Entschädigung allerdings ein „essentiale" unseres Rechtsinstituts. Man kann noch mehr sagen: die Entschädigung gehört zu diesem Eingriff nach allgemeinen Grundsätzen; auch ohne ausdrückliches Gesetz wird sie als geschuldet angesehen. Vgl. unten § 53, II. Sie ist also stets die rechtssatzmäßige Folge des Eingriffs. In diesem Sinne richtig Laband in Arch. f. ziv. Pr. LII S. 182: „Logisch ist die Enteignung das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Konsequenz daraus." Die starke Betonung der Entschädigungspflicht in unseren Verfassungsurkunden und die Hemmungen, welche die Gesetze dementsprechend in das Enteignungsverfahren hineingestellt haben, führten zu allerlei Versuchen, der Entschädigung eine größere Bedeutung für das Wesen der Enteignung selbst zuzuschreiben. So G. Meyer-Dochow, Verw.R. I S. 232: Die Enteignung soll „nur die Sache, nicht auch deren Wert" entziehen, also bleibt dem Einzelnen der letztere in Gestalt des Wertersatzanspruches. Noch kräftiger Layer, Prinz. d. Ent. S. 458: Die Schadloshaltung der Expropriaten ist „die causa efficiens der Enteignung selbst". Beides sind Künsteleien. Wir werden darauf zurückkommen.

[19] Es ist also ein ziemlich verwickelter Vorgang. Man hat der Vereinfachung und Anschaulichkeit halber häufig den Namen „Verleihung des Enteignungsrechtes" dafür verwendet (darüber Layer, Prinz. d. Ent.R. S. 266 ff.; Gierke, D. Pr.R. II S. 476). Mit solchen Bezeichnungen braucht man es am Ende nicht so streng zu nehmen. Nur liegt eben wieder die Gefahr vor, daß man sich mit Hilfe des klingenden Wortes der weiteren Sorge, um was es sich hier eigentlich handelt, enthoben glaubt. Darüber sagt das Wort gar nichts. Wenn man ernsthaft Folgerungen daraus ziehen will, wird alles unrichtig. Vgl. unten Note 23.

im Enteignungsverfahren, muß fähig sein zur Trägerschaft der hier in Frage kommenden Art von öffentlicher Verwaltung, die Zuständigkeit besitzen für ein solches Unternehmen[20].

Die Prüfung, die hier anzustellen ist, geht auf ein Doppeltes: Ob überhaupt ein Träger öffentlicher Verwaltung auftritt und ob das geplante Unternehmen noch in den Kreis dieser ihm zustehen-

[20] Wenn das Preuß. Ent.Ges. § 2 von der Kgl. Verordnung, die den Enteignungsfall festzustellen hat, sagt, daß sie „den Unternehmer" bezeichnet, so bedeutet das nicht eine bloße Bekanntgabe, wer das ist, auch nicht so ohne weiteres nur die Eröffnung des Enteignungsweges für diese Person, sondern vor allem auch die Anerkennung ihrer rechtlichen Berufenheit zu solchem Tun. Diese aber hängt an dem Begriffe des öffentlichen Unternehmens als eines Stückes öffentlicher Verwaltung, der hinter allen unseren Enteignungsgesetzen steht. Er pflegt dem Gesetzgeber nur nicht zur rechten Klarheit gekommen zu sein. Die verschwommenen Andeutungen, deren er sich bedient: es müsse sich um „Gründe des öffentlichen Wohles", „öffentliche Nützlichkeit", „gemeines Beste" usw. handeln, wären unbrauchbar, wenn man nicht darauf rechnen dürfte, daß ein richtiges Gefühl die nötige Ergänzung geben werde. Selbst wenn man weiß, worauf es ankommt, will man die nach Theorie schmeckenden Ausdrücke nicht in den Gesetzestext bringen, sondern hält sich an die als unschädlich erkannte Landläufigkeit. Ein Beispiel im Sächs. Ges. v. 24. Juni 1902 § 1 und Verhandl. der II. Kammer v. 16. Dez. 1901 (Schelcher); Landt. Mitt. 1901/1902 S. 294. „Ein dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen" nach § 1 des Ges. könnte auch die Fabrik sein, die der wohlgesinnte Kapitalist unter großen Opfern in dem armen Gebirgsdorf gründet, damit die Leute sich besser nähren können. Ein „öffentliches Unternehmen" im Sinne der angezogenen Verhandlungen der Kammer ist es nicht. Daß nicht dafür enteignet werden kann, steht wohl außer Zweifel. Warum nicht? Es fehlt das zu einem richtigen öffentlichen Unternehmen allein berufene „Subjekt öffentlicher Verwaltung". Mit dieser Forderung rechnet man überall gefühlsmäßig. Unsere Sache ist es, sie auszusprechen. — Das Gesetz kann für gewisse Fälle Ausnahmsrecht schaffen, ein Privatunternehmen dadurch auszeichnen, daß es für die Zulassung zur Enteignung wie ein öffentliches behandelt werden soll; dann wird sich diese Gleichbehandlung allerdings noch in anderer Richtung äußern. Beispiele liefern unsere Berggesetze mit der Zulassung der Enteignung für Bergwerksunternehmungen (Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 135 ff.). Über diese Erscheinung vgl. oben Eing. S. 2. Layer, Prinz. d. Ent., glaubt aus derartigen Fällen entnehmen zu dürfen, daß meine Bezeichnung des öffentlichen Unternehmens (= Stück der öffentlichen Verwaltung) als Grundlage der Enteignung nicht zutreffe. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn behauptet werden könnte, daß Enteignung zu Bergwerkszwecken ohne weiteres auf Grund der allgemeinen Enteignungsgesetze „für öffentlichen Nutzen" usw. zulässig sei. Gegen ein abweichendes Sondergesetz haben wir mit unseren Lehrbestimmungen niemals eine Garantie zu übernehmen. Wenn Layer dann meint: nur für das französische Enteignungsrecht finde meine Auffassung in der positiven Gestaltung des dortigen Rechtes eine Grundlage, so wäre zu bedenken, daß unsere deutsche Enteignungsgesetzgebung ihrerseits ihr Vorbild anerkanntermaßen in der französischen hat (Gierke, D. Pr.R. II S. 467).

den öffentlichen Verwaltung fällt. Sie nimmt je nachdem verschiedene Gestalt an. Drei Fälle sind möglich.

Der erste ist der, wo der Staat selbst der Unternehmer sein will. Seine Fähigkeit, öffentliche Verwaltung zu führen, ist von Natur unbeschränkt. Es wäre höchstens zu prüfen, ob nicht gerade dieses bestimmte Stück rechtlich abgezweigt ist zugunsten einer besonderen Trägerschaft, eines Selbstverwaltungskörpers z. B. Dazu kommt dann noch die Frage, ob er hier gehörig vertreten ist, ob die für ihn handelnde Stelle sich dabei noch in ihrer Zuständigkeit bewegt. Wo in der einen oder anderen Richtung ein Mangel vorläge, wäre es denkbar, daß der Ausspruch zur Feststellung des Enteignungsfalles ihn aus eigner Machtvollkommenheit deckte durch einen Eingriff in das entgegenstehende Selbstverwaltungsrecht oder eine Erweiterung der Zuständigkeit der betreibenden Behörde[21].

Die zweite Möglichkeit bietet der Fall, wo eine besondere juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmer auftritt. Das kann sein ein dem Staate untergeordnetes Gemeinwesen (Ortsgemeinde und ein ihr gleichstehender Selbstverwaltungskörper), eine öffentliche Genossenschaft oder Anstalt mit juristischer Persönlichkeit, endlich aber auch das Reich. Hier ist überall Fähigkeit zu öffentlicher Verwaltung von vornherein gegeben, aber diese Fähigkeit wirkt nur für den Kreis eigner Angelegenheiten, womit die juristische Person ausgestattet ist. Als Gegenstand der Prüfung kommt also nun hinzu die Frage, ob das Unternehmen, für welches enteignet werden soll, in diesen Kreis gehört[22]. Auch hier kann sich mit

[21] Die betreibende Behörde pflegt nach Preußischem Rechte selbst als der Unternehmer bezeichnet zu werden (Eger, Ent.Ges. I S. 50; Seydel, Ent.Ges. S. 27); das ist eine Abkürzung für „der Staat, vertreten durch diese Behörde". Soweit die Geschäftsverteilung der Behörden nicht rechtssatzmäßig geordnet ist, kann die königliche Enteignungsverordnung mit dieser Bezeichnung der Behörde als Unternehmerin eine Zuständigkeitserweiterung für diesen Fall wirksam begründen.

[22] Grünhut, Ent.R. S. 79: „Rücksichtlich gewisser öffentlicher Angelegenheiten, . . . welche in den natürlichen Bereich der Selbstverwaltung fallen, räumt der Staat seinen Platz unter Wahrung seines Rechts zur Überwachung der Provinz-, Kreis-, Gemeinde-Verwaltung; diese kann daher rücksichtlich der ihrer Selbstverwaltung überlassenen öffentlichen Angelegenheiten das Enteignungsrecht geltend machen." Hervorzuheben ist demgegenüber: Der Staat räumt seinen Platz nicht erst jetzt, im Enteignungsverfahren, sondern er hat ihn schon, in dem entsprechenden Maße wenigstens, geräumt, indem er den Selbstverwaltungskörper schuf und ihn mit öffentlicher Verwaltung ausstattete; jetzt läßt er nur die Folge-

rung daraus ziehen durch Zulassung dieses Gemeinwesens mit seinem Unternehmen zum Gebrauch des Enteignungsweges. Insofern mag man mit v. Rohland, Ent.R. S. 13 u. 14, sagen, die Gemeinde „könne für ihre Zwecke die Ausübung des Enteignungsrechts durch den Staat beanspruchen". Ganz genau ist das nicht. Aber ganz unrichtig sind Wendungen, wie die bei G. Meyer, R. d. Expropriation S. 260, wonach der Staat die Gemeinde „mit dem Expropriationsrechte ausstattet", oder bei Thiel, Expr.R. S. 17, 20, wonach die Gemeinde hier ein mandatum ad agendum erhält, zur Zessionarin des Staates gemacht wird, da das Expropriationsrecht „zessibel" ist. Hier wird übersehen, daß der Schwerpunkt in der Eigenschaft als Selbstverwaltungskörper liegt, mit welcher die Gemeinde schon von Natur „ausgestattet ist". — Auch das Reich hat ein gewisses Gebiet öffentlicher Verwaltung und kann dafür Enteignung beanspruchen. Ordentlicherweise wird es seine Anträge an die Landesbehörden zu richten haben, welche bei Feststellung des Enteignungsfalles vor allem prüfen würden, ob es in seiner Zuständigkeit handelt. Demgegenüber ist es unabhängig gemacht für gewisse Fälle. So vor allem nach R.Verf. Art. 41 Abs. 1: „Eisenbahnen, welche im Interesse der Verteidigung Deutschlands oder im Interesse des gemeinsamen Verkehrs für notwendig erachtet werden, können kraft eines (einfachen) Reichsgesetzes . . . für Rechnung des Reiches angelegt oder an Privatunternehmer zur Ausführung konzessioniert und mit dem Expropriationsrechte ausgestattet werden." Das bedeutet zunächst eine Erweiterung der Zuständigkeit des Reiches über das in Art. 4 Bestimmte hinaus; danach kann es jetzt auch Eisenbahnen bauen und betreiben. Zugleich aber kann es für solche Eisenbahnen sich „mit dem Expropriationsrechte ausstatten", was in der Sprache der Zeit nichts anderes sagen will, als daß es in Form eines Gesetzes den obrigkeitlichen Ausspruch der Feststellung des Enteignungsfalles zu seinen Gunsten vornimmt. Das Weitere geht dann wieder nach Landesrecht. Die Zuständigkeit des Reiches nach R.Verf. Art. 41 Abs. 1 geht immer auf den Einzelfall. Ein allgemeines Enteignungsrecht zu schaffen, ist es dadurch nicht ermächtigt, hat es für den gegebenen Zweck auch nicht nötig. Vgl. darüber Seydel, Kom. z. R.Verf. S. 268 ff.; Laband, St.R. III S. 115 Note 2. Des letzteren Folgerung: E.G. z. B.G.B. Art. 109, welcher die landesgesetzlichen Vorschriften über Enteignung für unberührt erklärt, wäre überflüssig, wenn nicht vorausgesetzt sei, daß das Reich die Sache nach R.Verf. Art. 4 Ziff. 13, also als bürgerlichrechtliche Sache zu regeln befugt wäre, schlägt nicht durch; Art. 109 ist eine Vorsichtsmaßregel gegen die Leute, welche die Enteignung jetzt noch als ein Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts behandeln; dergleichen findet sich auch sonst. —

Einen ähnlichen Fall bietet das Recht der Reichseisenbahnen in Elsaß-Lothringen gemäß § 24 der Verf. v. 31. Mai 1911. Hier wird Sorge getragen, daß die Selbständigkeit der Reichseisenbahnverwaltung gegenüber der Landesverwaltung gewahrt bleibe. Jener steht (Mot. S. 21 f.) das „Eisenbahnunternehmungsrecht" zu und überdies bezüglich des Enteignungsrechts „die Feststellung des Enteignungsfalles" durch die Reichsbehörden, während „die eigentliche Durchführung der Enteignung (Enteignungsausspruch und Entschädigungsfestsetzung) Sache der hierzu allgemein berufenen Landesbehörden ist" (Schulze, Die Verf. f. Els.-Lothr. S. 87 ff.; vgl. wegen des Anlasses zu diesen Bestimmungen Arch. f. öff. R. XV S. 541 ff.). Das Reich will sich hier von seinem Reichslande die Zulässigkeit der Enteignung für seine öffentlichen Unternehmungen nicht nachprüfen lassen.

der Feststellung des Enteignungsfalles eine erforderliche Ergänzung der Voraussetzungen verbinden, namentlich bei Gemeinden und dergleichen die Erteilung der etwa notwendigen Genehmigung des Unternehmens von Staatsaufsichts wegen.

Endlich kann das Unternehmen, für welches enteignet werden soll, auch ausgehen von einem Unternehmer, der von Natur nicht dazu berufen ist, öffentliche Verwaltung dieser Art zu führen. Dann muß er besonders dazu fähig gemacht worden sein. Das geschieht durch das Rechtsgeschäft der Konzession, der Verleihung des bestimmten öffentlichen Unternehmens (vgl. unten § 49). Der Beliehene kann ein einzelner sein oder auch eine Gesellschaft oder eine juristische Person des Zivilrechts, Aktiengesellschaft vor allem. Er kann auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein, eine Gemeinde oder Provinz, zu deren Angelegenheiten ein derartiges Unternehmen nicht von selbst gehört. Immer hat er sich dann hier auszuweisen, durch diesen besonderen Rechtstitel[28]. Möglicherweise verbindet sich hier wieder mit der

[28] Der Fall des beliehenen Unternehmers, der zur Enteignung zugelassen wird, war natürlich besonders verführerisch, um dem Gedanken einer „Verleihung des Enteignungsrechtes" hier Eingang zu verschaffen und ihn von da aus alsdann zu verallgemeinern. Allein hier handelt es sich um zwei Akte: die Verleihung des Unternehmens (Konzession) bringt die Eisenbahngesellschaft oder Kanalgesellschaft erst auf die Stufe, auf welcher der Staat für diese nämlichen Dinge, die Gemeinde für ihre Straßenunternehmungen und Schulanlagen von vornherein stehen; erst nunmehr haben alle drei gleichmäßig die Fähigkeit, für ein solches öffentliches Unternehmen vorzugehen und das Enteignungsverfahren in Bewegung zu setzen. R.Verf. Art. 41 Abs. 1 stellt nebeneinander die Fälle, wo das Reich auf Grund seines Sondergesetzes selbst mit der Anlage vorgeht, einfach mit der nun ausgedehnten Zuständigkeit handelnd, und wo es auf Grund eben dieser Zuständigkeit erst noch die Eisenbahn „an Privatunternehmer konzessioniert"; dieses letztere ist der Fall der Verleihung, die sich dazwischen schiebt. Und dann erfolgt gleichmäßig für beide — nunmehr gleichstehende — Fälle die „Ausstattung mit dem Expropriationsrecht".

Richtig Prazak, R. d. Ent. S. 67 Note 9: „Das Recht auf die Expropriation anzutragen, ist nur ein Ausfluß des durch die staatliche Konzession erworbenen Rechts zur Ausführung einer im wirtschaftlichen (besser: öffentlichen) Interesse für notwendig erachteten Unternehmung". — Wo man die Zulassung zur Enteignung als eine Verleihung des Enteignungsrechts bezeichnet, sucht man wohl die Verleihung des Unternehmens, welche die Voraussetzung ist, durch die Bezeichnung als „Konzession" einigermaßen davon zu unterscheiden. So Seydel, Ent.Ges. S. 27: „Das Enteignungsrecht ist seiner Natur nach untrennbar von der Konzession zu der Anlage, für welche es verliehen worden ist". Und „landesherrliche Genehmigung der auf den Übergang der Unternehmungen gerichteten Verträge ist einer Neuverleihung sowohl der Konzession als auch des Enteignungsrechts gleich zu achten". Verleihung und Konzession besagen aber doch ein und dasselbe.

Feststellung des Enteignungsfalles die Schaffung des besonderen Rechtstitels, dessen der Unternehmer bedarf, die Verleihung des öffentlichen Unternehmens. Vorausgesetzt ist, daß die Stelle, von der das ausgeht, die Zuständigkeit zu beidem in sich vereinigt. Das sind aber immer zweierlei Dinge, die innerlich nicht vermengt werden dürfen.

2. Im Einzelfall muß dann auch das bestimmte Unternehmen eines solchen Unternehmers *seinem Gegenstande nach* fähig sein, den Eingriff in das Privateigentum zu rechtfertigen: es muß dessen bedürfen, *um damit einen öffentlichen Zweck zu erfüllen*.

Was als ein zur Enteignung genügender öffentlicher Zweck anzuerkennen sei, das bestimmt das Gesetz unmittelbar für den *Einzelfall*, wo es die Enteignung in Gestalt eines außerordentlichen Eingriffes selber beschließt. Es kann den Fall auch *der Art nach* bezeichnen, indem es gelegentlich der Ordnung eines besonderen Verwaltungszweiges die dafür etwa erforderlichen Enteignungen regelt. Über allem stehen die zusammenfassenden *allgemeinen Enteignungsgesetze*, welche grundsätzlich auch diesen Punkt erschöpfend zu regeln bestimmt sind.

Sie bezeichnen gebräuchlicherweise das Unternehmen, welches seinem Zwecke nach die Voraussetzungen der Enteignung erfüllt, ganz einfach durch Verweisung auf das, was das Rechtsinstitut *seinem Begriff und Wesen nach* in dieser Hinsicht erfordert. Sie bedienen sich dazu, ziemlich übereinstimmend, der dehnbaren Ausdrücke: „aus Gründen des öffentlichen Wohles" finde die Enteignung statt oder „für öffentlichen Nutzen", „öffentliche Nützlichkeit", „für ein dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen"[24]. Damit ist der Behörde, welche danach verfahren soll, keineswegs ein schrankenloses Ermessen eingeräumt. Vielmehr ergeben sich daraus ganz bestimmte, vom Gesetz gewollte, von Rechtshandhabung und Lehre anerkannte Gebundenheiten.

Das allgemeine Enteignungsgesetz kann auch versuchen, die zulässigen Arten von Enteignungszwecken selber im voraus zu benennen und zusammenzustellen. Es gibt eine *Aufzählung* davon. Das schließt nicht aus, daß Gesetze, die für einzelne Verwaltungszweige ergehen, noch weitere Arten hinzufügen. Was nicht

[24] Preuß. Ges. v. 11. Juni 1874 § 1; Bad. Ges. v. 26. Mai 1889 (24. Dez. 1908) § 1; Sächs. Ges. v. 24. Juni 1902 § 1; Württ. Ges. v. 20. Dez. 1888 Art. 1; Hess. Ges. v. 30. Sept. 1899 Art. 1.

irgendwie unter einer solchen Rubrik Unterkunft findet, dafür kann nicht enteignet werden — außerordentlicher Gesetzeseingriff natürlich immer vorbehalten[25]. Andererseits gelten aber auch neben solcher Aufzählung jene aus dem Wesen der Enteignung fließenden Bestimmtheiten, soweit nicht gerade aus der Aufnahme in das Register eine vom Gesetz hier gewollte Erweiterung der Zulässigkeit der Enteignung sich ergibt. So ist also bei dem Aufzählungsverfahren eine doppelte Schranke zu beobachten.

Bezüglich der aus dem Wesen der Enteignung fließenden Bestimmtheiten der zulässigen Zwecke gelten folgende Sätze:

— Wirksame Einschränkungen bedingt schon unmittelbar der Begriff des öffentlichen Unternehmens, das ja die Grundlage des Ganzen bildet. Danach kann als eine genügende „öffentliche Nützlichkeit" nur anerkannt werden, was da ausgeht von einem Träger öffentlicher Verwaltung in dem oben unter n. 1 dargelegten Sinne. Aber auch nicht alles, was ein solcher beginnt, ist schlechthin als ein Stück öffentlicher Verwaltung und damit als von öffentlicher Nützlichkeit, von öffentlichem Interesse geboten anzusehen (vgl. oben Bd. I S. 118).

Ausgeschlossen sind demnach alle Bestrebungen und Betriebe privatwirtschaftlicher Art, auch wenn sie vom Staate selbst ausgehen, fiskalische Verwaltungen und die zu ihnen gehörigen einzelnen Unternehmungen. Erweiterung und Abrundung von Staatsdomänen z. B. gehört nicht zu den enteignungswürdigen Zwecken. Ebensowenig zählen hierher privatwirtschaftlich gedachte Nebenzwecke, die gelegentlich eines richtigen öffentlichen Unternehmens durch den Grunderwerb befriedigt werden sollen[26].

---

[25] Wichtigstes Beispiel das Bayr. Ges. v. 17. Nov. 1837 Art. I A. mit seiner Aufzählung der Fälle, in welchen Enteignung zulässig ist. Der Entw. hatte die allgemeine Formel: „Rücksichten des öffentlichen Nutzens" und „allgemeine Staats- und öffentliche Gemeindezwecke". Erst bei den Kammerverhandlungen wurde die beschränkende Aufzählung hineingebracht: Hartmann, Ges. über Zwangsabtretung S. 25 ff. — Gierke, D. P.R. II S. 474.

[26] Die Hauptabgrenzung des zulässigen Unternehmens gibt natürlich der erste Punkt, das geforderte Subjekt; innerhalb dieses Kreises wirken dann noch die Besonderheiten, die auch sonst öffentlichrechtliche Beziehungen solcher an sich geeigneter Träger öffentlicher Verwaltung ausschließen. v. Rohland, Ent.R. S. 14: Es folgt „aus dem Prinzip des Enteignungswesens", daß nicht enteignet werden kann für „private Gemeindezwecke", z. B. Anlegung eines näheren Weges nach dem Gemeindewald. Ebenso Grünhut, Ent.R. S. 79: „Dieses Recht trägt in sich selbst seine Begrenzung"; es kann nicht geübt werden „im vermögensrechtlichen Interesse des Arars". — Layer, Prinz. d. Ent. S. 176 ff., geht den umgekehrten

— Hiermit hängt zusammen als weitere Einschränkung die bestimmte Art, wie das zu enteignende Grundstück Verwendung finden soll: es muß dem öffentlichen Unternehmen selber dienstbar gemacht werden, so daß es mit seiner Körperlichkeit dessen Zweck erfüllen hilft. In diesem Sinne geschieht die Enteignung „für" das öffentliche Unternehmen.

Ausgeschlossen ist demnach die Enteignung, wenn sie dazu dienen würde, Grundstücke zu erwerben, die nicht behalten werden sollen, sondern durch ihre Wiederveräußerung einen Gewinn abwerfen. Das gilt auch, wenn solches gelegentlich der Ausführung eines öffentlichen Unternehmens geschieht und der Gewinn dazu bestimmt ist, die Kosten decken zu helfen: die Idee der Enteignung

---

Weg; er sucht zunächst das öffentliche („soziale") Interesse abzugrenzen, das dann der eigentliche „Rechtstitel im Sozialrechte" (insbesondere auch für die Enteignung: S. 224 f.) wäre; aber dazu wird doch noch gefordert, daß dieses Interesse die Anknüpfung findet „an die bestehenden typischen Institutionen des öffentlichen Lebens" (S. 212), die „öffentlichrechtlichen Verbände" (S. 216). Den Begriff des öffentlichen Interesses fest zu formulieren und darauf die Lehre vom Enteignungsinstitut wohlumschrieben aufzubauen, haben namentlich auch Leuthold, in Annalen 1884 S. 321 ff., und Neumann, in Annalen 1886 S. 357 ff., mit viel Aufwand von Scharfsinn unternommen. Layer a. a. O. S. 209 findet, daß dabei die Definition „orakelhaft" wird. Das liegt aber wohl am Gegenstand „öffentliches Interesse" und wird bei ihm selbst durch den nachträglichen Anschluß an den öffentlichen Verband auch nur verhältnismäßig besser.

Das Preuß. Ent.Ges. § 23 Abs. 1 hat genauer bestimmt, für welche einzelnen Zwecke bei einem Eisenbahnunternehmen die Enteignung in Anspruch genommen werden kann; es hebt hervor: „Dagegen ist das Enteignungsrecht auf den Grund und Boden für solche Anlagen nicht auszudehnen, welche, wie Warenmagazine und dergleichen, nicht dem unter Nr. 2 gedachten allgemeinen Zweck (Dienlichkeit der Bahn als öffentliche Straße oder Erforderlichkeit im öffentlichen Interesse infolge der Bahnanlage), sondern nur das Privatinteresse des Eisenbahnunternehmers (auch des Staates!) angehen." — Bestritten wurde die Verwendbarkeit der Enteignung zur Herstellung von Anschlußgeleisen industrieller Werke: Seydel, Ges. über d. Ent. S. 178; Eger, Ges. über d. Ent. II S. 142. Selbstverständlich kann hier die Enteignung nicht für den Besitzer jenes Werkes beansprucht werden; der ist ja als solcher überhaupt nicht berufen, öffentliche Verwaltung zu führen. Dagegen der Eisenbahnunternehmer, Staat oder beliehene Gesellschaft, schafft hier ein Zubehör seines Schienenweges, wenn es auch zugleich dem Fabrikbesitzer besonders zugute kommt. Vgl. auch die zutreffenden Ausführungen in Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 173 ff. — Nicht unbedenklich ist die Verwendung der Enteignung für herzustellende Arbeiterwohnhäuser, Dienstwohnungen der Beamten nebst Dienstland: Seydel, Ges. über d. Ent. S. 182; Eger, Ges. über d. Ent. II S. 184; Layer, Prinz. d. Ent. S. 613 Note 2. Daß die Durchführung des Unternehmens selbst solches nötig macht, wird doch wohl nur in Ausnahmefällen behauptet werden können.

verlangt, daß das Grundstück mit seiner Körperlichkeit dem Unternehmer diene, nicht mit seinem Verkaufswert[27].

Unzulässig ist in diesem Sinne die Enteignung auch, wenn es sich bloß darum handelt, die Besitzverhältnisse zwischen den Einzelnen zu ändern, so daß das Grundstück gar nicht in den Händen der Verwaltung bleibt: ein dauerndes Unternehmen der letzteren, dem es dienstbar gemacht würde, ist hier gar nicht gegeben. Man denke etwa an eine Enteignung von Großgrundbesitz zur Verteilung an die Bauern oder von Fabriken behufs genossenschaftlicher Unternehmungen der Arbeiter[28].

Ebensowenig würde sich aus der allgemeinen Enteignungsermächtigung eine Entziehung von Privateigentum rechtfertigen,

---

[27] Hierher gehören die hier und da durch die Gesetze zugelassenen sog. Zonen-Expropriationen; Neumann, in Annalen 1886 S. 405, und ausführlicher jetzt Bredt, Die Zonenenteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen, 1909. Daß hier mehr genommen werden darf, als das Unternehmen selbst fordert, um das mit Vorteil weiter veräußern zu können, bezeichnet v. Rohland, Ent.R. S. 22 Note 3, geradezu als das „Verwerfliche" an der Einrichtung. Das „Ungewöhnliche" wäre richtiger gesagt. Bredt a. a. O. S. 9 hat mich mißverstanden, wenn er meint, daß ich mit v. Rohland die „finanzielle Zonenenteignung verurteile".

Ein Hauptbeispiel gibt das Preuß. Wasserstraßenges. v. 1. April 1905 § 16: Bis auf 1 km von der Mittellinie des zu erbauenden Kanales aus darf der Staat enteignen, damit die „Spekulation" nicht dieser Grundstücke sich bemächtige. Bei der Beratung des Gesetzes stellte man es so dar, als wenn eigentlich das bestehende Enteignungsgesetz schon genüge und das neue Sondergesetz nur gemacht werde, „um jeden Zweifel zu beseitigen", oder, wie von seiten der Regierung ausgeführt wurde, um „eine Deklaration der bestehenden Gesetzgebung" zu geben; denn nach dieser „könne es zweifelhaft sein, ob Grundstücke enteignet werden könnten, die nicht unmittelbar zur Kanalanlage Verwendung fänden" (vgl. das Material bei Bredt a. a. O. S. 107 f.). Meines Erachtens sind das nur die üblichen Redensarten zur leichteren Einführung einer Sonderbestimmung. Daß das Pr. Ent.Ges. v. 1874 hierfür nicht ausreichte, liegt auf der Hand.

[28] Grünhut, Ent.R. S. 3, übertreibt nur den richtigen Gedanken, wenn er als wesentlich für die Enteignung aufstellt „die Übertragung in das öffentliche Gut". — Hierher gehört das Preuß. Ges. v. 20. März 1908 Art. I § 13 ff., wonach der Staat zur Beförderung der deutschen Ansiedelung in Westpreußen und Posen Grundbesitz im Wege der Enteignung soll erwerben können. Die vielbesprochene Maßregel ist hier weder nach ihrer Zweckmäßigkeit noch nach ihrer sittlichen Zulässigkeit zu würdigen. Rechtlich steht es so, daß sie nach der Preuß. Verf.Urk. Art. 9 nicht ausgeschlossen ist: „aus Gründen des öffentlichen Wohles" will ja auch das geschehen. Andererseits hätte sie — wenn auch die Regierung das selbstverständlich wieder nur als „zweifelhaft" hinstellte (Fürst Bülow im Abg.-Haus 28. Nov. 1907) — auf Grund des Ent.Ges. v. 11. Juni 1874 § 1 niemals getroffen werden können: „für ein öffentliches Unternehmen, dessen Ausführung es erfordert", wird hier das Grundeigentum nicht entzogen.

die nur bezweckte, die Störungen zu beseitigen, die aus seinem bisherigen Zustand und der Art seiner Benutzung dem Gemeinwohl erwachsen mögen: Verunstaltungen des Anblickes der öffentlichen Straße, Gesundheitswidrigkeiten, Feuersgefahr. Auch hier soll das Grundstück wieder nicht dienen, sondern nur nicht schaden. Maßregeln dieser Art sind ihrer Natur nach bestimmt, in den Formen der Polizei vorgenommen zu werden, und dazu gehört die Enteignung nicht. Durch besonderes Gesetz kann sie auch hierfür verwendbar gemacht werden. Sie gibt einen passenden Weg, um den Eingriff gründlich und dauernd zu machen, zugleich aber auch die Vermögenswirkungen in billiger Weise auszugleichen[29].

[29] Über den Unterschied zwischen Enteignung und „Eigentumsbeschränkung durch polizeiliche Verfügung" vgl. Eger, Ges. über d. Ent. S. 9 f. Der Eingriff durch polizeiliche Anordnungen unterliegt aber nicht bloß „anderen Voraussetzungen und Normen"; er ist auch keine Eigentumsbeschränkung, sondern wirkt andersartig. Deshalb hätten auch bei v. Bitter, Handwörterb. I S. 409, als Beispiele reichsgesetzlicher Vorschriften über Enteignung von Grundeigentum nicht so ganz vorbehaltslos angeführt werden sollen „§§ 51, 52, 54 Gew.O. wegen Untersagung polizeilich genehmigter Gewerbebetriebe". Wegen der daran hängenden Entschädigungspflicht mag man das mit dem O.V.G. „unter den Gesichtspunkt einer Enteignung im weiteren Sinne" stellen. Dann bekäme man freilich noch mancherlei dazu. Es handelt sich hier immer um Abwendung einer Polizeiwidrigkeit, die also den Formen der Polizeigewalt gehörte und nicht der Enteignung (Bähr u. Langerhans, Ges. über d. Ent. S. 3 u. 4). Da die allgemeinen Ermächtigungen der Polizei aus irgendeinem Grunde hier nicht ausreichen, hilft das Sondergesetz nach. Das kann geschehen dadurch, daß es die für den Fall schon verbrauchte Polizeigewalt wieder aufleben läßt: das ist die Bedeutung von Gew.O. § 51 (vgl. Bd. I S. 267). Man hätte vielleicht auch die Formen der Enteignung für diesen Zweck verwenden können, als „polizeiliche Maßregel", wie man es dann wohl nännte, und das Eigentum an dem Fabrikanwesen einziehen können, um es gründlich unschädlich zu machen; aber es ist nicht geschehen. — Bayr. Ent.Ges. Art. I Ziff. 12 u. 13 eröffnet derartige Verwendungsmöglichkeiten. Das Beispiel der Verbreiterung der Straße, das Hartmann, Ges. über Zwangsabtretung S. 28 Note 11, als polizeiliche Maßregel anführen will, gehört freilich nicht zu diesen Ausnahmefällen. Wohl aber stimmt es bei der von Henle, Zwangsent. S. 80, erwähnten „Verlegung von Häusern", die gesundheitswidrig auf feuchtem Grunde gebaut sind und nun nach Art. I Ziff. 13 enteignet werden sollen. Ebenso dürfte hierher zu rechnen sein die dort zugelassene Schaffung eines Schutzstreifens für Kunstsammlungen. Die Nachbargrundstücke sind gehalten, sich den gewöhnlichen feuerpolizeilichen Vorschriften zu fügen; diese lassen aber naturgemäß immer eine gewisse Gefährlichkeit übrig, wie sie eben die Notwendigkeiten des gesellschaftlichen Zusammenlebens und die darin zu schonende Freiheit bedingen (vgl. Bd. I S. 227). Um zugunsten der eines höheren Schutzes würdigen Sammlungen auch diesen Rest von Gefährlichkeit zu beseitigen, bedarf es eines besonderen Eingriffes, wozu hier die Enteignung — über ihr natürliches Anwendungsgebiet hinaus — zur Verfügung gestellt wird: es kann den Grundstücken die entsprechende Eigentumsbeschränkung enteignungsweise auf-

3. Es genügt nicht, daß das Unternehmen, welches das Privateigentum für sich verwendbar machen will, in der unter n. 1 und 2 angegebenen Weise auf dem Gebiete öffentlicher Verwaltung sich bewege, also dem Gemeinwohl, dem öffentlichen Nutzen diene, oder ein anderer öffentlicher Zweck vorliege, den das Gesetz einem solchen Falle gleichstellt, sondern es muß auch dieser öffentliche Zweck mit solcher Stärke zur Verwirklichung drängen, daß sie groß genug ist, die entgegenstehenden Rücksichten zu überwinden. Hier kommt vor allem die Rücksicht auf das Eigentum in Betracht, dessen Unversehrtheit der Staat grundsätzlich gewährleisten soll. Dazu kommen unter Umständen noch andere Bedenken, gerade auch vom Standpunkte des öffentlichen Wohles aus, dem der zu enteignende Grundbesitz auf seine Art irgendwie schon dient. Dem allen gegenüber muß das durchzuführende Unternehmen die überwiegende Nützlichkeit vorstellen, sonst ist die Enteignung nicht zuzulassen. Ob das aber der Fall ist, das ist unbedingt eine Frage des reinsten freien Ermessens[30].

Unter Umständen liegt für die Stelle, die darüber zu sprechen hat, die Sache so, daß tatsächlich die hier zu treffende Entschließung schon vorweggenommen ist. Wenn es sich etwa um ein Unternehmen des Staates handelt, das von den höchsten Stellen in aller Form geprüft und beschlossen worden ist, um es ins Werk zu setzen allen Durchführungsschwierigkeiten zum Trotz, dann sinkt die Anerkennung der genügenden Stärke der öffentlichen Nützlichkeit in dem nun eingeleiteten Enteignungsverfahren auf eine bloße Form herab. Und ähnlich wird es sich verhalten, wenn für dieses Unternehmen, das seiner Natur nach der Enteignung bedarf, einem Privatunternehmer, einer Aktiengesellschaft z. B., von zuständiger

---

erlegt werden. — Bei Beratung des Preuß. Ent.Ges. hat man eine Bestimmung aufnehmen wollen, wonach wie nach dem Bayrischen Gesetze die Enteignung zulässig sein sollte „zur Sicherung der Kunstschätze und wissenschaftlichen Sammlungen des Staates vor Feuers- und anderer Gefahr“ (Eger, Ges. über d. Ent. I S. 21). Ob das unter die jetzige allgemeine Formel fällt: „für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Enteignung erfordert“, kann bezweifelt werden; die Praxis scheint es anzunehmen (Bähr u. Langerhans, Ent.Ges. S. 10). — Ein sehr anschauliches Beispiel bietet namentlich auch das Franz. Ges. v. 13. April 1850 über gesundheitsgefährliche Wohnungen; Theorie d. Franz. V.R. S. 237.

[30] Bayr. V.G. v. 10. März 1905 (Entsch. XXVI S. 234); Eger, Ges. über d. Ent. I S. 16; Gierke, D. Pr.R. II S. 473 f. („ein Werturteil“); Layer, Prinz. d. Ent. S. 303, 304, 313. — Gerade deshalb war es für das Reich in den oben Note 22 hervorgehobenen Fällen wichtig, sich für seine Unternehmungen von der Feststellung des Enteignungsfalles durch die Landesbehörden unabhängig zu machen.

Seite die staatliche Verleihung zuteil geworden ist; auch hier verbietet schon die Folgerichtigkeit, daß etwa die nämliche Stelle oder ihre Untergebene hernach die Enteignung wegen nicht ausreichender Wichtigkeit versage. Vielleicht können hier sogar rechtliche Gebundenheiten angenommen werden. Aber diese stammen dann immer aus besonderen Ursachen, die von außerhalb des Enteignungsverfahrens hereinwirken. In diesem selbst liegt zunächst die vollkommen freie Entschließung begründet darüber, ob dieser letzte Punkt, den die Anerkennung des Enteignungsfalles voraussetzt, gegeben sei oder nicht[31]. —

Danach werden wir nun, zusammenfassend, die Rechtsstellung des betreibenden Teiles, des Unternehmers, in diesem ersten Teil des Verfahrens kennzeichnen wie folgt:

Ob er zugelassen wird zur Enteignung, das hängt zum Teil von festen Voraussetzungen ab, zum Teil von freiem Ermessen und billigem Abwägen der verschiedenen Rücksichten, die da Beachtung verlangen. Ein Rechtsanspruch ist also nicht gegeben, nicht gegen den Staat, der den Enteignungsfall feststellen läßt, noch weniger natürlich gegen den zu Enteignenden, der ja auf dieser Stufe des Verfahrens überhaupt noch keine Rolle spielt[32].

---

[31] Layer, Prinz. d. Ent. S. 270 ff., behandelt ausführlich die verschiedenen Gebundenheiten, die sich für die „Feststellung des Enteignungsfalles“ oder „Erklärung des öffentlichen Interesses“ nach der dreierlei Art von Unternehmern (Staat, Gemeinde, Beliehener) ergeben können. Er kommt zu dem Schluß, daß „die Entscheidung der Vorfrage, um die es sich bei Feststellung des Enteignungsfalles handelt, größtenteils einen Gegenstand des freien Ermessens bildet“. Wir würden hier eher sagen wesentlich.

[32] Layer, Prinz. d. Ent. S. 307 ff., vertritt gleichwohl einen vorausbestehenden Rechtsanspruch des Unternehmers. Wenn er sagt: „Der Rechtstitel dafür ist das öffentliche Interesse“ (S. 308), so könnte ja hier „Rechtstitel“ im uneigentlichen Sinne gemeint sein, zur Bezeichnung jener rechtlich überwiegenden Kraft, die im öffentlichen Unternehmen erscheint (vgl. oben I n. 2 a. E.). Allein er will einen Rechtstitel behaupten im strengen juristischen Begriff, einen Rechtstitel, der einen förmlichen Rechtsanspruch erzeugt, und zwar ist es „ein Rechtsanspruch gegen den Eigentümer“ (S. 318). Der Umstand, daß die Geltendmachung „größtenteils nach freiem Ermessen zu beurteilen ist“, schreckt ihn nicht; hier hilft Jellineks „subjektives öffentliches Recht auf Anerkennung“, das allemal vorhanden wäre (S. 304 u. 310), mir aber nur Schall und Rauch zu sein scheint. In Wahrheit ist Layers Rechtsanspruch des Unternehmers naturrechtlicher Abstammung, eine Art Hoheitsrecht und Nachklang des alten jus eminens. Das gibt es im geltenden Rechte nicht mehr. O. Fischer, Expropr.Vertr. S. 12 ff. u. 46, bemerkt mit Recht, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen Expropriant und Expropriat zunächst „überhaupt nicht besteht“. Erst durch die Aussprüche der

Wenn er zugelassen ist, wenn also der Ausspruch über den Enteignungsfall bejahend lautet, so begründet das für den Unternehmer die rechtliche Möglichkeit, das Verfahren weiter zu betreiben und durch Antragstellung bei der Enteignungsbehörde die Grundstücke zu erlangen, deren er zur Durchführung des Unternehmens bedarf. Diese Behörde wird nun erst zuständig, den obrigkeitlichen Akt zu erlassen, der das bewirkt. Sie ist dem beantragenden Unternehmer gegenüber rechtlich gebunden, den Ausspruch zu tun; er hat ein subjektives öffentliches Recht darauf, ähnlich dem Recht auf zu erlassendes Urteil, welches dem Kläger vor dem bürgerlichen Gerichte zusteht. Das bedeutet aber noch kein Recht gegen die Eigentümer der von ihm begehrten Grundstücke, noch auch ein Recht an diesen Grundstücken selbst. Erst der ergehende Enteignungsausspruch wird ein solches begründen[88].

Behörde (oder durch Verträge, vgl. unten § 34, III n. 1) werden solche hergestellt werden.

[88] Hier setzt die Idee des „verliehenen Enteignungsrechts" ein, als deren vornehmster Vertreter jetzt wohl Eger zu betrachten ist. Er formuliert (Ges. über d. Ent. I S. 3): „Enteignungsrecht ist das Recht des beliehenen Unternehmers, auf Grund der staatlichen Verleihung Dritten das Eigentum gegen Entschädigung zu entziehen". Das scheint mir unrichtig zu sein; der Unternehmer selbst kann nie Eigentum entziehen, das soll die Behörde tun, allerdings mit Wirkung für ihn, zu seinen Gunsten; aber das ist doch etwas anderes. So Eger selbst a. a. O. S. 4: Das verliehene Enteignungsrecht bedeutet, „daß der Unternehmer gegen die vom Gesetz mit dem eigentlichen Enteignungsakte betrauten Staatsorgane einen öffentlichrechtlichen Enteignungsanspruch des Inhaltes erlangt hat, daß sie bezüglich der für sein Unternehmen erforderlichen Grundstücke zu seinen Gunsten die Enteignung aussprechen". Diesen verliehenen öffentlichrechtlichen Anspruch nennt er aber alsbald wieder (a. a. O. S. 5) „ein eigenes, selbständiges Privatrecht (Privilegium)". In Wahrheit ist jener Anspruch gegen das zuständige „Staatsorgan" auf Erlassung des erforderlichen „Ausspruches" seinem rechtlichen Wesen nach gleichartig mit dem Anspruch auf Erteilung der gewerbepolizeilichen Erlaubnis, für welche die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Ein volles Seitenstück zum Enteignungsverfahren würden wir erhalten, wenn etwa auch die Erteilung einer Schankwirtschaftserlaubnis entsprechend in zwei Stufen auseinander gezogen wäre: zuerst von einer höheren Stelle die Anerkennung des Bedürfnisfalles nach Gew.O. § 33 Abs. 2 auszusprechen wäre mit dem dafür gegebenen freien Ermessen und dann, wenn der Spruch bejahend ausfiel, der Wirtschaftsunternehmer an die ordentliche Polizeibehörde sich wenden dürfte, um von ihr die gesetzlich gebundene Entscheidung über sein Gesuch zu verlangen; sind die Voraussetzungen gegeben, so hat er einen Anspruch auf die Genehmigung (vgl. Bd. I S. 253). Gerade so hat der Unternehmer hier einen Anspruch auf den obrigkeitlichen Akt, der ihm das Eigentum zuweist. Das ist kein „Privatrecht" und kein „Privilegium". Es ist auch nicht „nur formelles Mittel, das ihm zur Durchsetzung seines Anspruchs

III. Auf Grund der Feststellung des gegebenen Enteignungsfalles eröffnet sich nunmehr der zweite Teil des Verfahrens, der den Enteignungsausspruch selbst zum Ziele hat.

Es kommt vor allem darauf an, diesem Ausspruch seinen bestimmten Inhalt zu geben durch Bezeichnung der Grundstücke, welche Gegenstand der Enteignung sein sollen.

Damit erhält der betreibende Unternehmer, wie er im ersten Teil des Verfahrens anerkannt und festgestellt wurde, auch seine bestimmte Gegnerschaft. Sie umfaßt eigentlich alle, die unter dem beabsichtigten Eingriffe zu leiden haben werden. Die Enteignung ist bestimmt, dem Unternehmen das Grundstück schlechthin und frei von aller Belastung zur Verfügung zu stellen; alle dinglichen Rechte werden dadurch untergehen. Und überdies werden auch persönliche Ansprüche, die sich auf das Grundstück beziehen (Pacht- und Mietverhältnisse), unerfüllbar oder getilgt. Daraus ergibt sich also ein weiter Kreis von Beteiligten. Bei der Entschädigungsfrage tauchen sie insgesamt wieder auf.

Für das Enteignungsverfahren aber sind sie nicht gleichwertig. Das Gesetz bestimmt hier, wer als der berufene Verteidiger des Grundstückes gilt für alle, die daran beteiligt sind, so daß der Enteignungsantrag gegen ihn allein zu richten sein wird. Das ist der Eigentümer als Hauptbeteiligter. Die anderen sind der Enteignung gegenüber durch ihn mit vertreten. Er allein ist in dem Enteignungsantrag zu bezeichnen und darüber zu hören.

Daneben kann auch den anderen, den Nebenberechtigten, Gelegenheit gegeben werden, ihre Einwendungen vorzubringen. Die genauen Pläne der von der Enteignung betroffenen Grundstücke werden in den Räumen der Behörde aufgelegt und durch öffentliche Bekanntmachung alle Beteiligten aufgefordert, davon Kenntnis zu nehmen und innerhalb einer bestimmten Frist sich dazu zu äußern, wenn sie es für gut finden. In einer besonderen Tagfahrt, zu welcher die Eigentümer und alle, die sich sonst inzwischen gemeldet haben, zu laden sind, wird dann über

---

auf Enteignung gewährt ist", wie Gierke, D. Pr.R. S. 477 Note 58 es nennt: er hat zurzeit nichts anderes als dieses Mittel, durch dessen Anwendung er allerdings Eigentum erlangen kann. Für Gierke mag das zu einem „Rechtsschutzanspruch" zum Schutz jenes Enteignungsrechts zusammenschrumpfen. Wenn aber O. Fischer, der einen „Enteignungsanspruch" nicht anerkennt (oben Note 32 a. E.), gleichwohl, Expropr.Vertr. S. 10, Gierke zustimmt, die von mir dem Unternehmer im Verfahren angewiesene Rechtsstellung „zu wenig" findet und ihm einen „Rechtsschutzanspruch" zubilligt, so fällt er aus der Rolle.

die Enteignungsanträge und die zu erhebenden Einwendungen vor der Enteignungsbehörde verhandelt.

Daran schließt sich auch die endgültige Feststellung der Enteignungsgegner, der berufenen Eigentümer, gegen welche das Verfahren durchgeführt wird. Diese sind ursprünglich aus Grundbuch, Flurbuch, Steuerkataster entnommen. Das öffentliche Verfahren hat den Zweck, diese Angaben zu bereinigen und endgültig zu machen.

Der so festgestellte Eigentümer wird dadurch nicht Eigentümer, wenn er es nicht schon war. Er wird dadurch nicht Partei; denn es handelt sich nicht um Prozeß und Verwaltungsrechtspflege. Er wird der rechtmäßige Widersacher des die Enteignung betreibenden Unternehmers, legitimus contradictor, in dem Sinne, daß das Verfahren gültig durchgeführt ist und wirksam für das Eigentum und sonstige Rechte am Grundstück, wenn es gegen ihn durchgeführt wird, und daß der Ausspruch der Enteignung gegen ihn erfolgt[84]. —

So bildet denn für diesen zweiten Teil des Verfahrens das zu enteignende Grundstück den festen Mittelpunkt. Durch Formvorschriften wird dafür gesorgt, daß es als richtig vertreten gilt. Die dabei sich ergebenden Streitigkeiten über das Recht an ihm können besonderem Austrag vorbehalten bleiben, ohne daß das Enteignungsverfahren dadurch gehemmt würde; erst wenn es an

[84] Gemäß der dem Enteignungsverfahren eigentümlichen Vorverlegung der Entschädigungsfrage (vgl. unten § 34, II n. 2) muß der Unternehmer, um zum Enteignungsausspruch zu gelangen, meistens zunächst die Festsetzung der zu leistenden Entschädigung betreiben. Alle, die bei der Gelegenheit Anspruch haben, entschädigt zu werden, bezeichnet das Gesetz als „Beteiligte". Unter ihnen ragt hervor „der Eigentümer" und der ihm etwa gleichgeachtete „Nebenberechtigte", die besonders zu laden sind. Nach Preuß. Ges. über d. Ent. § 25 Abs. 2 hat die Behörde von Amts wegen „darauf zu achten, daß das Verfahren gegen den wirklichen Eigentümer gerichtet wird". Ist das Verfahren gegen den Unrichtigen durchgeführt worden, so bewirkt es gleichwohl die beabsichtigte Rechtsentziehung (Pr. Ent.Ges. §§ 44 u. 45). Gerade deshalb wollte eben der Staat „dafür sorgen, daß, soweit es in menschlichen Kräften läge, mit dem wahrhaft Legitimierten verhandelt werde": Eger, Ges. über d. Ent. II S. 200, 202, 218. Vgl. auch Bähr u. Langerhans, Ges. über d. Ent. S. 81; Koffka, Ges. über d. Ent. S. 237. — Ähnlich noch Bayr. Zwangsabtr.Ges. Art. XV; Hartmann, Ges. über d. Zwangsabtr. S. 68 Note 1; Henle, Die Zwangsent. S. 69. — Sächs. Ent.Ges. § 21: „Entschädigungsberechtigt sind a) diejenigen, gegen die sich die Enteignung unmittelbar richtet (Hauptberechtigte)." § 72 Abs. 1: „Durch die Enteignungserklärung ... erlöschen ... mit dem Zeitpunkte ihrer Eröffnung an den Enteigneten alle am Gegenstande der Enteignung bestehenden Rechte Dritter." Schelcher, Ent.Ges. S. 427 ff.; für das frühere Recht: Derselbe, Rechtswirkungen der Ent. S. 94.

die Erledigung der Entschädigungspflicht geht, wird die Frage noch einmal lebendig.

Auf dieser Grundlage ist aber nun zu prüfen, inwieweit die Enteignung die in Anspruch genommenen Grundstücke erfassen kann und soll.

1. Der allgemeinen Regel nach sind fähig, der Enteignung zu unterliegen, sämtliche Grundstücke des Staatsgebietes ohne Unterschied der Beschaffenheit und der Art der Benutzung und ohne Ansehen des Eigentümers.

Auch die Grundstücke des Staates selbst sind davon nicht ausgenommen. Man hat vermeint, es als eine „Absurdität" bezeichnen zu können, daß der Staat, der doch allein enteignet, sich selbst Gewalt antun solle[35]. Allein hier ist wohl zu unterscheiden.

Sinnlos wäre es, wenn im Enteignungsverfahren gegen ein staatliches Grundstück der Staat selbst als der betreibende Unternehmer aufträte. Er kann unmöglich den Anspruch erheben, daß ihm auf diesem Wege rechtlich zugeteilt werde, was er rechtlich schon hat. Ganz das Gleiche gälte aber auch von der Gemeinde, die ihr Gemeindegut, von der Eisenbahngesellschaft, die ihr Privatgrundstück zum Gegenstand eines derartigen Angriffes machen wollte. Schon äußerlich würde das scheitern an dem Mangel des für das Verfahren unentbehrlichen Enteignungsgegners[36].

Die Frage kann nur so gemeint sein: Ist es zulässig, daß die Enteignungsbehörde, die doch immer namens des Staates spricht, auf Betreiben irgendeines anderen Unternehmers ein Grundstück des Staates der Enteignung unterwirft, die Enteignung vollzieht gegen ihren Dienstherrn und Machtgeber selbst?

Dies ist keineswegs ausgeschlossen. Daß es der Fall ist und in welchem Umfang es der Fall ist, bestimmt sich vielmehr nach festen allgemein gültigen Regeln. Es handelt sich um eine Rück-

---

[35] Treichler, in Ztschft. f. deutsch. R. XII S. 140.

[36] Wir kämen sonst zu dem Bd. I S. 153 Note 20 gezeichneten Bild: der Staat als Eisenbahnunternehmer beantragt beim Staat als Inhaber der Enteignungshoheit, den Staat als Forstbesitzer zu enteignen. Gegen diese Doppelrolle des Staates vor der Enteignungsbehörde mit Recht: Loebell, Preuß. Ent.Ges. S. 25; Eger, Ges. über d. Ent. I S. 14. Das bedarf auch kaum der tieferen juristischen Begründung. Nur ein wild gewordener Ressortpartikularismus könnte hier ein solches Schauspiel aufführen wollen. Die Sache erledigt sich vielmehr durch „eine Überweisung des erforderlichen fiskalischen Terrains von der einen fiskalischen Station an die andere", und zwar „durch Entschließung des zuständigen Ressortchefs oder, falls verschiedene Ressorts beteiligt sind und Einigung nicht zu erzielen ist, durch Entscheidung des Staatsministeriums" (Eger a. a. O. I S. 14).

bezüglichkeit der öffentlichen Gewalt auf den Staat in dem oben Bd. I S. 122 f. dargelegten Sinne. So gut der Staat der Anwendbarkeit seines Zivilgesetzbuches und dem Urteilsspruch seines ordentlichen Gerichtes unterliegt, kann auch sein Enteignungsgesetz und der Ausspruch seiner Enteignungsbehörde ihn erfassen. Voraussetzung ist nur, daß er in privatwirtschaftliche Verhältnisse eingetreten ist wie ein Untertan und soweit denn auch bestimmt ist, nach Untertanenrecht zu leben, mit anderen Worten: daß er in seiner Eigenschaft als Fiskus erscheint[37].

Diese Voraussetzung wird hier, wo der Staat als Grundbesitzer in Betracht kommt, regelmäßig ganz glatt erfüllt sein. Als Eigentümer eines Staatsfabrikgebäudes, eines Staatsforstes und sonstiger Grundstücke seines „Finanzvermögens" steht er nicht anders da wie ein gewöhnlicher Privatmann; daß die Erträgnisse dieser Betriebe zu allerlei Zwecken öffentlicher Verwaltung hinterdrein Verwendung finden, gibt dem Besitze, der ihnen dient, nicht selbst schon eine besondere Eigenart. Auch wo die öffentliche Verwaltung näher heranrückt und der staatliche Grundbesitz selber von ihr in Benutzung genommen ist, um ihrer Tätigkeit die räumliche Grundlage, Schutz- und Obdach und allerlei Brauchbarkeiten zu gewähren, wird es meist bei einer äußerlichen Verbindung bleiben: als Herr und Verfügungsberechtigter über seine unbewegliche Sache ist der Staat immer noch unterscheidbar von den über privatwirtschaftliches Tun hinausgehenden Zwecken, denen er sie zurzeit dienen läßt, und von der öffentlichrechtlichen Rolle, die er bei deren Erfüllung spielt. Insofern findet die Enteignung auch hier noch einen Fiskus, den sie nach Untertanenrecht behandeln mag; die Entschädigung, die er dabei bezieht, wird ihn in den Stand setzen müssen, das geschädigte Stück öffentlicher Verwaltung anderweit zu versehen. So ist es denkbar, daß die Enteignung Platz greife gegen Dienstgebäude, Schlachthäuser, Schulhöfe, Spitalgärten, öffentliche Anlagen, überhaupt in allen Fällen, wo das Grundstück zum sogenannten „Verwaltungsvermögen" gehört.

Daß es der Staat ist, der hier enteignet werden soll, kann in diesem zweiten Falle tatsächlich doch von großer Wichtigkeit sein. Mag er auch dabei Fiskus heißen, er ist doch der nämliche, der die Enteignung macht, und seine entgegenstehenden Anliegen haben Gelegenheit genug, sich wirksam zur Geltung zu bringen. Das wird vor allem im ersten Teile des Verfahrens geschehen, wo

[37] Vgl. Bd. I S. 121 ff.

sich ja bereits übersehen läßt, ob und wieweit staatlicher Grundbesitz von den zuzulassenden Unternehmen berührt werden soll. Daß es wünschenswert erscheint, ein bestimmtes Grundstück unversehrt zu lassen, kann Anlaß geben, die Anerkennung des Enteignungsfalles für dieses Unternehmen zu verweigern oder vorerst einmal eine entsprechende Änderung zu verlangen. Auch der zweite Teil bietet noch Gelegenheit, solche Gesichtspunkte in Gestalt von Einwendungen gegen den aufgestellten Plan zur Geltung zu bringen, und die Enteignungsbehörde hat Spielraum genug zu entsprechender Berücksichtigung. Sogar eine Zurücknahme der Anerkennung des Enteignungsfalles ist noch denkbar, wenn sich jetzt herausstellt, daß sie unerwartete schwere Folgen hätte.

In geringerem Maße können auf diesem Wege auch untergeordnete Gemeinwesen einen Schutz finden gegen allzu schwere Beeinträchtigungen, mit welchen die Enteignung sie etwa zu treffen droht.

Das bedeutet alles nur dazwischentretende Hemmungen, welche die Enteignung in ihrem Verfahren finden kann, als solche wichtig genug zum Verständnis ihrer Einrichtungen. Es bedeutet überall keine rechtliche Unzugänglichkeit solcher Grundstücke für die Enteignung[38].

[38] Man hat diese Fälle zusammengefaßt mit der nun gleich zu besprechenden Erscheinung und ein rechtliches Hindernis der Enteignung darin erkennen wollen. Es soll hier vorliegen „Widerstreit (Kollision) verschiedener Enteignungsrechte", und die Frage sei, ob die Enteignung auch ausgeübt werden könne gegen „solche Grundstücke, welche einem selbst mit dem Enteignungsrecht ausgestatteten (ausgerüsteten) Unternehmer angehören" (Seydel, Ges. über d. Ent. S. 16 ff.; Eger, Ges. über d. Ent. S. 15 ff.). Da glaubt man denn Grundsätze aufstellen zu können, nach welchen hier der „Ausgleich" zu erfolgen hat: „das mindere Recht muß dem stärkeren weichen," „das ältere Recht ist tunlichst zu schonen," „sind beide Rechte gleich stark, so muß ein gegenseitiges Nachgeben stattfinden". Die Entscheidung in diesen Kollisionsfällen wird aber von der höheren Instanz „ganz nach ihrem Ermessen" getroffen, in Preußen durch die einleitende Königliche Verordnung, nicht von der Enteignungsbehörde; tritt die Kollision erst nachträglich zutage, „so haben hierüber die beteiligten Ressortchefs in Benehmen zu treten und gegebenenfalls die Königl. Entscheidung herbeizuführen". So Eger a. a. O. S. 18. Im gleichen Sinne Seydel, Ges. über d. Ent. S. 18 f.; Gleim, R. d. Eisenb. S. 145, 205 f.; Dalcke, Ges. über d. Ent. S. 36; Bähr u. Langerhans, Ges. über d. Ent. S. 12 Note 1. Die Rücksichten und die Art, wie sie zur Geltung kommen, entsprechen also ganz dem oben Gezeichneten. Wenn das aber hier als eine „Kollision von Enteignungsrechten" erläutert werden soll, so ist das ein Musterbeispiel von willkürlicher Konstruktion. In Wirklichkeit kommt es auf die rechtlichen Zusammenhänge, in welchen die jetzt in Anspruch genommenen Grundstücke erworben worden sind,

Wohl aber ergibt sich aus dem Gesagten schon der Punkt, wo auch eine rechtliche Unzulässigkeit der Enteignung einsetzen muß. Er liegt da, wo sie auf die öffentliche Verwaltung selber stößt, wo ein Fiskus als Herr der zu enteignenden Sache in

---

gar nicht an. Seydel a. a. O. S. 16 begnügt sich damit, daß sie „einem mit dem Enteignungsrechte ausgestatteten Unternehmen angehören". Eger a. a. O. S. 15 fügt hinzu: „und für dieses enteignet worden sind". Das wäre also eine Voraussetzung mehr. Allein die Enteignung, einmal durchgeführt, hat doch kein anderes, vor allem kein widerstandsfähigeres Eigentum zur Folge als der freihändige Kauf. Wenn der Botanische Garten, der Gefängnishof, die Schlachthausanlage, das Schulgebäude zum Teil durch Enteignung erworben ist, zum Teil auf schon vorhandenem Besitze des Staates, der Gemeinde eingerichtet wurde, so stehen diese Teile der drohenden Enteignung unmöglich in verschiedenem Rechte gegenüber. Aber auch das ist gleichgültig, ob dem jetzt besitzenden Unternehmer damals überhaupt „Enteignungsrecht verliehen worden ist" oder nicht. Wäre es verliehen gewesen, so ist das fertig und erledigt durch den Erwerb; wenn für dieses Unternehmen nachträglich über den ursprünglichen Plan hinaus noch einmal enteignet werden soll, so müßte die „Verleihung" noch einmal stattfinden; von einer „Erweiterung der Rechtsfähigkeit", wie Gierke es nennt, die sich damals vollzogen hätte ein für allemal, kann doch keine Rede sein. Worauf es allein ankommt, das ist überall nur die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, das an dem Bestande der getroffenen Einrichtungen beteiligt ist, gleichviel wie das dafür nötige Grundeigentum seinerzeit beschafft werden konnte. Der Wert einer Gefängnisanlage, eines Schulgebäudes für das öffentliche Wohl bleibt voll bestehen und berücksichtigungswert, auch wenn es seinerzeit gar nicht notwendig gewesen war, sich der Zulassung zum Enteignungsverfahren zu versichern, sondern alles auch ohne das gemacht werden konnte. Deshalb lassen sich auch die maßgebenden Stellen nicht hindern, tatsächlich in diesem Falle ganz die gleiche Rücksichtnahme walten zu lassen. Ohne alle gesetzliche Nötigung, einem leeren juristischen Formalismus zuliebe hier eine Unterscheidung machen zu wollen, wäre eine Verleugnung alles gesunden Wirklichkeitssinnes.

Die gleichen Grundsätze werden auch gelten müssen, wenn die Enteignung sich gegen liegenschaftlichen Besitz des Reiches richtet: Truppenübungsplätze, Schießstände, Kasernen, Militärverwaltungsgebäude. Ob das Reich für diese Dinge zur Enteignung hätte zugelassen werden können, zugelassen worden ist oder wirklich enteignet hat, macht wieder keinen Unterschied; einen rechtlichen Vorzug hat es deshalb gegenüber der landesrechtlichen Enteignung nicht. Eine Besonderheit dürfte hier nur bestehen für den Fall des Art. 41 Abs. 1 R.Verf., der für die Herstellung wichtiger Eisenbahnen ein Reichsenteignungsrecht begründet. Vgl. oben Note 22. Dadurch wird, außer dem eigentlichen Bahnkörper, auch alles, was sonst dem Betriebe zu dienen hat an Gebäulichkeiten, Lagerplätzen und Zugängen der landesrechtlichen Enteignungsgewalt entzogen sein, wenigstens in dem Sinne, daß sie nicht gegen den Widerspruch des Reiches daran ausgeübt werden kann: jene „Ausstattung mit dem Expropriationsrecht" hat ja gerade den Sinn, daß das Unternehmen auch gegen den Willen der Einzelstaatsgewalt sich durchsetzen und behaupten soll, und dieser Wille des Reiches geht vor. Das ist aber ein ganz eigenartiger Ausnahmefall.

der Weise eines gewöhnlichen Privatmannes sich nicht mehr ausscheiden läßt, vielmehr die öffentliche Verwaltung sich in dem staatlichen Grundstücke unmittelbar verkörpert. Daß es das gibt und wie es sich rechtlich gestaltet, ist in der Lehre von den öffentlichen Sachen genauer darzustellen (vgl. unten §§ 35 u. 36). Öffentliche Straßen und Festungswerke bieten die Hauptfälle.

Daß hier die Enteignung versagt, ist selbstverständlich. Das, was sie möglich machte gegen den Staat, fällt weg: seine privatwirtschaftliche Erscheinung und damit zusammenhängende Stellung unter Untertanenrecht. Nun kommt seine eigene Natur zur Geltung, wonach er sich nicht selbst enteignen kann. Nur gegen Untertanen geht die Enteignung und was ihnen gleichgestellt wird[89].

[89] Vgl. Bd. I S. 122. Privateigentum, privatrechtliches Eigentum ist Eigentum nach Untertanenrecht; auch der Fiskus kann solches haben und wird dann nach Untertanenrecht behandelt, insbesondere auch enteignet. Nur am öffentlichen, d. h. öffentlichrechtlichen Eigentum findet die Enteignung von selbst eine rechtliche Grenze. Es gibt jetzt noch viele Juristen, die sich mit dem Gedanken eines öffentlichen Eigentums nicht befreunden können. Wir werden uns mit ihnen unten §§ 35 und 36 auseinanderzusetzen haben. Für sie gilt natürlich das hier Vorzutragende von vornherein nicht; sie werden aber dafür auch hier schon ihre Schwierigkeiten bekommen mit dem positiven Recht. Im französischen Enteignungsrecht ist der obige Satz anerkannt; de Lalleau, Traité de l'expropr. I n. 182: „Il faut donc reconnaître, que la loi (das Enteignungsgesetz) ne peut pas s'entendre de l'aliénation du domaine public proprement dit; que cela serait trop contraire aux principes et aux art. 538 et 2226 du c. c., qui consacrent l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public. Les objets qui le composent ne deviennent aliénables que lorsqu'ils ont été détachés par changement de nature et de destination et qu'ils ont été remis aux corps administratifs pour faire partie des biens ordinaires et patrimoniaux." Grünhut, Ent.R. S. 76 ff., schließt sich dieser Auffassung an, indem er bei der Frage, ob Enteignung gegen den Staat zulässig sei, unterscheidet zwischen dem „öffentlichen Gute" und dem „Staatsgute"; das erstere, meint er, sei der Enteignung unzugänglich; denn es diene bereits dem öffentlichen Gebrauch und könne ihm deshalb nicht erst zwangsweise gewidmet werden. Auch diese Begründung findet sich bei den französischen Juristen. Sie scheint mir ein wenig äußerlich zu sein und nicht ganz zutreffend. Layer, Prinz. d. Ent. S. 590 ff., erkennt ein richtiges „öffentliches Eigentum" an (S. 592), welches als solches, in der Hand des Staates wenigstens und zwischen koordinierten Gemeinwesen, der Enteignung entzogen ist (S. 594, 595). Bei der Begründung kommt er aber wieder in den Bannkreis des „öffentlichen Interesses", das die Entscheidung geben soll: „Die Enteignung bedeutet die Inanspruchnahme eines Objektes im öffentlichen Interesse und für dasselbe. Die Sache, die im öffentlichen Eigentum steht, ist aber bereits dem öffentlichen Interesse gewidmet" (S. 592). Damit gerät bei ihm die Sache wieder ins „Relative" und ins Unklare. — Man könnte noch mehrere Schriftsteller anführen, die gegen die Enteignungsfähigkeit des öffentlichen Gutes sich aussprechen. Meist stimmt es nicht ganz. Entschieden in dem hier vertretenen Sinne: Fleiner, Instit. S. 334 (die Note 43 S. 292, auf

Damit ist nicht alles zu Ende; ein Unternehmen, das eines bestimmten Grundstückes bedarf, ist deshalb nicht schlechterdings unausführbar, weil dieses Grundstück eine öffentliche Sache ist. Es gibt die Möglichkeit, einem Grundstück diese Eigenschaft wieder zu entziehen. Das geschieht durch die in gehöriger Weise vom Herrn der Sache oder von seinem Oberen vorgenommene Einziehung (Aufhebung, Auflassung) der öffentlichen Sache. Damit wird das Eigentum daran gewöhnliches Privateigentum des Fiskus und zugänglich auch der Enteignung[40].

---

welche dort verwiesen wird, hat die hier oben Note 38 behandelte einfache Rücksichtnahme auf andere öffentliche Zwecke im Auge, also wesentlich anderes); Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 52 ff. (auch hier wird nachträglich noch in den Gedankenkreis der Kollision der Enteignungsrechte hinübergeglitten. Die Bemerkung Note 78 daselbst: „eine gesetzliche Erstreckung der Enteignung auf das öffentliche Eigentum sei für rechtlich möglich zu halten", kann ich nicht bestreiten; nur wird man zusehen müssen, ob das dann noch öffentliches Eigentum ist).

[40] Vgl. unten § 36, III. Das ist in der französischen Rechtssprache das „déclassement", welches de Lalleau in der oben Note 39 angeführten Stelle meint. Vgl. Layer, Prinz. d. Ent. S. 594. Der Unterschied von der oben Note 38 besprochenen Rücksichtnahme auf die bisherige Verwendung des Grundstückes für öffentliche Zwecke zeigt sich daran, daß dort die Enteignung ihren Weg geht, wenn ihr nicht aus jener Rücksicht eine Hemmung bereitet wird, auf welche die Stellen, die dem beteiligten Verwaltungszweig vorstehen, hinzuarbeiten berufen sind, hier aber die Enteignung ausgeschlossen ist, bis das in der Natur der zu enteignenden Sache liegende Hindernis Beseitigung findet. Zu dieser Beseitigung sind auch wieder die dem beteiligten Verwaltungszweig vorstehenden Behörden berufen; statt ihrer können, wie jetzt gleich zu besprechen sein wird, andere Stellen eingreifen. Geschieht nichts, so gibt es hier keine Enteignung. Seydel, Ges. über d. Ent. S. 16 ff., bringt als Beispiele der sogenannten „Kollision verschiedener Enteignungsrechte" lauter Fälle von zu enteignenden öffentlichen Sachen: Chausseen, öffentliche Wege, Eisenbahnen, Begräbnisplätze. Hier soll die Zustimmung derjenigen obersten Verwaltungsstellen notwendig sein, denen die Wahrnehmung der in Frage kommenden „staatshoheitlichen Interessen" in letzter Instanz obliegt. „Anderenfalls würde die Enteignung überhaupt ausgeschlossen sein" (S. 19). Damit meint er offenbar die Einziehung. — Das Preuß. Kultusministerium hat bestimmt, daß Kirchhöfe erst 40 Jahre nach erfolgter Schließung (Einziehung) sollen enteignet werden können (Eger, Ges. über d. Ent. I S. 16); das würde eine verfrühte Enteignung nicht ungültig machen; wohl aber würde eine Enteignung ungültig sein, die einen Kirchhof fassen wollte, der nicht mindestens gleichzeitig außer Betrieb gesetzt würde; so lange bliebe er nämlich öffentliche Sache. — Das Sächs. Ent.Ges. v. 24. Juni 1902 § 7 Abs. 4 besagt: „Grundstücke, die dem Gemeingebrauch dienen oder sonst einem öffentlichen Zwecke bestimmt sind, unterliegen nur insoweit der Enteignung, als nach Entscheidung der zuständigen Aufsichtsbehörde sie für ihren bisherigen Zweck entbehrlich sind." Das ist die Einziehung. In der Begründung des Entwurfs werden die von mir geltend gemachten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Enteignung von öffentlichem Eigentum als die Veranlassung zu dieser

Wäre das schon vor der Einleitung der Enteignung geschehen, so hat das Weitere nichts Besonderes. Die Einziehung kann sich aber auch mit dem Enteignungsverfahren selbst erst verbinden.

Wenn man dann den Vorgang überblickt, bekommt man zwar den Eindruck, als werde eine öffentliche Sache enteignet, die doch in Wirklichkeit aufhört, eine zu sein, um enteignet werden zu können.

Die Einziehungserklärung entgeht schon deshalb leicht der Wahrnehmung, weil sie keineswegs als obrigkeitlicher Ausspruch, als Verwaltungsakt zu erscheinen braucht; sie bedeutet, wie wir sehen werden (unten § 36, III), lediglich eine Verfügung des Herrn der öffentlichen Sache über diese und eine Änderung der Zweckbestimmung, die er ihr gibt. Dieser Wille kann irgendwie, auch nebenbei gelegentlich anderweiter Anordnungen zutage treten, und das genügt. In dieser Richtung wird namentlich das Verfahren zur Feststellung des Enteignungsfalles bedeutsam. Hier findet ja schon eine genaue Prüfung des Unternehmens statt, für welches die Enteignung verlangt wird. Wohldurchgearbeitete Pläne werden vorgelegt, um diese Prüfung zu ermöglichen, aus denen dann auch ersichtlich wird, welche Stücke von Straßen, Kanälen und anderen öffentlichen Sachen dabei in Mitleidenschaft gezogen werden sollen. Die Genehmigung dieser Pläne bedeutet das Einverständnis mit den dabei in Aussicht genommenen Einziehungen.

Handelt es sich um eine Staatsstraße, so wirkt die Genehmigung der hohen Stelle, von welcher diese Zulassungsentscheidung getroffen wird, ganz von selbst als die erforderliche Verfügung des Staates über diese seine Sache, um sie soweit ihrem bisherigen öffentlichen Zwecke zu entziehen.

Bestimmung angeführt, obgleich sie „wesentlich formaljuristischer Natur" seien. Ich behaupte allerdings, daß die besondere Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums auch ihren guten sachlichen Wert hat, sonst verlohnte es sich wohl kaum, die formaljuristische Gestaltung sehr zu pflegen (vgl. unten § 35, I n. 2). Aber im wesentlichen kann ich mich für meine Grundauffassung auf dieses neueste deutsche Enteignungsgesetz berufen.

Statt auf Entziehung des Eigentums kann ja die Enteignung auch gerichtet sein auf eine rechtliche Belastung für das öffentliche Unternehmen. Die Zustimmung des Herrn der öffentlichen Sache wäre in diesem Fall keine Einziehung, sondern die Ermöglichung einer besonderen Benutzung. So kann nach Schweiz. Bd.Ges. v. 24. Juni 1902 öffentliches Eigentum „auf dem Expropriationsweg" für Starkstromleitungen in Anspruch genommen werden — jedoch nur „unter Wahrung der anderen Zwecke", was zum Ausdruck gebracht wird in einer „besonderen polizeilichen Bewilligung", die hier zu der Enteignung noch weiter erholt werden muß: Schw. Bd.Ger. v. 20. Mai 1908 (Eisenb.Entsch. XXV S. 163).

Handelt es sich um öffentliche Sachen eines anderen Subjektes öffentlicher Verwaltung, einer Gemeinde, eines beliehenen Unternehmers, so kann den staatlichen Stellen ein Eingriffsrecht, um so zu verfügen, möglicherweise zustehen kraft gesetzlicher Aufsichtsgewalt oder kraft besonderen Vorbehalts bei der Verleihung, welche der Eisenbahngesellschaft, Straßenbaugesellschaft seinerzeit erteilt ward. Die Rechtsordnung der öffentlichen Sachen belastet diese auch abgesehen davon mit einer gewissen allgemeinen Nachgiebigkeit für wichtige öffentliche Zwecke (vgl. unten § 36 Note 13). Alles das kommt bei der Zulassung des Unternehmens zur Enteignung, möglicherweise auch erst bei den genaueren Verhandlungen über den Enteignungsausspruch zur Geltung und Wirksamkeit und dient wieder dazu, die betroffenen öffentlichen Sachen ihrer Unzugänglichkeit zu entkleiden[41].

Wo solche Vereinfachungen nicht gegeben sind, kommt es auf die Zustimmung des Herrn der öffentlichen Sache an, ob die Enteignung rechtlich möglich wird oder nicht. Auch sie kann formlos geschehen. Die Verwaltungen verstehen sich leicht untereinander. Die ganze Rechtsfrage taucht erst auf, wenn es sich um verschiedene Subjekte öffentlicher Verwaltung handelt, die sich gegenüberstehen, ohne daß das eine über das andere Gewalt hätte in diesem Punkt, und nun der zu enteignende Herr der öffentlichen Sache widerspricht. In diesem Falle gibt es kein Abwägen und Ausweichen, sondern das Nein des Eigentümers entscheidet schlechthin. Ein Sondergesetz schlüge natürlich immer durch; auch können hier Zuständigkeiten höherer Behörden gegeben sein, um die verweigerte Zustimmung des Eigentümers zu erzwingen. Das ist mit den grundsätzlichen Gesichtspunkten wohl vereinbar[42].

---

[41] Es kommt hier namentlich auch das mit einem öffentlichen Eisenbahnunternehmen verbundene Wegeverlegungsrecht in Frage, das durch die eisenbahnhoheitliche Genehmigung des Planes wirksam gemacht wird; darüber Arch. f. öff. R. XV S. 514 ff. — Nach Layer, Prinz. d. Ent. S. 595 Note 1, „ist die im höheren öffentlichen Interesse erzwungene Auflassung bereits Enteignung". Allein die Auflassung (Einziehung) entzieht kein Eigentum, läßt im Gegenteil privatrechtliches Eigentum erst erscheinen; sie kann nur Vorbereitung der Enteignung sein, von dieser selbst begrifflich stets wohl unterscheidbar; vgl. unten § 36, III.

[42] Die Frage der Zulässigkeit der Enteignung als eine Frage ihrer Gültigkeit kann besonders bedeutsam werden, wenn die zu enteignende öffentliche Sache dem Reiche gehört. Diesem gegenüber besteht keine aufsichtsrechtliche Gewalt der bundesstaatlichen Stellen, um seine mangelnde Zustimmung zu ergänzen und gegenüber der wichtigsten Art von öffentlichen Sachen, um die es sich hier handelt, kommt auch jene oberste Ordnungsgewalt über das Wegewesen nicht in Betracht:

2. Die auf solche Art der Enteignung zugänglichen Grundstücke werden nun durch den Ausspruch der Enteignungsbehörde soweit in Anspruch genommen, als das zugelassene Unternehmen ihrer bedarf. Und zwar ist das zu verstehen in dem Sinne, daß es ihrer bedarf für sich selber, um sich darauf einzurichten und seine Zwecke durch das Mittel des Grundstücks zu erfüllen. Das Grundstück soll dem Unternehmen dienen und das Unternehmen bedarf seines Dienstes, um richtig durchgeführt werden zu können. Das damit gegebene Maß bildet die Rechtsgrenze, innerhalb deren der Enteignungsausspruch sich zu halten hat. Kein Grundstück darf genommen werden, bei dem jene Voraussetzung nicht zutrifft, und auch von den so bezeichneten Grundstücken nur so viel, als danach erfordert wird. Wo diese Grenze läuft, das ist schließlich eine Frage des Ermessens, welches der Enteignungsbehörde hier anheimgestellt wird. Dieses Ermessen ist aber nicht das freie der Verwaltungsverfügung, sondern das gebundene der richterlichen Entscheidung, gleichstehend dem Ermessen, welches geübt wird bei Festsetzung des Schadensersatzanspruches oder des zu gewährenden Unterhalts[43]. Der Unternehmer hat also gegenüber der Enteignungsbehörde ein subjektives Recht nicht bloß auf einen Ausspruch überhaupt, sondern auf einen Ausspruch, welcher mit seinem Inhalt dieser Gebundenheit entspricht, ein Recht auf Begründung seines Eigentums an den Grundstücken, deren er für sein Unternehmen bedarf[44].

---

gegenüber den Festungswerken. Außer Zweifel wird wohl stehen, daß diese gegen den Widerspruch des Reichs nicht enteignet werden können. Von einem „Abwägen der Wichtigkeit der öffentlichen Interessen" durch die Landesbehörden, die über die Enteignung zu erkennen haben, ist dabei keine Rede; es geht schlechthin nicht. Das Sächs. Ent.Ges. § 7 Abs. 4 schützt durch seine ausdrückliche Bestimmung auch die öffentlichen Sachen des Reichs (Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 167). Das Gleiche gilt aber auch, wenn, wie gewöhnlich, das Landes-Enteignungsgesetz sich über diesen Punkt nicht ausspricht. Es fließt aus dem Wesen des öffentlichen Eigentums und gehört dadurch zum positiven Recht der Enteignung. Mit dem bloßen Berücksichtigen und Ausgleichen, wie es bei „Kollision der Enteignungsrechte" zwischen den verschiedenen Stellen der enteignenden Staatsgewalt sich vollziehen mag, kommt man hier entschieden nicht aus.

[43] Vgl. Bd. I S. 101 f. und hier oben Note 9.

[44] Vgl. oben Note 33. Wenn man die beliebten Ausdrücke gebrauchen will, mag man das eine den formellen, das andere den materiellen Anspruch nennen. Beides verbindet sich ja im allgemeinen nicht notwendig miteinander; das Beschwerderecht (Bd. I S. 127 f.) und das Klagerecht (Bd. I S. 144 ff.) enthalten nur die formelle Seite; aber was man unter „Rechtsschutzanspruch" versteht, soll wohl gleichfalls beides umfassen. — Es kommt immer darauf an, die Ent-

Gegenüber dieser Grundform der Bestimmung des Enteignungsgegenstandes ergeben sich nun Abweichungen und Besonderheiten in verschiedener Weise:

— Das Gesetz kann für die Zwecke des zugelassenen Unternehmens die Enteignung von Grundstücken gestatten *über dieses Maß* hinaus: für die Beschaffung von Arbeits- und Lagerplätzen während des Baues, für Gewinnung von Baumaterial, für Herstellung von Anlagen, die zugunsten Dritter als Bedingung der Zulassung zur Enteignung auferlegt worden sind[45].

Wo ein besonderes Gesetz die Enteignung außerordentlicherweise verwenden läßt, nicht zum Dienste eines öffentlichen Unternehmens, wie es dem eigentlichen Sinne des Rechtsinstituts entspricht, sondern zur Abwehr von Schädlichkeiten, zur Gewinnung von Finanzmitteln für Straßendurchbrüche und dergleichen, da hat es Sorge, den Umfang, in welchem das Grundeigentum so erfaßt werden kann, jedesmal eigens zu bestimmen und zu kennzeichnen[46].

— Behufs *besserer Lösung der Entschädigungsfrage* pflegt den Beteiligten frei gestellt zu sein, der Enteignung eine größere Ausdehnung zu geben, als ihren reinen Grundsätzen entspricht. Das trifft solche Fälle, in welchen das Unternehmen von einem bestimmten Grundstück nur einen *Teil* in Anspruch nähme.

Hier kann der Enteignete die Ausdehnung der Enteignung auf das Ganze oder ein größeres Stück davon verlangen, falls sie, in ihren natürlichen Grenzen durchgeführt, ein für seine Zwecke nicht wohl brauchbares Restgrundstück übrig ließe. So vor allem, wenn die Enteignung Gebäudeteile trifft oder ein Grundstück allzusehr zerstückelt. Die Minderwertigkeit des Übrigbleibenden würde ohnehin durch Entschädigung ausgeglichen werden müssen. Der *Zwang zur Übernahme des Ganzen* macht aber die Erledigung dieses Punktes einfacher und gründlicher zugleich. Der Zwang besteht darin, daß auf die berechtigterweise erhobene Forderung des Enteignungsgegners hin die Behörde nur einen auf das Ganze gestellten Enteignungsantrag des Betreibenden zusprechen darf, den gestellten und aufrechterhaltenen Teilantrag aber von

---

eignung im Zusammenhange des geschlossenen Gedankenkreises des öffentlichen Rechts zu halten; wenn man sie nur auf dem Hintergrunde einiger zivilrechtlicher Kenntnisse betrachtet, wird man zu sehr künstlichen Deutungen geführt.

[45] In dieser Hinsicht gibt Genaueres das Preuß. Ges. über d. Ent. § 23; ähnlich Sächs. Ent.Ges. § 9.

[46] Hier fehlte eben sonst das natürliche Maß. Vgl. oben Note 27, 28 u. 29.

selbst als auf das Ganze erweitert anzusehen hat[47]. Manche Gesetze — sie bilden die Ausnahme — haben umgekehrt auch dem Unternehmer gestattet, in solchen Fällen eine einfachere und gerechtere Regelung seiner Entschädigungspflicht herbeizuführen, indem er freiwillig den Antrag auf Enteignung des Ganzen stellt, auch gegen den Willen des Eigentümers[48].

— Das Recht der Inanspruchnahme des einzelnen Grundstücks kann aber nicht bloß räumlich, sondern auch dem Inhalt nach begrenzt sein. Es ist möglich, daß es für das Bedürfnis des Unternehmens genügt, wenn das Eigentum nicht gänzlich entzogen, sondern nur einer rechtlichen Belastung unterworfen wird. Dann sollte grundsätzlich nicht weiter gegangen werden. Eine

[47] G. Meyer, R. d. Expropr. S. 283; Layer, Prinz. d. Ent. S. 421 ff.; Preuß. Ges. über d. Ent. § 9; Sächs. Ent.Ges. § 13. Der Fall wird namentlich bei Enteignung von Gebäudeteilen wichtig: R.G. 3. April 1897 (Entsch. XXXIX S. 278). — Früher hat man den Vorgang gern als ein reines Gegenstück aufgefaßt zu der von dem Unternehmer bewirkten Enteignung, als eine Zwangszueignung, die der andere Teil hier bewirkte. So v. Rohland, Ent.R. S. 95; Grünhut, Ent.R. S. 152; Seydel, Bayr. St.R. II S. 257; Schelcher, Rechtsw. d. Ent. S. 65. Nach der oben vorgetragenen Auffassung ist es selbstverständlich, daß auch das Restgrundstück „im Wege der Enteignung" auf den Unternehmer übergeht und mit den dazu gehörigen Wirkungen. Eger, Ges. über d. Ent. I S. 302 ff., gibt sich unnötigerweise viel Mühe, das jenen älteren Auffassungen gegenüber nachzuweisen, weil er selbst nicht zu voller Freiheit davon gelangt ist. Richtig Layer, Prinz. d. Ent. S. 432; Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 200 f.

[48] Braunschw. Ges. v. 13. Sept. 1867 § 7; Sächs. Ent.Ges. § 13 Abs. 2. Über die Gründe dieser Maßregel vgl. Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 95 f. Bei den Beratungen zum Preuß. Ges. über d. Ent. war eine gleiche Bestimmung in Frage; sie wurde jedoch vom Abgeordnetenhause abgelehnt: Bähr u. Langerhans, Ges. über d. Ent. S. 41; Eger, Ges. über d. Ent. I S. 299 ff. Man nimmt an, der Unternehmer sei genügend geschützt durch das Ausdehnungsrecht des Eigentümers, der nun gewiß nicht mehr Entschädigung zugesprochen bekomme, als er infolge der Geltendmachung des Ausdehnungsrechts hätte erhalten können. Die Rechnung scheint mir etwas unsicher zu sein. —

Dieses Recht der Ausdehnung der Enteignung kommt nicht nur vor, wenn es sich um eine körperliche Teilung des Grundstücks handelt, sondern ebenso auch bei dinglicher Belastung, so daß der Ausdehnungsberechtigte statt dieser die Vollenteignung wählen kann. Auch hier handelt es sich um Erleichterung der Entschädigungsfrage. So zugunsten des Eigentümers nach Pr. Ges. über d. Ent. § 9 (Eger I S. 288 f.); Sächs. Ent.Ges. § 13 (Schelcher S. 199); ebenso im Falle „vorübergehender Beschränkungen" (die keine Enteignungen sind!) nach Pr. Ges. § 4. — Rayon-Ges. v. 21. Dez. 1871 § 41 knüpft dieses Ausdehnungsrecht sogar an die gesetzliche Rayonbeschränkung, und zwar zugunsten des Militärfiskus, der dadurch vor allzu hohen Entschädigungsansprüchen geschützt werden soll. Die alsdann durchzuführende Enteignung benützt im übrigen das gewöhnliche Verfahren.

derartig beschränkte Enteignung ist aber in Wirklichkeit nicht sehr gebräuchlich, auch soweit das Gesetz sie zuläßt. Man kann im voraus meist gar nicht berechnen, wieweit der verbleibende Rest des ursprünglichen Eigentums dem sich entwickelnden Unternehmen noch störend werden kann[49].

Auf alle Fälle muß es sich immer um einen Eingriff in das Grundeigentum handeln, der sich ausdrücken läßt als ein Recht des Unternehmers an dem betroffenen Grundstück, ein Recht, das ihm durch die vollzogene Enteignung begründet werden soll. Inwieweit das Grundeigentum für solche Rechte zugänglich ist, entscheidet das bürgerliche Recht. Nur für Rechte, die danach möglich sind, ist die Enteignung zu gebrauchen[50].

Erbbaurechte können so begründet werden; in dem Maße, wie das B.G.B. sie zuläßt.

Desgleichen Grunddienstbarkeiten oder beschränkte persönliche Dienstbarkeiten; eine nach bürgerlichem Rechte unmögliche Dienstbarkeit ist auch durch Enteignung nicht herstellbar.

Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Nießbrauch und Miteigentum kommen nicht in Betracht, weil sie nicht geeignet sind, das Grundstück dem öffentlichen Unternehmen in der erforderlichen Weise zur Verfügung zu stellen[51].

---

[49] Layer, Prinz. d. Ent. S. 358 ff.; Grünhut, Ent.R. S. 74; Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 181 ff.; Koffka, Ges. über d. Ent. S. 30; Eger, Ges. über d. Ent. I S. 38 f.

[50] Seydel, Bayr. St.R. II S. 355: „Gegenstand des Enteignungsanspruches ist der Erwerb des Eigentums oder eines sonstigen dinglichen Rechts an fremder unbeweglicher Sache." Daß der Ausdruck „Dienstbarkeiten" im Bayr. Zw.Abtr.-Ges. Art. I nur im Sinne zivilrechtlicher Beschränkungen des Eigentums aufgefaßt werden darf, vgl. Henle, Zwangs-Ent. S. 72; Bayr. V.G.H. v. 15. Dez. 1885 (Entsch. VI S. 241).

[51] Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen haben jeweils ihren eigenen Grund und ihre eigene Art. Vgl. unten § 40. Es ist unzulässig, unter Verwendung der allgemeinen Enteignungsgesetze solche auf anderem Wege oder in anderer Gestalt begründen zu wollen. Das ist nicht bloß die Wirkung des ergangenen Sondergesetzes, das sich seines Bereiches bemächtigt hätte (Eger, Ges. über d. Ent. I S. 39 u. 458), sondern gilt auch ohne Sondergesetz. Die Enteignung ist nicht dafür gegeben. Das schließt nicht aus, daß ein besonderes Gesetz das Enteignungsverfahren oder Stücke davon auch für solche Zwecke anwendbar erklärt, noch weniger schließt es aus, daß die zu gewährende Entschädigung nach den gleichen Regeln bemessen und festgestellt werden soll. Ebensowenig kommt es für die Lehre von der Enteignung in Betracht, daß die allgemeinen Enteignungsgesetze gern die Gelegenheit benutzen, um öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen, welche bei den gleichen Anlässen zur Wirk-

3. Gegenstand der Enteignung kann auch statt des Grundstücks selbst, also des Eigentums daran, ein an diesem bereits bestehendes beschränktes dingliches Recht sein. Dieses auf zweierlei Weise:

— Das dingliche Recht, das einem Dritten zusteht, soll für das Unternehmen beansprucht werden, um für dessen Zwecke Verwendung zu finden: statt auf die soeben erwähnte Weise eine Wegedienstbarkeit in Form der Enteignung zu schaffen, wird die vorhandene genommen. Das hat weiter nichts Besonderes.

— Das dingliche Recht, das einem Dritten zusteht, soll unterdrückt werden, um das Unternehmen nicht in der erforderlichen Verfügung über das Grundstück zu hemmen.

Das kann nebenher die Folge der am Grundstück selbst durchgeführten Enteignung sein; vgl. unten § 34, I n. 2. Es kann aber auch selbständig zum Gegenstand eines Enteignungsverfahrens gemacht werden, indem das Grundstück dem Eigentum nach dem Unternehmer auf andere Weise schon zur Verfügung steht und nur noch dieser Reinigung bedarf.

Sachlich trifft auch der für die Enteignung wesentliche Zweck zu: zu bewirken, daß das Grundstück dem Unternehmen dienstbar gemacht werde (vgl. oben II n. 2); aber das erreicht sie hier nicht auf dem gewöhnlichen Wege, mit Hilfe des zu enteignenden Rechts, sondern durch seine einfache Verneinung[52].

§ 34.

Fortsetzung; die Wirkungen der Enteignung.

Die Enteignung hat zur Hauptwirkung den ihrem Begriffe entsprechenden Eingriff in das fremde Recht am Grundstück.

Dazu kommt als Rückwirkung der Entschädigungsanspruch des Betroffenen.

Beides unterliegt nach eingeleitetem wie nach durchgeführtem Verfahren besonderen Verfügungsrechten der Beteiligten.

---

samkeit zu kommen pflegen, zu regeln; so z. B. die vorübergehende Benutzung fremder Grundstücke zu Bauzwecken, die Inanspruchnahme solcher zu Vorarbeiten, zur Entnahme von Baumaterialien (Preuß. Ges. über d. Ent. §§ 4 u. 10; Sächs. Ent.Ges. § 9 Abs. 4).

[52] Eger, Ges. über d. Ent. I S. 102 ff.; Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 49. — Layer, Prinz. d. Ent. S. 567 ff., zieht hier noch allerlei zu beseitigende „dingliche Rechte" herein: Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen, Gewerberechte u. a. Das wird aber wohl alles als selbständiger Gegenstand der Enteignung nicht in Betracht kommen.

I. Die Hauptwirkung der Enteignung wird darzustellen sein an dem wichtigsten und einfachsten Fall, wo es sich darum handelt, das Eigentum an dem Grundstück dem bisherigen Eigentümer gänzlich zu entziehen zugunsten des öffentlichen Unternehmens und seines Herrn. Bloße Beschränkungen des Eigentums oder Unterdrückungen von daran bestehenden dinglichen Rechten regeln sich entsprechend.

1. Die Wirkung der Enteignung erscheint hier als Eigentümerwechsel, Untergang des Eigentums bei dem bisherigen Eigentümer unter Neubegründung bei dem die Enteignung betreibenden Unternehmer.

Die ältere Lehre war noch unzugänglich dem Gedanken, daß ein solcher Wechsel sich anders erklären könnte, als vermittelt durch die gewohnten Formen des Zivilrechts. Die herrschende Auffassung war demgemäß, daß die Enteignung nichts anderes sei als ein Zwangsverkauf[1].

---

[1] In diesem Lichte sieht die Enteignung namentlich auch A.L.R. I, 11 § 4: „Auch der Staat ist jemanden zum Verkaufe seiner Sachen zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohl des gemeinen Wesens notwendig ist.“ Es wäre wunderlich, wenn man damals, auf der Höhe des Polizeistaates, wo das öffentliche Recht kein Recht und der Staat als solcher eigentumsunfähig war, die Sache anders aufgefaßt hätte. Seitdem hat sich manches geändert in unseren Anschauungen; insbesondere ist auch eine Verwaltungsrechtswissenschaft neben der alleinherrschenden Zivilrechtswissenschaft entstanden. Wo man aber dieser etwas fremd gegenübersteht, erweist sich immer noch in der Anhänglichkeit an den alten Zwangskauf die Kraft des Beharrungsvermögens. So namentlich bei den Kommentatoren des Preußischen Enteignungsgesetzes: Loebell S. 23, Dalcke S. 129, Bähr u. Langerhans S. 110, Eger I S. 26 ff. Auch die Justiz behalf sich lange damit; Eger a. a. O. S. 26, 31 u. 32 betont eine „ständige Rechtsprechung“ des Reichsgerichts. Das von ihm mit angeführte Urteil v. 2. Dez. 1884 (Entsch. XII S. 405 f.) spricht allerdings für das Gegenteil, und R.G. 9. Juni 1905 (Entsch. LX S. 102 ff.) sagt sich in ausführlicher Begründung von dem veralteten Zwangskauf los, um der hier ausgesprochenen Anschauung beizutreten. Eger a. a. O. S. 32 beruft sich jetzt demgegenüber auf Layer, Prinz. d. Ent. S. 318, welcher bemerkt, „daß dort, wo die Gesetze die Konstruktion angenommen und auch die materiellrechtlichen Konsequenzen daraus gezogen haben, man sich nicht darüber hinwegsetzen kann“. Dem kann auch ich zustimmen. Aber der Nachweis, daß das Preuß. Ent.Ges. v. 1874 aus der Zwangskauftheorie „die materiellrechtlichen Konsequenzen gezogen habe“, den Layer verlangt, hat Eger noch zu erbringen. Layer meint von dieser nur, sie sei nicht „glatter Nonsens“ — was ich ebenfalls zugebe, für ihre Zeit! — und schließt zutreffend: „Richtig ist, daß die meisten neueren Gesetze auf einer anderen rechtlichen Auffassung beruhen, und daß auch dort, wo die Gesetze ausdrücklich sich nicht hierüber aussprechen, dem ganzen Geiste des Instituts eine andere Auffassung kongruenter ist.“ Man

Die Entwicklung des öffentlichen Rechts und insbesondere die nach und nach sich ausbildende Enteignungsgesetzgebung machten diese Auffassung unmöglich. Gegenüber dem so geschaffenen wirklichen Recht war sie eine Unwahrheit geworden. Denn die Regeln vom Kauf fanden auf diesen sogenannten Zwangskauf und seine Wirkungen offenbar keine Anwendung[2]. Die Theorie suchte zunächst andere Auswege, vor allem auch in der Annahme einer zivilrechtlichen Obligation sui generis, aus der dann die pflichtmäßige Eigentumsübertragung fließe[3]. Schließlich fügte sie sich zögernd in die Tatsache, daß es sich hier um die unmittelbare Wirkung eines öffentlichrechtlichen Aktes der Staatsgewalt handle[4].

Die mangelnde Vertrautheit mit öffentlichrechtlichen Dingen führte zunächst noch zu allerlei Notbehelfen. Man nannte den Enteignungsausspruch eine lex specialis; damit war wieder gar nichts erklärt, sondern nur dem Begriff des Gesetzes in verständnisloser Weise Gewalt angetan[5]. Oder die Enteignung mußte sich

---

sollte also doch auch dem preußischen seinen Platz unter diesen wichtigen Gesetzen nicht mißgönnen.

[2] Gierke, D. Pr.R. II S. 470: „Der in sich widerspruchsvolle Begriff eines ungewollten Verkaufs ist der modernen Rechtsgestaltung gegenüber vollkommen unhaltbar."

[3] So G. Meyer, R. d. Expropr. S. 184 ff. In D. V.R. (1. Aufl.) I S. 269 hat er sich diesen Aufbau des Rechtsinstituts nur mehr vorbehalten für den Ausnahmefall, wo das Enteignungsgesetz dem Enteigneten zu einer (eigentumbegründenden) Besitzübertragung verpflichte. In den späteren Auflagen fällt auch das hinweg. Es gibt nämlich kein solches Gesetz.

[4] Wichtig in diesem Sinne H. A. Zachariae, St.R. II S. 116 u. 128, wobei nur das alte jus eminens immer wieder dazwischen kommt; derselbe in Gött. Gel.Anz. 1861 I S. 113 ff. Mit durchschlagendem Erfolge, wenigstens soweit es die kritische Abweisung der alten zivilrechtlichen Theorien anlangt, Laband im Arch. f. civil. Pr. LII S. 169. — Daß sich auch die Lehrbücher des Deutschen Privatrechts dieser Auffassung allmählich fügen, ist besonders anerkennenswert: sie berauben sich dadurch ja eigentlich der Zuständigkeit zur Behandlung dieses Rechtsinstituts, auf die sie gleichwohl nicht verzichten wollen. Vgl. Roth, D. Pr.R. II S. 256; Beseler, D. Pr.R. Aufl. v. 1885 I S. 382 Note 5 (unter Widerruf der früher vorgetragenen Annahme eines notwendigen Verkaufs). Umgekehrt allerdings Gerber, D. Pr.R. Aufl. v. 1886 S. 321 Note 1: Nachdem er früher die Expropriation als einseitigen Akt aufgefaßt, habe er sich jetzt überzeugt, „daß allein die Auffassung als eines Zwangskaufs berechtigt ist".

[5] H. A. Zachariae in Gött. Gel.Anz. 1861 I S. 119: „Die lex specialis ist der Entstehungsgrund des Verhältnisses in concreto." Die Enteignung ist „eine durch die lex specialis hervorgerufene vermögensrechtliche Benachteiligung". Ebenso Gruchot in Beitr. zur Erl. d. Preuß. R. IX S. 83: „Die Expropriation vollzieht sich schon mit dem staatsrechtlichen Akt der Enteignung, also mit der wirklichen Durchführung der gegebenen lex specialis." Die Expropriation, die

als Erwerb durch Gesetz bezeichnen lassen, was den Wert hatte, das zivilrechtliche Rechtsgeschäft zu vermeiden, zugleich aber auch das öffentlichrechtliche Rechtsgeschäft verschleierte: tatsächlich wird hier doch der Rechtserfolg erst hervorgebracht durch die im Einzelfalle ergehenden und darauf gerichteten Willenserklärungen[6].

Der Begriff des Verwaltungsaktes mußte sich erst ausbilden, um die volle Erklärung des rechtlichen Vorganges auf die einfachste und kürzeste Weise zu geben. Indem wir den Enteignungsausspruch als einen solchen auffassen, weisen wir ihn nicht in allgemeiner unbestimmter Weise dem Gebiete der Verwaltung zu als einer Tätigkeitsäußerung derselben, als Verwaltungsmaßregel, Verwaltungshandlung. Als Verwaltungsakt ist er die bindende Bestimmung dessen, was für den Untertanen in diesem Falle Rechtens sein soll (vgl. Bd. I S. 95). So gut der Verwaltungsakt Gehorsamspflichten und Befreiungen davon begründet, Zahlungspflichten auferlegt und Rechtsansprüche gewährt, kann er auch Eigentum dem Einen entziehen, um es für einen Anderen entstehen zu lassen. Macht er dieses dem Untertanen gegenüber zugunsten eines öffentlichen Unternehmens, so ist er das Wirkende in der Enteignung[7].

---

sich durch die Enteignung vollzieht, ist zugleich wieder ein guter Beweis für die Nützlichkeit der Fremdwörter. — Diese lex specialis ist Gesetz weder im formellen noch im materiellen Sinne. Sie ist der ungeschickte Ausdruck einer Vorahnung des Begriffs des Verwaltungsaktes; vgl. oben Bd. I S. 63. Auch die Anstellung im Staatsdienst hat man so bezeichnet, als man sie nicht mehr Vertrag nennen wollte: H. A. Zachariae, St.R. II S. 28 Anm. 10; Schmitthenner, Grundlinien S. 498 ff.

[6] Laband im Arch. f. civ. Pr. LII S. 178 macht die Äußerung: „Der Eigentumserwerb erfolgt vielmehr durch Gesetz." Grünhut, Ent.R. S. 183, noch schärfer: „Es liegt ein Legalerwerb vor, ein Erwerb ipso jure unmittelbar durch das objektive Recht." Im Gegensatz zu der Lehre von der lex specialis wird hier ein Rechtssatz (Gesetz im mat. S.) verlangt. Er knüpft die Enteignungswirkung an bestimmte Voraussetzungen, die durch den beteiligten Unternehmer erfüllt werden; insofern ist der Einwurf von G. Meyer, Verw.R. (1. Aufl.) I S. 285 Note 11, nicht zutreffend. Einen Rückfall in diese Auffassung bedeutet die Lehre von Layer, Prinz. d. Ent. S. 597 ff. Danach vollzöge sich die Enteignung durch „eine Art Okkupation"; das Enteignungserkenntnis stellte nur das gesetzliche Recht zur Okkupation fest; erst durch die Entschädigungsleistung „ist die Okkupation vollzogen" (S. 604). Daraus soll sich ergeben, daß der Eigentumsübergang nicht durch Verwaltungsakt bewirkt wird (S. 602). Mir scheint das eine künstliche Verschiebung des Schwerpunktes des Vorganges zu sein.

[7] G. Meyer, Verw.R. (1893) I S. 286: „Rechtsbegründender Verwaltungsakt" — wobei nur unnötigerweise zweierlei, erst ein verpflichtender und dann ein

Diese fügt sich damit ebenmäßig ein in das Ganze unserer Rechtsinstitute.

2. Die Wirkung des Enteignungsausspruches, vermöge deren er das Eigentum entzieht, kann man sich wieder auf zweierlei Weise vorstellen. Entweder man denkt sie gegen den Eigentümer gerichtet, dem das Eigentum an seinem Grundstücke dadurch abgenommen wird: das Eigentum geht durch die Kraft des Enteignungsausspruches von ihm über auf den Unternehmer. Oder man läßt die Staatsgewalt durch die Enteignung der Sache sich unmittelbar bemächtigen mit Wirkung für den Unternehmer; daß der bisherige Eigentümer sein Eigentum verliert, ist nur die Folge davon; es wird erdrückt durch die eigentumschaffende Kraft der Enteignung.

Beides kann als dingliche Wirkung gemeint sein. Aber die erstere Auffassung ist nichts anderes als ein Rest der alten Idee des Zwangsverkaufs. Sie bedeutet einen abgeleiteten Erwerb, der als solcher bedingt wäre von dem Nachweis des Eigentums dessen, gegen welchen die Enteignung gerichtet, von welchem demgemäß durch sie Eigentum erworben worden sein soll[8].

Unser jetziges Enteignungsinstitut dagegen bedeutet einen selbständigen ursprünglichen Erwerb. Deshalb ist seine Wirkung unabhängig von einer freiwilligen oder gezwungenen Beteiligung des bisherigen Eigentümers. Das Gesetz schreibt wohl vor, daß das Verfahren den richtigen Eigentümer des beanspruchten Grundstücks bezeichnen und auf diesen eingestellt sein soll. Geht es gleichwohl fehl und trifft den unrichtigen Mann, so ist der endgültig erlassene Enteignungsausspruch dennoch gültig und voll wirksam. Also geht auch, wenn man den richtigen Eigentümer

---

dinglich wirkender rechtsbegründender Verwaltungsakt verlangt wird. Grünhut, Ent.R. S. 183: „Verwaltungsmaßregel"; Prazak, R. d. Ent. S. 48: „Staatsakt"; v. Rohland, Ent.R. S. 37: „eine Verwaltungsmaßregel, eine Verfügung"; Schelcher, Rechtswirkungen d. Ent. S. 16: „ein öffentlichrechtlicher Akt"; Fleiner, Instit. S. 295: „eine Verfügung der zuständigen Staatsbehörde"; Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 112: „eine sachenrechtliche Verfügung"; Koffka, Ges. über d. Ent. S. 296: „staatlicher Verwaltungsakt".

[8] Der Zusammenhang mit der alten Lehre kann in der Weise betont werden, daß man den Eigentumserwerb gründet auf einen Enteignungsanspruch, der seinerseits „ein persönlicher, kein dinglicher" wäre (Seydel, Bayr. St.R. III S. 628). Oder man bewahrt von ihr ein zunächst zu begründendes obligatorisches Verhältnis zwischen Unternehmer und zu Enteignendem, aus dem dann der Vollzug durch den Enteignungsausspruch oder mit seiner Zustellung ex lege erfolgt (Eger, Ent.Ges. II S. 503 f.; Gierke, D. Pr.R. II S. 496 ff.). Beides führt notwendig zur Annahme eines abgeleiteten Erwerbes.

gefaßt hat, das Eigentum nicht über, sondern wird bei dem einen zerstört, bei dem anderen neu begründet[9].

In der gleichen Weise tilgt die ausgesprochene Enteignung auch alle an dem Grundstück haftenden sonstigen Rechte. Sie stellt es dem Unternehmen zur Verfügung frei von allen hindernden Belastungen[10]. Es ist ein und derselbe Grundgedanke, der nach allen Seiten hin zur Wirkung kommt.

Wirkt die Enteignung demnach stets gegen den Eigentümer, auch wenn er im Verfahren nicht genannt wird, so wirkt sie andererseits nur für den im Verfahren als Unternehmer Aufgetretenen und Bezeichneten, gleichviel, wem die Sache in Wirklichkeit zugute kommen soll[11].

---

[9] Vgl. oben § 33 Note 34. Grünhut, Ent.R. S. 180: „Die Übertragung des Eigentums findet bei der Enteignung in einer absoluten Weise statt." Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 32; Laband im Arch. f. civ. Pr. LII S. 174; Prazak, R. d. Ent. S. 48 („originäre Erwerbsart"); Schelcher, Rechtswirkungen S. 71 („Eigentumserwerb auf seiten des Unternehmers nicht derivativer, sondern originärer Natur"); derselbe, Sächs. Ent.Ges. S. 23 ff.; Fleiner, Instit. S. 291; Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 112. — R.G. v. 9. Juni 1905 (Entsch. LXI S. 106): Der Akt „begründet für den Unternehmer vollständig neues, selbständiges, ursprüngliches Eigentum". Pr. Kam.Ger. 14. März 1904 (Eisenb.rechtl. Entsch. XXII S. 5): Die Enteignung wirkt „absolut". — Gierke, D. Pr.R. II S. 499, meint zwar im Text: „Die dingliche Rechtsänderung erfolgt durch konstitutiv-staatliche Willenserklärung", fügt aber in Note 166 hinzu, daß die Enteignung wirkt, auch wenn das Verfahren gegen den Nichteigentümer gerichtet ist, sei „kein Argument für die herrschende Lehre, die in der Enteignung eine originäre Erwerbsart sieht". Denn auch, wenn der Staat nur „bestehendes Recht überleitet", trifft notwendig die Entziehung des Rechts auch den wahren Berechtigten". Da fragt sich aber doch, ob man es noch „Überleitung" nennen kann, wenn es für den Erfolg gar nicht darauf ankommt, ob man dabei mit dem wahren Berechtigten zu tun hat oder nicht. Ein Beispiel wirklicher „Überleitung" gäbe Z.Pr.O. §§ 894 und 897. Da finden aber nach § 898 auch die Bestimmungen des B.G.B. für diejenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung. Die Enteignung braucht das nicht, weil sie durchschlägt mit ursprünglicher Kraft. Damit hängt die Vorschrift der Enteignungsgesetze zusammen, wonach von dem eingeleiteten Verfahren, sobald die ins Auge gefaßten Grundstücke feststehen, Vormerkung zu machen ist im Grundbuch: Pr. Ent.Ges. § 24 Abs. 4; Sächs. Ent.Ges. § 42. Das ist lediglich Ordnungsvorschrift, keine Bedingung der Wirksamkeit der Enteignung, sondern eine Warnung an jedermann vor der jeden Zwischenerwerb zerstörenden Enteignung.

[10] Sächs. Ent.Ges. § 72; Pr. Ent.Ges. § 45. Eger, Ent.Ges. II S. 509, will das darauf zurückführen, daß „die zu dem Unternehmen erforderlichen Grundstücke aus dem Privatverkehr treten, res extra commercium werden". Es handelt sich aber hier um eine einmalige Wirkung, nicht um einen dauernden Rechtszustand der Sache.

[11] R.G. 6. Okt. 1899 (Entsch. XLIV S. 329); oben Bd. I S. 185 Note 15.

Der Staat selbst kann dabei in der einen oder in der anderen Rolle stehen. Soweit er nur durch die Enteignungsbehörde und ihren Ausspruch sich beteiligt, bleibt er von dem ganzen Eigentumswechsel unberührt.

3. Das Eigentum, welches für den Unternehmer so begründet wird, erweist sich regelmäßig als zivilrechtlicher Natur. Wenn man diese Beobachtung in der Formel zum Ausdruck bringt: die Enteignung sei ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut mit zivilrechtlicher Wirkung, so scheint das ja von einer gewissen handgreiflichen Richtigkeit zu sein[12].

Gemeint ist aber damit zumeist, daß die Enteignung am Ende doch kein so ganz reines öffentlichrechtliches Rechtsinstitut wäre. Einerseits glaubt die Lehre von den „gemischten Rechtsinstituten" hier einen Beleg und eine Stütze zu gewinnen[13]. Andererseits nimmt, wie von jeher die Darstellung des deutschen Privatrechts, so jetzt noch die des Landesprivatrechts diese Formel zum willkommenen Anlaß, ihren etwas dürftig gewordenen Stoff durch unser ganzes schönes Rechtsinstitut zu bereichern[14].

Demgegenüber ist es wichtig, den obigen Satz auf sein rechtes Maß zurückzuführen.

Ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut, welches Vermögensrechte berührt, kann sehr wohl zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen, ohne daß es darum aufhörte, seiner juristischen Natur nach ein volles und reines öffentlichrechtliches Rechtsinstitut zu sein. Diese Eigenschaft kommt ihm zu, sofern darin der Staat auftritt als das, was er ist, als öffentliche Gewalt. Bei der Enteignung, wo er durch seine Enteignungsbehörde handelt, trifft das natürlich ein. Daß das Recht, welches er dadurch dem Unternehmer bereitet, für diesen Verhältnisse schafft, die auf dem Boden des Zivilrechts stehen, vermag an der Beurteilung seiner Rechtsstellung nichts zu ändern; er bleibt bis zum Ende seines Rechtsinstituts auf öffentlichrechtlichem Gebiet, geradeso wie wenn er durch seine Behörden Zusammenlegungen, Gemeingutsteilungen, Grundlastenablösungen

---

[12] v. Rohland, Ent.R. S. 33; Laband im Arch. f. civ. Pr. LII S. 182; Württ. Ob.Trib. 21. Febr. 1872 (Seuff. Arch. XXVIII n. 247); R.G. 2. Dez. 1884 (Entsch. XII S. 406).

[13] Vgl. oben Bd. I S. 120.

[14] So Gierke, D. Pr.R. I S. 32, unter dem Gesichtspunkt einer „Beschränkung des Privatrechts durch staatliche Machtmittel"; II S. 472 wird dann noch die Idee des gemischten Rechtsinstituts hinzugefügt („Verbindung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Bestandteile").

vornehmen läßt[15]. Auch das gerichtliche Urteil bleibt ja für sich ganz und gar öffentlichrechtlicher Natur, mögen die zivilrechtlichen Verhältnisse der Parteien noch so stark dadurch berührt werden.

Das wird auch dann nicht anders, wenn der Staat selbst wieder als Grundbesitzer, Prozeßpartei oder Unternehmer an diesen Wirkungen beteiligt ist und sie als Fiskus zivilrechtlich verspürt: das auf Untertanen berechnete Rechtsinstitut ändert seine rechtliche Natur nicht, wenn dazwischen einmal der Staat selbst wie ein solcher behandelt wird. Freilich, insofern es sich dann um Begründung zivilrechtlichen Eigentums für den Staat selber handelt, scheint allerdings das Zivilrecht an das öffentlichrechtliche Rechtsinstitut, das solches bewirkt, enge heranzurücken. Allein was ist, im Gegensatz zu öffentlichrechtlichen Dingen, „zivilrechtliches Eigentum"? Wir werden dem unten (§ 35 und § 36) in der Lehre von den öffentlichen Sachen noch nähertreten. Aber so viel darf hier schon vorausgenommen werden: das zivilrechtliche Eigentum bedeutet eine umfassende Macht über die Sache, bei welcher alle sich ergebenden Beziehungen zu anderen nach Zivilrecht beurteilt werden. Dies aber ist gegenüber der rechtlichen Begründungsart solcher Macht ein Neues, ein Zustand, der erst beginnt, wenn jene ihre Wirkung getan hat, und der seiner selbständigen Beurteilung bedarf; er wirkt mit seiner Zugehörigkeit zum Gebiet des bürgerlichen Rechts nicht notwendig zurück auf die rechtliche Natur des Vorgangs, der ihn geschaffen hat. Auch die Steuererhebung führt zu zivilrechtlichem Eigentum an dem eingezahlten Gelde, der Gehaltsanspruch des Beamten desgleichen, die strafrechtliche Einziehung begründet, wie die Enteignung, unmittelbar Eigentum des Staates, das dann nach Zivilrecht behandelt wird wie dort. Aber alles dieses hört deshalb nicht auf, reines öffentlichrechtliches Rechtsinstitut zu sein. Will man um solcher Nachwirkungen willen diese Dinge in privatrechtliche Disziplinen einbeziehen, wo sie keine inneren Zusammengehörigkeiten finden, so macht man nur das bekannte Sammelsurium daraus. —

Bei der Enteignung, die ja lediglich Grundstücke zum Gegenstande hat, ist noch etwas Besonderes zu sagen. Das Eigentum an Grundstücken kann, wie wir sehen werden, nicht bloß zivilrechtlicher, es kann auch öffentlichrechtlicher Natur sein. Es ist

[15] G. Meyer-Dochow, D. Verw.R. I S. 228 ff., tut wohl daran, alles das für das Verwaltungsrecht in Anspruch zu nehmen. Wenn freilich die Enteignung mit diesen Dingen zusammen unter die Rubrik: „Regelung der Rechtsverhältnisse des Grundbesitzes" gebracht wird, so ist das nur aus der Notlage des Einteilungs-

möglich, daß durch die Enteignung ein Eigentum begründet wird, bei dem die zugehörigen Beziehungen des Eigentümers zu anderen von Anfang an nur nach öffentlichem Recht beurteilt werden, jener Umschlag ins Zivilrechtliche in der besprochenen Art also überhaupt nicht stattfindet[16]. Auch das sollte uns bestimmen, vorsichtig zu sein mit der Behauptung, daß die zivilrechtliche Wirkung zum Wesen der Enteignung gehöre.

4. Die Wirkung, auf welche die Enteignung ihrem Wesen nach gerichtet ist, besteht in der Begründung des Eigentums für den Unternehmer, und der Enteignungsausspruch, durch welchen diese Wirkung erzielt wird, ist ein obrigkeitlicher Ausspruch, der für den Einzelfall bestimmt, was Rechtens sein soll, ein Verwaltungsakt. Danach richtet sich auch der Zeitpunkt, in welchem ordentlicherweise diese Wirkung einzutreten hat: der Verwaltungsakt wirkt mit der gehörigen Kundgabe an die Beteiligten, mit seiner Eröffnung (Bd. I S. 97).

Als beteiligt kommt in erster Linie der in Betracht, gegen welchen als den Eigentümer des in Frage stehenden Grundstücks das Verfahren gerichtet war und über den der Enteignungsausspruch ergeht. Das Gesetz kann weitere Eröffnungen und Kundmachungen vorschreiben und zur Bedingung der Wirksamkeit machen[17].

---

bedürfnisses zu erklären. Demnach würden auch die militärischen Requisitionen mit dem milden Namen einer „Regelung der Rechtsverhältnisse des Fahrnisbesitzes" bezeichnet werden dürfen.

[16] Hier erhält der Unternehmer sofort öffentliches Eigentum, kein privatrechtliches; vgl. unten § 35, II n. 2. — G. Meyer, Eigentumserw. bei der Ent. S. 113, und Gierke, D. Pr.R. II S. 471 Note 27, sagen mir nach, ich spräche dem enteignenden Staate stets „eine umfassende öffentlichrechtliche Herrschaft" zu, also öffentliches Eigentum. Das tue ich aber nicht. Das tut Grünhut, Ent.R. S. 3 u. 76; ihm nachfolgend auch Layer, Prinz. d. Ent. S. 610. Ich habe dem schon in der ersten Auflage widersprochen (II S. 13 Note 18). Ich sage: Die Enteignung bewirkt volle rechtliche Herrschaft über die Sache, Eigentum. Dieses wird meist fortan nach Zivilrecht zu beurteilen, also zivilrechtliches Eigentum sein. Es kann aber auch sofort nach öffentlichen Rechten sich regeln; dann ist es eben kein zivilrechtliches Eigentum. Wenn man sich in diese Auffassung hineindenken kann, wird man keine unnötige Umständlichkeit daran finden wie G. Meyer a. a. O. S. 113. — Spiegel, Verw.R.Wiss. S. 159, hat mich richtiger verstanden. Er knüpft aber daran den Vorwurf: ich hätte also die Enteignung nicht im „öffentlichen Sachenrecht" darstellen dürfen, da es sich dabei nicht lediglich um ein Recht der „öffentlichen Sachen" handle. Allein da ich mich bemühe, gut deutsch zu schreiben, habe ich das Wort „öffentliches Sachenrecht" keineswegs, wie Spiegel annimmt, im Sinne der berüchtigten „reitenden Artilleriekaserne" gemeint.

[17] Sächs. Ent.Ges. § 71: „Mit der Eröffnung der Enteignungserklärung an denjenigen, dem dadurch Grundeigentum entzogen wird, tritt die Rechtsänderung

Mit der gehörigen Kundgabe gelangt das öffentliche Rechtsgeschäft zu seiner Vollendung (Perfektion)[18].

Es ist nicht ausgeschlossen, daß schon mit der Einleitung des Verfahrens oder im Laufe desselben durch Gesetz oder besondere behördliche Anordnung Rechtswirkungen eintreten. Das kann namentlich geschehen, um den Erfolg der Enteignung und die billige Berechnung und prompte Leistung der sich daran knüpfenden Entschädigung zu sichern. Das sind Nebenwirkungen, welche den Schwerpunkt des Rechtsinstituts nicht verlegen[19].

---

ein." Pr. Ent.Ges. § 44 Abs. 1: „Mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses an Eigentümer und Unternehmer geht das Eigentum auf den Unternehmer über." Bei Zeitverschiedenheit gilt hier die zuletzt erfolgte Zustellung (Abs. 2).

[18] Für die alte Lehre, welche in der Enteignung einen Zwangskauf sieht, gestaltet sich die Perfektion anders. Sie kann eine Perfektion für die obligatorische Wirkung (Zustandekommen des erzwungenen Kaufvertrags) und eine solche für die dingliche Wirkung (Eigentumsübertragung zur Erfüllung des Kaufvertrags) unterscheiden. Dabei liegt für sie der Schwerpunkt naturgemäß auf dem Zustandekommen des obligatorischen Verhältnisses, des Kaufs, demgegenüber die Eigentumsübertragung nur einen Vollzug bedeutet. Der eigentliche Perfektionspunkt würde sich also wesentlich verschieben. So Häberlin im Arch. f. civ. Pr. XXXIX S. 203; Gruchot in Beitr. z. Erl. d. Preuß. R. IX S. 85; Loebell, Preuß. Ent.Ges. S. 188; G. Meyer-Dochow, V.R. I S. 236; Gleim in Arch. f. Eisenbahnwesen VIII S. 45; Eger, Ent.Ges. II S. 472 u. 503; Gierke, D. Pr.R. II S. 406; R.G. 17. März 1891 (Entsch. XXVII S. 265), 23. Okt. 1908 (Entsch. LXIX S. 348). Für die öffentlichrechtliche Auffassung des Enteignungsinstituts kommt es auf ein etwa vorhergegangenes obligatorisches Verhältnis gegenüber der selbständig wirkenden Kraft des dinglichen Verwaltungsaktes überhaupt nicht an. In Wahrheit ist aber ein solches obligatorisches Verhältnis auch gar nicht vorhanden. Man begnügt sich dafür mit dem Hinweis auf die „Gebundenheit" des Unternehmers, der von einem bestimmten Zeitpunkt ab (nach Preußischem Recht von der Festsetzung der Entschädigungssumme), nicht mehr einfach zurücktreten kann, sondern gewärtigen muß, daß der Gegner eine Zahlung durchsetzt. Kaufpreisschuld oder sonstige obligatorische Zahlungspflicht beruht lediglich auf einer zivilistischen Zwangsvorstellung. Vgl. unten Note 24.

[19] Von solchen Nebenwirkungen des vorausgehenden Verfahrens kommt vor allem in Betracht das Recht des Unternehmers, an den in Aussicht genommenen Grundstücken die nötigen Vorarbeiten auszuführen, um seine genaueren Pläne aufstellen zu können (Pr. Ent.Ges. § 5; Sächs. Ent.Ges. § 14; Bad. Ent.Ges. § 4; Hess. Ent.Ges. Art. 3; Württ. Ent.Ges. Art. 6. Vgl. auch unten § 41 Note 15). Sodann die dem Unternehmer zu gewährende vorläufige Besitzeinweisung (unten n. 6), Verfügungsbeschränkungen des Eigentümers (Bayr. Ent.Ges. Art. XII u. XVI), Änderungs- und Benutzungsverbote an diesen (Sächs. Ent.Ges. § 27; Bayr. Ent.Ges. Art. XII; Hess. Ent.Ges. Art. 9). Auf der anderen Seite kann dem Unternehmer für beschleunigtes Verfahren oder für Einleitung des Verfahrens überhaupt Sicherheitsleistung zugunsten seines Gegners auferlegt werden (Pr. Ent.Ges. § 34; Sächs. Ent.Ges. § 6).

Unter Umständen schiebt aber das Gesetz den Eintritt jener eigentlichen Wirkung selbst hinaus bis zur Erfüllung einer besonderen Bedingung, bis zur Erledigung der Entschädigungsfrage nämlich; davon unten II n. 2. Dann ist allerdings auch die Vollendung der Enteignung so lange noch nicht eingetreten.

Die Möglichkeit einer Anfechtung des Enteignungsausspruches und seiner Wiederaufhebung tut an sich der Vollendung keinen Eintrag; das Gesetz müßte denn sein Wirksamwerden mit Rücksicht auf diese Möglichkeit noch hinausgeschoben haben. Die Aufhebung in diesem Verfahren bedeutet aber dann gegebenenfalls eine Beseitigung mit rückwirkender Kraft[20].

5. Die Eigentumsbegründung durch den öffentlichrechtlichen Enteignungsausspruch ist nicht bedingt durch Eintragung in das Grundbuch. Wenn das Gesetz der Enteignungsbehörde vorschreibt, die Eintragung von Amts wegen zu veranlassen, so ist das eine bloße Ordnungsmaßregel[21].

---

[20] Wo das Gesetz über eine Anfechtung und Zurücknahme nichts bestimmt, versteht sich die Möglichkeit einer Wiederaufhebung des Enteignungsausspruches durch die Enteignungsbehörde oder ihre Vorgesetzten nicht von selbst. Seydel, Pr. Ent.Ges. S. 242, begründet das damit, daß die „tatsächlich eingetretene Rechtswirkung des Eigentumsübergangs durch einen Beschluß ebensowenig rückgängig gemacht werden kann wie etwa ein rechtskräftiges Urteil durch einen Beschluß der Spruchbehörde." Allein von Rechtskraft ist hier keine Rede. Eger, Pr. Ent.-Ges. II S. 355, erklärt eine Aufhebung der Enteignungserklärung im Verwaltungswege für unzulässig, weil das Gesetz dergleichen nicht vorsieht, und im Rechtswege ebenso, weil „das enteignete Grundstück durch den Enteignungsbeschluß res extra commercium wird". Allein auch von res extra commercium ist hier auch keine Rede. Der Rechtsweg ist vielmehr ausgeschlossen, weil die Rückgängigmachung eines Verwaltungsaktes keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist. Die Verwaltungsbehörden aber sind gebunden durch das entstandene Eigentum, in welches einzugreifen durch Zurücknahme seines Begründungsaktes sie eines besonderen Rechtsgrundes bedürften. Von solcher Gebundenheit würden sie sich nur befreien können durch die Feststellung einer rechtswidrigen Entstehung des begründenden Verwaltungsaktes, des Enteignungsausspruches, nach den gleichen Regeln, nach welchen auch die bindend gewordene Polizeierlaubnis zurückgenommen werden kann. Vgl. oben Bd. I S. 266 f.

[21] Schelcher im Wörterb. d. St. u. V.R. I S. 722. — Nach Pr. Ent.Ges. § 33 hat die Enteignungsbehörde gleichzeitig mit der Enteignungserklärung um die Eintragung zu ersuchen, obwohl erst mit deren Zustellung der Eigentumswechsel sich vollzieht (§ 44). Das hat man absichtlich so vorgeschrieben, damit die Eintragung ja nicht vergessen wird (Eger, Ent.Ges. II S. 366 ff.). Das würde dem Dritten zu Schaden gereichen, der vor der Zustellung Rechte an dem Grundstück erwirbt; sie würden durch die ursprüngliche Kraft der Enteignung zerstört (vgl. oben Note 9); nach der Zustellung wäre es anders (vgl. unten Note 22). — Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 26, bemerkt gegen mich: „Erwirbt der Unter-

Zugleich ist die Eintragung für den Unternehmer geboten zur Sicherheit seines durch die Enteignung erworbenen Rechts an der Sache gegen künftige Gefährdung. Dieses Recht kann öffentlich-rechtliche Natur annehmen, sofort oder nachträglich. Dann ist es den Zufällen des Privatrechtsverkehrs entzogen; vgl. unten § 36, II n. 2. Soweit das aber nicht der Fall ist und jedenfalls solange es noch nicht der Fall ist, unterliegt auch das so erworbene Eigentum den Regeln des bürgerlichen Rechts und kann nach diesen wegen mangelnder Eintragung in das Grundbuch verloren gehen:

— Es kann ein Dritter im Vertrauen auf den noch fortbestehenden Grundbucheintrag von dem bisherigen Eigentümer Rechte erwerben und eintragen lassen; da weicht alsdann das durch die Enteignung erworbene, nicht eingetragene Recht[22].

— Es kann der Enteignete und sein Rechtsnachfolger auf Grund des fortbestehenden Grundbucheintrags, sofern ihnen trotz der Enteignung der Besitz nicht entzogen worden ist, das Eigentum zurückersitzen[23].

6. Die wirksam gewordene Enteignung, die das Eigentum des Unternehmers begründet, erzeugt eben dadurch für diesen auch

---

nehmer Eigentum ohne Eintrag, so kann er es auch ohne Eintrag geltend machen." Das ist auch meine Meinung.

[22] Sächs. Ent.Ges. § 71 bestimmt zunächst, daß mit der Eröffnung der Enteignungserklärung die Rechtsänderung eintritt, und fügt dann in Abs. 3 hinzu: „Die Vorschriften der §§ 892 und 893 B.G.B. finden keine Anwendung." Der Bericht der Zwischendeputation, von der das herrührt, bemerkt: „Der Zusatz in Absatz 3 will nur sagen, daß gegenüber der von der Enteignungsbehörde ausgesprochenen Enteignungserklärung, mag sie nun in einer Entziehung oder Beschränkung bestehender Rechte oder in Bestellung neuer Rechte bestehen, die hiervon Betroffenen sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Inhaltes des Grundbuches beziehen können." Man möchte annehmen, daß die „von der Enteignungserklärung Betroffenen" solche seien, deren Erwerbsakte vor der Enteignung stattfanden und eingetragen wurden. Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 27, erläutert jedoch: „Andere können ihre nach der Enteignung, wenn auch im Vertrauen auf die Öffentlichkeit des Grundbuches und im guten Glauben erworbenen Rechte nicht gegen den Unternehmer geltend machen." Das wäre etwas anderes; danach würde das so erworbene Eigentum auf alle Zeit gegen die Gefahren des Grundbuches gefeit sein. Ob das Landesgesetz das zu bestimmen vermag, kann bezweifelt werden. Durch E.G. z. B.G.B. Art. 109 wäre es jedenfalls nicht gedeckt; es handelt sich nicht mehr um „Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung der Sache".

[23] B.G.B. § 900 Abs. 1 (Tabularersitzung). Eine etwaige „Vormerkung" der Enteignung (oben Note 9 a. E.) wird nicht mehr als ein eingetragener „Widerspruch" im Sinne dieser Bestimmung anzusehen sein.

einen Anspruch auf den Besitz des enteigneten Grundstücks[24]. Dieser Anspruch erscheint aber zunächst, entsprechend der Natur des Rechtsinstituts, in öffentlichrechtlicher Form als eine Verwaltungsanordnung, daß dem Unternehmer der Besitz eingeräumt werden solle. Das ist die von der Enteignungsbehörde auszusprechende Besitzeinweisung. Sie setzt sich erforderlichenfalls durch in den Formen des Verwaltungszwangs — so sehr ist die Enteignung bis zuletzt öffentlichrechtlicher Natur[25].

Diese Besitzeinweisung, wenn sie auch ordentlicherweise an dem Vollendungspunkt der Enteignung hängt, erleidet durch besondere gesetzliche Bestimmung Verschiebungen nach zwei Seiten hin:

— Sie kann trotz erfolgten und wirksam gewordenen Enteignungsausspruches vorbehalten werden zu nachträglicher Erteilung behufs besserer Sicherung der dem betroffenen Eigentümer zukommenden Entschädigung; vgl. unten II n. 2.

— Sie kann vorverlegt werden, um dem Unternehmer den Beginn der nötigen Arbeiten zu gestatten, ehe der Enteignungsausspruch erfolgt oder wirksam geworden ist, als vorläufige Maßregel wegen Dringlichkeit der Sache; vgl. unten II n. 3.

II. Durch die Enteignung wird dann auf der anderen Seite ein Entschädigungsanspruch begründet zugunsten des von dem Nachteil der Enteignung Betroffenen.

Dieser Anspruch beruht unmittelbar auf Gesetz und knüpft sich kraft dessen Vorschrift von selbst an die ausgesprochene Enteignung als eine Rechtsfolge davon[26].

---

[24] Aus der Idee des Zwangskaufes ist in älteren Gesetzen noch die Bestimmung stehengeblieben, daß die Enteignung erst fertig wird durch die freiwillige oder gezwungene Besitzübertragung (Eigentumstradition). Die Besitzeinweisung wirkt dann eigentumbegründend: Schelcher, Rechtswirkungen S. 77; G. Meyer, Eigentumserw. S. 117.

[25] Sächs. Ent.Ges. §§ 49 u. 79; Pr. Ent.Ges. § 32 Abs. 2. Über „die zwangsweise Einsetzung in den Besitz": Eger, Ent.Ges. II S. 364. Wenn dort gesagt wird, kraft der Einweisung besitze fortan der Enteignete für den Unternehmer als mittelbaren Besitzer nach B.G.B. § 868, so scheint mir das nicht zutreffend zu sein. Am bestehenden Besitze selbst wird durch die Einweisung gar nichts geändert; er kann nur von jetzt ab durch Verwaltungszwang zerstört werden.

[26] Laband in Arch. f. civ. Pr. LII S. 182: „Logisch ist die Enteignung das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Konsequenz davon." Dagegen wendet sich, vom Standpunkte einer anderen Auffassung der Enteignung aus, Gierke, D. Pr.R. II S. 471 Note 24. Nach ihm soll die Entschädigung mit dem inneren Wesen der Enteignung selbst verschmolzen sein: sie ist nichts anderes als Zwangsumwandlung einer Sache in Geld. Der Vater dieser Idee ist wieder L. Stein, Verw.Lehre VII S. 298: Die Sache wird genommen, aber der

Die Enteignungsentschädigung hat ihrer rechtlichen Natur nach keinerlei Verwandtschaft weder mit vertragsmäßig übernommenen Schadloshaltungen, noch mit einer Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, von Bereicherungsanspruch gar nicht zu reden. Sie ist nichts anderes als die besondere Anwendung, allerdings zugleich auch die hervorragendste, eines allgemeineren Billigkeitsgrundsatzes, wonach der einzelne, dem zugunsten der öffentlichen Verwaltung ein besonderes Opfer zugemutet werden mußte, von dieser Verwaltung einen Ausgleich in Geld erhalten soll. Darüber unten § 53.

Der Anspruch ist öffentlichrechtlicher Natur[27]. Er geht gesetzmäßig und in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen dieser Art von Entschädigung stets gegen den Träger des Zweiges öffentlicher Verwaltung, für welchen dem Betroffenen das besondere Opfer zugemutet worden ist, hier also gegen den Unternehmer, der das Enteignungsverfahren betreibt und für den der Enteignungsausspruch wirkt: Staat, Gemeinde oder beliehener Unternehmer.

Die Regeln für die Gewährung dieser Entschädigung haben aber bei der Enteignung eine besonders scharfe Ausprägung erhalten.

Wert nicht, und daß dem Enteigneten der Wert verbleibt, findet in der Entschädigung seinen Ausdruck. So auch G. Meyer-Dochow, D.Verw.R. I S. 232: „Da aber zur Realisierung des fraglichen Zweckes nur die Sache, nicht auch deren Wert erforderlich ist, so wird dem Einzelnen der volle Ersatz dieses Wertes gewährt"; Layer, Prinz. d. Ent. S. 27: Die Enteignung ist kein Eingriff in das Vermögen, sondern in die persönliche Freiheit; denn „die Herrschaft über eine gewisse Summe von Werten bleibt erhalten, nur die individuelle Form, in welche der freie Wille des Individuums das Kapital gebracht hatte, wird aufgehoben, und das Individuum genötigt, sein Kapital in andere Form zu bringen." Daraus erklärt sich Layers seltsame Lehre von der Enteignung als einer „Okkupation", die durch die Entschädigungsleistung vollzogen wird (oben Note 6). Aber mir scheint, wer dem anderen eine Sache wegnimmt, nimmt auch ihren Wert weg; wenn er Entschädigung leistet, so bedeutet das nicht ein Weniger an der Wegnahme, sondern einen Gegenposten.

[27] Das ist für uns selbstverständlich; die „fixe Idee", daß vermögensrechtliche Beziehungen immer auch privatrechtlich seien (Bd. I S. 117 Note 2), wirkt freilich auch hier noch. Gierke, D. Pr.R. II S. 472, weiß diese privatrechtliche Natur der Entschädigungsforderung durch die in der vorigen Note erwähnte Lehre vom Wesen der Enteignung zu rechtfertigen: „sie nimmt den Inhalt des entzogenen Rechts dem Werte nach in sich auf, tritt in jeder Hinsicht an dessen Stelle und teilt als Surrogat die privatrechtliche Natur des ersetzten Sachenrechts." In Wahrheit kommt es hier aber doch nicht auf die Natur des entzogenen Rechts an, sondern auf die Natur des entziehenden Willensaktes.

1. Für die Höhe der Entschädigung gibt es keinen Maßstab, wenn man die Frage stellt: welchen Kaufpreis der Enteignete vernünftigerweise hätte fordern können. Denn das bedarf selbst erst wieder eines Maßstabes. Auch der Schadensersatzanspruch des in seinen Rechten Verletzten bei Vertragswidrigkeit oder unerlaubter Handlung trifft nicht zu: er betrachtet das Vermögen des Verletzten im ganzen und fragt, wie viel Geld nötig ist, um es auf den Zustand zu bringen, „der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre". Die Enteignungsentschädigung bezweckt lediglich den Ausgleich des Nachteils, der dem Enteigneten durch die Inanspruchnahme seines Grundstücks für die öffentliche Verwaltung entstand, beschränkt sich demnach auf die Berücksichtigung der in diesem Grundstücke verkörperten Vermögensvorteile[28].

Das trifft großenteils mit dem zusammen, was auch der Schadensersatz vergütet, nur daß hier überall die tatsächlich sehr wirksame Verschärfung wegfallen soll, welche dort die Ungunst der Rechtswidrigkeit und der Wunsch, dem Verletzten volle Genugtuung zu verschaffen, von selbst mit sich bringen. Aber auch ohne das führt es zu engeren Begrenzungen. Es kommt vor allem in Rechnung: der gemeine Wert des entzogenen Grundstücks (Verkaufswert), dazu noch die in ihm gegebene Aussicht auf künftigen Gewinn. Nicht aber Gewinnmöglichkeiten, die sich nur durch besondere Glücksfälle oder persönliche Beziehungen und Geschicklichkeiten an diesen Besitz knüpfen können, nicht Affektionswerte, nicht persönliche Nachteile, die an den Verlust des Grundstücks sich knüpfen können[29].

Bei Teilenteignungen bildet einen besonderen Entschädigungsposten der Minderwert des Restgrundstücks. Er berechnet sich nach der geringeren Verwendbarkeit des verbleibenden Besitzes, nach der Aufhebung und Erschwerung von vorteilhaften Verbindungen, die das Weggenommene vermittelt hatte, nach den

[28] Eger, Ent.Ges. I S. 119 ff.: Der „objektive Maßstab" soll entscheiden (S. 119), der „objektive Wert" (S. 121) ersetzt werden.

[29] Der Brandstifter wird dem Hauseigentümer auch die Umzugskosten zu ersetzen haben, der Unternehmer, für den enteignet wird, nicht: Eger, Ent.Ges. I S. 200. — Wegen des zu erwartenden Gewinnes wird die Unterscheidung in der obigen Weise zu machen sein: übereinstimmend mit B.G.B. § 252 wird nur die im Grundstück schon verkörperte Erwartung in Rechnung kommen. Gegen den in 1. Aufl. vertretenen gänzlichen Ausschluß solchen Gewinnes hat Fleischmann, in Eger, Eisenb.Entsch. XXI S. 314, mit Recht Widerspruch erhoben.

störenden Einwirkungen des Unternehmens selbst, vor welchen der durch die Enteignung entzogene Teil das Verbleibende geschützt hatte[30].

Störende Einwirkungen des Unternehmens, die nicht erst durch die dem Grundstück widerfahrene Enteignung vermittelt sind, können Entschädigungsansprüche begründen. Aber das ist eine Sache für sich, für den hier zu berechnenden und festzustellenden Betrag liefert es keinen Posten[31].

---

[30] Pr. Ent.Ges. § 8 Abs. 2; Sächs. Ent.Ges. § 22 Abs. 1b. — Layer, Prinz. d. Ent. S. 514, und Eger, Ent.Ges. I S. 220, finden in dieser Entschädigung einen Verstoß gegen den Grundsatz der Berechnung „nach dem objektiven Maßstab", „nach dem objektiven Wert des enteigneten Grundstücks". So mag es aussehen, wenn man einerseits das Stück betrachtet, das genommen wird, und andererseits das Verbleibende, das „objektiv" gar nicht berührt wird. Aber warum dann „Teilenteignung"? Als getroffen von der Enteignung ist hier vielmehr das Ganze gedacht, das in dem objektiven Werte, den es vorstellt, auf zweierlei Weise benachteiligt wird. — Der verlorene Schutz gegen störende Einwirkungen wird namentlich von Wichtigkeit bei Enteignung für Eisenbahnanlagen. Hier bedeutet die Teilenteignung für das Restgrundstück zugleich eine näher gebrachte Einwirkung von Rauch, Lärm und Erschütterung, Absperrung von Licht und Luft, dazu noch gesetzliche Baubeschränkungen zugunsten des künftigen Unternehmens. Das Reichsgericht wollte ursprünglich diese Nachteile nicht in die Enteignungsentschädigung einrechnen lassen: nur „Nachteile, welche mit der Entziehung in ursächlichem Zusammenhange stehen", kommen in Betracht, nicht solche aus der „späteren Benutzung" durch den Erwerber; diese könnten vielmehr je nachdem einen selbständigen Entschädigungsanspruch begründen (R.G. 26. Mai 1880; Entsch. II S. 237). Allein die Enteignung wird ja begriffsmäßig gerade für diese spätere Benutzung gemacht (vgl. oben § 33 Eing.); durch sie wird das Restgrundstück den nahen Einwirkungen dieser Benutzung fortan wehrlos ausgesetzt sein; davon kann also nicht einstweilen abgesehen werden. Das Reichsgericht hat denn auch seine Rechtsprechung seither geändert: R.G. 17. Juni 1884 (Entsch. XIII S. 244); 6. Okt. 1899 (Entsch. XLIV S. 331).

[31] Die Entschädigung bedarf dann auch ihrer selbständigen Rechtsgrundlage, sei es in einem allgemeinen Billigkeitsrechtssatze, sei es in einer besonderen Gesetzesbestimmung (vgl. unten § 53). Möglich ist, daß eine solche fehlt. Dann kann sich der scheinbare Widerspruch ergeben, daß der Eigentümer, der eine Teilenteignung erlitt, für die Störungen des Eisenbahnbetriebes Entschädigung erhält, sein Nachbar aber, der nicht auch enteignet wurde, für die gleichen Störungen nichts erhält: Eger, Ent.Ges. I S. 239. R.G. 17. Juni 1884 (Entsch. XIII S. 254) will das erklären durch den dunklen Hinweis auf „obligatorische Beziehungen", die im einen Falle da seien, im anderen nicht. Aber es handelt sich einfach um die obligatorische Beziehung der Entschädigungspflicht für die Teilenteignung, eine andere ist hier nicht vorhanden. — Der nämliche Unterschied kann auch bei einem und demselben Eigentümer zum Vorschein kommen: wenn ihm nicht ein Stück von einem zusammengehörigen Besitz enteignet ist (Teilenteignung), sondern ein selbständiges zweites Grundstück, auf dem nun der Eisenbahnbetrieb seinem ersten Grundstück störend nahe rückt, so umfaßt die Enteignungsentschädigung

Umgekehrt können auch Wertsteigerungen, die der verbleibende Teil des Grundstücks dem enteignenden Unternehmen selbst verdankt, auf die Entschädigungssumme nicht in Gegenrechnung und Abzug gebracht werden[32].

Maßgebend für die Berechnung ist der Wert in dem Zeitpunkte, wo die Enteignung vollendet, ihr Nachteil durch Entziehung des Eigentums eingetreten ist. Wo Vorausleistung der

---

diesen Nachteil nicht. Vgl. unten Note 34. — Ebenso würde jenem Eigentümer vorgehalten werden können, daß die Bahnlinie von einer anderen Seite her seinem jetzt verbliebenen Grundstück ebenso nahe hätte rücken können, ohne Teilenteignung zu machen, und er dann nichts erhielte (vgl. R.G. 17. Juni 1884, Entsch. XIII S. 246; 6. Okt. 1899, Entsch. XLIV S. 334). Auch dieses ist unberechtigt: es kommt lediglich auf den Tatbestand an, wie er vorliegt; was sonst noch hätte geschehen können, ist gleichgültig. — Umgekehrt kann die Berücksichtigung der Nachteile durch das nähergerückte Unternehmen auch bei der Teilenteignung wegfallen, wenn das besondere Gesetz dafür überall eine gleichmäßige Entschädigung ordnet. So bei der Entschädigung für Rayonservituten nach R.Ges. v. 21. Dez. 1871: Ein Grundbesitz ist zum Teil enteignet worden für die Festungsanlage, der Rest unterliegt den Rayonbeschränkungen und wird dafür entschädigt wie die Nachbargrundstücke, von denen nichts enteignet wurde. Bei der Enteignungsentschädigung bleibt hier diese nachteilige Folge ganz außer Ansatz.

[32] Ein vielumstrittener Punkt: Schelcher, Rechtswirkungen S. 415 ff.; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 453 ff.; Eger, Ent.Ges. I S. 264 ff. Letzterer (a. a. O. S. 28 a) hat für das „Kompensationsprinzip" geltend gemacht, es sei nur folgerichtig, „daß da, wo der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand selbst nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile für den Beschädigten zur Folge hat", eine solche Ausgleichung stattfinde, und sich dafür auf Planck, B.G.B. § 252 Anm. 3, berufen. Allein dieser hebt dort sehr kräftig hervor, daß es im einzelnen Falle zweifelhaft sein kann, „ob es sich wirklich um einen und denselben Umstand handelt, welcher die Nachteile und die Vorteile verursacht hat." Hier ist es die Enteignung selbst, welche den Nachteil verursacht; der Nachteil besteht in der von ihr unmittelbar erzeugten rechtlichen Wehrlosigkeit des Restgrundstückes gegen die schädlichen Einflüsse des Unternehmens, deren Wirksamwerden nun ganz in der Hand des Gegners liegt (R.G. 5. Nov. 1881; Pr. Verw.Bl. XIX S. 495). Den Vorteil dagegen verursacht die Enteignung nicht selbst, sondern die Ausführung des Unternehmens, die ihrerseits zunächst auch noch ganz in der Hand des Gegners bleibt, also durch die Enteignung selbst dem Teilenteigneten noch keineswegs als Vorteil gewährt wird, nicht tatsächlich, das ist klar, aber auch nicht rechtlich in einer der Zufügung jenes Nachteils entsprechenden Weise.

Wird aber der Vorteil nicht durch die Enteignung, sondern durch die selbständig gebliebene Ausführung verursacht, so ist es folgerichtig, daß ein aufzuerlegender Billigkeitsausgleich ganz in der gleichen Weise geordnet wird für den Teilenteigneten wie für den von der Enteignung überhaupt nicht Berührten. Es kommt für beide darauf an, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Heranziehung mit einer Vorzugslast gegeben sind. Vgl. unten § 48, I. Das vollzieht sich aber bejahenden Falles ganz selbständig neben dem Entschädigungsverfahren der Enteignung.

Entschädigung gefordert und deshalb auch eine der Enteignung vorgängige Feststellung notwendig ist (vgl. unten n. 2), wird schon diese Feststellung den maßgebenden Zeitpunkt liefern müssen. Sofern alsdann beiden Teilen der Weg offensteht, die sofortige Wirksamkeit der Enteignung herbeizuführen, ist auch diese Vorverlegung des Maßstabes keine Unbilligkeit ihnen gegenüber[33].

Bei der Teilenteignung wird dem Enteigneten vorbehalten, nachträglich hervortretende Schädigungen des Restgrundstücks innerhalb einer angemessenen Frist noch geltend zu machen[34]. Im übrigen ist jeder durch die einmal zugebilligte Entschädigung abgefunden.

2. Die Festsetzung der Entschädigung, d. h. die obrigkeitliche Entscheidung über die von dem Unternehmer dem Enteigneten zum Ausgleich des ihm zugefügten Nachteils zu zahlende Summe bedeutet keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit[35]. Die Heranziehung der ordentlichen Gerichte kann gleichwohl hier sehr zweckmäßig erscheinen und ist in großem Umfange geschehen, zumeist in der Weise, daß die Enteignungsbehörde die Entschädigung fest-

[33] Für das Preußische Recht wird hierfür der die Entschädigung feststellende Beschluß der Regierung (Ent.Ges. § 29) maßgebend sein; denn damit ist es in die Hand des Unternehmers gelegt, sich durch Zahlung und Erwirkung des Enteignungsausspruches zum Eigentümer zu machen: R.G. 17. März 1891 (Entsch. XXVII S. 264 ff.); 13. Okt. 1908 (Entsch. LXIX S. 347). Wenn dort versucht wird, die Wahl dieses Punktes noch durch die Annahme einer damit eingetretenen obligatorischen Gebundenheit und Perfektion der Enteignung zu rechtfertigen, so ist das unnötige Mühe und überdies auch nicht stichhaltig; vgl. oben Note 18. Layer, Prinz. d. Ent. S. 534 ff. — Von der vollendeten Enteignung ab wird auch im Zweifel die gesetzlich vorgeschriebene Verzinsung der Entschädigungssumme zu laufen haben. Von selbst versteht eine solche Verzinsung sich nicht. Durch entsprechende Vordatierung dieses Zinsenlaufes können die Nachteile einer vorläufigen Besitzeinweisung (unten n. 3) ihren Ausgleich finden: R.G. 13. Okt. 1908 (Entsch. LXIX S. 349).

[34] Pr. Ent.Ges. § 31; Eger, Ent.Ges. II S. 324 ff. Es handelt sich hier um Schäden „aus der Verwendung“ (besser Verwendbarkeit) des enteigneten Grundstückes, die naturgemäß nicht immer sofort erkennbar sind, sondern erst nachträglich klar werden, wenn sie auch durch die Enteignung selbst schon zugefügt sind; vgl. oben Note 30. — Sächs. Ent.Ges. § 30 Abs. 2 scheint eine solche Nachforderung auch bei der Vollenteignung zuzulassen. Man hatte auch hier „namentlich“ Schäden aus „der Art der Ausführung und dem späteren Betriebe“ im Auge: Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 332 u. 334. Das wäre also der oben Note 31 a. E. vorgesehene Fall: der Mann hat zwei selbständige Grundstücke; das eine wird ihm ganz enteignet, das andere durch den dort einzurichtenden Eisenbahnbetrieb gestört. Aber dafür gibt es doch überhaupt keine enteignungsmäßige Entschädigung!

[35] Vgl. Bd. I S. 178 ff.; hier oben Note 27.

setzt mit Vorbehalt des ordentlichen Rechtswegs für beide Beteiligte[86].

Das Verfahren würde sich naturgemäß so abwickeln, daß zunächst die Enteignung ausgesprochen wird, woran sich die Besitzeinweisung schließt; mit ersterem schon entsteht der Entschädigungsanspruch, und der ist nun festzusetzen.

Allein die folgerichtige Abwicklung wird hier durchkreuzt, indem die Gesetze zugunsten des Enteigneten besondere Schutzvorkehrungen treffen wollten und zu diesem Zwecke Hemmungen eingeschaltet sind in das Verfahren.

Den Ausgangspunkt bildet der Art. 47 der Erklärung der Menschenrechte vom 26. August 1789. Danach darf die Enteignung nur geschehen unter der Bedingung vorgängiger Entschädigung. Mißtrauen in die Zahlungsfähigkeit des Unternehmers und, wenn es der Staat selbst ist, gegen welchen ja die Zwangsvollstreckung versagt, in den guten Willen der Verwaltungsbehörden, welche die Zahlung zu besorgen haben, sprechen aus dieser Vorschrift. Die deutschen Verfassungen haben sie nachgeahmt[87]. Auf diese Weise wird ein Druck auf den Unternehmer ausgeübt: sein eigener Vorteil verbietet ihm, die Entschädigungsfrage hinauszuziehen, da er das Grundstück nicht zu seiner Verfügung bekommt, bevor sie erledigt ist.

Die Enteignungsgesetze zeigen aber verschiedene Arten der Ausführung jenes leitenden Gedankens: die Hemmung kann in dem Verfahren bald früher, bald später einsetzen, um den Erfolg zu erreichen.

Am weitesten gehen die Gesetze, welche den Enteignungs-

---

[86] Pr. Ent.Ges. §§ 24 u. 30; Bayr. Ent.Ges. Art. 20 u. 21; Sächs. Ent.Ges. §§ 32 u. 33; Württ. Ent.Ges. Art. 36 u. 37; Bad. Ent.Ges. § 36 (statt des Ministeriums, das die Enteignungsbehörde ist, spricht der es vertretende Landeskommissar mit „sachkundigen Beisitzern"), § 45. — Bedeutet die badische Einrichtung eine Nachbildung des Schöffengerichts, so überläßt Franz. Ent.Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 29 ff. und Els.-Lothr. Ges. v. 20. Juni 1887 § 1 die Festsetzung der Entschädigung sofort und endgültig einer Geschworenenbank. Das pflegt eine große Freigebigkeit zur Folge zu haben. R.G. 9. Nov. 1915 (Jur. Wochenschr. 1916 S. 327) will jetzt diese Einrichtung für rechtsungültig erklären, da die Festsetzung der Entschädigung eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit bedeute, die den ordentlichen Gerichten nach G.V.G. § 13 so nicht entzogen werden könne. Das scheint mir aber eine arge Verkennung der rechtlichen Natur des Entschädigungsanspruches zu sein. Dagegen mit Recht Hartmann in Jur. Ztschft. f. Els.-Lothr. 1916 S. 222 ff.

[87] Pr. Verf. Art. 9; Bayr. Verf. Tit. IV § 8; Sächs. Verf. § 31 (etwas abgeschwächt); Württ. Verf. § 30; Bad. Verf. § 14 Abs. 4.

ausspruch selbst erst gestatten, wenn die Entschädigung geleistet ist. Das Verfahren läuft dann vorwärts bis zu der genauen Bezeichnung des Gegenstandes der Enteignung; hier aber bricht es ab, um der Feststellung der Entschädigung Platz zu machen. Die festgestellte Entschädigung ist nun zu leisten und erst mit dem Nachweis, daß das geschehen, kann der Unternehmer zur Enteignungsbehörde zurückkehren, die den Enteignungsausspruch vornimmt und ihm dadurch den Eigentumserwerb bereitet[38].

Die zweite Art verlegt die Hemmung um einen Schritt weiter hinaus. Das Gesetz gestattet, die Enteignung auszusprechen vor der Entschädigung. Aber die Wirkung des Aktes wird aufschiebend bedingt durch die Entschädigungsleistung. Der Druck auf den Unternehmer, die Entschädigungsfrage zu erledigen, ist der gleiche, wie im ersten Fall; nur bedarf hier die Enteignung immer noch eines besonderen Nachweises ihrer eingetretenen Wirksamkeit und ist nicht so unmittelbar schon im Enteignungsakte selbst bezeugt. Das ist vielleicht ein Nachteil[39].

Der Druck, der auf den Unternehmer ausgeübt werden soll, kann aber in genügender Weise auch schon darin gefunden werden, daß ihm die Möglichkeit versagt wird, sich vor Erledigung des Entschädigungspunktes in den Besitz des Grundstücks zu setzen. Das gibt dann die dritte Form: Der Enteignungsausspruch ergeht gültig und unbedingt vor der Entschädigung, die Enteignung selbst ist mit ihm vollendet; aber die auf Grund dieses Eigentumserwerbs vorzunehmende Besitzergreifung ist bedingt durch die vorgängige Entschädigungsleistung, die Besitzeinweisung bleibt so lange versagt: keine Selbsthilfe, kein Verwaltungszwang und selbstverständlich auch keine gerichtliche Klage stehen zur Erlangung des Besitzes zur Verfügung[40].

---

[38] Hauptbeispiel: Pr. Ent.Ges. § 32.

[39] So nach älteren Gesetzen: Bad. Ent.Ges. v. 28. Aug. 1835 §§ 1 u. 38 (jetzt Ges. v. 26. Juni 1899 § 49 wie Preußen); Sächs. Verord. v. 3. Juli 1835 § 22 (Schelcher, Rechtswirkungen S. 41).

[40] So das Franz. Ent.Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 53; de Lalleau, Traité de l'expropr. I n. 272. — Zusammenstellung der Gesetzgebungen über diesen Punkt bei de Weiss, de l'expropr. S. 104 ff. — Das Sächs. Ent.Ges. v. 24. Juni 1902 bildet einen Übergang zu gänzlichem Verzicht auf jede solche Hemmungsvorrichtung. Was es fordert, ist lediglich vorgängige Feststellung der Entschädigung; Eigentumserwerb und Besitzüberweisung vollziehen sich ohne den Nachweis geleisteter Zahlung und in den wichtigsten Fällen, wo nämlich für das Reich, den Staat, die Gemeinde enteignet wird, auch ohne Sicherheitsleistung (a. a. O. § 50). Damit wird ein überflüssiger Schnörkel beseitigt, den man aus Nachahmungstrieb der französischen Gesetzgebung entnommen hatte.

3. Die Durchführung des öffentlichen Unternehmens, das der Enteignung bedarf, kann durch die zu beobachtenden Formen des Verfahrens einen erheblichen Aufschub erleiden. Namentlich wird das fühlbar, sofern das Grundstück erst nach Erledigung auch der Entschädigungsfrage dem Unternehmer zur Verfügung gestellt wird, um mit den Arbeiten daran zu beginnen. Um einer daraus entspringenden Schädigung des öffentlichen Wohles vorzubeugen, gestatten die Gesetze ein Dringlichkeitsverfahren, behufs vorläufiger Besitzeinweisung oder auch behufs sofortiger Enteignung. Die Enteignungsbehörde erläßt auf Antrag des Unternehmers die grundlegende Anordnung.

Sie setzt meist einen besonderen Nachweis der Dringlichkeit voraus. Durch eine auferlegte Sicherheitsleistung wird der Enteignete nötigenfalls geschützt[41]. Wo die Enteignung oder ihr Vollzug durch vorgängige Zahlung der festgesetzten Entschädigung bedingt ist, kann nach ihrer erstinstanzlichen Feststellung im Verwaltungsweg, ungeachtet des darüber noch fortdauernden Verfahrens und auch ohne besonderen Dringlichkeitsnachweis, die sofortige Besitzergreifung zugelassen werden, gegen Zahlung der zunächst festgestellten Summe oder Sicherheitsleistung dafür[42].

III. Das Enteignungsverfahren ist wesentlich ein Handeln der staatlichen Behörde und ihr Wille erzeugt die Wirkungen, auf die es dabei abgesehen ist. Die Beteiligten, der Unternehmer und sein Gegner, begleiten das Verfahren mit ihren Angriffen und Verteidigungen und tragen damit bei zu seinem Erfolg. Sie sind keine Parteien im Sinne des Prozeßrechts. Aber ihre sachliche

---

[41] Sehr umfassend Franz. Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 65 ff. (bei „urgence" vor Einleitung des Entschädigungsverfahrens); dazu Sächs. Ent.Ges. § 70 (in dringlichen Fällen, ohne Rücksicht auf das ordentliche Verfahren); Württ. Ent.Ges. Art. 38 Abs. 4 (ausnahmsweise — wenn unumgänglich notwendig — durch das Ministerium, vorbehaltlich der Nachholung des Verfahrens). Die beiden deutschen Gesetze lassen dann die sofortige Enteignung zu, das französische nur Besitzeinweisung.

[42] Franz. Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 53. Bayr. Ent.Ges. Art. 22; Bad. Ent.-Ges. § 52 (bei Dringlichkeit nach Feststellungsbescheid vor Enteignungsbeschluß). Alle diese Gesetze sprechen von einer Besitzeinweisung. Pr. Ent.Ges. § 34 gestattet nach Feststellung der Entschädigung vor Erledigung des Rechtsweges in dringlichen Fällen sofortige Enteignung; ursprünglich hieß es hier: „Einweisung in den Besitz"; ebenso war auch in § 32 statt Enteignungserklärung „Einweisung in den Besitz" gesetzt; das letztere wurde im Abg.Haus mit Recht geändert; die entsprechende Änderung in § 34 behandelte man als folgerichtig, was eigentlich durchaus nicht der Fall war (Eger, Ent.Ges. II S. 350 f., 376 f.)

Beteiligung gibt ihnen eine Verfügungsmacht, die auch auf das Verfahren und seine Wirkungen von Einfluß wird.

1. Die Enteignung soll dazu dienen, dem Unternehmer die Grundstücke zu verschaffen, deren er für sein Unternehmen bedarf. Die Beteiligten können es überflüssig machen, indem sie sich vor seiner Einleitung über die freiwillige Abtretung verständigen. Das nimmt dann die Form eines gewöhnlichen zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts an, ordentlicherweise die einer Eigentumsübertragung auf Grund Kaufvertrags.

Das gleiche kann auch nach eingeleitetem Enteignungsverfahren noch geschehen, wo es dann eine besondere Bedeutung hat[43]. Dann behält nämlich der Vertrag seine allgemeine Rechtsnatur, hat aber zugleich die Wirkung, jenes Verfahren abzubrechen und zu beseitigen, und zieht zugleich aus diesem, soweit die Gesetze solches vorsehen, gewisse rechtliche Besonderheiten. Denn er kann angesehen werden als eine zweckmäßige Erledigung der Sache, die begünstigt werden soll[44].

---

[43] Das Mindeste, was dafür vorauszusetzen ist, wird die erfolgte Feststellung des Enteignungsfalles sein (oben § 33, II); es kann auch vom Gesetze verlangt werden, daß das Verfahren bis zur förmlichen Bezeichnung der zu enteignenden Grundstücke und damit der betroffenen Eigentümer vorgeschritten sei (oben § 33, III).

[44] Das sind die eigentlichen sogenannten Expropriationsverträge. Darüber im allgemeinen: Schelcher, Rechtswirkungen S. 55 ff.; O. Fischer, Expropriationsverträge S. 34 ff. — Richtig Prazak, R. d. Ent. S. 54: „Wenn der Eigentümer in die Enteignung willigt und sein Eigentum vertragsmäßig dem Enteigner überläßt, so liegt eben kein Fall der Expropriation, sondern eine, wenngleich unter dem Hochdruck äußerer Einflüsse getroffene Vereinbarung vor, welche nach ihrer jeweiligen juristischen Natur zu beurteilen ist." Schief ist dabei nur der Ausdruck „in die Enteignung willigen"; eine Enteignung findet ja gar nicht statt, wenn sie durch den Vertrag ersetzt wird; auch muß es nicht gerade „Hochdruck" sein. Seydel, Bayr. St.R. II S. 354 Note 5, wendet sich mit Recht gegen diese „Redensart". Wir würden dafür setzen: „aus Anlaß des eingeleiteten Verfahrens". Seydel aber findet umgekehrt den Ausdruck zu schwach; es handle sich um eine „rechtliche Notwendigkeit", der sich der Abtretende „unterwirft", und eben deshalb „kann man von keinem Vertrage, also auch von keinem Kaufe sprechen". Jene rechtliche Notwendigkeit aber ist bei ihm der „Enteignungsanspruch", der bereits vor Einleitung des Verfahrens besteht und mit dieser anfängt, seine Wirkungen zu äußern (a. a. O. S. 353 f. u. 358) Dieselbe Auffassung von unserem Rechtsvorgang läßt sich auch an das angeblich durch Anerkennung des Enteignungsfalles entstehende, das „verliehene" Enteignungsrecht, also an einen späteren Punkt knüpfen (vgl. oben § 33 Note 33). Sie hatte früher viele Anhänger: Laband in Arch. f. civ. Pr. LII S. 172; Grünhut, Ent.R. S. 185 ff.; v. Rohland, Ent.R. S. 36; Schelcher, Rechtswirkungen S. 23 u. 31. Nach der maßgebenden Formulierung, die Laband a. a. O. dem Gedanken gegeben hat,

Zu dem Ende werden der Vereinbarung gewisse Erleichterungen bezüglich der Form des Abschlusses gewährt, indem namentlich die Beurkundung durch die Enteignungsbehörde oder ihren Vertreter das sonst vom bürgerlichen Recht dafür Vorgeschriebene ersetzt[45].

Vor allem aber darf der Unternehmer, wenn er sich auf diese Art der Erledigung einläßt, nicht des Vorteils verlustig gehen, welchen die durchgeführte Enteignung ihm durch ihre ursprünglich wirkende Kraft bereitet hätte (vgl. oben I n. 2). Deshalb verbindet das Gesetz mit dem Abtretungsvertrag, der zwischen dem Unternehmer und seinem rechtmäßig gewählten Enteignungsgegner (oben § 33 Note 34) geschlossen wird, die gleichen Wirkungen gegen Dritte, welche ein Enteignungsausspruch erzeugt haben würde. Das kann nicht so geschehen, daß einfach dem Vertrage selbst diese Wirkungen zugeschrieben würden. Denn der Vertrag ist zivilrechtlicher Natur und steht unter dem B.G.B.; der Vorbehalt im E.G. Art. 109 trifft nicht zu[46]. Das Erlöschen der dinglichen Rechte wird vielmehr bewirkt durch eine dem Vertrag angehängte, seine Bestimmungen zum Inhalt nehmende „obrigkeitliche Verfügung". Der Vertrag wird in dieser Hinsicht gewissermaßen ergänzt durch ein vereinfachtes Enteignungsverfahren[47]. —

---

zöge der Eigentümer angesichts jenes Anspruches es vor, sich freiwillig seinem Geschick, welches er als unabänderlich erkannt hat, zu unterwerfen: „er verkauft nicht sein Grundstück, sondern er läßt es sich nehmen". Allein dieses „Sichnehmenlassen" könnte, selbst den „Enteignungsanspruch" einmal zugegeben, Eigentum doch nur dann erzeugen, wenn ein Rechtssatz, ein Gesetz bestünde, das diese Wirkung damit verbinden wollte als einen Erwerb ex lege. Dergleichen ist nicht vorhanden; also muß ein Rechtsakt da sein, der den Eigentumswechsel bewirkt, entweder ein Verwaltungsakt, das wäre die Enteignung, oder ein Vertrag, das ist unser Fall. Will man weder das eine noch das andere voraussetzen, so ist nicht einzusehen, wie eine Rechtsänderung überhaupt zustande kommen soll. — In diesem Sinne gegen Laband und Grünhut auch schon G. Meyer in Ztschft. f. d. deutsche Gesetzgebung VIII S. 581 Anm. 73.

[45] Pr. Ent.Ges. § 26 Abs. 2; Bayr. Ent.Ges. (A.G. z. B.G.B.) Art. 55, jetzt 26; Sächs. Ent.Ges. § 78. Ältere Gesetze enthalten noch besondere Erleichterungen für die Verträge Geschäftsunfähiger: Franz. Ges. v. 1841 Art. 13; Pr. Ent.Ges. § 17.

[46] Planck, Komm. z. E.G. Art. 109 Anm. 1.

[47] So Pr. Ent.Ges. § 16 Satz 3: das gewöhnliche Enteignungsverfahren wird nachträglich doch noch durchgeführt, aber so, „daß alle Streitfragen ausscheiden, welche den Unternehmer und Eigentümer selbst betreffen und das Verfahren sich nur auf die Realberechtigten beschränkt". Eger, Ent.Ges. II S. 56. — Sächs. Ent.Ges. § 78 läßt die Wirkungen gegen Dritte einfach dadurch entstehen, daß die Enteignungsbehörde den vor ihr abgeschlossenen oder ihr vorgelegten Vertrag des Unternehmers und des Eigentümers bestätigt.

Anstatt die Enteignung im vollen Umfange zu ersetzen, kann der Vertrag sich auch nur des einen oder anderen Stückes davon bemächtigen. Dann ist er natürlich kein Kaufvertrag, sondern zivilrechtlicher Vertrag irgendeiner anderen Benennung oder unbenannt.

Es kommen folgende Fälle in Betracht:

— Wenn Unternehmer und Eigentümer sich einigen über Abtretung des Grundstücks gegen einen von einem Dritten festzustellenden oder von Schätzleuten zu berechnenden Preis, so wird man das wohl noch als Kaufvertrag ansehen. Es kann aber auch sein, daß der Vertrag selbst nur die Abtretung enthält und der Gegenwert bestehen soll in der auf dem Wege des öffentlichrechtlichen Rechtsinstituts festzusetzenden Entschädigung. Die Festsetzung dieser Entschädigung vollzieht sich dann nach den gewöhnlichen Regeln, indem einfach statt des vollzogenen oder noch zu vollziehenden Enteignungsausspruchs der stofflich gleiche Abtretungsvertrag gelten gelassen wird. Dieser bleibt zivilrechtlicher Natur, die darin gewährte Leistung findet aber ihre causa im öffentlichen Rechte[48].

— Man einigt sich möglicherweise lediglich über die Entschädigung. Der Enteignungsausspruch ist etwa schon erfolgt; dann erledigt der Vertrag auch die jenem gesetzlich anhaftende Bedingtheit von der Entschädigungsleistung. Oder er soll nachträglich noch erfolgen, weil nach dem maßgebenden Gesetze ein unter solchen Umständen an sich möglicher Kaufvertrag die schlechthin wirkende Kraft gegenüber Dritten nicht besäße. Immer ist auch der Vertrag über die Entschädigung zivilrechtlicher Natur, die daraus entstehende Forderung ist eine zivilrechtliche und wie eine solche geltend zu machen. Sie tritt an die Stelle der begründeten oder noch zu begründenden öffentlichrechtlichen Entschädigungsforderung. Darin, daß sie diese ersetzt, liegt ihr Rechtsgrund[49].

---

[48] Die Behörde, welche nachher die Entschädigung feststellt, ist nicht der „Dritte", der den Vertrag durch Hinzufügung der Preisbestimmung erst fertig macht, wie G. Meyer, R. d. Expropr. S. 212, meint, der geradezu die Grundsätze von l. 15 C. de contr. emt. für anwendbar erklären möchte. Ähnlich auch R.G. v. 3. Nov. 1880 (Pr. J.M.Bl. 1881 S. 179); Seydel, Ent.Ges. S. 142; O. Fischer, Expr.Vertr. S. 51. Die Behörde kann durch die Beteiligten nicht zu solcher Dienstleistung herangezogen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß das Enteignungsverfahren eingeleitet, und zwar auch wegen dieses Grundstücks eingeleitet, die Zuständigkeit der Behörde also gegeben ist; der Vertrag schiebt sich in das Verfahren nur ein als Ersatzstück, und dann geht es weiter kraft eigenen Rechts.

[49] Nach Eger, Ent.Ges. II S. 242, trägt die Vereinbarung „den Charakter

— Der Vertrag kann endlich die Überlassung des Besitzes an den Unternehmer zum alleinigen Gegenstand haben, also die Besitzeinweisung ersetzen. Damit verbindet sich die Gestattung des Beginnes der Arbeiten und der entsprechenden Umgestaltung des Grundstücks. Der Eigentümer kann sich dafür eine besondere Entschädigung vertragsmäßig ausbedingen. Möglicherweise genügt ihm der Vorteil des ohnedies mit der Besitzüberlassung eintretenden Zinsenlaufs aus der Enteignungsentschädigungssumme. Die Überlassung ersetzt die Besitzeinweisung auch insofern, als aus ihr nötigenfalls Verwaltungszwang stattfindet, um dem Unternehmer den Besitz zu verschaffen und zu erhalten; vgl. oben I n. 6. Der Eigentümer hat sich dem unterworfen. Auf diese Weise steht auch hier wieder der zivilrechtliche Vertrag mitten in den Zusammenhängen des öffentlichen Rechts[50].

2. Ganz auf dem Gebiet des öffentlichrechtlichen Rechtsinstituts liegt die Befugnis des Unternehmers zum Rücktritt samt den entsprechenden Gegenrechten des Angegriffenen.

Dem Unternehmer ist das Enteignungsverfahren zur Verfügung gestellt für die Zwecke seines Unternehmens; er leitet es ein und betreibt es, er kann es auch nach Erwägungen der Zweckmäßig-

---

eines Kaufs" selbst dann, wenn sie „nur über die vom Unternehmer zu leistende Entschädigung" getroffen wurde. Damit dürfte ihre Stellung im Zusammenhang des öffentlichrechtlichen Verfahrens verkannt sein. Auch nach Preußischem Rechte nimmt das Verfahren in diesem Falle weiter seinen Gang zur Erzielung des Enteignungsausspruches, der nicht Vollzug eines Kaufes ist, sondern selbständig wirkt. — Für die Dritten, die „Realberechtigten", ist die vertragsmäßige Festsetzung nicht bindend; sie können daneben auf Durchführung des Verfahrens zu einer Entschädigungsfestsetzung bestehen, die ihnen gegenüber gilt und ihre Ansprüche mit deckt (Pr. Ent.Ges. § 46; Sächs. Ent.Ges. § 80). Dann gibt es zweierlei konkurrierende Entschädigungspflichten nebeneinander: die zivilrechtliche, vertragsmäßige, und die öffentlichrechtlich geartete und bestimmte. — Die vertragsmäßige Entschädigungsbestimmung kann auch förmlich in das öffentlichrechtliche Verfahren übergeführt werden, um dort berücksichtigt zu werden und ihre Wirkung zu tun. So nach Bad. Ent.Ges. § 44 durch einen Feststellungsbescheid der Behörde.

[50] Die bloße „Bauerlaubnis" ist eine beschränkte Zulassung tatsächlicher Einwirkung, die mit dem im Enteignungsverfahren zu Erzielenden sich nicht deckt (Seydel, Ent.Ges. S. 145 f.). — Den Besitzüberlassungsvertrag unter irgendeine Rubrik benannter zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte bringen zu wollen: Miete, Leihe, precarium, Nießbrauch, und was sonst schon alles versucht worden ist (Eger, Ent.Ges. II S. 43 ff.), hat keinen Zweck; der Rechtsvorgang ist doch nur zu verstehen im besonderen Zusammenhange des öffentlichrechtlichen Instituts, dessen Wirkungen er zum Teil vorausnimmt.

keit seines Unternehmens abschneiden und vor erreichtem Ziele zu Ende bringen.

Das kann geschehen durch ausdrückliche Erklärung, Rücktrittserklärung. Es wird etwa der Plan geändert, so daß das bisher ins Auge gefaßte Grundstück nicht mehr nötig ist, oder das ganze Unternehmen wird aufgegeben. Dann hat man durch eine solche Erklärung die leitende Behörde zur Einstellung des Verfahrens zu veranlassen, damit nicht durch Fortsetzung ihrer Tätigkeit unnötige Kosten erwachsen oder Rechtswirkungen herbeigeführt werden, über welche dem Unternehmer keine freie Verfügungsmacht mehr zusteht. Die Behörde ist gehalten, dem Antrage jederzeit stattzugeben. Die grundsätzliche Zeitgrenze für solche Rücktrittserklärung ist die Vollendung, die Perfektion der Enteignung: sobald durch die Kraft des Enteignungsausspruchs das Eigentum übergegangen ist, läßt sich dieser Erfolg durch einseitige Erklärung des Unternehmers nicht mehr rückgängig machen[51].

Das Gesetz knüpft aber die gleiche Folge auch an die tatsächliche Unterlassung des Weiterbetriebs des Verfahrens. Wie lange das gedauert haben muß, um so zu wirken, bestimmt das Gesetz selbst; es kann auch den staatlichen Stellen vorbehalten sein, eine Frist zu stecken. Der Rücktritt bekommt hier die Natur der Verwirkung.

In beiden Fällen handelt es sich nicht bloß darum, daß das Verfahren nicht mehr weitergeht, sondern auch das bisher darin Geschehene fällt zusammen und kann nicht etwa durch Wiederaufnahme der Betreibung noch einmal verwertet werden. Der Unternehmer könnte nur etwa ganz von vorn beginnen. Das ist rechtlich nicht ausgeschlossen, sofern eben die Voraussetzungen der Zulassung noch gegeben sind[52]. —

[51] Selbstverständlich auch dann nicht, wenn durch vertragsmäßige Eigentumsübertragung oder Verpflichtung dazu, etwa durch Kauf im Sinne der oben n. 1 erwähnten Expropriationsverträge, das Enteignungsverfahren ganz oder teilweise ersetzt und sein Ziel erreicht worden ist. Seydel, Ent.Ges. S. 207, meint allerdings, auch wenn eine solche Vereinbarung „zu einem vollgültigen Kaufvertrage geführt hat", müßten „die Bestimmungen in § 42 über das Recht des Unternehmers, nachträglich von dem Unternehmen zurückzutreten, Anwendung finden". Allein R.G. 9. Juni 1905 (Entsch. LXI S. 102 ff.), worauf er das stützt, stimmt nicht. Es ist dort ausdrücklich vorausgesetzt (S. 110), daß man „einen privatrechtlichen Kaufvertrag nicht hat abschließen wollen", was „an sich gewiß möglich ist". Man hat nur das Enteignungsverfahren durch freiwillige Abschätzung vereinfachen wollen, so daß dieses in all seinen Bedingtheiten bestehen blieb. Das ist also etwas ganz anderes.

[52] Dieser Vorbehalt kommt vor allem in Betracht, wenn es sich um Enteignung

Solchem Verhalten des Unternehmers gegenüber bedarf der, gegen welchen das Verfahren sich richtet, eines Schutzes. Die Einleitung des Verfahrens hat ihm wirtschaftliche Nachteile bereitet. Er ist seines Besitzstandes nicht mehr sicher gewesen, konnte nichts Neues mit dem Grundstücke anfangen, war möglicherweise auch rechtlich in der Verfügung darüber beschränkt. Kommt die Enteignung schließlich zustande, so wird er in der ihm zu gewährenden Entschädigung auch für diese Nachteile Deckung finden. Im Falle des Rücktritts oder der Verwirkung aber bleibt das aus, und deshalb wird hier anderweit vorgesorgt; dieses auf zweierlei Weise.

Das einfachste ist die Gewährung eines selbständigen Entschädigungsanspruchs wegen nicht durchgeführter Enteignung. Der Anspruch ist von der nämlichen rechtlichen Natur wie der auf die eigentliche Enteignungsentschädigung. Er setzt kein Verschulden voraus und gründet sich nicht auf Vertrag, ist überhaupt nicht zivilrechtlicher Art. Sein Grund liegt einzig in der Tatsache, daß Einem aus dem Vorgehen der öffentlichen Verwaltung ein ungleicher Nachteil, ein besonderes Opfer erwuchs, wofür nach den Regeln der öffentlichrechtlichen Entschädigung (unten § 53) ein billiger Ausgleich zu gewähren ist. Entschädigungspflichtig ist wieder der Unternehmer als der Träger des be-

---

für einen beliehenen Unternehmer handelt: er kann auf das ganze Unternehmen, d. h. auf seine Beleihung damit und das dadurch für ihn begründete Recht verzichten; dann hört er auf, fähig zu sein zur Betreibung eines Enteignungsverfahrens. Es bedürfte zuerst einmal einer neuen Verleihung des Eisenbahnunternehmens oder was es ist (vgl. oben S. 16). Bei dem Rücktritt, von welchem hier die Rede ist, handelt es sich lediglich um einen solchen vom Enteignungsverfahren. Er steht der Zurücknahme einer zivilgerichtlichen Klage gleich oder der Zurücknahme eines Gesuches um gewerbepolizeiliche Erlaubnis. Die Bezeichnung „verliehenes Enteignungsrecht“ für die Stellung des Unternehmers im Verfahren (vgl. oben § 33 Note 19 u. 23) ist geeignet, diese beiden verschiedenen Dinge verschwimmen zu machen. Sächs. Ent.Ges. § 12 Abs. 3 und § 76 Abs. 1 ist bestrebt, den Rücktritt vom Unternehmen und den vom Enteignungsantrag wohl zu unterscheiden. In § 12 Abs. 4 scheint aber eine Verwirkung des Verfahrens durch Nichtgebrauch im obigen Sinne gemeint zu sein, die weniger hierhin als zu § 76 gehören würde. — Pr. Ent.Ges. § 42 Abs. 1 faßt beides zusammen, Verwirkung durch Nichtgebrauch und Rücktritt vom Unternehmen, und setzt auf beides das Erlöschen des Enteignungsrechts. Die Kommentatoren beeilen sich aber zu bemerken, daß das nicht so zu verstehen sei: „Vielmehr hat die Versäumnis der Frist und ebenso der Rücktritt des Unternehmers nur zur Folge, daß das eingeleitet gewesene Verfahren hinfällig wird und gegebenenfalles wiederholt werden muß“ (Seydel, Ent.Ges. S. 275; zustimmend Eger, Ent.Ges. II S. 257).

sonderen Stückes öffentlicher Verwaltung, auf welches der Nachteil zurückführt[53].

Eine andere Art der Abhilfe ist die, daß dem Enteignungsgegner gestattet wird, in solchen Fällen die Betreibung des Verfahrens seinerseits zu übernehmen. Das Ziel kann immer nur sein, ihm das zu verschaffen, was er erhalten haben würde, hätte der Unternehmer selbst die Enteignung durchgeführt. Das ist nichts anderes als die alsdann zu gewährende volle Entschädigung[54]. Deshalb muß das Verfahren durch den Unternehmer mindestens schon so weit geführt worden sein, daß der Gegenstand der Enteignung feststeht; denn diese Grundlage des Umfangs der Entschädigung kann der Gegner nicht an seiner Statt bestimmen.

Kommt auf diese Weise der zu Enteignende in den Besitz der Entschädigung, so muß dafür das Grundstück dem Unternehmer zur Verfügung gestellt werden, obwohl er es nicht mehr erwerben wollte. Die Gestalt, in welcher das geschieht, wird verschieden sein je nach dem Stande des Enteignungsverfahrens zur Zeit des

---

[53] Pr. Ent.Ges. § 42; Sächs. Ent.Ges. § 76. Die Festsetzung und Erzwingbarmachung dieser Entschädigung erfolgt nach Pr. Ges. im Rechtswege, nach Sächs. Ges. durch die Enteignungsbehörde mit Vorbehalt des Rechtsweges. Zivilrechtlich ist der Anspruch weder hier noch dort, so wenig wie die Enteignungsentschädigung selbst.

[54] Geradewegs geht auf dieses Ziel los Pr. Ges. § 42 Abs. 2: Der Eigentümer hat die Wahl, ob er „Zahlung der festgestellten Entschädigung beanspruchen will". Die von der Enteignungsbehörde vorgenommene Feststellung soll ordentlicherweise nur die Bedingung genauer bestimmen, unter welcher der Unternehmer den Enteignungsausspruch erhalten wird; sie gibt keinen Rechtstitel und setzt auch keinen schon begründeten Anspruch des Eigentümers voraus. Wenn der Gesetzgeber diesem jetzt erlaubt, Zahlung zu beanspruchen, so hat er nicht „jeden Zweifel darüber beseitigen wollen, daß mit dem Entschädigungsfeststellungsbeschluß ein obligatorisches, vertragsmäßiges Verhältnis zwischen Unternehmer und Expropriaten geschaffen wird" (Eger, Ent.Ges. II S. 483), noch auch „ausnahmsweise ein gewisses obligatorisches Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Eigentümer anerkannt" (Seydel, Ent.Ges. S. 273). Es handelt sich um nichts anderes als um ein Mittel, das dem Eigentümer an die Hand gegeben wird, das Geld zu bekommen. Das ist ein Anspruch, der noch ganz im Rahmen des öffentlichrechtlichen Enteignungsinstituts sich bewegt, ein Anspruch öffentlichrechtlicher Art, losgelöst von allen zivilrechtlichen Grundlagen. Wenn der Eigentümer von diesem Mittel keinen Gebrauch macht, so bedeutet das keinen Verzicht auf ein begründet gewesenes Forderungsrecht. — Im wesentlichen hier wohl übereinstimmend Layer, Prinz. d. Ent. S. 443 ff. Vgl. auch Dalcke, Ent.Ges. S. 126 Note 103; G. Meyer in Ztschft. f. deutsche Gesetzgebung VIII S. 579 Anm. 79.

Vorgehens seines Gegners und nach der Aufeinanderfolge, in welche durch das Gesetz Enteignung und Entschädigung gebracht sind[55].

Ist die Enteignung schon ausgesprochen, so hat der Enteignete nichts weiter zu tun, als sich die Entschädigung zu verschaffen, indem er die etwa noch erforderliche Festsetzung betreibt oder auf Grund der geschehenen Festsetzung vorgeht. Die erwirkte Zahlung beseitigt dann von selbst etwaige Bedingtheiten, welche jenem Ausspruch zu ihrer Sicherung anhingen, und macht auch die etwa gehemmte Besitzergreifung zulässig[56].

Ist der Enteignungsausspruch noch nicht ergangen, so kann dem Gegner die Befugnis verliehen sein, ihn selbst zu erwirken; zu seiner Entschädigung gelangt er, indem er hernach auch für diese das Verfahren betreibt. Es kann ihm auch gestattet werden, die Entschädigung unmittelbar zu verlangen unter dem Anerbieten, die Enteignung doch noch über sich ergehen zu lassen, oder auch unter dem Anerbieten vertragsmäßiger Abtretung des Grundstücks[57].

---

[55] Unrichtig wird dieser Zusammenhang ausgedrückt bei Gierke, D. Pr.R. II S. 498, wenn er sagt: Der „Enteignete" habe schon mit der staatlichen Feststellung des Gegenstandes der Enteignung (Planfeststellung) „einen festen Anspruch auf Vollziehung der Enteignung und somit auf Wertersatz gegen Abnahme des Gegenstandes". Er hat hier niemals Anspruch auf etwas anderes als auf sein Geld; was mit dem „Gegenstand" geschieht, kann bloß als Mittel zur Erreichung jenes Zweckes in Betracht kommen.

[56] Franz. Ent.Ges. v. 1841 Art. 55; Bayr. Ent.Ges. nach A.G. z. Z.P.O. Art. 46 Abs. 2, jetzt 17 Abs. 2.

[57] In aller Form übt der Eigentümer dieses Selbstbetreibungsrecht nach Franz. Ent.Ges. Art. 14 Abs. 2: er kann Antrag stellen auf Erlassung des Enteignungsausspruches, gegen sich! Pr. Ent.Ges. § 42 Abs. 2 gestattet ihm dafür, einfach Zahlung der festgestellten Entschädigung gegen Abtretung des Grundstücks zu verlangen; vgl. oben Note 54. Ebenso Hess. Ent.Ges. Art. 68 Abs. 2. Die angebotene „Abtretung" kann auch im Wege des von dem Unternehmer noch zu erwirkenden Enteignungsausspruches erfolgen, trotz seines Rücktritts und des dadurch angeblich erloschenen „Enteignungsrechts". Dadurch, daß der Eigentümer die Sache in dieser Weise aufgreift, ist eben das Verfahren nicht erloschen, sondern der Unternehmer widerwillig darin festgehalten. Beweis: die vom Gesetze zugunsten des Eigentümers noch besonders vorbehaltene Fortsetzung des Anfechtungsverfahrens wegen der Höhe der Entschädigung. — Die Kommentatoren sind anderer Meinung. Allein auch die Zweckmäßigkeit dürfte doch eher für die hier vertretene Auffassung sprechen: wenn infolge dieses Vorgehens eines Eigentümers der Unternehmer sich entschließt, sein Unternehmen jetzt doch sofort und in der geplanten Weise durchzuführen, sollte dann das Verfahren auch gegen die anderen ganz von vorne beginnen müssen?

Wo der Unternehmer deshalb zurücktritt, weil er das ganze Unternehmen aufgegeben hat, ist diese letztere Form die einzig mögliche: mit dem Unternehmen verliert der zu erlassende Enteignungsausspruch seinen Boden. Die Entschädigungsforderung behält ihre öffentlichrechtliche Natur, solange sie nicht durch den vollzogenen Abtretungsvertrag in eine Kaufpreisforderung umgewandelt ist. Die eigentümliche Mischung von öffentlichem Recht und Zivilrecht, welche sich bei diesen Zwischenfällen der Enteignung ergibt, kommt gerade hier wieder recht deutlich zur Geltung. Die Enteignung ist deshalb keineswegs ein gemischtes Rechtsinstitut zu nennen; nur was an Beziehungen der Beteiligten aus ihrem Rahmen heraustritt, gibt der Anwendung des Zivilrechts Raum.

3. An das durchgeführte Verfahren, wenn Eigentum übergegangen und Entschädigung geleistet ist, knüpft sich möglicherweise noch eine letzte Nachwirkung: es kann ein Recht des Rückerwerbs zugunsten des Enteigneten zur Entstehung kommen. In den Voraussetzungen, unter welchen das geschieht, macht sich der Grundgedanke der Enteignung selbst noch einmal geltend. Sie ist Entziehung des Eigentums zugunsten des öffentlichen Unternehmens, das des Grundstücks bedarf, um es seinem Zwecke dienstbar zu machen. Möglicherweise aber wird das so erworbene Grundstück nachher gleichwohl nicht für diesen Zweck verwendet: das Unternehmen wird überhaupt nicht ins Werk gesetzt oder nach der Art, wie es geschieht, ist das Grundstück, den ursprünglichen Absichten zuwider, nun doch nicht dafür erforderlich geworden; es bleibt zur Verfügung. Damit fällt das Eigentum des Unternehmers nicht von selbst dahin. Er kann die Sache anderweit benutzen oder sie veräußern. Ein Rückforderungsanspruch des Enteigneten aus Billigkeitsgründen ist ebenfalls nicht so ohne weiteres anzuerkennen. Denn die Billigkeit hat ihre ausreichende Abfindung erhalten durch die volle Entschädigung, die zu gewähren war.

Die schonende Rücksicht auf das Eigentum und seine grundsätzliche Unverletzlichkeit kann gleichwohl jetzt, wo der sachliche Grund seiner Inanspruchnahme für das Gemeinwohl weggefallen ist, den Gesetzgeber bestimmen, dem Enteigneten rechtliche Möglichkeiten zu eröffnen, daß er es zurückerlange, selbstverständlich unter gleichzeitiger Erstattung des Wertes in Geld.

Inwieweit diese Rücksicht geübt und zur Geltung gebracht werden soll, ist Sache des freien Ermessens des Gesetzgebers. Insbesondere hängt es lediglich von dem Nachweis seines darauf gerichteten Willens ab, wenn das Rückerwerbsrecht in gleicher Weise

sich auch knüpfen soll an einen stattgehabten „Expropriationsvertrag“ (oben Note 44). Es versteht sich nichts von selbst[58].

Im geltenden Rechte erscheint aber solches in zweierlei Formen:

— Es kann dem Enteigneten ein Anspruch gewährt sein auf Rückgängigmachung der Enteignung[59].

Voraussetzung ist die Vereitelung des Zweckes der Enteignung. in dem obigen Sinne: das Grundstück findet nicht die Verwendung im Dienste des Unternehmens, um derenwillen die Enteignung stattfand. Das Gesetz wird diese Voraussetzung genauer bestimmen, eine gewisse Zeitdauer verlangen von der wirksam gewordenen Enteignung ab, während welcher die beabsichtigte Verwendung unterblieben ist, oder sonst greifbare Merkmale dafür, daß der ursprüngliche Verwendungszweck nicht mehr eingehalten wird (Aufgabe des Unternehmens, anderweite Benutzung oder Verwertung des Grundstücks).

Berechtigt ist der Enteignete oder wer als Erbe an seine Stelle getreten ist[60].

---

[58] Schelcher, Rechtswirkungen S. 173 ff.; Gierke, D. Pr.R. II S. 506 ff.; Layer, Prinz. d. Ent. S. 432 ff. Der letztere nimmt, im Gegensatze zu dem oben Ausgeführten, ein selbstverständliches Rückerwerbsrecht an, das geltend gemacht werden könnte auch ohne „ausdrückliche gesetzliche Normierung“ (a. a. O. S. 435). Das hängt zusammen mit seiner Lehre von dem öffentlichen Interesse als Rechtstitel des Unternehmers (vgl. oben § 33 Note 32). Die Nichtverwendung für den öffentlichen Zweck beweist nachträglich, daß dieser Rechtstitel nicht vorlag (a. a. O. S. 434). So ergibt sich für ihn die Möglichkeit, etwa bestehende allgemeine Rechtsgrundsätze für eine Art condictio sine causa (vielleicht ob causam finitam?) zur Anwendung zu bringen. Jener Ausgangspunkt trifft allerdings m. E. nicht zu. Er will (S. 435) aber selbst eine Einschränkung insofern machen, als das Rückerwerbsrecht ausgeschlossen wäre durch „formelle Rechtskraft“ des Enteignungsausspruches, „soweit nicht eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig erscheint“. Da die letztere Bedingung doch nur kraft Gesetzes zutreffen könnte, so wird das Ergebnis der Theorie von dem hier Festgehaltenen kaum abweichen. — Früherhin hat man dem Enteigneten auch noch andere nachträgliche Hilfen solcher Art herauszukonstruieren gesucht. So L. Stein, Verw.Lehre VII S. 336; G. Meyer, R. d. Expropr. S. 264; Grünhut, Ent.R. S 162 ff.; Schelcher, Rechtswirkungen S. 176.

[59] Franz. Ent.Ges. v. 1841 Art. 62 (wesentlich so schon das Ent.Ges. v. 7. Juli 1833); Bayr. Ent.Ges. Art. XII Abs. 4; Sächs. Ent.Ges. § 83; Bad. Ent.Ges. § 59.

[60] Es ist ein öffentlichrechtlicher Anspruch aus dem beleidigten Eigentum, folglich nicht selbständig abtretbar, sondern beschränkt auf den, der die Person des Beleidigten vertritt; daher nur vom „Gesamtrechtsnachfolger“ geltend zu machen: Seydel, Bayr. St.R. II S. 363; Sächs. Ent.Ges. § 83. Ebenso die Schweizerischen Enteignungsgesetze bei de Weiss, De l'expropr. S. 167. Das Zusammenwerfen mit dem sofort zu besprechenden Vorkaufsrecht läßt diesen Schriftsteller zu keinem klaren Standpunkt kommen; dort steht die Sache anders.

Die Rückgängigmachung wird bewirkt durch Antrag bei der zuständigen Behörde; das ist ordentlicherweise die Behörde, welche den rückgängig zu machenden Enteignungsausspruch erlassen hat, die Enteignungsbehörde[61]. Sie prüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, und spricht bejahendenfalls dem Antragsteller das Eigentum wieder zu[62]. Durch die Kraft dieser Entscheidung wird er Eigentümer, gerade so, wie er durch den wirksam gewordenen Enteignungsausspruch aufgehört hat, es zu sein[63]. Er wird dadurch andererseits auch verpflichtet, die empfangene Entschädigungssumme an den Unternehmer zurückzuzahlen. Inwieweit sich diese durch inzwischen eingetretene Tatsachen erhöht oder vermindert, ist Gegenstand behördlicher Würdigung und Festsetzung.

Insofern stellt sich der Vorgang äußerlich dar als ein Gegenstück zur Enteignung[64]. Wie bei dieser kann auch hier das behördliche Verfahren ganz oder stückweise ersetzt werden durch zivilrechtlichen Vertrag zwischen den Beteiligten; vgl. hier oben n. 1.

— Die andere Form, in welcher ein Rückerwerb vermittelt werden kann, erscheint in der Gewährung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts[65]. Gemeinsam ist die Voraussetzung der Nicht-

---

[61] Wenn nach französischem Gesetz das Zivilgericht den Ausspruch zu tun hat, so ist das nur eine Folge der ausgedehnteren Zuständigkeit, welche ihm in Enteignungssachen, den allgemeinen Grundsätzen zuwider, überhaupt zugeteilt ist: Theorie des franz. Verw.R. S. 236; oben § 33 Note 12. — Gerade in dieser Zuständigkeit der Verwaltung erweist sich die rein öffentlichrechtliche Natur dieser Rückgängigmachung der Enteignung, im Gegensatz zu dem unten zu behandelnden Vorkaufsrecht. Gegen Oertmann, Landesprov.R. S. 159, der ein von den Gerichten zu schützendes Wiederkaufsrecht behauptet: Henle, Zwangsent.Ges. S. 134.

[62] Dies ist kein Akt des freien Ermessens, wie Schelcher, Rechtswirkungen S. 176, annimmt; die Enteignung allerdings wurde ausgesprochen, weil das öffentliche Unternehmen des Grundstücks bedurfte; das war Sache eines gewissen Ermessens (oben § 33, III n. 2). Hier handelt es sich jetzt rein um ein formelles Recht des Enteigneten.

[63] Deshalb ist es ebenso falsch, den Rechtsvorgang hier als ein „gesetzliches Wiederkaufsrecht" zu bezeichnen (Gierke, D. Pr.R. II S. 507), wie es falsch ist, die Enteignung selbst einen Zwangskauf zu nennen.

[64] Thiel, Expropr.R. S. 61 ff., betont das durch die Bezeichnung „Recht der Reexpropriation" oder „Wiederaneignung"; Seydel, Bayr. St.R. II S. 362, spricht von „Wiederenteignungsrecht" und „Wiederenteignung". Allzu genau darf man es mit diesen Namen nicht nehmen.

[65] Layer, Prinz. d. Ent. S. 436, sieht darin eine durch ausdrückliches Gesetz verfügte Abschwächung seines selbstverständlichen Rückerwerbsrechts (oben Note 58). G. Meyer, R. d. Expropr. S. 269, betrachtet vielmehr, im Gegensatz zu diesem, das Vorkaufsrecht als ein besonderes Zugeständnis des Gesetzes. Beide

verwendung für das Unternehmen, das den Grund für die Enteignung gab[66]. Aber das muß sich hier dahin zuspitzen, daß der Unternehmer die Entbehrlichkeit des Grundstücks besiegelt durch einen zivilrechtlichen Verkauf, den er darüber abschließt mit einem Dritten. Da kann alsdann der Enteignete, oder wer rechtmäßig an seiner Stelle steht[67], ein Vorkaufsrecht geltend machen nach allen Regeln, die das bürgerliche Recht für ein solches gegeben hat. Auch hier erhalten wir also wieder ein zivilrechtliches Anhängsel unseres öffentlichrechtlichen Rechtsinstituts.

Als Besonderheit ist nur zu erwähnen, daß dieses Vorkaufsrecht, um Dritten gegenüber gesichert zu sein, einer Eintragung in das Grundbuch nicht bedarf. Denn die Enteignung, an die das Gesetz es knüpft, spielt sich ihren eignen Formen gemäß vor der Öffentlichkeit ab und dient dadurch zur genügenden Benachrichtigung für jedermann[68].

§ 35.

Das öffentliche Eigentum; Begriff und Umfang.

I. Gewisse Sachen sind dazu da, mit ihrer Körperlichkeit einem bestimmten Zwecke des Gemeinwesens unmittelbar zur Erfüllung zu dienen. Dahin gehören vor allem öffentliche Wege,

---

kommen auf den richtigen Satz hinaus, daß das Vorkaufsrecht nur besteht, soweit das Gesetz es ausdrücklich anerkennt. So Pr. Ent.Ges. § 57 (ohne Rückgängigmachungsrecht daneben); Sächs. Ent.Ges. § 88 (neben Rückgängigmachungsrecht). — Eger, Ent.Ges. II S. 615, findet darin einen Beweis, daß der Gesetzgeber die Enteignung für einen Kauf ansieht: „Denn wäre die Enteignung kein Kauf, wie würde sich dann das Vorkaufsrecht begründen lassen." Allein zum Wesen des Vorkaufsrechts gehört doch nur, daß der Unternehmer, gegen dem es geht, jetzt verkauft, nicht, daß er gekauft hat.

[66] Der Unterschied, den Layer, Prinz. d. Ent. S. 437, hervorheben möchte, daß die Rückgängigmachung versage, wenn das Grundstück einmal für das Unternehmen verwendet und nur nachträglich wieder ausgeschaltet sei, ist nicht wesentlich. Sächs. Ent.Ges. § 83 läßt die Rückgängigmachung auch zu, wenn das Grundstück durch nachträgliche Einstellung des Betriebs überflüssig wird. Für das Bayr. Ent.Ges. Art. XII Abs. 4 stimmt die herrschende Meinung mit Layer überein (Seydel, Bayr. St.R. II S. 363; Hartmann, Ges. über d. Zwangsabtr. S. 63; Henle, Zwangsent.Ges. S. 132). Der Wortlaut des Gesetzes („sollte das Unternehmen rückgängig werden") spricht eigentlich nicht dafür.

[67] Pr. Ent.Ges. § 75 und Sächs. Ent.Ges. § 88 geben das Recht bei der Teilenteignung zugunsten der Wiederherstellung des Restgrundstücks. Daraus folgt von selbst, daß nur der Enteignete und sein Rechtsnachfolger im Eigentum des Restgrundstücks das Vorkaufsrecht haben.

[68] Pr. A.G. z. B.G.B. Art. 22; Sächs. Ent.Ges. § 88 Abs. 1.

öffentliche Flüsse, Festungswerke. Wir nennen sie **öffentliche Sachen**[1].

Ihre Bestimmtheit für den öffentlichen Zweck kommt zum Ausdruck:

— einmal in ihrer äußerlichen **Beschaffenheit**, wonach sie zur Erfüllung dieses Zweckes geeignet sind;

— sodann in ihrer **Zugehörigkeit** an ein Subjekt öffentlicher Verwaltung, das sie für diesen Zweck bereit hält und verwaltet.

Nicht alle Sachen, bei denen das zutrifft, sind deshalb schon öffentliche Sachen im Rechtssinn. Vielmehr wird hier noch vorausgesetzt, daß die Bedeutung der Sache für den öffentlichen Zweck eine **unmittelbare** sei. Sie ist nicht ein Mittel wie ein anderes, dessen sich das Gemeinwesen bei seiner Tätigkeit zur Verfolgung dieses Zweckes bedient, sondern stellt selbst mit ihrem körperlichen Dasein den verwirklichten Zweck vor, das öffentliche Unternehmen als ein Stück öffentlicher Verwaltung. Das Gemeinwesen **übt öffentliche Verwaltung dadurch allein schon, daß es sie besitzt und ihrem Zwecke erhält.** Bei dem öffentlichen Wege, dem Hauptbeispiel, wird das ja sofort anschaulich.

Das gibt denn auch der öffentlichen Sache ihre rechtliche Eigenart. Der Staat, wenn er öffentliche Verwaltung übt, bewegt sich grundsätzlich auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Wenn er die Mittel dazu beschafft und bereit hält, tut er es vielfach in privatwirtschaftlicher Form und untersteht damit dem bürgerlichen Recht. Seine Herrschaft über körperliche Sachen namentlich, deren er sich dabei bedient, trägt regelmäßig zunächst den Stempel des Privatwirtschaftlichen und ist für sich selbst nach Privatrecht zu beurteilen, mag auch der Endzweck, dem er sie widmet, öffent-

---

[1] Wir erhalten hier eine Fortsetzung der Lehre vom öffentlichen Unternehmen, dessen verwaltungsrechtliche Bedeutung uns bei der Enteignung schon entgegentrat. Unsere junge Verwaltungsrechtswissenschaft stellt harte Anforderungen an eine in den alten Geleisen wohl eingefahrene Juristenschaft; *μετανοεῖτε*, heißt es hier gar manchmal. Ich habe seinerzeit den Hauptwiderstand am Verwaltungsakte empfunden und bin dagegen in Arch. f. öff. R. III S. 3 ff. mit der Darstellung des öffentlichrechtlichen Vertrags als eines „markanten" Instituts vorgegangen. Zurzeit wird noch die letzte Schlacht geschlagen auf dem Boden der Frage des öffentlichen Eigentums; solange diese Stellung nicht auch noch genommen ist, ist die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft nicht fertig. Tatsächlich haben meine Ausführungen in keinem Punkte so viel Widerspruch gefunden wie hier. Nach der ganzen Sachlage ist das auch sehr erklärlich: **Fleiner**, Umbildung zivilrechtlicher Institute S. 16.

liche Verwaltung sein. Bei den eigentlich so genannten öffentlichen Sachen aber ist diese Herrschaft selbst schon zur öffentlichen Verwaltung gehörig, ein privatwirtschaftliches Vorbereitungsstadium kommt daran nicht selbständig zur Erscheinung, es verbleibt alles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Wenn demnach die Herrschaft des Gemeinwesens über seine öffentlichen Sachen nach öffentlichem Rechte zu beurteilen ist, so ergibt sich hieraus als Forderung die Idee eines *öffentlichen Sachenrechts*, vor allem die eines *öffentlichen Eigentums*, das nichts anderes ist als ein *öffentlichrechtliches*, ein *öffentlichrechtlich gedachtes Eigentum*.

Ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut wird dadurch erkennbar, daß alle seine Einzelheiten nach den Gesichtspunkten der Beteiligung der öffentlichen Gewalt und der Ungleichheit der Rechtssubjekte sich gestalten müssen (vgl. Bd. I S. 117).

Die Erscheinung der öffentlichen Gewalt kann, wie wir wissen, sehr mannigfaltige Gestaltungen annehmen. Wer immer nur einen *Befehl* als solche anerkennen will, verzichtet von vornherein auf das Verständnis unseres neuzeitlichen Verwaltungsrechts (vgl. Bd. I S. 117). Auch als *sachenrechtliche Herrschaft* kann sie sich darstellen. Nur muß man sich klarmachen, was das bedeutet.

Öffentliche Gewalt äußert sich rechtlich nicht einer Sache gegenüber; die ist kein Untertan. Die dem öffentlichen Rechte eigne Ungleichheit der Rechtssubjekte kann nicht im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und seiner Sache zur Erscheinung kommen; die ist kein Rechtssubjekt. Als solches erscheint sie ja auch nicht beim privatrechtlichen Eigentum; zwischen ihr und dem Eigentümer besteht auch dort kein Rechtsverhältnis, keine rechtlich geordnete Beziehung. Macht über die Sache ist hier immer nur etwas Tatsächliches. Das Eigentum bedeutet aber zugleich einen Inbegriff von rechtlichen Beziehungen, die solche Macht umgeben, um sie zu sichern und zu ordnen. Diese Beziehungen bestehen stets nur zu anderen Rechtssubjekten, bestimmten oder unbestimmten. Ihre Regelung macht die *Rechtsordnung des Eigentums* aus[2].

[2] *Jellinek*, einer der entschiedensten Gegner der Lehre vom öffentlichen Eigentum, scheint, Allg. Staatslehre S. 399, zunächst von dem gleichen Grundgedanken auszugehen: „Daher kann eine Sache nur insofern dem imperium unterliegen, als die Staatsgewalt dem Menschen befiehlt, Einwirkungen auf sie vorzunehmen. Die Einwirkung selbst erfolgt aber stets durch Handlungen, die ent-

Sie vollzieht sich gewöhnlich auf der Grundlage der rechtlichen Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte, des Eigentümers und der ihm Gegenübertretenden. Wir erhalten dann, was wir Privateigentum, besser privatrechtliches Eigentum nennen.

Sie muß sich auch vollziehen können auf Grundlage einer rechtlichen Ungleichheit, indem der Eigentümer dabei als Träger öffentlicher Gewalt den anderen als Privaten gegenübertritt. Das ist dann öffentliches, besser öffentlichrechtliches Eigentum[3].

Für uns bedeutet dergleichen keinen bloßen Namen, und mit dem Begriff allein ist es nicht getan. Er muß durchgedacht werden zu allen Einzelheiten des Rechtsinstituts. Oder vielmehr: wenn er, wie wir behaupten, eine Folgerung darstellt aus den Grundideen, die unser neues Verwaltungsrecht beherrschen, so muß ihn das geltende Recht selbst, bewußt oder unbewußt, in solcher Weise durchgedacht haben. Unsere Aufgabe wird sein, darzutun, daß dessen Wirklichkeiten in der Tat ihm entsprechen, recht zu verstehen sind nur aus ihm heraus. Das ist dann auch der Beweis aus dem positiven Recht, den wir zu liefern haben, der einzige, aber auch der durchschlagende[4].

---

weder rechtlich indifferent oder privatrechtlich zu werten sind." Es ist leicht, den Punkt zu erkennen, an dem es hier schief geht. Warum soll die Einwirkung auf die Sache, sobald sie nicht rechtlich indifferent ist, notwendig nur privatrechtlich zu werten sein? Diese „Wertung" kann doch auch nur dem Verhältnis zu „Menschen" entnommen werden, und solche Verhältnisse sind eben entweder privatrechtlich oder öffentlichrechtlich. Jellinek allerdings hat sich den freien Blick verschränkt dadurch, daß er den Gegensatz von öffentlichem und Privatrecht im Handumdrehen gleichsetzt mit dem von imperium und dominium. „Imperium ist Befehlsgewalt", das wird man ihm nicht bestreiten. Da nun das Eigentum an öffentlichen Sachen sicher nicht als Befehl aufgefaßt werden kann („befehlen kann man nur Menschen"), so kann es nichts anderes sein als dominium und folglich privatrechtlicher Natur. Das ist aber eben ein qui pro quo. Das unnütze Geklingel mit den Worten imperium und dominium lassen wir am besten ganz beiseite.

[3] Wir können sehr wohl Jellineks Satz unterschreiben (Allg. Staatslehre S. 399): „Daher gibt es auch kein öffentliches Eigentum, das seinem inneren Wesen nach etwas ganz anderes wäre als das Privateigentum." Es ist eben einfach Privateigentum ins Öffentlichrechtliche übersetzt. Wer allerdings wie Jellinek im öffentlichen Recht nur imperium, d. h. Befehlsgewalt sehen will, wird für dieses weniger derbe Rechtsgebilde kein Auge haben.

[4] Er wird unter § 36 erbracht werden. Bezeichnenderweise hat man es mir zum besonderen Vorwurf gerechnet, daß ich die Lehre vom öffentlichen Eigentum zu „einem ganzen System" entwickelt hätte. Für banale Formeln ohne Anspruch auf ernsthafte Prüfung an den Einzelheiten der Wirklichkeit besteht eine große gegenseitige Nachsicht.

Das so gefundene Recht wird sich zugleich erweisen als das, was man das „richtige Recht“ nennt. Wir glauben an kein Naturrecht, kein Vernunftrecht mehr im alten Sinn. Aber wir verzichten nicht auf die Forderung, daß das Recht vernünftig und zweckmäßig sei, den zu schützenden Gütern angepaßt und das damit gegebene Ziel in der einfachsten und vollkommensten Weise erreichend. Dieser Forderung entspricht die Idee des öffentlichen Eigentums. Die öffentliche Sache soll vor allem bei ihrem Zweck erhalten bleiben. Die privatrechtliche Rechtsordnung, die dafür gleichgültig ist, muß eben deshalb ausgeschlossen sein. An ihre Stelle tritt hier eine Ordnung, bei der im wesentlichen stets die Behörde, die der öffentlichen Sache vorsteht und für sie zu sorgen hat, es in der Hand behält, alles nur so zu regeln und gelten zu lassen, wie es mit jenem Zwecke vereinbar ist. Das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache bestimmt sich, wie die ganze öffentliche Verwaltung, planmäßig von innen heraus, statt durch das freie Spiel der durcheinanderwirkenden privatrechtlichen Kräfte[5].

[5] Das besondere Ziel, das hier erreicht werden soll, ist oft genug schon bezeichnet worden mit der bekannten Formel: „Die öffentliche Sache ist unfähig, ihrer Zweckbestimmung durch Akte privatrechtlicher Natur entzogen zu werden.“ Vgl. Dernburg, Pand. I § 71; Regelsberger, Pand. I S. 425; Ubbelohde, Forts. von Glück, Bd. 43 u. 44, IV S. 68 u. 71; Stobbe, D. Priv.R. § 64; Windscheid-Kipp, Pand. I S. 636; Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. III § 159 n. 4, § 177 n. 13; Bekker, Pand. I S. 345; Randa, EigentumsR. nach Österr. R. S. 30, 33, 38; Wappäus, D. Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 46; v. Brauchitsch, Verw.Gesetze IV S. 3; Bering, Die Rechte an öff. Wegen. O.V.G. 20. Febr. 1888 (Entsch. XIII S. 32), 21. März 1888 (Entsch. XII S. 282). Die Gesetze freilich bringen bei uns die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums, durch welche dieses Ziel erreicht wird, nicht so einfach auf dem Präsentierbrett wie die Rechtsordnung der Hypothek, des Kaufvertrags. Das tun sie aber auch in Frankreich nicht, für welches man doch das domaine public als öffentliches Eigentum anzuerkennen bereit ist. Man muß also schon genauer zusehen. Deshalb ist die Sache nicht abgetan mit Aussprüchen wie: „daß es in Deutschland an einer besonderen Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums fehlt“ (Fleiner, Instit. S. 332), oder: „im Reichsrecht und im Württembergischen Recht liegt keine Rechtsgestaltung vor, die eine wesentliche Verschiedenheit des öffentlichen Eigentums vom Privateigentum ergeben würde“ (Württ. Verw.G.H. 1. Mai 1907; Jahrb. f. W. Verw.R.Pfl. XIX S. 346). Das letztere Erkenntnis beruft sich, außer auf Fleiner, auf Göz, Württ. Verw.R.Pfl. S. 376, wo meine Lehre vom öffentlichen Eigentum im Gegensatze zum Privateigentum richtig wiedergegeben wird. Göz fährt aber fort (S. 377): „Aus der Verschiedenheit der theoretischen Konstruktion ergeben sich auch praktische Konsequenzen, insbesondere in der Richtung, ob Verfügungen der zuständigen Behörden bezüglich der öffentlichen Sachen einen privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter haben.“ Das ist meines

Annähernd läßt sich dieses Ziel wohl auch durch andere Rechtsgestaltungen erreichen. Das wird dem öffentlichen Eigentum gegenüber immer als ein unvollkommenes Recht erscheinen. Das öffentliche Eigentum allein paßt auch in das Ganze unseres neuzeitlichen Verwaltungsrechts; alle anderen Auskunftsmittel bringen einen Mißklang hinein. Sobald einmal der Sinn erwacht ist für den wissenschaftlichen Wert von Schönheit und Ebenmaß im Aufbau unserer Rechtsordnung, wirken sie unerträglich. Wenn wir gleichwohl derartige Versuche heutzutage noch immer sich halten sehen und eine maßgebende Rolle spielen, so erklärt sich das aus dem geschichtlichen Entwicklungsgange, den wir durchzumachen hatten und der gerade an diesem Punkte mit besonderer Langsamkeit sich vollenden will.

II. Das Recht der öffentlichen Sachen hat eine wechselvolle Geschichte hinter sich.

1. Als das römische Recht bei uns rezipiert wurde, achtete man kaum seines so scharf ausgeprägten Verwaltungsrechts. Es fehlte, was das Verständnis dafür zu vermitteln hätte: der gewaltige römische Staatsgedanke.

Zwischen dem römischen Staate der republikanischen Zeit und seinen Bürgern gilt nicht das jus civile, noch die bürgerliche Rechtspflege. Auch im einfachen vermögensrechtlichen Verkehr macht sich die majestas populi Romani noch bemerkbar. Dadurch entsteht neben dem System der Privatrechtsinstitute ein „korrespondierendes" System von Verwaltungsrechtsinstituten: Vertrag, Eigentum, Freilassung, Forderung, Schuld usw. erhalten hier ihre öffentlichrechtlichen Seitenstücke, verwandt durch übereinstimmenden stofflichen Inhalt, aber wegen der grundsätzlichen Ungleichheit der Rechtssubjekte jeweils von einem ganz entgegengesetzten juristischen Bau[6]. Bei der großen Mannigfaltigkeit des Inhalts wird man diesen öffentlichrechtlichen Erscheinungen nicht gerecht, wenn man dieses Verhältnis der Ungleichheit, der majestas

---

Erachtens schon eine sehr „wesentliche Verschiedenheit" und eine sehr besondere „Rechtsgestaltung". Wir werden das ja noch deutlicher machen. Aber sicher ist es nicht erlaubt, daran mit solch klassischer Ruhe vorbeizugehen.

[6] Mommsen, Abriß des Röm. St.R. S. 366: „Wenn die Grundbegriffe des Vermögensrechts gleichmäßig auf die Gemeinde wie auf die einzelnen Bürger bezogen werden, Eigentum, Forderung, Erbschaft auch auf den Staat Anwendung finden, so steht die positive Ausgestaltung derselben in den beiden Rechtskreisen fast durchgängig miteinander in prinzipiellem und praktischem Widerspruch." Vgl. auch Mommsen, Röm. St.R. I S. 162 ff.; Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 267 ff.; Weiske, Rechtslexikon X S. 239 ff.; Mitteis, Röm. Priv.R. I S. 349.

des einen Teils, sich nur in Befehl und Zwang vorstellen kann, in imperium. Solche enge Denkweise versagt namentlich bei dinglichen Rechten, in welchen doch jene majestas ebensogut erscheint[7]. Alles Eigentum des Gemeinwesens, nicht bloß was wir jetzt öffentliche Sachen nennen, ist extra commercium, ist der Privatrechtsordnung entzogen: keine actio finium regundorum mit angrenzenden Grundstücken, keine actio pluviae arcendae gegen das staatliche Grundstück, keine Anwendbarkeit der privatrechtlichen Ordnung für Überhang und Überfall, keine privaten Servitutrechte. Dafür öffentlichrechtliche Verfügungsmacht der Magistrate, aus der sich auch Einräumungen an die Privaten ergeben können, — „quasi servitutarische Befugnisse", wie man sie verlegenheitshalber genannt hat[8], — öffentlichrechtliches Eigentum in dem oben unter I entwickelten Sinne.

In der Kaiserzeit hat sich dann die große Scheidung vollzogen, die jetzt noch für uns maßgebend ist. Der Staat wird privatrechtlicher Ordnung zugänglich für seine vermögensrechtlichen Beziehungen, wenigstens teilweise wird hier das bürgerliche Recht zwischen ihm und seinen Untertanen anwendbar. Die Brücke bildet der Prinzipat selbst, bei dem ja die Verfolgung der Sonderzwecke eines einzelnen und die majestas populi Romani in einem seltsamen, dem ursprünglichen römischen Staatsgedanken nie ganz vereinbaren Gemenge liegt, und der damit verbundene Fiskusbegriff. Es gilt als ein Beweis von Tugendhaftigkeit auf seiten des Gewalthabers, daß er sich doch zum Teil dem gleichmachenden Zivilrecht unterwirft. Die res fiscales, die kaiserlichen Sachen, werden sogar vorwiegend als privatrechtliches Eigentum behandelt[9]. Immerhin ist mit dem imperium dem Kaiser die ganze majestas populi Romani übertragen, die auch in seinen vermögensrechtlichen Angelegenheiten wirksam bleibt, soweit die Verfolgung des Gemein-

---

[7] Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II S. 1 ff.: „Auch wo der populus als Subjekt vom Eigentum erscheint, ist es zwar nicht der populus als Inhaber eines imperium über die Bürger, aber immer die von den Privatpersonen begrifflich verschiedene publica persona κατ' ἐξοχήν, welche in Frage kommt. ... Res publicae in diesem Sinne sind nicht bloß quae publico usui relictae sunt, sondern auch quae in pecunia populi sunt. Das entspricht der republikanischen Anschauung, die zwischen dem Staat als politischen Machthaber und dem Staat als Subjekt gewöhnlicher Privatrechte nicht unterscheidet." Ähnlich auch Gierke, Genossensch.R. III S. 54 ff. (vgl. unten Note 26).

[8] Karlowa a. a. O. S. 4.

[9] l. 2 § 4 D. 43, 8: res enim fiscales quasi propriae et privatae Principis sunt.

wohls daran erkennbar wird. Genau ist die Grenze nicht festgelegt. Aber daß kaiserliche Straßen, kaiserliche Befestigungsanlagen nicht nach Privatrecht beurteilt werden, ist selbstverständlich[10]. Jedenfalls liegt hier der Ursprung des Gedankens, daß dem Staat, im Gegensatz zu der republikanischen Zeit, zweierlei Eigentum zusteht: ein öffentlichrechtliches, das sich jetzt auf die sogenannten öffentlichen Sachen beschränkt, und ein privatrechtliches, das Eigentum des Fiskus.

2. Im Mittelalter war das zunächst alles verloren gegangen. Die Idee einer öffentlichen Sache wächst langsam wieder heraus aus den einfachsten ursprünglichsten Formen, wie vor allem die bäuerlichen Ortsgemeinschaften sie ergeben. Die sind keine hoheitlichen Gemeinwesen, deren majestas sich an der Sache offenbarte; sie sind genossenschaftlicher Natur. Das unverteilte Gut, das keinem der Genossen gehört und allen nutzen soll, ist die Allmend. Sie umfaßt namentlich auch Wege, Straßen und Plätze. Über die Instandhaltung und die Ordnung der Benutzung wacht die Vorstandschaft, die Gemeindeobrigkeit. Nicht in der Zugehörigkeit an ein Rechtssubjekt höherer Art, wie nach römischer Anschauung, erweist sich die Besonderheit dieser öffentlichen Sachen, sondern ihr rechtliches Wesen liegt in der Verbindung dieser zwei Elemente: Bestimmtheit für den Nutzen aller und Aufsichtsrecht der Obrigkeit[11].

Reicher entwickeln sich derartige gemeinsame Einrichtungen in den Städten. Brunnen, Märkte, Waschhäuser werden mit der gleichen Rechtsauffassung zu allgemeiner Benutzung gestellt. Aber auch Mauern, Tore und Stadttürme dienen der Gesamtheit und werden als Allmend betrachtet[12].

---

[10] In diesem Sinne spricht auch Mitteis, Röm. Priv.R. I S. 369 Note 54, von „unter kaiserlicher Verwaltung stehenden öffentlichen Sachen". Wo die Grenze läuft zwischen diesen und anderen, also nicht öffentlichen kaiserlichen Sachen, ist immer noch eine nicht hinreichend geklärte Frage.

[11] Gierke, Genossensch.R. II S. 229 u. 234 (Gemeingebrauch an den Wegen, Plätzen, Brücken und Keime der darüber wachenden Polizeigewalt der Gesamtheit), S. 235 Note 169 (Wege, Stege, Plätze usw. erscheinen schon in den alten Pertinenzformeln als Allmende). Ob es richtig ist, daß die gleichen Anschauungen auch im ursprünglichsten römischen Rechte herrschten (Hesse, in Jahrb. f. Dogm. VII S. 183; Ubbelohde, Forts. v. Glück, Bd. 43 u. 44, IV, 1 S. 36), kann hier dahingestellt bleiben.

[12] Gierke, Genossensch.R. II S. 667 („das Recht der Gesamtheit fand seinen Kern und stärksten Ausdruck in dem Recht am unverteilten Lande, und zwar in der Stadt selbst an Straßen, Plätzen, Befestigungen und allen dem gemeinen

Im Reich und mehr noch in den Territorien, die ja allmählich die Führung übernehmen, kommen noch andere öffentliche Sachen in Betracht. Größere Straßenzüge entstehen und dazugehörige Verkehrseinrichtungen, Brücken und Fähren. Die Form des alten Wegerechts wird darauf übertragen. Sie findet ohne weiteres auch Anwendung auf die Wasserstraßen, schiffbaren Flüsse und Seen. Man möchte hier vielleicht sofort an landesherrliche Sachen denken, die dem öffentlichen Zweck gewidmet sind. Allein das kommt später. Zunächst überwiegt noch die ursprüngliche Idee der Allmend mit ihren zwei Elementen: dem gemeinen Nutzen zu dienen bestimmt und von der Obrigkeit überwacht.

3. Diese beiden Elemente bekommen nun auch unter Mitwirkung der lebendiger gewordenen Rechtswissenschaft ein festeres Gepräge.

Die öffentliche Nützlichkeit sucht die Anlehnung an die Gesamtheit, an die Gemeinschaft zu bewahren, der die Sache dient; das kann aber im Fürstenstaat, der dem Volk keine öffentliche Bedeutung zugesteht, nur zum Ausdruck kommen in dem Vorteil der vielen einzelnen, im öffentlichen Gebrauch, Gemeingebrauch, usus publicus. Öffentliche Sachen sind diejenigen, die dem Rechte des Gemeingebrauchs unterstellt sind[18].

Gebrauch gewidmeten Gebietsstücken, im Stadtfeld an Wegen und Gewässern"), S. 670, 677, 678 Note 105 („Straßen, Plätze, Brücken usw. werden auch oft ausdrücklich Allmend genannt").

[18] Auf diesem Gemeingebrauch liegt der Schwerpunkt; das Recht der Obrigkeit erscheint demgegenüber nur als Zutat, Mittel zum Zweck. So Struve, Syntagma exerc. 45 thes. 55: Die öffentlichen Wege „spiritum quasi ac vitam potius ab usu publico quam ab autoritate principis habere videntur". Dieselbe Auffassung bei P. Heiz in Fritsch, Jus fluv. I S. 173 ff.: Der Fürst hat zwar die jurisdictio über den öffentlichen Fluß, aber deswegen bleibt dieser doch „publicum" und „res populi", d. h. dem Gemeingebrauch angehörig; nur in diesem erscheint jetzt das „Volk" als berechtigtes Subjekt!

Ein merkwürdiges Wiederaufleben feierten diese Gedanken in dem berühmten Baseler Schanzenstreit. Um den Anspruch des abgetrennten Kantons Basel-Land auf Anteil an den Festungswerken der Stadt Basel auszuschließen, wollten Keller wie Jhering in ihrem Gutachten das Recht des Staates zugunsten des Gemeingebrauchs verdrängen. Namentlich Jhering hat das in seiner prächtigen kraftvollen Schreibweise aufs deutlichste verkündet: Der eigentlich Berechtigte an öffentlichen Sachen ist niemand anderes als die Vielheit der Rechtssubjekte, welchen der öffentliche Gebrauch zusteht, das Publikum (Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt 1862 S. 38); das sogenannte Eigentum des Staates oder der Stadt an res publicae ist nur „die Rückseite des Gemeingebrauchs", nur eine Redeweise, um auszudrücken, daß den Angehörigen des Staates oder der Stadt der Gemeingebrauch zustehe (a. a. O. S. 43). Also ganz Allmend!

Die Aufsicht der Obrigkeit über diese Art Allmend gestaltet sich jetzt zu einem landesherrlichen Hoheitsrecht, Wegehoheit, Wasserhoheit. Vermöge dieser Hoheit hat der Fürst das Recht, Straßen anzulegen und aufzulassen, Flüsse zu regulieren, den öffentlichen Gebrauch zu ordnen, die ganze Polizei der Einrichtung zu handhaben, aber auch Zölle und Abgaben auf die Benutzung zu legen, letzteres dem Geiste der Zeit gemäß oft schon in den Vordergrund geschoben[14].

Dieses beides zusammen macht die öffentliche Sache. Die rechtliche Zugehörigkeit an ein Rechtssubjekt höherer Art ist nach wie vor nicht vorausgesetzt. Das alte genossenschaftliche Recht der Gesamtheit war wohl nie als wahres Eigentum angesehen worden; jetzt ist es natürlich ganz verschwunden. Die neuen Hoheitsrechte des Landesherrn, Wegehoheit, Wasserhoheit, bedeuten kein Eigentum. Die öffentliche Sache ist schlechthin anerkannt als res nullius. Und zwar als beharrliche res nullius, die auch nicht fähig ist, jemandes Eigentum zu werden oder sonst Gegenstand von Sonderrecht zu sein: sie ist res extra commercium, dem privatrechtlichen, d. h. überhaupt dem rechtlichen Verkehr entzogen[15].

---

[14] Pütter, Instit. § 336; Kreittmayr, St.R. § 16; Häberlin, St.R. III S. 5 ff.

[15] So die bei Schwab, in Arch. f. civ. Prax. XXX Beil. S. 39 Note 59 ff., angeführten Schriftsteller. Vor allem Wesembec bei Fritsch, Jus fluv. II S. 79: „Publica flumina non sunt in commercio nec alicujus vel proprietate vel usu, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, proprietate vero sunt nullius, quamvis quoad protectionem ad principem spectant". Hier sind die drei Dinge deutlich auseinander gehalten: Eigentümer ist niemand; die Sache dient nach Naturrecht dem usus publicus; der Fürst hat nur die protectio. — Die nämliche Konstruktion für die öffentlichen Straßen bei Fritsch, opuscula I, 14, tract. de regali viarum publicarum jure, cap. III n. 4: „unde earum proprietas nullius est, usus autem omnium, quam ob causam appellantur publicae; ac propterea protectio illarum pertinet ad summum principem."

Das ist ja auch Jherings Auffassung (vgl. oben Note 13); denn der Gemeingebrauch bedeutet selbstverständlich kein Eigentum der „Vielheit", und die „Rückseite" etwa, die dem Staate allein zukommt, erst recht nicht. Keller, der mit Jhering zusammenhält, wird in diesem Punkte besonders deutlich. Er meint wohl, daß „das Hoheits- oder Polizeirecht, welches ihm (dem Staate) allein zusteht, alle Befugnisse des Eigentums in sich schließt" (Erwiderung auf das Gutachten von Rüttimann S. 7). Allein ein wirkliches Eigentum ist damit durchaus nicht gemeint: „Also ein reines Hoheitsrecht wird dem ungeteilten Kanton Basel über die Festungswerke zugeschrieben, folglich jedes Privatrecht, mithin auch das Eigentum ausgeschlossen, ohne Unterschied zwischen latentem und patentem, zwischen schlafendem und wachendem, zwischen verdecktem und offenem Eigentum"

Mit dieser Auffassung von der öffentlichen Sache ist man seinerzeit ausgekommen. Es gibt hier keine ewigen Wahrheiten.

(a. a. O. S. 8). Daß es auch ein richtiges öffentliches Eigentum geben könne, davon hat man hier noch keine Ahnung.

In der Literatur und Rechtsprechung, welche die Gedanken Jherings und Kellers nun weiterspinnen, wird zwar der Name „öffentliches Eigentum" gern gebraucht, um jenes „reine Hoheitsrecht" zu bezeichnen, das dem Staate an den öffentlichen Sachen zusteht. Allein dieses Eigentum ist kein Eigentum und kann keines sein: aus dem durchschlagenden Grunde, daß der Staat, der eigentliche Staat, um den es sich bei einem solchen Hoheitsrechte nur handeln kann, nach der damals herrschenden Lehre von Natur vermögensunfähig ist; vgl. oben Bd. I S. 52. So Schwab in Arch. f. civ. Prax. XXX Beil. Er hat für die öffentlichen Flüsse das fiskalische Eigentum, das doch schon stark in Frage gekommen war, entschieden verworfen (S. 32, 95); es handelt sich um wesentliche Hoheitsrechte, die der Staat daran übt. Freilich, meint er, „läßt sich nicht absehen, warum diese Befugnisse nicht neben jenem allgemeinen Rechtsgrunde insbesondere auch aus dem Staatseigentum sollten abgeleitet werden können" (S. 57 Note 80). Allein das ist kaum der Mühe wert; denn „es gibt dieses öffentliche Eigentum seiner Natur nach dem Staate ein mehr polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung der Staatsbürger, als ein ausschließliches Verfügungsrecht über die Sache, wie dies das Privateigentum dem Berechtigten verleiht" (S. 58 Note 81). Also offen gesagt, doch kein Eigentum! Ähnlich Lang, Württemb. Sachenrecht § 17: Sein „öffentliches Gemeingut", welches kein Privateigentum des Fiskus sein soll, wird ihm unter den Händen zur res nullius! — Das A. L.R. II, 15 § 2 bedient sich für öffentliche Sachen der wenig glücklichen Bezeichnung „gemeines Eigentum des Staates". Darüber Gruchot, Beitr. XXXIX S. 525 ff. (Rausnitz), XLVIII S. 330 ff. (Trautmann), LIV S. 338 ff. (Moll). Das Preußische Obertribunal hat mehrfach ausgesprochen, daß die öffentliche Sache, die im gemeinen Eigentum des Staates steht, jedenfalls nicht res fisci sei. Das Reichsgericht schloß sich dem an und kam mit Hilfe des Gedankens, daß nur der Fiskus, nicht aber der Staat Eigentum haben kann, zu dem Satz (R.G. 23. Sept. 1880; Entsch. III S. 232): Das Bett des Flusses „ist nach A. L.R. II, 14 § 21 gemeines Eigentum des Staates, somit res communis omnium, eine res nullius und deshalb res publica". Welche Windungen! Eine praktische Anwendung in R.G. 10. Febr. 1881 (Entsch. IV S. 258): Der Fiskus hatte einen Steinblock aus dem schiffbaren Flusse geholt, ein Uferbesitzer ihm das Recht streitig gemacht. Das Reichsgericht sagt: „Allerdings schließt das gemeine Eigentum des Staates das besondere Eigentum eines einzelnen an dem Flusse und dem dazu gehörigen Bette aus . . . Deshalb hat niemand ein Privateigentum an dem Bette des Flusses, und zwar weder der Fiskus, noch die Anlieger." Dagegen hat jedermann das Recht, sich die im Flusse befindlichen Steine zuzueignen, „auch der Fiskus." Wenn das gemeine Eigentum des Staates das Eigentum jedes einzelnen am Bette ausschließt, so doch nicht, sollte man meinen, das Eigentum des Staates selbst. Aber der Staat des Reichsgerichts ist der „eigentliche Staat", die reine hoheitliche Gewalt der Polizeistaatsanschauung; dieser Staat kann kein Eigentum ausüben. Und da kommt denn der Fiskus, dieser Realist, und zieht ihm die Steinblöcke aus seinem Bette!

4. Neben diese Auffassung setzte sich aber mit der weiteren Entwicklung des Polizeistaates eine andere, der er zuletzt zum Siege verhelfen mußte und die heute noch fortlebt. Seiner Art entsprach es nicht, auf die Dauer bei der öffentlichen Sache den leeren Platz unausgefüllt zu lassen, den ehedem die genossenschaftliche Gemeinschaft ausgefüllt hatte: Er setzt seinen Fiskus hinein; die öffentliche Sache wird Staatseigentum und entsprechend auf den unteren Stufen Gemeindeeigentum.

Die beiden bisherigen Elemente, Gemeingebrauch und Hoheitsrecht, bleiben; nur wird der erstere jetzt allmählich wieder durch die breitere „öffentliche Nützlichkeit" ersetzt. Das neue Eigentum kommt dazu. Der Staat hat also jetzt zweierlei Recht an der Sache: das Hoheitsrecht und das Eigentum. Diese beiden Dinge verschmelzen sich nicht, gestalten sich vielmehr, gemäß der dem Polizeistaat eigentümlichen Halbierung des Staates in eigentlichen Staat und Fiskus, zu einem jener Mischgebilde, welche das damalige Recht erfüllen (vgl. oben Bd. I S. 52). Jener, das reine Machtwesen, ist nach wie vor eigentumsunfähig. Das Eigentum an der öffentlichen Sache gehört seinem Zwillingsbruder, dem Fiskus, selbstverständlich als gewöhnliches privatrechtliches Eigentum, denn er ist ja selbst nichts anderes als ein „gewöhnlicher Privatmann". Das einheitliche Rechtsinstitut der öffentlichen Sache stellt sich daraus her, indem nun der Staat mit seiner hoheitlichen Gewalt ihren Eigentümer, den Fiskus, anhält, das Seinige zu tun, damit sie ihre Bestimmung erfülle. Er befiehlt ihm, für ihre Instandhaltung zu sorgen, verbietet ihm jede Verwendung, die dieser Bestimmung widerspricht, zwingt ihn, den einzelnen den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu gewähren, begründet nötigenfalls im Einzelfall durch privilegium und lex specialis besondere Gebrauchsrechte zu seinen Lasten. Die alte Wegehoheit, Wasserhoheit usw. erscheint also hier kräftiger entwickelt und einschneidender, vor allem aber auch mit einer Spitze gegen den neuen Eigentümer[16].

---

[16] Mit dieser Doppelnatur des Staates arbeiten schon die in der vorhergehenden Note erwähnten Auffassungen von Schwab, Preuß. Obertribunal und Reichsgericht. Sie kommen nur deshalb zu einer res nullius, weil sie von der Möglichkeit absahen, daß der Fiskus Eigentümer sei; der eigentliche Staat natürlich kann es nicht sein. Die Sache wird erst anders, wenn der Fiskus als Eigentümer zugelassen ist. So schon Kreittmayr, St.R. §§ 13 u. 16; Klüber, Öff. R. §§ 408 u. 410. Der klassische Vertreter dieser Behandlung des Rechts der öffentlichen Sache ist Wappäus, der sich von diesem Standpunkt aus scharf

Um das Ganze der Einrichtung zieht dann die Polizeigewalt noch ihren besonderen Schutz. Überdies besteht die Verkehrsentzogenheit fort. Sie nimmt nur jetzt eine andere Wendung: es handelt sich nicht mehr um eine res nullius, die nicht in den privatrechtlichen Verkehr gezogen werden soll, sondern um eine in privatrechtlichem Eigentum stehende Sache, die nach einem für sie geltenden privatrechtlichen jus singulare gegen gewisse privatrechtliche Schicksale gefeit ist[17].

III. Unser neuzeitliches Verwaltungsrecht ist dem römischen Vorbild verwandter, als was in dieser Hinsicht irgendeine Zwischenstufe geboten hatte. Insbesondere gilt das auch von dem Recht der öffentlichen Sachen.

Frankreich, das uns in der Entwicklung der Staatsgewalt und des damit zusammenhängenden öffentlichen Rechts vorausgegangen ist, hat hier den Begriff des domaine public ausgebildet. Es bedeutet den Gegensatz zum domaine privé de l'Etat, dem privatrechtlichen Eigentum des Staates. Es umfaßt unsere öffentlichen

---

gegen Jhering und Keller wendet: „Übt der Staat als solcher sein Eigentum an den öffentlichen Sachen aus? Wir sagen: Ja. Freilich nicht als solcher; denn der Staat als solcher kann keine Eigentumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten, aber als Vermögenssubjekt, als Fiskus übt er sein Eigentum aus; und weiter hat niemals jemand etwas behauptet" (Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 103). Danach zeichnet Wappäus auch das Bild des Verhältnisses der zweierlei Staatspersönlichkeiten, wie es sich an den öffentlichen Sachen entfaltet. Diese sollen dauernd allen Staatsbürgern zugute kommen; „daher verbietet der Staat kraft seines Hoheitsrechts dem Eigentümer, der er auch selbst sein kann in seiner Eigenschaft als Fiskus, wenn er einmal eine bestimmte Sache ad usum publicum hergegeben hat, die Ausübung seines Eigentums daran soweit, als darin eine Gefährdung jenes allgemeinen Nutzens gesehen wird" (a. a. O. S. 43).

Ähnlich Luthardt in Bl. f. adm. Prax. 1870 S. 324 ff.: Öffentliche Wege sind Eigentum des Fiskus, und zwar „förmliches Privateigentum", welches der Fiskus veräußern und belasten kann wie anderes auch. Aber die Sache hat auch eine polizeiliche Seite: „weil die Straße einer Staatsaufgabe dient, wird der Fachminister (der also den Staat vertritt) entscheiden, was der Fiskus zu tun und zu lassen hat". — Vgl. auch O.Tr. 18. Juli 1861 (Strieth. XLII S. 288). Besonders erfreulich durch seine Deutlichkeit ist R.G. 23. Febr. 1880 (Entsch. I S. 366): Meeresufer sind res publicae, gemeines Eigentum des Staates; sie fallen deshalb wohl in das Gebiet des privatrechtlichen fiskalischen Eigentums, aber dieses ist „vermöge der publizistischen Staatshoheit" beschränkt zugunsten des öffentlichen Gebrauchs; wenn „Fiskus" als Eigentümer den öffentlichen Gebrauch hindert, so haben sich die Beteiligten an die „Staatsverwaltung" um Abhilfe zu wenden!

[17] So die wohlgefestigte Lehre der älteren Pandektisten: Puchta § 35, Arndts § 49, Brinz § 50, Windscheid § 146. Vgl. auch: Roth, Bayr. Civ.R. § 54; Seuffert, Prakt. Pand.R. § 57.

Sachen: Wege, Straßen, schiffbare Flüsse, Meeresstrand, Festungswerke. Seinem juristischen Wesen nach ist es öffentlichrechtliches Eigentum in dem hier entwickelten Sinne (oben I)[18].

Auch in der deutschen Rechtswissenschaft wird diese Auffassung des Rechts der öffentlichen Sachen vertreten[19].

---

[18] Theorie d. Franz. Verw.R. S. 227 ff. In der französischen Ausgabe meines Deutsch. Verw.R. (Droit adm. allemand III S. 87 ff.) habe ich nachher die Lehre breiter vorgetragen. G. Jèze, Verw.R. d. Franz. Republik, schließt sich jetzt meiner Auffassung an, indem er meine wichtigsten Sätze in deutscher Übersetzung wiedergibt.

[19] Die neue Auffassung vertritt vor allem die kleine, aber bedeutsame Schrift von Eisele, Das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. Dort heißt es: „Das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sachen gehört, und zwar ganz und nach allen Seiten, dem jus publicum an“ (S. 21); „das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen ist zu bezeichnen als Eigentum des jus publicum oder als publizistisches Eigentum“ (S. 24). — Sie steckt auch in der Formel bei Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 131: „Durch ihre negative Bedeutung (extra commercium esse) sind sie dem Gebiete des Privatrechts entzogen, durch ihre positive Bedeutung (Eigentum des Staates oder der Gemeinde, Benutzungsrecht aller) sind sie dem öffentlichen Rechte zugewiesen.“ Es fehlt hier nur die Durcharbeitung. — Dernburg, Gutachten zum Basler Schanzenstreit S. 17, hat den Begriff folgendermaßen gegeben: „Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen ist freilich nicht einfaches Eigentum, wie es Private innehaben.“ Der Staat hat vielmehr hier „seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben, sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen außerhalb des Vermögensverkehrs gestellt. Wir können nichts dagegen einwenden, wenn man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird“. In Pand. I S. 168 ist diese Idee nicht mehr so klar zum Ausdruck gekommen. Vor allem wird hier die Übereinstimmung mit Eisele verleugnet durch die Bemerkung in Note 6 daselbst: „Die Ansicht von Keller (der die öffentliche Sache für res nullius hält) hat in veränderter Gestalt Eisele angenommen, indem er ein bloß „publizistisches Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt“. Das „bloß“ ist bezeichnend! — Von Neueren wären zu nennen: Layer, Prinz. d. Ent. S. 607 ff.; Kittel in Eger, Eisenb.Entsch. XXIII S. 193; Chr. Behr in Arch. f. öff. R. XXI S. 347 ff.; Koehne in Verw.Arch. VIII S. 124; Hoelder in Arch. f. öff. R. XXI S. 323; Nawiasky in Österr. Ger.Ztg. 1905 n. 26; Perlmann in Österr. Verw.Arch. III S. 144 ff.; R. Lewy, Öff. Sachen im Gemeingebrauch S. 87 ff.; Schelcher in Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 435 ff.; Kisch, Els.-Lothr. Landesprov.R. § 67. — Auch das Sächs. O.V.G. hatte sich eine Zeitlang unsere Lehre angeeignet: 5. Febr. 1902 (Jahrb. II S. 99); 15. Juni 1904 (Jahrb. VI S. 68). In einem späteren Urteil v. 9. Febr. 1910 (Jahrb. XV S. 175) hat es sich aber davon abgewendet. Die ausführliche Begründung richtet sich vor allem gegen eine auf die öffentlichrechtliche Auffassung gestützte Überspannung der Rechte am Gemeindeweg. Dann aber wird von dem Begriff des öffentlichen Eigentums gesagt (S. 197): Es sei nicht zu verkennen, „daß mit seiner Annahme vielleicht in mancher Hinsicht eine einfachere und gleichmäßigere Beurteilung aller die öffent-

Ihr gehört zweifellos die Zukunft. Wenn sie tatsächlich zurzeit noch nicht zur Herrschaft gelangt ist, so erklärt sich das aus dem unfertigen Zustand unseres jungen Rechtszweiges und der noch recht weitverbreiteten Unklarheit darüber, worum es sich hier handelt. Bei keinem unserer Rechtsinstitute ragen aber auch noch so stark die Spuren früherer Entwicklung herein, um das folgerichtige Durchdenken des Neuen zu erschweren. Die Aufdeckung der verschiedenen Fehlerquellen ist nicht schwer. Sie ordnen sich nach ihren geschichtlichen Zusammenhängen:

1. Zunächst ist es Tatsache, daß selbst die alte Lehre von der öffentlichen Sache als einer res nullius noch ihren Schatten wirft auf das Urteil unserer Juristen. Nicht als ob sie noch eine nennenswerte Anhängerschaft fände. Im Gegenteil, man will ein echtes, kräftiges Eigentum des Staates; das wäre soweit ganz gut. Allein nun hatte es sich ergeben, daß jene ältere rechtswissenschaftliche Behandlung der öffentlichen Sache, die ja ihre Nachklänge noch nahe an die Gegenwart heranschickt, die hoheitliche Betätigung des Staates an dieser res nullius auch als eine Art Eigentum zu bezeichnen anfing. Natürlich war das kein richtiges Eigentum; solches konnte ja der „eigentliche Staat" gar nicht haben. Man nannte es öffentliches Eigentum, verstand darunter aber ein „mehr polizeiliches Recht", sprach von „gemeinem Eigentum", das die Sache doch als res nullius fortbestehen ließ, von einem „bloß

---

lichen Wege betreffenden Angelegenheiten herbeigeführt werden könnte, als es jetzt möglich ist." Allein es sei „schon mit Rücksicht auf den bestehenden Rechtszustand nicht angängig, die auf dem Boden des französischen Rechts durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift wurzelfest gemachte Lehre vom öffentlichen Eigentum (domaine public) nach Deutschland zu verpflanzen". Jener „bestehende Rechtszustand" ist aber nichts anderes als eine völlig unzulängliche Theorie, und die Lehre vom öffentlichen Eigentum beruht auch in Frankreich keineswegs auf ausdrücklicher Gesetzesvorschrift — code civil Art. 539 sagt doch tatsächlich von seinem „domaine public" nicht viel mehr als A. L.R. von seinem „gemeinen Eigentum des Staates"; vgl. auch unten Note 38 —, sondern lediglich auf den Sinn, welche die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der ganzen von ihnen vollzogenen Ausbildung des neuen Verwaltungsrechts dem Worte „domaine public" beigelegt haben. Falls diese Lehre wirklich auch bei uns geeignet ist, „eine einfachere und gleichmäßigere Beurteilung aller die öffentlichen Wege betreffenden Angelegenheiten herbeizuführen", so liegt darin nach Lage der Sache für den wissenschaftlichen Mann eine Pflicht, sie anzunehmen. — Das Reichsgericht beginnt sich für die Idee des öffentlichen Eigentums etwas zugänglicher zu erweisen, wenigstens bei Sachen der Rheinprovinz: R.G. 6. Okt. 1905 (Entsch. LXI S. 322), 10. Juli 1908 (Eger, Eisenb.Ent. XXV S. 280), 1. Okt. 1912 (Entsch. LXXX S. 123).

publizistischen Eigentum“ [20]. Diese Verschwommenheiten fernzuhalten, ist gleichfalls recht und gut, wenn sie auch heute kaum mehr als gefährlich angesehen werden können. Unsere älteren Juristen aber haben doch noch einen gewissen Eindruck von jener Literatur bewahrt, und da sie das wahre öffentliche Eigentum nicht kennen und verstehen, glauben sie sich retten zu müssen auf den einzigen sicheren Fels, denen ihnen ihre zivilistische Bildung liefert, und erklären die öffentliche Sache ausdrücklich für „Privateigentum“. Nun weiß man, was man hat [21].

---

[20] Vgl. oben Note 15 und Dernburg gegen Eisele in Note 19.

[21] Das Mißtrauen gegen das öffentliche Recht überhaupt, von dem Fleiner, Die Umbildung S. 16, so anschaulich redet, sammelt sich über dem öffentlichen Eigentum zu einer Art abergläubischer Furcht. Ubbelohde, Forts. z. Glück Bd. 43 u. 44 S. 110: „Wollen wir also nicht etwa mit Eisele den unbekannten Begriff eines publizistischen Eigentums annehmen, so können wir das Recht der Gemeinde an den Straßen und Plätzen für gar nichts anderes halten als für privatrechtliches Eigentum.“ R.G. 23. Febr. 1903 (Entsch. LIV S. 53): Eigentumsrecht an der Straße in Mecklenburg, „und zwar eines solchen, das nicht als ein nur publizistisches, sondern als ein wirkliches privatrechtliches Eigentum der Stadtgemeinde sich darstellen würde“.

Vor allem sind es unsere Gesetzgeber, d. h. die Juristen, die bei uns die Gesetze ausarbeiten, welche hier eine Pflicht der Vorsicht erfüllen zu müssen glauben. Der erste Entw. z. Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 sagte noch schlechthin, alle öffentlichen Gewässer seien „dem Privatrechtsverkehr entzogen“. Im zweiten Entw. wurde, auf Anregung des Justizministeriums, ausdrücklich erklärt: „Das Bett der Elbe steht im Privateigentum des Staates.“ Jetzt heißt es in § 5 einfach „im Eigentum“. Man schließt daraus, daß es Privateigentum sei und will nur für das Wasser, das in diesem Bette läuft, der Rechtswissenschaft die Möglichkeit geben, es für öffentliches Eigentum zu halten (Schelcher, Komm. S. 27). Meines Erachtens ist durch die gewählte Formel die Rechtswissenschaft auch bezüglich des Bettes nicht gebunden. — Das Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 bestimmt in § 7: „An den Wasserläufen erster Ordnung steht dem Staate das Eigentum zu.“ Die Allgemeine Begründung bemerkt dazu (Abg.-Haus 1912 Drucks. I S. 671): „Praktische Gründe, die gegen die Anerkennung eines Privateigentums an den Wasserläufen sprechen, sind in der die Öffentlichkeit aller (?) Wasserläufe verfechtenden Literatur nicht angeführt. Um unbestimmter Vorstellungen willen (!) die sich nach dem geltenden Rechte bietende feste Grundlage des Eigentumsbegriffes zu verlassen usw.“ Eine feste Grundlage bietet freilich dem, der es kennt, auch das öffentliche Eigentum, und ob die Art, wie auch das Preußische Gesetz das Eigentum am Strom mit Besonderheiten ausgestattet hat, nicht besser zu diesem paßt, bleibt die Frage. — In Baden hatte Dorner im Kom. z. A.G. z. B.G.B. S. 130 ausgeführt: Durch die Bestimmung, daß die öffentlichen Sachen „im Eigentum stehen“ (einfach: im Eigentum!), habe das Gesetz gebrochen mit der französischen Auffassung, wonach an diesen Sachen „nur“ ein publizistisches Eigentum besteht. Das neue Gesetz v. 8. April 1913 bestimmt jetzt wieder in § 1, daß die öffentlichen Gewässer „im Eigentum des Staates

2. Die eigentlich herrschende Auffassung der öffentlichen Sache ist heute noch bestimmt von der alten Fiskuslehre. Diese selbst zwar will man im allgemeinen nicht mehr gelten lassen. Aber die Funken glühen unter der Asche — das geht bei großen Anschauungswechseln immer so — und gerade über den öffentlichen Sachen flackert noch, ziemlich einsam, eine stetige Flamme. Das hat hier auch seinen besonderen Grund. Die alten „gemischten Rechtsinstitute" haben sich sonst mit dem Verschwinden der Fiskuslehre zumeist aufgelöst und sind rein öffentlichrechtlich geworden (Bd. I S. 120). Wenn man dazwischen wohl noch fortfährt, einzelne Seiten oder Wirkungen des Instituts als privatrechtlich zu behandeln, so läuft das auf einen unschädlichen Kampf um den Namen hinaus. Der Gegensatz von öffentlichem Recht und bürgerlichem Recht wird hier nicht empfunden[22].

Bei der öffentlichen Sache aber läßt sich der Gegensatz nicht vertuschen. Wird hier privatrechtliches und den Regeln des B.G.B. unterworfenes Eigentum des Staates gesetzt, so bedeutet dies eine scharfe Absage an das öffentliche Recht. Und andererseits übt doch der nämliche Staat an dieser seiner Sache unverkennbar zugleich hoheitliche Gewalt, hält sie in öffentlicher Verwaltung und in öffentlichrechtlichem „Polizeibesitz"; davon ist ebensowenig etwas wegzunehmen. Daraus ergibt sich aber die glatte Unmöglichkeit, das Widersprechende hier zusammenzuwerfen: dasselbe Rechtssubjekt Staat kann nicht über dieselbe Sache zugleich als privatrechtlicher Eigentümer und als öffentlichrechtlicher Verwalter gesetzt sein. Er spaltet sich nicht im gleichen Atem in Herrscher und Untertan. Das öffentliche Eigentum allein löst das Dilemma, indem es das Eigentum mit dem öffentlichen Rechte versöhnt. Die Fiskuslehre mit ihrer Spaltung des Staates in zwei Personen löste

---

stehen". Bedeutsamer wäre § 23: „Die Gewässer (auch die öffentlichen) unterliegen den für Grundstücke geltenden Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes bestimmt." Allein nach § 5 kann über das dem Staate an öffentlichen (schiffbaren) und der Gemeinde an sonstigen natürlichen Wasserläufen zustehende Recht „im Wege privatrechtlichen Rechtsgeschäftes" nicht verfügt werden. Und nach § 15 dürfen öffentliche Gewässer nur kraft Gemeingebrauchs oder kraft Verleihung oder Genehmigung benutzt werden. Das scheint mir öffentliches Eigentum zu sein. Vgl. hier unten §§ 37—39.

[22] Das wird namentlich der Fall sein bei öffentlichrechtlichen Geldansprüchen: Gehalt, Enteignungsentschädigung. Man kommt hier zur Not auch mit privatrechtlicher Auffassung durch; es fehlt nur der rechte Sinn des Ganzen und das tiefere Verständnis der Zusammenhänge. Dieser Mangel wird aber nicht von jedem schmerzlich empfunden.

es nicht, aber sie entging ihm. Sie bietet jetzt noch allen, welche mit dem öffentlichen Eigentum sich nicht befreunden können, eine Zuflucht. Und zwar die einzige Zuflucht. Es fragt sich nur: um welchen Preis und auf wie lange noch[28]?

3. Daneben ist bei den Juristen, welche die Frage vom bürgerlichrechtlichen Standpunkte aus betrachten, noch eine andere Auffassung im Schwange: sie knüpft an die alte Verkehrsentzogenheit, geschmackloserweise auch als „Extrakommerzialität" bezeichnet. Dabei läßt man diesen Begriff leichten Herzens eine neue Wandlung durchmachen. Ursprünglich, im römischen Recht, sind, wie wir sahen, die res publicae oder populi Romani wegen ihres erhabenen Herrn von selbst dem gleichmachenden jus civile entzogen, extra commercium. Das ist jetzt auch wieder so bei unserem neuzeitlichen öffentlichen Eigentum. Als aber diese Sachen res nullius geworden und namentlich als sie dem Fiskus zugesprochen waren, da wurde diese Verkehrsentzogenheit aufgefaßt als eine rechtliche Eigenschaft, welche der Sache ohne innere Not

[28] So noch Seydel, Bayr. St.R. III S. 251: Bei den öffentlichen Gewässern „entstehen zweierlei Beziehungen des Staates zu denselben: privatrechtliche des Fiskus, hoheitliche der Staatsgewalt". Ähnlich Loebell in Gruchot, Beitr. XLI S. 11; Paris, Entschädigungsberechtigung S. 22; O.V.G. 1908 (Entsch. LII S. 345). — Das Erscheinen des B.G.B. gab Anlaß, die öffentlichrechtliche „Beziehung des Staates" zu den öffentlichen Sachen stärker zu betonen, weil es sich jetzt darum handelt, für allerlei Besonderheiten Raum zu gewinnen gegenüber dem auf bürgerlichrechtlichem Gebiete alleinherrschenden neuen Gesetzbuche. Da lag denn wieder die Gefahr nahe, daß diese öffentlichrechtliche Beziehung des Staates mit seiner privatrechtlichen zu dem nämlichen Gegenstand fortan zusammenfließe zu dem einen öffentlichen Eigentum — was sich ja eigentlich von selbst versteht. Wer das aber nun einmal nicht will, versucht es jetzt mit einer Neubelebung der Fiskuslehre: die hält in der Tat die beiden „Beziehungen" wohl auseinander. So in der entschlossensten Weise Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuch. Hier wird für den „Dualismus der beiden Rechtspersönlichkeiten von Staat und Fiskus" geradezu die Ehre einer bleibenden „deutschen Rechtsanschauung" in Anspruch genommen (S. 8 ff.). v. Eschstrutt, Der öffentliche Weg, gibt dem Staat an der öffentlichen Sache die „Polizeiherrschaft" und zugleich das Eigentum; das letztere hat aber eigentlich doch nicht der Staat, sondern der Fiskus, von dem jener „streng zu scheiden ist". Der Staat ist „gewissermaßen eine Zwei-Einigkeit" (S. 28). H. Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht (Fischers Ztschrft. f. Verw. Bd. XXXI), gibt dem Staat an der öffentlichen Sache eine „umfassende Sachbeherrschung und Sachverwaltung öffentlichrechtlicher Natur"; was er über diesen Besitz hinaus noch an der Sache hat, also vor allem sein etwaiges Eigentum, ist privatrechtlich. Wie ist das denkbar? Der Staat ist wohl stets nur einer, aber er hat „zweierlei Rechtspersönlichkeiten" (S. 36 ff.). Das ist aber m. E. doch wieder nur der alte Fiskus.

aus Rücksicht der Zweckmäßigkeit verliehen ist durch eine rechtssatzmäßige Bestimmung. Für ihren Eigentümer, also vor allem den Fiskus, bedeutet das eine Beschränkung seines Eigentums, eine Last, die ihm auferlegt ist. Es ist klar, daß das gegenüber dem Ursprünglichen etwas ganz Neues und anders Gedachtes ist. Die „Extrakommerzialität" in diesem Sinn bedeutet aber natürlich einen privatrechtlichen Rechtssatz und wurde auch ruhig als solcher genommen, bis das B.G.B. kam und mit Recht befürchten ließ, daß eine solche privatrechtliche Beschränkung fortan ausgeschlossen sei: weder ordnete es sie selbst an, noch duldete es fürderhin, daß die Landesgesetzgebung solches tue. Es lag nahe, daß man nunmehr versuchte, den bisherigen Privatrechtssatz durch einfache Umtaufe ins Öffentlichrechtliche hinüberzuretten. Das wäre natürlich nicht ernst zu nehmen[24].

Allein gleichzeitig erhielt das Ganze eine neue Wendung insofern, als diese Eigentumsbeschränkung und Last auch ihrem Inhalt nach umfassender gestaltet wurde: es wurde nun in sie hineingelegt auch die Aufgabe, der die Verkehrsentzogenheit dienen sollte, die Bestimmtheit der Sache für den öffentlichen Zweck. Die Gebundenheit der Sache für diesen Zweck ist es, die das Eigentum belastet und unter anderem auch die entsprechende Verkehrsentzogenheit hervorbringt. Sie enthält vor allem die Verpflichtung dessen, dem die Sache gehört, sie der bestimmten öffentlichen Nützlichkeit, nicht bloß Gemeingebrauch, sondern auch Nützlichkeit, die sich nicht so vermittelt, wie z. B. die des Festungswerkes, gewidmet zu halten, die Verpflichtung, den nötigen Aufwand zu machen für die Instandhaltung und alle Verfügungen zu unterlassen, welche der Erfüllung jenes Zweckes zuwiderlaufen. Kurz es erscheint hier alles, was wir die Verwaltung der öffentlichen Sachen nennen mögen[25].

---

[24] Windscheid-Kipp, Pand. 1906 I § 147, zieht ehrlich die Folgerung: „Der besondere privatrechtliche Schutz solcher Sachen, wie ihn das gemeine Recht kannte, besteht nicht mehr".

[25] Jellinek in Verw.Arch. V S. 311: „Privateigentum mit publizistischen Beschränkungen hinsichtlich der Mittel und Zwecke seiner Verwendung". Bekker, System d. Pand.R. § 78; Gierke, D. Pr.R. II S. 23 u. 24; Bornhak in Verw.Arch. VIII S. 69; Rausnitz in Gruchot, Beitr. XXXIX S. 522 ff.; Moll, daselbst LIV S. 348; Paris, Entschädigungsberechtigung S. 10; v. Bitter, Handwörterb. d. Pr. Verw. II S. 924; Biermann, Öff. Sachen S. 24 ff. u. 39 ff.; Hawelka, Österr. Friedhofsrecht S. 45 ff.; R.G. 16. Juni 1899 (Preuß. Verw.Bl. XXI S. 197). Bezeichnend für die Art, wie das meistens gemeint ist, Germershausen, Wegerecht I S. 84: „Durch die Widmung eines Weges für den öffent-

Daß das öffentlichrechtlicher Art ist, kann man nicht bestreiten. Das B.G.B. steht deshalb einer solchen Last gewiß nicht im Wege. Allein es liegt nahe und trifft auch bei den praktischen Juristen regelmäßig zu, daß das nur eine neue Ausdrucksweise für die alte Konstruktion der Fiskuslehre vorstellt: der Fiskus ist Eigentümer und seine Last und Beschränkung besteht zugunsten des Staates, seine Gebundenheit diesem gegenüber. Auch diese Auffassung also wäre für uns mit der ganzen Fiskuslehre abgetan (oben n. 2) und wir würden gar nichts mehr darüber zu sagen haben, wenn nicht bei den neueren Theoretikern der Versuch gemacht worden wäre, sie aus diesem verderblichen Zusammenhange zu lösen.

Nach dieser Lehre bliebe der Fiskus Eigentümer; aber was ihn so beschränkt und belastet, das ist nicht ein fälschlich angenommener Doppelgänger, Staat genannt, so daß wir die alten zweierlei Rechtssubjekte bekämen. Sondern was belastet, ist nur ein öffentlichrechtlicher Rechtssatz, und der tut es zugunsten von niemandem: es handelt sich um eine selbständige „Zweckbestimmung", eine „objektive Gebundenheit", ein „subjektloses Recht". So wird hier allerdings jene große Klippe vermieden. Allein dafür ist diese ganze Gestaltung geradezu ein abschreckendes Beispiel von blutleerer Stubenweisheit. Objektive Gebundenheit und subjektlose Rechte gibt's nicht. Man kann davon vielleicht im Banne des Privatrechts stehend manchmal den Eindruck bekommen, weil der Staat, der seine eignen Zwecke dazwischen doch geltend macht, dort dem ganzen Schema nach nicht als beteiligt, nicht als Rechtssubjekt empfunden wird. Hier aber sollen wir doch auf dem Boden des öffentlichen Rechts stehen; da ist diese Verfolgung des öffentlichen Zweckes eigne Lebenstätigkeit des Staates, und wenn er bei Behandlung seiner Sache an die Verfolgung dieses Zweckes sich bindet, so ist es nichts anderes als einfach öffentliche Verwaltung. In der öffentlichen Last und Gebundenheit steckt also ein lebendiges Rechtssubjekt, das der einseitige Zivilist nur nicht sehen möchte. Ist dieses Rechtssubjekt zugleich der Eigentümer, so kann man diese seine zwei Lebensäußerungen wieder nur auseinanderhalten mit Hilfe der alten Fiskuslehre, der man gerade entgehen möchte.

---

lichen Verkehr tritt eine öffentlichrechtliche Beschränkung des Privateigentums ein." Hier ist zunächst an den Fall gedacht, wo die widmende „Polizeibehörde" einem „Privateigentümer" gegenübersteht. Das Bild verallgemeinert sich aber ganz von selbst durch den vertrauten Gedanken, daß dieser Privateigentümer auch der Fiskus sein kann. Das ist dann einfach wieder die bekannte Melodie.

Diese ganze Auffassung befindet sich eben doch schon auf der schiefen Ebene, die hinuntergleiten läßt zu der unwillkommenen, aber schließlich allein rettenden Lehre vom öffentlichen Eigentum[26].

[26] Ohne den gesonderten Fiskus ist auch hier nirgends ein Halt zu finden. Biermann, Die öffentlichen Sachen S. 24 ff., gibt eine sorgfältige numerierte Aufzählung der Eigentumsbeschränkungen, welche bei der öffentlichen Sache durch ihre „Zweckbestimmung" herbeigeführt werden; sie sollen natürlich im wesentlichen wieder auf dem beliebten „Gewohnheitsrecht" beruhen; auf ein berechtigtes Subjekt kommt es nicht an. Eine dieser „Beschränkungen" lautet: „Der Eigentümer hat dauernd diejenigen positiven Maßnahmen zu treffen, welche erforderlich sind, damit die Sache ihrer Zweckbestimmung genügen kann, z. B. Ausbesserungen vornehmen." Daß der Staat seine Straße, seinen Meeresstrand, seine Festung in gutem Stand hält, ist eine Pflicht ähnlich der, welche der Bauer an seinem Krautacker erfüllt. Wenn er nicht mehr will, schließt er seine Straße, läßt sein Festungswerk zerfallen. Niemanden geht das etwas an, auch das angebliche Gewohnheitsrecht nicht, das ihm solche Beschränkung auferlegen soll.

Bekker, System d. Pand.R. § 78 S. 335 ff., behandelt auch diese Frage mit der ihn auszeichnenden Aufrichtigkeit. Dem „publizistischen Eigentum" traut er nicht (wir werden auf den Grund noch zurückkommen, vgl. unten § 36 Note 43). Also, meint er, bleibt nur die Theorie einer „Beschränkung des Eigentums, die den Staat und andere öffentliche Korporationen bindet". Damit steht es allerdings bedenklich: „Beschränkungen von Rechten sind uns geläufig; dann pflegt aber das beschränkende Etwas auch wieder ein Recht zu sein; hier aber ist dies Etwas kein Recht, es ermangelt eines berechtigten Subjekts." Also „rein objektive Gebundenheit"? „Diese Theorie ist unfertig." „Nur um betretene Pfade nicht ohne genügenden Grund zu verlassen, akzeptieren wir sie" (S. 337) — nur weil wir das öffentliche Eigentum nicht kennen, wäre besser gesagt. Wie Bekker auch R.G. 16. Juni 1899 (Pr. Verw.Bl. XXI S. 167): „Ein dieser Beschränkung gegenüberstehendes berechtigtes Subjekt ist nicht vorhanden"; daher soll man nicht von „servitutarischer Berechtigung" sprechen. Das fehlte allerdings noch! Gierke, wie oben Note 7 erwähnt, schien in Genossensch.R. III S. 54 unserer Auffassung von der öffentlichen Sache sehr nahe zu stehen; wenn er dort von den res publicae sagt: „Was immer an Vermögensrechten dem populus zustand, war hiermit schon aus dem jus privatum in das jus publicum entrückt; es war „publicum" nicht bloß im Sinne der subjektiven Berechtigung des populus, sondern zugleich im Sinne objektiver publizistischer Qualifikation" — so ist das im wesentlichen auch unsere Begriffsbestimmung. Die res publicae in publico usu bilden eine besondere Unterabteilung lediglich durch „eine auf der öffentlichen Rechtsordnung beruhende ungleichartige Zweckbestimmtheit dieser Bestandteile des Volkseigentums" (S. 55). Auch das könnte stimmen! In D. Pr.R. II S. 22 ff. verdichtet sich nun aber diese Zweckbestimmtheit für den Gemeingebrauch zu einer „objektiven Zweckgebundenheit", einer „der Sache auferlegten öffentlichrechtlichen Last", die das Eigentum schmälert. Diese Last bekommt teilweise eine greifbare Gestalt, sofern „subjektive Rechte auf Teilnahme am Gemeingebrauch" für die Einzelnen entstehen (S. 24; über diese vermeintlichen Rechte vgl. hier unten § 37, I n. 1). Allein der Gemeingebrauch erschöpft sich nicht in solchen subjektiven Rechten; es gibt auch öffentliche Sachen ohne allen Gemeingebrauch; die Festungswerke beispielsweise sind „offenbar keine Sachen im

IV. Die öffentliche Sache setzt das Zusammentreffen von zweierlei voraus: Zugehörigkeit der Sache an eine Trägerschaft öffentlicher Verwaltung und ein unmittelbar Dienstbarwerden für den bestimmten öffentlichen Zweck.

Das erstere Erfordernis kann in verschiedener Weise geleistet werden nach der Art der Trägerschaft sowohl wie nach der Art der rechtlichen Zugehörigkeit an sie.

1. Die öffentliche Sache bedeutet eine Erscheinungsform öffentlicher Verwaltung ähnlich wie das öffentliche Unternehmen bei der Enteignung (oben § 33 Eing. und II). Was dort Unternehmer sein kann, erscheint demgemäß hier in der Gestalt eines Herrn der öffentlichen Sache.

— In erster Linie kommt hier wieder der Ausgang aller öffentlichen Verwaltung in Betracht, der Staat selbst. Entsprechend seiner unbeschränkten Zuständigkeit in öffentlicher Verwaltung finden sich bei ihm auch alle Arten von öffentlichen Sachen. Das Reich hat öffentliche Verwaltung, soweit ihm solche verfassungsmäßig zugewiesen ist; soweit besteht dann auch bei ihm die Möglichkeit öffentlicher Sachen. Hauptbeispiele: Festungen, Militärfriedhöfe, Eisenbahnen, Kanäle. Die Auseinandersetzung mit der Staatsverwaltung bleibt richtiger der Staatsrechtslehre überlassen. Wir wollen hier das Reich unter dem Staat mit begreifen.

— An seiner Stelle sind aber Träger öffentlicher Verwaltung vor allem auch die Selbstverwaltungskörper, die Gemeinden. Folglich können wir erwarten, daß auch ein öffentliches Eigentum der Provinzen, Kreise, Ortsgemeinden uns entgegentritt. In welchem

---

Gemeingebrauch", werden aber „herkömmlich dazu gerechnet" (S. 23 Note 11). Gierke stimmt Bekker zu, daß es hier an einem Subjekte für das beschränkende Recht fehle: „Nur darf man deshalb nicht von einer dinglichen Belastung ohne entsprechende dingliche Berechtigung reden. Vielmehr handelt es sich, soweit die Bestimmung für den Gemeingebrauch unabhängig vom Dasein subjektiver Rechte wirkt, lediglich um eine das Objekt betreffende öffentlichrechtliche Einschränkung des Privatrechtsgebietes." Hier erscheint also das eigentliche Wesen der „objektiven Zweckgebundenheit", die im Gemeingebrauch steckt und auch ohne ihn die öffentliche Sache macht. Von einer „dinglichen Belastung" ist dabei allerdings nicht die Rede, überhaupt nicht von einer Beschränkung des Privateigentums, sondern, was gemeint ist, bedeutet eine Einschränkung des Privatrechtsgebietes zugunsten des öffentlichen Rechts, dem das Objekt unterliegt. So scheint Gierke hier doch wieder zurückzukehren zu seinem „aus dem jus privatum in das jus publicum entrückten Vermögensrecht des Staates". Das ist die schiefe Ebene, von der wir oben sprachen!

Umfange solches sich verwirklicht, das hängt ab von dem Umfange des Selbstverwaltungsrechts: nur für Zwecke, die innerhalb der Grenzen dieses Rechts liegen, nur für die verfassungsmäßig bestimmten Provinz-, Kreis-, Gemeindeangelegenheiten ist hier die Fähigkeit gegeben, öffentliche Verwaltung zu führen, und damit die Möglichkeit öffentlichen Eigentums. So finden wir öffentliche Sachen der Gemeinden in Gestalt von Straßen, Plätzen, Brücken, aber nicht in Gestalt von Festungswerken[27].

Es gibt neben den Selbstverwaltungskörpern noch andere juristische Personen des öffentlichen Rechts: rechtsfähige öffentliche Stiftungen und öffentliche Genossenschaften. Bei diesen finden sich überhaupt keine öffentlichen Sachen: die ihnen verfassungsmäßig zustehende Verwaltung erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten, welche in dieser Form zu verfolgen wären.

Dazwischen ragt aber die öffentliche Religionsgesellschaft, die Kirche, hervor mit der eigentümlich bevorrechteten Stellung, welche unser Staat ihr zuweist und vermöge deren auch ihre Angelegenheiten als öffentlich und folglich ihre Tätigkeiten wie öffentliche Verwaltung angesehen sind[28]. Innerhalb dieses Bereiches liefern denn auch die ihr angehörigen juristischen Personen in Gestalt von Kirchengebäuden und Friedhöfen öffentliche Sachen ganz besonderer Art.

Alle diese untergeordneten Subjekte öffentlicher Verwaltung, Verwaltungsträger, wie wir sie nennen mögen, haben gemeinsam, daß sie mit ihrer Verwaltung unter einer gewissen Einflußnahme des Staates stehen. Sie faßt sich in dem Begriff des Aufsichtsrechts zusammen (unten § 61). Selbstverständlich begreift sie auch ihr öffentliches Eigentum und äußert sich dann in Gebundenheiten, welche ihnen der Staat bezüglich dieses Stückes ihrer Verwaltung auflegt: sie müssen es in gutem Stand halten, dürfen es

---

[27] Bezeichnenderweise wollte man früher keine öffentlichen Sachen der Gemeinden anerkennen: Wappäus, Dem Rechtsverk. entz. Sachen S. 96; Kappeler, Off. Wasserlauf S. 24 u. 122. Dazu müßten diese Hoheitsrechte haben können, und das würde „einen Staat im Staate bedeuten". Auch Burkhardt in Grünh. Ztschft. XV S. 634 ff. versagt den gemeindlichen Straßen und Plätzen den Namen öffentliches Eigentum, ohne jedoch, wie er selbst sagt, einen sachlichen Gegensatz finden zu können. Die Kraft des Selbstverwaltungsrechtes ist hier eben noch verkannt.

[28] Darauf läuft ja auch ihre Bezeichnung als öffentliche Korporation, öffentliche Anstalt hinaus. Hinschius, Staat und Kirche, in Maquards. Hdb., § 20; vgl. auch Herzog, Realenzykl. f. prot. Theol., Art. Staat u. Kirche, IV; Rothenbücher, Trennung von Staat u. Kirche S. 451 ff.

nicht ohne besondere Genehmigung seinem einmal gegebenen Zwecke wieder entziehen, werden verpflichtet, den Gemeingebrauch zu gewähren und ihm sein richtiges Maß zu setzen. Das alles fließt aber nicht aus dem öffentlichen Eigentum und bildet keinen Bestandteil seines Wesens, sondern fließt aus jenem staatlichen Aufsichtsrecht über die untergeordnete juristische Person des öffentlichen Rechts: es äußert sich ähnlich auch gegenüber Zweigen ihrer Verwaltung, bei denen keine öffentlichen Sachen in Frage sind, und äußert sich überhaupt nicht an öffentlichen Sachen, die keiner so untergeordneten juristischen Person zugehören[29].

— Den dritten Fall bildet dann wie bei der Enteignung der Fall des beliehenen Unternehmers, des Konzessionärs. Einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, in deren allgemeiner Zuständigkeit es nicht liegt, öffentliche Sachen dieser Art zu haben, ebenso aber auch einer juristischen Person des bürgerlichen Rechts, einer Gesellschaft oder einem einzelnen Privatmann kann durch das Rechtsgeschäft der Verleihung die Fähigkeit begründet werden, ein bestimmtes öffentliches Unternehmen auszuführen und zu verwalten (vgl. unten § 49). Sofern dieses Unternehmen seiner Natur nach durch eine öffentliche Sache zu verwirklichen ist, wird der Unternehmer zugleich befähigt, Herr einer solchen Sache zu sein. Aktiengesellschaften für Eisenbahnen, Kunststraßen, Schiffahrtskanäle geben die Beispiele[30].

[29] Wo man das nicht klar auseinander hält, da mag man leicht das Bild eines öffentlichrechtlich beschränkten Eigentums gewinnen, das dann auch noch unzulässigerweise verallgemeinert wird, und auf einmal steckt man in jener Lehre, die das Wesen der öffentlichen Sache als eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung erklärt. — Eine Überspannung des staatlichen Aufsichtsrechts ist es, wenn das Sächsische Ministerium in dem Falle Sächs. O.V.G. 9. Febr. 1910 (Jahrb. XV S. 175) geradezu die „Herrschaft über den öffentlichen Weg" auch der Gemeinde für die Staatsbehörden in Anspruch nimmt (a. a. O. S. 178).

[30] Über dieses Verhältnis Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten S. 40. In Frankreich pflegt der Konzessionär verpflichtet zu sein, den Schienenweg sofort dem das Unternehmen verleihenden Staate zu Eigentum zu übertragen; dieser ist dann schon während der ganzen Konzessionsdauer domaine public de l'Etat: Block, Dictionnaire v° chemins de fer n. 132 ff. — Für unsere ältere Auffassung, die noch von der Fiskuslehre beherrscht war, fügte sich dieser Fall sehr leicht in das Schema ein: der beliehene Unternehmer vertritt an der Sache den Fiskus, der Staat behält sich die Polizei darüber vor und behält den „Polizeibesitz". Das Eigentum des Unternehmers bleibt privatrechtlich. So sind ja in Preußen ursprünglich die Chausseen vielfach durch Privatunternehmer, insbesondere durch Aktienvereine, hergestellt worden „gegen Bewilligung von Prämien aus Staatsfonds beziehungsweise der Erhebung von Chausseegeld und gegen Verleihung fiskalischer Vorrechte" (Germershausen, Pr. Wegerecht I

Durch die Verleihung werden dem Unternehmer gewisse Pflichten auferlegt dem Verleihenden, also regelmäßig dem Staate gegenüber. Diese Pflichten beziehen sich namentlich auch auf die Art, wie er mit der bei dem Unternehmen in Frage kommenden öffentlichen Sache zu verfahren hat: Herstellung, Instandhaltung, Nutzungsgewährung werden ihm vorgeschrieben. Auf Einhaltung dieser Pflichten achtet die staatliche Verwaltungsbehörde mit einer Aufsichtsgewalt, die hier wieder eigenartig entwickelt ist (unten § 50, I). Auch das gibt „Beschränkungen" des Herrn der öffentlichen Sache; von einer Beschränkung des Eigentums selbst zu reden, ist ein großes Mißverständnis. —

Was wir aus den verschiedenen Rechtsstellungen des Herrn der öffentlichen Sache erkennen sollen, das ist der innere Zusammenhang, in welchem diese Sache immer sich befindet mit dem öffentlichen Unternehmen und seinen besonderen Beziehungen. Für sich selbst ist das Recht der öffentlichen Sache dabei immer das gleiche.

2. Die Zugehörigkeit der öffentlichen Sache an den Träger öffentlicher Verwaltung, ordentlicherweise also an den Staat, kann mehr oder weniger tief gehen; je nachdem ist auch die Zugehörigkeit des Rechts an der Sache zum Gebiete des öffentlichen Rechts eine mehr oder weniger vollkommene[31].

S. 373). Die Polizei und die Macht, eine öffentliche Sache zu haben, war nicht verliehen. Die Aktiengesellschaft wurde Eigentümerin des Grund und Bodens nach Privatrecht. Dagegen dürfen wir schon in unserem Sinne auffassen das Gesuch der ersten deutschen Eisenbahngesellschaft um ihre Konzession, wenn darin gebeten wird: „der zu erbauenden Eisenbahn die Rechte und den Schutz der Staatsstraßen zuzusichern". Vgl. unten § 49 Note 27.

Biermann, Die öffentl. Sachen S. 15 Note, bemerkt gegen mich: „Außerdem erklärt er jedenfalls nicht, wie es möglich ist, daß ein Privater öffentliches Eigentum, z. B. an einem Wege hat." Aber einmal ist das auch so ohne weiteres gar nicht möglich, wie Biermann zu glauben scheint. Und sodann, wann es möglich ist, das erkläre ich so genau, daß es zu verstehen sein muß!

[31] Württ. V.G.H. 1. Mai 1907 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XIX S. 346) unterscheidet nach dem Gesichtspunkt der Frage gerichtlicher Zuständigkeit unsere drei Fälle:

— Behauptung des Wegeherrn, „daß die Grundfläche in seinem Eigentum stünde";

— Annahme, die Grundfläche stünde im Eigentum des Anderen, „es bestehe aber eine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit, kraft deren ein dem Gemeingebrauch dienender Weg darüber führe";

— „Eigentum dahingestellt und nur Dienstbarkeit auf alle Fälle behauptet." Der letztere Fall ist ersichtlich unklar gefaßt: auch die Dienstbarkeit ist dahingestellt und nur Besitz behauptet.

— Das Vollkommenste und zugleich das Regelmäßige ist die umfassende rechtliche Herrschaft des Staates über die Sache, also das Eigentum, welches dann hier als öffentliches Eigentum erscheint.

— Es kann aber auch sein, daß die öffentliche Sache dem Staate nur insoweit zugehört, daß er ein beschränktes Recht daran erworben hat, vermöge dessen die für den öffentlichen Zweck erforderliche Benutzung von dem Eigentümer geduldet werden muß. Das bedeutet dann ein dingliches Recht an fremder Sache, eine Dienstbarkeit, die ihm zusteht. Diese ist dann ebensogut öffentlichrechtlicher Natur, wie in jenem ersten Falle das Eigentum: ein Recht an der Sache, vermöge dessen öffentliche Verwaltung durch sie unmittelbar geführt wird[32]. Das Gesamtbild bietet gegenüber dem ersten Falle nur die bedeutsame Abweichung, daß hier das Recht des Eigentümers an der belasteten Sache übrigbleibt, welches seinerseits mit öffentlicher Verwaltung nichts zu tun hat, sondern ganz und gar dem bürgerlichen Rechte angehört, veräußerlich, verpfändbar, ersitzbar, belastbar nach dessen Regeln, selbstverständlich alles unbeschadet der öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit. Die öffentliche Sache auf so beschränkter Grundlage kommt verhältnismäßig selten vor. Öffentliche Wege

---

[32] Luthardt in Bl. f. adm. Prax. 1870 stellt auf: „Eine öffentliche Wegeservitut ist eine privatrechtliche Servitut für einen öffentlichen Weg.“ Richtiger wäre zu sagen: eine Servitut, die als privatrechtliche begründet sein kann; sobald sie dem öffentlichen Wege dient, eine „öffentliche Wegeservitut“ geworden ist, hat sie eben aufgehört, eine privatrechtliche zu sein. — Goez, Verw.R.Pfl. in Württ. S. 399: „Ein öffentlicher Weg kann auch in der Form einer öffentlichen Wegeservitut vorkommen; die Begründung setzt einen ausreichenden Titel des öffentlichen Rechts, Vertrag oder Herkommen voraus; Ersitzung genügt nicht.“ Auch gegen diese öffentlichrechtlichen Titel wäre Widerspruch zu erheben. Die öffentlichrechtliche Wegeservitut bedarf eines öffentlichrechtlichen Titels so wenig wie das dem Wege dienende öffentliche Eigentum. Beide können durch Enteignung oder durch Vertrag ihre rechtliche Grundlage erhalten; öffentlichrechtliche Natur gewinnt das so begründete Recht in beiden Fällen erst durch die Art seiner Verwertung. Insofern ist nicht ganz unrichtig die etwas seltsam klingende Begriffsbestimmung Luthardts in Bl. f. adm. Prax. 1870 S. 372: „Eine öffentliche Wegeservitut ist eine privatrechtliche Servitut für einen öffentlichen Weg.“ Ebenso können wir gelten lassen die Ausführungen in O.Tr. Stuttgart 21. Febr. 1872 (Seuff. Arch. XXVIII S. 297): das Wegedienstbarkeitsrecht sei öffentlichrechtliche Dienstbarkeit zu nennen zur Kennzeichnung des benutzenden Subjekts oder der Zweckbestimmung oder der durch beide gegebenen Art der Benutzung durch das Publikum; in Beziehung auf den Rechtstitel gegenüber dem Eigentümer sei sie privatrechtlich.

kraft Wegegerechtigkeit der Gemeinde, des Staates, auch öffentliche Abwässerleitungen der Städte liefern Beispiele[33].

Wenn man aus der Tatsache, daß hier über das belastete Eigentum nach den Regeln des bürgerlichen Rechts verfügt werden kann, einen Beweis entnehmen will, daß die öffentliche Sache überhaupt dem bürgerlichen Rechte unterstehe, so zeugt das von großer Kurzsichtigkeit. Noch verfehlter ist es, aus diesem besonders gearteten Fall den Schluß zu ziehen, daß das Wesen des öffentlichen Eigentums überhaupt in einer öffentlichrechtlichen Belastung des

---

[33] Bayr. Ob.G.H. 9. Nov. 1868 (Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 391): öffentlichrechtliche Wegeservitut über den Hof eines Privatgrundstücks. Württ. V.G.H. 5. Mai 1880 (Württ. Arch. f. R. XXII S. 221): öffentliche Dohle unter einem Privathaus, welche der Stadt vermöge einer „öffentlichrechtlichen Servitut" gehört. Sächs. O.V.G. 1. Dez. 1906 (Jahrb. X S. 132): Nach Bauvorschrift sollen die Hausbesitzer „Laubengänge" für den öffentlichen Verkehr einrichten, als Dienstbarkeit zugunsten der Stadt; das kann nur im Wege der Enteignung erzwungen werden, gibt aber dann eine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit. R.G. 10. Jan. 1883 (Entsch. VIII S. 152): Ein Hamburger Siel, welches unter einem Privathaus durchführt, bedeutet für die Stadt „ein öffentliches Recht, welches nach Art einer Dienstbarkeit das Privateigentum beschränkt". —

Zweierlei ist hier auszuscheiden:

Einmal die auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeit, welche das belastete Grundstück nicht zur öffentlichen Sache macht. Von ihr wird unten § 40 die Rede sein. Sie ist wesentlich anderer Natur.

Sodann die dem Gemeinwesen zustehende Dienstbarkeit, welche ganz dieselbe Entstehung und Gestalt hat wie die hier betrachtete, nur daß sie nicht dazu dient, das belastete Grundstück zu einer unmittelbaren Erscheinung öffentlicher Verwaltung und damit zu einer öffentlichen Sache zu machen. Sie selbst bleibt eben deshalb eine Dienstbarkeit zivilrechtlicher Natur. Die Grenzlinie wird vor allem wichtig, wenn die Dienstbarkeit doch noch einem öffentlichen Zwecke dient, nur aber nicht mit der erforderlichen Unmittelbarkeit. V.G.H. 15. Dez. 1885 (Samml. VI S. 241) spricht von einer Dienstbarkeit, welche zugunsten einer gemeindlichen Wasserleitung an Quellen in einer Nachbargemeinde bestellt wurde, um Veränderungen zu verbieten, welche den Bestand des Werkes gefährden könnten. Das Gericht scheint das für eine öffentlichrechtliche Servitut zu halten. Allein wenn man vielleicht einen Gemeindebrunnen für eine öffentliche Sache ansehen könnte (vgl. unten Note 48), so ist das von der Wasserleitung doch wohl nicht zu sagen (R.G. 23. Nov. 1880, Entsch. IV S. 132; anders Sächs. O.V.G. 5. Nov. 1907, Jahrb. V S. 78), und von dem belasteten Quellgrundstück, das erst dieser wieder dient, erst recht nicht: die Unmittelbarkeit der Darstellung des öffentlichen Zweckes fehlt. R.G. 6. Okt. 1885 (Entsch. XIV S. 214) handelt von einer vertragsmäßig bestellten Servitut der Stadt an einem sogenannten Schloßberg, vermöge deren die Ruinen und Anlagen nebst Zugängen dem gesamten Publikum offen stehen sollen. Auch dieser Schloßberg mit Zubehör ist keine öffentliche Sache, so wenig wie sonstige städtische Ziergärten und Parks, die dem Publikum offen stehen. Die Servitut ist also privatrechtlicher Natur.

Privateigentums bestehe: hier trifft ja eine solche Belastung zu, aber ein Fall des öffentlichen Eigentums ist das eben deshalb nicht; die öffentliche Sache ist was sie ist auf andere Art.

— Endlich kann die Zugehörigkeit der öffentlichen Sache an den Staat oder sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung auch zum Ausdruck kommen in dessen bloßem Besitz. Solcher Besitz gehört immer zur öffentlichen Sache; ihr Wesen besteht ja darin, daß sie tatsächlich dem öffentlichen Zwecke dient und ihn erfüllt, daß öffentliche Verwaltung durch sie geführt wird; und das bedeutet eben den Besitz des Subjektes dieser Verwaltung. Als eine Erscheinung öffentlicher Verwaltung schützt sich dieser Besitz gegen Störung und stellt sich wieder her gegen Entziehung in den Formen, in welchen eben die öffentliche Verwaltung sich verteidigt (vgl. unten § 36, II n. 3). Eigentum oder Dienstbarkeit sind Zutaten zu besserem Schutz und rechtlicher Gewähr der Dauer dieses Zustandes. Zur Not steht aber der Besitz hier auch einstweilen auf sich allein, um die öffentliche Sache wenigstens vorläufig zu halten und sicherzustellen. In erster Linie also erspart er der Verwaltung den Nachweis ihres Rechtstitels auf das tatsächlich als öffentliche Sache in Dienst gestellte Grundstück; so lange ein anderer sein Eigentum nicht erwiesen hat, hat es dabei zu verbleiben. Aber auch gegenüber dem erwiesenen Eigentum hält sich dieser Besitz durch eigne Kraft wenigstens vorläufig. Der Fall sollte ja eigentlich vermieden werden. Allein die Verhältnisse bringen derartiges oft genug mit sich: Hinfälligwerden des ursprünglichen Rechtstitels, Ablauf der Zeit, für welche der Eigentümer die Sache freiwillig eingeräumt hatte, vor allem auch irrtümliche Besitzergreifungen durch übereifrige Techniker sind gar nicht so selten. Hier gibt dann diese selbständige Kraft des Besitzes der öffentlichen Sache der Verwaltung die Möglichkeit, den Rechtspunkt in aller Ruhe und ohne Störung des Gemeinwohls auf irgendeinem Wege in Ordnung zu bringen, durch Enteignung, freihändigen Erwerb oder Änderung der Straße, des Festungswerkes, wobei das fremde Stück frei wird. In Ordnung bringen soll sie das; aber sie soll es vereinbaren mit der hier zu wahrenden Rücksicht auf das öffentliche Wohl. Das ist ihr pflichtgemäßes Ermessen, und daß die Festhaltung des Besitzes ganz davon abhängt, das gibt diesem eine Bedeutung, die dem bürgerlichrechtlichen Besitzesrecht fremd ist[34].

[34] Unten S. 130. Diese eigentümliche Kraft des Besitzes der öffentlichen Sache wird ihr richtiges Verständnis gewinnen im Zusammenhang der Lehre von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung (unten § 41, II n. 4). Sie begegnet sich

Hier mag man wieder davon sprechen, daß die öffentliche Sache eine Belastung des Eigentums aus öffentlichrechtlichen Gründen bedeute, mag auch darauf hinweisen, daß das Eigentum an dieser öffentlichen Sache rechtsgeschäftlicher Verfügung zugänglich bleibt. Aber daraus Schlüsse ziehen zu wollen gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum, wäre wieder nur ein Beweis von Mangel an Überblick.

V. Die Zugehörigkeit der Sache an einen Träger öffentlicher Verwaltung genügt nicht. Sie muß auch von ihm vermöge dieser Zugehörigkeit im Dienste eines bestimmten öffentlichen Zweckes gehalten werden, den sie unmittelbar zu erfüllen geeignet ist.

Man hat die äußeren Güter des Staates einer Grundeinteilung unterworfen: Wenn sie für ihn mit ihrem Vermögenswert und mit ihrer Fähigkeit, Vermögenswerte privatwirtschaftlich zu erzeugen, in Betracht kommen, dann zählen sie zu seinem Finanzvermögen. Wenn sie dagegen mit ihrer Körperlichkeit in der öffentlichen Verwaltung für deren Zwecke verwendet werden sollen, dann nennt man sie Verwaltungsvermögen[85]. Unsere öffentlichen Sachen bilden in diesem letzteren einen engeren Kreis. Um sie genauer abzugrenzen, müßte man das Merkmal angeben können, an welchem jene besondere Unmittelbarkeit der Erfüllung des öffentlichen Zweckes erkennbar wird, die sie auszeichnen soll. Damit würden wir aber nur auf das Gebiet der Tatfragen, der Meinungssachen geraten, auf welchem ein allgemeingültiger sicherer Standpunkt nicht leicht zu gewinnen ist, wenn wir nicht sofort die Fragestellung zuspitzten auf den rechtlichen Erfolg, der hier

dort mit einer großen Zahl verwandter Erscheinungen, welchen überall der gleiche Grundgedanke gemeinsam ist: das Privateigentum ist in gewissem Maße seiner allgemeinen Natur nach widerstandslos und nachgiebig gegenüber den aus der öffentlichen Verwaltung sich ergebenden Einwirkungen. Unser Besitzrecht der öffentlichen Sache erhält auch noch eine besondere Ergänzung durch das Rechtsinstitut der Inanspruchnahme eines Weges für den öffentlichen Verkehr (Pr. Zust.Ges. v. 1. Aug. 1883 § 56 Ziff. 1). Darüber hier unten § 36, II n. 3.

[85] Laband, St.R. IV S. 392 Note 5: „Die Richtigkeit und staatsrechtliche Bedeutung dieser Unterscheidung ist allgemein anerkannt." Es ist leicht zu sehen, daß sie von Haus aus den Staatswissenschaftlern angehört; das schließt nicht aus, daß das öffentliche Recht seine Bestimmungen daran hängt; für uns hier ist sie wertlos. Regelsberger, Pand. I S. 416 ff., unterscheidet Finanzvermögen als Gruppe A und Verwaltungsvermögen als Gruppe B, fügt aber mit Recht als Gruppe C die öffentlichen Sachen hinzu. Daß diese Gruppe bei Laband fehlt, entschuldigt er S. 416 Note 6 damit, daß Laband „keinen Anlaß hatte, diese Gruppe in Betracht zu ziehen".

herauskommen soll: die Sache soll ja um jener Unmittelbarkeit willen mit einer besonderen Rechtsordnung umgeben werden, die im Gegensatz zu der Rücksichtslosigkeit des bürgerlichen Rechts überall darauf berechnet ist, ihr rechtliches Schicksal dem wohlerwogenen Bedürfnis des bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung angepaßt zu halten[86]. Rechtsansprüche und Rechtsbeschränkungen, welche in Widerspruch damit nach den Regeln des gemeinen Zivilrechts sich begründen würden, könnte man ja im Wege des Vertrags oder nach den Grundsätzen der Enteignung wieder beseitigen. Es muß sich also um Sachen handeln, für die das nicht genügt, in denen der Zweck der öffentlichen Verwaltung so empfindlich ist, daß er auch die Hemmnisse, die das durchzuführende Verfahren und vor allem die Rücksicht auf die zu zahlende Entschädigung bereitet, nicht verträgt. Diese besondere Empfindlichkeit allein also kann den Maßstab liefern, nach welchem der Kreis der öffentlichen Sachen sich abgrenzt.

Betrachten wir im Lichte dieser praktischen Vernunft der öffentlichen Sache unser geltendes Recht, so soll es nicht schwer sein, die entsprechende Abgrenzung darin wiederzufinden. Nicht klar erfaßt und ausgesprochen — dafür ist die theoretische Bildung nicht genug entwickelt —, aber das Ergebnis stimmt.

Unsere Gesetzgebung hat zu der Frage regelmäßig Stellung genommen bei Ordnung des bürgerlichen Rechts, wie das der älteren Auffassung von der öffentlichen Sache entsprach. Die großen bürgerlichen Gesetzbücher der Neuzeit versuchen sich gern in einer den Lehrbüchern entnommenen Aufzählung der öffentlichen Sachen. Der Hauptzweck ist dabei, das Eigentum des Staates außer Zweifel zu stellen und dabei doch hervorzuheben, daß es kein gewöhnliches Eigentum sei. Die Aufzählung enthält stets die wichtigsten Sachen, die nach dem soeben betonten Merkmal hierher gehören[87]. Dazwischen wohl auch anderes, und es ist bemerkenswert, wie diese fremdartigen, d. h. unserem Merkmal nicht entsprechenden Zutaten im wirklichen Recht unbedenklich, auch dem

---

[86] Wegen dieses Zieles der besonderen Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums vgl. oben S. 75.

[87] A. L.R. II, 14 § 21: „Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind gemeines Eigentum des Staates." Bayr. L.R. II, 1, 5 und Gem. Ed. v. 1808 §§ 15—17; code civil art. 538 ff.; Österr. B.G.B. § 287. — Das deutsche B.G.B. handelt absichtlich nicht von öffentlichen Sachen, da es sich von öffentlichrechtlichen Dingen überhaupt fern hält. So Mot. z. 1. Entw. III S. 27.

klaren Wortlaut des Gesetzes zum Trotz abgestoßen zu werden pflegen[38].

Die Rechtsübung, die sich hier so kräftig betätigt, geht auch ihrerseits keineswegs nach festen wissenschaftlichen Erkenntnissen vor. Wenn die Entscheidung mit Zitaten von allerhand Lehrmeinungen geschmückt wird, so ist der Wert solcher Gelehrsamkeitsbekundung nicht zu überschätzen: das Gefühl für das, was sein soll, ist das eigentlich Maßgebende.

Gleichwohl kann man sagen, daß die Abgrenzung der Sachen, die tatsächlich als öffentliche anerkannt werden, keineswegs eine Frage des Ermessens ist, welches frei im Einzelfalle zu üben wäre. Es hat sich vielmehr allmählich eine feste Auffassung herausgebildet von den Dingen, die dazu gehören, eine herrschende Meinung, die natürlich abweichende Stimmen nicht ausschließt. Maßgebend für diese herrschende Auffassung sind gar verschiedenartige Einflüsse geworden: neuzeitliche Gesetzesbestimmungen, wenn auch, wie gesagt, nur mit Vorbehalt, einzelne Hinweise des altrömischen Rechts, auch Erinnerungen an die alte Allmend machen sich spürbar, wie nicht minder das kanonische Recht mit seinen res sacrae. Ausdehnungsversuche nach Rechtsähnlichkeit kommen hinzu. Das gibt alles Pendelschwingungen. Der große Regulator ist immer jener Zweckmäßigkeitsgedanke: es läuft alles darauf hinaus, daß der Sache eine Art von Unersetzlichkeit beiwohnt, vermöge deren die öffentliche Verwaltung empfindlich ist für ihr rechtliches Schicksal.

Danach ist es immerhin möglich, einen Katalog der in unserem geltenden Rechte anerkannten öffentlichen Sachen aufzustellen. Daß die Grenzen nicht überall ganz scharf umrissen sind, sondern gern mehr oder weniger fließen, ist eine notwendige Folge des geschilderten allgemeinen Rechtszustandes[39].

---

[38] Code civ. art. 539 benennt als Bestandteil des „domaine public" auch das herrenlose Gut, art. 540 die aufgelassenen Festungswerke. Das wird gleichwohl alles ganz unbedenklich als privatrechtliches Eigentum des Staates behandelt: Theorie d. franz. Verw.R. S. 227; Demolombe, cours de code Nap. IX n. 458. Umgekehrt besteht kein Zweifel, daß Festungswerke auch nach Preußischem Rechte zu den öffentlichen Sachen gehören, obwohl das A. L.R. sie nicht nennt. Darüber mit zutreffender Begründung O.Tr. 31. März 1863 (Strieth. LVII S. 92).

[39] Nur um unbewegliche Sachen handelt es sich hier wie bei der Enteignung (vgl. oben § 33 Eing.): vilis mobilium possessio. Fleiner, Inst. S. 328, nennt auch „Stühle und Bänke auf einer öffentlichen Promenade". Allein diese Promenade selbst ist wohl richtiger nicht als öffentliche Sache anzusehen (vgl. unten § 38), und was da herumsteht, erst recht nicht. — Auch das Kriegsschiff (a. a. O. S. 337

Wir werden folgende Gruppen zu unterscheiden haben.

1. Den festen Kern aller öffentlichen Sachen bilden von jeher die öffentlichen Wege, abgegrenzte Grundstücke und Grundstücksbestandteile, die dazu bestimmt sind, daß der öffentliche Verkehr sich auf ihnen bewege. Dahin gehören nicht bloß die eigentlichen Wege verschiedener Rangstufe, vom Fußpfad bis zur Kunststraße, sondern auch ihre Erweiterungen, die öffentlichen Verkehrsplätze, ihre Verlängerungen zur Überwindung unterbrechender Hindernisse, die öffentlichen Brücken. Als öffentlicher Weg ist auch von Anfang an behandelt worden die öffentliche Eisenbahn, der Schienenweg, umfassend die dem öffentlichen Verkehr dienenden Fahrgeleise nebst dem dazu gehörigen Unterbau, dem Planum und was dieses trägt[40]. Endlich kommen hinzu die Wasserstraßen: schiff- oder flößbare Flüsse, Ströme oder öffentliche Flüsse genannt[41], und Schiffahrts-

---

Note 3) ist keine öffentliche Sache. Seine Unpfändbarkeit, die R.G. 5. Jan. 1910 (Entsch. LXXII S. 347) mit Recht hervorhebt, erklärt sich aus den oben Bd. I S. 400 dargestellten Grundsätzen.

[40] Hierüber Arch. f. öff. R. XVI S. 76 ff. R.G. 4. Okt. 1881 (Entsch. V S. 333); O.V.G. 18. Okt. 1904 (Entsch. XLVII S. 76); 2. Febr. 1906 (Entsch. XLVIII S. 79).

[41] Die Ströme haben unter den öffentlichen Sachen ihr eigenes Schicksal gehabt. Länger als bei den übrigen hielt sich bei ihnen die Auffassung, daß sie als freie Naturgabe niemanden rechtlich zugehörten, res nullius seien (darüber Gierke, D. Pr.R. II S. 29 und Note 40; vgl. oben Note 15). Die Wasserwelle wenigstens widerstrebt ja auch der einfachen Anwendung der Regeln des Eigentums. Als in den neuen Wassergesetzen Stellung genommen werden mußte zu der Frage, hielt man es immer noch für notwendig, vor allem zu betonen, daß auch hier Eigentum sein solle. Da aber unsere Gesetzgeber darin übereinstimmen, daß sie nicht wissen, was öffentliches Eigentum ist, so haben sie tatsächlich bei der Erklärung, die Ströme stünden „im Eigentum des Staates", sich nichts anderes vorgestellt als privatrechtliches Eigentum. Das bindet uns nicht. Es kommt darauf an, wie dieses Eigentum nun in der Wirklichkeit durchgeführt und rechtlich behandelt wird. Je nachdem ist es am Ende doch öffentlichrechtlich gedacht. Vgl. oben Bd. I S. 119 Note 6. Das Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 5 Abs. 3 spricht das Bett der Elbe scheinbar nicht anders dem Staate zu Eigentum zu wie das der Freiberger und Zwickauer Mulde. Bei den Verhandlungen wurde aber doch sehr wohl anerkannt, daß es mit der Elbe seine besondere Bewandtnis habe. Der Bericht der Zwischendeputation der I. Kammer S. 12 sagt von ihr: Bei der Straße läßt sich „der Gegenstand ebensowohl als Objekt des Individualeigentums denken wie als öffentliche Sache. Dagegen ist ein großer Strom, ein schiffbares Gewässer durch seine Natur der Individualherrschaft entrückt". Das ist die Idee des öffentlichen Eigentums. — Im Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 hat man sehr rationalistisch mit allem Hergebrachten aufgeräumt und an die Stelle des Begriffs „öffentlicher Fluß" den nichtssagenden „Wasserlauf erster Ordnung" gesetzt — entsprechend dem auch sonst so beliebten papierenen Stil unserer Gesetz-

kanäle, sowie, entsprechend den Verkehrsplätzen, die See- und Binnenhäfen und die dem öffentlichen Verkehre dienenden Seen[42].

An diesen Wegen offenbart sich am einleuchtendsten die Eigenart der öffentlichen Sache, empfindlich zu sein gegen jede rechtliche Bestimmtheit, die nicht planmäßig eingeordnet ist in den hier zu erfüllenden Zweck: das muß alles glatt durchgehen können in seiner geraden Linie.

Zugleich erscheint hier vor allem jene Rechtseinrichtung, die man von jeher gern als ein Kennzeichen der öffentlichen Sache hervorhob: der Gemeingebrauch (vgl. unten § 37). Er ist in der Tat die unzweideutigste Bekundung, daß die Sache ihrer Beschaffenheit nach geeignet ist, eine öffentliche Sache in dem festgestellten Begriffe zu sein. Der Eigentümer, der durch sie die öffentliche Verwaltung führt, zu der er berufen ist, hat nichts zu tun und nichts zu leisten, als sie dem Gemeingebrauch dienstbar zu halten, dann verwaltet die Sache für ihn: das Publikum greift zu

---

gebung. Was dazu gehört, sind „die in dem anliegenden Verzeichnis aufgeführten Strecken natürlicher Wasserläufe" (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1), das tatsächlich die schiffbaren Flüsse umfaßt. An ihnen „steht dem Staate das Eigentum zu" (§ 7). Wiederum ist das als Privateigentum gedacht im Gegensatz zur res nullius und zu den Schwierigkeiten, welche die Wasserwelle bietet. Das öffentliche Eigentum ist nicht abgelehnt, weil man nicht im Entferntesten daran dachte, daß es so etwas dem Privateigentum Gleichwertiges gibt. Vgl. die Auseinandersetzungen bei Holtz und Kreutz, Preuß. Wasserges. I S. 45 ff. Auch diese Gesetzgebung läßt der wissenschaftlichen Auffassung freie Hand.

Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 1 und Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 sind einfach bei dem alten deutschrechtlichen Begriff des öffentlichen Flusses geblieben und haben wohl daran getan. Württ. Wasserges. v. 1. Dez. 1900 Art. 1 Abs. 1 zieht die Grenzlinie der „öffentlichen Gewässer" nach den „privaten Gewässern", römischrechtlichem Muster folgend, so, daß zu ersteren alle „ständig fließenden" gerechnet werden (Nieder, Württ. Wasserges. S. 4). Wenn einmal ein richtiger schiffbarer Fluß durch das Land führt, wird es fühlbar werden, daß unter dieser alten Formel rechtlich sehr verschieden zu beurteilende Dinge zusammengefaßt sind.

[42] Wegen der Zugehörigkeit des Bodensees an die Uferstaaten bestehen verschiedene Meinungen, das Richtige wird sein, daß er verteilt ist nach der Länge der Uferlinien (Wörterb. d. D. St. u. Verw.R. I S. 484 f.). Dieser völkerrechtlichen Abgrenzung entspricht denn auch das jedem Staate daran zukommende Stück öffentlichen Eigentums — ein hübsches Beispiel für den inneren Zusammenhang der einzelnen Zweige des öffentlichen Rechts. — Die zum Staatsgebiet gehörigen Meeresteile (Küstengewässer und Eigengewässer) würden wohl in gleicher Weise zu behandeln sein. Große Hilflosigkeit bezüglich des Seehafens bei O.V.G. 11. April 1908 (Entsch. LII S. 345).

und der öffentliche Zweck erfüllt sich dadurch unmittelbar und von selbst.

Andererseits aber beweisen schon diese öffentlichen Wege, wie haltlos die ältere Annahme ist, wonach der Gemeingebrauch das Wesen der öffentlichen Sache ausmachen sollte. Die Schienenwege stehen nicht im Gemeingebrauch[43]. Auch die Schiffahrtskanäle da nicht, wo man erst die besondere Hilfeleistung und Nutzungsgewährung der Beamten anrufen muß, um die Verkehrseinrichtung benutzen zu können: die Schleusentreppe steht nicht im Gemeingebrauch, aber öffentliche Sache ist sie gleichmäßig wie der ganze Kanal.

2. Neben der umfassenden Gruppe des Wegewesens finden sich dann öffentliche Sachen verschiedener Verwaltungszweige, die ihre Eigenschaft keiner so einheitlichen Grundidee verdanken. Sie ordnen sich in dieser Hinsicht wieder nach verschiedenen Gesichtspunkten.

Der Meeresstrand, dargestellt von dem Küstenstreifen, der den Spielraum von Ebbe und Flut bildet, empfängt seine rechtliche Besonderheit durch den Zusammenhang mit dem Meere. Dieses steht als Küstengewässer unter der Gebietshoheit, ist aber, wenn nicht als herrenlos, als öffentliches Eigentum angesehen und jedenfalls allgemeiner Benutzung offen. Der Meeresstrand vermittelt dem Lande solche Benutzung in der Form von allerlei entsprechendem Gemeingebrauch, der an ihm zu üben ist. Außerdem ist sein unversehrter und wohlgeordneter Bestand je nachdem von größter Bedeutung für den Schutz der Küste gegen die Einwirkung der Meereswogen. Der Staat ist als Eigentümer angesehen. Seine Herrschaft ist ganz auf jene Zwecke öffentlicher Verwaltung gerichtet, die von der Sache unmittelbar erfüllt und dargestellt werden; sie ist deshalb empfindlich für jede Beeinträchtigung und erhält durch das öffentliche Eigentum des Staates ihr richtiges Recht[44].

---

[43] Wappäus, Dem Rechtsverk. entz. Sachen S. 107, hat noch die Staatsbahnen für öffentliche Sachen wegen Gemeingebrauchs ansehen wollen, weil ja „die Benutzung jedem Zahlung anbietenden Reisenden gewährt werden muß". Allein die Benutzung des Schienenwegs, um den es sich doch allein handelt, wird bekanntlich niemanden so gewährt; den benutzt ausschließlich die Bahnverwaltung mit ihren Wagen, und sie läßt ihrerseits dann ihre Wagen benutzen, die doch als öffentliche Sachen überhaupt nicht in Betracht kommen.

[44] Gierke, D. Pr.R. II S. 30. Wie man sich früher die Eigenschaft des Meeresstrandes als öffentliche Sache zurechtlegte, macht anschaulich R.G. 23. Febr. 1880; oben Note 16.

Der Gedanke der besonderen Rechtsgewähr für den zweckmäßigen Bestand der Sache, um des Schutzes willen, den sie dem Gemeinwesen bereitet, kommt noch stärker und ausschließlicher zur Geltung bei den Festungswerken. Nach der früheren Bauart und der Rolle, welche die Befestigungswerke damals im Kriege spielten, mußte ihre selbständige Wirkung für den wichtigen Zweck der Landesverteidigung — die unmittelbare Verwaltung, die in ihnen erscheint, wie wir sagen — noch viel handgreiflicher hervortreten als jetzt. Immerhin ist noch genug geblieben, um jene rechtliche Sonderstellung zu rechtfertigen. Die Unersetzlichkeit jeder Stelle und die hochgradige Empfindlichkeit gegen jede rechtliche Einwirkung, die dem Zwecke nicht angemessen sein könnte, ist gewiß nicht geringer als bei den Verkehrswegen. Von Gemeingebrauch ist hier selbstverständlich keine Rede[45].

In gleichem Sinne werden auch Schutzdeiche und Überschwemmungsdämme zu den öffentlichen Sachen zu rechnen sein, wegen der Gefahrenabwehr, die jedes Stück von ihnen für das Gemeinwesen bedeutet. Auch hier gibt es keinen Gemeingebrauch, auf welchen die Sonderstellung zurückzuführen wäre[46].

Auf dem Gebiete der Ortsgemeindeverwaltung begegnen wir allerlei Vorkehrungen, bei welchen der Gesichtspunkt der Unentbehrlichkeit und der rechtlichen Unantastbarkeit der Zweckbestimmung in Betracht kommen kann. Je nachdem werden sich dann diese Dinge — auch ohne ausdrückliches Gesetz — im geltenden Recht zu öffentlichen Sachen gestalten. Das wird namentlich zutreffen bei den allgemeinen Abzugs- und Ableitungskanälen (im

---

[45] Daß der Versuch, die öffentliche Sache dem „Publikum" zuzueignen, dem der Gemeingebrauch gehört, gerade an den Baseler Festungswerken gemacht werden mußte (vgl. oben Note 13), verdient als eine Merkwürdigkeit verzeichnet zu werden. Auch Wappäus, D. Rechtsverk. entz. Sachen S. 107, will sie unter seinen Begriff der öffentlichen Sache bringen, der da hängt an der „Bestimmung zum öffentlichen allgemeinen bestimmungsmäßigen Gebrauch aller Staats- resp. Gemeindeangehörigen, dann aber auch aller Fremden" (S. 106). Namentlich der bestimmungsmäßige Gebrauch der Festungswerke durch „alle Fremden" möchte sich gut ausnehmen! — Richtig O.V.G. 28. März 1896 (Entsch. XXIX S. 232): „Öffentliche Wege sind, ganz ebenso wie Festungswerke, öffentlichen Zwecken unmittelbar bestimmte Sachen, die als solche, als sogenannte öffentliche Sachen, soweit ihre Bestimmung für öffentliche Zwecke reicht, dem gewöhnlichen Privatrechtsverkehr entzogen sind."

[46] Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt S. 44, hält auch hierfür seine einseitige Betonung des Gemeingebrauchs aufrecht.

Gegensatz zu den bloßen Hausanschlüssen)[47]. Auch öffentliche Gemeindebrunnen hat man schon hierher rechnen wollen[48]. Wir müssen uns dabei bescheiden, daß die Grenze gerade bei solchen minder wichtigen Dingen immer etwas schwankend sein wird. Das Meinen und Schätzen spielt hier seine Rolle, bis etwa ein klarbewußtes Gesetz eine auch von der Rechtswissenschaft und Rechtsübung anerkannte Ordnung schafft[49].

3. Noch ist eine ganz eigenartige Gruppe von öffentlichen Sachen zu erwähnen: das sind solche, die ihre besondere Rechtsstellung im Zusammenhang mit kirchlichen Anschauungen und kirchlichem Recht erhalten haben. Es kommen hier in Betracht die Kirchengebäude und die Friedhöfe.

Beide haben alte Anknüpfungen im römischen Recht der Heidenzeit, an den Tempel als res sacra, an die Begräbnisstätte als res religiosa. Im Mittelalter gab ihnen das kanonische Recht selbständig rechtlich bevorzugte Stellung, die durch kirchliche Weihehandlungen, consecratio und benedictio, begründet, einen Ausschluß des weltlichen Verkehrsrechts bedeutete[50]. Der neuzeitliche Staat ist darüber gekommen mit dem Anspruch auf die unbedingte Souveränität seines Rechts. Wenn diese Sachen noch irgendwie einer Sonderstellung teilhaftig sein sollen, müssen sie eingeordnet werden in entsprechende Kategorien dieser weltlichen Rechtsordnung.

Das ist bei den Kirchengebäuden in der Weise geschehen, daß angeknüpft wird an den unserem Staate geläufigen Begriff der öffentlichen Religionsgesellschaft, Kirche in seinem Sinne[51]. Nicht alle gottesdienstlichen Gebäude also kommen hier in Frage, sondern nur die, welche einer derart ausgezeichneten Religionsgesellschaft dienen. Die ganze Tätigkeit einer solchen ist

---

[47] So der Fall des Hamburger Siels in R.G. 10. Jan. 1883 (Entsch. VIII S. 152); vgl. oben Note 33.

[48] Wappäus, D. Rechtsverk. entz. Sachen S. 107; Roth, Bayr. Ziv.R. I S. 332. Bayr. Ob.Ger.H. 21. März 1863 (Bayr. Reg.Bl. 1863 S. 527): „Die Gemeindebrunnen sind gleich den Gemeindewegen im öffentlichen Interesse als unveräußerliches, dem Privatverkehr entzogenes Eigentum gesetzlich erklärt und der ausschließlichen Obhut der Verwaltungsbehörden unterstellt".

[49] Fleiner, Instit. S. 328, erwähnt unter den „öffentlichen Sachen im engeren Sinne", die im Gemeingebrauch stehen, namentlich die Gletscher. Vielleicht finden da auch die so interessanten Vulkane ihren Platz.

[50] Meurer, Heil. Sachen I S. 170 ff.

[51] Vgl. oben Note 28.

angesehen als gleichwertig der eigenen Verwaltungstätigkeit des Staates, sie gilt als öffentliche Verwaltung. Das ihr zugehörige Kirchengebäude dient dieser Verwaltung, und zwar in besonders unmittelbarer Weise: sein Besitz und Bestand selbst stellt schon Gottesdienst dar. So wenigstens nach der hier maßgebend gewordenen katholischen Anschauung. Damit erfüllt sich an ihm wieder die Idee der öffentlichen Sache. Die Rechtsfolgen davon treffen zusammen mit denen, welche die alte res sacra ergeben mußte, und das erleichtert das Durchdringen dieser Auffassung. Die besondere Heiligkeit der Sache macht sie empfindlich gegen jede Rechtseinwirkung, die nicht geordnet ist nach der besonderen Rücksichtnahme auf ihren Zweck; die Behandlung als öffentliches Eigentum des Staates, der Gemeinde oder der kirchlichen Gemeinschaft entspricht wieder dem Bedürfnis[52].

Ähnlich die Kirchhöfe. Das kirchliche Recht hatte hier die alte res religiosa durch die res benedicta ersetzt, mit ähnlicher Wirkung, wie sie die consecratio an den Kirchengebäuden hervorbrachte. Von da führt dann wieder eine ähnliche Entwicklung zu der öffentlichen Sache. Die Kirchhöfe der öffentlichen Religionsgesellschaften bilden ein Stück von deren Verwaltung, welche der neuzeitliche Staat der seinigen gleichstellt. Im weiteren Verfolg vollzieht sich dann mehr und mehr eine Verweltlichung der Kirchhöfe; sie werden öffentliche Sachen der bürgerlichen Gemeinde.

---

[52] Daß man sie als öffentliche Sachen bezeichnet und in aller Form unter diesen aufzählt, würde nicht so entscheidend sein. Allein tatsächlich behandelt man sie auch ganz nach der für solche Sachen anerkannten besonderen Rechtsordnung. Gierke, D. Pr.R. II S. 32 ff., unterwirft sie dem „Gemeingebrauch", der „objektiven Zweckgebundenheit" und den damit gesetzten „Schranken des Privatrechtsverkehrs". Die „mitgliedschaftlichen Sonderrechte" an Kirchstühlen (a. a. O. S. 33 Note 59), welche „nicht reine Privatrechte" sind, werden wir unten § 39 als verliehene besondere Nutzungen genauer kennen lernen.

Gemeingebrauch besteht allerdings an den Kirchen nicht (vgl. unten § 37); es gibt überhaupt kein öffentliches Gebäude, das einem solchen unterliegt. Es gibt auch, außer den Kirchen, kein öffentliches Gebäude, das eine öffentliche Sache im Rechtssinn vorstellte; sie dienen überall dem öffentlichen Zweck nur mittelbar; die öffentliche Anstalt oder Einrichtung, der sie zum Obdach dienen, ist das eigentlich Wirkende. Wenn bei den Kirchen diese Eigenschaft ganz ausnahmsweise doch erscheint, so hängt das offenbar zusammen mit gefühlsmäßig übernommenen Anschauungen der res sacra. Ebenso gefühlsmäßig erstreckt sich die gleiche Behandlungsweise auch auf die protestantischen Kirchen, für welche doch jene grundlegende Rechtsidee von Haus aus fehlt. Woher die besondere Empfindlichkeit der öffentlichen Verwaltung für ihre Sache kommt, dafür gibt es eben keine einheitliche Formel. Es muß uns genügen, festzustellen, wo sie besteht.

Gemeingebrauch besteht an den Kirchhöfen sowenig wie an den Kirchengebäuden. Wie das Kirchengebäude unmittelbar eine Art Gottesdienst der öffentlichen Religionsgesellschaft verkörpert, so der Kirchhof die öffentliche Fürsorge für die ungestörte Aufbewahrung der Toten. Dabei soll nicht verkannt werden, daß wie dort so auch hier Erinnerungen an das alte kirchliche Recht noch fortwirken, dazu auch nach wie vor Gefühle frommer Ehrfurcht diese Stätten umgeben, die es erleichtern, dieses Stück öffentlicher Verwaltung wieder als besonders empfindlich anzusehen und als eines besonderen Schutzes der Erhaltung bei seinem Zweck bedürftig. Die Zugehörigkeit des Kirchhofs zu den öffentlichen Sachen, wie das geltende Recht sie anerkennt, ist das Ergebnis[58].

§ 36.

Fortsetzung; die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums.

In Gemäßheit des aufgestellten Begriffs des öffentlichen Eigentums entfaltet sich nun die besondere Rechtsordnung, die es umgibt, in ihren Einzelheiten. Anfang und Ende seiner Wirksamkeit, und worin diese selbst sich äußert, ist alles danach zu bestimmen. Diese Rechtsordnung findet dann entsprechende Anwendung auf die Fälle, wo die öffentliche Sache auf Grund bloßen Besitzes besteht oder einer Dienstbarkeit. Die Abweichungen, die sich dabei ergeben, sind gelegentlich besonders hervorzuheben.

I. Die Entstehung des öffentlichen Eigentums, d. h. der Beginn des rechtlichen Zustandes, den wir so nennen, tritt ein mit dem Augenblick, in welchem seine begriffsgemäßen Voraussetzungen erfüllt sind: Eigentum und öffentliche Verwaltung durch die damit beherrschte Sache in der ausgeprägten Weise, auf die es hier ankommt, müssen zusammentreffen.

1. Der gewöhnlichste Fall, in welchem auch der ganze Vorgang in der übersichtlichsten Weise sich abspielt, ist der, daß der Staat oder der sonstige berufene Träger öffentlicher Verwaltung die öffentliche Sache neu herstellt.

---

[53] Meurer, Heil. Sachen II S. 18 ff.; Hawelka, Österr. Friedhofsrecht S. 45. — R.G. 15. April 1909 (Entsch. LXXI S. 20) will die Bestimmung von E.G. z. B.G.B. Art. 133 über „öffentliche Begräbnisstätten“ sogar auf den Friedhof eines „eingetragenen Vereins“ anwenden. Hier ginge allerdings der Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung verloren. Auch die res religiosa des römischen Rechts besitzt einen solchen nicht; sollte das hier nachwirken? Sachlich ließe sich übrigens die Entscheidung des R.G. sehr wohl auch ohne diesen etwas bedenklichen Exkurs aufrechterhalten.

Damit das seinen Anfang nehmen könne, muß der Staat die rechtliche Verfügungsmacht über die erforderlichen Grundstücke besitzen. Soweit er nicht schon mit verwendbarem Grundbesitz ausgestattet ist, *beschafft* er sich ihn durch privatrechtliches Rechtsgeschäft; das geschieht auf dem Wege des Kaufs, des Tausches oder auch unentgeltlich, wenn an der Förderung seines Unternehmens der Übertragende seinerseits sich hinlänglich beteiligt findet. Statt dessen kann der Erwerb auch öffentlichrechtlicherweise vor sich gehen auf dem Wege der Enteignung. Der Erfolg ist zunächst überall der gleiche: Eigentum, das für alle weiteren Beziehungen des neuen Eigentümers die Regeln des bürgerlichen Rechts zur Anwendung kommen läßt, *privatrechtliches Eigentum*.

Nun beginnen die *Herrichtungsarbeiten* an den erforderlichen Grundstücken, um sie geeignet zu machen, als öffentliche Sache zu dienen, den Zweck zu erfüllen, der hier erreicht werden soll. Man gibt den Grundstücken die äußere Gestalt eines Weges, eines Kanals, eines Festungswerkes. Diese Arbeiten, als auf den öffentlichen Zweck gerichtet, gehören ihrerseits schon zur öffentlichen Verwaltung und sind auch möglicherweise mit besonderen rechtlichen Vorzügen ausgestattet[1]. Der bearbeiteten Sache selbst gibt das zunächst keine veränderte Rechtslage; das Eigentum daran bleibt privatrechtlicher Natur. Auch die Fertigstellung des Werkes bewirkt nicht von selbst einen Umschlag. Das ist alles noch etwas rein Tatsächliches. Entscheidend ist und abschließend der Willensakt der Verwaltung, durch welchen die also hergerichtete Sache *in den Dienst des öffentlichen Zweckes gestellt wird*, ihre *Widmung* für diesen Zweck[2].

Diese Widmung ist kein obrigkeitlicher Akt, kein Urteil, kein Verwaltungsakt. Sie enthält keinen bindenden Ausspruch dessen, was Rechtens sein soll. Sie ist der ins Werk gesetzte Wille des Staates, der Gemeinde usw., von nun an den bestimmten öffent-

[1] Mit Rücksicht auf solche Besonderheiten, die natürlich dem öffentlichen Recht angehören, hat die französische Verwaltungsrechtswissenschaft den Begriff der travaux publics, der öffentlichen Arbeiten, ausgebildet; die Arbeiten für öffentliche Sachen bilden nur einen Fall davon; ausgeschlossen sind Arbeiten für privatwirtschaftliche Zwecke des Staates: *Block*, Dict. II S. 2569 („en tant qu'il ne s'agit pas de son domaine privé"); Theorie d. franz Verw.R. S. 276.

[2] *Germershausen*, Preuß. Wegerecht I S. 5; *Fleiner*, Instit. S. 329 *Gierke*, D. Pr.R. II S. 20 ff; R.G. 4. Febr. 1901 (Entsch. XLVIII S. 297); O.V.G. 20. Febr. 1889 (Entsch. XVIII S. 321); 6. Mai 1896 (Entsch. XXX S. 212); 30. Okt. 1905 (Fischer Ztschr. XXXI S. 355).

lichen Zweck durch diese Sache zu erfüllen — der rechtlichen Natur nach etwa zu vergleichen mit der handelsrechtlichen Geschäftseröffnung[3].

Das kann mit mehr oder weniger Feierlichkeit zum Ausdruck kommen: die festlich geschmückte Lokomotive, von weißgekleideten Jungfrauen begrüßt, das Dampfschiff des Landesherrn, das seidene Band durchschneidend, das die Einfahrt in den neuen Kanal sperrte, das kirchliche Gepränge zur Eröffnung des fertiggestellten Gotteshauses. Die Widmung der neuen Straße in der Großstadt vollzieht sich sehr nüchtern durch Beseitigung der Sperre, welche die Arbeiten des Ausbaues geschützt hatte. Beim Festungswerk merkt man umgekehrt die entscheidende Wendung an der Tatsache, daß die Wallpolizei nunmehr mit ihrer ganzen Strenge zur Geltung gebracht wird.

Der irgendwie zutage tretende Wille des Herrn der öffentlichen Sache, von nun an durch sie öffentliche Verwaltung zu führen, bewirkt den großen Umschlag: diese Widmung macht aus dem Privateigentum öffentliches, aus der privatrechtlichen Wegedienstbarkeit eine öffentlichrechtliche und gibt ebenso auch dem bloßen Besitz jene öffentlichrechtliche Natur, die wir schilderten[4].

---

[3] Mißverständnis der römischen publicatio hat hier dazu geführt, einen formell wirksamen Akt anzunehmen, der der Sache die öffentlichrechtliche Natur gibt, und dieses kraft eines der Verwaltung zustehenden jus publicandi, eines „schöpferischen Rechts". So Eisele, Rechtsverh. der res public. S. 35. Folgerichtig erklärt Eisele es nicht für nötig, daß die Sache auch schon zugerichtet und fähig sei, dem öffentlichen Zwecke zu dienen: der Beschluß genüge (a. a. O. S. 33 Note 2). Das trifft nicht zu. Richtig bezüglich der öffentlichen Kirchengebäude O.Tr. 12. Nov. 1867 (Strieth. LXIX S. 73): „Die Bestimmung zum Gottesdienste macht das Gebäude nicht zur res sacra (öffentlichen Sache); es muß auch die tatsächliche Verwendung hinzutreten." Brinz, Pand. § 128, nennt unsere Widmung mit Rücksicht auf den sich daraus ergebenden Gemeingebrauch geradezu „eine Art öffentlicher Stiftung". Auch Regelsberger, Pand. I S. 420, sieht darin „ein Rechtsgeschäft" zur „Hingabe der Sache in die allgemeine Benutzung", eine „Stiftung". Daraus haben dann verwaltungsrechtliche Schriftsteller eine „Erklärung der Öffentlichkeit" oder „Verleihung der Eigenschaft der öffentlichen Sache" gemacht. Auch Fleiner behandelt die Sache zu formell, wenn er von der Widmung sagt: die Sache werde hier „durch einen öffentlichrechtlichen Akt des zuständigen Staatsorgans zu einer öffentlichen gestempelt" (Instit. S. 328/329). Mit dem bloßen „Stempeln" ist es hier nicht getan; Fleiner selbst erläutert ja die Widmung mit mir als „Indienststellung" (S. 329).

[4] Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 5: „Es genügt auch die stillschweigende Bestimmung für den öffentlichen Verkehr." Stillschweigende Verwaltungsakte gibt es ja nicht; vgl. oben Bd. I S. 246.

Wer öffentliches Eigentum für kein Eigentum ansieht, muß die Widmung als einen Fall des Eigentumsverlustes ansehen — was allerdings sehr schief gedacht wäre.

2. Der Hergang braucht nicht immer nur in dieser Reihenfolge sich zu vollziehen.

Es gibt vor allem öffentliche Sachen, welche die Bestimmung, einem öffentlichen Zwecke zu dienen, schon vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit besitzen. Natürliche öffentliche Sachen mögen wir sie nennen: schiffbare Flüsse, Seen, Meeresstrand. Sie sind freie Naturgaben für die Volksgemeinschaft, zu deren Land sie gehören, stehen von jeher im Gemeingebrauch, unterliegen auch in steigendem Maße einer Überwachung und Fürsorge von seiten der Obrigkeit. Das ältere Recht behandelte sie dabei als res nullius, länger als andere öffentliche Sachen[5]. Die neuere Gesetzgebung oder auch statt ihrer die Wendung der allgemeinen Rechtsanschauungen hat sie allenthalben dem Staat als Eigentum zugesprochen, zunächst natürlich dem Fiskus, mit der Anerkennung der einheitlichen Staatspersönlichkeit mußte das zum öffentlichen Eigentum des Staates führen. So sind jetzt schiffbare Flüsse, Seen, Meeresstrand öffentliche Sachen, wie die anderen[6].

Aber es bleibt doch immer ein wichtiger Unterschied, daß der Staat sie nicht gemacht, sondern vorgefunden hat: sie waren durch ihre Beschaffenheit geeignet, den öffentlichen Zweck zu erfüllen, bevor er sich irgend mit ihnen beschäftigt hatte, und dienten diesem, ohne daß erst er ihnen die Bestimmung dafür gegeben hätte. Die Widmung wird hier ersetzt durch die Beibehaltung dieser von der Natur schon dargebotenen allgemeinen Benutzbarkeit. Der Erwerb des Eigentums, der sonst die Einleitung bildet, ist hier der Abschluß: der Staat erwirbt die Sache sofort als eine öffentliche. —

Unter Umständen vollziehen sich auch hier Verschiebungen am Bestand der öffentlichen Sache und dadurch Neuerwerbungen.

Das kann auf natürlichem Wege geschehen, geht freilich nicht mehr so leicht als früher, wo der Staat den Naturgewalten

---

[5] Vgl. oben § 35 Note 15; Wappäus, D. Rechtsverk. entz. Sachen S. 76 ff. Von Späteren namentlich: Regelsberger, Pand. I S. 408 u. 425; Windscheid-Kipp, Pand. I S. 724 Note 11. So auch noch R.G. 28. Nov. 1902 (Entsch. LIII S. 98): „Überwiegende Meinung ist, daß an öffentlichen Flüssen ein Eigentum des Staates im privatrechtlichen Sinne nicht existiere". Damit soll auch das öffentliche Eigentum verneint sein. Richtig Dernburg, Pand. I S. 171 Note 4.

[6] Vgl. oben § 35, V Noten 41, 42 u. 44.

freieres Spiel lassen mußte: der Strom verlegt sein Bett, die Strandlinie schiebt sich landeinwärts. In Kraft des Rechtssatzes, der diese Dinge dem Staate zuspricht, folgt sein Eigentum jeweils dem neuen Bestand, ohne Erwerbsakt, ohne Herrichtung, ohne neue Widmung; die alte Zweckbestimmung und ihre Aufrechterhaltung durch den Staat gehen einfach mit[7].

Der neuen Zeit und ihrer gehobenen Technik entsprechen mehr künstliche Veränderungen: ein Durchstich wird ausgeführt, der das Strombett verlegt, der bisherige Privatfluß wird durch Kunstbauten schiffbar gemacht. Hier beginnt das Unternehmen wieder nach Art der meisten öffentlichen Sachen damit, daß der Staat mit den betroffenen Privatrechten sich abfindet; dann werden die Herrichtungsarbeiten vorgenommen und zuletzt wird eine mehr oder weniger förmliche Indienststellung erfolgen, eine Widmung[8]. —

Ein anderer Fall von besonderer Gestaltung der Reihenfolge ist der der Begründung öffentlichen Eigentums durch Übernahme. Sie findet sich namentlich bei Straßen.

Eine öffentliche Straße kann den Herrn wechseln und öffentliche Straße bleiben: der Staat übernimmt eine Kreisstraße, die

---

[7] Daher vergleicht l. 30 § 3 D. 41, 1 den Fluß mit einem Katasterbeamten, der das Grundstück umschreibt: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum.

[8] A. L.R. II, 15 §§ 39 u. 40 schreibt für diesen Fall Entschädigung der „bisherigen Eigentümer" vor; § 41 fügt hinzu: „Übrigens gehen durch die Schiffbarmachung eines Privatflusses die Eigentumsrechte, soweit dieselben mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen können, noch nicht verloren." Das will nicht sagen, daß der „bisherige Eigentümer" nun schlechthin Eigentümer bleibt nur mit angemessenen Beschränkungen. Die Schiffbarmachung gegen Entschädigung ist eine Enteignung im Sinne von A. L.R. I, 11 § 4. Aber diese erstreckt sich nur auf den für die neue Wasserstraße in Anspruch genommenen Teil des Privatflusses, nur soweit wird er jetzt „öffentlicher Fluß" wie die von Natur schiffbaren. So O.V.G. 26. Sept. 1889 (Entsch. XVIII S. 125): „Die Einwirkung auf die rechtliche Natur des Privatflusses reicht in solchen Fällen nicht weiter als die Absicht des Staates, die von demselben ausgehende Bestimmung des Privatflusses bezüglich seiner Benutzung als Verkehrsstraße geht." R.G. 21. Okt. 1899 (Entsch. XLV S. 183) macht davon Anwendung auf einen Nebenarm der schiffbaren Saale: „Wird ein Privatfluß vom Staate erst schiffbar gemacht, dann wird er zu einem öffentlichen nur, wenn und soweit der Staat ihn dem öffentlichen Verkehr widmet." Soweit ist er aber auch „den von Natur schiffbaren Flüssen gleichzustellen": O.V.G. 11. Febr. 1904 (Entsch. XLV S. 297). Auch an der neuen Wasserstraße selbst bleiben noch Reste des früheren Privateigentums; Dernburg, Sachenrecht § 136 Note 1: „Es erhält sich z. B. das Jagdrecht auf dem Flußgebiete." Das läßt sich auch mit dem öffentlichen Eigentum wohl vereinbaren; vgl. unten Note 24.

Stadtgemeinde eine Staatsstraße. Das bietet hier keine Eigentümlichkeiten[9].

Es kann aber auch eine Privatstraße zur öffentlichen Sache werden. Ein Unternehmer hat, um seine Grundstücke verkäuflich zu machen, den städtischen Vorschriften entsprechend die im Bebauungsplan vorgesehene Straße fertiggestellt. Mit stillschweigender Duldung der Polizei läßt er bisher schon jedermann darauf verkehren, wie wenn es eine öffentliche Sache wäre; das wird sie aber erst, wenn auf seinen Antrag die Stadt nunmehr die Straße übernimmt. Hier haben dann die Herstellungsarbeiten zunächst noch gar nichts mit öffentlicher Verwaltung zu tun. Die Widmung, der entscheidende Akt, wird äußerlich nicht erkennbar: was die Straße bisher im Namen des Privatunternehmers leistete, leistet sie von der Übernahme ab im Namen der Stadt, des Subjekts öffentlicher Verwaltung, und deshalb ist sie jetzt öffentliche Sache. Die Übertragung des Eigentums, die nach B.G.B. sich vollzieht, kann schon vorher erfolgt sein; dann wird die Straße sofort mit der Übernahme öffentliches Eigentum. Sie kann auch erst nachher geschehen; dann hat die Stadt die Straße einstweilen nur in öffentlichrechtlichem Besitz, öffentliches Eigentum entsteht für sie mit der privatrechtlichen Übertragung[10].

3. Die Entstehung einer öffentlichen Sache kann vermittelt sein durch Verpflichtungen des Trägers öffentlicher Verwaltung, dem sie gehören soll; daran schließt sich dann auch die Pflicht, sie in Stand zu halten, und nötigenfalls der in öffentlichrechtlichen Formen vorgehende Zwang.

In diesem Sinne wird die Herstellung einer Brücke, eines Kanals, einer Eisenbahn zum Inhalt einer öffentlichrechtlichen Verleihung mit der Wirkung, dem Beliehenen die entsprechenden Leistungen aufzulegen; vgl. unten § 50, I.

---

[9] Über den die Übernahme vermittelnden Rechtsakt selbst vgl. unten Note 12.

[10] Auf derartige Fertigstellung von gemeindlichen Straßen behufs künftiger Übernahme durch die Gemeinde beziehen sich Preuß. Straßenges. v. 2. Juli 1875 § 15 und Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 77. — Ein Fall einfacher Besitzergreifung von einer bisherigen Privatstraße durch die Stadt in R.G. 6. Okt. 1905 (Entsch. LXI S. 322): Das Gericht spricht dem bisherigen Eigentümer Entschädigung zu, weil sonst „die Gemeinde ohne Gegenleistung das publizistische Eigentum der von ihr in Besitz genommenen Grundstücke erwerben würde". Vgl. dazu unten S. 120. R.G. 10. Juli 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 280): Privatstraße wird enteignet; das bedeutet eine Änderung nur, „soweit an die Stelle privatrechtlicher Verhältnisse öffentlichrechtliche getreten sind". Hier blitzt auch beim Reichsgericht einmal die Idee des öffentlichen Eigentums auf.

Der Hauptfall ist der der Selbstverwaltungslast: Gemeinden und höhere Kommunalverbände, zu deren Angelegenheiten die Sorge für das entsprechende Wegewesen gehört, werden im Aufsichtswege angehalten, ihre Schuldigkeit zu tun, nicht bloß für die Unterhaltung der bestehenden Wege, sondern auch für die Schaffung der durch das Verkehrsbedürfnis neu geforderten (unten § 58, III n. 1).

Auch privatrechtliche Verpflichtungen solchen Inhaltes können von Staat oder Gemeinde Einzelnen gegenüber vertragsmäßig übernommen werden und umgekehrt Einzelne ihnen gegenüber so verpflichtet sein, privatrechtlich oder öffentlichrechtlich.

Überall hat das für das Recht der öffentlichen Sache selbst keine unmittelbare Bedeutung; es bildet keinen Bestandteil unseres Rechtsinstituts, sondern stellt rechtliche Zusammenhänge vor, in welche dieses bei seinen Verwirklichungen sich hineingestellt findet, wie andere Institute auch[11].

---

[11] Für die Praxis ist es natürlich ein Hauptaugenmerk, daß für die Instandhaltung der Sache gesorgt sei. Das spitzt sich dann gern darauf zu, daß man eine begriffswesentliche Voraussetzung der öffentlichen Sache daraus macht. O.V.G. 12. Juli 1897 (Entsch. XXXII S. 204): „Einen öffentlichen Weg ohne einen zur Unterhaltung Verpflichteten kann es nicht geben . . . Sollte sich ergeben, daß die behördliche Tätigkeit nicht zur Begründung einer solchen Pflicht geführt hat, so ist auch kein öffentlicher Weg geschaffen worden." Ähnlich Germershausen, Pr. Wegerecht I S. 5: „Zu einer rechtsgültigen Widmung gehört, daß auch Bestimmung darüber getroffen wird, wem künftig die Unterhaltung des Weges obliegen soll." Das trifft alles das Wesen der Sache nicht. Zu einem öffentlichen Wege ist allerdings erforderlich, daß ein Träger öffentlicher Verwaltung da sei, dem er zugehöre. Diesem wird dann auch die Unterhaltungspflicht obliegen, wenn nicht ein besonders Verpflichteter aufzuweisen ist, der ihn entlastet. Aber das ist doch nur ein Nebenpunkt. — Erklärt man den Bestand einer solchen Verpflichtung für wesentlich, so muß auch die Widmung, welche die öffentliche Sache zur Entstehung bringt, fähig sein, sie zu regeln und zu erzeugen. Sie wird notwendig zum obrigkeitlichen Akt, zur „polizeilichen Verfügung", die nur von einer Behörde ausgehen kann. Von diesem Standpunkte aus macht es sogar Schwierigkeiten, wenn ein Privatweg der Gemeinde von dieser zum öffentlichen Weg umgewandelt werden soll, weil der Magistrat „zugleich Wegepolizeibehörde und Gemeindevertreter ist": O.V.G. 18. Dez. 1899 (Entsch. XXXVI S. 288). Das Bild, wie man sich den Vorgang ordentlicherweise denkt, kommt in der Formel zum Ausdruck, daß es zur Entstehung eines öffentlichen Weges der Zustimmung von drei „Rechtsbeteiligten" bedarf: Eigentümer, Wegebaupflichtiger und Polizeibehörde. So O.V.G. 6. Mai 1896 (Entsch. XXX S. 212), 30. Okt. 1905 (Fischer Ztschft. XXXI S. 355); R.G. 4. Febr. 1901 (Entsch. XLVIII S 297); Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 5. Bei der Wichtigkeit, welche der Widmung zukommt, kann es ganz gerechtfertigt sein, eine Behörde dabei mitreden zu lassen; Behörden machen ja nicht nur Verwaltungsakte.

II. Die Rechtsordnung des einmal entstandenen öffentlichen Eigentums regelt die Beziehungen des Herrn der öffentlichen Sache als solchen zu anderen, welche mit ihr in Berührung treten.

1. Die öffentliche Sache ist *nicht außer Verkehr*. Kraft seines Eigentums kann der Herr der öffentlichen Sache über sie verfügen. Weil er als solcher auf dem Boden des öffentlichen Rechts steht, vollziehen sich diese Verfügungen nach den Formen und Bedingungen des öffentlichen Rechts:

— Eine öffentliche Sache kann *veräußert* werden. Voraussetzung ist, daß der Empfänger ebenso befähigt ist, öffentliche Verwaltung weiterhin durch sie zu betreiben; sonst kann sie eben nicht als öffentliche Sache veräußert werden, sondern fällt die Abtretung unter die Regeln einer Einziehung (unten III). Es handelt sich also stets um eine *Verwaltungsverschiebung*, die das Eigentum mit begreift. Die Form ist die eines Sondergesetzes oder eines Verwaltungsaktes, der dann besondere Gestaltungen annehmen kann[19].

Die plumpe Vorstellung von einer notwendig darin liegenden polizeilichen Verfügung verkennt die rechtliche Natur der Widmung; vgl. oben Note 3.

[19] Das bewegt sich alles auf dem Boden der unten § 60 noch besonders zu behandelnden Rechtsbeziehungen zwischen den verschiedenen Verwaltungskörpern. — E.G. z. B.G.B. Art. 126 hat wesentlich solche Vorgänge im Auge. Mot. z. Entw. 1. L. bemerken zu dem entsprechenden Art. 68: „Die im Art. 68 bezeichneten Eigentumsübertragungen sind eine innere, den Privatverkehr nicht interessierende Angelegenheit der beteiligten öffentlichen Gemeinwesen“ (S. 193). Hier ist umschrieben, was wir eine Verwaltungsverschiebung nannten. Ein Beispiel gibt das Preuß. Ges. v. 8. Juli 1875 § 18 Abs. 2, wodurch die Chausseen des Staates mit allen Rechten und Pflichten auf die Kommunalverbände übergehen. Sehr häufig ergibt sich der Fall, daß Straßen des Staates oder eines höheren Kommunalverbandes einer sich baulich ausdehnenden Stadt überwiesen werden. Das geschieht durch eine „Vereinbarung“, bei welcher der Erwerber nicht etwa einen Kaufpreis oder sonstigen Gegenwert leistet, sondern im Gegenteil eine Entschädigung erhält für die fortan ihm obliegenden Kosten der Unterhaltung. Vgl. Erläuterungen z. Ausf.Best. v. 22. Mai 1891, betr. die Übereignung von in Stadtgebieten belegenen Teilen von Provinzialstraßen an die Stadtgemeinden (Schleswig-Holstein), bei *Germershausen*, Preuß. Wegerecht II S. 624 ff.

Staat und Gemeinden haben ihr *Gebiet* (Gebietskörperschaften); öffentliche Wege haben sie ordentlicherweise nur, soweit ihre öffentliche Gewalt, ihr Gebiet reicht. Daher auch der Wechsel des öffentlichen Eigentums zwischen Staaten und zwischen Gemeinden unmittelbar an die Gebietsveränderung sich knüpft. *Ubbelohde*, Forts. zu Glück, Bd. 43 u. 44, IV S. 88 ff., zieht daraus mit Recht einen Beweis für die Übertragbarkeit von öffentlichen Sachen. Er bemerkt: „Allerdings wird es nicht eben häufig vorkommen, daß ein Staat dem anderen etwa eine Chaussee als solche überträgt. Warum indessen sollte das nicht bei einer Grenzregulierung, also in der Weise sich ereignen können, daß an dem abgetretenen Stück zugleich

— Die öffentliche Sache kann zugleich noch einem anderen Zweck dienstbar gemacht werden als dem, für welchen sie ursprünglich bestimmt ist. Ist das ein Zweck des nämlichen Herrn, so übt er damit auch fortan nur sein Eigentum aus, vermöge dessen es ihm freisteht, über die Verwendung seiner Sache zu bestimmen. Handelt es sich um einen Zweck, der durch die öffentliche Sache eines anderen Verwaltungsträgers zu erfüllen wäre, so wird die öffentliche Sache zweien Herren dienstbar, zu gleichem Rechte oder so, daß dem einen nur ein beschränkter Anteil zuerkannt ist. Es entsteht eine Verwaltungsgemeinschaft an der Sache. Die Formen, in welchen das eingerichtet und geordnet wird, sind die gleichen wie bei der Verwaltungsverschiebung[13].

— An der öffentlichen Sache können aber auch Einzelnen, die also nicht Träger öffentlicher Verwaltung sind, Rechte und Gebrauchsmöglichkeiten eingeräumt werden, Privatrechte im Sinne von Rechten Privater. Die darauf bezüglichen Rechtsinstitute bilden einen besonders wichtigen Teil des öffentlichen Sachenrechts und bedürfen deshalb ausführlicher Behandlung[14].

---

die Staatshoheit übertragen wird?" Das scheint uns keine Frage zu sein; wir wüßten gar nicht, wie sich das anders sollte „ereignen können". Zwischen Gemeinden spielt dergleichen noch eine größere Rolle. Unsere wachsenden Großstädte saugen Nachbargemeinden ganz oder stückweise auf; die Gemeindestraßen gehen von selbst mit über; O.V.G. 20. Febr. 1884 (Entsch. X S. 233): Die aufnehmende Gemeinde erwirbt die vorhandenen Wege „in dem Rechtszustande, in welchem der aufgenommene Teil sie besaß, ohne weiteres und ohne daß derselben auch nur besonders Erwähnung getan werden müßte".

[13] Über „eisenbahnrechtliche Wegegemeinschaft" vgl. Arch. f. öff. R. XVI S. 218 ff. Dazu noch Pr. Min. d. öff. Arb. 30. Dez. 1901 (Pr. Eisenb.-Arch. 1902 S. 467: Kreuzung); O.V.G. 18. Dez. 1902 (Entsch. XLII S. 215: Unterführung); Österr. V.G.H. 6. Febr. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 44: Kreuzung). — Chaussee und anderer Weg: O.V.G. 6. Mai 1896 (Entsch. XXX S. 212), 11. April 1896 (Entsch. XXX S. 207). — Straßenbrücke über öffentlichen Fluß: O.V.G. 29. April 1901 (Entsch. XXXIX S. 221), 21. Febr. 1898 (Entsch. XXXIII S. 263). Dagegen über Privatfluß: O.V.G. 28. März 1898 (Entsch. XXXIII S. 123; in diesem Fall ist die Straße allein maßgebend). — Straßenbrücke über Schiffahrtskanal: O.V.G. 24. Juni 1909 (Entsch. LIV S. 307). — Öffentlicher Weg auf Festungsgelände: O.V.G. 28. März 1896 (Entsch. XXIX S. 232). — Überall stoßen hier „polizeiliche" Zuständigkeiten aufeinander, meist eine stärkere und eine schwächere. Von Mitbesitz und Grunddienstbarkeiten auf zivilrechtliche Art kann nur vergleichsweise gesprochen werden.

[14] Vgl. unten §§ 37—39.

2. Die öffentliche Sache ist dem Rechte, welches für Grundstücke im Privateigentum gegeben ist, entzogen. Anders ausgedrückt: der Staat als Herr der öffentlichen Sache ist nicht Fiskus, lebt nicht nach Untertanenrecht. Vgl. Bd. I S. 118 ff.

Es ist falsch, zu sagen: die öffentliche Sache sei unveräußerlich. Sie ist veräußerlich, wie wir soeben feststellten. Aber die Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts, welche für Veräußerungsgeschäfte gegeben sind, finden darauf keine Anwendung[15].

Und der Ausschluß beschränkt sich andererseits nicht auf Veräußerungsgeschäfte: das ganze bürgerliche Recht hat mit dem öffentlichen Eigentum nichts zu tun[16].

Ausgeschlossen ist das Rechtsinstitut der Ersitzung. Ausgeschlossen sind alle Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts, welche Belastungen und Beschränkungen des Eigentums zu bewirken hätten. Und zwar sind nicht bloß Verträge und Ersitzungen dieses Inhalts ausgeschlossen; auch gesetzliche Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen, soweit sie dem bürgerlichen Recht entstammen, wirken hier nicht. Für Bestellung von Reallasten, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld ist das öffent-

---

[15] Wenn Ulbrich, Öffentl. Rechte S. 49, sagt: „daß an öffentlichen Sachen Privatrechte konstituiert werden können, ist sowohl nach römischem als nach modernem Privatrechte unzweifelhaft", so ist es notwendig, den Doppelsinn des Wortes „Privatrechte" zu beseitigen. Rechte der Privaten können konstituiert werden, aber nicht privatrechtliche Rechte, und daß erstere konstituiert werden können, das wird erst möglich durch das öffentliche Recht und in dessen Formen. Die scheinbaren Ausnahmen werden jetzt ihre Erklärung finden (vgl. unten S. 119 ff.).

[16] Belege sind leicht anzuführen, freilich auch Gegenbelege. Unser Satz wird zu erhärten sein, indem wir nachher dartun, daß die Fälle, die man zur Widerlegung anruft, lauter Mißverständnisse bedeuten. Zuvörderst nur, um den vollen Umfang dieses Ausschlusses des bürgerlichen Rechts zu beleuchten, sei darauf hingewiesen, daß auch die Hilfseinrichtungen zur Sicherung bürgerlichrechtlichen Eigentums und Eigentumserwerbes hier von selbst wegfallen. Das Reichsgericht hat das in einem hochbedeutsamen Urteil bezeugt. Es handelte sich um ein Hamburger Siel, einen städtischen Abzugskanal, der unter einem Privathaus durchführte, als öffentliche Sache kraft öffentlichrechtlicher Grunddienstbarkeit. Das Haus wurde versteigert, und der Erwerber klagte gegen die Stadt auf Beseitigung des Siels, weil nach dem hamburgischen Gesetz v. 4. Dez. 1868 der Zuschlag alle nicht besonders angemeldeten und vorbehaltenen Rechte an der Sache tilgte. Das Reichsgericht erkannte: es handle sich um eine res publica, um eine öffentliche Anlage; auf die findet das Privatrecht keine Anwendung und folglich auch nicht die zu seiner Sicherung gegebene Verwirkungsvorschrift; das Recht der Stadt blieb gewahrt, und nur auf diese Weise konnte es gewahrt bleiben: R.G. 10. Jan. 1883 (Entsch. VIII S. 152). Der Grundsatz gilt natürlich auch unter dem B.G.B. noch.

liche Eigentum unzugänglich. Die Anwendbarkeit der Grundbuchordnung versteht sich nicht von selbst. Wenn das Gesetz die Eintragung der im öffentlichen Eigentum stehenden Liegenschaften in das Grundbuch anordnet, so versteht es sich nicht von selbst, daß die Nichteintragung mit den gleichen Gefahren der Rechtsverwirkung bedroht sei, wie bei Privatgrundstücken. Im Zweifel bedeutet die Vorschrift lediglich eine Ordnungsmaßregel zur Warnung derer, die den vergeblichen Versuch machen sollten, auf privatrechtlichem Wege an diesen Grundstücken Rechte zu erwerben[17].

Weiter: auch das öffentliche Recht für Grundstücke findet auf das öffentliche Eigentum keine Anwendung, soweit es eben Untertanenrecht ist, für die Einzelnen und ihr Eigentum gegeben. Daher die bereits hervorgehobene Unanwendbarkeit der Enteignung[18]. Daher auch der Ausschluß von gesetzlichen Grund-

---

[17] Gr.B.O. § 90 scheint die „öffentlichen Wege und Gewässer" nur dann vom Grundbuch zu befreien, wenn landesherrliche Verordnung dies vorschreibt. Allein das ist im Geiste der ganzen Reichszivilgesetzgebung zu verstehen: handelt es sich nach dem Landesrecht um öffentlichrechtliches Eigentum, so gibt sie dafür ihre ordentliche Vorschrift ohnedies nicht, so wenig wie für Rayonservituten; aber Tatsache ist, daß vielfach das geltende Recht noch auf dem Standpunkte verweilt, öffentliche Sachen stünden im Privateigentum ihres Herrn (mit Belastung, vgl. oben § 35 Note 25); für diesen Fall mußte also, wollte man nicht solche alte Auffassungen von der öffentlichen Sache ganz beseitigen, was dem sonstigen Brauch des B.G.B. zuwiderliefe, allerdings wie für „die Grundstücke des Fiskus" die Befreiung vom Grundbuch besonders zugelassen werden. So viel gegen Biermann, Die öffentlichen Sachen S. 15 Note. Wenn dieser ebenda bemerkt: meine Annahme, wonach die Eintragung öffentlichen Gutes im Grundbuch, wenn sie doch erfolgt, eine bloße Ordnungsmaßregel bedeute, sei „fast phantastisch", es fehle an jedem Grunde, weshalb sie hier irgend etwas anderes bedeutete als sonst, so scheint es mir Grund genug, wenn die öffentliche Sache, was ja nicht bestritten wird, auch nach der Eintragung öffentliche Sache bleibt und als solche auch nach Biermann unzugänglich allen rechtlichen Andersbestimmungen, die ihrem Zweck widersprächen. Daran scheitern doch auch die „privatrechtlichen Vorschriften", welche Rechtsverwirkungen an die Grundbuchsvorgänge knüpfen; folglich bleibt nur die Ordnungsmaßregel. Eine solche kann sehr nützlich sein. Die Sächsischen Oblastenbücher über baurechtliche Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Natur (Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 4) beschränken sich zum Teil auf solche Benachrichtigungen ohne Rechtsfolgen (Rumpelt, Komm. S. 95 f.). Die Berliner Grundbuchrichter führen neben den Grundbüchern Verzeichnisse über etwa von den Grundstücken noch zu entrichtende Anliegerbeiträge, auch dieses zu bloßer Mitteilung und Benachrichtigung (v. Strauß u. Torney, Ges. betr. die Anlegung von Straßen S. 25 ff.). Das sind alles sehr praktische Dinge, auch wenn das Grundbuch hier nicht dieselbe Bedeutung hat wie für das privatrechtliche Eigentum.

[18] Vgl. oben § 33 Noten 39 u. 40.

dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts: die Verständigung der beiderseits die öffentliche Verwaltung vertretenden Behörden, nötigenfalls das Eingreifen der gemeinsamen Oberen schafft den wünschenswerten Ausgleich. —

Der auf solche Art gefeite Kreis hat seine Grenzen, jenseits welcher wieder das Untertanenrecht seine Herrschaft behauptet. Werden sie nicht genau wahrgenommen, so entstehen allerlei Mißverständnisse und Zweifel an der Echtheit des öffentlichen Eigentums:

— Bürgerliches Recht wird selbstverständlich anwendbar, sobald die öffentliche Sache aufhört öffentliche Sache zu sein. Die Form dafür gibt die unter III. zu betrachtende Einziehung. Es ist denkbar, daß im Hinblick auf eine künftige Einziehung jetzt schon zivilrechtliche Akte vorgenommen werden, um Wirksamkeit zu erlangen mit jenem Zeitpunkt. Einstweilen bleiben sie wirkungslos[19].

— Öffentliche Sachen können bestehen nicht bloß in Gestalt von öffentlichem Eigentum, sondern auch kraft einer bloßen öffentlichen Grunddienstbarkeit oder gar nur durch Verwaltungs-

---

[19] Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 374: Ein Gutsbesitzer will den öffentlichen Weg verlegen lassen und läßt sich den alten Weg von der Gemeinde vor Notar übereignen. Das Bezirksamt befiehlt die Offenhaltung und die Beschwerdeinstanz billigt das; „denn die auf jener Grundfläche ruhende Verbindlichkeit, für öffentlichen Verkehr zu dienen, bleibt als Last auf derselben auch nach jenem Privatrechtsgeschäft, solange nicht die Aufhebung des öffentlichen Weges in einer von den Verwaltungsbehörden anerkannten Weise ausgesprochen ist." Es besteht also auch keine Herausgabepflicht, wie der wirksam gewordene Eigentumsübergang sie doch erzeugt haben würde (unten n. 4). Das ganze Privatrechtsgeschäft könnte gültig sein nur in der Weise, daß es an die aufschiebende Bedingung der vorzunehmenden Einziehung geknüpft gedacht wird. — R. Lewy, Öffentl. Sachen in Gemeingebrauch S. 91, möchte den Fall so auslegen, daß die Gemeinde es für gut befunden habe, „ihr öffentliches Eigentum bereits in eine öffentliche Dienstbarkeit zu verwandeln". Das war aber ersichtlich nicht beabsichtigt; was hätte es auch dem Gutsbesitzer geholfen? Er hätte nachher erst noch einmal einen zweiten Notariatsakt machen müssen, um auch die Dienstbarkeit zu beseitigen. Die „Last", von welcher das Bezirksamt redet, ist doch offenbar nichts anderes als die auch jetzt noch verbreitete Bezeichnung des öffentlichen Eigentums; vgl. oben § 35 Note 25. Lewy, der sonst die Lehre vom öffentlichen Eigentum mit viel Verständnis behandelt, findet hierin sogar den Beweis, daß öffentliches Eigentum jederzeit in eine Grunddienstbarkeit verwandelt werden könne, in Abweichung von dem Grundsatze, den auch er anerkennt, daß die Rechtsstellung des Herrn der öffentlichen Sache auf privatrechtlichem Wege keine Beeinträchtigung erleiden kann. Das scheint mir eine sehr unpraktische Idee zu sein.

besitz. Dann bleibt dem bürgerlichen Recht wieder Spielraum: ihm gehört die vom öffentlichen Recht nicht ergriffene Zugehörigkeit der Sache, also das mit der Dienstbarkeit, mit dem öffentlichrechtlichen Besitz belastete Eigentum des Untertanen. Der kann es veräußern, verpfänden, selbstverständlich immer unbeschadet der Zuständigkeiten der öffentlichen Verwaltung an eben dieser Sache[20]. Er kann es insbesondere auch an den Herrn der öffentlichen Sache veräußern, unter der es liegt; dann erwirbt der letztere öffentliches Eigentum. Auch Enteignung ist für ihn möglich: die Eisenbahnverwaltung, die Straßenverwaltung hatte etwa nur eine Wegegerechtigkeit zur Grundlage ihres Baues genommen oder gar nur tatsächlichen Besitz; jetzt enteignet sie den schon genußlos gemachten Eigentümer: dessen Eigentum geht unter, um sofort als öffentliches Eigentum bei der Verwaltung aufzuwachen.

Der Eigentümer könnte dem Rechte nach alle Arten von zivilrechtlichen Grunddienstbarkeiten daran bestellen, nur würden solche dem Erwerber tatsächlich keinen Genuß noch Vorteil bringen, solange jene anspruchsvollen Zuständigkeiten nicht aufgegeben sind. Es hängt eben alles davon ab, wieweit diese irgendwelche Nutzung neben sich noch aufkommen lassen.

Die Verschiedenheit der Rechtslage wäre also ganz klar und deutlich: Steht die öffentliche Sache einheitlich im öffentlichen Eigentum, so ist privatrechtliche Rechtsbegründung daran ausgeschlossen; steht sie dagegen nach der oben beschriebenen Weise in geteiltem Recht, so ist nach Maßgabe des fortbestehenden Privatrechts auch die Neubegründung eines solchen zulässig, aber die Ausübung des neuen wie die des alten nach Maßgabe der Zweckbestimmung der Sache tatsächlich gehemmt.

Die herrschende Lehre, die ja unbewußt noch mit den Anschauungen der alten Fiskuslehre arbeitet, wirft jetzt die beiden Fälle ganz unbefangen durcheinander und bildet so eine allgemein gültige Formel für die Verkehrsentzogenheit der öffentlichen Sache überhaupt. Danach können an ihr grundsätzlich Rechte nach bürgerlichem Recht begründet werden, aber nur soweit, als sie vereinbar sind mit der Zweckbestim-

[20] O.L.G. Dresden 8. April 1902 (Fischer Ztschft. XXV S. 252): Grundstück, auf den Namen eines Privaten eingetragen, bildet öffentlichen Weg; Hypothekeintragung zulässig, aber infolge der Beschränkung, der das Grundstück als öffentlicher Weg unterliegt, für Gläubiger wertlos.

mung[21]. Man erkennt leicht das Gemenge. Zulässigkeit der zivilrechtlichen Rechtsbegründung und Vereinbarkeit der Ausübung des schon begründeten Rechts mit dem von der Obrigkeit gehüteten Zweck der Sache stehen doch jedes auf einem anderen Blatt. Das eine zum Maßstab des anderen machen zu wollen, führt zur Begriffsverwirrung[22].

Zugleich ergibt sich aus dieser Formel eine ganz verkehrt gedachte Handhabung des wirklichen Rechtszustandes. Sofern es sich um eine Schranke der Rechtsgültigkeit der bestellten Privat-

---

[21] So in feststehender Praxis O.Tr. 13. Dez. 1859 (Str. XXXV S. 342), 24. Okt. 1863 (Str. LIII S. 4), 17. Nov. 1863 (Str. LI S. 225), 11. Jan. 1871 (Str. LXXX S. 204), 17. Nov. 1874 (Str. C. S. 19). Das Reichsgericht hat diese Auffassung ausdrücklich übernommen; R.G. 4. Dez. 1884 (Entsch. XII S. 284): Klage gegen Kirchengemeinde auf Befriedigung eines durch Mitgliedschaft begründeten privatrechtlichen Beerdigungsrechts; „so wenig diese Eigenschaft der Kirchhöfe (dem bürgerlichen Verkehr „in gewisser Hinsicht" entzogen zu sein) das Vorhandensein privaten Eigentums, sei es der Kirchen- oder politischen Gemeinden oder einzelner, an denselben ausschließt, ebensowenig hindert dieselbe das Bestehen solcher Nutzungsrechte an ihnen, welche ihrer Bestimmung nicht zuwiderlaufen, und dies gilt sicherlich von dem in Frage stehenden Beerdigungsrechte". Wir sehen davon ab, daß es falsch ist, hier von einem privatrechtlichen Anspruch zu reden, sondern lassen ihn einmal als solchen gelten. Dann wird also hier gefolgert: weil privates Eigentum bestehen kann, das vom Kirchhof schon mitgebracht worden ist und folglich von der entstandenen Verkehrsentzogenheit nicht berührt wurde, können private Nutzungsrechte an ihm neu begründet werden, trotz der nun vorhandenen Verkehrsentzogenheit! Ähnlich R.G. 5. Mai 1882 (Entsch. VII S. 136), 29. Juni 1886 (Entsch. XVI S. 159), 8. Febr. 1893 (Entsch. XXXI S. 217). Dazu Foerster-Eccius, Pr. Priv.R. III S. 27 Anm. 4; Ubbelohde, Forts. z. Glück Bd. 43 u. 44 S. 78; Bl. f. adm. Pr. 1814 S. 374; Layer, Prinz. d. Ent. S. 650 („Es gibt daher ein Mehr und Minder der Extrakommerzialität"); Hawelka, Rechte an öffentl. Wegen S. 64.

[22] So Gierke, D. Pr.R. II S. 24 Text: „Jedes besondere Privatrecht an ihm kann aber nur insoweit ausgeübt werden, als es mit dem Gemeingebrauch vereinbar ist"; dazu Note 15: „Rechte, die den Gemeingebrauch schmälern, können daher nicht begründet werden". Fleiner, Instit. S. 333: „Die öffentliche Sache kann durch ein privatrechtliches Geschäft ihrer öffentlichen Zweckbestimmung nicht entfremdet werden. Daher ist eine Bestellung dinglicher Rechte an einer öffentlichen Sache zugunsten eines Dritten rechtlich nur soweit möglich, als die Ausübung dieser Rechte die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, der die Sache gewidmet ist, weder hindert noch in Frage stellt." Wenn nur die Ausübung das Störende ist, so muß es doch genügen, diese einzuschränken; für das fernzuhaltende Recht gibt das keinen Maßstab. Die völlige Ratlosigkeit der Formel erweist sich sofort am Falle des zu begründenden Eigentums; hier heißt es: „Veräußerung ist zulässig", der Erwerber jedoch „verpflichtet", die bisherige Benutzung zu ermöglichen; „Ersitzung an einer öffentlichen Sache ist ausgeschlossen"; „dasselbe gilt für die Verpfändung". Wo ist hier das sogenannte Prinzip?

rechte handelte, müssen es auch die bürgerlichen Gerichte sein, welche darüber entscheiden, ob die Schranken eingehalten sind und das Recht in Gültigkeit besteht. Das hat nach unserer Lehre seinen richtigen Zusammenhang: die Schranke hängt davon ab, wieweit an der öffentlichen Sache Privatrecht übriggeblieben ist. Das ist einfache Justizsache. Wieweit die Ausübung des als gültig begründet angesehenen neuen Rechts mit der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache vereinbar und demgemäß zu dulden ist, bleibt naturgemäß Polizeisache. Die Lehre aber, welche in jener gebräuchlichen Formel zum Ausdruck kommt, indem sie diese Vereinbarkeit zur Bedingung der Gültigkeit der Rechtsbegründung macht, beruft die bürgerlichen Gerichte zur Entscheidung darüber, ob sie erfüllt sei, und mutet ihnen damit zu, ganz außer Zusammenhang in die Dinge der Verwaltung hineinzuarbeiten. Die Polizei läßt sich ihrerseits dadurch nicht beirren und verhindert gegebenenfalls die Ausübung von Rechten, welche die Justiz als vereinbar mit der Zweckbestimmung und demgemäß als gültig begründet anerkennt. Die gerichtliche Autorität sucht dann wohl auf gut polizeistaatliche Art eine Genugtuung für sich und den Beteiligten in der Gewährung eines Entschädigungsanspruchs, der seinerseits nicht wohl haltbar sein würde; vgl. unten § 54, III. Es wird alles schief.

— Wenn aus einem Grundstück eine öffentliche Sache wird, so gehen dadurch die daran bereits begründeten Privatrechte nicht unter. Selbst das Eigentum bleibt ja möglicherweise bestehen, obwohl es im allgemeinen zweckmäßiger ist, wenn gleich reiner Tisch gemacht und volles öffentliches Eigentum hergestellt wird. In der gleichen Weise dauern auch, sofern man nicht das Nötige getan hat, um sie durch Enteignung oder bürgerliches Rechtsgeschäft zu beseitigen, die etwa vorgefundenen privatrechtlichen Belastungen, Grunddienstbarkeiten, Hypotheken ruhig weiter fort, und zwar wiederum, ohne daß nach ihrem Inhalt zu unterscheiden wäre, ob verträglich mit dem neuen öffentlichen Zwecke oder nicht. Nur für die Ausübung des Rechts macht das wieder einen Unterschied, insofern das Nichtvereinbare keine Aussicht hat, von der Polizei der öffentlichen Sache geduldet zu werden, oder auch seine Durchführung rechtlich unmöglich geworden ist[23].

[23] Einen solchen Fall behandelt R.G. 17. März 1887 (Entsch. IV S. 279): „Fiskus" hatte das mit Hypothek belastete Grundstück vom Eigentümer abgetreten bekommen, darauf eine Straße angelegt und dem öffentlichen Verkehr übergeben.

Der Fall, daß der verbliebene Privateigentümer während des Bestandes der öffentlichen Sache dingliche Rechte bestellte, ist wegen ihrer offenbaren Wertlosigkeit kaum ernsthaft in Betracht zu ziehen. Der Fortbestand überkommener dinglicher Rechte kann leichter einmal gegeben sein. Hier gilt es dann sich klar zu werden über das richtige Verhältnis zur Polizei der öffentlichen Sache. Man kann eigentlich nicht sagen, daß dieser gegenüber das Recht ausgeübt werden darf, soweit es dem Zweck der Sache nicht widerspricht. Vielmehr muß sich alles hier einreihen in die stärkere öffentlichrechtliche Ordnung als Gemeingebrauch, besondere Gebrauchserlaubnis, verliehenes Recht, wie wir das unten ausführen werden. So wird auch die Ausübung eines fortbestehenden dinglichen Privatrechts in einer Gebrauchserlaubnis aufgehen. Besser gesagt: der Berechtigte handelt nicht mehr auf Grund seines Rechts, sondern auf Grund der Gestattung der Polizei der öffentlichen Sache, und jenes Recht wirkt nur als Beweggrund für diese, die Gestattung zu machen.

— Das öffentliche Sachenrecht bezieht sich nur auf liegenschaftliches Gut. Fahrnis, die damit verbunden ist, steht für sich betrachtet unter den Regeln des bürgerlichen Rechts; die Verwaltungshandlungen, bei welchen sie benutzt und verwendet wird, haben natürlich wieder ihre eigene Beurteilung zu erfahren. Gestattung der Wegnahme von Früchten der öffentlichen Sache behufs der Aneignung ist ein Vertrag über Fahrnis und ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft mit zivilrechtlichem Eigentumsübergang. Beispiel: Verpachtung der Grasnutzung am Festungswerk, Verkauf des Obstanhanges der Chausseebäume. Die Scheidung von öffentlichem Eigentum und Privateigentum vollzieht sich hier überall gleichlaufend mit der von liegenschaftlichem Gut und Fahrnis und wird dadurch verständlich und einleuchtend[24].

Der Hypothekargläubiger beantragt Subhastation und wird damit gemäß Preuß. Subhast.Ord. v. 15. März 1869 § 39 abgewiesen. Das gleiche Schicksal hat seine auf das Hypothekenrecht gegründete Klage auf Freigabe des Grundstücks aus dem „Straßennexus". Hier kam wieder die Polizei in die Quere. „Jedenfalls ist die Realisierung des Pfandrechts unmöglich."

[24] Hawelka. Rechte an öff. Wegen S. 64, meint: „Die Ausschließung vom Privatrechtsverkehr ist aber selbst bei jenen Autoren, die an der Sache ein öffentlichrechtliches Eigentum annehmen, keine vollständige. Beweis dafür ist die Tatsache, daß O. Mayer die zivilrechtliche Veräußerung des Obstes an den Straßenbäumen, des Grases an den Straßenböschungen und Festungswällen für zulässig erklärt." Ähnlich auch schon H. Schelcher, Öffentl. Weg S. 32. Dieser Beweis scheint mir aber nach dem oben Ausgeführten ganz hinfällig zu sein. Fleiner.

3. Wie jedes subjektive Recht, so äußert sich auch das öffentliche Eigentum neben den materiellen Befugnissen, die es gewährt, in dem ihm zukommenden Rechtsschutz. Dieser Rechtsschutz erscheint in der Polizei der öffentlichen Sache.

Die öffentlichen Sachen gehören zu den äußerlichen Polizeigütern, für welche die öffentliche Gewalt sich unbedingt einsetzt (Bd. I S. 223). Jede Störung ihrer Unversehrtheit und Benutzbarkeit ist zugleich eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens, und die Abwehr solcher Störungen mit den Mitteln obrigkeitlicher Gewalt ist begriffsgemäß Polizei[25]. Ihre Handhabung verbindet sich mit der Tätigkeit zur Besorgung und Unterhaltung der öffentlichen Sache überhaupt als sogenannte Verwaltungspolizei[26]. Das wird aber dadurch nicht verändert, daß sie manchmal mit Rücksicht auf die obrigkeitliche Natur ihrer Willensäußerungen von der laufenden Verwaltung der Sache getrennt und besonderen Stellen behördlicher Art zugewiesen ist.

Im älteren Rechte war ja Polizei ziemlich gleichbedeutend mit öffentlicher Verwaltung überhaupt (Bd. I S. 212). Demgemäß war auch das manchmal gebrauchte Wort „Polizeibesitz" wohl geeignet, das ganze Verhältnis der öffentlichen Sache zu bezeichnen, wenigstens soweit darin ihre öffentlichrechtliche Zugehörigkeit an das Subjekt öffentlicher Verwaltung zum Ausdruck kommt. Auch jetzt noch wird das Wort Polizei hier gern in diesem umfassenden Sinne verwendet[27]. Wir behandeln, getreu der neuzeitlichen Begriffsabgrenzung, unter dem Namen Polizei der öffentlichen Sache lediglich solche obrigkeitliche Tätigkeit, welche zu Schutz und Sicherung

---

Instit. S. 334, hat ihn übernommen. Er fügt als weiteren Beweis hinzu: „Die privatrechtliche Verantwortlichkeit, die der Eigentümer zu tragen hat, trifft auch den Herrn einer öffentlichen Sache." Ob hier wirklich privatrechtliche Verantwortlichkeit in Frage ist, wird noch zu prüfen sein; vgl. unten § 53 Note 36. Aber wenn auch: gehört das ins Sachenrecht?

[25] Und zwar eine Art der Anstaltspolizei; vgl. Bd. I S. 223 Note 3. Straßenpolizei, Strompolizei, Kirchhofspolizei sind ja bekannte Dinge. Über Polizei der Festungswerke vgl. C.C.H. 4. Juli 1863 (J.M.Bl. 1863 S. 267).

[26] Vgl. Bd. I S. 220.

[27] Der Unterschied ist gut herausgefühlt in O.V.G. 18. April 1901 (Entsch. XXXIX S. 217): Bei den eigentlichen polizeilichen Verfügungen handelt es sich „um einen Eingriff in die Rechte der einzelnen". Die Genehmigung des Polizeipräsidenten zur Eröffnung einer von der Stadtgemeinde hergestellten Straße ist auch Polizei, aber nicht in diesem Sinne: „Die öffentlichen Wege sind polizeiliche Anstalten, die Tätigkeit der Polizei ist bei Schaffung der öffentlichen Wege eine durchaus positive, schaffende."

dieser Einrichtungen dient, genauer gesagt: nur die für die öffentliche Sache ausgeübte Polizeigewalt (vgl. oben Bd. I S. 217).

Sie ist *der* Schutz der öffentlichen Sache und damit auch des öffentlichen Eigentums. Es bedarf keines weiteren; womit nicht ausgeschlossen ist, daß als besondere Zutaten allerlei Verfahrensformen, Rechtswege und zivilgerichtliche Zuständigkeiten doch noch beigefügt werden.

In erster Linie richtet sich die Polizei gegen alle Störungen des Bestandes der Sache selbst durch Beschädigung oder unbefugte tatsächliche Eingriffe. Soweit ein tatsächliches Benutzen der Sache durch andere zulässig ist, wacht sie darüber, daß dieses in unschädlicher Form, in zulässigen Grenzen und in guter Ordnung geschehe: die verschiedenen Nutzungsbefugnisse der einzelnen (unten §§ 37—39) werden für sie ein besonders wichtiger Gegenstand ihrer Betätigung.

Die Formen, in welchen dieser Schutz sich vollzieht, sind die allgemeinen polizeilichen: Befehle, in Rechtssatzgestalt oder als Einzelbefehle, Strafsetzungen[38], Zwangsvollstreckung durch Ungehorsamsstrafe, Ersatzvornahme, Gewaltanwendung; vor allem hat der unmittelbare Zwang gerade auf diesem Boden sein Hauptanwendungsgebiet (Bd. I S. 304).

Daneben hat die Polizei der öffentlichen Sachen, ihrer Eigenart entsprechend, noch eine besondere Form obrigkeitlichen Ausspruches entwickelt: die *Feststellung der räumlichen Grundlage* ihres Rechts und ihrer Wirksamkeit, der öffentlichen Sache selbst. Das ist für sich betrachtet noch keine polizeiliche Maßregel. Es ist eine Erklärung, wieweit hier öffentliche Verwaltung im Besitz der liegenschaftlichen Sache erscheint und Schutz dieses Besitzes erfordert. Daran schließen sich alsdann von selbst die weiteren polizeilichen Maßregeln zu seinem Schutz, falls das nötig sein sollte.

Es kann sich darum handeln, ob eine öffentliche Sache *überhaupt vorliegt*: ein Weg kann ja Privatweg sein oder öffentlicher Weg. Ist es ein Privatweg, so geht er die Verwaltungsbehörde nichts an oder doch nur äußerlich aus Gründen der allgemeinen Ordnung und Sicherheit, ähnlich wie er die Justiz angeht; er gehört ihr *auch*. Will sie ihn aber als einen öffentlichrechtlichen behaupten, so klagt sie nicht bei Gericht auf seine

[38] Stf.G.B. §§ 304 u. 305 greifen allerdings noch über *unsere* öffentlichen Wege hinaus; Oberst. L.G. München 25. Mai 1888 (*Reger* IX S. 332): „ein öffentlicher Weg im Sinne des Stf.G.B. ist jeder, der tatsächlich dem allgemeinen Verkehr dient." Darauf kommt es hier nicht an.

Anerkennung, sondern sie vollzieht nach der Art der öffentlichen Verwaltung diese Anerkennung selbst durch ihren Verwaltungsakt. Seine Durchsetzung sichert dann die nach ihm sich richtende Polizeigewaltübung[29].

In gleicher Weise wird auch der Umfang der öffentlichen Sache festgestellt und die Zugehörigkeit bestimmter Geländeteile.

Alles das wird gegebenenfalls seinen Abschluß finden in einer obrigkeitlichen Grenzfestlegung und Beurkundung durch gesetzte Grenzsteine[30].

4. In demselben Maße, in welchem in die Rechtsordnung der öffentlichen Sache bürgerliches Recht sich hereinstreckt (oben n. 2), öffnet sich auch die Möglichkeit bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, welche sie zum Gegenstande haben. Drei Fälle sind zu unterscheiden:

— Ein Rechtsstreit über das öffentliche Eigentum selbst, so daß jeder der beiden Streitenden es als solches in Anspruch nimmt, ist nur denkbar zwischen Subjekten öffentlicher Verwaltung. Der Staat steht einer Gemeinde oder einem beliehenen Unternehmer gegenüber, oder Gemeinden streiten unter sich oder mit Unternehmern oder mehrere Unternehmer gegeneinander. Der Streit kann sich hier immer nur erledigen auf Grund des Rechtstitels, auf welchen das untergeordnete Rechtssubjekt seinen An-

[29] So die „Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr" nach Pr. Zust.Ges. v. 1. Aug. 1883 § 56 Ziff. 1. Germershausen, Pr. Wegerecht I S. 467 ff. Das wird als eine „polizeiliche Funktion", als ein „interimisticum" aufgefaßt. Aber auch die endgültige Entscheidung bleibt bei der Verwaltung und dem etwa noch eröffneten Verwaltungsstreitverfahren (Zust.Ges. § 56 Ziff. 8). Der nach dieser Bestimmung außerdem noch bei den ordentlichen Gerichten zu verfolgende Entschädigungsanspruch ist wohl ein Rest früherer polizeistaatlicher Anschauungen und macht jetzt Schwierigkeiten (Germershausen a. a. O. S. 476: „ein anormaler Rechtszustand"). — O.L.G. Dresden 8. Mai 1903 (Fischer Ztschft. XXVIII S. 352): „Verwaltungsbehörde allein entscheidet, was öffentlicher Weg sei." O.L.G. Stuttgart 27. Nov. 1903 (Württ. Jahrb. XVII S. 219) will die Frage, ob ein öffentliches Gewässer vorliegt, sogar als Vorfrage dem bürgerlichen Gericht nicht überlassen (vgl. Bd. I S. 184 Note 13). Dagegen wieder R.G. 13. Nov. 1901 (Entsch. IL S. 319: „Es ist stets von der allgemeinen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auszugehen"), 15. Nov. 1905 (Preuß. Verw.Bl. XXVII S. 521).

[30] Das ist in der Inanspruchnahme für den öffentlichen Verkehr mit enthalten. — Über die französischrechtlichen actes de délimitation vgl. Theorie d. franz. Verw.R. S. 250 ff. R.G. 29. April 1899 (Entsch. XLIV S. 124) sucht die Grenzen des öffentlichen Flusses gegenüber dem Privateigentum selbst festzustellen und kommt dabei in schwierige Auseinandersetzungen mit Ulpian in l. 1 § 5 D. 43, 12, beruft sich aber auch auf das französische Recht, ohne die öffentlichrechtliche Seite zu beachten.

spruch auf dieses Stück öffentlicher Verwaltung gründet: es kommt darauf an, ob es in dem Selbstverwaltungsrecht, in der Verleihung begriffen ist, und inwieweit etwa die Aufsichtsgewalt Abänderungen angeordnet oder zugelassen hat. Der Streit bewegt sich also ganz und gar auf dem Boden des öffentlichen Rechts; es ist eine Art Zuständigkeitsstreit, mit rei vindicatio hat er nichts zu tun. Er wird im Verwaltungswege sich erledigen, sofern nicht besondere Gesetzesvorschrift irgendeine Art von Rechtspflege dafür angeordnet hat[81].

— Es kann auch ein Rechtsstreit vorliegen über das zivilrechtliche Eigentum an der öffentlichen Sache. Wir wissen ja, daß eine solche bestehen kann auf Grund einer Dienstbarkeit oder bloßen Besitzes, so daß Privateigentum dahinter übrigbleibt, einem Privaten gehörig. Wer das ist, kann Gegenstand eines Streites werden. Das mögen dann die Parteien nach den Regeln der Eigentumsklage vor den bürgerlichen Gerichten miteinander ausmachen; die öffentliche Sache und ihr Verwalter sind dabei nicht beteiligt[82].

— Bleibt demnach nur der dritte Fall für uns übrig, den wir bezeichnen können als den Streit zwischen zivilrechtlichem und öffentlichem Eigentum: der Verwalter der öffentlichen

---

[81] Die zivilrechtliche Entschädigungsklage, die etwa an die Stelle gesetzt wird, kann kein besseres Glück haben. Es ist ein sehr überflüssiger Umweg, wenn das Gericht eine solche Klage annimmt und sie dann abweist, weil sie zivilrechtlich nicht begründet sei. So O.Tr. 7. Juli 1854 (Str. XIII S. 132): Ein öffentlicher Gemeindeweg wird bei Neubau einer Staatsstraße verschüttet. Klage der Stadt gegen den Fiskus auf Entschädigung. Die Regierung erklärt: Die Wiederherstellung des unterbrochenen Gemeindeweges sei „nicht bloß polizeilich unzulässig, sondern auch polizeilich nicht notwendig" (!). Einen zivilrechtlich zu ersetzenden Schaden soll die Stadt durch den Verlust ihres Weges nicht erleiden. Das Gericht, „bei diesem Ungrunde des klägerischen Anspruches" (!), weist die Klage ab. Ähnlich der Zirkel in R.G. 13. April 1880 (Entsch. I S. 420): Der Staat zieht einen öffentlichen Gemeindeweg in seine Landstraße. Entschädigungsklage der Gemeinde. Das Gericht erklärt es für „eine privatrechtliche Frage, ob der Fiskus über Eigentum der klagenden Gemeinde verfügt und hierfür eine Vergütung zu leisten habe", weist dann die Klage ab, weil „durch Einreihung des öffentlichen Weges (der Gemeinde) in den Verband der Landstraße jener nur die Unterhaltungspflicht abgenommen worden ist und sie dafür keinen (privatrechtlichen) Anspruch auf Schadensersatz erheben kann".

[82] Ebensowenig bei einer Besitzstörungsklage, auf welche Verklagter erwidert, es sei eine öffentliche Sache. Darin liegt eine Bestreitung der Aktivlegitimation und möglicherweise auch die Behauptung der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Handlung, da sie im Gemeingebrauch begriffen war. O.Tr. 12. Jan. 1852 (Str. IV S. 248).

Sache behauptet öffentliches Eigentum, der Gegner, der Privatmann oder wer ihm gleichgeachtet ist, nimmt zivilrechtliches Eigentum daran in Anspruch.

Für die Ordnung eines solchen Streites sind maßgebend vor allem die Rechtsinstitute des Schutzes der öffentlichen Sache (oben n. 3): die Behörde bestimmt selbständig, was sie als öffentliche Sache ansehen und behandeln will, und behauptet sich im Besitz durch die ihr hierfür gegebene Polizeigewalt.

Also bedarf die Verwaltung niemals einer Besitzklage; sie setzt sich selbst in Besitz und erhält sich darin. Ebenso bedarf sie keiner Eigentumsklage auf Herausgabe; ihr Gegner ist immer der geborene Kläger als der nicht besitzende Eigentümer, der er sein will. Die Rollen können auch nicht dadurch verschoben werden, daß der Gegner mit der Besitzklage beginnt, um dadurch zunächst einmal den Besitz und die Beklagtenstellung zu erlangen: gegen den Herrn der öffentlichen Sache gibt es keine Besitzklage; sie wäre gegen eine polizeiliche Machtäußerung, gegen den „Polizeibesitz" gerichtet, und dagegen ist nur Beschwerde oder Verwaltungsklage zulässig; die Anfechtung ist keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit[38]. Eine Eigentumsklage des Herrn der öffentlichen Sache

---

[38] Die Unzulässigkeit einer Besitzklage gegen die Verwaltung wegen der öffentlichen Sache, die sie in Anspruch nimmt, wurde in Preußen stets gegründet auf den Satz: gegen polizeiliche Verfügungen gibt es kein possessorium. Foerstemann, Pol. R. S. 472 ff.

Umgekehrt erklärt R.G. 19. Febr. 1902 (Pr. Verw.Bl. XXIV S. 188) den Rechtsweg auch für unzulässig, wenn der Wegeherr von dem Angrenzer die Beseitigung von Übergangsbrücken verlangt, die dieser über den Straßengraben gelegt hatte; das sei Wegepolizei. Schwankende Entscheidungen im älteren Recht: O.Tr. 31. Dez. 1863 (Str. LI S. 332), 9. Dez. 1856 (Str. XXIII S. 137). Der Bayr. Oberste G.H. hatte in ständiger Praxis die Polizei für allein zuständig erklärt, ist aber mit Entscheidung v. 17. Dez. 1872 umgeschlagen (Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 127).

Die Polizei der öffentlichen Sache versagt, wenn sie mit den Anforderungen eines gleichwertigen Verwaltungszweiges zusammenstößt. Hier ist die Einigung durch Vermittlung der oberen Stellen der gewiesene Weg. O.V.G. 23. Dez. 1896 (Entsch. XXXI S. 210); 24. Juni 1897 (Entsch. XXXII S. 219); 26. Sept. 1904 (Pr. Eisenb.Arch. 1905 S. 968). Das gilt auch zwischen Staat und Selbstverwaltungskörper, sofern dem letzteren gegenüber die Staatsaufsicht eine gemeinsame Regelung ermöglicht. Steht die Wahrnehmung der öffentlichen Sache dem Fiskus gegenüber, also einem Gemeinwesen in privatwirtschaftlicher Lebensäußerung, so würde wieder die Polizei wirksam werden. Unter Umständen hat das tatsächliche Schwierigkeiten. O.Tr. 28. März 1873 (Str. LXXXVIII S. 341): Der Militärfiskus hat einen Zaun errichtet und dabei in die städtische Straße übergegriffen. Die Wegepolizei versagte, sei es, daß sie unter staatlichem Einfluß nicht wollte, sei es, daß man sich an diesen Gegner nicht traute; die Stadt erhob Besitzstörungs-

wäre nur als Feststellungsklage denkbar, sofern dieser etwa dem das Eigentum für sich in Anspruch nehmenden Privatmann dadurch zuvorkommen will.

Kläger für die hier behandelte Eigentumsklage ist also ordentlicherweise nur der andere, der Privatmann, der da behauptet, der Grund und Boden, der die öffentliche Sache trägt und in dessen Besitz die Verwaltung sich behauptet, sei sein Privateigentum. Damit bestreitet er nicht die öffentliche Sache; denn diese kann auch auf fremdem Privateigentum bestehen. Umgekehrt steht der Zulässigkeit einer solchen Klage auch nicht im Wege, daß der Beklagte hier öffentliches Eigentum behauptet. Das ist nur die Verneinung des Klagegrundes. Die Klage ist für ihre Zulässigkeit nach der Grundlage zu beurteilen, die sie sich selber gibt. Der Kläger hat sein Eigentum zu beweisen durch den Rechtstitel, auf den es sich stützt; der Beklagte kann sich auf eigenen Erwerb berufen, der das so erworbene Recht des Klägers wieder zerstört: Erwerb durch privatrechtlichen Vertrag, durch Ersitzung, durch Enteignung.

Siegt der Kläger, so wird ihm das Eigentum zugesprochen. Das bedeutet, daß öffentliches Eigentum nicht vorliegt; es bedeutet nicht, daß durch die Klage und das Urteil öffentliches Eigentum zerstört würde; es wird nur festgestellt, daß kein solches da war.

Daran knüpft sich eine Herausgabepflicht. Dieses nicht notwendig: es kann ja die öffentliche Sache auf Grund einer nachgewiesenen Dienstbarkeit fortbestehen. Es kann sich aber auch um bloßen Besitz als öffentliche Sache handeln; dann besteht jetzt die Herausgabepflicht. Das ist nicht die Herausgabepflicht, die das bürgerliche Recht dem Besitzer auferlegt dem Eigentümer gegenüber[34]. Auf den Besitz der öffentlichen Sache finden diese Bestimmungen keine Anwendung. Wenn das Gericht die Verwaltung ausdrücklich zur Herausgabe „verurteilt", so bedeutet das nichts. Denn eine Anordnung des Zwanges, wie sie darin liegen sollte, gibt es hier nicht; denn dabei handelte es sich um einen Eingriff in die unmittelbare Erscheinung der öffentlichen Verwaltung selbst. Dafür sind die bürgerlichen Gerichte so von selbst nicht zuständig. Es kommen hier vielmehr ganz die gleichen Gesichts-

klage, mit welcher sie durchdrang. Eigentlich hätte sie wegen Unzuständigkeit des Gerichts ab- und auf die Wegepolizei verwiesen werden müssen. Das Gericht hat eben ein gutes Werk an ihr tun wollen, indem es die Sache auf sich nahm.

[34] B.G.B. §§ 985 u. 986.

punkte zur Geltung, welche, wie wir vorhin gesehen haben, auch eine Besitzklage gegen die von der Verwaltung behauptete öffentliche Sache ausschließen[35].

Damit ist keineswegs gesagt, daß eine Herausgabepflicht überhaupt nicht besteht. Einer einseitig zivilrechtlichen und zivilprozessualen Auffassung wird das so vorkommen. Aber auch die öffentliche Verwaltung ist Hüterin der Rechtsordnung und ihre Behörde berufen, dafür zu sorgen, daß Recht Recht bleibe. Das für sie maßgebende Recht hier ist aber der verfassungsmäßige Vorbehalt des Gesetzes, der unermächtigte Eingriffe in das Privateigentum verbietet und ihr die Wiedergutmachung vorschreibt, wenn es doch geschah. Nur wird sie diese Aufgabe vereinbaren müssen mit der anderen, daß auch dem öffentlichen Zweck und dem Wohl des Gemeinwesens sein Recht werde; auch das ist Rechtsstandpunkt für sie. Insofern bedeutet die Unangreifbarkeit des Besitzes der öffentlichen Sache für die Justiz nur eine einstweilige Hemmung der Herausgabepflicht, bis der Ausweg gefunden sein wird. Der Erfüllung dieser Pflicht dauernd oder schlechthin sich zu weigern, quia possideo, wäre Rechtswidrigkeit, gegen welche vorgegangen werden müßte mit den Mitteln, welche zur Anfechtung derartiger Verwaltungsmaßregeln gegeben sind, unter Umständen auch mit Inanspruchnahme persönlicher Verantwortlichkeit der handelnden Beamten[36].

---

[35] Eingehende Erörterungen von Luthardt in Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 366 ff. In dem Rechtsfalle, der in Arch. f. öff. R. XV S. 511 ff. besprochen wurde, hatte das Gericht die Reichseisenbahn zur Herausgabe zweier Streifen Landes quer über Bahngeleise und Bahnhof hinweg verurteilt. Die Erzwingung war offenbar nicht möglich: wie sollte der Gerichtsvollzieher es wagen, die Bahn nach Z.Pr.O. § 885 aus dem Besitze zu setzen! Das Gericht hatte allerdings vorsorglich unter entsprechender Auslegung der Bestimmungen des code civil über Nichterfüllung von Schuldverbindlichkeiten den Herausgabeanspruch in eine Entschädigungsforderung verwandelt. Ob mit Recht, kann bezweifelt werden. Nach B.G.B. wäre dieses Auskunftsmittel sicher ausgeschlossen. Was dem Gerichte vorschwebte, war eher eine Art Enteignungsentschädigung. Das fällt aber unter die Gesichtspunkte des unten § 53 zu behandelnden Rechtsinstituts und geht uns hier nichts an.

[36] In diesem Sinne ist die oben S. 98 erwähnte Kraft des öffentlichrechtlichen Besitzes recht zu verstehen. — Es besteht eine gewisse Geneigtheit, der durch das B.G.B. herbeigeführten Zerstörung aller bisherigen zivilrechtlichen Schutzvorkehrungen der öffentlichen Sachen (vgl. oben § 35 Note 24) mit Leichtigkeit des Herzens ins Auge zu sehen. Der Hintergedanke ist: die Verwaltung werde gescheit genug sein und es sich tatsächlich nicht gefallen lassen, daß bürgerliches Recht und bürgerliches Gericht ihren wichtigen öffentlichen Sachen gegenüber die Folgerungen ziehen. So Goez, Verw.R.Pfl. in Württ. S. 572: „Am Festungswerk reichen die aus dem Privateigentum fließenden Befugnisse in Verbindung mit der

III. Die Endigung des öffentlichen Eigentums entspricht in ihrer rechtlichen Gestalt der Entstehung. Wenn diese sich daran knüpft, daß die sämtlichen Voraussetzungen des öffentlichen Eigentums zusammenkommen, so müßte die Endigung gegeben sein, sobald eine davon wegfällt. Allein nach der Art, wie die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums ausgebildet ist, wird nicht wohl der Fall denkbar sein, daß das Eigentum des Herrn der öffentlichen Sache wegfällt, während er sie als öffentliche Sache erhalten will. Der Schwerpunkt verlegt sich also hier ganz auf diese letztere Seite.

1. Die Endigung des öffentlichen Eigentums wird dadurch herbeigeführt, daß die Sache aufhört, der öffentlichen Verwaltung in dem besonderen Sinne zu dienen, den es bei den öffentlichen Sachen hat, dadurch also, daß nicht mehr unmittelbar der Zweck der öffentlichen Verwaltung durch sie erfüllt wird.

Das geschieht, indem ihr Herr sie dieser Bestimmung entzieht, anders über sie verfügt, also eine Willensäußerung vollzieht, die das Gegenstück bildet zu der oben I n. 1 behandelten Widmung. Wir nennen das die Einziehung der öffentlichen Sache, Straße, Festungswerk oder was es sonst sein mag[37]. Sie geht aus von der Behörde, die dem Verwaltungszweige vorsteht, dem die öffentliche Sache zugehört: Straßenverwaltung, Militärverwaltung, Gemeindeverwaltung; aber auch der beliehene Unternehmer kann durch seine Vorstände und Geschäftsführer in dieser Weise über seine Sache verfügen, mit oder ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Es handelt sich um keinen obrigkeitlichen Ausspruch, keinen Verwaltungsakt, so wenig wie bei der Widmung[38].

---

den militärischen Befehlshabern zustehenden obrigkeitlichen Gewalt aus ... (Note 1). Übrigens ist weder im praktischen Bedürfnis noch im positiven Recht ausreichender Anlaß gegeben, die Festungswerke extra commercium zu stellen." Ebenso wohl auch Enneccerus, Bürg. R. I § 46 Ziff. 4. Allein diese Zuversicht konnte man in vollem Maße nur hegen im Polizeistaat; jetzt ist auch unsere Verwaltung rechtlich gebunden, und was sie der öffentlichen Sache noch wahren kann, ist demgegenüber doch nicht viel mehr als eine Art Galgenfrist. Neu erwerben kann man ja immer im Wege der Enteignung. Aber wer eine vernünftige Ordnung nur auf diesem Umwege zu bieten weiß, der sollte sich nicht für einen praktischen Juristen halten.

[37] Der Ausdruck „Einziehung" scheint der gebräuchlichste zu sein, obwohl das Wort auch Konfiskation bedeutet, was natürlich etwas ganz anderes ist. Außerdem sagt man wohl noch: Aufhebung, Aufgabe, Auflassung, Unterdrückung, Ausreihung, Deklassierung, Kassierung.

[38] So wenig wie die Verwaltungstätigkeit zur Eröffnung einer Straße eine „polizeiliche Verfügung" vorstellt (oben Note 27), ist dies der Fall bei der „Ent-

Neben der Einziehung erwähnt man wohl noch als besonderen Endigungsgrund den Fall, daß das Grundstück die erforderliche Beschaffenheit verliert. Allein bei denjenigen Sachen, deren Geeignetheit für den öffentlichen Zweck auf künstlicher Herrichtung und Instandhaltung beruht — und das sind die meisten —, würde es sehr bedenklich sein, jede Vernachlässigung und Verwahrlosung immer schon als Grund ihres Austrittes aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts gelten zu lassen. Es wäre auch gar nicht richtig gedacht, so zu verfahren: schlechte Verwaltung ist immer noch Verwaltung. Die Tatsache, daß der Weg, das Festungswerk usw. in Unstand gekommen ist, wird deshalb richtiger nur soweit hier bedeutsam werden, als daraus der andere Endigungsgrund, die Einziehung, sich ergibt, wofür ja dieser Zustand eine hinreichende Vermutung begründen mag. Wir sehen also darin nur eine stillschweigende Einziehung neben der förmlichen, welche die Regel bildet[39].

Anders scheint es zu stehen bei den natürlichen öffentlichen Sachen. Hier möchte man jedenfalls eine Verschiebung der Grenzen annehmen unmittelbar durch Veränderung der Beschaffenheit: das freiwerdende Gelände bei Änderung des Flußlaufes, des Meeresstrandes, des Seeufers besitzt nicht mehr die Merkmale der öffentlichen Sache. Aber auch der ganze versandete Fluß, der nicht mehr schiffbar ist, sollte aufhören, eine solche zu sein[40]. Der äußerliche Tatbestand würde also hier wirken ohne alle Willensauslegung. Das ist wohl richtiger, als auch hier an eine stillschweigende Einziehung und Aufgabe der öffentlichen Sache zu denken. Wir erhalten dadurch ein Seitenstück zu der Art, wie auch die Entstehung dieser öffentlichen Sachen ihre

---

ziehung der Eigenschaft als Landstraße": O.V.G. 4. Febr. 1901 (Entsch. XXXIX S. 100).

Die Einziehung hat allerdings wichtige Folgen für die Einzelnen, die an der öffentlichen Sache, Straße, Brücke beteiligt sind. Daher schreibt das Gesetz außer der Genehmigung einer höheren Stelle auch wohl ein bestimmtes Verfahren vor, in welchem Einwendungen vorgebracht werden können. So Pr. Zust.Ges. v. 1. Aug. 1883 § 57; Sächs. Ges. v. 2. Jan. 1871 § 14. Dann kann die Einziehung rechtmäßig nur nach Beobachtung dieser Formen geschehen: O.V.G. 9. Mai 1896 (Entsch. XXX S. 226). Die Natur des Rechtsvorganges selbst wird dadurch keine andere.

[39] Eine stillschweigende Einziehung ergibt sich namentlich leicht bei der Wegeverlegung: mit der Ingebrauchnahme des neuen Straßenstückes rechtfertigt sich von selbst der Schluß, daß das alte Stück eingezogen sei: O.V.G. 11. Dez. 1895 (Entsch. XXIX S. 211); Sächs. O.V G. 20. Juni 1908 (Jahrb. XII S. 323).

[40] O.V.G. 5. Jan. 1898 (Entsch. XXX S. 301).

Eigenart bekommt, indem die Widmung von seiten des Staates bei ihnen ersetzt wird dadurch, daß er seine Sache einfach so, wie sie ist, bestehen und wirken läßt. Vgl. oben I n. 2.

2. Wegen der Rechtsfolgen, die sich daran schließen, ist es natürlich wichtig, den Zeitpunkt bestimmen zu können, in welchem die Einziehung erfolgt und wirksam geworden sein soll. Das richtet sich nach der Art, wie der dafür maßgebende Wille des Herrn der öffentlichen Sache zum Ausdruck kommt:

— Geschieht die Einziehung durch förmlichen Beschluß der leitenden Stelle, so wird sie, sofern nicht ein späterer Zeitpunkt bestimmt ist, wirksam in dem Augenblicke, in welchem dieser Beschluß nach außen sich kundgibt. Das kann durch eine Bekanntmachung geschehen, wofür die Formen der Kundgabe der Verordnung oder des Verwaltungsaktes nicht maßgebend sind. Es kann durch den tatsächlichen Vollzug sich zu erkennen geben: Absperrung des Verkehrs bei Straßen, Freigabe des Zutrittes bei Festungswerken.

— Weniger greifbar ist der entscheidende Zeitpunkt bei der stillschweigenden Einziehung, welche in dem Verfallenlassen und Verwahrlosen liegen kann. Der Willensentschluß, auf den es auch hier ankommt, ergibt sich daraus nicht so ohne weiteres; jenes Verhalten muß vielmehr schon so entschieden auftreten, daß eine andere Auslegung, die Annahme bloßer Säumigkeit und der Möglichkeit einer noch vorhandenen Absicht der Wiederinstandsetzung ausgeschlossen erscheint.

— Ähnlich wird es, von außen betrachtet, auch bei den natürlichen öffentlichen Sachen stehen: die tatsächliche Veränderung wirkt nur dann, wenn sie als eine endgültige betrachtet werden darf: die Insel im Fluß, der freigewordene Meeresstrand hört erst auf, zur öffentlichen Sache zu gehören, wenn die neue Gestaltung einen gewissen Bestand zeigt und nicht mehr als bloß vorübergehende Störung angesehen werden kann. Aber dann ist hier dieser Bestand selbst entscheidend, nicht erst eine daran geknüpfte Willensauslegung.

3. Die Bedeutung der Einziehung und des Wegfallens der Eigenschaft einer öffentlichen Sache für das Recht am Grundstück wird eine verschiedene sein, je nach dem Rechtstitel, auf den sein Dienen für die öffentliche Verwaltung bisher gegründet war.

— Beruhte das bisher lediglich auf der Tatsache des öffentlichrechtlichen Besitzes, so hat dieser mit der Einziehung seinen Zweck und Daseinsgrund eingebüßt. Es ist anzunehmen, daß mit

der Einziehung zugleich der Besitz hat aufgegeben werden wollen. Jedenfalls gibt es jetzt eine Polizei der öffentlichen Sache nicht mehr, die ihn hielte; es entsteht eine unbedingte Herausgabepflicht nach bürgerlichem Recht. Die Eigentumsklage gegen den Fiskus kann mit einer Verurteilung zur Herausgabe schließen und führt möglicherweise zur Durchsetzung dieser Herausgabe in Formen der zivilprozeßrechtlichen Zwangsvollstreckung[41].

— Bestand eine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit, auf Grund deren die öffentliche Sache eingerichtet war, so wird sie durch die Einziehung tatsächlich außer Ausübung gesetzt sein. Es kann sich damit ein Verzicht der Verwaltung auf das Recht selbst verbinden; der würde in den durch das bürgerliche Recht vorgeschriebenen Formen zu vollziehen sein. Denn mit dem Wegfall der Verwendung für den öffentlichen Zweck ist die Dienstbarkeit wieder auf den Boden des Privatrechts gestellt worden. Wenn die Verwaltung es vorzieht, nicht zu verzichten, vielmehr die Dienstbarkeit beibehalten will für privatwirtschaftliche Zwecke oder gelegentliche Wiederverwendung im öffentlichen Dienst, dann besteht diese als bürgerlichrechtliche Grunddienstbarkeit vorläufig fort in derselben Weise, wie das in dem nun zu betrachtenden Falle des Eigentums geschieht.

— Der wichtigste Fall ist der, daß die jetzt eingezogene öffentliche Sache in Form des öffentlichen Eigentums der umfassenden rechtlichen Macht ihres Herrn unterworfen war. Dann verliert jetzt dieses Eigentum das, was seine Zugehörigkeit zum öffentlichen

---

[41] Vgl. oben Note 35. E.G. z. Z.Pr.O. § 15 Ziff. 3, welche den Landesgesetzen gestattet, eine Vollstreckung gegen den Fiskus wegen Geldforderungen auszuschließen (vgl. Bd. I S. 399 ff.), beschränkt das ausdrücklich durch den Zusatz: „soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden". Woher der Unterschied? Man hat darauf hingewiesen, daß dort „die schwierige und komplizierte Finanzgebarung der staatlichen und kommunalen Korporationen nicht gestört werden darf" (F. Stein, Just. u. Verw. S. 69). Allein die Wegnahme eines verfügbar gewordenen Grundstücks, für welches man gute Verwendung für neue Verwaltungsgebäude und dergleichen hätte, kann noch „störender" sein. Die Begründung (Hahn, Mot. z. Z.Pr.O. I S. 424) verweist auch auf die zu vermeidende Störung nur rücksichtlich der kommunalen Verbände. Für die Nichtpfändbarkeit „des Fiskus und der Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird", ist, wie Bd. I S. 400 Note 22 bemerkt, einzig die Schicklichkeitsrücksicht hervorgehoben: es wäre „unangemessen". Es leuchtet wohl auch ein, daß der Ehrenpunkt stärker berührt ist, wenn man den Staat auspfändet, als wenn der Gerichtsvollzieher an Stelle der säumigen Behörde den Besitzwechsel an einem Grundstück vollzieht, das ihm ohnedies nicht gehört. Solche Gefühlswerte haben hier ihre Bedeutung.

Rechte bestimmte. Es folgt seiner natürlichen Schwerkraft und unterliegt fortan der Beurteilung nach Zivilrecht.

Der bisherige Eigentümer, Staat, Gemeinde, beliehener Unternehmer, bleibt Eigentümer. Aber die rechtlichen Beziehungen, in welche er als solcher zu anderen Rechtssubjekten tritt, regeln sich fortan nach den Bestimmungen des B.G.B. Das ist es, was wir zivilrechtliches Eigentum nennen[42].

Das darf man sich nicht vorstellen als ein Freiwerden zivilrechtlichen Eigentums von einer öffentlichrechtlichen Last, die darauf ruhte: zivilrechtliches Eigentum hatte bisher niemand an der Sache, und der Eigentümer befreit sie durch die Einziehung nicht von einer Last, sondern ändert nur die Verwendung seiner freibleibenden Sache.

Falsch ist auch die Auffassung des Vorganges als eines Eigentumserwerbsaktes. Vom einseitigen Standpunkte des Zivilrechts aus ist ja wirklich bisher nichts dagewesen, und aus dem Nichts entsteht durch die Einziehung der öffentlichen Sache ein Eigentum, welches es anerkennt und ordnet. Wenn das öffentliche Recht die nämliche fesselnde Kraft der Einseitigkeit auf seine Wissenschaft übte, so würde diese den umgekehrten Satz aufstellen müssen: Eigentum geht unter durch die Einziehung der öffentlichen Sache.

In Wahrheit bleibt das Wesen des Eigentums, die umfassende rechtliche Macht über die Sache, hier unverändert bestehen. Die Regeln für die fernere Ordnung der daran sich knüpfenden rechtlichen Beziehungen allein werden gewechselt. Daß das möglich ist, das ist die Folge der großen Tatsache, daß wir für alle diese Dinge jetzt zwei ebenbürtige Rechtsarten nebeneinander haben, bürgerliches Recht und öffentliches Recht. In der Idee des öffentlichen Eigentums findet sie ihren klarsten Ausdruck[43].

---

[42] Vgl. oben § 35, I.

[43] Bekker, Syst. d. Pand.R. S. 335, der selbst nichts sehnlicher wünschte als von der alten unbefriedigenden halbzivilrechtlichen Lehre loszukommen (vgl. oben § 35 Note 26), hat nur ein großes Bedenken, das ihm die rettende Idee des öffentlichen Eigentums unzugänglich macht: „Der Privatrechtslehrer müßte doch auch anzugeben vermögen, welche anderen Rechte seinem eigenen Eigentum den Platz vorwegnehmen und wieder in sein eigenes Eigentum sich zu verwandeln vermögen." Das, meint er, sei das größte Hemmnis dieser Theorie: „wie aus einem anderen Rechte Eigentum werden kann, ist nicht genügend aufgeklärt". Das Sächsische Oberverwaltungsgericht spricht ihm nach, wenn es als Grund seiner Abwendung von meiner Lehre, außer dem Mangel einer „gesetzlichen Bestimmung" (vgl. oben § 35 Note 19), hervorhebt, „daß noch niemand das Rätsel gelöst hat, wie sich ein derartiges Recht bei Widmung des ihm unterworfenen Grundstücks

§ 37.

Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; der Gemeingebrauch.

Die öffentlichen Sachen dienen der Verwaltung für Zwecke des allgemeinen Wohles. Solche Zwecke werden aber möglicherweise gerade dadurch erfüllt, daß die Sache den einzelnen Menschen im Staate einen Nutzen und Vorteil gewährt. Auch wo diese Art der öffentlichen Dienstleistung nicht den Hauptzweck der Sache ausmacht, kann sie den Einzelnen wenigstens nebenher in solcher Weise zugänglich gemacht werden. Man mag dann von Rechten sprechen, welche den Einzelnen zustehen.

Diese Rechte würden ihnen immer zustehen gegenüber dem Herrn der öffentlichen Sache, dem sie ja eigentlich angehört, dem Träger öffentlicher Verwaltung, der durch sie seine Verwaltung führt. Dementsprechend würde das ganze Verhältnis sich aufbauen müssen auf dem Boden des öffentlichen Rechts; wir hätten an subjektive öffentliche Rechte zu denken.

Allein hier ist zweierlei vorweg in Betracht zu ziehen.

Einmal können den Einzelnen Vorteile der öffentlichen Sache auch zugewendet werden in zivilrechtlichen Formen. Das ist dann der Fall, wenn es sich um Loslösung und Aneignung beweglicher Sachen handelt, die ihrerseits geeignet sind, Gegenstand privatrechtlichen Eigentums zu werden[1]. Der Herr der öffentlichen Sache vollzieht die Überlassung solcher Früchte durch zivilrechtlichen Kauf- oder Pachtvertrag, und der Einzelne, mit dem er solche Verträge schließt, soll nicht bloß Eigentum zivilrechtlicher Art erwerben, sondern erhält auch sofort einen zivilrechtlichen Forderungsanspruch gegen den Überlassenden. In dieser Weise verfügt der Herr der öffentlichen Sache über die Grasnutzung an Wegen, Flußufern und Kanalböschungen, sogar an Festungswerken, wenn er nicht vorzieht, die freie Zeit geeigneter Mitglieder des Soldatenstandes dafür zu verwenden.

---

zu Straßenzwecken ohne besondere gesetzliche Vorschrift plötzlich aus einem privatrechtlichen Institut in ein solches des öffentlichen Rechts verwandelt, und wie umgekehrt bei der Einziehung des öffentlichen Weges das ‚öffentliche' Eigentum ohne weiteres wieder zu einem Bestandteile des Privatrechts wird." — Wir scheiden ja Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches scharf genug. Aber daß Berührungspunkte vorkommen und Umschläge vom einen in das andere, das ist uns eben deshalb nichts Unerhörtes; im Gegenteil: dafür soll ja hier gerade das Auge geschärft werden.

[1] Vgl. oben § 36 S. 123.

Der Obstanhang an den Bäumen längs der Landstraße, die Weidennutzung am Strombette, die Eisgewinnung am Kanal werden in derselben Weise behandelt. Ebenso das Recht der Jagd und der Fischerei. — Nachdem wir festgestellt haben, daß hier ein Umschlag in das Zivilrecht sich vollzieht, gehen uns diese Dinge des weiteren nichts an.

Sodann: Was danach noch übrigbleibt, ohne solchen Seitenweg einzuschlagen, sind also alle die unvergleichlich wichtigeren Vorteile der Einzelnen, bei denen die öffentliche Sache selbst *mit ihrer Körperlichkeit* zu deren Gunsten Benützung findet. Diese sind es, die wir hier unter dem Namen Gebrauchsrechte an der öffentlichen Sache zusammenfassen. Sie stehen alle unter den Ordnungen des öffentlichen Rechts. Sie bedeuten alle rechtlich gesicherte Vorteile der Einzelnen; mehr soll mit dem Namen „Gebrauchsrechte" vorerst nicht gesagt sein. Wieweit es sich um *subjektive öffentliche Rechte* im strengen Sinne des Begriffes (Bd. I § 10) handelt, wird vielmehr im einzelnen noch untersucht werden. —

Diese Gebrauchsrechte an der öffentlichen Sache erscheinen in dreierlei Gestalt: *Gemeingebrauch*, *Gebrauchserlaubnis* und *Verleihung*.

Von dem ersteren ist hier zunächst die Rede.

I. Gewisse öffentliche Sachen, bei weitem nicht alle, sind dem Rechte des *Gemeingebrauchs* unterworfen[8]. Über die hier in Betracht kommenden vgl. oben § 35, V. Was ist das nun für eine Art von Recht?

---

[8] Indem wir hier nur von dem Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen sprechen, scheiden für uns von vornherein aus zwei innerlich ganz anders geartete Fälle:

— Es kann durch die Willkür des Besitzers gewöhnliches Privateigentum dem Publikum zur mehr oder weniger freien Benutzung überlassen sein. Das kann sich dann äußerlich wie ein öffentlicher Weg darstellen; es können auch Strafbestimmungen und Schadensersatzpflichten bei Unfällen zur Anwendung zu bringen sein wie dort (oben § 36 Note 28). Eine öffentliche Sache ist das gleichwohl nicht, und was daran geübt wird, hat mit unserem Gemeingebrauch nichts zu tun: O.V.G. 13. März 1899 (Entsch. XXXV S. 295); O.V.G. 23. Okt. 1905; O.L.G. Dresden 29. Aug. 1906 (*Reger* XVIII S. 182); R.G.Stf.S. 7. Jan. 1909 (*Reger* XXX S. 314), 26. April 1909 (*Eger*, Eisenb.Entsch. XXVI S. 164).

— Die Gesetze haben eine Art Gemeingebrauch an Privatflüssen anerkannt, übernommen aus älteren Anschauungen und Gewohnheiten, die noch in die Allmendzeiten hineinreichen. Soweit damit eine Benutzung des Bachbettes verbunden ist, bedeutet das gesetzliche Eigentumsbeschränkungen im Sinne des B.G.B. § 904 ff. Insofern auch dieser „Gemeingebrauch" der Regelung der Verwaltungsbehörde

Die öffentliche Sache hat, wie wir sahen (oben § 35, II), ihre Geschichte hinter sich und, wenn wir vom altrömischen Rechte absehen, auf deutschem Boden allein schon mehrfachen Wechsel der Auffassung erfahren. Dem entsprechen auch verschiedene Auffassungen vom Rechte des Gemeingebrauchs, die jede noch ihre Spuren im juristischen Denken unserer Zeit aufweisen.

1. Die erste Stufe bildet die Allmend, getragen von der genossenschaftlichen Idee (oben § 35, II n. 2). Wege, Plätze, Brücken, Gemeindebrunnen sind genossenschaftliches Eigentum. Die Mitglieder des örtlichen Verbandes, indem sie solches für sich benutzen, üben nur ihr unmittelbares genossenschaftliches Recht daran aus. Hier haben wir also ein wirkliches subjektives Recht des Gemeingebrauchs und einen fest abgegrenzten Kreis von Trägern dieses Rechts, von Berechtigten. Wenn diese andere noch mitgenießen lassen, so ist es ihre Sache.

Von dort aus zieht sich nun bis in die Gegenwart hinein eine Kette von Versuchen, das Recht des Gemeingebrauchs in der gleichen Weise zu begründen und zu erklären. Da aber die öffentlichen Sachen der Gegenwart nicht mehr Allmend, nicht mehr genossenschaftliches Gut sind, so gerät man bei der Abgrenzung des Kreises des Berechtigten in reine Willkür und offenbare Unstimmigkeiten.

Der Gemeingebrauch soll ein Mitgliedschaftsrecht sein, beruhend auf der Mitgliedschaft in dem Gemeinwesen, dem jetzt die öffentliche Sache zugehört, also auf dem Staatsbürgerrecht oder, bei gemeindlichen Sachen, auf dem Gemeindebürgerrecht[3]. Die anderen, die Staatsfremden, Gemeindefremden wären also

---

unterstellt ist, bedeutet das wieder eine der Übertragungen öffentlichrechtlicher Rechtsinstitute in das privatwirtschaftliche Gebiet, auf welche oben § 33 S. 2 f. verwiesen wurde. Vgl. Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 22; Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 12; Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 25.

[3] Dernburg, Preuß. Priv.R. I S. 597: „Die Benutzung der Gemeindewege ist ein Recht der Gemeindemitgliedschaft". Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44, IV, 1 S. 38 u. 46: Die Benutzung der öffentlichen Sachen des Staates steht den Einzelnen zu „nicht kraft eines persönlichen Privatrechts", sondern „kraft ihres Bürgerrechts". Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 23: „Gegenüber allen juristischen Personen, welche öffentliche Sachen besitzen, hat der Einzelne das Recht der Benutzung als Glied der Gesamtheit." Gierke, D. Pr.R. II S. 25: Das subjektive Recht auf Teilnahme am Gemeingebrauch gebührt „jedem Staatsgenossen, in anderen Fällen nur jedem Mitgliede einer Gemeinde oder einer sonstigen öffentlichen Körperschaft. Immer aber fließt es für den Einzelnen unmittelbar aus seiner Gliedstellung im gesellschaftlichen Körper". — Dagegen mit Recht Hawelka. Rechte an öff. Wegen S. 86.

eigentlich ausgeschlossen. Da das nun tatsächlich nicht der Fall ist, so pflegt man außerhalb der Begriffsbestimmung noch einen Zusatz zugunsten der Nichtbürger zu machen. Diese haben nämlich ganz das Gleiche, und der ganze Trennungsstrich muß sich höchstens etwa rechtfertigen lassen durch die Bemerkung, daß diese Gleichstellung möglicherweise einmal doch nicht stattfinden könnte, sondern eine Zurücksetzung der Nichtbürger einträte. Das ist natürlich kein haltbarer Standpunkt mehr[4].

Die Folgerichtigkeit führt dahin, den Ring zu durchbrechen und die Trägerschaft des Rechts auf einem freieren und weiteren Felde zu suchen, wie es der Wirklichkeit entspricht. Da wird dann berechtigt zum Gemeingebrauch das „Publikum“ oder die „Menschengesellschaft“, genauer gesagt — denn das sind keine Rechtssubjekte — jeder Einzelne, der zu diesen Massen gehört[5]. Was das heißt, ist aber leicht zu sagen. Wenn man ganz einfach und ehrlich sein will, spricht man es aus und sagt: Berechtigt zum Gemeingebrauch ist jedermann[6].

---

[4] Gierke a. a. O. Note 19 fügt seinem im Text aufgestellten strengen Mitgliedschaftsrecht alsbald die Milderung hinzu: „Allerdings werden auch Fremde zum Mitgebrauche verstattet.“ Ganz richtig ist auch die beigefügte Bemerkung: „Ihre Zulassung beruht aber auf der Gleichstellung mit den Staatsangehörigen.“ Damit hört aber eben der Gemeingebrauch auf, ein Vorrecht der Staatsangehörigen zu sein. Vergeblich der Versuch der weither geholten Unterscheidung: Der einzelne Fremde habe „schon deshalb, weil er kein Recht auf Aufenthalt im Staatsgebiet hat, kein festes Recht auf den Gemeingebrauch“. Dann hätte er wohl auch kein „festes Recht“ auf den gemieteten Sperrsitzplatz im Theater! — Kloess, Die allg. Sachen S. 26, hat in ähnlicher Weise im Text den Gemeingebrauch nur „allen Staatsuntertanen“ freigegeben, um dann in Note 1 mildernd zu bemerken: „Gebietsangehörigen Ausländern steht das öffentliche Gebrauchsrecht nicht zu; gleichwohl werden ihnen die gleichen Vergünstigungen gewährt wie den Staatsangehörigen.“ Also! — Vgl. auch Regelsberger, Pand. I S. 419.

[5] Das Publikum spielt seine Rolle als Gemeingebrauchsberechtigter bei Wappäus, Dem Rechtsverk. entzog. Sachen S. 112 u. 113. Bei Ihering, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit S. 38, wird es ja deshalb geradezu zum Eigentümer der öffentlichen Sache. Vgl. auch O.Tr. 12. Juni 1852 (Str. IV S. 244), 28. März 1873 (Str. LXXXVIII S. 341); Oertmann, Bayr. Landespr.R. S. 397 ff. Auch die Franzosen drücken sich gern so aus; Proudhon, Dom. publ. I n. 220: „un droit d'usage ou d'usufruit établi sur ce fonds au profit du public“. Vgl. über diese Dinge Hawelka, Rechte an öff. Wegen S. 88.

[6] R.G. 12. Juni 1882 (Reger III S. 93): „Das an öffentlichen Wegen jedermann zustehende Recht“. Bekker, Pand. I S. 341: „Rechte, die allen zukommen“. Sarwey, Öff. R. u. Verw.R.Pfl. S. 429. — Fleiner, Instit. S. 349, führt den Gemeingebrauch zurück auf einen „allgemeinen Anspruch der Gebietsangehörigen“. Die Gebietsangehörigen, die bei Kloess erst in zweiter Linie erscheinen nach den Staatsangehörigen, die eigentlich allein berechtigt sein sollten (vgl. oben Note 4).

Es ist klar, daß damit die ursprüngliche Idee des genossenschaftlichen Rechts völlig verloren und aufgegeben ist.

2. Neben der genossenschaftlichen Auffassung hat sich schon frühzeitig auch für die Behandlung der öffentlichen Sachen die „herrschaftliche" geltend gemacht. Im Polizeistaat vollendet sie sich. Die öffentliche Sache gehört der Obrigkeit, dem Staat, der darüber verfügt. Er kann auch zugunsten der Untertanen, subditi perpetui und temporarii, darüber verfügen. Der Gemeingebrauch ist eine Wohltat, die er ihnen erweist: er gestattet ihnen solche Benutzung. Er tut das in ähnlicher Weise, wie er dem Publikum Lustgärten, Kunstsammlungen, schließlich auch Schulen, Krankenhäuser, Sparkassen zugänglich macht, mit oder ohne Entgelt von seiten der Benutzenden. Die Straße, der Fluß, der Meeresstrand sind große Anstalten, die in solcher Weise verwaltet werden. Die Bedingungen und Maßgaben der Benutzung setzt der gewährende Staat[7]. Die Form des Rechts wird in der bekannten Weise hergestellt, daß der Fiskus als Eigentümer gedacht ist; der eigentliche Staat steht über ihm wie über den Benutzenden und sorgt, daß auch den letzteren ihr Teil werde, immer selbstverständlich, soweit er ihnen das verstatten zu können glaubt[8].

---

kommen also hier sofort und ursprünglich. Sie scheinen mir aber auch nichts anderes zu sein als „jedermann". Denn daß der Russe, wenn er an der Weser Gemeingebrauch ausüben will, sich erst „gebietsangehörig" machen muß, scheint mir selbstverständlich, und ebenso kann der Deutsche den Gemeingebrauch dort nicht ausüben, solange seine Gebietsangehörigkeit sich nicht einigermaßen mit der jenes Stromes deckt. Solche tatsächliche Möglichkeiten sind aber doch bei der Fragestellung immer vorausgesetzt; es hat keinen Zweck, noch etwas Besonderes daraus zu machen.

[7] Die Ausdrucksweise unserer großen Gesetzbücher des Polizeistaates ruht auf dieser Anschauung. A. L.R. II, 15 § 7: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortbewegen seiner Sachen gestattet." Dieses „ist gestattet", soweit es mehr sagt als „steht frei", bedeutet keine Rechtsvorschrift, sondern die Bekundung einer Rechtsanschauung. Anschütz, Entschäd.Anspr. S. 110 Note, erklärt, sich über diesen Satz des A. L R. nicht so leicht hinwegsetzen zu können wie ich. Es ist eben überhaupt nicht immer leicht, von den Anschauungen des Polizeistaates loszukommen. — Österr. B.G.B. § 287: „Jene (Sachen), die ihnen (allen Mitgliedern des Staates) nur zum Gebrauch verstattet werden, heißen öffentliches Gut." — Vgl. auch Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 337: „Die Benutzung der Straße ist die Ausübung einer von der Staatsgewalt eingeräumten Befugnis." Burkhardi in Ztschft. f. Reichs- u. LandesR. I S. 107. Von Älteren vor allem Maurenbrecher, D. Pr.R. § 156.

[8] Wie das gedacht ist, zeigt R.G. 23. Febr. 1880 (Entsch. I S. 366); vgl. oben § 35 Note 16 a. E. — Die Gewährung des Gemeingebrauchs wird auf diesem

Die Juristen bemühen sich, dem daraus fließenden Vorteil der Einzelnen ein privatrechtliches Gewand anzuziehen, wobei die gewohnten Rechtsbegriffe in der kühnsten Weise gedehnt und gestreckt werden müssen[9]: wenn hier ein Recht ist, so ist es eines von Polizei-Gnaden, das als solches den Namen nicht verdient. —

Auch davon ist in der Gegenwart eine Nachwirkung geblieben, weniger in der wissenschaftlichen Lehre als in der tatsächlichen Handhabung des Rechts der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch; vgl. unten II n. 3.

3. Unser Verfassungs- und Rechtsstaat, der überall der öffentlichen Gewalt rechtliches Maß und rechtliche Bindung zu setzen bestrebt ist gegenüber den Einzelnen, hat auch der Lehre vom Gemeingebrauch einen neuen Antrieb gegeben, die Forderung eines richtigen subjektiven Rechts der Einzelnen zu erheben. Allein man muß sich auch hier wieder hüten vor der Schablone. Rechtsordnung und Rechtssicherheit kann auch in anderer Weise als durch ausgeprägte subjektive öffentliche Rechte ausreichend gewahrt sein (vgl. Bd. I S. 116). Ob der Gemeingebrauch ein solches heutzutage wirklich vorstellt, bleibt immer noch die Frage.

Da ist denn vor allem nicht zu übersehen, daß äußerlich kaum etwas geändert zu sein scheint gegenüber den Rechtsbestimmungen des Polizeistaates, für welche wir soeben ein subjektives Recht verneinten. Die alten Gesetzestexte sind geblieben, und die neueren Gesetze über Wasserrecht und Wegerecht weichen in ihren Ausdrücken über den Gemeingebrauch davon nicht wesentlich ab.

Umwege eine gebundene; Maurenbrecher, D. Pr.R. § 156: „Öffentliche Sachen sind Staatseigentum, aber den Gebrauch muß der Staat den Untertanen überlassen.“ Der Staat, das ist hier natürlich der Fiskus.

[9] Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 174: „ein dingliches, einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnliches Recht“; S. 175: „Quasiservituten mit der wesentlichen Verschiedenheit von eigentlichen Servituten, daß sie ohne weiteres erlöschen, sobald die Gemeinde den Gemeingebrauch aufhebt.“ Vorsichtiger Bekker, Pand. S. 342: „Das Objekt des Rechts im vorliegenden Falle ist eine Sache, das Recht selber also ein dingliches. Es ist aber ein Recht besonderer Art, da es vom Einzelnen nicht erworben noch verloren, folglich auch nicht übertragen werden kann“; S. 343: „Mit der Aufhebung des Gemeingebrauchs erlöschen diese Rechte ohne weiteres“. Regelsberger, Pand. I S. 422: „Ein Privatrecht, genauer ein Sachenrecht eigentümlicher Art“. — Die Franzosen drücken sich manchmal auch noch ähnlich aus; Proudhon, Dom. public. I n. 16: „ils (ces immeubles) sont affectés au profit de tous à un véritable droit d'usage, de servitude personnelle, dont l'exercice est réglé par la police.“ Mit dem Worte droit darf man es allerdings bei ihnen schon gar nicht genau nehmen.

Die ursprüngliche genossenschaftliche Auffassung bleibt nach wie vor unmöglich.

Das Subjekt, welches als Rechtsträger in Betracht käme, ist immer noch der unmögliche „jedermann".

Die tollen zivilrechtlichen Konstruktionen von servitutarischen Rechten dieses jedermann an den Grundstücken, die der Staat dafür bereit stellt, und die dann so lange dauern, bis es dem belasteten Staat beliebt, sie nicht mehr bereit zu stellen, sind nicht besser geworden: die sogenannten Gebrauchsrechte haben auch kein richtiges Objekt.

Ihrem Inhalt nach sind sie nach wie vor nichts anderes als Möglichkeiten, sich an der Sache zu betätigen, ohne etwas wie ein Besitz daran und ohne Verfügungsmacht darüber, insofern immer noch ganz gleich den „Verstattungen" des alten Polizeistaates.

Das einzige Neue ist, daß diese Möglichkeiten jetzt eine gesicherte Rechtslage erhalten haben, entsprechend der Hebung, die den Lebensäußerungen des Menschen im neuen Staat überhaupt zuteil geworden ist. Es gibt jetzt einen gewissen Kreis solcher Lebensäußerungen, der als natürlich und selbstverständlich angesehen wird der Art, daß auch die öffentliche Gewalt ihn zu achten hat und in ihn eingreifen darf nur in der Kraft des Gesetzes. Was dahin gerechnet wird, bezeichnen wir als die dem Menschen im Staate zukommende Freiheit. Nun ist es Tatsache, daß zu dieser Freiheit auch gerechnet wird die bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Sachen, welche dem Gemeingebrauch gewidmet sind und so lange sie das sind. Daran knüpft sich dann auch der besondere Freiheitsschutz des Rechts- und Verfassungsstaates[10].

Das ist das Neue. Nur das. Um ein subjektives öffentliches Recht handelt es sich nach wie vor nicht. Aber aus der Eigenschaft des Gemeingebrauchs als eines Stückes der verfassungsmäßig gewährleisteten Freiheit des Menschen im Staate ergeben sich jetzt Folgerungen, die der Polizeistaat nicht kannte und die den Gemeingebrauch zu einem rechtlich wohlgesicherten Vorteil des Einzelnen erheben[11].

---

[10] Vgl. oben Bd. I S. 71 ff. Die auf solche Weise den Einzelnen gesicherte Lebensbetätigung gehört nicht bloß dem Staatsbürger: es sind „Menschenrechte". Daher die Vergeblichkeit der Versuche, den Gemeingebrauch genossenschaftlich zu beschränken; vgl. oben Note 4.

[11] Sarwey, Öff. R. u. Verw.R.Pfl. S. 429 ff.: „wenn jemand von der Teilnahme an den Einrichtungen des menschlichen Lebens, die allgemein jeder Person

II. Gemeingebrauch ist die in die Freiheit des Einzelnen gestellte bestimmungsmäßige Benutzung der solchem Dienste gewidmeten öffentlichen Sachen.

Der Inhalt des Gemeingebrauchs ergibt sich demnach in erster Linie aus dem Zweck der zu benutzenden Sache, für welchen sie zur Benutzung steht. Dieser wird erkennbar durch die äußerliche Beschaffenheit, in welcher sie erscheint und unterhalten wird. Dazu kommen ausdrückliche Erklärungen der öffentlichen Gewalt: Rechtsvorschriften können versuchen, das Nähere zu bestimmen; auch der Herr der öffentlichen Sache kann seiner Widmung genauere Bezeichnungen des Zweckes mitgeben.

Alles das würde nicht ausreichen, um den Inhalt des Gemeingebrauchs für seine Ausübung und für die obrigkeitliche Handhabung seines Rechts mit der nötigen Bestimmtheit zu versehen. Die Beschaffenheit der Sache läßt natürlich ein weites Spiel; die ausdrücklichen Erklärungen der Gesetze und anderen obrigkeitlichen Vorschriften aber sind hier dazu verurteilt, Stückwerk zu bleiben; sie kommen nie über die Hervorhebung einzelner wichtiger Beispiele

---

als solcher zustehen, ohne zureichenden Grund ausgeschlossen wird", ist das Nichtanerkennung der Persönlichkeit und als solche Rechtsverletzung. „Es gehört dahin der Gebrauch der öffentlichen Wege, des öffentlichen Wassers usw." Geschieht der Ausschluß des Einzelnen durch Verfügung der Verwaltungsbehörde, so ist das eine Verletzung seiner Persönlichkeit, „ein rechtlich unbegründeter Eingriff in ein subjektives Recht". Die Freiheit nach dieser zutreffenden Schilderung besteht also gegenüber jedermann, nicht bloß gegenüber der Verwaltung. Wenn sie bei Sarwey zuletzt doch wieder als subjektives Recht bezeichnet wird, so ist das offenbar in sehr uneigentlichem Sinne gemeint. — So etwas Uneigentliches ist ja auch das am eifrigsten von Kohler vertretene „Individualrecht"; ganz folgerichtig rechnet er denn auch den Gemeingebrauch darunter: Autorrecht S. 130 u. 133. — Sehr bezeichnend ist auch, daß man häufig, um nicht zu sagen, daß der Gemeingebrauch ein richtiges Recht sei, ausweicht und ihn einen „Anspruch" oder eine „Befugnis" öffentlichrechtlicher Art nennt. Daran merkt der Zivilist sofort, daß es mit diesem Rechte doch nicht so ganz in Ordnung sei. So Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 337: „kein Privatrecht, sondern ein verwaltungsrechtlicher Anspruch"; ebenda 1874 S. 43: „kein klagbares Privatrecht, sondern bloß (!) eine administrative Befugnis". R.G. 23. Febr. 1880 (Entsch. I S. 366): „eine öffentlichrechtliche Befugnis"; 23. Juni 1900 (Entsch. XLVI S. 297): „öffentlichrechtliche Befugnis". Jellinek, in Verw.Arch. V S. 311, hält mir vor: „Den Anspruch auf den Gemeingebrauch führt er zurück auf ein dem Menschen als solchem zustehendes Recht ... Dieses Recht unterscheidet sich aber in nichts von jedem der von Mayer verworfenen Grundrechte." Letzteres ist allerdings auch meine Meinung. Die sogenannten Freiheitsrechte halte ich für keine Rechte im richtigen Sinne (oben Bd. I S. 110 f.), und eben deshalb gehen auch meine von Jellinek angezogenen Ausführungen (Bd. II S. 116 der 1. Aufl.) in Wahrheit dahin, daß ein Recht auf den Gemeingebrauch nicht bestehe.

hinaus. Das hat auch seinen guten Grund. Ist das Recht des Gemeingebrauchs nichts anderes als ein Stück der Freiheit des Menschen im Staate, so teilt es mit diesem Begriff die Eigenschaft, abhängig zu sein in seinem Umfang von Sitte und Gewöhnung. Freiheit ist, was die herrschende Meinung an diesem Ort und zu dieser Zeit dafür hält. Aus der Übung allein ist das schließlich zu erkennen: Übung der Benutzenden, die alle, sowie sie in die Lage kommen, unbedenklich zu solcher Gebrauchsart greifen, anderer sich regelmäßig enthalten, auch wo sie nahe läge; Übung der Verwaltungsbehörden, die jenes geschehen lassen und diesem wehren; Übung auch der Gerichte, die auf solche Weise bei Handhabung der auf Mißbrauch gesetzten Strafen ihre unzulänglichen Rechtsnormen zu ergänzen wissen [12].

Das ist kein Gewohnheitsrecht. Mit diesem Ersatzmittel juristischen Denkens haben wir auch hier wieder nichts zu tun. Es ist lediglich eine Entfaltung des dem Gemeingebrauch zugrunde liegenden Freiheitsbegriffes; dieser ist nachzugehen und ihrer Beobachtung das geltende Recht zu entnehmen.

Sein Formenreichtum spottet allerdings jeder erschöpfenden Aufzählung. Wenn wir hier Einzelheiten geben, so geschieht es nur, um das ganze Rechtsinstitut anschaulicher zu machen.

— Den weitaus wichtigsten Gegenstand des Gemeingebrauchs bilden die öffentlichen Wege. Sie sind selbst unter sich nicht gleichartig. Es gibt Wege für alles: Landstraßen z. B. Es gibt Wege mit beschränktem Zwecke: Fußpfade, Reitwege, Radfahrwege, bald auch Kraftwagenstraßen. Es gibt zusammengesetzte Wege: Fahrstraße in der Mitte, links und rechts Bürgersteig, dazwischen vielleicht noch ein Reitweg oder ein Radfahrweg. Auch der beschränkte Zweck bedeutet noch Gemeingebrauch. Aber nur bei den allgemeinen Straßen, Landstraßen, Dorf- und städtischen Straßen mit oder ohne Bürgersteig bekundet er seine ganze Fülle.

Den Gemeingebrauch an Landstraßen scheint A.L.R. II, 15 § 7 zusammenfassen zu wollen in der Bestimmung, daß sie jedem verstattet sind „zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen". Wir würden uns aber schwer beengt fühlen, wenn die ganze Poesie der Landstraße in diesen Rahmen gezwängt werden müßte. Am

[12] Es verhält sich hier ähnlich wie bei der Abgrenzung des Gebietes der Freiheit gegenüber der allgemeinen Sicherheits- und Ordnungspolizei, wo ebenfalls Sitte und Gewöhnung ihre Rolle spielen. Vgl. oben Bd. I S. 225 ff. Auch hier steht ja schließlich die im Gemeingebrauch erscheinende Freiheit der Polizei der öffentlichen Sache gegenüber.

meisten würde das der Fall sein, wo die Landstraße eine Ortschaft durchzieht. Alle Ortsstraßen sprengen völlig einen solchen Rahmen. Man hat eine erschöpfende Formel zu geben geglaubt, wenn man von der Straße sagte: sie diene dem allgemeinen Verkehr. Das ist gewiß ein Hauptpunkt oder der Hauptpunkt. Der sogenannte Marktverkehr ist freilich schon etwas ganz anderes. Aber Gemeingebrauch ist es auch, wenn die gesprächigen Hausfrauen sich begegnen und nun für längere Zeit auf den allgemeinen Verkehr verzichten, oder wenn das Zimmermädchen den Dachshund des Abends noch einmal auf die Straße begleitet ohne jede Verkehrsabsicht.

Ganz losgelöst vom Begriff des allgemeinen Verkehrs erweist sich der Gemeingebrauch in den mancherlei Vorteilen, die er durch die Straßen den angrenzenden Grundstücken gewähren läßt, vor allem den bebauten und hier wieder vorzugsweise den Wohngebäuden innerhalb der Ortschaften[13].

Der Zugang zum Hause wird von der Straße her genommen, Türen und Tore sind nach dieser hin angebracht; es bezieht von dort Licht und Luft und öffnet dahin seine Fenster; sein Wasserablauf wird dahin gerichtet. Alles ohne besonderen Rechtstitel, schlechthin auf Grund des Rechts des Gemeingebrauchs, dem die öffentliche Sache dient[14].

---

[13] Nicht jede öffentliche Straße ist auch dieser Art von Gemeingebrauch zugänglich; es kommt auf die ausdrückliche oder stillschweigende Widmung an. Je nachdem ist es eine „Baustraße“ oder nicht: Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XXI S. 228; XXII S. 221. Pr. Ges. v. 2. Juli 1875 § 15 Abs. 1: „wenn solche zur Bebauung bestimmt ist“. Sächs. O.V.G. 27. Aug. 1904 (Jahrb. VI S. 272): „Staatsstraße nur dem Verkehr, nicht dem Anbau zu dienen bestimmt“.

[14] Für das alles gilt der Grundsatz in O.V.G. 10. Mai 1897 (Entsch. XXXII S. 213): „Die Benutzung eines öffentlichen Weges durch die Anlieger beruht der Regel nach auf keinem anderen und weitergehenden Rechtsgrunde als die Benutzung der öffentlichen Wege durch jedermann, der an solcher Benutzung ein Interesse hat.“ — Bekker, Pand. S. 341 ff., unterscheidet Rechte, die ohne weiteres aus dem Gemeingebrauch hervorgehen und deshalb allen zukommen, und Vorzugsrechte, „die den Gemeingebrauch nur zur Voraussetzung haben, übrigens besonders erworben werden müssen und also auch nur denen zukommen, die sie erworben haben“. Das sind vor allem die hier oben genannten „Anliegerrechte“, eigentlich auch nur „eine Reihe von Vorteilen, Nutzungen aus dem Gemeingebrauch“, aber man erwirbt sie doch erst durch das Eigentum an einem Anliegegrundstück; daher Vorzugsrechte, weil sie „dem Nichteigentümer niemals ebenso zukommen können . . . Unter anderem die Möglichkeit, usw.“. Nun ist ja klar, daß, wer nicht Hausbesitzer ist, auch keine Möglichkeit hat, Fenster nach der Straße zu besitzen. Allein in der gleichen Weise hat auch nur der Wagenbesitzer die Möglichkeit, auf der Straße zu fahren, der Pferdebesitzer die Möglichkeit,

Sodann wird der zur Straße gehörige Luftraum vom Wohngebäude aus mit allerlei Vorkehrungen in Anspruch genommen: Blumenbretter, Fahnen, Vogelkäfige werden über ihr angebracht, Fensterladen, Stellvorhänge spielen darüber her — alles unerlaubt gegenüber einem Privatgrundstück, befugter Gemeingebrauch gegenüber der Straße[15].

Der Straßenboden selbst vor dem Hausgrundstück wird in einer Weise in Anspruch genommen, die mit dem Verkehr nichts mehr zu tun hat. Wagen halten daselbst und werden abgeladen, Brennholz wird niedergelegt, vielleicht auch klein gemacht, Kohlen werden zum Kellerloch eingeschaufelt. Das kann sogar verkehrsstörend werden; wenn es zu arg wird, schreitet man auch wohl dagegen ein, im übrigen geschieht es ohne Erlaubnis kraft selbstverständlichen Gemeingebrauchs[16].

---

darauf zu reiten. Sollten die gleichfalls Vorzugsrechte im Gemeingebrauch „erworben" haben? Es handelt sich offenbar auch hier wieder bloß um eine tatsächliche Voraussetzung für die Ausnutzung der durch den Gemeingebrauch eröffneten rechtlichen Möglichkeiten — ein vollwichtiges Seitenstück zu dem oben Note 6 erörterten unnützen Begriffsmerkmal der „Gebietsangehörigkeit". — Wie eine Art „Vorzugsrecht" kann es manchmal aussehen, wenn der Anlieger eine Benutzung an der Straße ausübt, die jeder andere auch machen könnte, aber nicht machen darf. Der Anlieger darf z. B. über den Bürgersteig in sein Anwesen fahren, der dem durchgehenden Verkehr zum Fahren nicht dient. O.V.G. 30. Juli 1883 (Entsch. XXVIII S. 196); 27. Febr. 1908 (Entsch. LII S. 320): „Ein den gewöhnlichen Gemeingebrauch übersteigender Gemeingebrauch". Aber auch dieses ist, wie das ganze Anliegerrecht, nicht eigentlich ein bevorzugter Gemeingebrauch, sondern nur eine andere Seite des allgemeinen.

[15] Ubbelohde, Glück Pand. Bd. 43 u. 44 S. 111, berichtet über einen Rechtsfall, wo der Anlieger die Stockwerke seines Gebäudes über die Straße soll vorspringen lassen dürfen, weil der Straßeneigentümer ja auch „Fahnen, Marquisen, auswärts schlagende Fenster" dulden müsse. Das letztere ist richtig: es ist im Gemeingebrauch begriffen. Der Vorbau hat eine andere Natur; vgl. unten § 38. Hier sind eben die Grenzlinien wohl zu beachten.

[16] Stf.G.B. § 366 Ziff. 9 bedroht seinem Wortlaut nach ganz unbedingt mit Strafe, „wer auf öffentlichen Wegen ... Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt". Das Wort „unbefugt" ist gleichwohl zu ergänzen, und der Gemeingebrauch deckt, soweit er eben reicht. Olshausen, zu Stf.G.B. § 366 Ziff. 9b, führt ein Erkenntnis des O.L.G. Darmstadt v. 28. Nov. 1889 an, wo Freisprechung erfolgte, „weil die durch das Haltenlassen des Fuhrwerkes in einer engen Sackgasse bedingte Verkehrsstörung nicht länger dauerte, als zur Abladung des Heues nötig war". Die nämliche Verkehrsstörung durch die haltende Droschke ist straflos, wenn sie mit dem abzuladenden Gepäck zusammenhing, und strafbar, wenn mit dem Frühschoppen des Kutschers oder mit einer anderweit von diesem unternommenen Geschäftsbesorgung: Bayr. Obst. L.G. 7. Febr. 1901 (Reger XXIII S. 142).

Gerade für diese Benutzungen des Raumes auf der Straße vor den Häusern läßt sich gar keine allgemeine Regel aufstellen. Hier ist alles örtlich-sittlich und soweit Recht. Je kleiner, je altmodischer die Ortschaft ist, desto stärker wirken Anschauungen aus der ursprünglichen Allmendzeit noch nach. Ein großer Teil des Lebens der Bevölkerung spielt sich auf der Straße ab. Man läßt allerlei Geräte, Karren und Fässer da herumstehen, stellt sich des Abends Bänke vors Haus, um Luft zu schnappen, der Handwerksbetrieb findet teilweise auf der Straße statt, wie nicht minder die Kindererziehung. Die neu angelegten Straßen sind weit strenger abgeschlossen gegenüber der Freiheit des Privatlebens, sie dienen immer ausschließlicher nur dem wirklichen Verkehr und dem was einigermaßen damit zusammenhängt. Innerhalb ein und derselben Stadt zeigt der Gemeingebrauch Verschiedenheiten, je nachdem man die Altstadt betrachtet oder die Neustadt. Das Übliche, Herkömmliche, Gewohnte, die gemeine Anschauung über die Grenzen der Freiheit ist alles. Mit Gewohnheitsrecht, Ersitzung und allen sonstigen formellen Rechtstiteln ist hier nicht auszukommen[17].

— Von den übrigen öffentlichen Sachen stehen Plätze und Brücken den Straßen am nächsten, der Gemeingebrauch ist hier ähnlichen Inhalts. Nur ist er bei den Brücken strenger auf den eigentlichen Verkehr beschränkt: viele Dinge sind schon demnach

[17] Es kommt vor, daß der alte ausgedehntere Gemeingebrauch sich nur an der einen oder anderen Stelle noch tatsächlich aufrechterhält. Das gibt dann für die Gerichte, welche die Sache nicht einfach geschichtlich verstehen wollen, Schwierigkeiten der Konstruktion. Bl. f. adm. Pr. 1886 S. 129 ff. bringen den Fall: Ein Schmied hielt vor seinem Hause eine Hufbeschlagbrücke. Das O.L.G. sagt: „Nach alter deutscher Rechtsanschauung wird der längs der Häuser hinziehende Fuß- oder Bürgersteig als Teil der Straße behandelt", aber vielfach ist den Handwerkern gestattet, darauf zu arbeiten, freilich nur „begünstigungsweise"; es meint, das sei ein precarium, das, wie jeder Vertrag, auch stillschweigend möglich sei. Der Rechtsbeistand des Schmiedes behauptete eine Servitut. Der Schmied selbst hatte offenbar die Straße „nach alter deutscher Rechtsanschauung" noch als Allmend behandelt. Das war als im Gemeingebrauch begriffen anzusehen, solange nicht die Polizei der öffentlichen Sache mit ihren Ordnungen dagegen eingeschritten ist, um den Erfordernissen des neuen Verkehrs gerecht zu werden. Vgl. unten III n. 2. — R.G. 16. Febr. 1887 (Reger VIII S. 309) behandelt den Fall, wo ein Hausbesitzer auf der Straße vor seinem Hause Wagen und Ackergeräte aufzustellen pflegt. Das Reichsgericht findet, daß das kein Gemeingebrauch sei, da es sich um eine „dauernde und vorzugsweise Nutzung" handle, die nicht im Gemeingebrauch enthalten sein könne; es nimmt deshalb, nicht ohne Bemühung, die Ersitzung eines dinglichen Rechts an der Straße an. Aber andere Ortsbewohner machen es wohl auch so oder machten es früher so. Es ist einfach ein Rest alten ausgedehnteren Gemeingebrauchs, was man da vor sich hatte.

hier ausgeschlossen, namentlich aber auch aller Gemeingebrauch, der mit angrenzenden Wohngebäuden zusammenhängt. Umgekehrt ist der Platz geneigt, noch zugänglicher zu sein für allerlei Benutzung als die eigentliche Straße; das äußert sich aber mehr in besonderen Gebrauchserlaubnissen (unten § 38) als in Erweiterung des Gemeingebrauchs.

— Bei den Strömen, schiffbaren Flüssen, natürlichen Wasserstraßen ist die Schiffahrt, einschließlich Floßfahrt, das wichtigste Stück des Gemeingebrauchs, dem Range nach allem anderen vorgehend. Dazu kommt aber noch das Schöpfen, Trinken, Viehtränken, Waschen, Baden, Schwimmen, Schlittschuhlaufen, Durchwaten und die mancherlei Benutzung der dazu gehörigen Ufer. Eine erschöpfende Aufzählung wird nicht zu geben sein. Man möchte sagen: es liegt alles noch im Gemeingebrauch, was nicht Besitzergreifung von festen Stromteilen oder Zerstörung bedeutet oder besonders verboten ist. Wir erhalten auch von den Gesetzen, die sich damit abgeben, niemals einen bestimmten Umfang des behaupteten subjektiven Rechts von jedermann, sondern wieder nur gewisse Anwendungsfälle einer sich entfaltenden, auf allgemeiner Anschauung beruhenden Freiheit[18].

— Die Schiffahrtskanäle stehen den Strömen gleich, insofern auch bei ihnen die Schiffahrt Hauptgegenstand des Gemein-

---

[18] Bayr. Wasser.Ben.Ges. v. 28. Mai 1852 Art. 9 versucht aufzuzählen: „Der Gebrauch des Wassers aus öffentlichen Gewässern durch Schöpfen, Baden, Waschen und Tränken ist jedem unverwehrt." Pözl, Komm. S. 62, ergänzt: „Als unter Art. 9 fallend dürften noch anzuführen sein: Die Benutzung des gefrorenen Wassers zum Schlittschuhlaufen, das Waschen der Schafe, das Fleien, das Einlassen von Gänsen und Enten." In der Fußnote fügt er dem Waschen der Schafe noch hinzu: „Ob auch von Schweinen, ist uns zweifelhaft". Wir möchten aber dann fragen: Wo bleiben die Hunde, die man doch von allen Tieren am häufigsten ins Wasser schickt? Es läuft schließlich auf Kleinigkeiten hinaus. Aber gerade das ist die Freiheit, daß es auf den Wert der Handlung gar nicht ankommt. — Sächs. Wasser-Ges. v. 12. März 1909 § 22 umgrenzt den Gemeingebrauch ungefähr in der oben bezeichneten Weise, wonach die Gewässer zu allerlei Zwecken gebraucht werden dürfen, „soweit dies ohne Änderung oder Beschädigung des Wasserlaufes, des Bettes oder der Ufer und ohne Beeinträchtigung der Rechte Anderer geschehen kann". Jene Zwecke selbst möchte das Gesetz auch noch genauer bestimmen und läßt nur zu „häusliche oder wirtschaftliche Zwecke". Als solche gelten aber „insbesondere" auch „Benutzung zum Kahnfahren" und als „Eisbahn". Beides kann sowohl nach seiner Wirtschaftlichkeit wie nach seiner Häuslichkeit angezweifelt werden. Wenn es aber mit solchen Schranken doch nicht stimmt, läßt man sie besser ungezogen.

gebrauchs ist. Sie sind aber im Gegensatz zu diesen künstliche Veranstaltungen und darin den Straßen gleich. Von beiden unterscheiden sie sich dadurch, daß sie keine Vorgeschichte haben als res communes omnium oder als Allmend. Sie bringen den Gedanken nicht mit, daß sie ein selbstverständlicher Gegenstand der Betätigung von allerlei Freiheit seien. Gemeingebrauch besteht daher über jenen Hauptzweck hinaus nur in dem vom Herrn der Sache ein für allemal bewilligten Umfang, als besondere Einräumung und Gewährung an das Publikum[19].

— Der Meeresstrand endlich weist ein Gemisch von verschiedenen Arten von Gemeingebrauch auf. Er hat seinen Verkehr, dem er dient zum Gehen, Fahren, Reiten, Anlanden. Er macht sich der Ausübung der Fischerei nützlich, die mittels Gemeingebrauchs von dort aus betrieben wird: er nimmt die Fischerboote auf und dient zum Ausspannen der Netze. Er gibt dem Badebetrieb seine Grundlage, die dann allerdings durch Gebrauchserlaubnisse (§ 38) und Verleihungen (§ 39) einen weiteren Ausbau erfährt.

III. Das Recht des Gemeingebrauchs — Recht in dem jetzt genügend klargestellten Sinne — hat seine Grenzen. Sie sind, wie wir sahen, nicht überall durch festgefügte Rechtsbestimmungen kenntlich gemacht, vielmehr zu allermeist nur aus der allgemeinen Anschauung, der Übung, dem Herkommen erkennbar. Auch in dieser Gestalt sind sie fähig, von der Obrigkeit wahrgenommen zu werden und einem nachprüfenden Richter den Maßstab zu liefern für sein Urteil, ob eine Überschreitung vorliegt oder nicht.

Jede Überschreitung des Gemeingebrauchs bildet einen Eingriff in den Bestand der öffentlichen Sache, an welcher er geübt wird. Der ungestörte Bestand der öffentlichen Sache rechnet zu den Polizeigütern, und die Abwehr geschieht durch die dazugehörige

[19] Bayr. Wasser.Ben.Ges. v. 28. Mai 1852 Art. 8: „Von dem Staate errichtete Kanäle sind nur insoweit dem freien Gebrauche eröffnet, als dieses durch die Staatsregierung bestimmt wird." Freier Gebrauch, Gemeingebrauch ist es also doch im Gegensatz zu Einzelerlaubnissen; der Unterschied vom Gemeingebrauch an Strömen liegt nur in der formelleren Umgrenzung der Freiheit. Die Bayr. Kanal-Ord. v. 9. Jan. 1842 § 63 hat übrigens den Gegensatz gemildert, indem sie ausdrücklich bestimmt, welche von den an Strömen üblichen Benutzungsarten am Kanale verboten sein sollen; die anderen gelten also auch hier. — Abzugskanäle unterliegen überhaupt keinem Gemeingebrauch: die Stadt gewährt den Hausbesitzern ein für allemal den Anschluß und übernimmt dadurch deren Abwasser; durch ihren Abzugskanal führt sie dann ihre so gesammelten Abwasser weiter.

Anstaltspolizei, die Polizei der öffentlichen Sache[20]. Sie umfaßt insbesondere auch die Polizei des Gemeingebrauchs. Polizeibefehle, Polizeistrafe, Polizeizwang sind ihre Mittel; insbesondere kommt der unmittelbare Zwang hier in verhältnismäßig reicherem Umfang zur Anwendung[21].

Die Polizei ist dabei gebunden an den Gemeingebrauch, weil er rechtmäßige Freiheit darstellt. Sie kann ihn nicht beseitigen, so lange die öffentliche Sache dieser Art von Gemeingebrauch gewidmet bleibt[22]. Sie kann ihn aber regeln, damit seine Ausübung durch den Einzelnen verträglich bleibe mit der gleichen Freiheit der anderen und mit dem guten Bestande der Sache, der dieser Freiheit dient. Auch bloße Möglichkeiten der Schädigung kommen hier in Betracht; die Polizei wirkt insofern vorbeugend. Wer dann diese Regelung nicht achtet, begeht wieder eine Überschreitung des Gemeingebrauchs[23].

Die Regelung des Gemeingebrauchs äußert sich hauptsächlich in folgenden Punkten:

1. Bei künstlich hergestellten oder hergerichteten Sachen wird der Gemeingebrauch immer mit einer gewissen Abnutzung verbunden sein; das ist unvermeidlich. Es können aber polizeiliche Vorschriften dahin ergehen, daß Gebrauchsarten zu vermeiden sind; welche diese Abnutzung übermäßig steigern oder sofortige Zerstörungen zur Folge haben können.

Dahin gehören die Vorschriften über die Breite der Radkränze, über das Schleifen von Pflügen, von Baumstämmen, über das zulässige Gewicht beim Befahren von Brücken, über die Anwendung wellenerregender Fortbewegungsmaschinen auf Kanälen.

---

[20] Vgl. oben S. 124.

[21] Vgl. oben Bd. I S. 304.

[22] Vgl. oben Bd. I § 20, II n. 2 und n. 3.

[23] Bezeichnend ist, daß die alte genossenschaftliche Auffassung sich zuweilen in ortspolizeiliche Anordnungen einschleicht, um unzulässige Beschränkungen des Gemeingebrauchs durchzusetzen. Ein Beispiel in Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 369: Eine ortspolizeiliche Vorschrift hatte bestimmt, daß eine Gasse nur von Ortseinwohnern befahren werden dürfe. Das wurde für unzulässig erkannt: „Die allgemeine Benutzung, die Haupteigenschaft jedes öffentlichen Weges, würde aufhören.“ Wollte man die Gasse schützen, also wirklich nur Polizei des Gemeingebrauchs üben, so konnte man einen sachlichen, für die Benutzung selbst bedeutsamen Unterschied machen und etwa schweres Fuhrwerk ausschließen. — Ähnlich der Fall in Bl. f. adm. Pr. 1872 S. 359, wo die Benutzung eines Gemeindeverbindungsweges „Fremden“ verboten werden sollte. Diese Vorschrift wurde außer Kraft gesetzt, da ein öffentlicher Weg jedermann ohne Rücksicht auf Gemeindeangehörigkeit zur Benutzung zusteht.

Auch die Verunreinigung der Straße, des öffentlichen Gewässers kann die Brauchbarkeit beeinträchtigen; hier mischen sich aber in die Verteidigung der öffentlichen Sache weitergreifende polizeiliche Rücksichten hinein, Rücksichten der öffentlichen Gesundheit namentlich und der öffentlichen Sicherheit.

2. Die verschiedenen Benutzungsarten, die im Gemeingebrauch enthalten sind, haben nicht alle gleichen Wert. Vom Standpunkte der öffentlichen Verwaltung aus sind wichtigere und minder wichtige zu unterscheiden; es besteht eine Rangfolge. Sofern nun diese Benutzungsarten sich untereinander stören und stoßen, ist es Aufgabe der Polizei des Gemeingebrauchs, zu bewirken, daß die minder wertvolle ausweicht. Dies kann dahin führen, daß ganze Seiten des Gemeingebrauchs unterdrückt werden müssen.

Wir sehen diesen Grundsatz vor allem wirksam werden bei unseren Ortsstraßen. Der Hauptzweck ist hier offenbar der Verkehr, die Fortbewegung, die ihrerseits immer lebhafter und immer empfindlicher wird gegen Hemmnisse. Gar manche von den alten hergebrachten Benutzungsarten erweisen sich mehr und mehr unverträglich damit, und sobald dies ein gewisses Maß übersteigt, wird die Polizei berechtigt, solche zu beschränken oder gänzlich zu verbieten. Darauf beruht der Entwicklungsgang, in welchem der Gemeingebrauch unserer Straßen ersichtlich begriffen ist.

Der Verkehr selbst hat wieder verschiedene Arten, die unter sich nicht gleichwertig sind. Auch das Fahrrad hat sein Recht des Gemeingebrauchs, aber als die minderwichtige Verkehrsart muß es sich gefallen lassen, dem Fuß- und Wagenverkehr zuliebe von engeren Straßen und Brücken verbannt zu sein. Der Fußverkehr ist innerhalb der Ortschaften die Hauptsache; der langsam fahrende schwere Lastwagen kann ihm zuliebe von der Benutzung besonders belebter oder enger Straßen ausgeschlossen werden[24].

3. Auf besonders belebten Straßen und Plätzen wird der Gemeingebrauch vor Selbstzerstörung dadurch bewahrt, daß dem Strom der Fuhrwerke und Fußgänger eine gewisse Leitung gegeben wird. Dazu dient schon allgemein und ohne besondere

---

[24] Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 149, spricht hier wieder von einer „bevorzugten Art des Gemeingebrauchs". Der Ausdruck ist hier passender als in den oben Note 14 erwähnten Fällen. Ein ähnliches Ausweichen der einen Gemeingebrauchsart vor der anderen bei O.V.G. 9. Mai 1887 (Entsch. VIII S. 292): Das Hausgrundstück darf nicht einen zweiten Ausgang nach der Rückseite einrichten, damit der auf der schmalen Dammstraße stattfindende Fischmarktverkehr ungestört bleibe.

Not die Vorschrift des Rechtshaltens für Fuhrwerke auf allen Arten von Straßen, auch für Fußgänger auf Brücken. Unter jenen besonderen Voraussetzungen steigert es sich aber zu starken Beschränkungen der Freiheit. Der Einzelne muß sich einfügen in die festen Bahnen, in welchen der Verkehr laufen soll: er darf nicht stehen bleiben, muß andererseits stehen bleiben, wenn die sich kreuzenden Ströme es verlangen, muß den Augenblick benutzen, wo die Straße von der angehäuften Menge zu überqueren ist, muß auf der bestimmten Straßenseite und in der bestimmten Richtung sich bewegen, wenn er überhaupt am Gemeingebrauch teilnehmen d. h. auf der Straße vorhanden sein will. Fuhrwerke, wo die Sache gut gemacht wird, bewegen sich in wahrhaft militärischer Ordnung, der Reihe nach, bestimmte Wege hin, bestimmte zurück.

Das wird alles bewirkt durch Polizeiverordnungen, ergänzt durch Aufforderungen, welche von den Polizeimannschaften im Einzelfalle gegeben werden, um den Beteiligten kund zu tun, welches Verhalten nach jenen Vorschriften jetzt von ihnen zu beobachten sei. Die Gehorsamspflicht besteht der Polizeiverordnung gegenüber, die Aufforderung hat nur den Wert einer Mahnung und einer Bedingung der Strafbarkeit des Ungehorsams gegen die Verordnung[25].

So gestaltet sich die Sache nach den allgemeinen Grundsätzen des Polizeirechts. Häufig erhält sie aber eine andere Rechtsform dadurch, daß den überwachenden Polizeimannschaften selbst eine Befehlsgewalt übertragen ist, vermöge deren sie für die Beteiligten bindend bestimmen, wie sie sich nun zu verhalten haben. Eine Gehorsamspflicht gegenüber dem Schutzmann besteht. Das ist nichts Selbstverständliches, sondern bildet eine scharfe Abweichung von der Regel, wonach eine solche obrigkeitliche Bestimmung des Einzelfalles den Behörden vorbehalten ist. Eine Ausnahme findet sich nur im Gewaltverhältnisse, wo auch der Beamte ohne behördliche Eigenschaft durch seine Anweisungen Gehorsamspflichten zu erzeugen vermag[26]. Und das Besondere ist eben, daß ein solches Gewaltverhältnis auch hier angenommen wird. Die öffentliche Straße wird behandelt in jenem älteren Sinne, nicht als Gegenstand einer Betätigung der Freiheit des Menschen im Staate, sondern als eine öffentliche Anstalt, deren Benutzung der Staat dem Einzelnen „verstattet“, wofür sie sich dann unter die Ordnung und Leitung

[25] Vgl. oben Bd. I S. 273.
[26] Vgl. oben Bd. I S. 105.

der Anstaltsgewalt zu beugen haben[27]. Daraus ergibt sich von selbst auch das Anweisungsrecht des mit der Überwachung betrauten Anstaltsbeamten.

So wird dieses immerhin vom Gewöhnlichen abweichende Stück der Polizei des Gemeingebrauchs erklärlich. Es beruht auf einer im wesentlichen jetzt überwundenen Auffassung des Gemeingebrauchs und steht als ein fremdartiger Rest der alten polizeistaatlichen Machtentwicklung des unteren Beamtentums in unserem neuzeitlichen Verwaltungsrecht allein.

4. Unter Umständen können sogar die wesentlichsten Benutzungsarten des Gemeingebrauchs zeitweise ausgeschlossen werden, namentlich also bei dem Verkehr dienenden Sachen dieser Verkehr selbst; die Sache wird abgesperrt.

Solches rechtfertigt sich ganz allgemein durch die Notwendigkeiten der Instandhaltung: die Straße wird umgepflastert oder der Kanal den alljährlichen Säuberungsarbeiten unterzogen; bis das erledigt ist, wird der öffentliche Verkehr darauf polizeilich gesperrt.

In regelmäßiger Weise erscheinen solche Sperrungen da, wo zweierlei Verkehrsstraßen sich in gleicher Höhe kreuzen: die Schienengeleise der Eisenbahn durchschneiden die Straße; wenn der Zug naht, schließen sich die Schranken. Die Joche der Schiffbrücke werden ausgefahren, um die Schiffe des Stromes durchzulassen. Ein sichtbares „Halt!“ erinnert insbesondere die Fuhrwerke daran, daß es zur Zeit verboten ist, über eine gewisse Entfernung heranzukommen.

Es kann auch der Raum der Straße, des Platzes, der Brücke zeitweilig für eine Art bevorzugten Verkehrs in Anspruch genommen sein, dessen polizeilicher Schutz dann als Absperrung für alles andere wirkt: erlaubte Festaufzüge, Leichenkondukte, Prozessionen.

Einen besonderen Fall bildet die Inanspruchnahme für ein öffentliches Unternehmen, das seinerseits dabei gegen jede Störung gesichert werden muß. Bei einer Feuersbrunst übt die Löschmannschaft von der Straße aus ihre Tätigkeit; um ihr freie Bewegung zu schaffen, wird abgesperrt. Das Heer veranstaltet auf Straßen und Plätzen seine Aufzüge und Paraden und übt selbst die nötige Polizei zur Abwehr der Versuche, den gewöhnlichen Verkehr dagegen durchzusetzen[28]. Hier ist es nicht Gemeingebrauch,

[27] Vgl. unten § 52, I. Über diese Behandlung der Straßenpolizei die Belege oben Bd. I S. 238 Note 4; vgl. auch Thoma, Polizeibefehl S. 374 Note 17.

[28] Vgl. oben Bd. I S. 324.

der den Gemeingebrauch hindert; denn die Löschmannschaft, das Heer benutzen die Straße nicht kraft der Freiheit, die dem Menschen im Staate zukommt, sondern kraft des Hausrechts des Herrn der öffentlichen Sache selbst. Und die polizeiliche Gewalt, die dabei geübt wird, verteidigt nicht sowohl die öffentliche Sache, als jene darauf sich bewegenden öffentlichen Einrichtungen. Es ist noch Polizei des Gemeingebrauchs, der in unschädlicher Begrenzung gehalten werden soll, aber nicht mehr Polizei der öffentlichen Sache.

In ähnlicher Weise verbindet sich ja namentlich auch allerlei Art von Sicherheitspolizei mit der Ausübung des Gemeingebrauchs: Verbot des Vorbeigehens am einsturzdrohenden Gebäude, Verbot des Badens an einer gefährlichen Stelle im öffentlichen Fluß. Das gehört alles nicht zu unserem Gegenstand.

IV. An den Gemeingebrauch knüpfen sich Ansprüche auf Geldleistungen. Sie begründen und ordnen sich gemäß allgemeineren Rechtsinstituten, die hier im Zusammenhang mit der Ausübung, der Eröffnung und Schließung des Gemeingebrauchs an einer Sache zur besonderen Anwendung kommen. Daraus können sich gewisse Eigentümlichkeiten dieser Rechtsinstitute ergeben. Nur insofern handeln wir hier davon.

1. Wer einen besonderen Vorteil zieht aus Leistungen der öffentlichen Verwaltung, kann angehalten werden zu einem Entgelt dafür, eine entsprechende Zahlungspflicht wird bei ihm begründet.

Man unterscheidet Beiträge und Gebühren. Die ersteren, die Beiträge, bedeuten ein Entgelt dafür, daß der Einzelne an dem Bestande des öffentlichen Unternehmens besonders beteiligt erscheint.

Die Gebühren dagegen sollen ein Entgelt sein dafür, daß der Einzelne die öffentliche Anstalt oder Einrichtung in besonderer Weise in Anspruch nimmt[29].

Beides findet sich auch bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.

Der Beitrag bietet dabei keine rechtlichen Besonderheiten: das ins Werk zu setzende Unternehmen kann sich ja auch darstellen als eine öffentliche Sache, die durch den Gemeingebrauch, dem sie dient, sich nützlich macht, und daran, daß das zustande komme, können Einzelne besonders beteiligt sein und deshalb Beiträge zu

[29] Neumann, Die Steuer u. das öff. Interesse S. 391 f.; Wagner, Finanz. Wiss. II S. 37 f. u. 190. Vgl. oben Bd. I S. 330/331; unten § 48, I; § 52, II. Gebühr und Beitrag sind von Grund aus finanzwissenschaftliche, nicht Rechtsbegriffe. Uns gehen sie nur mit ihren entsprechenden Rechtsformen an.

bezahlen haben. Einen Hauptfall bilden die sogenannten Straßenbeiträge; vgl. unten § 48, I. Aber eine eigentümliche Gestalt bekommen die Beiträge durch die Aussicht auf den künftigen Gemeingebrauch *nicht*. Sie können in gleicher Weise auch für öffentliche Sachen begründet werden, die keinen Gemeingebrauch zulassen, wie z. B. städtische Abzugskanäle, oder für Unternehmungen, die keine öffentlichen Sachen betreffen, z. B. Bachreinigung.

Anders steht es mit den *Gebühren auf den Gemeingebrauch*. Sie erhalten aus der Natur des Gemeingebrauchs eine wichtige rechtliche Bestimmtheit.

Solche Gebühren haben sich von jeher mit Vorliebe gelegt auf die Art von Gemeingebrauch, die in der Ausübung des öffentlichen Verkehrs erscheint. Die einzelnen *Verkehrshandlungen* werden getroffen, und zwar sucht die Finanzkunst sich diejenigen aus, die den besten Ertrag im Verhältnis zu den Erhebungskosten versprechen. Das Brückengeld trifft möglicherweise jede Art von Verkehr, Chausseegeld und Pflastergeld nur den Wagenverkehr, Stromschiffahrtsabgabe, Kanalgebühr, Hafengeld nur größere Schiffe und Flöße. Die Sätze werden dann wieder abgestuft sein nach Schwere des Fuhrwerks, Größe des Schiffes, Art der Fortbewegungskraft oder sogar, was aus dem Wesen der Gebühr schon herausfällt, nach dem Werte der Waren. In dieser Weise sind Gebühren auf den Gemeingebrauch in Gestalt des Verkehrs althergebracht; ihre Rechtsformen aber wechseln mit den Wandlungen der Grundlagen unseres öffentlichen Rechts überhaupt.

Im älteren Staatswesen sind diese Gebühren ausgebildet als Gegenstand eines besonderen landesherrlichen Hoheitsrechts. Die Wegezölle, Wasserzölle, Brückenzölle gehören zu den *Regalien*, und zwar zu den niederen Regalien, welche auch an Gemeinden und Einzelne übergehen können durch Vertrag oder unvordenklichen Besitz[30].

Gegenüber den verwickelten und teilweise gemeinschädlichen Sonderrechten, die sich daraus ergaben, hat der Polizeistaat dem *planmäßigen* Vorgehen der Verwaltung Raum geschafft[31].

---

[30] *Klüber*, Öff. R. §§ 408 u. 409 (Wegeregal), § 460 (Wasserregal). — Indem das alles sich in Formen des Privatrechts bewegt, wird es ein guter Beleg für das, was wir die Zufälligkeiten der privatrechtlichen Ordnung nannten mit ihrer Rücksichtslosigkeit gegenüber dem öffentlichen Wohl.

[31] Diese Entwicklung wird dargestellt für Preußen bei *Roenne u. Simon*, Verf. u. Verord. d. Preuß. St. VI, 4 Abt. 2 (Wegepolizei) S. 481 ff.; für Baden bei *Bär*, Die Wasser- u. Straßenbauverwaltung in d. Großh. Baden S. 370 ff.

Der Verfassungsstaat endlich stellt diese wie andere Belastungen der Untertanen vor die Frage der gesetzlichen Grundlage; vgl. oben Bd. I S. 71 ff. Und da bewährt sich denn die Eigenart des Gemeingebrauchs.

Die öffentliche Sache im Gemeingebrauch erscheint ja wie eine der vielerlei Einrichtungen und Veranstaltungen, mit welchen der Staat den Einzelnen Vorteile gewährt. Dabei ist es regelmäßig die Tätigkeit der Verwaltung, die das leistet und die gewähren oder versagen kann und die Bedingungen stellen, unter welchen sie leistet. Insbesondere besteht dabei auch die Möglichkeit, dem Empfänger der Leistungen einen Entgelt abzunehmen, indem man ihn zur Zahlung einer Gebühr verpflichtet vertragsmäßig oder in Anstaltsordnungen, denen er sich unterwirft. Darüber unten 52, II. Beim Gemeingebrauch hingegen steht der Einzelne nicht einer die Nutzung gewährenden Verwaltung gegenüber, die ihm solche vermitteln soll unter ihren näheren Bedingungen, sondern, wenn die öffentliche Sache einmal da ist, verschafft er sich selbst diese Nutzungen durch eigenen Zugriff, und dieser Zugriff ist angesehen als ein ursprüngliches und selbstverständliches Stück seiner Freiheit. Beschränkungen und Belastungen können sich damit nur verbinden in Kraft einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Die liefern einerseits jene allgemeinen Ermächtigungen, welche die Polizeigewalt genießt. Für die Belastung mit Gebührenpflicht, die ja keine Polizei bedeutet, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage für sich[32].

Auf diese Weise erhält hier die Gebühr auf den Gemeingebrauch von vornherein eine gewisse Ähnlichkeit mit der Steuerauflage, die aus freien Stücken, rechtlich unvermittelt, durch obrigkeitlichen Eingriff die Einzelnen belastet.

Die Ähnlichkeit wird noch größer dadurch, daß auch hier die Zahlungspflicht in einem gewissen Massenbetrieb auferlegt werden

---

[32] Den Gegensatz zur Anstaltsnutzung bezeichnet der Fall in O.V.G. 18. Mai 1909 (Entsch. LIV S. 262): „Der Fiskus will von Privatstrandkörben (Gemeingebrauch) einen Mietzins (Gebühr) erheben; wer nicht zahlt, dem wird sein Korb „polizeilich weggeschafft". Dieses bei eigentlicher Anstaltsnutzung vollkommen angemessene Verfahren ist hier unzulässig: die polizeiliche Verfügung (Polizei des Gemeingebrauchs) ist „nicht gegeben zur Wahrung der Interessen des Fiskus". — Die oben III n. 3 erwähnte Behandlung des Gemeingebrauchs als eine „verstattete" Anstaltsnutzung ist also nur bezüglich der Anstaltspolizeiausübung noch bestehen geblieben als vereinzelte, widerspruchsvolle Erscheinung. Für die Begründung der Gebührenpflicht wird von dieser Auffassung kein Gebrauch mehr gemacht.

muß, nach einem allgemeinen Maßstabe, also *rechtssatzmäßig*[33]. Und zwar ist es, wieder nach der Natur der Sache, nicht angängig, die Erhebung im Einzelfalle abhängig zu machen von obrigkeitlicher Prüfung und Festsetzung der Zahlungspflicht durch Verwaltungsakt. Die unmittelbare Vereinnahmung aus dem Rechtssatz selbst heraus ist die angemessene Form. Das Vorbild der *indirekten Steuer* ist maßgebend. Vgl. Bd. I S. 338 ff.

Dementsprechend verbinden sich, wie bei dieser, auch mit der Gebühr auf den Gemeingebrauch jene besonderen Schutzmittel, mit welchen die Finanzgewalt gerade bei dieser Art von Abgaben sich gegen jede Beeinträchtigung des Erträgnisses schützen zu sollen glaubt: Finanzbefehle und Finanzstrafen. Vgl. Bd. I S. 365 u. 375.

Immerhin bleibt doch auch hier noch die Eigenart der Gebühr bestehen, wonach sie von Natur gewisse Bestimmtheiten der Belastung in sich trägt, die bei der Steuer fehlen. Sie ist Entgelt für die Leistung des Gemeinwesens, billiger Ausgleich dafür, daß dieses einen Aufwand bestreitet, aus welchem schließlich die Einzelnen unmittelbare Vorteile ziehen.

Daraus ergibt sich einmal eine unentbehrliche Voraussetzung der Gebühr: sie ist gebunden an den *Benutzungsfall*; wer den Gemeingebrauch nicht gerade ausübt, hat nichts zu zahlen.

Sodann hat sie einen natürlichen *Höchstbetrag* an dem zu deckenden Gesamtaufwand für die benutzte Sache, der nur zu verteilen ist auf die Benutzungsfälle, und an dem Werte des zugewendeten Vorteils.

Wo das eine oder andere nicht eingehalten ist, wird sachlich eine Steuer daraus, trotz des vielleicht absichtlicherweise vorgeschützten anderen Namens[34].

Solange es aber echte Gebühr bleiben soll, besteht eben deshalb hier eine Möglichkeit, die bei den Steuern wegfällt: der Rechtssatz, der die Zahlungspflicht bestimmt, kann hier auch der *Verordnung* überlassen werden. Bei der Steuer behält das Gesetz diese Bestimmung eifersüchtig in der Hand: die in der Natur der Steuer liegende rechtliche Uferlosigkeit würde der Verordnung zu viel Spielraum geben gegenüber den zu belastenden Bürgern. Bei

---

[33] Brückengeld, Chausseegeld, Hafengeld werden demgemäß, im Gegensatz zu anderen Gebühren, zu den „allgemeinen Anlagen" im Sinne von A. L.R. II, 14 § 78 f. gerechnet (C.C.H. 8. Okt. 1870; J.M.Bl. 1870 S. 352). Auch als „Abgaben" werden sie behandelt (C.C.H. 9. Dez. 1865; J.M.Bl. 1866 S. 125).

[34] *Wagner*, Finanzwiss. II S. 171. Vgl. auch meine Schrift „Schiffahrtsabgaben" II S. 7 ff.; *Germershausen*, Preuß. Wegerecht I S. 575 ff.

der Gebühr schützt das in der Sache liegende, einer rechtlichen Nachprüfung fähige Maß[35].

2. Auf der anderen Seite knüpfen sich an den Gemeingebrauch wieder Geldansprüche der Einzelnen gegen den Herrn der öffentlichen Sache, der durch sie seine Verwaltung treibt. Es sind Ansprüche auf Entschädigung für die Nachteile, die ihnen dabei widerfahren. Sie scheiden sich in zweierlei Fälle, die etwa dem Gegensatze von Gebühr und Beitrag entsprechen: Entschädigung für Nachteile bei Ausübung des Gemeingebrauchs und Entschädigung wegen nachteiliger Änderungen am Bestand der öffentlichen Sache, an welcher er zu üben war.

— Ein Nachteil, den der Einzelne erleidet bei Ausübung des Gemeingebrauchs, kann Entschädigungsansprüche für ihn begründen, sofern er in ursächlichem Zusammenhange steht mit einem fehlerhaften Zustande der öffentlichen Sache. Die schlecht unterhaltene Brücke stürzt ein unter dem darüberrollenden Fuhrwerk, der Wanderer fällt des Nachts in eine unverdeckte und ungesichert gelassene Öffnung des Abzugskanals in der Straße, oder es stößt ihm durch Ausgleiten auf dem Glatteis des nicht bestreuten Bürgersteiges ein Unfall zu. Aus solchen Vorkommnissen kann auch gegen den Besitzer eines Privathauses, der seine Treppe nicht beleuchtet, gegen den Eigentümer eines allgemein zugänglich gehaltenen und schlecht besorgten Privatwegs eine Schadensersatzforderung entstehen. Sie wird sich dann gründen auf Verstoß gegen ein Schutzgesetz (B.G.B. § 823 Abs. 2), oder die Gerichte finden irgendeine vertragsmäßig oder quasivertragsmäßig übernommene Garantiepflicht heraus, selbstverständlich ebenfalls zivilrechtlicher Natur. Bei der öffentlichen Sache, wo der Staat oder die Gemeinde in solcher Weise haftbar zu machen wäre, entsteht immer die Schwierigkeit, das Band dieser Haftung einigermaßen annehmbar zu knüpfen. Es wird hier Großes geleistet in Konstruktionen. Auf die Hauptfrage, deren Beantwortung alle diese Künsteleien überflüssig macht, pflegt gar nicht eingegangen zu werden, auf die Frage nämlich, ob hier überhaupt Bürgerliches Gesetzbuch zur Anwendung zu kommen hat. Das ist aber ganz entschieden nicht der Fall. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Zivilrechts auf den Staat und seine Verhältnisse ist, daß er sich privatwirtschaftlich betätige. Indem er die öffentliche Sache für den Gemeingebrauch bereit hält, übt er öffentliche Verwaltung, ver-

[35] Vgl. oben Bd. I S. 332. v. Bitter, HandW.B. d. Preuß. Verw. II v° Gebühren III; Seydel, Bayr. St.R. III S. 258.

waltet durch sie; das ist geradewegs das Gegenteil von jener Voraussetzung[86]. Damit ist ja nicht gesagt, daß eine Entschädigung hier nicht geschuldet sein kann. Nur wird der Anspruch eben gegründet werden müssen auf die hier allein maßgebenden Ordnungen des öffentlichen Rechts. Wie es in diesem Punkte steht, wollen wir unten § 53 genauer untersuchen.

— Die Möglichkeit, fortan den Gemeingebrauch der neuhergestellten öffentlichen Sache ausüben zu können, erzeugt keine Beitragspflicht für jedermann, sondern nur für die, welche dadurch einen greifbaren sofortigen Nutzen erlangen, die Anlieger der öffentlichen Straße: in ihrem Grundstück verkörpert sich der Besitz ihrer besonderen Vorteile und in seiner Wertsteigerung kommen sie rechnungsmäßig zum Ausdruck. In gleicher Weise kommen auch nur diese in Betracht für einen Entschädigungsanspruch, der sich darauf gründen soll, daß ihnen durch Einziehung, Verlegung oder sonstige Änderung der Straße der Gemeingebrauch für ihre Grundstücke fortan unmöglich gemacht wird. Der Nachteil in solchen Fällen verkörpert sich wieder in einer greifbaren Brauchbarkeits- und Wertverminderung des Eigentums: das Haus, das nicht mehr an einer öffentlichen Straße liegt, entbehrt der Zugänglichkeit, der rechtlichen Sicherung des Bezugs von Licht und Luft durch die dorthin gehenden Fenster, des freien Wasserablaufs, und was sonst noch die Straße an Vorteilen bot[87].

Daß die Billigkeit hier eine ausgleichende Entschädigung verlangt, leuchtet jedem ein. Indem man aber nun außerstande sich erwies, diese Entschädigungsforderung in der richtigen Weise öffentlichrechtlich zu begründen, ist dieser Fall geradezu verhängnis-

[86] Vgl. oben Bd. I S. 118. Es steht in dieser Beziehung mit der Frage der Haftung für Schädigung durch öffentliche Sachen ganz ebenso wie bei Schädigung durch andere Sachen, deren sich die öffentliche Verwaltung bei ihren Geschäften bedient, auch wie bei Schädigung durch ihre Beamten und Leute. Fleiner, Instit. S. 335 f., hat also ganz recht, wenn er die Frage gleich auf solchen breiteren Boden stellt, und auch die Frage der Haftung für „Treppen, Schulbänke, Diensträume", wie auch für „ungenügend verwahrte öffentliche Abortanlagen usw." mit hereinzieht. Unrichtig ist es nur, wenn er auch diese Dinge für öffentliche Sachen im Rechtssinne ansieht. Und noch unrichtiger, wenn er die Frage hier überall schlechtweg nach B.G.B. § 823 lösen zu können glaubt.

[87] Als Eigentumsbeeinträchtigung behandelte den Fall in diesem Sinne C.C.H. 13. Okt. 1866 (J.M.Bl. 1867 S. 39): Dem Kläger gebührt Entschädigung, „weil seine nur auf dem bisherigen Wege zugängliche Anlage unbrauchbar und wertlos durch das Verbot des Weges geworden, er also gewissermaßen einen Teil seines Privateigentums im Interesse des allgemeinen Nutzens hat aufgeben müssen".

voll geworden für die Lehre von der öffentlichen Sache überhaupt und vom Gemeingebrauch insbesondere.

Daß die Entschädigungspflicht hier nicht auf die gewöhnlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen und über Haftung für Sachen gestützt werden könne, darüber war es nicht schwer klar zu werden. Man sah sich genötigt, zu anderen Formen des bürgerlichen Rechts zu greifen. Eine Zeitlang arbeitete man mit der Annahme eines Vertrags, zivilrechtlicher Natur selbstverständlich, durch welchen die Entschädigungspflicht geradewegs übernommen worden wäre. Er soll abgeschlossen worden sein zwischen dem Herrn der Straße, Staat oder Gemeinde, einerseits und dem Anlieger andererseits: dieser wird eingeladen, daß er bauen solle, und zugleich wird ihm zugesagt, falls je einmal die Straße wegkäme oder unbenutzbar würde für ihn, solle ihm der daraus erwachsende Schade ersetzt werden. Das nannte man wohl ein „Garantieversprechen". Es sollte auch für die Rechtsnachfolger wirken und jedenfalls höchst stillschweigend abgeschlossen werden; denn daß es jemals ausdrücklich geschähe, war nicht zu beobachten. Dieser Vertrag hatte nur den einen großen Fehler, gänzlich unwahr zu sein, wiederum eine der willkürlichen Fiktionen, wie sie auf den unverstandenen Grenzgebieten des öffentlichen Rechts so gerne wachsen[88].

Man hat dann die nötige Rechtsgrundlage auf einem anderen Gebiete gesucht. Die Enteignung sollte Anlehnung geben mit der bei ihr zur Ausbildung gelangten Entschädigungsgewährung. Man verallgemeinerte dies zu einem ausgedehnteren Rechtsgrundsatz, berief sich auf die Rechtsähnlichkeit oder auf ein entsprechendes Gewohnheitsrecht[89]. Damit wäre man ja glücklich auf das Gebiet des öffentlichen Rechts gelangt, auf welchem die Anliegerentschädigung in gutem Gleichklang mit der soeben erwähnten für Nachteile aus der Ausübung des Gemeingebrauchs sich vereinigen würde. Denn daß die Enteignungsentschädigung und was ihr nach-

---

[88] Für ein derartiges stillschweigendes Garantieversprechen Bekker, Pand. S. 346, und die dort angeführte Entscheidung in Seuff. Arch. XXII S. 144. Anderwärts arbeitete man gar mit der Fiktion einer gegebenen cautio damni infecti. Beispiele bei Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 183 ff.

[89] So die viel angezogene Abhandlung von Dreyer in Ztschft. f. franz. Ziv.R. IV S. 383 ff. („Analogie der Ersatzpflicht für Expropriation"). Wichtig vor allem R.G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 145 f.: Ein „wahres Gewohnheitsrecht"; mag auch „der sachliche Umfang des Gewohnheitsrechts zweifelhaft sein" ... „Analoge Anwendung der für die Enteignung bestehenden Entschädigungspflicht").

gebildet ist, dem öffentlichen Rechte angehört, das kann heute nicht mehr gut bestritten werden[40].

Gleichwohl, da man eben immer noch unter der Herrschaft des nicht unberechtigten Gefühls bleibt, sich hier auf einem ganz fremden Boden zu befinden, wo man sich ins Uferlose verirren könnte, klammert man sich mit einer gewissen Ängstlichkeit an den nächsten festen Punkt, den das gewählte Vorbild zu bieten scheint. Daher der Satz: es müsse sich, damit diese neuartige Entschädigung Platz greife, immer um einen Eingriff handeln in ein bestimmtes dingliches Recht am Grundstück[41].

Das ist tatsächlich viel zu eng gedacht; denn die gleiche Art von Entschädigung findet sich im geltenden Rechte auch anerkannt, wo von Grundstücken und von verletzten dinglichen Rechten überhaupt nicht die Rede ist; der Grenzpflock ist also ganz willkürlich gesteckt. Wir werden das ja noch sehen. Aber hier kommt es zunächst nur darauf an, daß man eben von der Auffassung ausgeht, Entschädigung könne dem Anlieger nur zugesprochen werden, falls nachzuweisen ist, daß ihm ein dingliches Recht an dem verlegten oder veränderten Wege zustand, in das durch diese Maßnahme eingegriffen worden wäre.

Und so begann jetzt in unserer Rechtsprechung und der damit zusammenhängenden Literatur die mühselige Arbeit, dieses dingliche Recht zu konstruieren.

Dabei wurden verschiedene Wege eingeschlagen, weil eben offenbar keiner recht befriedigte[42]. Der wichtigste ist der, für

---

[40] Vgl. oben § 34, II und Note 27 ebenda.

[41] So will namentlich R.G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 146) sein allgemeines Gewohnheitsrecht und seine analoge Anwendung der für die Enteignung bestehenden Entschädigungspflicht (oben Note 39) nur bestehen lassen für die Fälle, „in denen unmittelbar die Entziehung des Eigentums oder die Aufhebung oder tatsächliche Beseitigung anderer dinglicher Rechte, auch ohne Übertragung auf den Staat im Staatsinteresse erfolgt".

[42] Darüber allgemein: Eger, Eisenb.Entsch. XX S. 197 ff.; Hawelka, Rechte an öff. Wegen S. 97 ff.; Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 99 ff.; Schelcher in Fischer Ztschft. XXXI S. 91 ff.; v. Blume, Das Recht der Anlieger an öff. Straßen (Festgabe f. Schirmer S. 103 ff.). — Erwähnt sei der Versuch, ein dingliches Recht der Anlieger unmittelbar auf den Willen des Gesetzes selbst zurückzuführen: Bering, Die Rechte der Anlieger S. 21 f.; Loebell in Gruchot Beitr. XLI S. 1 ff. Dazu die Kritik von v. Strauß u. Torney in Verw.Arch. VI S. 661. Auch das zivilrechtliche Nachbarrecht muß herhalten: Schultzenstein in Gruchot Beitr. XVIII S. 749; v. Blume, Recht der Anlieger S. 132; Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 100 (dieser verwertet es wenigstens teilweise).

welchen das Reichsgericht sein Ansehen eingesetzt hat: es soll sich handeln um vertragsmäßige Begründung eines solchen Rechts. Der Vertrag käme zustande zwischen der Stadt als Straßenherrin und dem Anlieger. In der Herrichtung der Straße liegt die Vertragsofferte, in der Errichtung des Gebäudes die Akzeptation. Es kann natürlich auch umgekehrt vor sich gehen. Auf alle Fälle ist auch dieser Vertrag wieder ein höchst stillschweigender in dem Sinne, daß in Tat und Wahrheit niemand von den Beteiligten an einen solchen Vertrag denkt[48].

---

[48] Das Reichsgericht hat sich zunächst mit diesem angeblichen Vertrage befaßt vom Standpunkte des Gemeinen Rechts aus und ihn abgelehnt. R.G. 16. Nov. 1880 (Entsch. III S. 171): Der Kläger hatte die Frage zu beantworten gegeben, „ob ein entsprechender stillschweigender Vertrag zwischen der Gemeinde und den Anliegern einerseits durch die Herstellung der Straße und andererseits durch die Bebauung ihrer Grundstücke zustande gekommen sei". Darauf antwortete das Gericht: „Die Frage ist zu verneinen, weil diese Erwägung nicht zu der Annahme berechtigt, daß die Gemeinde eine privatrechtliche Verpflichtung habe auf sich nehmen wollen." Das ist in der Tat von einleuchtender Vernünftigkeit; diese gesunde Willensauslegung muß auch, sollte man meinen, überall gelten, wo es lediglich auf die Willensauslegung ankommt. So mit Recht v. Blume, Recht d. Anlieger S. 106. Das Reichsgericht aber hat sich dann für Sachen aus dem Gebiete des Französischen und des Preußischen Rechts anders bestimmen lassen. Bezüglich des ersteren wurden ihm maßgebend die Ansichten der französischen Zivilisten. So R.G. 13. Febr. 1883 (Entsch. X S. 271), welches sich für die Annahme eines servitutbegründenden Vertrags auf Demolombe XII n. 698 ff., Aubry u. Rau III S. 69 f., Laurent VII n. 130 ff. beruft. Die französischen Publizisten sind freilich anderer Meinung; vgl. Aucoc, Conférences III n. 1123: es handelt sich um kein „droit proprement dit". Aber diese hat man nicht gehört, obwohl sie doch in erster Linie zuständig wären. Vgl. auch Theorie d. franz. Verw.R. S. 327 ff. Bezüglich des Gebiets des Preußischen Rechts hat R.G. 7. März 1882 (Entsch. VII S. 213) Stellung genommen in gleichem Sinne. Es wird dem Anlieger Entschädigung zuerkannt nach A. L.R. Einl. § 75 auf Grund der vom Obertribunal befolgten Rechtsprechung, wonach „die ungeschmälerte Benutzung der Straßen zu den Rechten des Eigentums an den an den Straßen belegenen Häusern gehört". Nur ergänzt und verbessert das Reichsgericht diese Lehre des Obertribunals durch die Konstruktion der französischen Zivilisten Laurent und Demolombe, auf die es sich ausdrücklich beruft (S. 216): nicht zu den „Rechten des Eigentums an dem an der Straße gelegenen Haus" soll das ohne weiteres gehören, sondern eine „durch stillschweigenden Vertrag begründete Servitut" muß es sein.

Daran hat das Reichsgericht seitdem festzuhalten gesucht trotz der Schwierigkeiten, die der Vertragsabschluß, auch abgesehen von seiner tatsächlichen Unwahrheit, mehr und mehr aufwies. Vor allem konnte ja nicht übersehen werden, daß bei gemeindlichen Straßen zum Abschluß eines Vertrags, der Rechte am Gemeindegrundeigentum bestellt, also eine Veräußerung bedeutet, gewisse Formen zu erfüllen sind; namentlich müßte der richtige Vertreter der Gemeinde beteiligt sein,

Dieser sogenannte Vertrag soll auf Bestellung eines dinglichen Rechts an der Straße gehen, einer Grunddienstbarkeit oder, da es eine richtige Grunddienstbarkeit nicht ist, von irgend etwas Ähnlichem. Was es eigentlich ist, darüber besteht Unsicherheit[44].

wofür das übliche Verfahren keine Garantie gibt. Vgl. Reinartz in Verw.Arch. VII S. 115: „Die überzeugende, vom Reichsgericht stets festgehaltene genetische Entwicklung des Anliegervertrags nötigt geradezu, die Bauerlaubnis des Gemeindevorstandes für den Anbau an eine Straße, also für die Innehaltung der Baufluchtlinie usw. als einzig möglich zu betrachten." Der wäre aber ja zu solchem Vertragsschluß nicht von selbst zuständig.

Das Schlimmste brachte aber auch hier wieder das B.G.B. mit seinen unerschwinglichen Forderungen: Die gewünschten Dienstbarkeiten könnten ja fortan nur noch unter Einhaltung der Formen des § 873 B.G.B., also durch Eintragung ins Grundbuch entstehen. So richtig Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 111, welcher der Eintragung dadurch zu entgehen glaubt, daß er kein eigentliches Anliegerrecht, sondern eine bloße „Beschränkung des Eigentums" an der Straße annehmen will. Man hat auch versucht, die Bestellung der Anliegerdienstbarkeit unter den Vorbehalt des Art. 113 E.G. z. B.G.B. zu retten als „Wegeregulierung" (Loebell in Gruchot Beitr. XLI S. 51). Eines doch wohl so vergeblich als das andere. Das Reichsgericht möchte dadurch helfen, daß es das sonst immer als privatrechtlicher Vertrag gedachte Rechtsgeschäft jetzt feierlich für „dem öffentlichen Recht unterstellt" erklärt, so daß nicht mehr „die Formen des Privatrechts, sondern die des öffentlichen Rechts, die dem Vorgang seine Bedeutung verleihen, maßgebend sind"; diese „gehören dem Landesrecht an und werden von den Vorschriften des B.G.B. nicht berührt": R.G. 2. Dez. 1908 (Entsch. LXX S. 81). Das ist wieder nichts als eine der bekannten Zwangstaufen, durch welche die Logik des Rechts sich nicht täuschen läßt: die Stadt hat nach der Auffassung des Reichsgerichts privatrechtliches Eigentum an ihrer Straße; sie verfügt darüber, um zugunsten des Anliegers eine privatrechtliche Grunddienstbarkeit oder sonst etwas Privatrechtliches zu bestellen, und tut das durch einen Vertrag, von dem uns schlechterdings nicht gesagt wird, warum er nun auf einmal öffentlichrechtlich heißen soll — so können wir mit den Dingen nicht umspringen!

[44] Man nennt es eine „Grunddienstbarkeit", ein „privates Dienstbarkeitsrecht", ein „Dienstbarkeitsverhältnis": R.G. 18. April 1899 (Entsch. XLIV S. 282), 6. Okt. 1899 (Entsch. XLIV S. 325), 25. April 1905 (Eger, Eisenb.Entsch. XXII S. 158), 4. Okt. 1907 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 3). Oder ein „servitutarisches Recht": R.G. 16. Okt. 1900 (Gruchot Beitr. 1901 S. 78), 21. Jan. 1902 (Eger, Eisenb.Entsch. XIX S. 28), 3. Nov. 1903 (Entsch. LVI S. 101), 7. Dez. 1907 (Eger, Eisenb.Entsch. XXIV S. 373), 19. Nov. 1909 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 311). Oder ein „grunddienstbarkeitähnliches Recht", ein „servitutähnliches Recht": R.G. 23. Nov. 1905 (Eger, Eisenb.Entsch. XXII S. 298), 16. Dez. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 321). — R.G. 2. Dez. 1908 (Entsch. LXX S. 77) gibt zu, daß das in früheren Entscheidungen „konstruierte Anliegerrecht" dort zwar „als ein servitutisches oder servitutarisches Recht bezeichnet ist"; es sei aber „keineswegs in allen Beziehungen als Grundgerechtigkeit behandelt worden". Der Hauptton liege auf der „privatrechtlichen Natur des durch den Anbau an der Straße entstandenen, dem Vermögensrechte angehörigen Nutzungsrechts". Was es eigentlich ist, scheint dahingestellt zu bleiben.

Dieses dingliche Recht hätte zum Inhalt nichts anderes, als was eben der Gemeingebrauch an der Straße dem Anlieger ohnehin gewährt. Es wird also nicht sichtbar, so lange die Straße und ihre Benutzbarkeit besteht. Es könnte erst wirksam werden, wenn die Straße unbenutzbar gemacht wird durch Einziehung oder Veränderung. Allein das Merkwürdige ist, daß alsdann die Grunddienstbarkeit erst recht nicht zum Vorschein kommt: man kann sie nicht geltend machen und in Anspruch nehmen als solche; man kann nur Schadensersatz fordern dafür, daß sie auch jetzt nicht besteht. Ihr Lebenszweck geht also ganz und gar darin auf, als Grundlage zu dienen für die Zubilligung einer Entschädigung, zu der man sonst keinen Weg weiß. Es ist nichts als eine Hilfslinie bei der Konstruktion[45].

Der Jurist darf nicht allzu streng sein mit solchen Erzeugnissen der Verlegenheit; wir sind nun einmal dazu da, die Erscheinungen des Rechtslebens unterzubringen in den überkommenen Gefächern unseres Denkvermögens. Das Schlimme ist nur, daß dieses Auskunftsmittel ebenso das Bild der öffentlichen Sache verdirbt wie des Gemeingebrauchs. Um damit fertig zu werden, ist es vor allem notwendig, einen freieren Blick zu gewinnen für die Eigenart unseres

---

[45] Ganz vereinzelt tritt der Gedanke auf, daß jene Dienstbarkeit nach Einziehung der öffentlichen Straße an dem alten Straßenboden sich wirksam erweise, in O.Tr. 27. April 1869 (Str. LXXIV S. 278): In Bonn hatte die Stadt einen Teil der bisherigen Straße zu dem Hausbau eines Privaten abgetreten; der Nachbar verliert seine Aussicht und klagt gegen den Eigentümer des Neubaues auf Beseitigung. Das Obertribunal weist nur deshalb ab, weil das Recht auf Aussicht in dem „Adjazentenrecht" nicht begriffen sei. Also an sich bliebe dieses Recht auch wirksam gegen den Dritten. Ob aber das Gericht danach verfahren wäre, wenn es nicht ohnehin hätte abweisen können? — Wenn man es ernsthaft meinte mit dem „dinglichen Privatrecht", entstünde nach Einziehung der Straße die Schwierigkeit, es wieder wegzuschaffen; man müßte zur Enteignung greifen oder wieder einen stillschweigenden „öffentlichrechtlichen" Vertrag erdichten. Aber in der Wirklichkeit begegnen wir bei solcher Gelegenheit eher der Neubegründung einer Fenster- und Wegegerechtigkeit an dem ehemaligen Straßengelände, wodurch der Entschädigungsanspruch verhütet werden soll (Theorie d. franz. Verw.R. S. 329 f.). —

Wünschenswert mag es sein, daß das Gesetz den Entschädigungsanspruch des Anliegers der eingezogenen Straße ausdrücklich anerkennt; vgl. unten § 54 Note 23. Wo das geschehen ist, denkt kein Mensch mehr daran, sich mit der Konstruktion einer vertragsmäßigen Grunddienstbarkeit usw. zu bemühen. Wenn dieser Vertrag ernsthaft gemeint wäre, müßte er jetzt doch fortwährend noch begründet werden. Aber seine einzige Rechtfertigung lag eben von jeher nur in dem guten Zweck, eine Entschädigung zusprechen zu können, wofür er das Mittel sein sollte. Mit diesem Zweck fällt er hier von selbst weg.

bedeutsamen Instituts der öffentlichrechtlichen Entschädigung, auf welches von hier aus nur zu verweisen ist. Vgl. unten § 53 und § 54, IV.

§ 38.

Fortsetzung; die Gebrauchserlaubnis.

Das Recht des Gemeingebrauchs an der öffentlichen Sache wird, wie wir sahen, für den Einzelnen begründet ohne staatliche Willensäußerung, die darauf gerichtet wäre, ihn zuzulassen zu solcher Benutzung; es bildet von selbst einen Bestandteil der Freiheit des Menschen im Staate.

Im Gegensatze dazu kann dem Einzelnen über den Gemeingebrauch hinaus noch eine Benutzung der öffentlichen Sache zustehen. Das ist dann jedesmal zurückzuführen auf den Willen der Verwaltung, ihm solches zuzuwenden, auf eine Gewährung und Einräumung, die sie ihm gemacht hat.

Dieses kann aber wieder auf zweierlei Weise geschehen.

Es kann zugunsten des Einzelnen ein Verwaltungsakt erlassen werden, der einen ausschließlichen Besitz und eine rechtliche Herrschaft an einem bestimmten Stücke der öffentlichen Sache für ihn begründet, ein subjektives öffentliches Recht. Das nennen wir die Verleihung einer besonderen Nutzung, wovon hier unter § 39 gehandelt wird.

Es kann aber auch sein, daß dem Einzelnen nur die rechtliche Möglichkeit gewährt werden soll, sich der Sache auf eine nicht im Gemeingebrauch schon gegebene Weise zu bedienen, ohne daß ein entsprechendes Recht an ihr begründet wurde, also lediglich in Gestalt einer Erweiterung der Freiheit. Das ist die Gebrauchserlaubnis, von der hier zunächst die Rede sein soll[1].

---

[1] Gierke, D. Pr.R. II S. 27, unterscheidet die „obrigkeitliche Verleihung", die ein „Recht" begründet, von der „bloßen Gebrauchserlaubnis", bemerkt aber in Note 30 dazu: „doch sind die Grenzen flüssig". Auch dieses ist richtig. Die Flüssigkeit liegt aber wesentlich an dem mangelnden juristischen Unterscheidungsvermögen der Schriftsteller. Bei Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 81 ff., geht alles in der halb privatrechtlich, halb polizeirechtlich gedachten Verleihung auf, und die selbständige Gebrauchserlaubnis erscheint höchstens in der Bemerkung, daß man kein „Recht" erwerben kann, Wagen und andere verkehrhemmende Gegenstände auf öffentlichen Wegen aufzustellen (a. a. O. S. 91). Dieses ganze reiche Zwischengebiet zwischen Gemeingebrauch und Verleihung bleibt also brach liegen. Hawelka, Recht an öff. Wegen S. 107 ff., hat den Unterschied zwischen besonderer Nutzung mit einem Recht an der öffentlichen Sache und Nutzungen, welche „die Straße nur oberflächlich und vorübergehend benutzen" (S. 131), nicht

I. Das Anwendungsgebiet unserer Gebrauchserlaubnis sind öffentliche Sachen. Sie bedeutet kein Stück des Gemeingebrauchs, sondern geht über ihn hinaus. Das tut sie aber in zweierlei Weise:

— So daß sie an einer öffentlichen Sache stattfindet, die dem Gemeingebrauch unterliegt, aber neben diesem etwas gibt, was nicht in ihm enthalten ist. — Oder so, daß sie eine öffentliche Sache erfaßt, an welcher Gemeingebrauch nicht besteht.

Wenn wir danach die einzelnen Anwendungsfälle zusammenzustellen suchen, so gilt es immer zunächst diese Grenze einzuhalten: die Benutzung darf nicht im Gemeingebrauch enthalten sein. Sodann ist aber auch nach der entgegengesetzten Richtung hin die Grenze zu achten: die Gewährung darf nicht übergehen in die bestimmte Gestalt der Verleihung eines Nutzungsrechts an der öffentlichen Sache. Was dazwischen übrig bleibt, bedarf dann einer juristischen Feststellung und Erklärung, die ihm weder der Gemeingebrauch noch die Verleihung zu geben imstande sind, — was allerdings nur fühlbar wird, wenn man unter dem einen wie dem andern etwas Bestimmtes versteht.

In dieser äußerlichen Umgrenzung begreift unser Gegenstand die mannigfaltigsten Erscheinungen des täglichen Lebens.

Über den Gemeingebrauch hinausgehende, aber doch nur auf einer solchen Verstattung beruhende Benutzungen finden sich vor allem zahlreich an öffentlichen Straßen und Plätzen. Hier sind es in erster Linie gewerbliche Tätigkeiten, die Vergünstigungen dieser Art in Anspruch nehmen. Droschkenhaltestellen werden eingeräumt, Zeitungskioske, Sodawassertrinkhallen, Backwarenstände und andere Verkaufsbuden dürfen sich dort niederlassen. Der Marktverkehr gestattet weitere Benutzungen dieser Art, zeitweilig kommen noch Meßbuden, Schauzelte, Karussells und andere Vergnügungseinrichtungen dazu. Die Wohnhäuser lassen Nasenschilder, Schaukästen, Balkone und Erker mit besonderer Erlaubnis in das Gebiet der Straße hineinragen. Ebenso dienen die Wasser-

---

übersehen. Zu voller Klarheit gelangt die Sache bei ihm nur deshalb nicht, weil er es nicht über sich vermag, sich entschlossen auf den Boden des öffentlichen Eigentums zu stellen. Seine Aufzählung von Beispielen solcher Nutzungen an öffentlichen Wegen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen (S. 107), enthält Gebrauchserlaubnisse und Verleihungen durcheinander. Ebenso mischen sich diese bei den dann folgenden Untersuchungen. — Über das Mißgeschick der hier zu unterscheidenden beiden Rechtsinstitute in unseren neueren Wassergesetzen vgl. unten Note 2.

straßen den Schiffen nicht bloß zu dem im Gemeingebrauch begriffenen Verkehr; es kann ihnen darüber hinaus gestattet werden, an besonders dazu angewiesener Stelle still zu liegen und die Ufer zum Ab- und Zugang, zum Ein- und Ausladen zu benutzen, auch außerhalb der dazu gemeingebrauchsmäßig bestimmten Hafenstaden. Auch die Benutzung der Schleusen in Schiffahrtskanälen ist kein Gemeingebrauch mehr und doch auch noch keine Verleihung[2].

[2] Man könnte noch hinzufügen die den Gemeingebrauch überschreitende Inanspruchnahme der Wasserstraßen bei Ausübung der Fischerei: mit der Einräumung des Rechts dazu ist immer zugleich eine besondere Gebrauchserlaubnis für den Aufenthalt auf dem Fluß und an seinem Ufer und für die Anbringung von allerlei Fischereivorrichtungen verbunden. Auch die Gestattung der Entnahme von Eis, Sand, Kies, Schlamm, Steinen, die keineswegs im Gemeingebrauch enthalten sein muß, wird in solcher Weise zugleich hierher gehören.

Hier haben sich unsere neuen Wassergesetze mit ihrer Schüchternheit gegenüber dem öffentlichen Eigentum in eine höchst unvollkommene Behandlung der Sache verwickelt. Man glaubte eine verdienstliche Einfachheit herzustellen, wenn man alle Anordnungen möglichst gleichmäßig für öffentliche wie für nichtöffentliche Gewässer erließ. Aber nur stimmt es natürlich nicht.

Der Entwurf des Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 hatte alle öffentlichen Gewässer „für öffentliches Gut und daher dem Privatrecht entrückt" erklären wollen. „Besondere Benutzung" über den Gemeingebrauch hinaus sollte nur auf Grund einer staatlichen „Verleihung" stattfinden. Die Stände wollten aber das bisherige Privateigentum bestehen lassen und machten aus der Verleihung eine „Erlaubnis der Verwaltungsbehörde". Diese soll wohl eine richtige Polizeierlaubnis sein, allein in Wahrheit findet sie Anwendung auf lauter Dinge, welche dauernde Einrichtungen am Wasserlauf bedeuten (Stauanlagen, Bewässerungseinrichtungen usw.; vgl. § 23 des Ges.), und hat zur Wirkung die Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts (Schelcher, Wasserges. S. 83), ist also doch eine Verleihung. Nur wirkt diese Verleihung wesentlich zur Ordnung der Wasserbenutzungsrechte zwischen den beteiligten Einzelnen, als Hilfsinstitut des Privatrechts also, die vertragsmäßige Einräumung eines besonderen Nutzungsrechts ersetzend, und zugleich polizeilich, das öffentliche Wohl verteidigend (vgl. oben § 33 Eing. a. E.). Wenn der Staat als Herr des öffentlichen Flusses, also für Sachsen der Elbe (vgl. oben § 35 Note 41), durch das Zusammenwirken der zuständigen Behörden eine solche Nutzung einräumt, fließt das in eines zusammen, wird eine eigentliche Verleihung. Von der ist im Sächs. Wasserges. keine Rede (vgl. unten § 39 Note 13). Und ebensowenig ist darin die Rede von der eigentlichen „Erlaubnis", der Gebrauchserlaubnis, die der Staat an seinem öffentlichen Flusse gerade so gut erteilen kann, wie die Privatberechtigten an ihrem Wasserlauf, nur eben dann auf seine Weise, hoheitlich, öffentlichrechtlich. Das gibt es natürlich gleichwohl.

Das Badische Wasserges. v. 12. April 1913 hält an der gesunden Unterscheidung von öffentlichen und nichtöffentlichen Gewässern einfach fest, gibt aber dann wegen der daran zu übenden besonderen Nutzungen gemeinsame Regeln über „Verleihung" und „Genehmigung" (§ 40 ff.). Wegen der Unstimmigkeiten, die sich aus dieser erzwungenen Gemeinschaft für die Verleihung auch

Bei öffentlichen Sachen, die nicht wie die erwähnten dem Gemeingebrauch dienen, zeichnen sich solche Gewährungen noch deutlicher ab. Das Überschreiten des Bahnkörpers kann mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse dem benachbarten Grundbesitzer einmalig oder dauernd gestattet sein. Ebenso der Weg über Festungswerke oder die Benutzung des Festungsgrabens für Eis- und Rudersport. Der Verkauf der Grasnutzung, die Verpachtung der Fischerei enthält von selbst zugleich eine solche Erlaubnis. Kirchen und Friedhöfe liefern hier besonders wichtige Beispiele. An ihnen besteht kein Gemeingebrauch, so

---

hier ergeben, vgl. weiter unten § 39 Note 13. Die Genehmigung aber ist eine rein polizeiliche Beaufsichtigungsmaßregel, die als Rest ursprünglich beabsichtigter ausgedehnterer Verwendung nach § 52 Abs. 2 noch für gewisse von den dazu Berechtigten ausgeführte Anlagen und Änderungen von solchen gefordert wird. Vgl. Wiener, Bad. Wasserrecht S. 94 f. Unsere Gebrauchserlaubnis ist sie nicht; die wird vom Gesetz offenbar als etwas Selbstverständliches nicht weiter behandelt. Nur einmal erscheint sie: als „Erlaubnis", die erforderlich ist, wenn man aus öffentlichen Gewässern (die ja dem Staate gehören) Eis, Sand, Kies usw. entnehmen will (§ 16 des Ges.). Der gewährende Staat kann eine „Vergütung" erheben. Wenn das Gesetz das einen „Gemeingebrauch am Bett" nennt, so ist das offenbar eine irrige Bezeichnung.

Das Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 verwischt den Gegensatz von öffentlichen und nichtöffentlichen Wasserläufen durch sein Aufzählungsverfahren (vgl. oben § 35 Note 41). Für alle wird zusammenfassend die Benutzung geordnet nach den drei Arten: Gemeingebrauch, Benutzung durch den Eigentümer, Verleihung (§§ 25—86). Die Verleihung ist auch hier wieder als das Hilfsinstitut des Privatrechts gedacht. Die Gebrauchserlaubnis ist gar nicht erwähnt; die in § 22 vorgeschriebene „Genehmigung" von Anlagen ist rein polizeiliche Überwachungsmaßregel. Natürlich gibt es gleichwohl Gebrauchserlaubnisse auch auf preußischen Gewässern. Sie sind vom Gesetze juristisch verborgen in der „Benutzung durch den Eigentümer". Holtz u. Kreutz, Pr. Wasserges. I S. 228: „Das dem Eigentümer als solchem zustehende Benutzungsrecht ist kein frei veräußerliches Vermögensrecht." Dienstbarkeit oder Erbbaurecht kann bestellt werden (?). „Im übrigen ist lediglich die Überlassung der Ausübung zulässig." Wenn der Staat an seinem schiffbaren „Wasserlauf erster Ordnung" eine solche Überlassung eines Teiles der Ausübung seines allgemeinen Benutzungsrechts vornimmt, so ist das eben unsere Gebrauchserlaubnis. Sollte man es aber ernsthaft für möglich halten, daß dieser Vorgang ganz der gleichen rechtlichen Natur sei wie die Benutzung, die der Bauer an seinem Bach über den Gemeingebrauch hinaus einem anderen verstattet, und daß er deshalb keiner besonderen wissenschaftlichen Untersuchung bedürfe?

Entschuldigend mag für unsere Wassergesetzgeber in Betracht kommen, daß die Gebrauchserlaubnis, überdies in besonderen Kanalordnungen und Strompolizeiordnungen verborgen, gerade bei Wasserstraßen keine große Rolle spielt. Man muß den Blick dafür erst an den anderen öffentlichen Sachen geschärft haben, um ihren Wert zu erkennen.

wenig wie an anderen umschlossenen Räumen. Beide aber werden zu gewissen Zeiten dem freien Eintritt geöffnet zu den entsprechenden Zwecken: Teilnahme am Gottesdienst, Besuch der Gräber. Beim Kirchhof verbindet sich mit der Anweisung eines Grabes zur Beerdigung immer zugleich die Erlaubnis für die Angehörigen, dieses Grab zu schmücken; auch die Errichtung eines Grabsteines und Umhegung des Grabes kann gestattet sein. Immer unterscheidet sich ein solches Reihengrab rechtlich scharf von dem durch Verleihung erworbenen Erbbegräbnis; von Gemeingebrauch aber ist schon ohnehin keine Rede.

II. Die Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist immer ein Ausfluß des Rechts des Herrn der öffentlichen Sache.

1. Sofern die Befugnis, für diesen zu handeln, auf verschiedene Stellen, Ämter und Vertretungen verteilt ist, wird sich die Gebrauchserlaubnis mit den Tätigkeitszweigen verbinden, welche zur gewöhnlichen laufenden Verwaltung gehören. Es liegt nichts von einer Veräußerung in ihr[8].

[8] Deshalb bleibt sie gleichwohl ein Ausfluß des Rechts an der Sache. Hawelka, Rechte an öff. Wegen S. 138 f., meint: „In der Mehrzahl der Fälle wird allerdings die Behörde, welche die Straßennutzung gewährt, zugleich ein Organ jener Körperschaft sein, in deren Eigentum sich die Straße befindet." Er fügt auch ganz richtig hinzu: „Der obrigkeitliche Akt ist in diesem Falle Eigentumsausübung". Vorher hat er aber ein „wichtiges Argument gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum" daraus ziehen wollen, daß häufig „Nutzungsrechte an öffentlichen Wegen von Organen einer Körperschaft verliehen werden, der die Sache nicht gehört", und ebenso auch Gebrauchserlaubnisse: „die Bewilligung zur Aufstellung von Droschken auf Gemeindestraßen erteilt nicht die Gemeinde, sondern die (staatliche) Gewerbebehörde, und andererseits weist die gemeindliche Marktbehörde die Marktstandplätze auch auf Bezirksstraßen an" (S. 138). Das ist eine Verkennung der Sachlage: das Zusammenwirken von Staat und Selbstverwaltungskörpern führt in mannigfacher Weise dazu, daß die Behörden des einen zur Ausübung der Rechte des anderen berufen werden, namentlich auch kraft der Aufsichtsgewalt oder kraft übertragenen Wirkungskreises; vgl. unten §§ 60 u. 61. Die Straßenpolizei in größeren Städten ist vielfach staatlichen Polizeidirektionen, Polizeipräsidien anvertraut; diese üben dann auch die „laufende Verwaltung" der der Stadt gehörigen Straßen aus und geben daher an deren Stelle auch die vorkommenden Gebrauchserlaubnisse; die Begründung von Rechten an der Straße bleibt der Gemeinde selbst vorbehalten. Ein Beispiel in Württ. V.G.H. 9. Mai 1887 (Reger VIII S. 96): Die Privatpost wollte Briefkasten an der Hauswand anbringen. Wenn das ein gesichertes „Privatrecht" werden sollte, setzte es voraus „die privatrechtliche Zustimmung" des Eigentümers der Straße, also „der Gemeinde", und „die polizeiliche Erlaubnis"; über die letztere entscheidet das Stadtpolizeiamt und an höherer Stelle die staatliche Aufsichtsbehörde. Wird sie ohne jene Zustimmung erteilt, so sind diese Behörden „jederzeit befugt, die nur als Vergünstigung eingeräumte Erlaubnis wieder zurückzuziehen". Hier wird es also

Sie kommt dadurch in mehr oder weniger engen Zusammenhang mit der Polizei der öffentlichen Sache. Nicht als ob sie selbst eine obrigkeitliche Willensäußerung darstellte, insbesondere also einen Verwaltungsakt zur Ausübung der Polizeigewalt. Sie ist insbesondere keine Polizeierlaubnis in dem oben Bd. I S. 249 entwickelten Sinne als obrigkeitliche Bewilligung einer Ausnahme für den Einzelfall von einem Verbotsrechtssatz. Sie kann in einer richtigen Polizeierlaubnis mitenthalten sein; das ist etwas anderes. Sie ist ihrer rechtlichen Natur nach nichts als eine Verwendung, die der Herr der öffentlichen Sache von dieser macht zugunsten derer, denen er solches zuwenden will.

Daher die Gebrauchserlaubnis auch nicht notwendig zu erteilen ist, wie die Polizeierlaubnis, von einer hierfür zuständigen Behörde. Sie kann sich mit der behördlichen Tätigkeit verbinden und die Form eines Verwaltungsaktes annehmen. Aber an sich kann und wird sie ebensogut ausgehen von einfachen Beamten und Bediensteten, die mit der äußeren Besorgung dieser öffentlichen Sache betraut sind, von den Aufsichtsbeamten[4].

2. Die Wirkung der erteilten Gebrauchserlaubnis richtet demgemäß ihre Spitze, statt auf eine formelle Änderung des Rechtszustandes, unmittelbar auf die Abwehrmaßregeln, mit welcher ohne sie der Herr der öffentlichen Sache, oder wer ihn vertritt, gegen die unbefugte Benutzung vorgehen lassen würde und die jetzt ausgeschlossen sind. Denn Dank der Gebrauchserlaubnis ist diese Benutzung jetzt nicht unbefugt, sondern in der rechtmäßigen Freiheit mit enthalten. Sie bedeutet für die, denen sie zugute kommt, eine Erweiterung dieser Freiheit. Ausgeschlossen sind also jetzt alle Zwangsmaßregeln zur Verhinderung und Beseitigung des Erlaubten, ausgeschlossen von selbst auch alle rechtssatzmäßigen Strafen, die auf eine unbefugte Benutzung solcher Art gesetzt sein mögen[5].

Das bedeutet für den, dem die Gebrauchserlaubnis zugute kommt, nicht die Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts — so wenig wie der Gemeingebrauch, dem diese

---

eine bloße Gebrauchserlaubnis sein. Daß die den Gegensatz dazu bildende Verleihung hier wieder halb privatrechtlich ausgedrückt ist, darf nicht stören.

[4] Der Marktaufseher, der Totengräber, der Schleusenwärter spielen hier eine Rolle, die ihnen nicht zukommen könnte, wenn ein echter Verwaltungsakt in Frage wäre; vgl. oben Bd. I S. 96.

[5] Hier knüpft sich dann der Zusammenhang mit dem oben Bd. I S. 276 f. zur Polizeistrafe Gesagten; vgl. insbesondere S. 277 Note 13.

Erweiterung der Freiheit unter Umständen hinzutritt, und im Gegensatze zur Verleihung einer besonderen Nutzung, die gerade das subjektive Recht des Empfängers zum Ziel und zur Wirkung hat[6]. Damit ist nicht gesagt, daß nicht doch allerlei rechtliche Gebundenheiten der verstattenden Verwaltung auch hier zum Vorschein kommen können. Die haben aber stets ihren besonderen Grund und Zusammenhang.

III. Wir werden uns unten § 51 mit der Lehre von der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung zu beschäftigen haben. Dort erscheint die öffentliche Anstalt als ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, die in der Hand eines Subjektes öffentlicher Verwaltung einem genauer bezeichneten öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind. Es ist klar, daß die öffentliche Sache in dem Sinne, wie wir ihr Wesen festgelegt haben (oben § 35, I), mit unter diesen allgemeineren Begriff gerechnet werden kann. Die öffentliche Anstalt kann diesen ihren Zweck gerade dadurch erfüllen, daß sie bestimmungsgemäß den vielen Einzelnen Vorteile gewährt und Dienste leistete. Dabei entfalten sich dann die Rechtsinstitute der Anstaltsnutzung in den Rechtsbeziehungen zwischen dem Herrn der Anstalt und dem Nutzenden. Sofern nun eine öffentliche Sache darauf eingerichtet ist, daß durch regelmäßige Erteilung von Gebrauchserlaubnissen an die Einzelnen ihr Zweck ganz oder teilweise sich erfülle, wird der Hergang ganz von selbst unter die Formen und die Bedingungen einer solchen Anstaltsnutzung sich stellen.

Die Anstaltsnutzung kann im allgemeinen, wie noch auszuführen sein wird, sowohl in Formen des öffentlichen wie in Formen des Zivilrechts sich vollziehen. Für die Gebrauchserlaubnisse an öffentlichen Sachen kommen naturgemäß nur die ersteren in Betracht[7].

---

[6] Insofern wäre die Bezeichnung „gesteigerter Gemeingebrauch", die Fleiner, Instit. S. 353, wählt, zutreffend: sie verneint ein Recht an der Sache. Allein das Wort Gemeingebrauch sträubt sich doch gar zu sehr gegen diese Verwendung für eine Benutzung, wie Fleiner es selbst nennt, „zu individuellen Zwecken" auf Grund besonderer „Bewilligung"; es wird hier zu einer gar zu offenbaren Unwahrheit. — Die Verneinung eines Rechts an der Sache kommt auch wohl dadurch zum Ausdruck, daß man hier mit dem zivilrechtlichen Mietvertrag arbeitet: Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 90: „Ein Vertrag, durch welchen ein Straßenteil zum Feilhalten von Waren überlassen worden ist, wird als Mietvertrag anzusehen sein." Daß der „Vermieter" dann auf einmal mit seiner Polizei kommt und den „Mieter" herauswirft, zeigt aber die ganze Schiefheit dieser Auffassung.

[7] Versuche, die Gebrauchserlaubnis auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte zu gründen, namentlich etwa auf einen Mietvertrag, bleiben auch hier nicht aus (vgl.

Da wird dann, wie bei der öffentlichen Anstalt überhaupt durch Dienstanweisung und Anstaltsordnung ein regelmäßiger Betrieb vorgesehen. Rechtssätze können überdies dazukommen; bei den öffentlichen Sachen wird die Regelung durch Polizeirechtssätze für die Ausübung der erteilten Gebrauchserlaubnis besonders bedeutsam sein.

Die Verstattung selbst vollzieht sich in den einfachsten Formen. Bei Sachen, die nicht im Gemeingebrauch stehen, liegt sie in der Zugänglichmachung durch die Aufsichtsbeamten. So bei Kirchengebäuden im Öffnen der Türen: es ist nicht anders als bei der Gewährung der Anstaltsnutzung an einem öffentlichen Museum, das ja eine öffentliche Sache nicht vorstellt. Ähnlich wird auch der Kirchhof durch Öffnung des Tores den Besuchern zugänglich gemacht und durch Schließung desselben dann wieder entzogen; es ist wie bei einem verschließbaren öffentlichen Lustgarten. In beiden Fällen ist es denkbar, daß die Zugänglichkeit ein für allemal gegeben wird; es bleibt dann doch eine Verstattung und kein Gemeingebrauch; denn die Hauptsache, die Anlagen, darf man bekanntlich nicht betreten und die Wege darin sind keine Verkehrswege. Auch die Kanalschleuse macht erst der bedienende Beamte den Schiffen benutzbar und vermittelt ihnen dadurch die Gebrauchserlaubnis in der gehörigen Ordnung und im Gegensatz wieder zu dem selbst zugreifenden Gemeingebrauch.

Deutlicher ausgeprägt ist die Form der öffentlichen Anstaltsnutzung da, wo die Gebrauchserlaubnis gewährt wird durch eine von den Aufsichtsbeamten ausgehende Platzanweisung. Die Straße, der Platz sind dem Marktverkehr dienstbar gemacht, der zu bestimmten Tagen und Stunden sich darauf einrichten darf; die Marktfahrer erhalten von den Marktaufsehern ihre Plätze, ganz geradeso wie in einer Markthalle, die dem großen Verkehr überhaupt nicht dient, keine öffentliche Sache ist: Anstaltsnutzung! In der gleichen Form werden auf dem Friedhof die Reihengräber durch die Aufsichtsbeamten angewiesen. Auf der Straße sind

oben Note 6 und unten Note 17). Nur ist bei den öffentlichen Sachen die Rolle der Polizei doch unmöglich zu übersehen. Da läuft es dann auf ein „gemischtes Rechtsgeschäft“ hinaus, wie Hawelka, Recht an öff. Wegen S. 131, es schildert: „Zwar wird noch mit der Formel des Bestandvertrags (Mietvertrags) operiert; zu diesem Vertrage tritt aber ein öffentlichrechtlicher Akt in Form einer Erlaubnis der Straßenpolizeibehörde“. Da es sich hier in Wirklichkeit nur um eine einzige Willenserklärung handelt, die Gebrauchserlaubnis nämlich, so ist diese Doppelung, wie Hawelka richtig hervorhebt, nur möglich mit Hilfe von Hatscheks Restauration der Fiskuslehre; vgl. dessen „Rechtliche Stellung des Fiskus“ S. 20.

Droschkenhaltestellen bezeichnet und den einzelnen Droschkenkutschern überlassen: im Gemeingebrauch ist solches „Stationieren" nicht begriffen. Wenn ein Kanalschiff aus irgendeinem Grunde nicht weiter kann, wird ihm vom nächsten Schleusenwärter eine bestimmte Liegestelle angewiesen, die es benutzen kann[8]. Die grundsätzlich zugelassene Lagerung von Baumaterial vor dem Neubau wird in der gleichen Weise örtlich bestimmt und zwar kann auch dieses wieder einfach geschehen durch die ausführenden Beamten der Straßenpolizei.

Alles das bekommt, wie bei der Anstaltsnutzung überhaupt, seine feste Ordnung durch die den Beamten gegebenen Dienstvorschriften, so daß die Einzelnen darauf rechnen können. Das ist im allgemeinen, wie dort, Sicherheit genug, schließt aber nicht aus, daß diese unter Umständen sich verstärkt durch Begründung eines Rechtsanspruchs auf die Verstattung. Das kann durch gesetzliche Vorschrift geschehen: wie der Briefabsender gegen die Postanstalt ein gesetzliches Recht hat auf Annahme seines Briefes zur Beförderung unter den allgemeinen Voraussetzungen der Postordnung, so der Marktfahrer hat einen Anspruch, zugelassen zu werden und einen Marktsitz angewiesen zu erhalten. Ebenso bestehen Rechtsansprüche auf Anweisung eines Platzes auf dem Kirchhof als Reihengrab[9].

Das ändert die Rechtsgestalt der Nutzung im übrigen nicht. Die Anweisung begründet kein Recht an der bestimmten Stelle der öffentlichen Sache, kein Recht an der Sache überhaupt. Der

---

[8] Beispiel in Bayr. Kanalordnung § 44; Pözl, Bayr. Wasserges. S. 489.

[9] Über das Recht auf Zulassung zum Marktverkehr Gew.Ord. § 64 Abs. 1. In gleicher Weise entspringt aus der Mitgliedschaft in Kirchengemeinden nach Gesetz oder Statut der Anspruch auf Gewährung des Begräbnisplatzes für verstorbene Angehörige. R.G. 4. Dez. 1884 (Entsch. XII S. 280): Der Vater des im Duell Getöteten klagt gegen die Kirchengemeinde auf Gestattung der Beerdigung in der Reihe. Das Gericht sieht darin eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, weil es sich um einen Gegenstand des Privateigentums im Sinne von A.G.O. Einl. § 1 handle; denn dazu gehörten „alle Gegenstände privater Berechtigung". Daß eine solche hier vorliegt, ist richtig; nur ist dies keineswegs gleichbedeutend mit privatrechtlicher Berechtigung, wie das Gericht ohne weiteres voraussetzt. Sie ist hier zweifellos öffentlichrechtlicher Natur. — Manche Gemeindeordnungen erkennen ausdrücklich ein Recht auf Benutzung der vorhandenen Anstalten an (Preuß. StädteOrd. v. 30. Mai 1853 § 4). Das findet dann auf die Gebrauchserlaubnis an öffentlichen Sachen nur insoweit Anwendung, als sie in dem hier geschilderten regelmäßigen Betriebe „anstaltsmäßig" erteilt zu werden pflegte; nicht z. B. auf die Aufstellung von Trinkhallen, Zeitungskiosken und andere vereinzelte Bewilligungen der hier unten n. 1 zu besprechenden Art.

angewiesene Marktsitz, der angewiesene Liegeplatz auf dem Kanal, Baustofflagerungsplatz auf der Straße kann jederzeit wieder entzogen werden, wie es dem öffentlichen Zwecke entspricht; soweit ein Rechtsanspruch auf Verstattung besteht, bewirkt er in solchem Falle nur zugleich die Notwendigkeit einer neuen Anweisung [10].

Es besteht auch die Möglichkeit, daß die einmal erteilte Anweisung nicht wieder entzogen werden kann, rechtlich gebunden wird. Aber das bedarf irgendeines besonderen, äußerlich hinzukommenden Grundes; in der Anweisung selbst liegt es nicht. So die Anweisung des Reihengrabes, wenn sie benutzt und das Grab tatsächlich belegt worden ist, findet eine Grenze ihrer freien Zurücknehmbarkeit an den bestehenden Vorschriften über die Wiederausgrabung Beerdigter [11].

Unter Umständen entfernt sich die Gebrauchserlaubnis von dem allgemeinen Vorbild der Anstaltsnutzung und entwickelt frei ihre Besonderheit und Eigenart. Dieses vor allem in doppelter Richtung.

1. Die Gebrauchserlaubnis kann auch, statt anstaltsmäßig, vereinzelt und nach Berücksichtigung des Falles erteilt werden, im Sinne mehr einer besonderen Vergünstigung. Selbstverständlich muß das mit dem Hauptzwecke sich vertragen und seinerseits im Geiste der öffentlichen Verwaltung irgendwie begünstigungswert erscheinen. Solche Ausnahmsverstattungen werden, ihrer Natur entsprechend, nicht dem einfachen Aufsichtsbeamten überlassen sein, sondern sind den leitenden Behörden vorbehalten, ohne deshalb notwendig Verwaltungsakte zu werden.

---

[10] Das Recht der Benutzenden besteht überhaupt nur nach Maßgabe der von der Verwaltung für die zu benutzende Sache getroffenen Ordnungen. So bezüglich des Marktsitzes O.V.G. 6. Nov. 1905 (Reger XXVII S. 382).

[11] Auf diese Weise bedeutet die stattgehabte Beerdigung zugunsten der Angehörigen einen verhältnismäßig gesicherten Dauerzustand, an welchen sich dann, so lange er besteht, gewisse Nebenrechte zur Benutzung des Kirchhofs knüpfen. So kann den Angehörigen der Zutritt zu dem Grabe zu reglementmäßiger Zeit nicht verwehrt werden, selbst wenn durch ihren Austritt aus dem Kultusverband, dem der Kirchhof gehört, ihr Anspruch auf weitere Benutzung weggefallen ist: O.V.G. 3. Okt. 1877 (Entsch. III S. 330). Das Preuß. Obertribunal hat seinerzeit des öfteren Klagen zugelassen auf Gestattung der Anbringung von Denkmälern oder Einfriedigungen an einem solchen angewiesenen Grabe (Reihengrabe): Str. XLIV S. 25; LI S. 248. Die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte wird aber nicht aufrechtzuerhalten sein, wenigstens als eine selbstverständliche nicht. Der Schutz ist im Verwaltungswege zu suchen; möglicherweise ist auch eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben.

Die Erlaubnis für einen Verein, den Festungsgraben zur Schlittschuhbahn zu benutzen, gehört hierher. Ebenso die Erlaubnis an den Nachbar der Eisenbahn, den kürzeren Weg über den Bahnkörper weg zu nehmen. Die städtischen Straßen mit ihrem reichen Leben weisen zahlreiche Erscheinungen derart auf: Zeitungskioske, Sodawasserbuden, Backwarenstände zieren sie auf Grund solch besonderer Gebrauchserlaubnis. Wo der Bürgersteig breit genug ist, erhält wohl auch der Bierwirt die Vergünstigung, Tische und Stühle dort aufzustellen und Gäste zu empfangen.

Alles selbstverständlich ganz frei erteilt und frei widerrufen [12].

---

[12] In der Stadt Leipzig gehört es nicht mehr zum Gemeingebrauch, daß man vor seinem Hause das Brennholz klein machen lasse. Nach § 9 der Verkehrsordnung kann es im Einzelfalle vom Rate gestattet werden. — O.V.G. 3. Nov. 1905 (Entsch. XLVIII S. 113): Aufstellung von Baugerüsten, Lagerung von Baumaterialien können durch Polizeigenehmigung im Einzelfalle auf der Straße zugelassen werden. Das Gericht möchte freilich ein zivilrechtliches Verhältnis daraus machen und deckt diese Anschauung durch die Wendung: der Erlaubnisträger benutze nicht „die Straße als Verkehrsanstalt", sondern das „Straßengelände", wovon die Gemeinde Eigentümerin ist. Gleichwohl bedarf er der Polizeigenehmigung wegen der „Verkehrsinteressen". Die Auffassung ist gänzlich unwahr und verkünstelt und nur erklärlich, weil man einen privatrechtlichen Vergütungsanspruch rechtfertigen möchte; vgl. dazu noch unten Note 17. R.G. 23. Nov. 1905 (Entsch. LXII S. 87) handelt von einem „Erfrischungszelt", das mit Erlaubnis der Stadt auf dem Bürgersteige von einer Bierbrauerei aufgestellt worden war. Der Nachbar klagt gegen die Stadt auf Grund des reichsgerichtlichen „grunddienstbarkeitsähnlichen Rechts" des Anliegers (vgl. oben § 37 Noten 43 u. 44); davon ist nicht mehr zu reden. Das Gericht stellt aber außerdem in diesem Falle fest, daß jene Genehmigung zulässig sei, auch wenn dadurch der Straßeneigentümer seine Straße zu „rein privatwirtschaftlichen Zwecken" ausnützt — es müßte sich also hier um seine privatwirtschaftlichen Zwecke handeln! —, läßt es im übrigen ununtersucht, „ob in Großstädten die Benutzung zur Aufstellung von Erfrischungszelten nicht auch einen Zweck der Straße bildet" — was doch vernünftigerweise nicht vom Gericht, sondern von der genehmigenden Verwaltung zu entscheiden wäre. Aber auf der hartnäckig festgehaltenen privatrechtlichen Grundlage wird eben auch die Auffassung von der Gebrauchserlaubnis ganz und gar schief. — Solche Benutzungen des Raumes auf oder über der Straße finden häufig auch ohne Erlaubnis, rein tatsächlicherweise statt und können sich dann auf eine Duldung der Polizeibehörden berufen, die eine Bestrafung nach Stf.G.B. § 366 Ziff. 9 ausschließt, einer Beseitigung im Zwangswege aber stets gewärtig sein muß. Ersitzung gibt es nicht. Aber natürlich werden solche Fälle wieder mit großer Unsicherheit behandelt. Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 91 u. 92, rechnet mit der Möglichkeit einer stillschweigenden Genehmigung der Polizeibehörde, die aus langjähriger Duldung geschlossen werden könnte. O.V.G. 4. Mai 1899 (Entsch. XXXVI S. 243): Eine Synagogengemeinde hat einen Draht oberhalb der Straße gespannt (symbolische Stadtmauer). Die Wegepolizei verlangt Entfernung. Das Gericht

2. Die Anlieger nehmen auch hier eine besondere Stellung ein wie im Gemeingebrauch.

Schon nach Gemeingebrauch nimmt das Gebäude den Luftraum der Straße in Anspruch mit allerlei äußerlichen Zutaten und beweglichen Vorrichtungen, die es da hineinstreckt. Dabei macht sich jedoch sofort ein Unterschied geltend, insofern dieser Gemeingebrauch notwendig beschränkter ist, wenn er zusammenstößt mit dem Hauptzweck der Straße, dem öffentlichen Verkehre zu dienen. Das reicht bis zu einer gewissen Höhe über dem Straßenpflaster, welche die Polizeiverordnungen näher bezeichnen. Innerhalb dieser Grenze verbieten sie jede solche Vorrichtung oder machen sie abhängig von besonderer Genehmigung, die von der Behörde zu erteilen ist. Diese hat dann die rechtliche Natur einer Polizeierlaubnis, die zugleich Benutzungserlaubnis ist. Sie ergeht immer nur unter Vorbehalt der Bedürfnisse des öffentlichen Verkehrs, ist also insofern frei widerruflich.

Oberhalb dieser Linie behält der Gemeingebrauch sein Recht. Auch er hat ja seine Grenze, und zwar von selbst, ohne ausdrückliches Verbot, an dem Üblichen, Hergebrachten. Darüber Hinausgehendes kann auch hier gestattet werden. Das ist dann reine Gebrauchserlaubnis, als besondere Vergünstigung von der Obrigkeit erteilt und als solche frei widerruflich, möglicherweise auch wieder ersetzt durch tatsächliche Duldung, was, wie gesagt, keinen großen Unterschied macht[18].

---

meint, sie könne nur einschreiten, sofern der Verkehr irgendwie beteiligt sei. Nur der Eigentümer des Wegekörpers (die Stadt) könne gegen jeden privatrechtlich unzulässigen Eingriff sich wehren; gegen ihn wirkt dafür die Ersitzung, die gegen die Polizei versagt. Allein die Polizei hat doch die ganze Straße zu verteidigen bis oben aus, wenn auch der Gemeingebrauch oben freieres Spiel haben mag (vgl. unten n. 2); sie ist nicht bloß Verkehrspolizei, sondern Polizei der öffentlichen Sache; Ersitzung kommt also überhaupt nicht in Betracht. — R.G. 29. April 1908 (Preuß. Verw.Bl. XXVI S. 796): Es hat einer auf der Straße sich eine Schlempepumpe eingerichtet und die Polizei hatte seit 20 Jahren nichts dagegen getan. Daraus entnimmt das Gericht, daß diese Einrichtung bisher „dem öffentlichen Zwecke des Grundstücks nicht widerstritt", folglich Ersitzung zulässig war und eingetreten ist. Das bedeutet allerdings nicht, daß die Polizei die Pumpe nicht jetzt doch beseitigen kann, wenn sie solche für „unerträglich" geworden ansieht. Aber nur „gegen vollständige Entschädigung". Auf die allein kommt es dem Gerichte an; die Ersitzung ist wieder nur eine Hilfskonstruktion. Aber die nahe Verwandtschaft der Gebrauchserlaubnis mit der bloßen Duldung ist sehr bezeichnend.

[18] Sächs. O.V.G. 8. Juni 1904 (Jahrb. V S. 326): Zulässige Benutzung des Luftraumes über der Straße durch die Hausbesitzer zu Schildern, Schaukästen und ähnlichen Gegenständen, die hineinragen; aber sie haben kein Recht darauf.

Anders liegt die Sache, wenn ein Stück des Gebäudes selbst in Frage ist, das über die Straße herausragt. Solche Vorsprünge (Erker, Balkone, Gesimse, Risalite) bedürfen selbstverständlich einer Genehmigung von seiten des Herrn der Straße, einer Gebrauchserlaubnis; denn im Gemeingebrauch sind sie nicht enthalten. Zugleich bedarf das ganze Gebäude mit samt dem Vorsprung der allgemein erforderlichen baupolizeilichen Genehmigung, die, einmal erteilt und ins Werk gesetzt, nicht mehr zurückgenommen werden kann (Bd. I S. 264). Die Baupolizeibehörden sind nun durch die Baupolizeigesetze und -Verordnungen ermächtigt, in gewissem Maße auch solche Vorsprünge mit zu genehmigen und dadurch zugleich die Benutzungserlaubnis des Straßenherrn mit zu geben[14]. Diese teilt alsdann die Nichtzurücknehmbarkeit der Bauerlaubnis; ansonst hätte dieses keinen Sinn.

Der so begründete Rechtszustand darf aber nicht verwechselt werden mit einer zivilrechtlichen Grunddienstbarkeit oder einem subjektiven öffentlichen Recht an der Straße. Er ist rein baupolizeilicher Art: fällt das Gebäude weg und wird neu gebaut, so beginnt auch die Frage der Zulässigkeit des Vorbaues aufs neue[15].

---

[14] Hier kommt die Fluchtlinie zur Bedeutung. Vgl. A. L.R. I, 8 §§ 78—82; Preuß. StraßenAnl.Ges. v. 2. Juni 1875 § 11; v. Strauß u. Torney, Kom. S. 90; Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 97; Rumpelt, Kom. S. 232.

[15] O.V.G. 7. Jan. 1899 (Entsch. XXXV S. 27); v. Strauß u. Torney, Kom. z. Preuß. StraßenAnl.Ges. S. 90. Man könnte ja die Gestattung des Vorbaues sich auch als Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts vorstellen nach dem unten § 39 zu behandelnden Rechtsinstitut. Aber die Abhängigkeit von dem Fortbestand des Gebäudes und dem daran gebundenen Fortbestand der Bauerlaubnis ist durchschlagend: für die etwaige Neuerrichtung kommt diese nicht mehr in Betracht; wenn sie bezüglich des Vorbaues in freies Ermessen gestellt ist oder in der Zwischenzeit strengere Bauvorschriften ergangen sind, dann zeigt sich, daß der Eigentümer ein wohlerworbenes Recht nur besaß an seinem Grundstück und dem rechtmäßig darauf errichteten Gebäude, nicht aber an der Straße. — Eine Verleihung des Rechts zum Vorbau über die Straße kommt daneben als möglich in Betracht. Aber soweit eine solche Zuständigkeit der Baupolizeibehörde nicht gegeben ist, kann sie zu Lasten des Herrn der öffentlichen Sache rechtsgültig nicht so verfügen, ihre Bauerlaubnis also stets zurückgenommen werden (vgl. oben Bd. I S. 266). Der Bauende, um sich zu sichern, wird also eine Verleihung nachsuchen müssen, die von der hierfür zuständigen Stelle auszugehen hat und in den erforderlichen Formen. Von einem solchen Falle handelt Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 111 ff.: Der Eigentümer will sein neues Haus im ersten und zweiten Stockwerk erheblich über die Straße vorspringen lassen, mehr als polizeilich erlaubbar; die königliche Polizeibehörde gibt die baupolizeiliche Genehmigung: die Stadtvertretung widerspricht und droht mit gerichtlicher Klage, die nach Ubbelohde eine negatoria in rem actio gewesen wäre. Die Sache war aber viel-

IV. Der Gedanke eines billigen Ausgleiches zugunsten des Gemeinwesens, das die Vorteile den Einzelnen mit seinem Kostenaufwand bereitet, drängt hier noch stärker auf Verwirklichung als beim Gemeingebrauch. Für die Gebrauchserlaubnis pflegen Gebühren erhoben zu werden.

1. Das kann, wie beim Gemeingebrauch, in der Form geschehen, daß die Gebühr dem Benutzenden rechtssatzmäßig auferlegt wird. Die hierzu erforderliche gesetzliche Grundlage wird dann, wie dort, geliefert dadurch, daß entweder das Gesetz selbst die Gebührenordnung aufstellt oder mit seiner Ermächtigung die Verordnung oder die autonomische Setzung[16].

Wo durch Erteilung der Gebrauchserlaubnis die Voraussetzungen des Rechtssatzes sich erfüllen, entsteht dann eine öffentlichrechtliche Zahlungspflicht.

2. Hier ist aber noch eine andere rechtliche Form gegeben, für welche der Gemeingebrauch keinen Raum bietet. Die Gebrauchserlaubnis kann, zum Unterschied von diesem, regelmäßig auch verweigert, und zwar frei verweigert, deshalb auch an Bedingungen geknüpft werden, insbesondere an die Bedingung der Zahlung einer Gebühr. In der Verweigerung der Gebrauchserlaubnis oder auch in ihrer Zurücknahme besteht dann der Zwang. Soweit eine gesetzliche Pflicht zur Erteilung der Erlaubnis besteht, würde dieses Mittel versagen, wenn nicht eben das Gesetz selbst eine Gebührenerhebung vorbehalten will; das wird aber hier zumeist der Fall sein. Demnach ist hier tatsächlich der Herr der öffentlichen Sache in der Lage, für seine Gebührenerhebung überall mit diesem von selbst gegebenen Mittel auszukommen. Das gilt für die anstaltsmäßig gewährten Gebrauchserlaubnisse ganz in derselben Weise wie für die Anstaltsleistungen überhaupt (vgl. unten § 52, II). Es werden allgemeine Tarife aufgestellt, an die man sich bei der Gebührenerhebung zu halten hat. Bei besonderen Vergünstigungen (vgl. oben III n. 1) hat die Verwaltung freie Hand für die Bemessung im Einzelfall; dadurch, daß der Einzelne die zu hoch belastete Gebrauchserlaubnis lieber ausschlagen wird, ist ein gewisses Maßhalten gesichert.

Bei dieser Art von Gebührenerhebung braucht ein Schuldverhältnis überhaupt nicht zustande zu kommen; es macht sich

---

mehr im Verwaltungswege auszutragen durch Ungültigerklärung der eine Machtüberschreitung enthaltenden Bauerlaubnis.

[16] Vgl. oben § 37, IV n. 1.

alles mit tatsächlicher Leistung und Gegenleistung (vgl. unten § 52 II n. 2).

3. Es ist nicht ausgeschlossen, daß gleichwohl hier auch ein Schuldverhältnis, eine Zahlungspflicht des Benutzenden zustande kommt, außerhalb des Falles der rechtssatzmäßigen Gebührenpflicht also. Dafür ist die entsprechende Rechtsform der selbständige Verwaltungsakt. Es handelt sich um ein öffentlichrechtliches Verhältnis, und um ein solches zu begründen, steht neben dem Rechtssatz nur der Verwaltungsakt zur Verfügung. Wo die Behörde in dieser Form die Gebrauchserlaubnis erteilt — die Hauptgelegenheit bietet die Verbindung mit einer Polizeierlaubnis (oben S. 170, 176 u. 177) —, kann sie dem Empfänger zugleich jene Zahlungspflicht auferlegen; die Rechtsgültigkeit beruht hier auf seiner Einwilligung: Verwaltungsakt auf Unterwerfung (vgl. oben Bd. I S. 100)[17].

---

[17] Die landläufige Meinung, öffentlichrechtlich nicht geschult, wie sie ist, hat hier zwei Bedürfnisse: einmal muß die Gebühr immer vermittelt werden durch ein zu begründendes Schuldverhältnis, und sodann muß dieses Schuldverhältnis begründet werden in den Formen des Zivilrechts. Anders kann man sich die Sache nicht denken. Daraus entsteht die gewaltsame Annahme eines Mietvertrages, der in all diesen Gebrauchserlaubnissen stecken soll; die Gebühr ist vereinbarter Mietzins: O.Tr. 11. Juni 1857 (Str. XXV S. 161), 6. Nov. 1877 (Str. XCVIII S. 98), 30. April 1878 (Str. XCVIII S. 328). So erklärt sich schließlich die Ängstlichkeit der Gemeinde in dem Falle Württ. O.G.H. 9. Mai 1887 (Reger VIII S. 96), die für die bewilligte Anbringung eines Privatpostbriefkastens an ihrer Straße keine Gebühr erheben will, „um zu vermeiden, daß die Angelegenheit von einem anderen als polizeilichen Standpunkt aufgefaßt werde". — Da allmählich doch das Gefühl wach wird, daß eine privatrechtliche Verfügung, welche einen Besitz an der öffentlichen Sache einräumte, nicht recht stimmt, so redet man sich heraus mit der Unterscheidung: die Straße werde ja behufs Erzielung der „privatrechtlichen Vergütung" nicht als Verkehrsanstalt, sondern als Straßengelände zur Benutzung gegeben (O.V.G. 3. Nov. 1905, Entsch. XLVIII S. 113; vgl. oben Note 12). Als ob sich das trennen ließe! — Aber wenn auch die ganze Konstruktion eigentlich nur der Gebührenforderung zuliebe gemacht ist, so sieht man sich dann folgerichtigerweise doch genötigt, das Schema des zivilrechtlichen Vertrags auch da beizubehalten, wo für die Gebrauchserlaubnis nichts gezahlt wird. Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 103, führt das durch: Der Marktgast ist Mieter, wenn Marktstandgeld erhoben wird, anderenfalls wird er Prekarist oder Kommodatar oder „einem Kommodatar ähnlich". Der Marktaufseher, der ihm in Handhabung der Marktpolizei den Platz anweist, begnügt sich also nicht mit dieser öffentlichrechtlichen Handlung, sondern vollzieht zugleich, den Pandekten zuliebe, ein precarium völlig gleichen Inhalts. — Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 90, benutzt umgekehrt den Mietvertrag, um eine Unterscheidung zu verwischen, die für uns wichtiger ist: „Ein Vertrag, durch welchen ein Straßenteil zum Feilhalten von Waren überlassen oder durch welchen das Einlegen von Schienen in die Straße gestattet

Die ordentliche Form der Gebührenerhebung für die Gebrauchserlaubnis ist die unter n. 2 genannte rechtlich unvermittelte, ganz wie bei den öffentlichen Anstalten. In der Verwandtschaft mit diesen bekundet sich hier noch einmal die rechtliche Natur der öffentlichen Sache: Sie ist gleich ihnen eine Erscheinung öffentlicher Verwaltung; die volle Verkörperung dieser Verwaltung in einem Grundstück macht ihre Besonderheit aus.

§ 39.

Fortsetzung; die Verleihung besonderer Nutzungen.

Die Verleihung, Konzession, ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts von allgemeinerer Bedeutung. Es kommt nach verschiedenen Richtungen zur Anwendung.

Immer handelt es sich dabei um einen Verwaltungsakt. Dieser Verwaltungsakt hat immer zum Inhalt, daß dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben werden soll über ein Stück öffentlicher Verwaltung und die darin erscheinende öffentliche Gewalt.

Ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen ist also in Frage nach dem oben (Bd. I S. 107) festgestellten Begriffe. Und zwar ist es ein subjektives Recht in Form des Besitzes öffentlicher Gewalt (Bd. I S. 112 u. 115): ein bestimmtes Stück öffentlicher Verwaltung wird dem Beliehenen hinausgegeben, um es zu behaupten und wahrzunehmen und darin zugleich einen eigenen Vorteil zu finden[1].

Eine Rechtsstellung dieser Art findet sich auch bei dem unabsetzbaren Beamten vermöge des ihm zukommenden Rechts am Amt (vgl. Bd. I S. 113 f.). Man spricht deshalb wohl manchmal von der „Verleihung eines Amtes". Gebräuchlicher ist aber hier nicht ohne Grund der Ausdruck „Übertragung des Amtes". Denn der Beamte hat nur das Recht, das Stück öffentliche Verwaltung, das sein Amt bedeutet, auszuüben für seinen Dienstherrn und in dessen Namen. Dem entspricht die starke

worden ist, wird als Mietvertrag anzusehen sein." Aber das erste ist eine Gebrauchserlaubnis, das zweite eine Verleihung. Für den Mietvertrag haben sie nur das gemeinsam, daß er auf das eine so wenig paßt wie auf das andere.

[1] Gerne würden wir für unsere Verleihung die Kategorie „rechtsbegründender Verwaltungsakt" gelten lassen, die G. Meyer unterscheidet (G. Meyer-Dochow, V.R. S. 34; G. Meyer-Anschütz, St.R. S. 648). Allein unter den Anwendungsfällen, die er aufzählt, findet sich leider gerade dieser, der wichtigste und richtigste, nicht.

Gebundenheit, in welcher er dabei steht und die sein ganzes Tun inhaltlich beherrscht; er hat nur ein formales Recht. Die eigentliche Verleihung unterscheidet sich davon durch die grundsätzliche Freiheit, mit welcher der Beliehene mit seinem im eigenen Namen auszuübenden Stücke öffentlicher Verwaltung verfährt, eingeschränkt nur durch gewisse vorbehaltene Aufsichtsrechte des Gemeinwesens, von welchem er sein Recht ableitet.

Demnach verstehen wir unter Verleihung einen Verwaltungsakt, durch welchen für den Beliehenen das Recht des Besitzes an einem Stücke öffentlicher Verwaltung begründet wird zur Ausübung eigenen Namens.

Solche Verleihung erscheint in zwei Hauptformen: als Verleihung eines öffentlichen Unternehmens und als Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts an einer öffentlichen Sache. Jede von beiden hat neben sich gewisse Abarten, welche in das Gebiet des Privatwirtschaftlichen und damit des bürgerlichen Rechts hinüberspielen.

Von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens soll unten § 49 ausführlicher die Rede sein; Hauptbeispiel: die Eisenbahnkonzession. Insofern das öffentliche Unternehmen selbst nichts anderes ist als ein Stück öffentlicher Verwaltung (vgl. oben § 33 II n. 1), entspricht der Verwaltungsakt, der dem Beliehenen Macht gibt über ein solches, unserem soeben festgestellten Begriff der Verleihung. Damit hängt unmittelbar zusammen die sogenannte Verleihung des Enteignungsrechts, die ja keine Verleihung ist, sondern nur die Anerkennung einer Fähigkeit, der Enteignung teilhaftig zu werden, die durch die allgemeine Art des Unternehmers oder durch eine zu seinen Gunsten ergangene wirkliche Verleihung bereits begründet ist. Hier handelt es sich lediglich um eine unglückliche Terminologie[2].

Dagegen erscheint eine richtige Abart dieser Verleihung in der Anwendung ihrer Formen auf gewerbliche Unternehmungen, die das Gesetz dem Staate vorbehalten hat in solcher Weise zu vergeben, obwohl sie keine öffentlichen Unternehmungen sind, kein Stück öffentlicher Verwaltung, sondern ganz und gar nur dem Vorteil des Einzelnen gewidmet, der sie betreibt, privatwirtschaftlicher Natur also. Hauptbeispiele: die Verleihung des Bergbaurechts, die Apothekenkonzession. Hier bilden sich durch die Kraft des obrigkeitlichen Ausspruchs eigen-

[2] Darüber die Ausführungen oben § 33 Note 19 und Note 23.

artig gestaltete subjektive Rechte, die für ihr weiteres Schicksal der bürgerlichen Rechtsordnung unterstehen[3].

Die Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts, von welcher hier zunächst zu handeln sein wird, gehört im Gegensatze dazu in den Kreis der Rechtsinstitute des öffentlichen Sachenrechts. Sie ist die dritte und ausgeprägteste Art, wie Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen begründet werden. Zugleich die einzige, bei der ein wahres subjektives öffentliches Recht im strengen Sinne des Begriffs in Frage kommt. Sie bedeutet rechtliche Macht über die öffentliche Sache, von der ein Stück dem Beliehenen ausgeantwortet wird, um zu seinem Vorteil und in seinem Namen einen Besitz daran zu üben. Da aber das Wesen der öffentlichen Sachen darin besteht, selbst eine unmittelbare Erscheinung öffentlicher Verwaltung zu sein (oben § 35, I), so ist die rechtliche Macht über die öffentliche Sache Macht über die öffentliche Verwaltung, entspricht dadurch dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, und der Akt, der diese Macht begründet, entspricht so wieder dem oben festgestellten Begriff der Verleihung.

Als Abart stellt sich hier daneben die Verwendung der Form der Verleihung zur Begründung von besonderen Nutzungen an nichtöffentlichen Sachen. Hauptbeispiel: die Verleihung von Wassernutzungen an Privatflüssen. Auch hier entstehen durch den Verwaltungsakt subjektive Rechte der Beliehenen, welche jedoch ihrerseits dann nicht dem öffentlichen Rechte angehören, sondern der bürgerlichen Rechtsordnung zuzuweisen sind. Unsere Verleihung ist das also nicht, sondern ein ihr nachgebildetes Hilfsinstitut des Zivilrechts[4].

---

[3] Über den Zusammenhang mit der alten Regalität: Fleiner, Instit. S. 317 Note 2. Vgl. auch oben § 33 Einl. und Note 20 a. E. — Pr. Bergges. v. 24 Juni 1865 § 22. Bezüglich der Apotheken gehören die sogenannten Realkonzessionen hierher, die Personalkonzessionen sind rein polizeilicher Art. Vgl. Wörterb. d. St. u. V.R. I S. 144ff.

[4] Die Lehrbücher des deutschen Privatrechts werden diesen Verleihungen von Wassernutzungen ebenso wie den vorhin erwähnten Verleihungen von Bergwerken nach wie vor Unterkunft gewähren. Sie kommen damit in Wettbewerb mit der staatswissenschaftlichen Darstellungsweise des Verwaltungsrechts (vgl. oben Bd. I S. 18ff.). Mit der unsrigen nicht. — Das neuere Recht brachte noch eine weitere Verwendung der „Konzession" in dieser Richtung: die Landkonzessionen in den Schutzgebieten, wodurch einem Einzelnen oder einer Gesellschaft Kronland überwiesen wird, um durch Besitzergreifung Eigentum daran zu erwerben: R.G. 1. Juli 1912 (Entsch. LXXX S. 19). Fleiner, Inst. S. 322 Note 14a, wirft das mit der Verleihung öffentlicher Unternehmungen zusammen und will die daraus abgeleiteten Berechtigungen des Beliehenen als öffentlichrechtliche ansehen. Das

I. Das Anwendungsgebiet der Verleihung besonderer Nutzungsrechte ist gegenüber dem Gemeingebrauch deutlich abgegrenzt: sie gehen immer über das im Gemeingebrauch Enthaltene hinaus.

Mit der Gebrauchserlaubnis hat die Verleihung das gemein. Was sie von ihr trennt, das ist das zu begründende Recht an der öffentlichen Sache[5]. Ein solches kann niemals anders begründet werden als eben durch Verwaltungsakt, durch den obrigkeitlichen Ausspruch einer Behörde. Die Gebrauchserlaubnis wird, wie wir sehen, rechtsgültig durch untergeordnetes Aufsichtspersonal erteilt[6]. Sie kann allerdings unter Umständen auch von einer Behörde erteilt werden[7]. Deshalb gibt die Stelle, von welcher aus hier gehandelt wird, für sich allein kein durchschlagendes Unterscheidungsmerkmal. Wir können nur sagen: eine Verleihung liegt jedenfalls nicht vor, wenn es keine Behörde war, die da auftrat. War es eine solche, dann wird näher zuzusehen sein, was sie gemeint hat. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß der Unterschied der rechtlichen Wirkung jedem der beiden Rechtsinstitute von vornherein ein natürliches Anwendungsgebiet zuweist.

Der Gebrauchserlaubnis gehören alle über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungen, die eine öffentliche Sache nur oberflächlich und vorübergehend berühren, die ihrer Natur nach nicht auf Herstellung eines dauernden Besitzstandes gerichtet sind und deren Beseitigung oder Änderung keine Zerstörung von Sachwerten bedeutete. Es besteht hier für die Verwaltung kein Grund, ihre Sache zugunsten des Benutzenden bindend und dadurch möglicherweise recht störend zu belasten; ihre von pflichtmäßigem Wohlwollen getragene Verstattung muß ihm genügen. Das gilt von dem Überschreiten des Eisenbahndamms, vom Feilhalten auf dem Wochenmarkte, vom Stillehalten der Droschken und Kanalschiffe auf den dafür ausersehenen Plätzen, ebenso von der Lagerung von Baustoffen auf der Straße, vom Einschlagen der Pfosten eines Baugerüstes daselbst,

---

Reichsgericht a. a. O. S. 23 zählt auch mich zu den Vertretern dieser Auffassung. Allein es handelt sich hier nur um die im Französischen Rechte schon länger ausgebildete concession de propriété: Theorie des Franz. Verw.R. S. 385.

[5] Für den Juristen muß das einen dicken Grenzstrich bedeuten. Gleichwohl wird er sehr oft nicht beachtet. So z. B. nicht bei Bekker, Pand. I S. 243.

[6] Vgl. oben § 38 Note 4.

[7] Vgl. oben § 38, III n. 1 u. n. 2.

vom Anbringen von Schaukästen und Nasenschildern, Eingraben von Blumentöpfen auf gemeinen Gräbern. Eine Rechtsverleihung wäre für solche Dinge ein ganz unangemessener Kraftaufwand.

Umgekehrt enthalten die Vorrichtungen, durch welche gewisse andere Benutzungen sich vollziehen, einen so schwerwiegenden Eingriff in die Körperlichkeit der öffentlichen Sache und sind mit einem solchen Aufwand von Mitteln ihr fest eingefügt, daß man nicht wohl anders daran gehen wird als auf Grund der rechtlichen Sicherheit, welche nur die Verleihung zu bieten vermag: Stauwehre, abgeleitete Mühlkanäle, Bewässerungsanlagen an öffentlichen Flüssen, Verlegung von Schiffahrtsketten, Fähranstalten und Anlagestellen, ebenso umfangreiche Röhrenleitungen und festeingefügte Bahngeleise im Straßenkörper, kostbare Grabdenkmäler werden niemals auf den unsicheren Rechtsgrund einer bloßen Gebrauchserlaubnis gestellt werden.

Dazwischen freilich bleibt noch ein weites Gebiet von Benutzungsfällen übrig, deren äußere Gestalt und Erscheinung nicht so notwendig auf eine bestimmte Rechtsform hinweist; man kann sie sich am Ende in der einen so gut denken wie in der anderen. Insbesondere gibt es so von vornherein noch kein Unterscheidungsmerkmal, ob die betreffende Vorrichtung mit dem Boden fest verbunden ist als res soli, und noch weniger, ob sie als Bestandteil des Grundstücks gilt im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs[8]. Schiffmühlen, Badeanstalten im öffentlichen Flusse werden zumeist auf Verleihung beruhen, obwohl sie nur verankert sind und im Winter oder bei Eisgang abgefahren werden. Andererseits pflegt der Zeitungskiosk, die Sodawasserbude trotz des eingemauerten Fundaments nur eine Gebrauchserlaubnis für sich zu haben. In ihrer äußeren Erscheinung brauchen sich Reihengräber und Erbbegräbnisse nicht zu unterscheiden. Auch der erworbene Kirchenstuhl wird vor anderen Sitzen meist nur ausgezeichnet sein durch äußerlich angebrachte Merkmale der rechtlichen Zugehörigkeit. Auf diesem Gebiete kommt es also nur darauf an, jedesmal zu erkennen und festzustellen,

[8] Nach B.G.B. § 95 Abs. 1 S. 2 würde das mit dem Grundstück Verbundene kein Bestandteil sein, wenn es verbunden würde „in Ausübung eines Rechts". Um diese Bestimmung anwenden zu können, müßten wir also schon wissen, was wir fragen, ob es sich nämlich um Gebrauchserlaubnis oder Verleihung handelt. Vgl. übrigens unten Note 22.

was bei der Benutzungseinräumung gewollt ist. Dazu dient in gewissem Maße die dabei beobachtete Form: die Verleihung hat, wie wir sehen werden, in dieser Hinsicht besondere Voraussetzungen zu erfüllen[9]. Der Schwerpunkt liegt aber in der Willensauslegung, die aus dem Inhalt des Gesuches und des Bescheides und der Gesamtheit der begleitenden Umstände im Einzelfalle zu gewinnen sein wird. —

Was wir jetzt Gebrauchserlaubnis und Verleihung nennen, hat es immer gegeben, nur eben. dem allgemeinen Stande der früheren Rechtsanschauungen entsprechend, in anderer Gestalt. Wie das ganze Recht der öffentlichen Sache unter zivilrechtliche Gesichtspunkte gestellt war, so auch die Ordnung etwaiger besonderer Nutzungen daran. Im Gegensatze zu der raschlebigen Gebrauchserlaubnis ist aber das der Verleihung entsprechende besondere Nutzungsrecht geeignet, auch die großen Umwälzungen in den allgemeinen Grundlagen unseres öffentlichen Rechts zu überleben. So ragen solche alte, ganz zivilrechtlich gedachte Rechte an Straßen und Strömen mannigfach noch in die Gegenwart herein. Kauf, Ersitzung, landesherrliches Privilegium bilden ihre Entstehungsgründe. Mühlengerechtigkeiten, Bewässerungsanlagen an öffentlichen Flüssen haben hier die gleiche Rechtsgestalt wie die an Privatflüssen. Der Polizeistaat bringt wenigstens insofern einen Unterschied zur Geltung, als er die ersteren einer kräftigen Reglementierung und Überwachung wegen des an den öffentlichen Sachen wahrzunehmenden öffentlichen Hauptzwecks unterwirft, um sie gegebenenfalls sogar ganz zu unterdrücken. Die Gegenwart bekommt einen festeren Maßstab für die Behandlung solcher alter Rechte dadurch, daß man sie in bezug auf jene obrigkeitlichen Maßnahmen den durch Verleihung neu erworbenen gleichstellt[10]. Für die

---

[9] Vgl. unten II n. 1. Ein Hauptpunkt wurde bereits oben § 38 Note 3 berührt: die Polizeibehörde bedarf zur Rechtsverleihung an der städtischen Straße der Zustimmung der Stadtvertretung. Für die Anbringung von Briefkästen der Privatpost, um welche es sich in dem Erkenntnis des Württ. V.G.H. handelte, hatte man vernünftigerweise diese Form nicht erfüllt; hier war doch lediglich eine Gebrauchserlaubnis am Platze.

[10] Ein Beispiel boten die Schlächterscharren auf dem Neumarkt zu Berlin, deren rechtliche Lage O.Tr. 8. Febr. 1856 (Str. XIX S. 336) behandelt. Insofern hier ein zivilrechtlich begründetes Recht unter die gleichen Rechtsregeln gestellt wird, die jetzt für das entsprechende öffentlichrechtlich begründete gelten, hat der Satz, den das Gericht aufstellt, „daß der Privatrechtstitel auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts anwendbar ist", eine gewisse Richtigkeit. Namentlich für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte mag unter Umständen die bürgerlich-

Natur unseres neuen Rechtsinstituts darf man aus solchen Überbleibseln keine Folgerungen ziehen [11].

---

rechtliche Natur des ursprünglichen Rechtstitels von Bedeutung werden. So O.Tr. 13. Dez. 1859 (Str. XXXV S. 345) wegen der alten Wollschweifen, die das Tuchmachergewerbe zu Spremberg an der Spree besaß. Hätte es sich um eine neue Verleihung gehandelt, so wäre eine Verwaltungssache in Frage gewesen. — Bad. Wasserges. § 113 bestimmt jetzt in obigem Sinne für die vorgefundenen „kraft besonderer privatrechtlicher Titel" begründeten Rechte: „Soweit sie sich auf öffentliche Gewässer beziehen, gelten sie hinfort als dem öffentlichen Recht angehörige Nutzungsrechte im Sinne dieses Gesetzes. Ihre Ausübung unterliegt den Vorschriften dieses Gesetzes".

[11] Da sowohl das öffentliche Eigentum als die Verleihung Begriffe sind, in welche weitere Kreise nur schwer sich hineinzudenken vermögen, müssen natürlich zivilrechtliche Konstruktionen viel aushelfen. O.Tr. 24. Mai 1869 (Str. LXXV S. 79) sieht in der unbestreitbaren Tatsache, daß Erbbegräbnisse durch „Verleihung" erworben werden können, geradezu den Beweis, daß der Kirchhof, wenn auch res extra commercium, doch „dem bürgerlichen Verkehr nicht ganz entzogen sei", folglich nach A. L.R. I, 9 § 580 auch die Ersitzung Anwendung finde. Mit Kirchstühlen sei es ebenso. Also Verleihung ein Beweis „bürgerlichen Verkehrs"! — R.G. 5. Mai 1882 (Reger III S. 216) macht folgende Unterscheidung: Gebrauchsrechte an Kirchstühlen „sind nicht bloß als Ausflüsse der allgemeinen Benutzung (Gemeingebrauch und Gebrauchserlaubnis) und damit als öffentlichrechtliche Befugnisse denkbar; sie können ebensowohl auf privatrechtlichem Erwerbstitel beruhen (unsere Verleihung). Sobald ein wirkliches subjektives Recht in Frage kommt, wird die Sache privatrechtlich! — Demselben Gedankengang folgt R.G. 7. Juli 1884 (Pr. Just.Min.Bl. S. 209) bezüglich des Schienenrechts der Straßenbahn an städtischen Straßen und der bei seiner Verleihung entstehenden Stempelpflicht: der Gemeingebrauch bedeutet eine öffentlichrechtliche Verpflichtung der Stadt; sobald der Unternehmerin der Gebrauch der Straße für ihren besonderen Zweck „gegen einen bedungenen Preis" eingeräumt wird, muß das ein privatrechtlicher Mietvertrag werden. — So denn auch R.G. 13. Dez. 1897 (Entsch. XL S. 280) in Anwendung des Pr. Kl.B.Ges. v. 28. Juli 1892. Ganz in Ordnung ist es nicht mit diesem Mietvertrag. R.G. 10. Juli 1905 (Fischer Ztschft. XXXI S. 368) läßt es dahingestellt, ob das wirklich Mietverträge seien, da der Inhalt der Pflichten des Mieters weit über das regelmäßige Maß hinausgehe; jedenfalls „tragen diese Verträge einen privatrechtlichen Charakter", sind aber doch im öffentlichen Interesse abgeschlossen, daher ist „bei der Auslegung das öffentliche Interesse im Auge zu behalten". Stoerk, in Eger, Eisenb.Entsch. XXIII S. 207 ff., möchte es noch mit einem „gemischten" Rechtsgeschäft versuchen: die Gebrauchseinräumung ist öffentlichrechtlich, die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen zu dem Unternehmer privatrechtlich; doch hat das Nutzungsrecht eine „überwiegend publizistische Natur" (a. a. O. XXII S. 306). R.G. 12. Mai 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 259) endlich „erachtet die durch diese Verträge zwischen dem Kreis und der Beklagten geschaffenen Rechtsverhältnisse, mögen die Verträge auch hinsichtlich der Stempelpflicht als privatrechtlich, als Mietverträge zu beurteilen sein, als im wesentlichen öffentlichrechtlich". Damit sind wir dann so ziemlich am Ziele.

Richtig schon Bayr. K.K.S. 19. April 1884 (Bl. f. adm. Pr. 1887 S. 193)

II. Im einzelnen entfaltet sich nun unser Rechtsinstitut wie folgt.

1. In dem die Verleihung einen Besitz an der öffentlichen Sache begründet, der dem Beliehenen fortan zu eigenem Rechte zustehen soll auch dem Herrn der öffentlichen Sache gegenüber, hat sie für diesen die Bedeutung einer Verfügung über die Sache, einer Veräußerung[12]. Mithin ist die Befugnis dazu nicht ent-

---

Verleihung einer Grabstätte zu verfügbarem Rechte „erfolgt in der Regel durch autoritären Akt der Gemeinde als öffentlicher Korporation"; die Gemeinde handelt dann „keineswegs als Privatrechtssubjekt, sondern als verantwortlicher Träger der öffentlichen Gewalt in Ausübung öffentlichen Rechts". Ebenso Sächs. Min. d. I. 3. Aug. 1907 (Fischer Ztschft. XXXIII S. 67): Bei Verleihung des Geleiserechts an die Straßenbahn handelt es sich für den Gemeinderat „nicht um Ausübung eines ihm an den Ortsstraßen zustehenden Privateigentums, sondern lediglich um Führung öffentlicher Verwaltung und die Handhabung der hierauf sich gründenden öffentlichrechtlichen Herrschaft über diese Straßen".

Wo für das verliehene Nutzungsrecht nicht eine wiederkehrende Abgabe, sondern eine einmalige Zahlung zu leisten ist, hat man gern statt des Miet-vertrags einen Kauf gesetzt. Davon sagt sehr hübsch Sächs. K.G.H. 26. Mai 1905 (Fischer Ztschft. S. 166): der „Kauf" eines Erbstuhles in der Kirche ist nur die Form, „in die der eine obrigkeitliche Verleihung gegen ein Bezeigungsquantum bildende Vorgang, um dem Verständnis der Beteiligten entgegenzukommen, eingekleidet worden ist" — die Beteiligten, für die solches lange Zeit geschehen ist, waren vor allem die Gerichte selbst und die juristischen Schriftsteller.

[12] Sächs. Min. d. I. 10. Febr. 1908 (Fischer Ztschft. XXXIII S. 345) bemerkt richtig: die Verleihung eines Geleiserechts sei „nicht Ausfluß des Eigentums am Straßenareale"; denn auch eine Dienstbarkeit als Grundlage der Herrschaft der öffentlichen Verwaltung" würde genügen. Es ist nur eine abkürzende Ausdrucksweise, wenn wir den ordentlichen Fall stets voraussetzen, daß der verleihende Herr der öffentlichen Sache dieses sei auf Grund öffentlichen Eigentums. Vgl. oben § 35, IV n. 2. Auch die bloße Tatsache des Besitzes als öffentlicher Sache wird vorläufig genügen, um eine Verleihung wirksam zu machen. Das verliehene Recht steht dann nur in Gefahr zusammenzufallen, wenn der Verleihende die Sache räumen muß. Hat die Stadt ein Schienenrecht eingeräumt an der Staatsstraße, die sie irrtümlich besaß, so braucht der Staat, der seine Straße zurücknimmt, den unzuständigen Akt nicht anzuerkennen; liefert sie das Straßenstück einem Einzelnen aus, dem es zu freiem Eigentum gehörte, so ist das zugleich eine Einziehung, welche den Untergang des verliehenen Rechts nach sich zieht; vgl. unten II n. 4.

Was wir den Herrn der öffentlichen Sache nennen, wird in Pr. Kl.B.Ges. § 6 Abs. 1 für die erforderliche Zustimmung zur Einlegung von Schienengeleisen in die Straße bezeichnet als „der zur Unterhaltung des Weges Verpflichtete" (vgl. oben § 36 Note 11). Es handle sich, bemerkt Eger, Kl.B.Ges. S. 103, nicht um einen Eingriff in das Grundeigentum, sondern „in die dem Unterhaltungspflichtigen aus Gründen des öffentlichen Rechts zustehende Unterhaltslast und das damit verknüpfte Verfügungsrecht". Dieses kann allerdings, wie wir sagen, in Gestalt von öffentlichem Eigentum zum Ausdruck kommen. Eger hat aber hier nur den Fall im Auge, wo der Wegeherr nicht Eigentümer ist, sondern das bürgerliche Eigentum am

halten in der Zuständigkeit, die laufende Verwaltung, die Polizei der öffentlichen Sache zu führen. Falls diese Zuständigkeit einer besonderen Behörde übertragen ist, um sie im Namen des Gemeinwesens, dem die öffentliche Sache gehört, oder statt seiner im Namen eines höheren Gemeinwesens auszuüben, erweist sich die Eigenart der Verleihung darin, daß, um sie wahrzunehmen, zurückgegriffen werden muß auf die ordentliche Vertretung des ersteren.

Sie schiebt dann die Polizeibehörde nicht zur Seite, sondern das Zusammenwirken beider ist notwendig, damit die Verleihung gültig sei und durchführbar [18].

Straßenboden einem Anderen gehört; ob dann jener eine Grunddienstbarkeit oder bloßen öffentlichen Besitz hat, unterscheidet er nicht. Für jenen Fall nun wirft er die Frage auf, ob zur Begründung des Schienenrechts auch die Zustimmung des Privateigentümers erforderlich sei, und verneint sie ganz richtig mit der soeben angeführten, die Stellung des Wegeherrn umschreibenden Begründung. Anderer Meinung Germershausen, Pr. Wegerecht I S. 121f., unter nicht zutreffender Berufung auf A. L.R. II, 15 § 7. Aber solange der Weg als solcher besteht, hat der Privateigentümer des Geländes in die Verfügung über diesen gar nichts dareinzureden.

[18] Vgl. oben § 38 Note 3. Wen die alte Fiskuslehre noch gefangen hält, der hat es freilich nicht leicht, diese innere Einheit des Rechtsvorganges zu erkennen. Da gibt der Staat seine polizeiliche Erlaubnis und der Fiskus als Wegeeigentümer die erforderliche privatrechtliche Verfügungsmacht dazu. Das wären dann zwei ganz verschiedene Dinge, jedes auf einem anderen Blatte stehend, gerade so selbständig voneinander wie die Bauerlaubnis und der Grunderwerb. Die Art, wie unsere neuen Wassergesetze die Verleihung behandeln, ist nur zu sehr geeignet, die Vorstellungen der Juristen in diesem Geleise festzuhalten. Die Verleihung wird hier, einer übel angebrachten Einfachheit zu Ehren, in einem für öffentliche und nicht öffentliche Wasserläufe zugleich geordnet (vgl. oben § 38 Note 2). Maßgebend wird dabei natürlich das Bild der Verleihung an letzteren, das Hilfsinstitut des Zivilrechts. Da gibt dann die Obrigkeit öffentlichrechtlicherweise die Befugnis zur Wasserbenutzung, ist der Empfänger selbst schon der Eigentümer des Bettes und des Ufers, so kann er die Sache ins Werk setzen; sonst wird sein Unternehmen erst rechtlich gegründet, wenn er die Zustimmung des Eigentümers erhält; diese letztere ist dann privatrechtlicher Natur; das ist sie auch dann, wenn der Fiskus Eigentümer der Wiese ist, durch die der Bach läuft. So Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 26 Abs. 3: „die Erlaubnis (Verleihung) hat solange Anderen gegenüber keine Wirkung, als nicht der Antragsteller in Ansehung des Ufergrundstücks und des Bettes die zur Ausführung des beabsichtigten Unternehmens erforderlichen Befugnisse als Eigentümer oder aus einem sonstigen Rechtstitel besitzt". Das gilt auch von der Elbe (vgl. oben § 35 Note 41): hier ist es der Fiskus von dem man den nötigen — privatrechtlichen! — Rechtstitel sich verschaffen muß, damit der beim Staate erwirkte Verwaltungsakt fertig und auch nach außen rechtlich bedeutsam werde. Eine ganz unnatürliche Zerreißung des einheitlichen Vorganges. — Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 gibt dem Eigentümer des Wasserlaufs nicht noch einmal das

Für den auf solche Weise zustande gekommenen Verleihungsbeschluß wird schriftliche Ausfertigung vorgeschrieben sein oder tatsächlich beobachtet werden. Wirksam wird er durch gehörige Eröffnung an den Beliehenen[14]. Mit der Aushändigung der Verleihungs-(Konzessions-)Urkunde entsteht das Recht an der Sache mit allen Nebenwirkungen. Das Grundbuch des B.G.B. hat nichts damit zu tun[15].

2. Die Verleihung geschieht nur auf Antrag des zu Beleihenden. Der zuständigen Behörde ist es regelmäßig in ihr freies Ermessen gestellt, die nachgesuchte Verleihung zu gewähren oder zu versagen[16]. Es bedarf besonderer Rechtsgründe, wenn eine Gebunden-

---

Wort, sondern die Verleihung der Wasserpolizeibehörde umfaßt einheitlich sowohl die rechtsbegründende Einräumung eines Wasserbenutzungsrechts (wobei sie also obrigkeitlich über das Recht des Eigentümers verfügt) als auch die wasserpolizeiliche Genehmigung" (Wiener, Bad. Wasserrecht S. 94). Das ist wieder ganz auf die nicht öffentlichen Wasserläufe gemünzt, wird aber der Einfachheit halber auf die öffentlichen, dem Staate selbst gehörigen, ausgedehnt. Der Staat bedarf demnach hier selber der Verleihung, wenn er seinen Strom benützen will, und wird durch seine eigene Behörde mit dem Benutzungsrecht an diesem ausgestattet, — so sehr ist er Fiskus geworden! Wiener a. a. O. S. 95 bemerkt richtig: diese Bestimmung stelle „eine Rechtsverminderung des Staates dar, die aber von keiner praktischen Bedeutung ist, da die zuständige Staatsbehörde einem staatlichen Unternehmen wohl kaum die Verleihung versagen wird". Ein wunderlicher Umweg immerhin. — Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 46 ff. hat seine Verleihung scharf ausgeprägt als Begründung eines besonderen Benutzungsrechts, für die Eigentümer des Wasserlaufs wirksam oder auch gegen ihn zugunsten eines beliebigen anderen. Ein Privatrecht wird begründet; bergrechtliches Vorbild ist dafür maßgebend gewesen (Holtz und Kreutz, Kom. I S. 266). Also Hilfsinstitut des Zivilrechts. Nur wirkt es wieder, und zwar ganz vornehmlich, auch gegen den Eigentümer der „Wasserläufe erster Ordnung", also den Staat, der einfach wieder als Fiskus behandelt wird und dem oben erwähnten Wiesenbauern gleichsteht. Das ist alles sehr unwirklich gedacht.

[14] Wie alle Verwaltungsakte; vgl. oben Bd. I S. 97.

[15] Vgl. oben § 36 Note 17. — Für besondere Wassernutzungen haben die neueren Gesetze Wasserbücher oder Wasserrechtsbücher geschaffen, welche die Kenntnis davon und den Beweis erleichtern, ohne im übrigen ausgestattet zu sein mit den scharfen Rechtswirkungen, die sich an Grundbucheinträge knüpfen: Sächs. Wasserges. § 50 ff.; Württ. Wasserges. Art. 101; Bayr. Wasserges. Art. 196; Bad. Wasserges. § 24; Preuß. Wasserges. § 182 ff.

[16] Nieder, Württ. Wasserges. S. 239: „daß ein Rechtsanspruch auf die Verleihung nicht besteht, ergibt sich von selbst aus den Grundsätzen dieses Gesetzes über die rechtliche Natur der öffentlichen Gewässer". — Bad. Wasserges. § 41: „Über den Antrag auf Verleihung eines Wasserbenutzungsrechts beschließt die zuständige Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen". Sächs. Wasserges. § 27 gestattet, die „Erlaubnis" nur zu versagen aus bestimmten Gründen, worunter allerdings die „Verletzung öffentlicher Interessen". Ähnlich Preuß.

heit nach der einen oder anderen Seite hin bestehen soll. Solche Gebundenheiten finden sich in zwei Hauptformen[17].

— Wie die Gebrauchserlaubnis kann auch die Verleihung zuerteilt werden in einem anstaltsmäßigen Betriebe, so daß jeder, der gewisse allgemeine Voraussetzungen erfüllt, auf seinen Antrag die Verleihung bekommen soll[18]. Das kann wie dort lediglich durch Dienstvorschriften bestimmt sein; dann gewährt auch dies schon eine gewisse tatsächliche Sicherheit für den Bewerber. Es kann auch auf Rechtssatz beruhen, mit oder ohne ergänzende Anstaltsordnungen; dann bedeutet das einen Rechtsanspruch auf die Verleihung.

Der verfügbare Raum der öffentlichen Sache zieht von selbst eine Grenze, über welche hinaus keine Verleihung mehr begehrt werden kann.

In dieser Weise vollzieht sich die Verleihung von Erbbegräbnissen, Familiengrabstätten, Dauergräbern, gleichlaufend der Anweisung einfacher Reihengräber. Ein bestimmter Teil des Kirchhofs pflegt für solche bevorrechtete Gräber vorbehalten zu sein.

Ähnlich wird es gehalten bei der Verleihung von Kirchstühlen. Es ist die Meinung, daß jedem, der die Bedingungen erfüllt, eine solche Verleihung erteilt werden soll, solange wenigstens der Vorrat reicht. Da das verliehene Recht dauert und auf andere übergeht, kann dieser Vorrat sich leicht erschöpfen; andererseits macht eben diese Möglichkeit abgeleiteten Erwerbs Neuverleihungen minder notwendig. Der ganze Betrieb ist also doch ein anderer als bei der Gebrauchserlaubnis.

Wasserges. § 47, § 49. Beide setzen aber, im Gegensatz zum Badischen Wassergesetze, die Zustimmung Namens des Eigentümers des Wasserlaufs, also beim öffentlichen des Staates, voraus und da kommt dann eben das freie Ermessen voll zur Wirkung. Vgl. oben Note 13.

[17] Wir sprechen hier nur von Gebundenheiten, die aus der eigenen Ordnung der Verleihung hervorgehen. Daneben besteht noch die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Verpflichtung des Herrn der öffentlichen Sache; Beispiel: Vertrag der Stadt mit einer Gasgesellschaft, in welchem dieser im voraus die Erteilung des Rechts der Röhrenverlegung in den alten und neuen Straßenkörpern versprochen wird. Es kann auch dem Selbstverwaltungskörper, wenn das Gesetz dafür genügenden Spielraum gibt, möglicherweise kraft Aufsichtsrechts befohlen werden, derartige Befugnisse einzuräumen. So wird im Sächs. O.V.G. 8. Okt. 1902 (Jahrb. III S. 204) die Frage behandelt, ob die Aufsichtsbehörde einer Dorfgemeinde auferlegen darf, die Wasserleitungsröhren der Nachbarstadt in ihre Straße einlegen zu lassen, ob also eine „Verleihung" erzwingbar ist.

[18] Vgl. oben § 38, III.

— Im Gegensatz zur Gebrauchserlaubnis begründet die einmal erteilte Verleihung ein Recht an der öffentlichen Sache, und ihr stehen gleich inhaltsverwandte Rechte, die nach den Ordnungen älterer Zeiten daran begründet worden sind. Solche Rechte bedeuten dann immer eine Schranke für weitere Verfügungen über die Sache: Neuverleihungen dürfen grundsätzlich nicht zu ihrer Beeinträchtigung führen. Insofern ist also die verleihende Behörde durch sie gebunden.

Diese Gebundenheit wird wirksam werden für die Verleihung von Kirchstühlen, wie von Erbbegräbnissen. Ihr Hauptfeld findet sie bei den besonderen Nutzungen an öffentlichen Gewässern. Hier sind die vorgefundenen Rechte mannigfaltiger und in ihrer Ausdehnung und Verletzbarkeit nicht immer von selbst klar umgrenzt. Daher besondere Vorkehrungen zu ihrer genaueren Abgrenzung getroffen sind[19], vor allem aber das Verfahren, in welchem neue Verleihungen erteilt werden sollen, darauf eingerichtet ist, daß die alten Berechtigten darin gebührend zu Worte kommen. Die Vorbilder lieferte teils das Enteignungsverfahren, teils das Verfahren zur Genehmigung nachteiliger Gewerbeanlagen nach Gew.Ord. § 16 ff.[20].

3. Die Wirkung der Verleihung besteht in der Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts[21]. Den Inhalt dieses Rechts bildet der Besitz des durch die Verleihung bestimmten Stückes der öffentlichen Sache, um den verleihungsmäßigen Gebrauch davon zu machen. Ob auf die Erteilung der Verleihung ein rechtlicher Anspruch bestand oder nicht, macht für diese Wirkung des einmal ergangenen Aktes keinen Unterschied.

Auf Grund dieses Rechts darf nun der Beliehene gewisse Veränderungen an der öffentlichen Sache vornehmen und

---

[19] Hierher gehört vor allem die Staumarke, der Eichpfahl; vgl. Wörterb. d. St. und V.R. III S. 521 f. Die Einrichtung gilt für öffentliche wie für nicht öffentliche Wasserläufe.

[20] Sächs. Wasserges. § 31, § 33 ff.; Bad. Wasserges. § 54; Preuß. Wasserges. § 64 ff.; Württ. Wasserges. Art. 33. Bei Neuanlagen für Wassertriebwerke sind die Vorschriften der Gew.Ord. in § 17—§ 22 bindend (Gew.Ord. § 23 Abs. 1). Wie sich das dann mit den Landeswassergesetzen vereinbaren soll, macht Schwierigkeiten; vgl. Zimmermann in Annalen 1912 S. 801 ff.; Hofacker in Annalen 1913 S. 130 ff.

[21] Wir sprechen hier von unserer echten Verleihung, durch welche ein Nutzungsrecht an einer öffentlichen Sache begründet werden soll. Das daneben herlaufende Hilfsinstitut des bürgerlichen Rechts, bergrechtlichen Vorbildes (vgl. oben Note 13), begründet allerdings ein subjektives Recht bürgerlichrechtlicher Art, geht uns aber demgemäß hier nicht weiter an; vgl. oben Note 4.

Vorrichtungen an ihr anbringen, wie es dem Zwecke des verliehenen Nutzungsrechts entspricht. Die Sachen, welche dabei tatsächlich trennbar mit ihr verbunden werden, sei es auch durch Befestigung im Boden, Eingraben, Einrammen, Einmauern, bleiben Eigentum des Beliehenen und unterliegen seinem Verfügungsrecht[22].

Der ganze Besitzstand, der sich so bildet, und der Gebrauch, der davon gemacht wird, tritt nun von selbst in den Bannkreis der Polizei der öffentlichen Sache, an welcher er hängt. Diese kommt dabei in zweifacher Richtung zur Wirksamkeit:

— Sie hält die Ausübung des verliehenen Rechts in ihren Grenzen, damit sie sich gebührend einfügt in den allgemeinen Zweck der öffentlichen Sache und die dafür angemessene Ordnung.

— Sie schützt den Besitz und die Ausübung des Rechts als eines gegebenen Stückes dieser Ordnung gegen Störungen, welche Dritte bereiten könnten.

Einen Rechtsanspruch auf diesen polizeilichen Schutz hat der Beliehene nicht[23]. Sein Recht an der Sache bedeutet immer nur, daß die öffentliche Gewalt ihm gegenüber gebunden ist, ihn verleihungsmäßig in Besitz und Nutzung zu belassen. Dieses sein Recht ist vermögensrechtlicher, aber nichtsdestoweniger öffentlichrechtlicher Art als Macht über die dadurch beschränkte öffentliche Verwaltung[24]. Indem er es aber ausübt, übt er nicht selbst wieder

---

[22] Wäre B.G.B. § 95 Abs. 1 Satz 2 hier anwendbar, so würden wir für diese Zutaten zu dem gleichen Ergebnis kommen. Das gäbe dann einen Gegensatz zur Gebrauchserlaubnis, die kein „Recht" des Verbindenden bedeutet: das Verbundene würde da Bestandteil des Grundstücks, man müßte denn immer einen „vorübergehenden Zweck" bei der Gebrauchserlaubnis annehmen. Planck, Kom. Bd. II zu § 95 Note 4, läßt als „Recht" im Sinne des B.G.B. hier nur gelten Erbbaurecht, Grunddienstbarkeit und Nießbrauch. Das träfe also unser verliehenes Nutzungsrecht nicht und die verbundenen Sachen würden auch hier Bestandteil. Entscheidend dürfte aber ein anderer Gesichtspunkt sein: die Anziehungskraft des Grundstücks auf seine Bestandteile, wie B.G.B. § 93 ff. sie regelt, das alte Akzessionsrecht, wie man es nannte, ist eine privatrechtliche Wirkung des Privatrechts am Grundstück; für die öffentliche Sache, die dem öffentlichen Rechte unterliegt, sind diese Bestimmungen des B.G.B. überhaupt nicht gegeben; vgl. oben § 36, II n. 2.

[23] Ein Recht auf polizeiliches Einschreiten gibt es überhaupt nicht. Vgl. oben Bd. I S. 228 f.

[24] Wenn die neuere Wassergesetzgebung, insbesondere auch die Preußische, bei den Vorschriften über die Verleihung keinen Unterschied macht zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Wasserläufen (vgl. oben § 35 Note 41), so ist es eben Sache der Wissenschaft, auf diesen zu achten und ihn hervorzuheben.

öffentliche Verwaltung; er benutzt die öffentliche Sache für seine Sonderzwecke, privatwirtschaftlich[25].

Dementsprechend ist auch sein Eigentum an den angebrachten Vorrichtungen privatrechtlicher Natur. Und die Beziehungen, in welchen er bei Besitz und Ausübung des Nutzungsrechts selbst zu anderen tritt, sind bestimmt, durch das bürgerliche Recht geordnet zu werden. Rechtswidrige Beschädigung, die ihm zugefügt wird, begründet einen Schadensersatzanspruch nach B.G.B. Das Recht ist, sofern nicht anderes bestimmt ist, übertragbar[26]; die Regeln des B.G.B. über vertragsmäßige und erbrechtliche Rechtsübergänge sind maßgebend. Überall gilt hier das Recht zwischen Gleichen, nicht öffentliches Recht.

Bürgerlichrechtlich ist auch die Pflicht des tatsächlichen Besitzers der verliehenen Nutzung, sie dem wahren Berechtigten herauszugeben, sowie die Pflicht zur Beseitigung der Störung, zur Sicherstellung künftiger Unterlassung und zur Anerkennung des unbegründeterweise bestrittenen fremden Rechts daran.

Aus der Art, wie die Grenzlinie zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht hier läuft, ergibt sich dann auch die grundsätzliche Verteilung der Zuständigkeiten zur Entscheidung von Streitfällen[27].

Für den Privatfluß ist es richtig, daß das verliehene Recht „ein reines Privatrecht sei, obgleich es auf einem öffentlichrechtlichen Akte beruht“ (Holtz und Kreutz, Preuß. Wasserges. I S. 431). Aber nun darf man doch nicht der an sich recht erklärlichen Neigung nachgeben und ohne weiteres verallgemeinern. Es ist etwas anderes, ob dem Untertanen ein Recht begründet wird am privatrechtlichen Rechte seines Mituntertanen, und ob ihm ein solches begründet werden soll am Machtgebiete der öffentlichen Verwaltung. Auch letzteren Falles ist es ein Privatrecht, aber kein privatrechtliches Recht.

[25] Stichkanal, Anlegestelle, Badeanstalt, Privathafenanlage, Kirchstuhl, Grabstätte, Privatbrücke über den öffentlichen Fluß werden für ihre Benutzung Privatangelegenheiten des Beliehenen. Wenn die verliehene Nutzung mit der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens sich verbindet, liegt die Sache in diesem Punkte nicht anders; die Grenzlinie zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht, die wir hier untersuchen, findet bei dieser anderen Art der Verleihung ihr Gegenstück; vgl. unten § 50, II n. 2.

[26] Die Gesetze bestimmen jetzt meistens, daß der Rechtsübergang nur mit dem „Unternehmen“ stattfindet: Sächs. Wasserges. § 26 Abs. 2; Preuß. Wasserges. § 81 Abs. 1; Württ. Wasserges. Art. 39.

[27] Vgl. oben Bd. I S. 178ff. Verschiebungen der Zuständigkeit durch besondere Gesetzesbestimmungen (Bd. I S. 180f.) finden sich namentlich auf dem Gebiete wasserrechtlicher Verleihungen; vgl. z. B. Bad. Wasserges. § 117ff. Wenn das Preuß. Wasserges. § 81 sagt: „das verliehene Recht ist im Rechtswege verfolgbar“, so ist damit keineswegs wie Holtz und Kreutz I S. 431 aufstellen,

Die polizeiliche Machtentfaltung zum Schutz der guten Ordnung der öffentlichen Sache einschließlich der bestehenden Nutzungsrechte geht ihren eigenen Weg; sie gehört nicht zu der Frage des Rechtsschutzes[28].

Streit zwischen dem, der das verliehene Nutzungsrecht beansprucht und dem Gemeinwesen, von dem es abgeleitet wird, ist Verwaltungssache[29].

Streit um das Recht zwischen Einzelnen und ebenso um Schadensersatz wegen seiner behaupteten Verletzung zwischen solchen ist bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Sofern es dabei für die Gültigkeit und den Umfang des Rechts auf eine Würdigung des Verleihungsaktes ankommt, wird Z.Pr.O. § 148 maßgebend werden, wonach es dem Gerichte freisteht, das Verfahren auszusetzen, bis daß der Ausspruch der Verwaltungsbehörde eingeholt ist[30].

„zum Ausdruck gebracht, daß das verliehene Recht ein reines Privatrecht ist". Vgl. oben Bd. I S. 181.

[28] O.V.G. 10. Dez. 1884 (Reger V S. 389): Bei Streitigkeiten zwischen den Einzelnen über Kirchstuhlberechtigungen gilt, „daß polizeiliche Anordnungen etwaigen richterlichen Urteilen über solche Ansprüche gegenüber immer nur die Bedeutung interimistischer Maßnahmen haben".

[29] Nach Preußischem Recht wird hier die Klage meist der Unzuständigkeit des Gerichts begegnen als gegen eine polizeiliche Verfügung gerichtet: C.C.H. 18. März 1865 (Just.Min.Bl. S. 134); O.Tr. 4. Jan. 1867 (Str. LXVII S. 13). Anders, wenn die beklagte Verwaltung das Recht als solches bestreitet und dieses als „ein durch Verjährung erworbenes Privatrecht" in Anspruch genommen wird: R.G. 5. Mai 1882 (Entsch. VII S. 136). Hier ist eben die Grundlage selbst ins Privatrechtliche verschoben. — Holtz und Kreutz, welche die verliehene Wassernutzung auch am öffentlichen Fluß privatrechtlich auffassen, wollen gleichwohl (Pr. Wasserges. I S. 432) zugeben, „daß auch im Verwaltungsstreitverfahren über den Umfang des verliehenen Rechts gestritten und entschieden werden kann, z. B. wenn die Wasserpolizeibehörde gegen eine ihrer Ansicht nach über das verliehene Recht hinausgehende Benutzung des Wasserlaufs einschreitet". Allein das Urteil des Oberverwaltungsgerichts, welches hier über die Anfechtungsklage zu erkennen hat, entscheidet nicht über das verliehene Recht und seinen Umfang und macht nicht Rechtskraft dafür, sondern nur über die Gültigkeit der polizeilichen Verfügung (vgl. oben Bd. I S. 176). Wenn man das verliehene Recht auch am Strome für privatrechtlicher Natur erklärt, so muß man sich schon darein ergeben, daß seine Begründung und sein Umfang von den bürgerlichen Gerichten auch der Verwaltung gegenüber bindend festgestellt wird, und nur von ihnen.

[30] Hierüber Bd. I S. 184. — Im obigen Sinne unterscheidet die beiden Fälle Schelcher, Sächs. Wasserges. S. 344: „Es wird in jedem einzelnen Falle danach gefragt werden müssen, ob es sich um ein Rechtsverhältnis des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt handelt, dessen Beurteilung nur der Verwaltung bzw. den Verwaltungsgerichten untersteht, oder um Rechtsverhältnisse Einzelner zu-

4. Das Erlöschen der Verleihung hat eine gewisse äußerliche Verwandtschaft mit dem der Polizeierlaubnis (vgl. oben Bd. I S. 262 ff.). Der große Unterschied, daß es sich hier nicht um eine bloße Wiederherstellung der natürlichen Freiheit handelte, sondern um eine gewährte Nützlichkeit und um die Begründung eines Rechts daran, gibt aber dazwischen den Erlöschungsgründen hier eine so ausgeprägte Eigenart, daß man sich wohl hüten muß, allzuviel von dort herüberzunehmen.

An der Spitze steht eine Gruppe von Gründen allgemeiner Natur, die bei jedem Verwaltungsakt denkbar sind, deshalb auch bei Polizeierlaubnis und Verleihung gleichermaßen auftreten. Dahin gehört das Rückgängigwerden wegen Rechtsungültigkeit oder Erschleichung (vgl. Bd. I S. 266 f.), die Befristung, der vorbehaltene Widerruf, die Verwirkung wegen nicht erfüllter Auflage (Bd. I S. 261 f. u. hier unten III n. 1).

Dagegen ist der Verleihung besonders der Endigungsgrund des Verzichtes: die einseitige Erklärung des Berechtigten, gegenüber der Behörde abgegeben, wirkt zerstörlich[31].

Sodann erweist sich als bedeutsam der tatsächliche Bestand der Verwendung, welche die verliehene Nutzung zu finden bestimmt ist: das Recht selbst kann abhängig gemacht sein von dem fortdauernden Zusammenhange mit ihm. Wie die Übertragung nur statthaft ist, wenn der neue Berechtigte zugleich das Unternehmen fortführt (oben Note 26), so kann die Verleihung erlöschen, wenn das Unternehmen nicht in bestimmter Frist ins Werk gesetzt oder während einer gewissen Zeitdauer außer Betrieb gesetzt wird. Das versteht sich allerdings nicht von selbst, aber Gesetz oder ausdrückliche Verleihungsklausel fügen gern solche Bedingtheiten bei[32]. Auch die eingetretene tatsächliche Unmöglichkeit des Unternehmens muß dann die gleiche Wirkung haben[33]. In der Verleihung kann dieses Unternehmen mehr oder weniger genau umschrieben und dadurch dem Beliehenen weniger oder mehr

---

einander." Die dort noch weiter gemachten Unterscheidungen beziehen sich nicht auf unseren Fall.

[31] Vgl. oben Bd. I S. 265. Sächs. Wasserges. § 36 Ziff. 1: „Durch den der Verwaltungsbehörde oder der Gemeindebehörde gegenüber schriftlich oder zu Protokoll erklärten Verzicht des Berechtigten." Ebenso Bad. Wasserges. § 51 Ziff. 1.

[32] Preuß. Wasserges. § 60, § 85 Abs. 1 Ziff. 4; Bad. Wasserges. § 51 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2; Bayr. Wasserges. Art. 61; Württ. Wasserges. Art. 36; Sächs. Wasserges. § 36 Abs. 1 Ziff. 5 u. 6.

[33] Ausdrücklich vorgeschrieben im Bad. Wasserges. § 47 Abs. 3 Ziff. 3.

Spielraum gegeben sein zur Bestimmung der Art der Verwendung jener Nützlichkeit der öffentlichen Sache. Danach richtet sich dann das Maß der Strenge der hier erwähnten rechtlichen Gebundenheiten[34].

Endlich erwachsen dem verliehenen Nutzungsrechte noch eigenartigere Endigungsgründe aus der rechtlichen Natur der Sache, an der es besteht: die öffentliche Sache kann dem Einzelvorteil immer nur nebenbei gewidmet werden, unbeschadet ihrer Hauptaufgabe, dem öffentlichen Wohl auf ihre Art nützlich zu sein. Ergibt sich hier ein Zusammenstoß, so muß das Recht des Einzelnen weichen; es erleidet Beschränkungen und gänzliche Unterdrückungen durch Eingriffe der Verwaltung.

Der Berechtigte muß sich alle Arbeiten und Vorkehrungen an der öffentlichen Sache gefallen lassen, die erforderlich erachtet werden, um sie bei ihrem Hauptzweck zu erhalten oder noch besser geeignet zu machen, ihn zu erfüllen, d. h. der öffentlichen Verwaltung mit ihrer Körperlichkeit unmittelbar dienstbar zu sein. Wenn aber die erforderlichen Änderungen so tiefgreifend sind, daß das verliehene Recht nicht dabei bestehen kann, so wird es im Verwaltungswege unterdrückt durch Widerruf der Verleihung[35].

Dieser Widerruf unterscheidet sich von dem bei der Verleihung besonders vorbehaltenen. Er braucht überhaupt darin gar nicht erwähnt zu sein. Das Gesetz behält ihn vor, und auch wenn es das nicht tut, ist er zulässig, als selbstverständlichen Rechts. Dafür ist ein dringendes öffentliches Bedürfnis gefordert, „überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses" müssen vorliegen. Dieser Widerruf hat also Verwandtschaft mit der Enteignung; er geht aber nicht wie diese gegen Grundeigentum, das er anderweitig verwenden lassen wollte, und befolgt nicht ihre strengen Formen.

Es wird wie dort ein Verwaltungsakt erlassen, aber seinem Inhalt nach bedeutet er nur die Zurücknahme des ergangenen

[34] So kann bei Verleihung einer Wasserkraftnutzung der Gewerbszweig, in welchem diese verwendet werden soll, genau bezeichnet sein; dann ist dem Beliehenen auch ein Wechsel seines Betriebes nicht möglich: Holtz u. Kreutz, Preuß. Wasserges. I S. 283; Nieder, Württ. Wasserges. S. 274. Württ. V.G.H. 13. Mai 1903 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XV S. 212: Kundenmahlmühle oder Lohmühle).

[35] Hierüber die trefflichen Ausführungen bei Schwab, in Arch. f. ziv. Pr. Beil. XXX S. 155 ff. — Man nennt wohl diesen Widerruf eine straßenpolizeiliche, strompolizeiliche Verfügung; das entspricht der älteren, ausgedehnten Verwendung des Wortes Polizei. Polizei in unserem Sinne ist das nicht.

Verwaltungsaktes, den er voraussetzt; er stellt das rechtliche Nichts wieder her, das vor diesem bestand. Immerhin ist die Verwandtschaft mit der Enteignung so stark, daß das Gesetz möglicherweise für die Vornahme des Widerrufs die Anwendung ihrer Formen vorschreibt.

Die Hauptanwendungsfälle bieten die öffentlichen Flüsse[86] und die Straßen[87]. Hier sind alle Nutzungsrechte den Erfordernissen des Verkehrs untergeordnet. Andere Beispiele liefert häufig auch die Neuordnung der Kirchstühle, wobei möglicherweise verliehene Rechte ausweichen müssen[88].

In allen diesen Fällen, tatsächliche Beeinträchtigung oder förmliche Rechtsentziehung, ist dem betroffenen Nutzungsberechtigten Entschädigung geschuldet. Auch hierin zeigt sich die Verwandtschaft mit der Enteignung. Denn der Rechtsgrund für diese Entschädigung ist hier wie dort kein anderer als die Billigkeitsregel, welche einen Ausgleich forderte für das besondere Opfer, welches dem Einzelnen von der öffentlichen Verwaltung zugemutet werden mußte für das Gemeinwohl[89].

[86] Die neuen Wassergesetze pflegen diesen Widerruf ausdrücklich vorzusehen; Gew.Ord. § 51 liefert das Vorbild: Sächs. Wasserges. § 28, Preuß. Wasserges. § 84, Württ. Wasserges. Art. 45, Bad. Wasserges. § 47. — Auch ohne solches Gesetz wurde früher schon so verfahren; die Strompolizei gab genügende Grundlage: C.C.H. 9. Juni 1866 (Just.Min.Bl. S. 222). — Das Bayr. Wasserges. Art. 43 Abs. 3 gestattet die Entziehung oder Schmälerung der unwiderruflich verliehenen Nutzung „nur im Wege der Zwangsenteignung". Eymann, Kom. I S. 438 Note 12, bemerkt dazu richtig: dies sei ein Fall der Zwangsenteignung eines „öffentlichen Rechts". Dem steht aber als wesensgleich zur Seite die verfrühte Entziehung eines widerruflich erteilten Rechts nach Art. 62 Abs. 2: sie geschieht nicht in Form der Enteignung.

[87] So in dem Falle der Berliner Schlächterscharren (vgl. oben Note 10), welche von der Straßenpolizeibehörde eingeschränkt wurden: O.Tr. 8. Febr. 1856 (Str. XIX S. 336).

[88] Hier wird der Eingriff wieder als „polizeiliche Verfügung" aufgefaßt: C.C.H. 12. Okt. 1872 (J.M.Bl. S. 315); O.V.G. 10. Dez. 1884 (Reger V S. 388). Die bürgerlichen Gerichte suchen die Verfügungsmacht der Verwaltung gern damit zu erklären, daß dem Kirchstuhlberechtigten nur eine Forderung auf Leistung eines solchen Platzes zustehe: O.Tr. 25. Mai 1877 (Str. IC S. 173); R.G. 19. Nov. 1889 (Entsch. XXIV S. 174). Damit wird aber die sonst anerkannte dingliche Natur des Kirchstuhlrechts verleugnet.

[89] So die oben Note 36 angeführten wassergesetzlichen Bestimmungen. Der Umweg über das Enteignungsverfahren, welchen Bayr. Wasserges. Art. 43 Abs. 3 vorschreibt, wäre nicht notwendig, um den Entschädigungsanspruch zu gewähren und zu sichern. Jene besonderen gesetzlichen Bestimmungen sind nur auch insofern notwendig, als der Billigkeitsgrundsatz, dem sie dienen, keinen Ausdruck in einer allgemeinen Rechtsregel gefunden hat. Möglicherweise verhelfen aber die Gerichte

Die besondere Klausel des Verleihungsaktes, wonach die Behörde sich den Widerruf vorbehält, kann möglicherweise doch nur einen Hinweis bedeuten auf dieses selbstverständliche, wegen des natürlichen Wesens der öffentlichen Sache unverzichtbare Widerrufsrecht. Ist es als ein echter Vorbehalt freien Widerrufs gemeint, so entbindet sie die Behörde nicht bloß von der Voraussetzung eines dringenden öffentlichen Bedürfnisses, dem damit zu dienen wäre, sondern auch von der wichtigen Folge der Entschädigungspflicht. Ein solcher Vorbehalt nimmt dann aber dem verliehenen Rechte so sehr allen Wert, daß es fraglich sein könnte, ob es noch den Namen Recht verdient. Jedenfalls würde ein guter Hausvater sich nicht leicht auf eine so verklausulierte Verleihung einlassen, um seine Häuser darauf zu bauen[40].

Es gibt aber noch eine andere Art, wie durch eine Verwaltungsmaßregel eingegriffen werden kann in den Rechtsbestand der Verleihung. Das ist die Einziehung der öffentlichen Sache, an welcher das besondere Nutzungsrecht begründet ist. Selbstverständlich schließt dieses Recht die Befugnis der Verwaltung zu der lediglich nach Gesichtspunkten des Gemeinwohles zu treffenden Maßregel nicht aus. Mit ihr verliert es dann aber seinen Gegenstand. Denn an einer Sache des bürgerlichrechtlichen Verkehrs ist das öffentlichrechtliche Nutzungsrecht nicht möglich. Eine zivilrechtliche Grunddienstbarkeit oder persönliche Dienstbarkeit entsprechenden Inhalts wäre möglich. Das ist aber dann ein anderes Recht, welches bei der Verleihung nicht gewollt war. Man wird nicht annehmen können, daß infolge der Einziehung der öffentlichen Sache nunmehr von selbst eine Umwandlung sich vollziehe, durch die das Recht gerettet würde[41]. Es könnte höchstens

---

auch ohne alles das, durch irgendeine Konstruktion, dem Geschädigten zu einer Vergütung, wie wir das unten § 53 noch genauer erörtern werden. So wird auch hier dem Manne, dem „durch Verwaltungsakte, welche die Kirchenbehörden in Ausübung der ihnen zustehenden kirchenpolizeilichen Befugnisse vornehmen", sein Kirchstuhl entzogen wurde, „für die Beseitigung der gedachten Privatrechte ... Entschädigung geleistet werden müssen" — und zugesprochen: R.G. 29. Juli 1886 (Entsch. XVI S. 161).

[40] Bei den Behörden besteht andererseits die erklärliche Neigung, sich durch eine solche Klausel die Hände freizuhalten. Es wird Übung, möglicherweise durch Dienstvorschrift gesichert, zuweilen sogar durch Gesetzesbestimmung. So Bayr. Wasserges. Art. 43 Abs. 1: „in der Regel auf eine bestimmte Zeit oder in widerruflicher Weise". Eymann, Kom. I S. 432 u. 436.

[41] Wenn die neueren Wassergesetze die Verleihung besonderer Nutzungen am öffentlichen Fluß und am Privatfluß wie ein einheitliches Rechtsinstitut zu behandeln suchen (vgl. oben Note 13), so könnte man sich fragen, ob hier nicht

bei dieser Gelegenheit die Neubegründung eines entsprechenden dinglichen Rechts bürgerlicher Natur zustande kommen. Dazu bedürfte es freilich besonderer Willenserklärungen und Wahrnehmung der dafür vorgeschriebenen Formen. Doch ist es immerhin denkbar, daß man sich in solcher Weise einigte; ein Beweggrund wird sich aus dem Folgenden ergeben.

Dem Eingriff in das verliehene Recht durch Einziehung der öffentlichen Sache selbst ist mit dem durch Beeinträchtigung und Widerruf dieses Rechts um des Hauptzwecks der Sache willen *eines* gemeinsam: Es handelt sich wieder um besondere Opfer, durch die öffentliche Verwaltung dem Betroffenen zugemutet; gemäß dem allgemeinen Grundsatze des Billigkeitsrechts ist ihm dafür *Entschädigung* geschuldet. Die Verwandtschaft mit der Enteignung kommt darin noch einmal zum Vorschein. Für die Verwaltung, welche zahlen muß, kann das ein Anlaß sein, den Nutzungsberechtigten in irgendeiner anderen Weise abzufinden, namentlich so, daß ihm anderwärts ein gleichartiger Ersatz für das verlorene Recht gewährt wird, oder so, daß man ihm an derselben Stelle, wo es bisher geübt wurde, eine bürgerlichrechtliche Dienstbarkeit begründet[42].

III. Mit der Verleihung, deren Wesen die Begründung eines Rechts des Beliehenen ausmacht, verbinden sich zumeist noch gewisse Nebenbestimmungen, die darauf gerichtet sind, *Ver-*

---

doch einfach eine Fortdauer mit entsprechender Umbildung als gewollt zu denken ist. Wir müßten also den Fall denken: an einem öffentlichen Fluß wird ein Wasserableitungsrecht verliehen für eine Kraftanlage, nun hört der Fluß auf, schiffbar zu sein, wird aus der Liste der „Wasserläufe erster Ordnung" gestrichen, als Privatfluß anerkannt. Ich möchte jene Frage bejahen.

[42] Die Verlegung von Gemeindekirchhöfen, weiter hinaus vor die Stadt, gibt häufig Anlaß zum Untergang erworbener Grabstätten. Die Entschädigung wird hier am liebsten durch Verleihung einer Ersatzgrabstätte auf dem neuen Kirchhof geleistet. — Mit der Einziehung der städtischen Straße erlischt auch das daran verliehene Geleiserecht der Straßenbahngesellschaft; werden die Schienen gleichwohl belassen und weiter befahren, so ändert sich die Rechtsgrundlage dieser Benutzung; im Zweifel wird es ein Mietvertrag werden. — Der Einziehung steht es in bezug auf die hier zu betrachtende Wirkung gleich, wenn die öffentliche Sache zwar die allgemeine rechtliche Natur einer solchen beibehält, aber eine öffentliche Sache anderer Art wird, für welche eine Verleihung dieses Inhalts nicht möglich ist. O.Tr. 4. Jan. 1867 (Str. LXVII S. 13): Beim Erweiterungsbau einer Kirche wird ein Erbbegräbnis mit in die Kirche hereingenommen. Die Klage auf Anerkennung des Rechts und Wiederherstellung behufs weiterer Benutzung wird abgewiesen, dafür aber dem Beliehenen eine Entschädigung zugesprochen für sein verlorenes Recht.

pflichtungen für ihn zu begründen. Wir sprechen hier von Auflagen, die dem Beliehenen gemacht werden. Sie können rechtssatzmäßig vorgeschrieben sein, so daß sie von selbst wirksam werden gleich der bürgerlichrechtlichen Regelung des Inhalts der Rechtsgeschäfte. Sie können auch durch den Inhalt des Verleihungsaktes erst geschaffen werden, der den Beliehenen rechtsgültig so belastet vermöge seiner Unterwerfung[43]. Wir unterscheiden folgende Fälle:

1. Das verliehene Recht steht unter den Bedingungen der Polizei der öffentlichen Sache. Seine Ausübung darf nicht dazu führen, daß deren Brauchbarkeit mehr als in der verliehenen Nutzung notwendig gegeben ist, beeinträchtigt werde. Die Polizei setzt das durch in ihren gewöhnlichen Formen. Der Verleihungsakt selbst hilft dazu, indem er das Recht genauer abgrenzt und Vorschriften gibt, wie der Beliehene sich zu verhalten und einzurichten hat, um Störungen zu verhüten. Das sind dann Auflagen polizeilicher Natur, die nur in der Art ihrer Entstehung abweichen von den gewöhnlichen Formen polizeilicher Befehle. Sie gleichen den Auflagen bei der Polizeierlaubnis[44] und werden von der Behörde, welche der Polizei der öffentlichen Sache vorsteht, nach dem Vorbilde jener gehandhabt[45]. Auch eine Zurücknahme der Verleihung wegen Nichterfüllung solcher Auflagen ist statthaft: sie geschieht aber durch die Verleihungsbehörde[46].

2. Die Verleihung geschieht zwecks der Verwendung und Ausnutzung des verliehenen Rechts, zunächst zum Vorteil des Beliehenen. Es kann aber darüber hinaus ein Vorteil Anderer, in engerem oder weiterem Kreise damit erstrebt werden, denen das so geförderte Unternehmen nützlich gemacht werden soll. Das führt dann zu Verwendungsauflagen. Sie sind selbstverständlich nicht polizeilicher, aber doch wie die ganze Verleihung öffentlichrechtlicher Natur. Die Verwaltung nimmt sie wahr mit ihren gewöhnlichen Zwangsmitteln; am letzten Ende steht auch hier die Möglichkeit der Zurücknahme der Verleihung.

---

[43] Vgl. oben Bd. I S. 100 Note 12.

[44] Vgl. oben Bd. I S. 261. Die Verwandtschaft tritt namentlich beim Sächs. Wasserges. § 27 Abs. 1 stark hervor; dazu Schelcher, Kom. S. 104 Note 1.

[45] Pr. Wasserges. § 83.

[46] Pr. Wasserges. § 85 Abs. 1 Ziff. 4; Bad. Wasserges. § 47 Abs. 3 Ziff. 2. Die „Bedingungen", deren Nichterfüllung hiernach die Zurücknahme ermöglicht, umfassen auch die übrigen jetzt noch zu besprechenden Lasten.

In solcher Weise werden namentlich Stauwerke zu Kraftanlagen und Entwässerungsvorrichtungen Anderen nutzbar gemacht[47].

Die umfassendste Bedeutung erlangt aber diese Art der Behandlung des verliehenen Rechts, wenn das Unternehmen, dem es zu dienen hat, selbst als ein öffentliches angesehen ist und der mit der besonderen Nutzung Ausgestattete zugleich der Beliehene ist für dieses öffentliche Unternehmen. Hier treffen dann die zwei verschiedenen Arten von Verleihung zusammen[48]. Der Nutzungsberechtigte erhält durch seine Stellung als beliehener Unternehmer zugleich feste Pflichten auferlegt für die Art, wie er sein Recht behandeln und verwenden soll. Die Durchsetzung dieser Pflichten bestimmt sich nach dem Rechte der Unternehmensverleihung[49].

3. Der Verleihende kann allerlei besondere Nebenvorteile bei der Verleihung sich ausbedingen — Nebenvorteile, sofern sie nicht auf die Art der Verwendung des Nutzungsrechts selbst sich beziehen, aber doch in einem gewissen Zusammenhang mit der dabei zu entwickelnden Tätigkeit stehen und diese nun für den Verleiher in Anspruch nehmen als öffentliche Lasten, die darauf gelegt sind. Es wäre unzulässig, willkürlich ausgedachte Leistungen bei dieser Gelegenheit herausschlagen zu wollen. Das Gesetz kann den Spielraum noch weiter verengern. Hauptbeispiele

[47] Besonders ausführlich sieht das vor Bad. Wasserges. § 44.

[48] Vgl. hier oben Eing. S. 181.

[49] Wenn ein Straßenbahnunternehmen „konzessioniert" wird, das die Landstraße benutzen soll, so gewährt der Staat hier zweierlei verschiedene Dinge: das öffentliche Unternehmen zur Ausübung und seine öffentliche Sache zur Benutzung. — Brücken und Fähranstalten, die dem öffentlichen Verkehr dienen sollen, bedürfen möglicherweise schon als solche einer staatlichen Verleihung vermöge des Wegeregals (unten § 49 Note 13). Kommt hinzu, daß sie über einen öffentlichen Fluß führen, so bedeutet das zugleich die Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts an diesem (Wörterb. d. D. St. u. Verw.R. I S. 750 ff.). Das Sächs. Wasserges., das sonst überall die Verleihung besonderer Nutzungsrechte als Erlaubnis bezeichnet (oben Note 13), spricht gleichwohl von Verleihung des Rechts zum „gewerbsmäßigen Betrieb von Fähren", wenn es sich um einen öffentlichen Fluß handelt (§ 25 Abs. 1); die andere Art von Verleihung spielt hier herein.

Die Urheber der beiden Arten von Verleihung können aber auch auseinandergehen. Hauptfall: Straßenbahngesellschaft, vom Staate konzessioniert, welche die Gemeindestraße benutzen soll. Jeder der beiden würde dann berufen sein, diejenigen Vorschriften zu machen, die sein Stück öffentlicher Verwaltung erheischen mag. Ein Widerstreit kann durch einen Vorrang des staatlichen Verleihers seine Lösung finden. So nach Preuß. Kl.Bahnen-Ges. v. 28. Juli 1892 § 7, wonach „die Zustimmung des Unterhaltungspflichtigen (des Straßenherrn) ergänzt werden kann". Das wird aber wichtiger in dem jetzt gleich zu behandelnden Fall.

bieten die Verpflichtungen des Nutzungsberechtigten, für die Instandhaltung einer entsprechenden Strecke des Wasserlaufs aufzukommen, an dem sein Stauwerk oder die sonstige verleihungsmäßig angebrachte Anlage besteht[50], oder die Herstellung und regelmäßige Erneuerung des Straßenkörpers zu besorgen, in welchen er Geleise einzulegen berechtigt wurde[51].

---

[50] Pr. Wasserges. § 56 Abs. 1. Das Gesetz kann solche Unterhaltungspflichten des Nutzungsberechtigten auch unmittelbar vorschreiben: Bad. Wasserges. § 93.

[51] Pr. Kl.Bahnen-Ges. § 6 Abs. 2 schreibt unmittelbar eine Verpflichtung des Unternehmers vor zur Unterhaltung und Wiederherstellung des benutzten Wegeteils; Abs. 3 gibt dem Wegeherrn das Recht, sich den späteren Erwerb der Bahn auszubedingen. Die Gerichte fassen solche Abmachungen zwar als privatrechtliche Verträge auf. So R.G. 14. Okt. 1904 (Eger, Eisenb.Entsch. XXI S. 373) ohne weiteres: es handle sich um eine öffentlichrechtliche Pflicht, die sich nach Privatabkommen richte (!). O.V.G. 31. Mai 1906 (Entsch. XL S. 252) verwirft diesen Gedanken, nimmt aber privatrechtlichen Vertrag und privatrechtliche Pflicht an: „Bestünde die Verpflichtung als eine öffentlichrechtliche, so würde die Polizei diese Pflicht gegen den Unternehmer auch geltend zu machen haben." Das kann sie aber hier nicht, weil der Magistrat allein über die Straßenherstellung entscheidet. Als ob nur was die Polizei macht, öffentlichrechtlich wäre! O.V.G. 10. Jan. 1910 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 424) sucht zu vermitteln: Der Vertrag der Stadt mit der Kleinbahn wegen Unterhaltung der überlassenen Straße „ist nicht notwendig öffentlichrechtlicher Natur"; es ist vielmehr „aus dem gesamten Inhalt zu ermitteln, ob nicht vielmehr der Wille der Vertragschließenden gar nicht auf die Schaffung öffentlichrechtlicher Verbindlichkeiten gerichtet war". Allein der Wille der Vertragschließenden ist wohl entscheidend für den Inhalt ihres „Vertrags"; darüber, ob diese Abmachung dann öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, ist ihr Wille nicht entscheidend.

Wo der Verleiher der besonderen Nutzung sich eine derartige Gegenleistung ausbedingt, wird die Verleihung natürlich besonders gern als „Vertrag" bezeichnet; das hat weiter nichts auf sich: sobald man ihn zugleich einen öffentlichrechtlichen nennt, ist genügend kundgegeben, daß es kein Vertrag ist, sondern ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Nicht zu verwechseln damit ist aber der Fall, wo es sich nicht um eine einfache Gegenleistung handelt, die mit der Verleihung zusammengehört und ein Ganzes bildet, sondern um eine gelegentlich der Verleihung getroffene selbständige Abmachung mit eigener Leistung und Gegenleistung. Das kann dann, obwohl mit der Verleihung in einem Zuge vorgenommen und in einer und derselben Urkunde vereinigt, einen zivilrechtlichen Vertrag feststellen. Sächs. O.V.G. 27. März 1907 (Jahrb. X S. 203) behandelt den Fall, wo die Stadt der Straßenbahngesellschaft das Geleiserecht gewährt und ihr zugleich ein bisher als Bauhof benutztes Grundstück gegen Zahlung eines Mietzinses überläßt. Das Gericht sagt: Der Vertrag über Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume zu Bahnzwecken, Einlegung und Instandhaltung der Bahngeleise usw. sei öffentlichrechtlicher Natur. Aber damit verbinde sich ein Nebenvertrag wegen Miete des anliegenden Grundstücks; der sei mit all seinen Verabredungen „privatwirtschaftlicher" Natur und

4. Reine Geldleistungen erscheinen auch hier in Gestalt einer Gebührenpflicht. Sie findet ihre rechtliche Begründung naturgemäß in dem Verleihungsakte selbst. Die Gebühr hat ihre natürlichen Höchstgrenzen an dem Aufwand für das Benutzte und an dem Vorteil des Benutzers[52]. In dieser Hinsicht kommt bei der Verleihung in Betracht, daß die verliehene Benutzung nach Art und Umfang jeweils einzelartig ist. Dem entspricht die Bemessung der Gebühr durch den verleihenden Verwaltungsakt im Einzelfall. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es nicht; der Verwaltungsakt wirkt auch hier rechtsgültig verpflichtend vermöge der Unterwerfung[53].

---

als privatrechtlich zu behandeln. — Sächs. O.V.G. 20. Juni 1908 (Jahrb. XII S. 290) würdigt den Inhalt eines solchen Straßenbahnvertrags noch umfassender: „Das Recht zum Betriebe der Bahn wird durch staatliche Verleihung erworben" (Unternehmensverleihung), das Recht „der Mitbenutzung öffentlicher Verkehrsräume für die Anlagen des Bahnbetriebs durch Erlaubnis der Stadtgemeinde" (Verleihung der besonderen Nutzung). Dieses letztere stellt sich als Vertrag dar, und zwar ist dieser Vertrag öffentlichrechtlich, soweit „die Überlassung der Straßen sowie (Gegen-)Leistungen für das Straßenbenutzungsrecht betreffend" (also der hier oben n. 3 besprochene Fall); ebenso ist er öffentlichrechtlich, soweit seine Festsetzungen „den Bahnbetrieb und die Betriebseinrichtungen zum Gegenstande haben", worin eigentlich „in Vertragsform gekleidete polizeiliche Anordnungen" zu sehen sind (also der hier oben n. 1 besprochene). Es kann aber auch ein Rückkaufsrecht bezüglich des ganzen Straßenbahnunternehmens bei dieser Gelegenheit ausbedungen sein. Das Gericht läßt dahingestellt, wie das zu beurteilen sei, wenn es in dem staatlichen Verleihungsakte enthalten wäre (unseres Erachtens wäre es ein Stück der auf das Unternehmen bezüglichen Verleihung, deren Wirkung es genauer bestimmt). Wenn das Rückkaufsrecht in dem Vertrag mit der Stadt ausbedungen ist, der das Geleiserecht gewährt, so bedeutet das einen „privatwirtschaftlichen Vorgang", und dieser Vertrag verliert seine privatrechtliche Eigenschaft auch nicht dadurch, daß er „Bestandteil eines im übrigen öffentlichrechtlichen Vertrags wird".

Privatrechtlicher Natur wird umgekehrt auch die bei solcher Gelegenheit von der Stadt gegebene Vertragszusage sein, keinem anderen Unternehmer für ein gewisses Verkehrsgebiet Geleiserecht zu verleihen: R.G. 10. Juli 1905 (Eger, Eisenb.Entsch. XXII S. 185).

[52] Vgl. oben § 37 Note 34.

[53] Schwab, in Arch. f. ziv. Prax. XXX Beil. S. 103, bezeichnet den Vorgang als „Konzession gegen Entrichtung einer stipulierten Abgabe (Mühlenzins)". R.G. 29. Sept. 1906 (Entsch. LXIV S. 137) behandelt den Fall einer Wasserableitung aus einem öffentlichen Fluß. Die Anlage war erst „landespolizeilich" genehmigt worden gegen Entrichtung einer „an die Wasserbauverwaltung zu entrichtenden Gebühr", dann aber trat die Regierung, Abteilung für direkte Steuern, Domänen und Forsten, bei und „wiederholte die Auflage". Für eine „polizeiliche Genehmigung" wäre diese Gebühr nicht geschuldet gewesen; da gibt der Staat nichts, wofür ihm ein Ausgleich gehörte. Aber es handelt sich jetzt in der Tat um

Für gewisse Fälle von besonderen Nutzungsrechten findet gleichwohl ein anstaltsmäßiger Betrieb der Verleihung statt; Beispiele: Kirchstühle, Erbbegräbnisse. Da pflegt auch ein Tarif für die zu erhebenden Gebühren aufgestellt zu sein, der durch die Einzelverleihung zur Anwendung und rechtlichen Wirksamkeit gebracht wird. Der Tarif wirkt nur als Programm und als Anweisung für die verleihende Behörde. Rechtssatzmäßige Regelung ist dadurch nicht ausgeschlossen. —

Überall wo in solcher Weise Verpflichtungen dem Beliehenen anferlegt worden sind, hängen sie wieder an dem verliehenen Rechte und begleiten es, wenn es übergeht auf einen neuen Berechtigten. Es ist derselbe Fall des Wirksamwerdens eines Verwaltungsaktes gegenüber einem Dritten, den wir auch schon bei der Polizeierlaubnis mit Auflage zu beobachten hatten[54].

§ 40.

Auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten.

Bei den zuletzt, §§ 37 bis 39, besprochenen Rechtsinstituten handelte es sich darum, daß den Einzelnen gewisse Vorteile zukommen sollen an der öffentlichen Sache, an dem öffentlichen Unternehmen, das sich in dieser verkörpert.

„die Verleihung eines regalen Nutzungsrechts", und so ist die Sache in Ordnung. Der Empfänger hätte sich der Auflage entziehen können, wenn er die von der Domänenverwaltung unter dieser Bedingung angebotene Nutzungsverleihung ablehnte.

In einem ähnlichen Gedankengange verbietet Preuß. Wasserges. § 54 die Auferlegung „eines Entgeltes für die Benutzung des Wasserlaufes" bei der Verleihung. Das Gesetz hat einseitig den Fall im Auge, wo die Behörde die Verleihung gewährt am Privatfluß, also zu fremden Lasten; das hat allerdings einigermaßen Verwandtschaft mit einer bloßen polizeilichen Anordnung. Allein nun ist doch in diesem Wassergesetz die Verleihung am öffentlichen Flusse, der dem Staate öffentlichrechtlicherweise gehört, ohne weiteres mit inbegriffen in dem Hilfsinstitut des Zivilrechts (vgl. oben Note 13). Da stimmt das Verbot nicht. Da hilft eben die Gleichstellung dieses Staates mit dem Bauern, dem der Bach gehört: er kann sich einen Wasserzins ausbedingen wie dieser: „Auch der Staat als Eigentümer der Wasserläufe erster Ordnung ist nicht gehindert, einen Wasserzins zu erheben, wie er schon bisher als Inhaber der nutzbaren Regalien dazu befugt war" (Holtz u. Kreutz, Preuß. Wasserges. I S. 327). Das geschieht „außerhalb des Verleihungsverfahrens". Gerade als ob der Staat, der verleiht, ein anderer wäre als der, dem der öffentliche Fluß gehört! Die ganze Unnatur der vom Gesetze hier beliebten Außerachtlassung des Wesensunterschiedes von öffentlichen und nichtöffentlichen Gewässern tritt hier wieder zutage.

[54] Vgl. oben Bd. I S. 262.

Jetzt wird umgekehrt wieder eine Inanspruchnahme des Grundbesitzes der Untertanen in Frage sein *zugunsten des öffentlichen Unternehmens*.

Insofern stellt sich das, was hier gebracht wird, der *Enteignung* zur Seite (vgl. oben S. 2). Dieser gegenüber besteht aber ein Unterschied schon dadurch, daß die Enteignung regelmäßig dazu verwendet wird, das ganze Eigentum zu entziehen, während es sich hier, wie schon der Name „Dienstbarkeit" ankündigt, nur um eine *Belastung* der getroffenen Grundstücke handelt bei fortdauerndem Privateigentum. Allerdings, auch die Enteignung hat die Möglichkeit, sich auf eine bloße Belastung des angegriffenen Eigentums zu beschränken, auf die Begründung einer Dienstbarkeit daran[1]. Dann tritt aber ein anderer Gegensatz erst recht hervor, der für alle Verwendungen der Enteignung gilt, eigentumentziehende wie dienstbarkeitbegründende: die Enteignung ist ein öffentlichrechtlicher *Rechtsvorgang*, ein Rechtsgeschäft, wenn man will; mit der eingetretenen Wirkung ist sie beendet; über die rechtliche Behandlung des so geschaffenen Zustandes sagt sie nichts weiter aus. Regelmäßig wird dieser Zustand, das begründete Eigentum, die geschaffene Dienstbarkeit, nun fortan nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen sein; es ist auch anders denkbar und kann öffentliches Eigentum, kann eine öffentlichrechtliche Wegedienstbarkeit und dergleichen dabei herauskommen: das wird aber nur selten sofort eintreten, sondern regelmäßig erst im weiteren Verlauf nach Durchführung des geplanten Unternehmens, Herstellung der Straße, des Festungswerkes[2]. Bei unserer öffentlichen Grunddienstbarkeit liegt der Schwerpunkt gerade auf dem zu schaffenden *Zustande*, auf der dem getroffenen Grundstücke zugefügten rechtlichen Bestimmtheit, und die ist durchweg und ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur; hier hängt nichts mehr von weiteren Bedingungen ab, in die das hineinträte.

Insofern würde also unser Rechtsinstitut eher eine Verwandtschaft bieten mit einer Erscheinung, deren Namen schon auf eine solche hinweist: das ist der oben § 35, IV n. 2 besprochene Fall der *öffentlichen Sache* auf Grund einer Dienstbarkeit. Diese Dienstbarkeit ist, wie wir dort ausführten, selbst öffentlichrechtlicher Natur, wie im gewöhnlicheren Fall das Eigentum, das dem Herrn der öffentlichen Sache zusteht. Sie verdient also den Namen einer öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit. Diesen gleichen Namen

[1] Vgl. oben § 33, III n. 2 und Note 49 u. 50 daselbst.

[2] Vgl. oben § 34, I n. 3.

werden wir auch für die hier zu erörternden Dienstbarkeiten in Anspruch nehmen. Gleichwohl sind es sehr verschiedene Dinge; wir müssen uns darein finden, zweierlei Arten öffentlicher Dienstbarkeiten zu besitzen.

Die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache zeichnet sich dadurch aus, daß sie gleichgültig ist gegen die Art der Begründung des Rechts selbst: das mag Enteignung sein oder bürgerlicher Vertrag; die Widmung der Sache führt das irgendwie entstandene Recht in das öffentlichrechtliche Gebiet hinüber.

Die Dienstbarkeit, mit der wir hier zu tun haben, die auferlegte Dienstbarkeit, ist zuständlicherweise öffentlichrechtlich wie jene; sie ist aber auch in ihrem Entstehungsgrund von vornherein diesem Rechtsgebiet angehörig. Sie bedeutet einen öffentlichrechtlicherweise auferlegten öffentlichrechtlichen Rechtszustand für das betroffene Grundstück.

Der Unterschied der beiden Arten wird schon dadurch verdeutlicht, daß jeder, der dem Gedanken eines öffentlichen Eigentums noch unzugänglich ist, auch für die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache kein Verständnis haben wird; für sehr viele Juristen gibt es das einfach nicht. Unsere auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeit dagegen erzwingt sich die Anerkennung überall aus dem einfachen Grunde, weil hier zivilrechtliche Konstruktionen von vornherein überhaupt nicht möglich sind.

Ein anderer, für das innere Wesen der beiden Rechtsinstitute sehr wichtiger Gegensatz ergibt sich aus dem verschiedenen Verhältnisse der belasteten Sache zu dem öffentlichen Unternehmen, mit dem sie vermöge der öffentlichen Dienstbarkeit in Verbindung gebracht ist. Bei der Dienstbarkeit der öffentlichen Sache stellt sie selbst das öffentliche Unternehmen dar, den öffentlichen Weg, den städtischen Abzugskanal. Bei der auferlegten öffentlichen Dienstbarkeit ist das nicht so: das öffentliche Unternehmen ist außerhalb ihrer gedacht und wirkt von außen auf sie ein, um sie für sich zu belasten. Das gibt jedesmal ein ganz verschiedenes Rechtsbild[3].

---

[3] Zugunsten des öffentlichen Unternehmens besteht also auch die auferlegte Dienstbarkeit, folglich zugunsten des Unternehmers, des Staates also oder der Gemeinde. Man mag hier, wie oben Bd. I S. 108 schon bemerkt, von einem subjektiven Recht dieses Gemeinwesens sprechen (Recht der Rayonservitut z. B.), ohne daß durch diese Bezeichnung viel gewonnen wäre. Da unser Rechtsinstitut durch seinen Namen den Vergleich mit dem entsprechenden Rechtsinstitut des B.G.B. herausfordert, so möchte man fragen: ist es eine „Grunddienstbarkeit“ zu

Auf diese Weise tritt unsere auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeit wieder in nahe Verwandtschaft mit der hier unten § 41 zu behandelnden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung. Auch bei ihr handelt es sich regelmäßig darum, daß durch das öffentliche Unternehmen, durch die bestimmte Einzelerscheinung öffentlicher Verwaltung von außen her eingewirkt und eingegriffen wird in den Rechtsbestand des Privatgrundstücks. Aber der Unterschied ist der, daß die auferlegte Dienstbarkeit dem ergriffenen Grundstück in Form Rechtens eine besondere rechtliche Bestimmtheit verleiht, vermöge deren nun die genauer bezeichnete Schmälerung der freien Verfügung des Eigentümers eintritt. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung dagegen gelangt zur Wirkung, ohne den Einzelfall in solcher Weise rechtlich vorzubereiten, von selbst, an jedem Grundstück, das es gerade trifft, das der öffentlichen Verwaltung auf die vorausgesetzte Weise in den Weg kommt. —

Wiederum ist es also das öffentliche Unternehmen, die öffentliche Anstalt, was den Mittelpunkt liefert auch für unser Rechtsinstitut der auferlegten Dienstbarkeit. Wiederum ist aber hier die oben § 33 Eing. angekündigte Erscheinung zu beobachten, daß die hier ausgebildeten Rechtsformen übertragen werden auf andere Fälle, wo also nicht von einem öffentlichen, sondern von einem Privatunternehmen, privatwirtschaftlichen Unternehmen die Rede ist. Dazu bedarf es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung; das Gesetz kann ja alles. Es greift in solcher Weise natürlich nur ein, wenn dem dadurch zu fördernden Privatunternehmen seiner Art nach eine gewisse Bedeutung zukommt für das allgemeine Wohl, wenn es als „unechte öffentliche Anstalt“ angesehen werden kann. Beispiele sind die Benutzungsrechte des Bergwerksbesitzers an benachbarten Grundstücken, das Ver-

---

nennen (B.G.B. § 1018) oder eine „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ (B.G.B. § 1090)? Die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache könnten wir zweifellos nur der letzteren Art zurechnen: es fehlt das „herrschende Grundstück“. Auch bei unserer auferlegten Dienstbarkeit stimmt das nicht so ohne weiteres (O.V.G. 1. Mai 1902; Entsch. XLI S. 260). Immerhin können wir feststellen, daß das belastende Unternehmen immer an ein von dem belasteten Grundstück verschiedenes Grundstück gebunden erscheint, von dem aus es so wirkt: Straße, Strom, Festungswerk. Insofern würden wir also doch eher an eine Grunddienstbarkeit zu denken haben. Wenn wir das hervorheben, so geschieht es nur, weil dabei die Art unseres Rechtsinstituts anschaulicher wird. Irgendwelche Folgerungen ziehen wir nicht daraus.

bot von Ausgrabungen und Bohrungen im Bereiche von Heilquellen[4]. —

Danach formulieren wir: Auferlegte öffentliche Grunddienstbarkeit bedeutet einen Eingriff in die Freiheit des Eigentums, um die betroffenen Grundstücke zugunsten eines außerhalbstehenden öffentlichen Unternehmens öffentlichrechtlich zu belasten[5].

---

[4] Preuß. Bergges. v. 24. Juni 1865 § 135; Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 54ff. Wörterb. d. St. u. Verw.R. III S. 307.

[5] Der freie Gebrauch des Eigentums kann auch beschränkt werden durch Polizeiverbote. Es ist für die Rechtshandhabung wichtig, unser Rechtsinstitut auch diesen gegenüber abzugrenzen, weil sie erlassen werden können auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Ermächtigungen, die der Polizei zuteil geworden sind, die Dienstbarkeit aber einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Darüber Bl. f. adm. Prax. 1876 S. 10f.; O.L.G. München 19. Okt. 1886 (Reger VII S. 266). Es handelte sich im letzterwähnten Erkenntnis um behördliche Vorschriften, welche befahlen, hart an der öffentlichen Straße nicht zu pflügen, keine Kiesgruben dort anzulegen, den Wald längs der Straße auszuhauen. Als Belastung mit einer Grunddienstbarkeit wäre das alles ohne Gesetz nicht zulässig gemäß den Freiheitsrechten der Verf.Urk. Art. IV § 8; das Expropr.Ges. v. 17. Nov. 1837 ist nicht anwendbar und auch sonst kommt kein Gesetz in Betracht. Es wird aber angenommen, daß es sich nicht um eine Servitut, sondern um eine polizeiliche Maßregel handle, die als solche dann gültig ist. Dabei legt das Gericht allerdings Wert darauf, daß nur eine Unterlassung gefordert ist, nur gewisse Schranken gesetzt sind für die freie Benutzung; deswegen sei es eben Polizei. Allein dieses äußerliche Merkmal könnte sehr wohl auch bei einer wirklichen Dienstbarkeit zutreffen; Beispiel: die Rayonservitut. Entscheidend ist vielmehr, daß es hier bei den Verboten immer nur um die Abwehr eines möglichen Eingriffs in den guten Stand der Straße bezweckt ist (durch Anpflügen, Angraben, Beschatten); das ists, was der Maßregel die polizeiliche Natur und den Gegensatz zur Dienstbarkeitsauferlegung gibt. Richtig heißt es in diesem Sinne in Bl. f. adm. Prax. a. a. O. S. 17 von solchen Anordnungen: es werde dadurch nur die „Polizeigewalt über das Straßenwesen“ gewahrt. Die richtige öffentliche Dienstbarkeit geht über solche Abwehr hinaus.

Damit hängt ein anderer Punkt zusammen, in welchem die Unterscheidung wichtig wird. Verbote, die nur darauf gerichtet sind, polizeiwidrige Störungen abzuwehren und zu verhindern, die von dem Grundstücke ausgehen können, begründen selbstverständlich keinen Entschädigungsanspruch des Besitzers. Das Grundstück ist sozusagen selbst schuld. Dagegen ist die Inanspruchnahme eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit zugunsten eines öffentlichen Unternehmens allerdings geeignet, als ein besonderes Opfer angesehen zu werden, welches der Ausgleichung bedarf: die Dienstbarkeit trifft immer Dinge, die eigentlich in der natürlichen Freiheit des Sondereigentums liegen und nicht übergreifen in das gesellschaftlich zu Schützende; es wird umgekehrt durch ihr Verbot zum Vorteil des Gemeinwohls angriffsweise das Einzeldasein und sein Rechtskreis in Anspruch genommen. Daher die Möglichkeit einer Entschädigungsforderung; vgl. unten II n. 3.

Zu unmittelbarer Anwendung kommt unser Rechtsinstitut vor allem:

— für die Herstellungsarbeiten eines dem öffentlichen Wohle dienenden Unternehmens in Gestalt von allerlei vorübergehenden Benutzungen, deren Duldung dem Grundstück auferlegt wird;

— für neuanzulegende Ortsstraßen in Gestalt von Bauverboten, die auf das künftige Straßengelände oder auch auf die anliegenden Grundstücke gelegt werden;

— für schiffbare Flüsse als Leinpfadgerechtigkeit;

— für Festungswerke als reichsgesetzliche Rayonservitut.

I. Während für die Entstehung einer Dienstbarkeit der öffentlichen Sache die Art, wie die rechtliche Belastung des Grundeigentums zustande kommt, gleichgültig ist: Schenkung, kaufmäßige Einigung, Tausch, Vergleich, Enteignung, ist bei der auferlegten Dienstbarkeit, wie das Wort schon sagt, stets ein einseitiger obrigkeitlicher Willensakt in Frage. Sie beginnt mit einem Eingriff in das Privateigentum, der als solcher nach bekannten Regeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf[6].

Diese kann in der Weise geliefert werden, daß das Gesetz selbst den Eingriff macht, die Dienstbarkeit auferlegt. Das könnte es tun im Einzelfall, durch gesetzlichen Einzelakt; diese Möglichkeit besteht ja immer. Wir sehen davon ab. Die dem Gesetze angemessene ordentliche Art besteht darin, daß es rechtssatzmäßig die Dienstbarkeit auferlegt. Sie entsteht dann unmittelbar aus dem Gesetz mit Erfüllung seines Tatbestandes[7].

---

[6] Ein Ersatz durch freiwillige Unterwerfung unter einen auferlegenden Verwaltungsakt, „öffentlichrechtlichen Vertrag", dürfte hier nicht zulässig sein (vgl. oben Bd. I S. 101 u. Note 13 ebenda). Das Gesetz behält die möglichen Belastungen des Grundeigentums auch hier in seiner Hand, wie im bürgerlichen Recht.

[7] So bei der Leinpfadgerechtigkeit und bei der Rayonservitut. Bezüglich der letzteren bestimmt Rayonges. v. 21. Dez. 1871 § 8, daß die Gürtel amtlich abgesteckt und ausgesteint werden sollen: „Von diesem Zeitpunkt an treten die gesetzlichen Beschränkungen in der Benutzung des Grundeigentums in Wirksamkeit". G. Meyer-Dochow, Verw.R. S. 606, bemerkt: „die Setzung der Rayonsteine hat den Charakter einer Verwaltungsverfügung, durch welche . . . verboten wird, usw." Unter Verfügung wird ein „Befehl der höheren Verwaltungsorgane", und zwar eine „Anordnung für konkrete Angelegenheiten" verstanden (a. a. O. S. 30), also was wir einen Verwaltungsakt nennen. Die Aussteinung ist aber kein Verwaltungsakt, sondern nur die Sichtbarmachung des vom gesetzlichen Rechtssatz gewollten Umfangs der Belastung. Was wirkt, ist dieser gesetzliche Rechtssatz und die Aussteinung nur die Bedingung des Eintritts seiner Wirkung. Sie ist kein Verwaltungsakt, sondern eine bloße Mahnung und Erinnerung, ähnlich wie die, welche im Polizeistrafrecht die Strafbarkeit bedingen (vgl. oben Bd. I

Das Gesetz kann auch die Verordnung oder die körperschaftliche Satzung ausstatten mit der Fähigkeit, an seiner Statt so zu wirken[8].

S. 273 f.). Wenn die Wirksamkeit der Strafverordnung gegen das Befahren gesperrter Straßen abhängig gemacht würde von der Aufpflanzung des bekannten Strohwisches (Bd. I. S. 246 Note 13), so wäre das ein vollgültiges Seitenstück. Der Rayonstein bedeutet so wenig eine Verfügung in unserem Sinne, wie der Strohwisch. — Ähnlich verhält es sich mit dem auf das künftige Straßengelände gelegten Bauverbot. Das Gesetz knüpft dieses Verbot rechtssatzmäßig an die gehörig erfolgte Festsetzung eines Bebauungsplans. Durch Ortsstatut kann in der gleichen Weise an diese Festsetzung auch ein Bauverbot für die an die künftige Straße grenzenden Grundstücke geknüpft werden; vgl. hier unten Note 8. Die Feststellung des Bebauungsplans, die für beide Arten in Betracht kommt, ist keine „baupolizeiliche Maßnahme" und ebensowenig ist sie die „Schaffung einer Rechtsnorm". Es können ja bei dieser Gelegenheit noch baupolizeiliche Rechtsvorschriften ergehen. Der Bebauungsplan selbst ist nichts weiter als ein Plan der Gemeinde, nach welchem sie ihre künftigen Baustraßen herstellen will. Die Wichtigkeit der Sache rechtfertigt es, wenn dieser Plan in einem förmlichen Verfahren, unter Anhörung der Beteiligten und Genehmigung höherer Behörden, festgestellt und allgemein bekanntgemacht wird. Dadurch wird er selbst nichts anderes. Er bedeutet „den Anfang der Straßenanlegung" (Walz Bad. Ortsstraßenrecht S. 59), es wird „dadurch seitens der Gemeinde mit Anlegung einer neuen Straße begonnen", er ist der „erste positive Schritt dazu" (O.V.G. 11. Juli 1896; Entsch. XXX S. 68), oder wie v. Strauß und Torney, Preuß. Straßenges. S. 67, es noch deutlicher ausdrückt: „An sich wird durch die Fluchtlinienfestsetzung nur das Projekt einer künftigen Straßenanlage aufgestellt; der Fluchtlinie kommen daher anderweite rechtliche Wirkungen als die im Gesetze bestimmten nicht zu". Das Gesetz kommt allerdings diesem Projekte mit starken Wirkungen zu Hilfe, indem es sofort an seine Bekanntgabe rechtssatzmäßig das Bauverbot für die in Aussicht genommenen Straßenflächen knüpft. Auch dadurch wird der Plan nichts anderes als ein Plan, so wenig wie der Vorgang des Rayonsteinsetzens. Es ist richtig, was Walz a. a. O. S. 58 sagt: „daß die baulichen Einschränkungen nicht in dem Akt der Planfeststellung begründet sind, sondern unmittelbar aus dem Gesetze folgen". Deshalb muß man aber auch aus diesem Akte nicht mehr machen wollen als er ist. — Vor dem Preuß. Straßenges. v. 2. Juli 1875 knüpfte sich an den Bebauungsplan noch keine rechtliche Belastung des künftigen Straßengeländes. Die Gemeinde konnte nur die Polizeibehörde veranlassen, daß sie mit Rücksicht auf diesen Plan die baupolizeiliche Erlaubnis im Einzelfalle verweigerte. Für diesen Eingriff mußte sie dann nach A. L.R. Einl. § 75 Entschädigung zahlen. So O.V.G. 24. Febr. 1092 (Entsch. XLI S. 117); R.G. 11. Mai 1906 (Entsch. LXIII S. 298). Ähnliches kann auch jetzt noch vorkommen, wenn die Verweigerung vor gehöriger Veröffentlichung des Plans erfolgt: v. Strauß und Torney, Straßenges. S. 141. Von einer „Auferlegung der Servitut der Unbebaubarkeit" sollte man da aber nicht reden. Unser Rechtsinstitut ist dabei außer Frage.

[8] Hier kommen namentlich die Bauverbote in Betracht, welche durch Gemeindestatut zugunsten des Ortsstraßenwesens auf die der künftigen Straße anliegenden

Außer dem Rechtssatz kann auch der *Verwaltungsakt* rechtliche Bestimmtheiten erzeugen. Hier kann er das wieder nur tun auf Grund gesetzlicher Ermächtigung. Die Ermächtigung pflegt das Gesetz aber nicht wie bei der Polizei in ganz allgemeiner Weise zu geben, so daß nur das Ziel der zu treffenden Maßregeln bestimmt wäre. Vielmehr bezeichnet es möglichst genau die Art des zu befriedigenden Bedürfnisses und der Belastung, die dafür in Anspruch genommen werden kann. Innerhalb des verbleibenden Spielraums schafft dann die Behörde für das von ihr gewählte Grundstück die Dienstbarkeit durch eine mit freiem Ermessen zu treffende Verfügung. *Mit der Kundgabe dieser Verfügung an den betroffenen Besitzer entsteht sie*[9].

Das Gesetz kann dem Verwaltungsakt eine Einwirkung auf die Dienstbarkeit auch in umgekehrter Richtung zugestehen: Es schafft sie durch seinen Rechtssatz, ermächtigt aber die Behörde für den Einzelfall *Abweichungen*, insbesondere *Ermäßigungen und Milderungen* eintreten zu lassen[10]. Dann richtet sich der endgültige Bestand der Belastung nach der mit freiem Ermessen ergehenden Verfügung; solange sie nicht ergangen ist, bleibt es bei dem Rechtssatzmäßigen.

Grundstücke gelegt werden können, die sogenannten ortsstatutarischen Bauverbote: Preuß. Straßenges. v. 2. Juli 1875 § 12.

[9] Preuß. Enteignungsges. § 4: „Vorübergehende Beschränkungen werden von der Bezirksregierung angeordnet". § 50: „Die zum Bau öffentlicher Wege erforderlichen . . . Materialien ist ein Jeder verpflichtet nach Anordnung der Behörden von seinen Grundstücken entnehmen zu lassen". *Eger*, Ent. Ges. II S. 525 Note 6, schreibt immer noch (jetzt unter Beifall von *Germershausen* Wegerecht I S. 519): „das Recht ist ein *gesetzliches*, unmittelbar *kraft des Gesetzes* vorhandenes". Als „Gegenstand des Rechts" hat er vorher (Note 2) ausdrücklich die „Entnahme" jener Stoffe bezeichnet. Das Recht dazu entsteht aber erst durch die „Anordnung der Behörde". Der Wegebaupflichtige hat ein Recht auf den Ausspruch einer solchen Anordnung zu seinen Gunsten. Das ist aber doch etwas anderes! Wenn er seine Arbeiter schickt ohne solche Anordnung, können sie herausgeworfen werden.

[10] So Rayonges. § 23: „Einschränkung der räumlichen Ausdehnung der Rayons oder Ermäßigung der gesetzlichen Beschränkungen bestimmt die Reichsrayonkommission". Sächs. Wasserges. § 97: „die Lage und Breite des Leinpfads wird von der Verwaltungsbehörde bestimmt. Die Breite soll in der Regel 3,4 m betragen". – Eine andere Bedeutung erhält der nachträgliche Ausspruch der Behörde in dem für die Rayonservitut vorgeschriebenen Rayonplan und Rayonkataster (Rayonges. § 9). Das ist eine Sammlung von Verwaltungsakten, wie die Grundsteuerliste. Die Rayonservituten werden aber dadurch nicht erst geschaffen (vgl. oben Note 7), sondern nur rechtlich *festgestellt*. Deshalb knüpft sich hieran ein Anfechtungsverfahren (Rayonges. § 11).

II. Nachdem die rechtliche Belastung des Privateigentums einmal zustande gekommen und die ins Öffentlichrechtliche hinüberführende Widmung erfolgt ist, äußert sich die Wirkung der Dienstbarkeit der öffentlichen Sache in der Wahrnehmung des dieser eigentümlichen sachenrechtlichen Zustandes. Der belastete Eigentümer kommt dabei, solange das dauert, gar nicht mehr in Betracht. Unsere auferlegte Dienstbarkeit dagegen behält die Richtung gegen diesen bei als durchzuführender und wahrzunehmender Eingriff in sein Recht.

1. Der Eingriff besteht in einer rechtlichen Verminderung der im Eigentum und den von ihm abgeleiteten Rechten enthaltenen Befugnisse. Und zwar wirkt diese Belastung wie bei der bürgerlichen Dienstbarkeit nach zweierlei Richtung: Der Berechtigte soll das durch den Inhalt der Dienstbarkeit Bezeichnete unterlassen, obwohl es eigentlich aus seinem Rechte flösse. Oder er soll eine ebenso näher bestimmte Einwirkung auf die Sache dulden, die er ohne die Dienstbarkeit abzuwehren befugt wäre.

Von der ersteren Art sind die Rayonservituten und die zugunsten der anzulegenden Ortsstraßen vorgesehenen Baubeschränkungen. Die Dienstbarkeit tritt bei der Rayonservitut auf als ein die Unterlassungspflicht begründendes Verbot, das sich mit dinglicher Kraft an jeden wendet, der das Recht des Grundstücks vertritt und zur Geltung bringt. Dadurch unterscheidet es sich vom Polizeiverbot: die Rayonservitut geht auf den Erwerber des Grundstücks auch dann über, wenn sie beim Rayonkatasterverfahren ihre nähere Bestimmung durch Einzelakt erhalten hat und so wie sie das erhalten hat[11]. Auch die Form des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt findet sich hier[12]; die erteilte Genehmigung wirkt gleichfalls dinglich.

Die straßenrechtlichen Baubeschränkungen nehmen zunächst die gleichen Formen an, decken sich aber dann mit einem anderen Verbot polizeilicher Natur: dem Verbot überhaupt zu bauen ohne baupolizeiliche Erlaubnis. Diese ist ihrerseits gebunden, so daß sie nicht versagt werden darf anders als aus rechtsmäßig vorgesehenen Gründen. Die Baubeschränkung gewinnt ihre Bedeutung wesentlich dadurch, daß sie einen solchen Grund liefert. Wird dann um ihretwillen die baupolizeiliche Erlaubnis verweigert, so bleibt auch das polizeiliche Bauverbot bestehen, das für sich allein genügt, um zu verhindern, was auch die baubeschränkende

[11] Vgl. die vorhergehende Note und oben Bd. I S. 248.

[12] Rayonges. § 13, § 15 B, § 17 B.

Dienstbarkeit verhindern will. Auf diese Weise verschmelzen sich hier die beiden Rücksichten. Die Baubeschränkung selbst ist aber deshalb nicht polizeilicher Art[18].

In anderen Fällen geht die auferlegte Dienstbarkeit auf das Dulden einer bestimmten Tätigkeit, die an dem belasteten Grundstücke zugunsten eines öffentlichen Unternehmens vorgenommen werden soll und ihrerseits als zu diesem gehörig zu betrachten ist.

Hierher rechnet vor allem die Leinpfadgerechtigkeit. Der Ufereigentümer bleibt im Besitz und Genuß des Bodens; er muß nur dulden, daß für die daneben herlaufende öffentliche Wasserstraße der Schiffszug, und was damit zusammenhängt, dort ausgeübt wird und darf das nicht stören. Das belastete Grundstück wird nicht zur öffentlichen Sache und die Benutzung, welche den Schiffahrttreibenden und ihren Leuten freisteht, ist kein Gemeingebrauch[14]. So wenig, wie es Gemeingebrauch ist, wenn an un-

---

[18] Das Verhältnis der beiden Verbote ist namentlich beim ortsstatutarischen Bauverbote (oben Note 8) viel untersucht worden: Dierschke, Ortsstatutarische Bauverbote S. 50; v. Strauß u. Torney, Straßenges. S. 132ff. Wo Baupolizei und Gemeindeverwaltung nicht in derselben Hand liegt, erstere vielmehr Namens des Staates geübt wird, muß der Gemeinde zur Wahrung ihres Anspruchs ein Beschwerderecht gegen die erlaubende Polizeibehörde zustehen: v. Strauß und Torney a. a. O. S. 135 u. 136. — Reinartz, in Preuß. Verw.Bl. XVIII S. 396 u. 397, will beides streng auseinanderhalten: das Bauverbot nach Straßenges. § 12 sei für die Baupolizeibehörde nicht maßgebend, hier handle es sich um ein rein privatrechtliches Verhältnis zwischen Gemeinde und Bauunternehmer; die Gemeinde, fügt er, Preuß. Verw.Bl. XIX S. 246 u. 248. hinzu, müsse ihr Bauverbot selber handhaben mit der Zwangsgewalt, die ihr L.V.G. §§ 132 u. 133 gewährt. Nun wird dieses Verbot allerdings der Gemeinde die Möglichkeit geben, sich Deckung zu verschaffen für einen entsprechenden Teil der Straßenkosten, sie auch sichern gegen vorzeitigen Aufwand für den Ausbau. Insofern mag man von einem vermögensrechtlichen Zwecke sprechen; aber das ist ja nicht gleichbedeutend mit privatrechtlich. Sodann ist aber doch der Hauptzweck der Einrichtung, daß die Gemeinde nicht infolge der schreienden Notstände, welche das „wilde Bauen" herbeiführt, tatsächlich aus dem planmäßigen Ausbau ihres Straßennetzes herausgeworfen wird; dieser soll nur von dem Bedürfnis des „öffentlichen Verkehrs" bestimmt sein und dafür muß die Gemeinde ihre Kräfte zusammenhalten können. O.V.G. 10. Okt. 1894 (Entsch. XXVII S. 170); Pinetti und Bredt, Das komm. Bauverbot (Arbeiten zum Hand.-, Gew.- und Landwirtsch.-R. herausg. v. Heymann n. 2) S. 12; Dierschke, Bauverbot S. 42 u. 43. Das ganze planmäßig vorgesehene gemeindliche Straßennetz wäre hier das praedium dominans, wenn ein solches bezeichnet werden müßte.

[14] Hier muß man sich vor Verwechslungen hüten. Nicht alles, was als Leinpfad dient, hat juristisch die Gestalt unserer Leinpfadgerechtigkeit. Der Leinpfad kann auch als öffentlicher Weg gestaltet sein und das Recht des Staates daran als öffentliches Eigentum oder als Dienstbarkeit der öffentlichen Sache, sei

fahrbar gewordenen Stellen der Straße das Fuhrwerk über das angrenzende Grundstück ausbiegen darf[15]. Die öffentliche Dienstbarkeit, die das Gesetz auf die Ufergrundstücke legt, ist nur eine Hilfseinrichtung für den am Strome auszuübenden Gemeingebrauch.

Ferner gehören hierher die vorübergehenden Benutzungen, welche Privatgrundstücken auferlegt werden können zugunsten öffentlicher Arbeiten, Straßenherstellung und -Ausbesserung, Eisenbahnbau, Brückenbau und dergleichen. Für solche öffentliche Unternehmungen bedarf es der Lagerplätze, Werkplätze, Zufuhrwege, Arbeiterwohnstätten, Gerüstaufstellungsräume. Die Verwaltung, soweit sie über das nötige Gelände nicht ohnehin verfügt, kann es sich verschaffen auf bürgerlichem Wege. Und zwar werden vor allem Mietverträge am Platze sein, weil das Bedürfnis und die Verwendung nur vorübergehend sind; mit Beendigung der Arbeiten ist es damit aus. Es kann aber die Befriedigung dieses Bedürfnisses nicht abhängig bleiben von dem guten Willen des anderen Vertragsteils und von seiner Bemessung der Gegenleistung. Enteignung würde das Ziel überschießen: der dauernde Eingriff in das Grundeigentum, den sie bedeutet, wäre zu scharf und zu kostspielig. Daher das Gesetz die Auferlegung solcher Benutzungsdienstbarkeiten gestattet als öffentlich-rechtlicher Seitenstücke der Miete[16].

---

es, daß dieser Weg dem öffentlichen Verkehr allgemein dienen soll, sei es, daß er dieser bestimmten Art von öffentlichem Verkehr vorbehalten ist, wie der Reitweg, der Radfahrweg. Mit dem Fortschritt der Wasserbautätigkeit verlieren unsere Ströme mehr und mehr ihre urwüchsige Gestalt und werden weithin von Dämmen begleitet, die dem Staate ohnehin gehören und auf denen er dann auch seinen Leinpfad einrichtet. Das ist nicht unser Fall. Unser Leinpfad bedeutet „eine allgemeine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit“ (Bl. f. adm. Prax. 1871 S. 35), „eine öffentlichrechtliche Berechtigung“, eine „dem Ufereigentümer auferlegte Duldung“ (Bayr. Oberst.G.H. 25. Nov. 1878 Samml. VII S. 505).

[15] So der Postwagen nach Postges. v. 28. Okt. 1871 § 17. Der Fall mag zugleich den Unterschied von auferlegter Dienstbarkeit und öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkung anschaulich machen. Er gehört zur letzteren; vgl. unten § 41 Note 16. Hier ist nicht das kenntlich gemachte Grundstück mit einer rechtlichen Belastung im voraus getroffen, die dann im Einzelfall nur ausgeübt wird; sondern eine dem Eigentum überhaupt anhängende Schwäche offenbart sich durch die tatsächliche Inanspruchnahme für den Zweck der öffentlichen Verwaltung, sobald der Notstand für sie an dieser oder jener Stelle zum Vorschein kommt, ohne daß dem Grundstück eine besondere rechtliche Bestimmtheit gegeben worden wäre.

[16] Vgl. oben Note 9. — Von der alten zivilrechtlichen Forderung einer causa perpetua (B.G.B. § 1019; Prot. d. II. Les. III S. 308) ist also hier keine Rede. Mit der zivilrechtlichen Grunddienstbarkeit können wir unser Rechts-

Damit ist der Verwaltung nicht ein Benutzungsrecht gewährt, über welches sie frei verfügen könnte im Rahmen ihres „persönlichen Bedürfnisses“ [17], sondern nur für dieses bestimmte Unternehmen und für die Dauer seines Bedürfnisses ist das Recht an der Sache gegeben. Der Herr des Unternehmens, Staat, Gemeinde, beliehene Eisenbahngesellschaft, übt es selbst aus durch seine Leute, Beamte und Bedienstete; es kommt aber in gleicher Weise auch dem Geschäftsmann und seinen Arbeitern zugute, dem die Ausführung selbständig in Gestalt einer Werkverdingung übertragen worden ist.

In ähnlicher Weise kann sich die Verwaltung die vorübergehende Verfügung über ein fremdes Grundstück verschaffen, um daraus für ihre Straßenbauten, Eisenbahnbauten und Ausbesserungsarbeiten die erforderlichen Stoffe zu entnehmen: Sand, Kies, Steine, Rasen. Auch hier erfolgt die Ausübung der Dienstbarkeit durch die zur Entnahme des Materials bestellten Leute der Verwaltung oder ihres Unternehmers. Über die entnommenen Stoffe wird kein eigentumübertragender oder Aneignung gestattender Vertrag geschlossen. Für die Frage des Eigentums an dem weggenommenen Sand und Kies sind Bestimmungen des bürgerlichen Rechts nicht anwendbar. Das öffentliche Recht aber bestimmt überhaupt nichts darüber; es begnügt sich mit der Begründung des Rechts der Besitzergreifung für das öffentliche Unternehmen und der Verwendung in diesem. Damit kommt es aus [18].

2. Die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache wahrt ihren Besitzstand mit den Mitteln der Polizeigewalt, die der öffentlichen Sache sich annimmt. Der Streit um das Recht selbst wird je nach dem Erwerbstitel bürgerliche Rechtsstreitigkeit sein oder nicht; ersteres also in der Regel [19].

Der Streit über die auferlegte Dienstbarkeit ist immer

---

institut wieder nur insofern vergleichen, als die zu begünstigenden öffentlichen Arbeiten ein irgendwie benachbartes Grundstück zum Gegenstande haben und diesem zugute kommen; vgl. oben Note 3.

[17] B.G.B. § 1091.

[18] Die alte zivilrechtliche Auffassung macht sich viel unnötige Mühe, hier überall den ihr unentbehrlichen zivilrechtlichen Eigentumserwerbsakt herauszukonstruieren. Aber auch mit der rechtsähnlichen Anwendung der Enteignung ist kein Geschäft zu machen: mangels eines diese Fahrnisgegenstände betreffenden eigentumändernden Verwaltungsaktes fehlt jede Anknüpfung. Wir werden den gleichen Fragen noch einmal begegnen unten § 47, III in der Lehre von der Anforderung, Requisition.

[19] Vgl. oben § 36, II n. 4.

Verwaltungssache. Inwieweit dabei ein Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, hängt von der besonderen Ordnung des Rechtsschutzes ab.

Die Mittel, mit welchen die Dienstbarkeit sich nötigenfalls durchsetzt, bekommen ein verschiedenes Gepräge je nach ihrem Inhalt.

Geht sie auf ein Unterlassen, bedeutet also im wesentlichen ein Verbot, so wird gegen das Zuwiderhandeln in gleicher Weise vorgegangen wie beim Polizeiverbot: rechtssatzmäßige Strafe für die Übertretung, Zwangsstrafe und Gewaltanwendung zur Beseitigung des servitutwidrig Eingerichteten.

Handelt es sich um ein Dulden, so wird von seiten der Verwaltung vorgenommen, was sie zu tun hat, nötigenfalls unter Brechung des Widerstands mit Gewalt. Wo andere die Benutzung sollen vornehmen dürfen, macht sie ihnen in derselben Weise Bahn frei und schützt sie gegen Störung. Außerdem stehen diese, als in rechtmäßiger Betätigung begriffen, gegenüber einem Angriff unter dem Schutz des Strafrechts wie auch der bürgerlichrechtlichen Bestimmungen über rechtswidrige Schädigung[20].

3. In allen Fällen unserer auferlegten Dienstbarkeit geht die öffentliche Gewalt einseitig vor mit ihrem Eingriff und schließt niemals ein zweiseitiges Rechtsgeschäft mit dem Betroffenen, in welchem dieser sich eine Gegenleistung ausbedingen könnte. Dafür knüpft sich gerade an diesen Eingriff die Frage, ob nicht für das damit zugemutete Opfer eine Entschädigung zu gewähren sei. Das wäre jene dem öffentlichen Rechte eigentümliche Billigkeitsentschädigung, wie sie schon bei der Enteignung zu beobachten war (vgl. oben § 34, II) und in ihrer allgemeineren Bedeutung unter § 53 uns noch beschäftigen wird.

In einem Teile unserer Fälle hat nun ein besonderes Gesetz den Forderungen der Billigkeit Rechnung getragen und ausdrückliche Bestimmungen getroffen über zu leistende Entschädigung.

Das ist reichsgesetzlich geschehen für die Rayonservituten[21], landesrechtlich vielfach durch die neuere Gesetzgebung für die Fälle der zeitweiligen Inbesitznahme von Privatgrundstücken

---

[20] Im älteren preußischen Recht nannte man die Maßregeln zur Wahrung der Rayonservitut durchweg „polizeiliche" Verfügungen: C.C.H. 9. Okt. 1869 (J.M.Bl. 1869 S. 250). Der Zusammenhang mit der Festungspolizei und die Gleichheit der verwendeten Formen legen die Bezeichnung jetzt noch nahe. Ebenso ist es die „Strompolizeibehörde", welche die Freihaltung des Leinpfades erzwingt: O.V.G. 19. Nov. 1898 (Entsch. XXXIV S. 292).

[21] Rayonges. v. 31. Dez. 1871 § 34 ff.

für das Bedürfnis öffentlicher Arbeiten, desgleichen für das Ausgraben von Kies, Sand und sonstigem Material[22].

Wo das Gesetz einen Willen nicht kundgegeben hat, ob Entschädigung zu leisten sei oder nicht, wird unterschieden werden müssen. Die durch den Rechtssatz selbst mit unmittelbarer Wirkung begründete Dienstbarkeit hat keine Entschädigung zur Folge: sie ist als allgemeine Last anzusehen, die keine Ungleichheit bedeutet. Die Entschädigung kommt nur in Frage, wo die Dienstbarkeit sich erst verwirklicht durch Maßregeln, die von der Verwaltung nach eigenem Ermessen zu treffen sind. Da werden aber dann erst noch die näheren Umstände des Falles zu prüfen sein. So ist nach Preußischem Recht eine Entschädigung für das Verbot des Bauens an nicht fertiggestellten Straßen ausdrücklich versagt[23]. Wo das nicht ausgesprochen ist, wird gleichwohl hierfür ein Entschädigungsanspruch auch aus etwa der Billigkeitsforderung zur Verfügung stehenden „allgemeinen Grundsätzen" nicht zu folgern sein: jenes Verbot hat zugleich die Bedeutung, den Baulustigen davor zu schützen, daß er sich zu eigenem Schaden in unhaltbare Zustände stürzt[24]. Das Bauverbot bezüglich des in die künftige Straße fallenden Geländes wird ebenfalls einen besonderen Entschädigungsanspruch in der Regel nicht begründen: der Ausgleich findet sich in der Berechnung des Wertes dieses Geländes gelegentlich der kommenden freiwilligen Abtretung oder Enteignung für den Straßenherrn; das Gesetz wird nur etwa um der Billigkeit willen noch nachzuhelfen haben, indem es dem betroffenen Eigentümer Mittel gibt, zu verhindern, daß diese ihn befriedigende Abwicklung sich allzulange hinausziehe[25]. Soweit es das nicht getan hat, muß angenommen werden, daß jene schließliche Vergütung durch Kaufpreis oder Enteignungsentschädigung genügen soll[26]. Bezüglich des Leinpfades pflegt das Gesetz von Ent-

---

[22] Preuß. Ent.Ges. v. 11. Juni 1874 § 4, § 53.

[23] Straßenges. v. 2. Juli 1875 § 13. Vgl. oben Note 8.

[24] Vgl. oben Note 13 über das „wilde Bauen".

[25] Der Eigentümer kann eine Entschädigungsforderung fällig machen durch Freilegung des betroffenen Grundstückteils (Preuß. Straßenges. § 13; Sächs. Bauges. § 31 Satz 3), oder dadurch, daß er durch Einreichung eines Baugesuchs eine ausdrückliche Versagung hervorruft (Sächs. Bauges. § 32; Sächs. O.V.G. 5. März 1910, Jahrb. XI S. 208; Bad. Ortsstraßenges. Art. 28 Abs. 2).

[26] Nachträgliche Änderungen des Straßenplans können diese Aussicht vereiteln; Änderungen der Höhenlage der geplanten Straßen und ähnliches finden hierin überhaupt keine Deckung des den Grundbesitzern dabei entstehenden Schadens. Inwieweit da Entschädigung geschuldet ist, gehört aber nicht in den

schädigung zu schweigen. Es handelt sich hier um längst bestehende Lasten, die es aus älteren Zeiten fertig übernommen hat. Höchstens könnte sich fragen, wie es sich verhielte, wenn infolge einer Neuschiffbarmachung oder Vorrückung der bisherigen Schiffbarkeitsgrenze die Leinpfadsgerechtigkeit neu entsteht. Da wird die Strombauverwaltung zumeist durch Benutzung eigener neuangelegter Dammwege die Leinpfadlast überflüssig machen; der Fall dürfte daher nicht leicht eine juristische Lösung herausfordern. Sollte doch einmal eine neue Leinpfaddienstbarkeit in Anspruch genommen werden müssen, so würde der Billigkeitsgrundsatz allerdings Entschädigung gebieten, und ihm eine Rechtsverwirklichung zu verschaffen, dafür würden sich, wie unten § 53 zu erörtern, zweifellos auch die Formen finden[27].

III. Für die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache haben wir nur einen Erlöschungsgrund angenommen, wie beim öffentlichen Eigentum (oben § 36, III n. 1): die Einziehung der öffentlichen Sache.

Für unsere auferlegte Dienstbarkeit kommen die Erlöschungsgründe der bürgerlichen Dienstbarkeiten ebensowenig in Betracht[28]. Dafür hat sie ihre eigenen Arten.

Sie kann natürlich untergehen durch eine Änderung des Gesetzes, dessen Rechtssatz sie begründete. Sie kann auch untergehen durch eine Änderung des Verwaltungsaktes, der sie kraft des ermächtigenden Gesetzes mit freiem Ermessen schuf: er kann die Belastung zurücknehmen, möglicherweise unter gleichzeitiger Neubelastung eines anderen Grundstücks. Möglich ist hier auch eine Endigung der Dienstbarkeit durch Ablauf der Zeit, für welche sie bestellt worden ist. Der begründende Verwaltungsakt kann eine Frist bestimmen; in manchen Fällen gibt das Gesetz

---

Zusammenhang der Lehre von der auferlegten Dienstbarkeit, sondern richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen; vgl. unten § 53 und § 54, IV.

[27] Die gleiche Frage in anderer Gestalt bei O.V.G. 7. Febr. 1900 (Entsch. XXXVII S. 289): Der Strom hat ein Stück Ufer abgerissen, die Verwaltung läßt des Klägers Zaun zurücksetzen, um wieder Raum für den nötigen Leinpfad zu gewinnen; Kläger behauptet, sie sei schuld wegen schlechter Uferunterhaltung und verlangt Entschädigung. Das Gericht hat sich für unzuständig erklärt.

[28] O.V.G 19. Nov. 1898 (Entsch. XXXIV S. 292): Der Leinpfad ist öffentlichrechtlicher Natur und nicht eine Last, welche nach den Regeln des Privatrechts dem einen Grundstück zum Vorteile des anderen auferlegt ist, „ohne daß demgegenüber die Berufung auf die privatrechtlichen Grundsätze des non usus und der usucapio libertatis zulässig sein könnte". Ebenso O.V.G. 1. Mai 1902 (Entsch. XLI S. 260).

die Ermächtigung zur Auferlegung der Dienstbarkeit überhaupt nur für eine gewisse Dauer. Mit Ablauf der Frist fällt sie dann von selbst zusammen[29].

Besondere Beachtung verdienen hier noch folgende zwei Erlöschungsgründe:

1. Gegenüber einer rechtssatzmäßig geschehenen Auferlegung der Dienstbarkeit gibt es eine Befreiung davon für den Einzelfall, welche die Verwaltung unter Umständen gewähren kann nach Vorbild des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt. Das Hauptbeispiel ist die Zustimmung der Gemeinde zu einem Anbau an der unfertigen Straße (oben Note 8). Hier wäre ausnahmsweise auch an eine Gegenleistung des dadurch Begünstigten zu denken. Regelmäßig ist ja die Dienstbarkeit nur gegeben, soweit das öffentliche Unternehmen ihrer bedarf; soweit das nicht der Fall ist, kann und muß sie erlassen werden; einen Ersatz durch andere Vorteile, namentlich Vermögensvorteile, die der Betroffene gewähren könnte, gibt es nicht. Eine Ausnahme bilden aber diese ortsstatutarischen Bauverbote, indem sie ja gerade bestimmt sind, die durch den Aufwand für die künftige Straße in Anspruch genommenen Vermögensmittel der Gemeinde zu sichern und zu schonen (vgl. oben Note 13). Daher ist die Gemeinde auch in der Lage, ihre Einwilligung zum Bau an entsprechende Bedingungen zu knüpfen. Diese werden vor allem gehen auf sofortige Abtretung des in die künftige Straße fallenden Teils des Baugeländes und Sicherstellung der dereinstigen Anliegerbeiträge; nicht ausgeschlossen ist auch sonstige Schadloshaltung für den etwa notwendig werdenden verfrühten Ausbau der Straße. Die Ausnahmebewilligung selbst ist ganz öffentlichrechtlicher Natur; die Leistungen des Baulustigen: Abtretung, Sicherstellung, Zahlung oder Versprechen einer weiteren Vergütung zur Schadloshaltung, geschehen in zivilrechtlichen Formen. Der Zusammenhang beider stellt sich dadurch her, daß die Gemeinde die Bewilligung nicht endgültig macht, bevor sie die Gegenleistung rechtlich in der Hand hat. In diesem Sinne bildet das eine Voraussetzung des rechtlichen Möglichwerdens des Baues. Es ist nicht nötig, den Vorgang sonst noch rechtsgeschäftlich auszugestalten[30].

---

[29] Preuß. Ent.Ges. § 4 begrenzt die von der Bezirksregierung anzuordnenden „vorübergehenden Beschränkungen" auf die Dauer von drei Jahren.

[30] Zivilrechtliche Voreingenommenheiten suchen hier wieder alles in einen zweiseitigen Vertrag zusammenzufassen. Womöglich soll es ein rein zivilrechtlicher sein, zur Not läßt man auch einen gemischten gelten, halb öffentlich.

2. Der wichtigste Endigungsgrund ist der Wegfall des bestimmten Unternehmens, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit auferlegt worden ist. Dem steht gleich, wenn die Voraussetzungen weggefallen sind, unter denen es ihrer bedurfte. Die Rayonservitut erlischt mit der Einziehung des Festungswerkes, der Leinpfad mit dem Aufhören der Schiffbarkeit des Flusses, das Recht der Materialentnahme oder vorübergehenden Besitzausübung mit dem Aufhören der öffentlichen Arbeiten, für die es gegeben war, das Bauverbot mit dem Verzicht auf die geplante Straße oder ihrer Fertigstellung[31].

Mit den Erlöschungsgründen der bürgerlichen Dienstbarkeit ist hier kein Vergleich zu ziehen. Mit der Dienstbarkeit der

---

halb zivilrechtlich: R.G. 10. Nov. 1903 (Entsch. LVI S. 4), 30. Dez. 1907 (Entsch. LXVII S. 291); Reinartz, in Preuß. Verw.Bl. XVIII S. 395ff; Benkard in Verw.Arch. XVII S. 365ff; Dierschke, Ortsstatutarisches Bauverbot S. 57 Note 7. Der letztere sucht allerdings den Übergang zu finden ins volle öffentliche Recht. Er überschreibt seine Ausführungen a. a. O. S. 61: „die Zwitternatur der Anbaugenehmigung ist typisch für den in der Gegenwart sich vollziehenden Prozeß der Umwandlung aus Privatrecht in öffentliches Verwaltungsrecht". In Verw.Arch. XVII S. 460, S. 482 neigt er dazu, die Leistungspflichten des Baulustigen auf das zurückzuführen, was man wohl einen öffentlichrechtlichen Vertrag nennt: Unterwerfung unter den auferlegenden Akt der Gemeindebehörde. Durch diesen Akt würde dann andererseits die Gemeinde sich verpflichten, die Einwilligung zu geben. Das wäre ja auch denkbar. Aber brauchen wir denn solch vinculum juris? Soll die Gemeinde auf Erteilung der versprochenen Einwilligung verklagt werden können? Mir scheint, die Wirklichkeit macht es ohne das. Benkard, der einen privatrechtlichen Vertrag annimmt, in welchem die Gemeinde verspricht, die Erklärung des Verzichts auf die Baubeschränkung bei der Polizeibehörde abzugeben, sagt doch wieder, daß sie das niemals binden kann (a. a. O. S. 367). Wozu also? Der Vertrag, von dem die Judikatur und Literatur orakelt, ist lediglich Dekorationsstück. In diesem Sinne wohl auch Fleiner, in Arch. f. öff. R. XXIII S. 524.

Die Verfügungsrechte, welche der Militärbehörde über die Rayonservitut zustehen (vgl. oben Note 10), können auch nach Wirksamwerden der Servitut noch ausgeübt werden; dann bedeuten sie Befreiungen. Sie haben wohl den Zweck, die Notwendigkeiten des Festungswesens tunlichst zu vereinbaren mit der Schonung des Privateigentums. Das letztere kann allerdings wegen der zu leistenden Entschädigung zusammentreffen mit der Schonung der Reichskasse. In Straßburg lag eine große Kalkbrennerei unmittelbar vor der neuen Umwallung im ersten Rayon; der Besitzer säumte nicht, um eine Abschlagszahlung von 100000 Mk. einzukommen auf die ihm gebührende Entschädigung, worauf das Grundstück sofort in den dritten Rayon versetzt wurde — eine sehr ungünstige Oase bildend.

[31] Auch mit ihrer Fertigstellung: daß man nachher nicht in sie hineinbauen darf, beruht nicht mehr auf der Dienstbarkeit des Grundstücks, sondern auf dem eigenen Recht des Straßenherrn. Der gleiche Endigungsgrund wirkt naturgemäß auch bei dem ortsstatutarischen Bauverbot: es hat seinen Zweck erreicht.

öffentlichen Sache stimmt es insofern überein, als auch die Einziehung, durch welche diese aufhört, den Untergang eines öffentlichen Unternehmens bedeutet; nur daß dieses Unternehmen hier in der belasteten Sache selber sich verkörpert, bei der auferlegten Dienstbarkeit von außen her auf sie gewirkt hatte. Der Hauptunterschied besteht darin, daß die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache durch die Einziehung als solche wohl aufhört, dafür aber die entsprechende bürgerliche Wegegerechtigkeit, oder was es sei, übrigbleibt[88]. Die auferlegte Dienstbarkeit, wenn sie in solcher Weise untergeht, läßt nichts übrig. Das öffentliche Unternehmen gab hier der Belastung nicht bloß ihre besondere rechtliche Natur als öffentlichrechtliche Dienstbarkeit, sondern ihren ganzen Daseinsgrund überhaupt.

§ 41.

Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung.

Wir knüpfen hier an an den Gegensatz zweier Rechtsinstitute, den uns das Bürgerliche Recht überliefert hat. Neben die Dienstbarkeit, welche ja ihrer Natur nach den Namen einer Eigentumsbeschränkung wohl zu führen berechtigt wäre, stellt es eine Eigentumsbeschränkung im eigentlichen Sinne. Während jene ein bestimmtes für den Anderen begründetes Recht voraussetzt, das wirksam geworden ist an dem bestimmten Grundstück und das Eigentum daran rechtlich zurückgedrängt hat, so daß nach der genauer bestimmten Seite hin seine Ausübung unterlassen oder ein Eingriff geduldet werden muß, bedeutet die Eigentumsbeschränkung eine dem Eigentum allgemein und im voraus anhängende Schwäche. Sie erfaßt die Seite des Eigentums, wonach es die rechtliche Macht enthält, andere von der Einwirkung auf die von ihm ergriffene Sache auszuschließen, und verneint diese Macht in bestimmter Beziehung; in dieser Beziehung wirkt das Eigentum nicht, ist wehrlos. Auch das kommt dann dem Anderen zugute, der jeweils in die bestimmte Beziehung eintritt. Diesen rechtlichen Vorteil mag man ein Recht nennen, das ihm zustünde. Aber es ist ein Recht, das nur die Wirkung vorstellt der gegebenen Eigentumsbeschränkung, nicht ist die Eigentumsbeschränkung eine Wirkung seines Rechts[1]. Hat nun das Vorausgehende uns öffentlichrechtliche Seitenstücke der bürgerlichrechtlichen Dienstbarkeit geliefert, so

[88] Vgl. oben § 36, III n. 3, S. 134.

[1] Windscheid-Kipp, Pand. I S. 862 Note 2.

entspricht jetzt dieser letzteren Rechtsgestalt, was wir hier vor uns haben und deshalb die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung nennen[2].

Sie betrifft, wie die bürgerlichrechtliche, nur Grundstücke[3]. Sie bedeutet, wie diese, nur eine Wehrlosigkeit des Grundeigentums gegenüber der Einwirkung: es gibt keinen Rechtsschutz und ist keine Selbstverteidigung zulässig. Man darf den Gegensatz zur Dienstbarkeit nicht so ausdrücken, daß diese auf Duldung oder Unterlassung gehen kann, die Eigentumsbeschränkung nur auf Duldung: die letztere fordert auch eine Unterlassung, indem sie die Selbstverteidigung ausschließt, und sie fordert nicht schlechthin Duldung, sofern dem Eigentümer freisteht, die tatsächlichen Voraussetzungen so zu gestalten, daß die Einwirkung abgelenkt wird[4].

Sie beruht, wie diese, auf gewissen allgemein anerkannten Notwendigkeiten des geordneten menschlichen Zusammenlebens:

Die bürgerlichrechtliche Eigentumsbeschränkung hat zur Grundlage den einfachen Gedanken, daß in der Gesellschaft das Eigentum selbst am meisten darunter litte, wenn jede Störung und Beeinträchtigung von seiten des Nächsten durch Kampf ums Recht zurückgewiesen werden dürfte.

---

[2] Das deutsche Privatrecht war von jeher eine Zufluchtsstätte für allerlei, was in den Pandekten keinen Platz fand. Noch jetzt gibt Gierke, D. Pr.R. II S. 407, unter dem Titel „Öffentliche Beschränkungen des Eigentumsinhaltes" öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten (Rayonservituten S. 408), öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen (Truppenübungen S. 410), gemeine Lasten (Quartierleistungspflicht S. 411), reichsrechtliche Verpflichtungen öffentlicher Unternehmungen (Kriegsleistungspflichten der Eisenbahnverwaltungen S. 411), baupolizeiliche Vorschriften (S. 411), polizeiliche Erlaubnisvorbehalte für gewerbliche Anlagen (S. 414), Mitbenutzungsrechte der öffentlichen Telegraphenunternehmungen an öffentlichen Wegen (S. 414), polizeiliche Vorschriften zur Bekämpfung der Reblaus (S. 415), dazu noch Forst- und Bergpolizeiliches (S. 415). — Man kann nicht mannigfaltiger sein; von all diesem gehört nur die Eigentumsbeschränkung zugunsten der Truppenübungen hierher.

[3] Ihering in Jahrb. f. Dogm. VI S. 63 ff.

[4] Es gibt keinen Rechtsschutz gegen die überfliegenden Kugeln des Militärschießplatzes (vgl. unten Note 13); aber der Grundbesitzer ist auch nicht verpflichtet, diese Kugeln aufzunehmen, sondern kann ihnen durch Wall und Mauer den Zutritt verwehren. Der Postwagen kann bei unfahrbarer Straße auf die angrenzenden Grundstücke ausbiegen, wenn das dienlich ist, die fahrbare Strecke wieder zu gewinnen; aber der Eigentümer ist nicht gehindert, Gräben zu ziehen, die solche Dienlichkeit ausschließen.

Die öffentlichrechtliche stellt nicht die Eigentümer einander gegenüber, sondern den Eigentümer und die öffentliche Gewalt und hat zur Grundlage den Gedanken, daß die geforderte Kraft der Verwirklichung der Staatszwecke unzulässigerweise beeinträchtigt würde, wenn vor jeder dabei sich ergebenden Einwirkung auf das Grundeigentum halt gemacht werden müßte, um erst einen der formalen Forderung der Heiligkeit des Eigentums entsprechenden Rechtstitel zu beschaffen.

Beide stehen sie demnach vor der Aufgabe, das Maß dessen, was um dieser allgemeinen Rücksichten willen ertragen und hingenommen werden muß, genauer zu bestimmen. Erklärlicherweise wird das den Notwendigkeiten der öffentlichen Verwaltung gegenüber viel weiter und reicher sich entfalten als in dem bescheidenen bürgerlichen Nachbarrecht[5].

Diese Bestimmung suchen sie natürlich in erster Linie in ausdrücklichen Rechtssätzen des Gesetzes. Beide ergänzen das aber durch ungeschriebenes Recht. Wie bei den Grenzen der persönlichen Freiheit macht sich auch bei den Grenzen der Freiheit des Eigentums eine allgemeine gesellschaftliche Anschauung geltend von dem, was notwendig dazu gehört und was unter Umständen zurückstehen muß[6]. Diese Anschauung wird erkennbar aus der jeweiligen Rechtshandhabung der Behörden.

---

[5] Für letzteres gibt Ihering, Jahrb. f. Dogm. VI S. 128, die Grenze folgendermaßen: „Niemand braucht unmittelbare Eingriffe von seiten seines Nachbarn zu dulden, welche entweder der Person oder Sache schaden oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise belästigen.“ Für die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung bildet auch die Schädlichkeit keine unbedingte Grenze. Auf das gewöhnliche „Maß des Erträglichen“ kommt es auch für sie an. Aber dieses bedarf eben für sie sowohl wie für die privatrechtliche Eigentumsbeschränkung der näheren Bestimmung.

[6] Über die Wichtigkeit der allgemeinen Anschauungen von der persönlichen Freiheit gegenüber der Polizeigewalt vgl. oben Bd. I S. 225 ff. Dernburg, Pand. I § 199 n. 2: „Das Recht des Grundeigentums ist nach den nationalen Anschauungen, den jeweiligen Bedürfnissen, den Zeitströmungen von verschiedenem Umfang.“ Auch das B.G.B. hat die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht „erschöpfend geordnet“; vor allem steht hinter dem von ihm in § 904 ff. ausdrücklich Hervorgehobenen der „Chikaneparagraph“ § 226 (Planck, Kom. III Einl. zu Abschn. III Tit. 1 n. 4). Gierke, D. Pr.R. II S. 416, bemerkt am Schlusse seiner etwas allzu reichhaltigen Aufzählung von „öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Eigentumsinhaltes“ richtig: „Schließlich ist, soweit ein notwendiges öffentliches Interesse durchgreift, das Grundeigentum auch solchen Einschränkungen unterworfen, die nicht besonders vorgesehen sind.“ Die Beispiele aus dem Polizeirecht, die er allein dafür anruft, gehören allerdings nicht hierher.

Sie ist schmiegsamer und wandelbarer als der förmliche Rechtssatz und gerade deshalb so geeignet, das zu liefern, was wir hier brauchen.

Endlich steht hinter beiden, der bürgerlichen wie der öffentlichen Eigentumsbeschränkung, gemeinsam eine Forderung zugunsten dessen, der unter der Wirkung der als notwendig erkannten Eigentumsbeschränkung zu leiden hat: er muß, sofern der Vermögensnachteil eine gewisse Bedeutung und greifbare Gestalt hat, entschädigt werden. Für das bürgerliche Recht bedeutet das besondere Ausnahmefälle einer sonst nicht bekannten Art von Entschädigungspflicht (B.G.B. § 904 S. 2, § 912 Abs. 2, § 917 Abs. 2). Gegenüber der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung aber wird gerade hierin leicht erkennbar ein richtiger Anwendungsfall der großen öffentlichrechtlichen Billigkeitsentschädigung, in deren Zusammenhänge er denn auch einmünden soll. Vgl. unten § 53.

I. Nicht wie bei der Enteignung haben wir hier ein Rechtsinstitut vor uns, das von einem planmäßig den ganzen Stoff beherrschenden Gesetz eine einheitliche Gestaltung empfangen hätte. Wie bei der auferlegten Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts handelt es sich um zerstreutes gesetzgeberisches Vorgehen: je nachdem der Gesetzgeber aufmerksam wird auf ein Bedürfnis danach, das bei dem einen oder anderen Verwaltungszweige sich ergeben mag, greift er zu. Aus der Beobachtung des gemeinsamen Rechtsgedankens in diesen Einzelerscheinungen bildet sich uns erst das Rechtsinstitut. Bei unserer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung ist aber das Beobachtungsfeld noch ungleich weiter ausgedehnt: nicht bloß Gesetze zählen hier, sondern das Rechtsinstitut erscheint nach dem soeben Ausgeführten auch ohne ein solches in mancherlei Brauch und Übung, die ohne Widerspruch und mit gutem Gewissen von den Behörden eingehalten werden bei diesem und jenem Verwaltungszweig, weil es der allgemeinen Anschauung entspricht, daß das Privateigentum so zurücktreten müsse. Demgegenüber wird auch das einzelne Gesetz, das dazwischen auftaucht, nicht sowohl eine Schöpfung des Rechtsinstituts bedeuten oder eine Mitarbeit an dieser Schöpfung, als eine Bestätigung und Betätigung des ohnehin vorhandenen und wirkenden Rechtsgedankens, der nur vielleicht bei der Gelegenheit noch eine besondere Ausprägung bekommen mag.

Aus all dem wäre also ein festes Ganze mit bleibenden Merkmalen zusammenzusuchen. Das juristische Tagesgeschäft hat nicht viel Blick dafür. Die Dinge sind im Einzelfall zu unbedeutend, sie

fordern nicht heraus durch auffallende juristische Formen und vor allem: sie werden, gerade weil sie ihrer Natur nach stets auf allgemeiner Anschauung beruhen, von denen, die sie handhaben sollen, als etwas Selbstverständliches genommen, worüber man sich keine Gedanken zu machen hat. Für die Wissenschaft liegt das anders.

Die Fälle, in welchen unsere öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung in Frage kommt, grenzen sich ab durch sichere Erkennungszeichen:

— Es muß sich handeln um eine tatsächliche Einwirkung auf ein fremdes Grundstück, die an sich eine Verletzung des Eigentums wäre, insbesondere auch nicht gedeckt durch ein diesem bestimmten Grundstücke gegenüber erworbenes Recht[7].

— Diese Einwirkung muß ausgehen, beabsichtigt oder unwillkürlich, von der öffentlichen Verwaltung und ihren Einrichtungen, von einem öffentlichen Unternehmen, in dem Sinne, wie wir ihm bei dem hier behandelten Kreise von Rechtsinstituten ständig begegnet sind.

— Weil sie von der öffentlichen Verwaltung ausgeht, werden daran nicht die bürgerlichen Rechtsfolgen der Eigentumsverletzung geknüpft: kein Anspruch entsteht auf Beseitigung der Störung und auf künftige Unterlassung, kein Anspruch auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Schädigung[8], weder gegen den Täter selbst noch gegen das Gemeinwesen, für welches er tätig ist.

Dieser letztere Punkt, auf welchen sich alles zuspitzt, kommt zum Ausdruck in der Versagung der Zulässigkeit einer Klage vor dem ordentlichen Gericht auf Beseitigung der Störung und künftige Unterlassung. Damit war im älteren Rechte genügend gesagt, daß ein Rechtsanspruch nicht bestehe. Das neuere Recht, das auch Rechtsansprüche kennt, die im Verwaltungswege verfolgbar sind, macht erst recht fühlbar, daß es sich um einen sachlichen Mangel handelt, nicht um eine bloße Zuständigkeitsregel: weder kann die Verwaltungsrechtspflege angerufen werden, noch sind die Verwaltungsbehörden verbunden, Abhilfe zu gewähren. Die ordentliche Rechtsfolge der Eigentumsverletzung soll verneint bleiben. Das ist unser Rechtsinstitut.

[7] Sonst würde es sich um eine Dienstbarkeit handeln; vgl. oben S. 207.

[8] Nicht zu verwechseln mit Anspruch auf öffentlichrechtliche Entschädigung nach Billigkeitsrecht; vgl. unten S. 241.

Den Grund dieser Erscheinung hat man von jeher gesucht in der besonderen rechtlichen Natur der staatlichen Tätigkeiten und Einrichtungen, von welchen der Eingriff hier ausgeht. Die verschiedenen Entwicklungsstufen unseres öffentlichen Rechts spiegeln sich wider in den Bezeichnungen, deren man sich dafür bedient.

Die Rechtshilfe wird gern für ausgeschlossen erklärt, weil der Staat hier in Ausübung seiner *Hoheitsrechte* vorgegangen sei. Aber Hoheitsrechte hat der Staat jetzt nicht mehr. Man will mit dieser Redeweise auch keineswegs irgendein neues, besonderes Hoheitsrecht solchen Inhalts behaupten. Es ist nichts anderes gemeint, als eben ein Stück von dem, was wir öffentliche Verwaltung nennen, Tätigkeit des Staates, die dem Gebiet des öffentlichen Rechts angehört.

Eine andere Formel ist die, daß es sich um *Polizei* und *polizeiliche Verfügung* handle und deshalb Zivilrecht und Zivilgericht nicht berufen seien, dagegen hemmend einzugreifen. Allein von Äußerungen unserer Polizeigewalt ist bei diesen Dingen keine Rede. Verstünde man darunter im altfränkischen Sinne jede Lebensäußerung des Staates, in welcher er nicht als Fiskus auftritt, weil sie Befehl und Zwang bedeutet, so stimmt das wieder nicht, weil bei diesen Einwirkungen Befehl und Zwang meist überhaupt nicht in Betracht kommen oder nur in der künstlichsten Weise hineinzudeuten sind. Was man meint, ist eigentlich Polizei in noch älterem Sinne, die ganze „Selbsttätigkeit der Staatsregierung für die Erreichung des Staatszwecks“ [9].

Es läuft immer wieder hinaus auf den *Zusammenstoß der öffentlichen Verwaltung mit dem Eigentum, das ihr im Wege steht*. Das Rechtsinstitut wird erst verständlich von dem Boden dieses Kernbegriffs aus, um welchen unser neuzeitliches Verwaltungsrecht sich gebildet hat.

II. Die Anwendungsmöglichkeiten, welche danach für das Rechtsinstitut der öffentlichen Eigentumsbeschränkung sich ergeben, sind überaus mannigfaltig. Um eine Übersicht zu gewinnen, teilen

---

[9] Vgl. oben Bd. I S. 212. — Die preußischen Gerichte finden bei solcher Ausdrucksweise Anlehnung an den Wortlaut der Zuständigkeitsregeln in Verord. v. 26. Dez. 1808 § 36 und Ges. v. 11. Mai 1842. Diese Bestimmungen zeugen in ihrer Unbeholfenheit von der Verlegenheit gegenüber dem werdenden öffentlichen Recht und sind selbst Quelle von Verlegenheiten geworden. Die Ausführungen bei *Oppenhoff*, Ressortverh. I. Aufl. S. 95 ff. u. 338 ff., sollten genügen, um zu sehen, daß für das neuzeitliche Recht gar nichts damit anzufangen ist. Man gebraucht eben die alten Ausdrücke und verdeckt damit neue Gedanken.

wir am besten ein nach der Verschiedenheit der tatsächlichen Einwirkung, die von dem öffentlichen Unternehmen aus auf das Privatgrundstück geübt wird.

1. Dem bürgerlichen Nachbarrecht (B.G.B. § 906) stehen am nächsten die Fälle, wo die Tätigkeiten und Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung von ihrem Grundbesitz aus hinübergreifen in das Nachbargrundstück; wir können sie als öffentlichrechtliches Nachbarrecht bezeichnen. Was man sich nach bürgerlichem Rechte gefallen lassen muß, gilt selbstverständlich auch hier. Bemerkenswert ist nur, was darüber hinausgeht.

Der Eisenbahndamm lenkt das Wasser dem Nachbargrundstück zu, der Straßenkörper verhindert den natürlichen Ablauf, der hochgeführte Schiffahrtskanal macht durch sein Sickerwasser die Wiese versumpfen, die Tieferlegung der Straße, die Ausschachtungen der städtischen Abzugskanäle gefährden die Häuser längs der Straße — überall keine Klage auf Beseitigung oder Unterlassung; Schadensersatzanspruch ist denkbar, aber das kann unter diesen Umständen nur unsere Billigkeitsentschädigung sein, wenn sie auch von den Gerichten meist nicht erkannt wird[10].

---

[10] O.Tr. 20. Juni 1871 (Str. LXXXIII S. 37): Das Regenwasser fließt vom Eisenbahndamm auf Privatgrundstücke; die Klage auf Herstellung geeigneter Vorkehrungen, um das zu verhüten, wird abgewiesen; „nur die Regierung kann bestimmen, was geschehen soll". — O.Tr. 25. Sept. 1877 (Str. LXXXVIII S. 21): Die neuerbaute Kreischaussee bedroht die Angrenzer mit Überschwemmung und Versumpfung; nur Entschädigung kann verlangt werden. — C.C.H. 7. Juni 1873 (J.M.Bl. 1873 S. 239): Die Eisenbahnverwaltung schüttet nachträglich einen Damm auf zum Schaden der Nachbarn; Besitzstörungsklage für unzulässig erklärt, denn „durch die von dem Herrn Minister amtlich abgegebene Erklärung steht fest, daß die von der Verklagten bewirkte Anlage polizeilich geboten ist". — Die Genehmigung von Eisenbahnen geschieht nach Pr. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 14 und Kleinbahnges. v. 28. Juli 1892 nach landespolizeilicher Prüfung der ganzen Anlage; daher ist Klage wegen geänderten Wasserablaufes gegen eine „polizeiliche Verfügung" gerichtet und unzulässig: R.G. 22. April 1903 (Eger, Eisenb.Entsch. XX S. 156); 22. Febr. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 51). R.G. 13. Mai 1893 (Entsch. XXXI S. 287) erläutert aber diese Fälle übereinstimmend mit den in R.G. 20. Sept. 1882 (Entsch. VII S. 267) zur Geltung gekommenen Grundsätzen, wo gesagt ist: „In der Erteilung der Konzession zum Betriebe der Bahn liegt die allgemeine Anordnung der Staatsgewalt, daß sich die benachbarten Grundbesitzer diejenigen nachteiligen Einwirkungen auf ihre Grundstücke gefallen lassen müssen, ohne welche der Betrieb nicht ausführbar ist." Das ist also die „polizeiliche Verfügung"! Man sieht, was es damit für eine Bewandtnis hat. Die „allgemeine Anordnung" ist natürlich keine Verordnung, enthält keinen Rechtssatz. Es ist bei der „Konzession" in der Tat an einen Verwaltungsakt gedacht, an eine Verfügung. Aber die ergeht doch nicht über die

Grundbesitzer, sondern über den Konzessionär allein und gewährt ihm das öffentliche Unternehmen oder, wo etwa der Staat selbst in Frage wäre, erkennt förmlich an, daß es sich hier um ein öffentliches Unternehmen handle dieser Art und dieses Umfangs. Daraus ergeben sich dann allerdings auch Folgen für die Dritten, denen nun das Unternehmen, dieses Stück öffentlicher Verwaltung, begegnet. Mit dieser allein haben wir es hier zu tun. Daß man von Polizei und polizeilicher Verfügung spricht, geschieht lediglich zu Ehren der alten preußischen Zuständigkeitsbestimmungen. — Im wesentlichen richtig und mit anerkennenswerter Freiheit gegenüber der überkommenen Idee der polizeilichen Verfügung wird die Frage für alle Arten solcher Einwirkungen behandelt bei Eger, Kleinbahnenges. S. 197: Die Genehmigung der Kleinbahn „hat den Charakter einer Eisenbahnkonzession", man darf sie nicht „auf das Niveau der polizeilichen Genehmigung einer privatgewerblichen Anlage herabsetzen". Sie geschieht „unter dem Vorbehalte der Rechte Dritter, die nur im Wege der Enteignung entzogen werden können"; aber auch ohne das erfahren diese Rechte wegen der „wirtschaftlichen Bedeutung der Bahnen als öffentliche Straßen- und Verkehrsanstalten" eine „im Wesen der Sache liegende Modifikation": gegenüber den durch den vorschriftsmäßigen Bau und Betrieb notwendig werdenden Eingriffen gibt es keinen Anspruch auf Beseitigung der Änderung oder Schutzanlagen, sondern „nur auf Geldentschädigung". Das wäre ungefähr unser Rechtsinstitut. Die „wirtschaftliche Bedeutung" ist nur ein matter Ausdruck für die geahnte Kraft des öffentlichen Unternehmens. Eger glaubt allerdings, es bedeute, „daß der Unternehmer zivilrechtlich durch die Genehmigung unbedingt befugt wird, die Bahn zu bauen und zu betreiben". Mir scheint das eine ausgeprägte öffentlichrechtliche Natur zu haben.

Eine ähnliche Scheinrolle spielt die polizeiliche Verfügung auch noch bei anderen öffentlichen Einrichtungen, die über die Grenze greifen. So in C.C.H. 4. Febr. 1854 (J.M.Bl. 1854 S. 295): Die Klage eines Angrenzers auf Beseitigung einer von der Straßenbauverwaltung angelegten Pappelpflanzung, deren Wurzeln sein Grundstück durchwachsen, ist unzulässig; denn diese beruht auf „polizeilichen Anordnungen des Oberpräsidenten zur Sicherung der Passage". Desgleichen in C.C.H. 13. Okt. 1860 (J.M.Bl. 1861 S. 269): Die Straßenrinne wird von der Gemeinde an die klägerische Mauer verlegt; das ist „rein polizeiliche Verfügung und die Klage auf Änderung unzulässig". Selbstverständlich sind diese Dinge geradeso gedeckt, wenn sie einfach von der Straßenverwaltung in ihrem pflichtmäßigen Betrieb eingerichtet worden sind; schlimmstenfalls kann die polizeiliche Verfügung ja auch nachträglich erfolgen durch die zu erhebende amtliche Erklärung der Oberbehörde, daß die Anlage „polizeilich geboten ist"; vgl. oben den Fall C.C.H. 7. Juni 1873. Auf deutsch heißt aber doch auch das nichts anderes, als daß es sich hier um ein Zubehör eines richtigen öffentlichen Unternehmens handelt.

Abweichend R.G. 7. Febr. 1906 (Entsch. LXII S. 370): Straßenkanalisationsarbeiten, Grundwasser dabei weggepumpt mit der Wirkung, daß ein angrenzendes Wohnhaus Risse kriegt; Klage gegen die Stadt wegen Verstoß gegen B.G.B. § 909 und auf Ersatz des erwachsenen Schadens. Der wird auch zuerkannt, obwohl die Stadt dartut, es sei technisch gar nicht möglich gewesen, die Einwirkung zu vermeiden. Das Gericht antwortet hart: „Sei eine genügende Befestigung des Bodens des Grundstücks des Klägers technisch nicht möglich gewesen, so habe die

Betriebe und Einrichtungen, die zur öffentlichen Verwaltung gehören, kann der Grundbesitzer sich nicht fernhalten, auch wenn sie ihm Geräusch, Erschütterung und „Immissionen" bringen, die bedeutend über das hinausgehen, was man in dieser „Lage" der Stadt von seinem Nachbar zu gewärtigen hat[11].

---

beabsichtigte Vertiefung unterbleiben müssen, oder es sei Schadensersatz zu leisten." Schadensersatz würden wir wohl gewähren, wenn auch nicht wegen rechtswidriger Handlung, sondern nach dem bekannten Billigkeitsrecht. Das Gericht scheint aber auch eine Klage auf Unterlassung für möglich zu halten, welche die ganze wichtige Tiefkanalisation zum Scheitern gebracht hätte — fiat justitia, pereat mundus! Den unentbehrlichen Schutz des öffentlichen Unternehmens findet man allerdings nur, wenn man den Boden kennt, auf den es gehört.

[11] Privatunternehmungen gegenüber zieht B.G.B. § 906 die Grenze des zu Ertragenden. Auf die Besonderheit gewerblicher Anlagen werden wir unten Note 32 noch zu sprechen kommen.

Die Behandlung störender öffentlicher Unternehmungen ist wesentlich anders. R.G. 6. Juni 1899 (Entsch. XLIV S. 225): In den Militärwerkstätten ist ein Maschinenbetrieb eingerichtet, der für den Nachbar übermäßige „Belästigungen und Übelstände" mit sich bringen soll; Klage auf Untersagung oder zeitliche Beschränkung erklärt das Gericht für unzulässig, denn „ein Eingriff in diesen Betrieb seitens der Gerichte" würde sich richten „gegen die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte" (S. 226). — R.G. 19. Nov. 1903 (Entsch. LVI S. 25): Ein Hausbesitzer klagt gegen die evangelische Kirchengemeinde auf Unterlassung des störenden Glockenläutens. Das O.L.G. verurteilt! Das R.G. weist ab: „Das Recht mit Glocken zu läuten ist den Kirchen zum Wohle des Gesamtstaates eingeräumt; zu Beschränkungen sind nur die zur Überwachung und Handhabung des öffentlichen Rechts bestellten Behörden berufen." Die Gerichte könnten höchstens nur um „Entschädigung wegen Verletzung wohlerworbener Privatrechte" angerufen werden. (Hierzu sei bemerkt: Das Recht, mit Glocken zu läuten, hat die Kirche von Anfang an und nicht kraft „Einräumung" des Staates. Erst seit der Reformation erscheint ein solches Recht als Widerschein des Satzes cujus regio, ejus religio. Das bedeutet aber keine verwaltungsrechtliche Befugnis den Untertanen gegenüber. Heute ist das Verhältnis zwischen dem Staat und der Kirche so geordnet, daß die kirchliche Tätigkeit als rechtlich gleichwertig angesehen wird mit der staatlichen, d. h. als öffentliche Verwaltung. Die Folge ist jene Wehrlosigkeit des Privateigentums gegen das „zum Wohle des Gesamtstaates" stattfindende Geläute.) — R.G. 16. April 1910 (Entsch. LXXIII S. 270): Rohrpostanlage; Klage des Nachbars auf Unterlassung der Geräusche; kein „staatliches Hoheitsrecht", aber „Pflege oberster staatlicher Aufgaben", also Geltendmachung der Rechte Dritter zur Lahmlegung unzulässig; nur Entschädigung zu fordern nach A. L.R. Einl. § 75.

Dagegen wieder R.G. 20. Febr. 1909 (Entsch. LXX S. 311): Die Gemeinde will Pumpstation anlegen für Abwässer; Klage der Anlieger auf Untersagung nach B.G.B. § 906 wegen übermäßigen Geräusches und Geruchs; zugesprochen, weil die Gemeinde mit ihrer Anlage, „auch wenn die Anlage dem Wohlfahrtsinteresse diente", den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, d. h. dem § 906,

Vor allem der Betrieb der öffentlichen Eisenbahnen ist es, von dem man die mannigfaltigsten Störungen dieser Art wehrlos hinnehmen muß. Die Entschädigungsfrage bleibt allein übrig [12].

---

unterstand. Hier wäre doch die Annahme einer „polizeilichen Verfügung" sehr am Platze gewesen; aber dieser terminus technicus gibt eben keinen sicheren Maßstab.

[12] Man bestrebt sich ja dazwischen, auch hier mit B.G.B. § 906 auszukommen. R.G. 26. Juni 1910 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 432): „Die gewöhnlich von einem solchen Eisenbahnbetriebe (Straßenbahn) ausgehenden Einwirkungen werden die benachbarten Grundeigentümer als unvermeidlich sich gefallen lassen müssen." Das beansprucht eine Anwendung des § 906 B.G.B. zu sein. Dagegen R.G. 30. März 1904 (Entsch. LVII S. 225): Das Geräusch des fahrenden Tram muß man sich gefallen lassen, nicht aber das einer dazu gehörigen „Wagenhinterstellungshalle". Hier war allerdings Bayr. Ausf.Ges. Art. 80 anzuwenden; vgl. unten Note 32.

Meist sucht man die Sache auch bei solchen Störungen mit den bekannten unbeholfenen Wendungen öffentlichrechtlich zu erklären, auch wenn man es nicht so nennt. So das oben Note 10 erwähnte Urteil R.G. 20. Sept. 1882 (Entsch. VII S. 267): Es handelte sich um eine Klage des Angrenzers wegen Funkenwurfes durch die Lokomotive; die Eisenbahn hat durch die Konzession das Recht zu solcher Beeinträchtigung erhalten. Ebenso in einem „Immissionsfall" O.L.G. Karlsruhe 6. Mai 1904 (Eger, Eisenb.Entsch. XXI S. 252): „Die Konzessionserteilung begründet für den Angrenzer Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse". Gelegentlich der Klage eines Berliner Hausbesitzers gegen die Hochbahn auf Unterlassung ihres übermäßigen Geräusches hat das R.G. 12. Okt. 1904 (Entsch. LIX S. 70) die Lehre von der polizeilichen Verfügung noch einmal verwertet: „Die polizeiliche Genehmigung einer im Interesse des öffentlichen Verkehrs notwendigen oder zweckmäßigen Anlage hat die Bedeutung einer polizeilichen Verfügung". „Eine solche Verfügung richtet sich nicht bloß gegen den Hersteller der Anlage, sondern gegen jedermann" (S. 72). Diese seltsame Eigenschaft einer polizeilichen Verfügung ist aber hier auch einigermaßen zu begründen versucht worden (S. 71): „Die Kleinbahn steht unter staatlicher Aufsicht... Der Unternehmer hat den Betrieb ohne Unterbrechung zu führen, widrigenfalls die Genehmigung zurückgenommen werden kann... er ist also in der Freiheit, über das Unternehmen und den Betrieb zu verfügen, durch den Staat wesentlich beschränkt, darf insbesondere von dem einmal festgesetzten und genehmigten Plane auch in Einzelheiten nicht abweichen... daraus folgt wiederum, daß auch Dritte, die durch den Betrieb in der Benutzung ihrer Grundstücke wesentlich beeinträchtigt zu sein glauben, gegen den Unternehmer Änderungen der Bahnanlage und des Betriebes im ordentlichen Rechtswege nicht erzwingen können". Das wird also ganz richtig nicht als eine bloße Zuständigkeitsregel aufgefaßt, sondern als sachliche Rechtsverneinung; darin besteht ja eben die Wirkung „gegen jedermann". Nun steht es aber mit polizeilichen Anordnungen doch so, daß sie — sofern das Gesetz nicht ausdrücklich Abweichendes bestimmt — stets mit Vorbehalt der Rechte Dritter ergehen (vgl. oben Bd. I S. 231 u. 247). Wenn dem Apotheker nach dem Deutschen Arzneibuch polizeilich vorgeschrieben ist, ein Arzneimittel zu bereiten, das einen sehr übeln Geruch verbreitet, so kann er auch nicht davon absehen; aber daraus folgt nicht, daß der Nachbar sich das gefallen

Die Militärschießplätze machen sich nicht bloß durch das Knallen der Flinten sehr empfindlich fühlbar, sondern dienen auch, den besten Schutzvorrichtungen zum Trotz, immer wieder dazu, die dahinterliegenden Grundstücke mit verirrten Kugeln zu beschicken und tatsächlich zu gewissen Zeiten unbenutzbar zu machen. Den ordentlichen Gerichten fällt es sehr schwer, dem Privateigentum hier keinen Schutz zu gewähren. Gleichwohl müssen sie sich bescheiden. Es handelt sich weder um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, noch um einen rechtswidrigen Eingriff[18].

---

lassen muß. Die vermeintliche Polizeiverfügung über den Hochbahnunternehmer ging als bloße Beschränkung der Freiheit desselben, welche das Reichsgericht daran hervorhebt, den Dritten nichts an; aber sie ist eben in Wirklichkeit vielmehr die Ordnung eines öffentlichen Unternehmens, das als solches Kraft auch gegen Dritte hat, und darum liegt die Sache hier anders.

Richtig O.L.G. Königsberg 19. Jan. 1903 (Eger, Eisenb.Entsch. XX S. 132): Klage gegen die Kleinbahn wegen Funkenwurfs; „die Art, in der die Beklagte durch den Eisenbahnbetrieb das Eigentumsrecht des Klägers beschränkt, ist ein der Enteignung im Erfolg gleichkommender Eingriff in fremdes Eigentum"; daher Entschädigung nach A. L.R. Einl. § 75; also, weil er „seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird". Deutlicher kann die öffentlichrechtliche Natur des Vorgangs nicht gekennzeichnet werden.

[18] Die Rechtsprechung hat es an Versuchen nicht fehlen lassen, einen Standpunkt zu finden. Mit der Berufung auf das alte Hoheitsrecht, wie auf die polizeiliche Verfügung kommt man natürlich nicht aus. C.C.H. 13. Aug. 1870 (Stölzel, Rspr. S. 72): Besitzstörungsklage gegen Militärfiskus wegen überfliegender Kugeln für zulässig erklärt. Gegen das Hoheitsrecht des Königs, heißt es, richte sich die Klage gar nicht, sondern nur gegen die Nachlässigkeit der Militärbehörde bei Einrichtung des Schießplatzes; sie solle auch nicht in der Benutzung ihres Schießplatzes gehindert werden, sondern in der des Nachbargrundstücks, auf das geschossen wird. Polizeiliche Verfügung aber könne nicht in Betracht kommen: „Der Gouverneur hat ja gar nicht verfügt, daß Kugeln hinüberfliegen sollen". Das klingt geradezu wie eine Verspottung der üblichen Konstruktionen. — R.G. 24. Sept. 1889 (Entsch. XXIV S. 36) hat es bloß mit dem Geräusch der Schießübungen zu tun, die in einer Kaserne abgehalten werden. Die Klage des Nachbars auf Unterlassung wird abgewiesen, da es sich „um Ausübung des Militärhoheitsrechts" handle; nur Entschädigung kann in Frage sein. — R.G. 26. Sept. 1894 (Reger XVI S. 99): Klage auf Unterlassung wegen überfliegender Kugeln zugesprochen; es handle sich um keine Ausübung eines Militärhoheitsrechts, weil ja das Überfliegen der Kugeln nicht „gewollt" sei. Mit dem Knallen, das R.G. 24. Sept. 1889 verbot, soll es etwas anderes sein, weil es „gewollt" ist. Das ist aber wieder reine Spitzfindigkeit. Denn wer die Schießübungen „will", muß sich auch die unausbleiblich damit verbundenen Fehlgänger als gewollt anrechnen lassen. In der Veranstaltung solcher Schießübungen auf die Gefahr hin, daß solche Nebenwirkungen eintreten, besteht eben das, was hier Ausübung des Militärhoheitsrechts genannt wird und was wir unter „öffentlicher Verwaltung" mit be-

2. Jedermann hat das Recht, das Betreten seines Grundstücks durch Andere, denen nicht ein besonderes Recht dafür erworben ist, durch Selbstverteidigung zu verhindern, wie auch Klage zu erheben auf künftige Unterlassung und Schadensersatz wegen rechtswidriger Verletzung. Für Zollaufsichtsbeamte und polizeiliche Hilfsbeamte jeder Art besteht diese Schranke nicht, wenn sie dienstlich Anlaß haben, ein fremdes Grundstück zu betreten oder sich dort aufzustellen[14]. Die Feuerwehr dringt in Gärten und Hofräume ein, um der Feuersbrunst im Nachbarhause beizukommen. Alles ohne Gesetz[15]. Der Postwagen fährt über die angrenzenden Wiesen, wenn die Straße unwegsam geworden ist. Das Reichsgesetz ermächtigt dazu; es war aber schon immer so und kein Abwehrmittel dagegen gegeben[16]. Zur

---

greifen. — R.G. 27. Mai 1903 (Entsch. LV S. 55) läßt einfach den Reichsmilitärfiskus wegen Besitzstörung durch fehlgehende Geschosse der Militärschießstände verurteilen zur Unterlassung bei Geldstrafe von 300 Mk. für jeden Übertretungsfall. Die Tatsache der objektiven Beeinträchtigung des fremden Grundbesitzes genügt „bei dem Mangel eines den Beklagten berechtigenden Gesetzes". Daß es öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen gibt ohne Gesetz, wäre aber doch wohl zu bedenken gewesen.

[14] O.Tr. 1. Dez. 1875 (Oppenhoff, Rspr. XVI S. 769): Zollaufsichtsbeamte verbergen sich auf einem Bauerngut, um vorüberkommenden Schmugglern aufzulauern; der Eigentümer darf sich nicht widersetzen. O.V.G. 28. Nov. 1885 (Entsch. XII S. 421): „Der (Polizei-)Beamte ist, falls es sich um Erfüllung einer Amtspflicht handelt, berechtigt, auch ohne Erlaubnis des Eigentümers fremde Grundstücke zu betreten". Es handelte sich um einen Fischereiaufseher, der bei Verfolgung eines Fischereikontravenienten über fremde Wiesen und bestellte Äcker gelaufen war. Ähnlich O.V.G. 11. Dez. 1900 (Preuß. Eisenb.Arch. 1901 S. 674): Ein Bahnpolizeibeamter, der einen Kontravenienten über die fremde Wiese verfolgt, tut das „nicht unbefugt". Das bedeutet eine Eigentumsbeschränkung; sie steht nirgends geschrieben; aber die Übeltäter hätten es zu bequem, wenn sie allein über fremde Äcker liefen; das genügt.

[15] Bei Beratung des Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 in der Kommission des Preuß. Abg.Hauses war zu § 4 der Zusatz beantragt worden: „Zu Eingriffen in das Grundeigentum in Notfällen, namentlich bei einer Feuersbrunst oder Wassersnot oder einer Lebensgefahr, für die Dauer des Notfalles sind die Polizeibehörden befugt". Damit sollten namentlich auch solche „polizeiliche Anstalten" wie die Feuerwehr gedeckt sein. Die Regierung betrachtete aber diese Eigentumsbeschränkung als etwas so Selbstverständliches, daß sie die hier angebotene gesetzliche Ermächtigung ablehnte, weil man ihrer nicht erst bedürfe.

[16] Reichs-Post-Ges. v. 28. Okt. 1871 § 17. Nach l. 14 § 1 D. 8, 6 würde eine gleiche Befugnis auch zugunsten des sonstigen auf die Straße angewiesenen Verkehrs bestehen. Im neueren Rechte wird das manchmal noch besonders anerkannt: Preuß. Feld- u. Forst-Pol.Ges. § 10 Abs. 2; Els.-Lothr. Feld-Pol.Stf.Ges. § 29. Das ist nicht wie R. Merkel, Koll.rechtm. Interessen S. 51, ausführt, eine

Vorbereitung von Straßenbauten, Eisenbahnbauten betreten die Techniker und ihre Leute die Grundstücke, welche in Aussicht genommen sind, messen und stecken ab und nehmen Proben von dem aufgegrabenen Boden. Die neuere Enteignungsgesetzgebung hat Gelegenheit genommen, solches Vorgehen ausdrücklich zu ordnen[17]. Es geschah und geschieht auch ohne Gesetz ebenso[18]. Die Landesvermessung beansprucht das Grundeigentum auf ähnliche Weise[19]. Das eindrucksvollste Beispiel

---

Wirkung des Notstandsrechts der Einzelnen — weshalb wirkte es dann nicht im Falle eines Privatweges? —, sondern es ist die öffentliche Verkehrsanstalt allein, die darin wieder das Nachbareigentum für ihre Zwecke in Anspruch nimmt. — Verwandt O.V.G. 21. Juni 1900 (Entsch. XXXVIII S. 249): Ein öffentlicher Fußweg führt kraft Dienstbarkeit über den Acker eines Bauern und über Gemeindeland; der Amtsvorsteher läßt zur Ausbesserung der letzteren Strecke Steine über die erstere Strecke fahren in Widerspruch mit A. L.R. I, 22 § 65; der Bauer ist nicht berechtigt gewesen, sich zu widersetzen; eine derartige Benutzung muß der Wegepolizeibehörde freistehen. Das O.V.G. meint allerdings, das sei eine „Inanspruchnahme des Weges für den öffentlichen Verkehr" nach Zust.Ges. § 55 gewesen. Es war aber wohl eher eine Geltendmachung der Eigentumsbeschränkung des Privatgrundstücks zugunsten des öffentlichen Weges.

[17] Pr. Ent.Ges. v. 11. Juni 1874 § 5: „Handlungen, welche zur Vorbereitung eines die Enteignung rechtfertigenden Unternehmens erforderlich sind, muß auf Anordnung der Bezirksregierung der Besitzer auf seinem Grund und Boden geschehen lassen." Die „vorübergehenden Beschränkungen" nach § 4 desselben Gesetzes bedeuten auferlegte Dienstbarkeiten (oben § 40 Note 9); sie entstehen durch eine dem belasteten Eigentümer kundgemachte Anordnung (Eger, Ent.Ges. I S. 80). Die „Anordnung" des § 5 dagegen ist nichts als eine allgemeine Anerkennung der Fähigkeit des in Frage stehenden Unternehmens, die Eigentumsbeschränkung zur Wirksamkeit gelangen zu lassen. Sie wird deshalb einfach im „Regierungs-Amtsblatte generell bekanntgemacht" (Ent.Ges. § 5 Abs. 2). — Sächs. Ent.Ges. v. 24. Juni 1902 § 14 stellt in gleicher Weise die Bedingung einer vorgängigen „Ermächtigung" des Unternehmers durch die zuständige Behörde, welche „Gestattung der Vorarbeiten" in den „Amtsblättern der Verwaltungsbezirke bekanntzumachen ist" (Abs. 2). Schelcher, Kom. S. 208 Note, glaubt deshalb die „Verpflichtung zur Duldung von Vorarbeiten" nach Sächsischem Recht nicht zu den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen in meinem Sinne rechnen zu dürfen: da sie „durch besonderen Verwaltungsakt begründet wird, wird man sie (wie die ‚vorübergehenden Eigentumsbeschränkungen') unter den Gesichtspunkt der Enteignung zu stellen haben". Allein der Verwaltungsakt („Ermächtigung", „Gestattung") wirkt hier so wenig dinglich wie die preußische „Anordnung". Er ergeht ja gar nicht über den Grundbesitzer, sondern nur über den Unternehmer des öffentlichen Unternehmens, der als solcher „vor der Verleihung des Enteignungsrechts" (§ 14 Abs. 1) öffentlich anerkannt und legitimiert wird.

[18] So O.Tr. 9. März 1874 (Str. 91 S. 175). — Ähnliche Befugnisse zugunsten der Telegraphenverwaltung nach Telegr.Wegeges. v. 18. Dez. 1899 § 12.

[19] Sächs. O.V.G. 30. Nov. 1907 (Jahrb. XI S. 294): Die Grundstücksvermessung

dieser Art bieten jedoch die Truppenübungen. Fußvolk, Reiterei und Geschütz, das geht alles unaufhaltsam durch das gewählte Gelände, ohne Gesetz und doch rechtmäßigerweise: die öffentliche Verwaltung erscheint hier in all ihrer angeborenen Kraft und Wirksamkeit, der das Privateigentum von selber weicht[20].

3. Weit über das bürgerliche Nachbarrecht hinaus geht die der öffentlichen Verwaltung freistehende Inanspruchnahme fremder Grundstücke mit allerlei Vorrichtungen, die ihren Zwecken dienen. Es handelt sich meist um geringfügige Eingriffe, die nicht einmal zu einer Entschädigung Anlaß geben. Immerhin sind es Eingriffe, die wohl verlohnen, daß man sich von ihrer juristischen Art Rechenschaft gibt.

Die vorhin erwähnten Vorarbeiten für Eisenbahn- und Straßenbau wie auch die Landesvermessung führen schon zur Aufstellung von Vermessungszeichen, die geduldet werden müssen, bis ihr Zweck erfüllt ist, manchmal auf längere Zeit. Aber auch für die Dauer wird das Eigentum, namentlich der Hausbesitz zur Anbringung der vielen Dinge benutzt, die unser Verkehr benötigt. Es fällt zumeist nicht auf als Eingriff, da Sitte und Bürgersinn, auch wohl eigener

---

ist im öffentlichen Interesse angeordnet; daher das Recht, die Grundstücke zu betreten, selbstverständlich, auch ohne Gesetz.

[20] Die Reichstagsverhandlungen zum Ges. v. 13. Febr. 1875 über die Friedensleistungen (ihrem wesentlichen Inhalt nach wiedergegeben von Seydel in Annalen 1875 S. 495 Anm. 1) förderten sehr unklare Anschauungen zutage von diesem Anwendungsfalle unseres Rechtsinstituts und von seinem Verhältnisse zum Gesetz. Der Entwurf hatte ausdrücklich bestimmen wollen, daß Privatgrundstücke zu Truppenübungszwecken benutzt werden dürften. Die Kommission hat diese Bestimmung gestrichen und erklären lassen: man habe große Bedenken gehabt, „denn dies würde dann nichts weiter sein als die Konstituierung einer allgemeinen Servitut auf sämtlichen Privatgrundstücken des ganzen Reichs zugunsten der Militärbehörde". Man ließ es deshalb bei Bestimmungen über vorgängige Anzeige und Entschädigungsverfahren bewenden (§§ 11 u. 16), war aber im übrigen einig, daß auch ohne Gesetz die Grundstücke nach wie vor zu Truppenübungen benutzt werden sollten. Man bezeichnete das als ein „tatsächliches Verhältnis", eine „vis major", einen „historisch begründeten Rechtszustand". Man wollte ihm nur nicht den Stempel der Gesetzlichkeit ausdrücklich aufgedrückt haben. Eine recht überflüssige Empfindsamkeit! Jedenfalls wäre es nicht richtig zu sagen, das Gesetz habe auf diese Weise das Recht der Truppenübungen stillschweigend begründet. Aber das ist richtig, daß der Reichstag bei dieser Gelegenheit Zeugnis abgelegt hat für eine allgemeine deutsche Rechtsanschauung, wonach das Grundeigentum wehrlos sei gegen Truppenübungen. Das genügt hier. Vgl. R.G. 20. Okt. 1900 (Reger XXI S. 101), 30. März 1903 (Entsch. LIV S. 209); Bayr. Oberst. L.G. 24. März 1898 (Reger XX S. 111); Preuß. Kriegsminist. 10. Jan. 1904 (Reger XXV S. 165).

Vorteil dafür sprechen, sich nicht zu sträuben. Kommt es einmal hart auf hart, so wird die Wehrlosigkeit des Eigentums auch hier sichtbar. Straßenschilder und Hausnummern zur besseren Ordnung des Straßenwesens werden unbedenklich, meist ohne zu fragen, an den Privatgebäuden befestigt[21]. Die Postverwaltung braucht ihren Briefkasten meist nicht gerade an der bestimmten Stelle anzubringen, darum weicht sie aus, wenn der Hausbesitzer nicht will: läge es einmal so, daß nur der eine Platz in Betracht käme, so würde der Widerspruch wohl nichts helfen, und den einmal angebrachten Briefkasten gewaltsam zu beseitigen, wäre nicht ratsam das Gericht aber würde für eine Verbietungsklage nicht zuständig sein. Straßenlaternen, mit eisernen Armen an der Hausmauer befestigt, haben häufig nur einen Punkt, wo sie ihren Zweck recht erfüllen; der kann ihnen nicht verweigert werden. Das gleiche wird gelten für die Befestigung der über der Straße schwebenden elektrischen Lampe[22]. In der neueren Rechtsprechung hat auch der Leitungsdraht der elektrischen Straßenbahn sich schon durchgesetzt: er muß getragen werden vermittelst der widerstandslos an den Hausmauern anzubringenden Haken („Rosetten")[23].

---

[21] O.V.G. 13. Mai 1909 (Jur.Ztg. IX S. 1094): „Die Straßen- und Häuserbezeichnung bildet einen Teil der von der Ortspolizeibehörde aufrechtzuerhaltenden öffentlichen Ordnung". O.V.G. 7. Jan. 1909 (Entsch. LIII S. 255): Die Polizeiverwaltung läßt am Zugangsweg zu einer Kleinbahn ein Schild „Bahnhofstraße" anbringen; der Eigentümer entfernt es und erhält den Befehl, es wieder anzubringen bei Zwangsvollstreckung.

[22] O.V.G. 11. Jan. 1879 (Entsch. V S. 412) behandelt einen Fall, wo die Gemeinde eine öffentliche Laterne auf Privateigentum gesetzt hatte. Die Klage auf Beseitigung wird angesehen als gegen eine „polizeiliche Anordnung" gerichtet. — Das Grundeigentum ist übrigens von lange her zur Fügsamkeit gegen solche gemeindliche Beleuchtungseinrichtungen erzogen worden. Die alte Öllaterne, die am Drahte über der Straße hing und mit Hilfe der Vorrichtung in einem häßlichen Kasten an der Hauswand täglich mehrmals herab- und hinaufgezogen wurde, um angezündet, gelöscht und gereinigt zu werden, mußte auch ertragen werden. Was Gas und Elektrizität nachher brachten, war eher eine Erleichterung.

[23] O.V.G. 2. März 1903 (Entsch. XLIII S. 387): Kläger hatte eingewilligt, daß Rosetten für die Straßenbahnleitung in seiner Hausmauer angebracht wurden, aber mit Vorbehalt der Kündigung; er kündigt und klagt auf Beseitigung. Das Polizeipräsidium verbietet diese vorläufig bis zur durchgeführten Enteignung; „wenngleich jetzt Kläger privatrechtlich den Anspruch auf Beseitigung haben mag, so hat doch das Privatrecht jetzt vor dem berechtigten polizeilichen Verlangen zurückzutreten". Also wieder die „polizeiliche Verfügung" (die keine ist!), aber diesmal vor dem Verwaltungsgericht wirksam, nicht zur Zuständigkeitsversagung, sondern sachlich. — O.L.G. Karlsruhe 4. April 1905 (Bad. Verw.G. XXXVII S. 105; Eger, Eisenb.Entsch. XXIII S. 118): Straßenpolizeiverordnung legt den Haus-

Telegraphen- und Telephondrähte werden über die Privatgrundstücke hinweggezogen, finden auch Stützen an den unscheinbaren Trägern, welche man in die Hausmauern einfügt, manchmal auch in gewaltigen Telephonkreuzen, die den Dächern aufgesetzt werden[24]. Für den einen oder anderen Punkt mag die Rechtsentwicklung noch im Fluß sein. Man kann darüber streiten, ob sich eine allgemeine Anschauung über die Grenze der Freiheit des Eigentums überall schon gebildet hat, namentlich bei schwereren Eingriffen. Im ganzen ist das Bewußtsein von den Notwendigkeiten der öffentlichen Verwaltung sichtlich im Fortschreiten begriffen und damit auch die Weiterausbildung der öffentlichen Eigentumsbeschränkungen.

4. Endlich findet hier auch seine Stelle der oben Seite 98 besprochene Besitz der öffentlichen Sache: das Eigentum an dem Grundstück, das tatsächlich in den Bestand einer öffentlichen Sache geraten ist, erleidet dadurch eine Beschränkung. Nicht bloß, daß die Gerichte unzuständig sind, die Verwaltung zur Herausgabe zu verurteilen; damit wäre die Unversehrtheit des Rechts selbst noch nicht verneint, denn auch die Verwaltung ist berufen, das Recht zu achten und ihm genug zu tun innerhalb ihres Wirkungskreises. Aber auch die Verwaltung ist hier wenigstens zu sofortiger Herausgabe nicht verbunden, sie handelt nicht rechtswidrig, wenn sie das Grundstück vorläufig noch im Verbande der öffentlichen Einrichtung zurückhält, bis daß anderweit Fürsorge getroffen ist für die Straße, die Eisenbahnlinie, das Festungswerk, oder seine Entbehrlichkeit für diese bedeutsamen Zwecke hinreichend festgestellt werden konnte[25]. Darin liegt eben eine

---

eigentümern die Duldung der Rosetten für die elektrische Straßenbahn auf; dadurch soll B.G.B. § 903 gemäß E.G. Art. 109 eingeschränkt werden. Polizei ist das also eigentlich nicht.

[24] Anschütz in Verw.Arch. XIV S. 331 Note 19 findet, daß hier eine Lücke besteht, die nur durch ein Gesetz auszufüllen wäre. Das hier schon Angeführte hat gezeigt, wie die deutschen Gerichte solche Lücken auszufüllen wissen auch ohne Gesetz. Das geht auch alles mit rechten Dingen zu, ohne Verleugnung des Rechtsstaates, wie Anschütz meint, und ohne Französelei. — Nützlich wird es in allen solchen Fällen sein, wenn das Gesetz ausdrückliche Ordnungen trifft. So hier Telegr.Wege-Ges. § 12 Abs. 1 zugunsten der über Privatgrundstücke zu führenden Telegraphenlinien. Aber daraus darf man nicht schließen, daß überall, wo kein solches Gesetz zu finden ist, keine Eigentumsbeschränkung bestehe. Insbesondere ist auch das argumentum a contrario, welches L.G. Düsseldorf 15. Febr. 1909 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 410) aus jenem § 12 Abs. 1 für ähnliche, nicht so vorgesehene Fälle ziehen will, unberechtigt.

[25] Vgl. oben § 36 Note 35 u. 36. Aus der älteren Rechtsprechung: O.Tr.

Eigentumsbeschränkung zugunsten dieser Erscheinungen öffentlicher Verwaltung.

III. Die äußeren Grenzen der Wirksamkeit der Eigentumsbeschränkung sind nicht abgesteckt nach dem Umfang eines Rechts, das an dem betroffenen Grundstücke erworben worden wäre. Es handelt sich um eine allgemeine rechtliche Eigenschaft aller Grundstücke, die da zur Geltung kommt. Es gibt deshalb auch keinen Punkt, der als Entstehung oder Endigung der Eigentumsbeschränkung bezeichnet werden könnte. Es gibt bloß tatsächliche Anlässe, welche diese Eigenschaft im Einzelfalle und an dem einzelnen Grundstücke wirksam und erkennbar machen, gibt einen Anfang und ein Ende dieser Wirksamkeit, gebunden an den Beginn und den Wegfall der Tatsachen, welche sie herausforderten.

Für die rechtliche Beurteilung kommt es darauf an, jedesmal zu prüfen, ob es nun auch die richtigen, der Eigentumsbeschränkung entsprechenden Tatsachen seien; nur solche Einwirkungen auf das Grundstück sind gedeckt und zulässig nach den Regeln unseres Rechtsinstituts. Diese Tatsachen sind nicht gekennzeichnet durch bestimmte juristische Formen, in welchen sie erscheinen. Desto wichtiger ist es, die sachlichen Grenzen zu hüten, welche ihnen gesetzt sind durch die Natur dieses Rechtsinstituts selbst.

1. Vor allem muß die Einwirkung ausgehen von einer bestimmten Erscheinung öffentlicher Verwaltung. Es ist nicht nötig, daß das planmäßig geschehe und nach den Absichten der leitenden Beamten. Auch was der Zufall, das Fehlgehen menschlicher Unvollkommenheit mit sich bringt, gehört noch mit zum Leben und Dasein der öffentlichen Verwaltung, das nicht bestehen könnte, wenn man Freiheit von solchen Mängeln zur rechtlichen Bedingung machte[26].

Ausgeschlossen sind und nicht gedeckt durch die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung:

---

11. April 1860 (Str. XXXVII S. 160), 12. Okt. 1863 (Str. LII S. 20), 3. Febr. 1871 (Str. LXXXI S. 110), 12. Juli 1875 (Str. XCV S. 63). O.V.G. 13. Febr. 1877 (Entsch. II S. 236). C.C.H. 13. Okt. 1873 (J.M.Bl. 1874 S. 39). O.Tr. Stuttgart 21. Febr. 1872 (Seuff.Arch. XXVIII n. 247). Bayr. Ob.G.H. 25. Juni 1872 u. 17. Dez. 1872 (Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 126 ff.). — Verwandte Fälle: R.G. 28. März 1905 (Reger XXVI S. 51), 16. Okt. 1906 (Entsch. LXIV S. 184).

[26] Deshalb ist es so unfruchtbar, was die Gerichte über die überfliegenden Kugeln der Militärschießplätze philosophiert haben; vgl. oben Note 13.

— Einwirkungen des Staates auf fremdes Eigentum, die nicht von seiner öffentlichen Verwaltung ausgehen, sondern von privatwirtschaftlichen Lebensäußerungen bei Besorgung seines Vermögens, Beschaffung und Herrichtung der Mittel, deren er bedarf, Ausführung von Miet- und Pachtverträgen mit den Eigentümern[27].

— Eigentumverletzende Ausschreitungen der Leute der öffentlichen Verwaltung, die diese auf eigene Faust und außerhalb des Rahmens ihrer dienstlichen Verrichtungen begehen mögen[28].

2. Die Einwirkung muß sich nach dem, was sie zumutet, als Geltendmachung einer Beschränkung der Verteidigungsfähigkeit des Grundeigentums darstellen. Sie darf nicht bestehen in Forderung einer Tätigkeit, einer vom Eigentümer oder für ihn zu leistenden nützlichen Arbeit[29]. Ebensowenig darf sie bestehen in der Entziehung von Sachen, sei es des Grundstücks selbst oder eines Teils davon, sei es von dazu gehörigen oder darauf befindlichen Fahrnisgegenständen. Soll derartiges verlangt werden, so muß das unter irgendein anderes Rechtsinstitut zu bringen sein; hier kommt es nicht unter[30].

[27] Über diesen Gegensatz vgl. oben Bd. I S. 118, und hier § 33, II n. 2, S. 18. Nach dem gleichen Maßstab ist in diesen Fällen die ausgleichende Entschädigung des öffentlichen Rechts ausgeschlossen; vgl. unten § 53, III n. 1.

[28] Auch diese Unterscheidung kommt noch einmal zur Geltung, wenn es sich um die Frage der etwa vom Staate geschuldeten Billigkeitsentschädigung handelt: bei den hier gekennzeichneten Ausschreitungen findet sie nicht statt. Vgl. unten § 53, III n. 1.

[29] Das Rayonges. v. 21. Dez. 1871 gibt in § 43 dem Festungskommandanten im Armierungsfalle das Recht, von den Grundbesitzern im Gürtelbezirk die Wegschaffung von Gebäuden, Pflanzungen, Vorräten zu verlangen; sie sind verpflichtet, seinem Befehle nachzukommen und werden nötigenfalls „durch administrative Zwangsmaßregeln" dazu angehalten. Das ist keine öffentliche Dienstbarkeit und keine Eigentumsbeschränkung, sondern eine öffentliche Last nach Art der Requisition, Anforderung; vgl. unten § 47. — Unter Umständen kann der Grundstücksbesitzer, der unter der Eigentumsbeschränkung leidet, allerdings gezwungen werden, eine Vorkehrung zu treffen und sich entsprechend einzurichten, aber eben dann nicht im Namen des öffentlichen Unternehmens, für das die Eigentumsbeschränkung in Anspruch genommen wird, sondern aus einer anderen Rücksicht, die nun Platz greift. Der Hauseigentümer kann keinen Rechtsschutz erhalten gegen die Lokomotive, die sein Gebäude mit Funken bewirft (vgl. oben Note 12). Die Sache wird aber feuersgefährlich, und so kann es ihm begegnen, daß er von der Polizeibehörde gezwungen wird, sein Haus feuersicher einzudecken. Das ist aber eine Sache für sich. Der Eisenbahnunternehmer, der sich von seiner Haftung befreien möchte, kann nicht zu dem Zweck selber diese Eindeckung durchsetzen: Österr. V.G.H. 11. Okt. 1907 (Eger, Eisenb.Entsch. XXIV S. 270).

[30] Man mag diese Dinge noch unter den Begriff der Enteignung im weiteren

3. Nicht alles ist gedeckt, was in solcher Weise, von der öffentlichen Verwaltung ausgehend, in die Freiheit des Grundeigentums eingreifen möchte. Es bedarf auch der rechtlichen Zulässigkeit eines Eingriffs gerade für Fälle dieser Art und mit diesem Zweck. Eine gewisse Zwangslage ist dabei vorausgesetzt; es genügt aber nicht das Meinen und Ermessen der Handelnden, sondern es muß eine der Notwendigkeiten vorliegen, die Anerkennung gefunden haben im Gesetz oder in der allgemeinen Rechtsüberzeugung. Andererseits darf nicht gerade diese Art von Inanspruchnahme besonders ausgeschlossen sein. Das Gesetz, indem es eine Eigentumsbeschränkung anordnet, oder voraussetzt, kann gewisse schonende Rücksichten gebieten, indem es zu beobachtende Formen verlangt oder genauer bezeichnete übermäßige Störungen und Schädigungen ausnimmt.

Die Einhaltung des rechten Maßes und des rechten Verhältnisses zwischen dem Wert des Eingriffs und dem Wert des zu erreichenden Zwecks ist auch hier wesentlich für die Machtäußerung der Verwaltung und kann erkennbare Rechtsschranken bedeuten[81]. Nur sind diese eben von außen her nicht leicht festzustellen und nachzuweisen.

4. Der geschädigte Eigentümer kann Klage erheben bei den ordentlichen Gerichten wegen Verletzung seines Rechts dann, wenn der Angriff nicht ausgeht von der öffentlichen Verwaltung, sondern von irgendeinem fiskalischen Betrieb. Er kann stets eine solche Klage erheben, wenn sein Eigentum bestritten oder eine privatrechtliche Belastung behauptet worden ist; die Klage geht dann auf Anerkennung des Eigentums und seiner Freiheit. Er kann auch klagen gegen den Schuldigen persönlich nach den Regeln, welche für diese Haftbarmachung des Beamten bestehen; vgl. oben Bd. I S. 191 ff. Alles das geht nicht gegen die beanspruchte öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung; diese würde nur etwa als Vorfrage in Betracht kommen.

Eine Klage gegen den Staat selbst, dessen öffentliche Verwaltung die Eigentumsbeschränkung zur Geltung gebracht hat und

Sinne bringen. Aber unrichtig ist R.G. 10. Juni 1907 (Reger, XXVIII S. 298): „Außerhalb der Enteignung ist die Stadt in ihren privatrechtlichen Beziehungen (will sagen: in ihrem Verhältnis zum Privateigentum) bei Errichtung einer öffentlichen Gemeindeanstalt an dieselben Beschränkungen gebunden, wie bei Errichtung einer Privatanstalt." Die vielen öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die auch im weitesten Sinn der Enteignung nicht unter diesen Begriff gebracht werden könnten, beweisen das Gegenteil.

[81] Ähnlich wie bei der Polizeimaßregel; vgl. oben Bd. I S. 231 ff.

weil sie das getan hat, wäre keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Und zwar macht es keinen Unterschied, ob die Klage sich richtet auf gänzliches Unterlassen der störenden Lebensäußerung oder nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen. Das eine wie das andere bedeutet eine Verkennung des Wesens der öffentlichen Verwaltung, die von Natur dem öffentlichen Rechte angehört und nicht von selbst aufhört dort zu stehen dadurch, daß von ihr in das Eigentum eingegriffen wird[32].

---

[32] Auf solcher Verkennung beruht ja auch die Formel, welche alle öffentlichen Unternehmungen nur dadurch der Anwendbarkeit des Zivilrechts zu entziehen weiß, daß sie eine dahinter stehende „polizeiliche Verfügung" aufzeigt; die hält dann die schützende Hand darüber. Dabei kommt es dann wieder darauf an, wieweit man sie wirken lassen will: Führt man das ganze öffentliche Unternehmen auf eine polizeiliche Verfügung zurück, die es angeordnet habe, dann ist zivilrechtlich und zivilgerichtlich gar nichts dagegen durchzusetzen als Entschädigung (vgl. oben Note 10 u. 12). Man kann aber auch der „polizeilichen Verfügung" genauer nachgehen und durch sie nur gedeckt sein lassen, was sie im einzelnen vorgeschrieben und bestimmt hat; dann gewinnt man die Möglichkeit, in die Lücken einzudringen und das Unternehmen durch den Zivilrichter, wenn auch nicht zum Stillstand, so doch zu Abänderungen und Schutzvorkehrungen zu zwingen. So R.G. 6. Dez. 1905 (Entsch. LXII S. 131), wo eine öffentliche Straßenbahn zu Schutzvorkehrungen gegen ihren belästigenden Rauch und Ruß vom Gericht verurteilt wird: Nur wesentliche Änderungen, heißt es, bedürften der Genehmigung der Landespolizeibehörde; „was aber der Unternehmer aus eigener Entschließung und Machtvollkommenheit ohne Rückfrage bei der Landespolizeibehörde vornehmen darf, dazu kann er auch im Rechtswege angehalten werden". Die befohlenen Einrichtungen könnte aber doch immer die Landespolizeibehörde selbst anordnen; vielleicht hat sie es nicht getan, weil nach ihrer Meinung der dem öffentlichen Wohle dienende Eisenbahnbetrieb dann nicht gut durchzuführen wäre. Soll da das Gericht hineinregieren dürfen?

Noch eigentümlicher ist die Verwertung von Gew.Ord. § 26, die zu dem gleichen Zwecke gemacht wird. Dieser unterscheidet für die nach Gew.Ord. § 26 genehmigten gewerblichen Anlagen: Die rechtliche Zulässigkeit des Unternehmens kann nicht mehr bestritten werden, nicht vom polizeilichen Standpunkt aus und auch nicht vom privatrechtlichen aus nach Nachbarrecht; beides wird bei der Genehmigung geprüft, und der reichsrechtliche Grundsatz der Gewerbefreiheit bezieht sich gerade auf die Erledigung der Zulassungsfrage (Seydel in Annalen 1881 S. 596 u. 634), nicht auf die Bedingungen der Ausübung. Für die Ausübung des Gewerbebetriebs aber können nachträglich noch Bedingungen gesetzt und Vorschriften gemacht werden, sowohl polizeilicher Art als privatrechtlicher. In dieser Richtung hat die Gewerbeordnung nach dem von ihr einmal angenommenen System auch dem Privatrecht den freien Lauf lassen wollen, der ihm ja eigentlich von Anfang an gebührte. Mit öffentlichen Unternehmungen steht es von Anfang an umgekehrt. Wenn E.G. z. B.G.B. Art. 125, neben anderen liegenschaftsrechtlichen Bestimmungen, die Landesgesetze auch ermächtigt läßt,

Das ordentliche Schutzmittel des Geschädigten ist die Vorstellung bei der leitenden Behörde und die Beschwerde bei der höheren Stelle. Dabei kann die Rechtmäßigkeit des Eingriffs bestritten, aber auch Unterlassung oder Einschränkung des schädigenden Tuns aus Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit begehrt werden; auch die Abhilfe durch Herstellung geeigneter Schutzvorkehrungen ist darin begriffen. Verwaltungsrechtspflege wie der ordentliche Rechtsweg könnten nur durch besondere gesetzliche Bestimmung eröffnet sein.

Dahinter steht der Entschädigungsanspruch. Zuweilen ist er vom Gesetz ausdrücklich anerkannt und geregelt[33]. Wo das nicht der Fall ist, pflegt die Billigkeitsforderung sonst irgendwie Anlehnung an allgemeine Grundsätze und mehr oder weniger glückliche Konstruktionen zu finden[34]. Soweit diese Begründungen

---

die Vorschrift des § 26 Gew.Ord. auf „Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen" zu erstrecken, so war das, soweit es sich um öffentliche Unternehmungen handelt, überflüssig; die grundlegende „polizeiliche Verfügung" befreite diese ja noch weiter. Es käme nur darauf an, zu prüfen, ob da, wo die Landesgesetzgebung von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat (Bayr. A.G. Art. 80, Sächs. A.G. § 28), eine Ausdehnung des Zivilrechts und folglich der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit oder bloß eine besondere öffentlichrechtliche Bestimmung mit Erweiterung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auf ihre Handhabung anzunehmen wäre. Reichs- und Landesgesetzgeber scheinen sich darüber nicht die nötigen Gedanken gemacht zu haben. Aber sicher ist, daß die ganz aus den besonderen Bedingungen der reichsrechtlichen Gewerbepolizei herausgewachsene Unterscheidung zwischen ausgeschlossener Unterdrückung des Unternehmens und zugelassener Belastung mit Schutzvorkehrungen nicht ohne weiteres auf andere Unternehmungen, namentlich nicht auf öffentliche Unternehmungen, übertragen werden darf. Das tut R.G. 6. Juni 1899 (Entsch. XLIV S. 225): Nachdem die Klage auf Untersagung oder zeitliche Beschränkung des den Nachbar störenden Betriebs der Militärwerkstätte abgelehnt worden war, weil das einen unzulässigen „Eingriff der Gerichte in die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte" bedeutete (vgl. oben Note 11), wird gleichwohl die Justiz für zuständig erklärt, den Militärfiskus zu verurteilen, „alle nach dem Gutachten von Sachverständigen zu bestimmenden Einrichtungen und Vorrichtungen zur Verhinderung aller das Maß nachbarlicher Duldung überschreitender Übelstände zu treffen" — als ob das nicht erst recht ein Eingriff der Justiz „in die Ausübung des staatlichen Hoheitsrechtes" wäre! Und dafür beruft sich das Urteil ausdrücklich auf Gew.Ord. § 26 — als ob der mit Militärwerkstätten, die weder gewerbliche Anlagen noch überhaupt Privatunternehmungen sind, irgend etwas zu tun hätte!

[33] Postges. 28. Okt. 1871 § 17; Rayonges. 21. Dez. 1871 § 44; Friedensleistungenges. 13. Febr. 1875 Note 14; Telegr. Wegeges. 18. Dez. 1899 § 12 Abs. 2 u. 3. — Preuß. Ent.Ges. § 5 Abs. 1; Sächs. Ent.Ges. § 14 Abs. 8.

[34] Man führt wohl den Anspruch auf die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Eingriffs zurück (vgl. oben Note 10, R.G. 7. Febr. 1906), oder auf A.L.R. Einl. § 75

sich zivilrechtlicher Auskunftsmittel bedienen, ist die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zugleich gewonnen. Man hat ja auch Mittel gesucht, diese Zuständigkeit zu rechtfertigen, selbst wenn der Entschädigungsanspruch als ein öffentlichrechtlicher anerkannt werden muß. Mangels einer nachweisbaren Zuständigkeitsverschiebung gemäß E.G. z. G.V.G. § 4 geht das nicht an. Wenn die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltung auch für die Entschädigungsfrage als ein Mißstand empfunden wird, so ist es Sache des Gesetzes allein, dem abzuhelfen[35].

Der Entschädigungsanspruch, ob mehr oder weniger gut geschützt, ist zugleich ein sehr wirksames Mittel, um die berechtigte wie die mißbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung in gewissen Schranken zu halten: die dadurch entstehende Belastung der Staatskasse will gerechtfertigt sein und der verantwortliche Beamte hat allen Anlaß, sich die Sache zu überlegen.

(vgl. oben Note 11, R.G. 16. April 1910; Note 12, O.L.G. Königsberg 19. Jan. 1903), oder auf einen von der Billigkeit geforderten Rechtsgrundsatz, wonach an die Stelle des entzogenen Rechtsschutzes eine Entschädigungsforderung treten müsse (R.G. 11. Mai 1904, Entsch. LVIII S. 134; R.G. 13. Juni 1906, Entsch. LIII S. 375), oder auf irgendeine weithergeholte Rechtsähnlichkeit mit der Enteignung usw. Das hat alles seine verhältnismäßige Berechtigung; vgl. unten § 53 II.

[35] Vgl. oben Bd. I S. 180 Note 6.

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der besonderen Schuldverhältnisse.

§ 42.

Die öffentliche Dienstpflicht; Grundlagen.

Um Schuldverhältnisse handelte es sich auch bei den Rechtsinstituten der Polizeigewalt und der Finanzgewalt (Bd. I § 19 ff., § 27 ff.). Im Gegensatze dazu sind die jetzt zu betrachtenden besonderen Schuldverhältnisse, dem öffentlichen Sachenrechte gleich, dazu bestimmt, den Staat zu begleiten bei der Besorgung seiner verschiedenen Geschäfte und Unternehmungen und diesen besonderen Lebenstätigkeiten sich anzupassen (vgl. oben § 33 Eing.).

Die öffentliche Dienstpflicht bringt die Rechtsformen, in welchen der Staat die wichtigsten Arbeitskräfte, deren er bei seinen Geschäften bedarf, sich verschafft und leitet. Sie bedeutet die öffentlichrechtliche Pflicht des Einzelnen dem Staate gegenüber, diesem eine bestimmte Art von Tätigkeit mit persönlicher Hingabe zu leisten.

I. Besondere öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten von Untertanen zur Leistung bestimmter Tätigkeiten können auch sonst noch in mancherlei Weise begründet werden. Die Lehre von den öffentlichen Lasten (unten § 47 f.) und ebenso die von der Verleihung öffentlicher Unternehmungen (unten § 49 f.) werden Beispiele bringen. Das eigentümliche Merkmal, welches die öffentliche Dienstpflicht vor allen gleichartigen Leistungspflichten auszeichnet, das ist die besondere Kraft, mit welcher die Person von ihr erfaßt wird, die persönliche Hingabe, welche sie von dem Verpflichteten fordert. Insofern das von selbst über die Erfüllung des rechtlich Geschuldeten, wie sie der Mietling leisten würde, hinauswirkt und eine innere Zugehörigkeit an den Dienstherrn bedeutet, spricht

man von einer Treuepflicht, die hier dem Schuldner obliegt. Auf diese Treuepflicht läuft es also hinaus[1].

Damit ist nun allerdings zunächst eine Forderung sittlicher Natur aufgestellt, die als solche keine kennzeichnende Linie vorstellt in dem juristischen Bild. Mittelbar wird sie nichts destoweniger von Bedeutung, indem sie Maßstäbe liefert für die Frage, ob der Dienstpflicht im Einzelfalle genügt worden ist oder nicht, namentlich für die Dienststrafgewalt (unten § 45) hat das seine Wichtigkeit. Vor allem aber erzeugt diese sittliche Beigabe gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten und Zutaten unseres Rechtsinstituts, die um ihretwillen da sind und nur in ihrem Zusammenhange verständlich werden[2]. Das sind die folgenden:

1. Die öffentliche Dienstpflicht kann ordentlicherweise nur einem Staatsangehörigen obliegen. Das Verwaltungsrecht ist zwar, wie wir gesehen haben, grundsätzlich gleichgültig gegen die Staatsangehörigkeit: die Polizeigewalt, die Finanzgewalt, das öffentliche

---

[1] A.L.R. II 10 § 2: Militär- und Zivilbediente sind, „außer den allgemeinen Untertanenpflichten, dem Oberhaupte des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig". Das gilt auch von den ihre gesetzliche Dienstpflicht erfüllenden „Kantonisten": § 48 ff. a. a. O. — Laband, St.R. I S. 434 ff. hat die Treuepflicht beim öffentlichen Dienst mit gehörigem Nachdruck als das Wesentliche daran hervorgehoben. Er glaubt aber dabei ausgehen zu sollen von der durch commendatio begründeten Treuepflicht des Lehensmannes und findet von da den Anschluß nur an das durch „Staatsdienstvertrag" begründete Dienstverhältnis des Staatsbeamten. Wo der Dienst kraft „Untertanenpflicht" gefordert wird, wie also namentlich bei Erfüllung des gesetzlichen Heerdienstes (S. 434 oben), versagt der Zusammenhang. Auch hier wird später (a. a. O. IV S. 150) doch noch eine „militärische Treuverpflichtung" gefordert; diese wäre aber nur eine „Potenzierung der Treuepflicht des Untertanen". Allein die Verschiedenheit, die hier gemeint ist, wird doch nur in der Entstehung des öffentlichen Dienstverhältnisses zu finden sein; die Treuepflicht, welche dieses beim Soldaten wie bei dem mit „Staatsdienstvertrag" dienenden Offizier begleitet, ist überall dieselbe.

[2] Es ist unrichtig, die Treuepflicht bei Aufzählung der Pflichten des Staatsdieners eine besondere Rubrik bilden zu lassen, als hätte sie einen Inhalt für sich: Bluntschli, Staatswörterb. IX S. 693; v. Roenne, St.R. d. Preuß. Mon. III S. 473; Laband, St.R. I S. 456 (vgl. aber auch S. 459 Note 1, wo die hier vertretene Auffassung erscheint). Radnitzki in Arch. f. öff. R. XX S. 120 ff., möchte namentlich eine „selbständige Treuepflicht" statuieren gegenüber der im Dienstverhältnisse liegenden Gehorsamspflicht. Aber auch diese ist eben mit besonderer Treue zu erfüllen; das bedeutet also keine Selbständigkeit, sondern ein Durchdringen dieser Pflicht wie der ganzen Dienstpflicht überhaupt. — Ebenso unrichtig ist es andererseits, wenn man der Treuepflicht jede juristische Bedeutung absprechen will: G. Meyer in Annalen 1880 S. 345; Rehm in Annalen 1885 S. 86; Loening, V.R. S. 121 ff.

Sachenrecht nehmen als den Untertanen, der dort der öffentlichen Gewalt gegenübergestellt sein soll, schlechthin den Menschen im Staate. Die besondere Hingabe und Treue aber, die hier verlangt wird, soll nur bei einem Angehörigen des Gemeinwesens vorausgesetzt werden, für welches der Dienst zu leisten ist. Handelt es sich um Dienste für ein untergeordnetes Gemeinwesen, Provinz, Gemeinde, so wird unter Umständen auch noch die besondere Zugehörigkeit an diese gefordert. Umgekehrt ersetzt die Reichsangehörigkeit, soweit das Reichsrecht öffentliche Dienstpflichten ordnet, in weitem Umfang die besondere Staatsangehörigkeit[3].

Demgemäß würde denn, sofern die Begründung der öffentlichen Dienstpflicht durch einen Verwaltungsakt zu erfolgen hat, die Gültigkeit dieses Aktes abhängen von der für notwendig erklärten Voraussetzung der Staatsangehörigkeit oder was an ihrer Stelle steht. Die Innigkeit des Zusammenhanges der beiden Verhältnisse kann aber auch dadurch zum Ausdruck kommen, daß das Gesetz mit diesem dienstpflichtbegründenden Akt auch die erforderliche Staatsangehörigkeit von selbst und stillschweigend entstehen läßt[4].

2. Die öffentliche Dienstpflicht unterscheidet sich von anderen Schuldverhältnissen durch den von dem Pflichtigen abzulegenden Diensteid, der mit dem Beginn der Tätigkeit sich verbindet. Dieser Eid ist verschieden formuliert, enthält aber im wesentlichen übereinstimmend das Versprechen, die dem Schwörenden obliegende Pflicht getreulich zu erfüllen[5]. Der Eid ist bestimmt, das in der öffentlichen Dienstpflicht enthaltene sittliche Element, das ja rechtlich nicht vollkommen greifbar ist, zu verstärken durch einen Anruf des Gewissens und der Gottesfurcht.[6]. Zur Ablegung dieses

---

[3] G.V.G. § 31, § 84, § 113.

[4] Staatsangehörigk.Ges. v. 22. Juli 1913 §§ 14 u. 15 Abs. 1. — Für Reichsbeamte, die ihren Sitz im Ausland haben, ist allerdings die Möglichkeit offen gelassen, daß sie Ausländer bleiben (§ 15 Abs. 2), ebenso für Staatsbeamte vermöge besonderen Vorbehalts (§ 14 Abs. 6). Das sind Ausnahmen; vgl. auch unten § 44 Note 42.

[5] Zusammenstellung solcher Formeln in Wörterb. d. St. u. V.R. I S. 562, Art. Diensteid. Bezeichnend ist die persönliche Wendung, welche der Eid zu nehmen pflegt: der Dienst ist rechtlich dem Staat geschuldet, der Eid, der das ethische Element dabei bekräftigen soll, wird in erster Linie dem Fürsten geschworen. v. Roenne-Zorn, St.R. d. Preuß. Mon. I S. 227 Note 4: Der Eid wird geleistet „nicht dem König, der nicht stirbt", sondern „der Person des Königs". Das erstere ist ein Abstraktum, an das sich die sittliche Kraft der Treuepflicht nicht so gut hängt. — Daher auch die neue Vereidigung von Heer und Beamtentum bei Thronwechsel.

[6] Preuß. Kab.Ordre v. 11. Aug. 1832. — Rehm in Annalen 1885 S. 86 möchte

Eides ist aber der Dienstpflichtige als solcher rechtlich verbunden. Es handelt sich also wieder um eine rechtliche Eigentümlichkeit der Dienstpflicht, die jenem sittlichen Elemente entspringt. Und zwar ist es gleichgültig, welcher Art der Gegenstand der zu erfüllenden Dienstpflicht sei. Militärfuhren können besorgt werden kraft privatrechtlichen Vertrags von einem dazu gedungenen Manne; sie können besorgt werden von einem Bauern, den man zur öffentlichen Last der Vorspannleistung herangezogen hat; sie können auch besorgt werden von einem Trainsoldaten: dieser letztere allein erfüllt damit eine beschworene Pflicht, die unter Umständen für das gleiche Geschäft eine ganz andere Aufopferungswilligkeit von ihm verlangt, als den beiden anderen dabei zugemutet werden soll; dieses Maß hat er aus seiner Diensttreue heraus selbst zu finden: darum ist er eben vereidigt worden[7].

3. Das öffentliche Dienstverhältnis, wegen des in ihm enthaltenen Treuebandes, hängt auch rechtlich streng an der Person. Jedes sittliche Verhältnis wird ein anderes, wenn ein anderer darin steht. Daher gibt es hier keine Schuldübernahme; es gibt Entbindung von der Pflicht und gleichzeitige Annahme eines neuen Pflichtigen, was dann aber ein völlig neues Verhältnis bedeutet. Es gibt auch keine Erfüllung durch einen anderen; es gibt „Vertretung" durch einen anderen Pflichtigen; der erfüllt aber immer nur die ihm selbst dem Geschäftsherrn gegenüber obliegende Pflicht, nie die des „Vertretenen".

Es gibt auch keinen Eintritt eines neuen Dienstherrn in das alte Dienstverhältnis. Die Übernahme eines Gemeindebeamten in den Staatsdienst oder sogar die Übernahme eines

---

die (nach ihm rechtlich bedeutungslose) Treuepflicht erst entstehen lassen durch die Vereidigung des Beamten. Allein schon die Anstellung pflegt darauf hinzuweisen. Und auch ohne das versteht sie sich hier von selbst. Umgekehrt versteht es sich nicht von selbst, daß die Dienstverrichtung vor geschehener Vereidigung, d. h. Bekräftigung der Treuepflicht ungültig sei. Das Gesetz kann das aber vorschreiben; Seydel, Bayr. St.R. II S. 213, scheint etwas zu rasch anzunehmen, daß das in Bayern geschehen sei.

[7] O.V.G. 16. März 1906 (Entsch. XLVIII S. 59) betont die Gleichgültigkeit des Gegenstandes der Geschäfte für die Frage der öffentlichen Dienstpflicht: „Die Eigenschaft eines Beamten ist nicht von der Art der übertragenen Geschäfte abhängig ... Es kommt darauf an, ob dem Angestellten öffentliche Verpflichtungen, die über die privatrechtliche Pflicht zur Erfüllung bestimmter Dienstleistungen hinausgehen, insbesondere die Verpflichtung zu besonderer Treue und Gehorsam dem Staatsoberhaupt gegenüber, übertragen sind." Das Verhältnis zwischen Dienstleistung und Treuepflicht ist allerdings nicht ganz klar zum Ausdruck gekommen. — Ebenso Laband, St.R. I S. 432 Note 1.

Gemeindebeamten durch die Gemeinde, welche die bisherige Dienstherrin einverleibt hat, ist Begründung eines neuen Dienstverhältnisses unter Erlöschen des alten. Möglich ist dagegen die Erfüllung der dem Dienstherrn geschuldeten Pflicht an einen anderen Empfänger nach des Ersteren Weisung: das Band der Treue zu diesem, das die Art der Erfüllung bestimmt, wird dadurch nicht berührt[8].

4. Endlich: die öffentliche Dienstpflicht kann nur einem Träger öffentlicher Verwaltung geschuldet sein. Aber auch nicht jedem. Zunächst allerdings möchte man sagen: wo öffentliche Verwaltung geführt wird, da werden auch die einschlagenden Verhältnisse die öffentlichrechtliche Natur behalten, sofern nicht durch erkennbares Herabsteigen auf privatwirtschaftliches Gebiet die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts herausgefordert wird (vgl. oben Bd. I S. 118). Demnach müßten wir für alle im bisherigen schon festgestellte Trägerschaft öffentlicher Verwaltung (vgl. oben § 33, II n. 1) die Fähigkeit in Anspruch nehmen, Herr zu sein in einem öffentlichen Dienstverhältnisse, also für den Staat, für die besonderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und für den beliehenen Unternehmer. Dem entspricht aber die Wirklichkeit des Rechts nicht. Vielmehr sehen wir tatsächlich diese Fähigkeit auf einen engeren Kreis beschränkt. Der Grund kann nur liegen in einer Unzugänglichkeit der übrigen Trägerschaften öffentlicher Verwaltung für die besondere Zugabe, welche gerade dieses Rechtsinstitut der öffentlichen Dienstpflicht vor den anderen Verwaltungsrechtsinstituten auszeichnet. Das ist aber die Treuepflicht. Die besondere Treue und Hingabe mit der dazu gehörigen Opferwilligkeit kann in Anspruch genommen werden für die umfassenden öffentlichen Gemeinwesen, nicht aber für einen Träger öffentlicher Verwaltung, der nur für irgendeine als gemeinnützig anzusehende Unternehmung und Einrichtung bestellt ist.

Demnach sehen wir öffentliche Dienstpflichten begründet gegenüber dem Staat als Dienstherrn, desgleichen gegenüber dem Reich, den Gemeinden und oberen Kommunalverbänden, auch

[8] Die Reichsbank ist eine gesonderte juristische Person; die Beamten, die ihre Geschäfte besorgen, sind Reichsbeamte: Bank-Ges. v. 14. März 1875 § 28. Ähnlich die beamteten Vorstandsmitglieder der Versicherungsanstalten nach R.V.O. § 134. — Bei verweigerter Bestätigung der von den Stadtverordneten getroffenen Wahl des Stadtvorstandes tritt nach Pr. Städte-Ord. f. d. öst. Prov. § 33 „kommissarische Verwaltung“ ein; sie geschieht durch einen staatlichen Beamten.

gegenüber den öffentlichen Religionsgemeinschaften. Bei ihnen allen kann jener hohe sittliche Pflichtgedanke einen würdigen Gegenstand finden. Nicht dagegen kann Herr eines solchen öffentlichen Dienstverhältnisses werden, mögen auch andere öffentlichrechtliche Rechtsinstitute ihm offen stehen, der beliehene Unternehmer. Und ebensowenig wird das der Fall sein bei öffentlichen Genossenschaften, sowie bei öffentlichen Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit. Wo bei diesen öffentliche Dienstpflicht und demgemäß öffentliches Beamtentum erscheint, ist es in Wahrheit Beamtentum im Dienst des Staates oder der Gemeinde, das von seinem richtigen Dienstherrn beauftragt ist, für sie tätig zu sein[9].

So führen alle Eigentümlichkeiten unseres Rechtsinstituts immer wieder auf den einen Punkt zurück.

II. Jedes Dienstverhältnis hat regelmäßig auch eine äußere Seite: der Dienstherr verwendet den Dienstpflichtigen, um durch ihn seine Geschäfte besorgen zu lassen; dieser wirkt dann für ihn nach außen, schafft insbesondere für ihn die Voraussetzungen rechtlicher Beziehungen zu anderen. Solche können sich schon knüpfen an seine rein tatsächliche Wirksamkeit. Er kann aber auch ermächtigt sein, anderen gegenüber Willenserklärungen abzugeben Namens des Dienstherrn und mit rechtlicher Wirkung

[9] R.G. 3. März 1908 (Entsch. LXXI S. 236): Die Beamten der Berufsgenossenschaften sind nicht den Kommunalbeamten gleichzustellen, sondern stehen in einem bürgerlichrechtlichen Dienstverhältnis, da „die Berufsgenossenschaften nach Art der gewöhnlichen Genossenschaften als selbständige Körperschaften gegliedert sind" und im Vergleich zu den Invalidenversicherungsanstalten „eine selbständigere Stellung" einnehmen. Ähnlich spricht R.G.Stf.S. 14 April 1905 (Reger XXVI S. 131) den Mitgliedern des Vorstandes einer Ortskrankenkasse die Beamteneigenschaft ab, da als Beamter nur gelten kann, wer „seitens des Staates selbst oder seitens einer ihm untergeordneten und in seiner Verfassung organisch eingegliederten Gemeinheit angestellt ist". — Die Gemeindebeamten sind nach der preußischen Rechtssprache „mittelbare Staatsbeamte" wegen der inneren Verwandtschaft der Gemeinde mit dem Staate; die Beamten der Versicherungsanstalt, die an sich dem Staate ebenso fern stünde wie die Berufsgenossenschaft, werden ihr, wie in Note 8 erwähnt, vom Staate gestellt. So kommt bei der Berufsgenossenschaft die Unfähigkeit, Dienstherr im öffentlichen Dienstverhältnisse zu sein, unverhüllt zum Vorschein. Bei den Krankenkassen wird das Nämliche zu gelten haben: Rosin, R. d. Arbeiterversicherung S. 651. Nach R.Vers.Ord. § 359 Abs. 4 können auch die Angestellten der Krankenkassen in ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis gelangen, indem sie zu staatlichen oder gemeindlichen Beamten gemacht werden. Gerade diese Art der Abhilfe bekundet die Unfähigkeit dieser Kassen wie der Invalidenversicherungsanstalten, selber Dienstherren im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse zu sein, auf das deutlichste.

für diesen, also Vertretungsmacht besitzen. Ist die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt, so nennt das bürgerliche Recht das eine Vollmacht. Da die öffentliche Dienstpflicht, samt der sich daran schließenden Vertretungsmacht, wie wir sehen werden, stets durch Verwaltungsakt erzeugt wird, so könnte man diese Vertretungsmacht stets als Vollmacht bezeichnen. Es hat aber keinen Wert hier auf diesen Unterscheidungen zu bestehen. Denn für das öffentliche Dienstverhältnis selbst ist es gleichgültig, ob die für den Dienstherrn zu leistende Geschäftsbesorgung in rein tatsächlicher Wirksamkeit besteht oder in Ausübung einer Vertretungsmacht, insbesondere einer Vollmacht. Unter der einzigen Voraussetzung, daß es sich um öffentliche Dienstpflicht handelt, werden daher auch alle auf Grund dieser Pflicht zu besorgenden Geschäfte zusammengefaßt zu dem Begriffe des Amtes oder, was hier gleichbedeutend ist, des öffentlichen Amtes.

1. Es gibt keine Dienstpflicht zur Besorgung aller staatlichen Geschäfte schlechthin. Vielmehr wird immer ein bestimmter Kreis solcher Geschäfte abgegrenzt und herausgenommen, um den dazu ausersehenen Männern, die in öffentlicher Dienstpflicht stehen, anvertraut zu werden. Das Amt ist ein Kreis von Geschäften des Staates oder einer untergeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts, welche mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgen sind[10].

---

[10] So auch Sächs. O.V.G. 7. Febr. 1907 (Jahrb. X S. 244). — Laband, St.R. I S. 365, bestimmt nach wie vor: „Ein Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften." In der Note dazu bemerkt er, meine Begriffsbestimmung sei keine erhebliche Abweichung von der seinigen, „welche ebenfalls die Begrenzung der Amtsgeschäfte durch das öffentliche Recht im Gegensatze zu zivilrechtlichen Rechtsgeschäften betonen will". Eine Abweichung ist insofern nicht vorhanden, als wir beide das Öffentlichrechtliche betonen wollen. Nur tun wir's eben an sehr verschiedenen Punkten, und das ist am Ende doch erheblich, weil daraus eine verschiedene Bestimmung des Umfangs der Verhältnisse sich ergibt, die noch als Ämter anzusehen wären. Laband richtet seine Forderung der Begrenztheit durch das öffentliche Recht an den Inhalt des Amtes, an die zu besorgenden Geschäfte: es dürfen keine „zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte" sein; die bilden den Gegensatz. Mir ist die Art der zu besorgenden Geschäfte gleichgültig, und die Forderung der Öffentlichrechtlichkeit bezieht sich mir nur auf die Dienstpflicht, mit der sie besorgt werden. Laband ist im ersten Punkt jetzt derselben Meinung; er erkennt jetzt Ämter an, die „fiskalische, technische, wissenschaftliche" sind nach der Art der zu besorgenden Geschäfte (a. a. O. Note 3); da bilden also die zu besorgenden zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte keinen Grund mehr, die Annahme eines Amtes auszuschließen. In der ersten Auflage (I S. 293 u. 294) war das nicht so: da gehörte zu jedem

Öffentliches Amt heißt es, weil es mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgen ist, und nur deshalb; die rechtliche Natur der für den Staat zu besorgenden Geschäfte ist auch in dieser Hinsicht gleichgültig. Ob sie auf dem Gebiete des Privatrechts sich bewegen oder auf dem des öffentlichen Rechts, kommt nicht in Betracht: der Fahrkartenverkäufer der Staatseisenbahn hat ein öffentliches Amt, desgleichen der Reichsbankbeamte, der das Diskontierungsgeschäft besorgt. Sie können auch gar keine rechtliche Farbe haben: wer als Ofenheizer angestellt ist für das Landgerichtsgebäude, als Assistenzarzt am städtischen Spital, als außerordentlicher Professor an der Universität, hat ein öffentliches Amt[11].

2. Keine öffentlichen Ämter bedeutet Besorgung von Geschäften im Dienste solcher Personen, für welche eine öffentliche Dienstpflicht nicht begründet werden kann, selbst dann nicht, wenn sie im übrigen befähigt sind, öffentliche Verwaltung zu führen. Der Fahrkartenverkäufer der Privateisenbahn ist nicht öffentlicher Beamter, obwohl er dasselbe tut, wie der der Staatseisenbahn.

Amt „auch ein entsprechender Kreis von öffentlichrechtlichen Befugnissen (Hoheitsrechten)". Dem entsprach damals die Begriffsbestimmung: „ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis staatlicher Geschäfte". Inzwischen hat Laband seine ursprüngliche Auffassung des Amtes als zu eng erkannt und läßt die früher ausgeschlossenen „Geschäfte rein wirtschaftlichen Inhalts" (1. Aufl. I S. 293 Note 2), wie wir gesehen haben, jetzt zu. Diese Wandlung hebt er ausdrücklich hervor (5. Aufl. I S. 293 Note 2). Die alte Begriffsbestimmung, die mit der alten Abgrenzung der Ämter eng zusammenhing, ist gleichwohl stehen geblieben. Sie läßt sich nur noch historisch erklären. Deswegen wird sie aber doch immer gern nachgeschrieben: Wörterb. d. D. V.R. I S. 39 (Harseim); Wörterb. d. D. St. u. V.R. I S. 102 (v. Rheinbaben); v. Bitter, Handwörterb. d. Pr.V. I S. 47. Auch das Reichsgericht hat sich angeschlossen: R.G. 9. März 1896 (Entsch. XXXVII S. 243). — Fölsche, Das Ehrenamt S. 35 f., erläutert das Amt als „den Geschäftskreis einer Organperson, einer öffentlichen Körperschaft". Für ihn enthält das Wort Organperson in seiner vollendeten Klarheit von selbst alles, was man zu wissen braucht. Deshalb wird Labands Formel „durch das öffentliche Recht begrenzt" ohne weiteres verworfen als überflüssig, und ebenso als überflüssig meine „Betonung des öffentlichen Dienstes" (S. 36). Das scheint mir doch etwas zu anspruchsvoll zu sein. Was ich betone, ist übrigens die öffentliche oder öffentlichrechtliche Dienstpflicht. Ob Fölsche unter „öffentlichem Dienst" das gleiche versteht, ist mir zweifelhaft. Jedenfalls werden auch die Anhänger der Organtheorie nicht alle zustimmen, daß eine öffentlichrechtliche Dienstpflicht bei jeder „Organperson", also z. B. auch beim Könige, so selbstverständlich sei.

[11] Es gilt hierin für das öffentliche Amt ganz dasselbe wie für die öffentliche Dienstpflicht; vgl. oben Note 7. In diesem Sinne jetzt auch Laband; vgl. oben Note 10.

Er steht nicht in einem öffentlichen Dienstverhältnis; das entscheidet [12].

3. Auch der Staat, die Gemeinde, für welche öffentliche Dienstverhältnisse begründet werden können, verwenden dazwischen die Form des bürgerlichen Dienstvertrags, um Kräfte zu gewinnen zur Besorgung ihrer Geschäfte: Straßenarbeiten auszuführen, Dienstgebäude in Ordnung zu halten, Holzschläge vorzunehmen. Alle diese Leute haben kein öffentliches Amt. Neben ihnen stehen andere, die ganz das nämliche machen und damit ein Amt verwalten, Beamte sind. Der Unterschied liegt lediglich in der öffentlichen Dienstpflicht, mit der diese letzteren an ihre Geschäfte gebunden sind kraft einer Anstellung im Staatsdienst [13].

4. Der Staat kann sich Arbeitsleistungen auch in öffentlichrechtlicher Form verschaffen und sie zur Erledigung bestimmter öffentlicher Geschäfte verwenden, welche er die Verpflichteten zu besorgen zwingt: sofern die Pflicht, die er da auferlegt, nicht die besondere Gestalt der öffentlichen Dienstpflicht hat, namentlich also nicht die dieser eigentümliche Forderung der persönlichen Hingabe und Treue enthält, wird hier kein Amt begründet. Beispiel: die öffentlichen Lasten zur Hilfeleistung bei Unglücksfällen, die Anforderung von Vorspannleistung und Arbeitskräften für Heereszwecke.

5. Hierher gehört noch eine besonders wichtige Gruppe von Fällen. Das Verfassungsrecht der Staaten, ebenso wie die

---

[12] Vgl. oben S. 248.

[13] Das sind die „kontraktlichen Diener" der preußischen Rechtssprache: R.G. 24. März 1882 (Entsch. VI S. 107); 16. Juni 1882 (Entsch.Stf.S. V S. 337). Es ist rechtlich nicht ausgeschlossen, daß der Staat sich Hilfskräfte auch für seine öffentliche Verwaltung (wegen der Besonderheit der Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit im eigentlichen Sinne vgl. unten § 43 Note 4) durch bürgerlichen Dienstvertrag verschaffte; die Leute hätten dann kein Amt. Seydel, Bayr. St.R. II S. 199, meint: „Die Erteilung der Amtsvollmacht kann ein Akt öffentlichrechtlicher Natur auch dann sein, wenn das Dienstverhältnis dem bürgerlichen Rechte angehört." Allein hier wäre zu unterscheiden: die Erteilung einer öffentlichrechtlichen „Amtsvollmacht" kann die Bedeutung haben, ein bisheriges bürgerliches Dienstverhältnis in eine Anstellung im öffentlichrechtlichen Staatsdienst umzuwandeln. Sie kann es auch als bürgerlichrechtliches Dienstverhältnis belassen; dann ist sie eine „Amtsvollmacht" nur insofern, als sie Geschäfte überträgt, die sonst Gegenstand eines Amtes zu sein pflegen; ein Amt, ein öffentliches Amt entsteht mangels einer öffentlichen Dienstpflicht, hier nicht. Daß ein solches gleichwohl doch noch zu einem bürgerlichen Dienstvertrag hinzukommen kann, soll sich unten § 43, IV n. 2 ergeben; das wird eben dadurch ermöglicht, daß ein zweites, und zwar öffentlichrechtliches Dienstverhältnis sich neben jenem begründet.

Gemeindeordnungen, weisen öffentliche Angelegenheiten in gewissem Maße an Versammlungen von Vertretern des Volks oder eines Volksteils, sei es, daß deren Beschlüsse dann allein entscheiden, sei es, daß nur ihre Mitwirkung erforderlich ist, damit etwas zustande kommt; so die Volksvertretungen, Gemeindevertretungen, Gemeindeversammlungen. Die Mitglieder dieser Versammlungen haben kein Amt, weil sie keine Dienstpflicht haben, keine öffentliche nicht nur, sondern überhaupt keine. Vor allem der Fürst selbst besorgt ja Staatsgeschäfte im weitesten Umfang; er hat kein Amt und ist kein Beamter nur deshalb, weil bei ihm die Dienstpflicht fehlt. Der Präsident der Republik dagegen ist Beamter, da er durch eine öffentliche Dienstpflicht gebunden ist[14].

Kein Amt ohne öffentliche Dienstpflicht! Wohl aber ist umgekehrt die öffentliche Dienstpflicht denkbar ohne Amt. Das kann auf zweierlei Gründen beruhen.

— Es ist möglich, daß die Entstehung der Dienstpflicht und die Übertragung des Amtes Schlag auf Schlag zusammenfallen. Tatsächlich erscheint beides oft durch einen gewissen Zeitraum getrennt. Und zwar, da das Amt ohne Dienstpflicht nicht sein kann, ist es dann immer die Dienstpflicht, die zuerst entsteht und zunächst während dieser Pause allein bleibt, bis das Amt hinzukommt, um sie nach außen zu verwerten und wirksam zu machen. Das tritt in der deutlichsten Weise hervor beim berufsmäßigen Staatsdienst. Ebenso kann es umgekehrt geschehen: daß das Amt zuerst wieder aufhört und die Dienstpflicht allein läßt. Vgl. unten § 44, II n. 2.

— Der zweite Grund ist der, daß die den Inhalt der Dienst-

---

[14] Loening, V.R. S. 115, sagt im obigen Sinne von den Volksvertretern und Vertretern der Kommunalverbände: sie seien keine Beamte, weil sie „zwar staatliche Funktionen auszuführen haben, aber nicht einem Organ des Staates oder eines Kommunalverbandes dienstlich untergeordnet sind". — Stf.G.B. § 33 Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt „Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte", dazu dann noch „den Verlust der öffentlichen Ämter". Ebenso bewirkt sie nach § 34 Unfähigkeit „3. öffentliche Ämter zu erlangen . . .", „4. in öffentlichen Angelegenheiten gewählt zu werden". Nach Stf.G.B. § 11 ist das Mitglied einer deutschen Volksvertretung geschützt gegen Verfolgung wegen der Äußerungen, die es getan hat „in Ausübung seines Berufes". (Gegenstück zu „in Ausübung seines Amtes"; Stf.G.B. §§ 113, 117, 340, 342.) — Nicht immer ist die Ausdrucksweise der Gesetze so genau; das darf gerade auf diesem Gebiete gar nicht wundernehmen. Vgl. unten § 59 Note 26 wegen der „Ämter" von Gemeindevertretern.

pflicht bildende Tätigkeit für den Staat nicht notwendig in Besorgung von Geschäften, in einem äußeren Wirksamwerden für den Staat bestehen muß, das dem Pflichtigen anvertraut wäre. Es kann sein, daß diese pflichtmäßig zu leistende Tätigkeit nur den Zweck hat, eine gewisse Wirkung *an dem Verpflichteten selbst* hervorzubringen, nämlich ihn auszubilden und geschickt zu machen für die von ihm künftig einmal, „im Ernstfall", wirklich zu besorgenden Geschäfte. Dann bleibt die Dienstpflicht in dieser Vorbereitungszeit, was sie ist; aber ein Amt ist zunächst nicht damit verbunden. Die gesetzliche Heeresdienstpflicht gibt das hervorragendste Beispiel dafür; aber nicht das einzige[15].

III. Das Amt, in dem hier festgestellten Begriff, wird nach zweierlei Richtung hin bedeutsam.

1. Insofern es die Geschäfte angibt, welche der damit Betraute führen soll, bedeutet es für diesen die Ausstattung mit der entsprechenden *Fähigkeit, für den Staat in solcher Weise wirksam zu sein*, tatsächlich oder mit rechtlicher Vertretungsmacht. Dadurch wird es verwertbar für die Darstellung des *Staatsrechts*, insbesondere der in diesem enthaltenen *Behördenordnung*. Die Ämter pflegen ständig zu sein in dem Sinne, daß immer wieder die gleichen Amtsaufträge an die wechselnden Inhaber erteilt werden. Diese Ämter können dabei einzeln Verwendung finden, jedes für sich, oder verbunden sein, so daß die für den Staat zu entwickelnde Tätigkeit in einem gewissen Zusammenwirken von ihnen ausgehen soll. Handelt es sich dabei um obrigkeitliche Tätigkeit, so bezeichnet man die so gebildeten Ausgangspunkte als *Behörden*[16]. Diese erscheinen nebeneinander und übereinander aufgebaut als ein dauerndes einheitliches Ganze, das als solches dargestellt und geschildert werden mag. Leben und Wirksamkeit kommt immer erst hinein durch die Amtsträger, mit welchen diese stehenden Rollen besetzt werden.

Es dient vielleicht der Anschaulichkeit, wenn man die Ämter so behandelt, als wären *sie* die *Subjekte*, welche mit den

---

[15] *Laband* in Arch. f. öff. R. III S. 519: „Die Wehrpflicht im Frieden ist eine militärische Schulpflicht." Vgl. auch unten § 43, IV n. 1.

[16] Vgl. oben Bd. I S. 96. Verwandt ist der Ausdruck die „Stelle". Er ist weiter als „Behörde" und hat den Vorteil, auch solche Ausgangspunkte obrigkeitlicher Gewalt zu umfassen, die nicht durch Ämter gebildet sind, so vor allem den Fürsten selbst, die „Allerhöchste Stelle". Dergleichen Ausdrücke sollte man pflegen, damit nicht immer wieder abgeschmackte Fremdwörter die vermeintliche Lücke ausfüllen.

Geschäften und der dazu gehörigen Wirkungskraft dauernd betraut sind, und die wechselnden Amtsträger nur ihre Vertreter. Das sieht dann fast aus wie eine juristische Person; im Ernste ist daran natürlich nicht zu denken[17].

Eine andere Ausdrucksweise arbeitet für den gleichen Zweck mit einem der Naturwissenschaft entlehnten Bilde und nennt das Amt oder die Behörde ein „Organ" des Gemeinwesens und dieses Organ wird dann wieder durch den „Organträger", den Beamten, mit dem erforderlichen „Organwillen" ausgestattet. Auch das tut seinen Dienst, solange man es im Halbdunkel poetischen Vergleichs läßt[18]. Wir haben hier nur das eine Anliegen, daß nicht von

---

[17] Laband, St.R. I S. 366: „Man kann deshalb das Amt selbst personifizieren und als das dauernde Subjekt von Rechten und Pflichten sich denken, im Gegensatz zu dem Beamten, dem das Amt zeitweilig übertragen ist." Vgl. auch Theorie d. Franz. Verw.R. S. 27: „Für die praktische Anschauung tritt das Amt selbständig in den Vordergrund, im Gegensatze zu der wechselnden Person seines Inhabers. Es wird behandelt wie ein Wesen für sich, von welchem die staatliche Tätigkeit ausgeht, fast persönlich, und die Befugnisse, welche die jeweils beauftragte Person zu üben hat, werden angesehen wie seine Befugnisse." Bernatzik, in Archiv f. öff. R. S. 174, 213 u. 214, hat daraus Anlaß genommen, sich über meine angebliche Behauptung lustig zu machen, daß Ämter „fast Persönlichkeit besitzen"! Trotz meiner Verwahrung in 1. Aufl. II S. 387 Note 1 mißbilligt Kelsen, Hauptprobleme S. 600, die „Fast-Persönlichkeit", von der mich Bernatzik sprechen läßt, unter Berufung auf diesen noch einmal.

[18] Dieser bildliche Ausdruck bietet der Rechtslehre den Vorteil, im verschiedensten Sinne verwendbar zu sein.

Wir hatten oben den Fall im Auge, wo man das Organ dem Organträger mit der Organstellung gegenübersetzt, wie das Amt dem Amtsträger mit der Amtsstellung. So Jellinek, A. St.Lehre S. 559: „Es ist scharf zu unterscheiden zwischen den Organen und den sie tragenden Menschen ... Das Organ hat kein eigenes Recht, sondern nur staatliche Zuständigkeiten"; mehr haben auch nicht „die das Organ versehenden Persönlichkeiten", die „Organpersonen". Besonders deutlich Preuß, Städt. AmtsR. S. 56: „Der Begriff des öffentlichen Amtes als Organ eines öffentlichen Gemeinwesens"; S. 337: „Zwar ist jedes städtische Amt ein Stadtorgan und jeder städtische Beamte eine Organperson der Stadtgemeinde ..."

Man kann aber auch umgekehrt den Beamten das Organ nennen und das Amt dann die „Organfunktion" oder die „abstrakte Institution der Organschaft". So Loening, Verw.R. S. 11: „Organe, die kraft ihres Amtes das Recht des Staates geltend zu machen haben." Ebenso Haenel, St.R. I S. 87: „Organe sind diejenigen Individuen, welche ..."; Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 15: „Personen und Personenmehrheiten, die ... den Willen des Staates zum Ausdruck bringen." Kelsen, Hauptprobleme S. 524: „Alles, was staatsrechtlich Relevantes von den ‚Organen' ausgesagt wird, kann sich nur auf die Organträger beziehen ..., denn die juristische Person braucht nur insofern ‚Organe', als sie Menschen braucht, die handeln."

dorther auch ein Schatten fällt auf die klare öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses des beamteten „Organträgers". Den

---

Diese beiden Auffassungen sollten sich eigentlich gegenseitig ausschließen. Tatsächlich laufen sie aber meist sehr unbefangen durcheinander, „durchdringen sich gegenseitig", wie es ordentliche juristische Begriffe nicht tun sollen. Vgl. Regelsberger, Pand. I S. 322 f.; Helfritz, Die Vertretung der Städte S. 29 ff. Auch Jellinek, A. St.L. S. 540, stellt neben die vorhin angeführten Aussprüche den entgegengesetzten: „Das Individuum, dessen Wille als Verbandswille gilt, ist als Verbandsorgan zu betrachten".

Noch mehr! Wer es mit dem Bilde des Gliedes des menschlichen Körpers ernsthafter meint, sieht auch im Organ noch einmal etwas dem Körper, dem es dient, Gleichartiges, also eine Persönlichkeit. Und da baut sich dann die Sache auf: unten der Beamte als natürliche Person, sein Amt, das Organ, hat eigene „Organpersönlichkeit", und darüber steht als Drittes die Verbandperson, der sie dienen. So Gierke, Genossensch.Theorie S. 171—174; besonders scharf Affolter in Annalen 1914 S. 888: „Die Organe sind sonach Rechtssubjekte . . . Die Persönlichkeit des Organs scheidet sich scharf von der bürgerlichen Persönlichkeit des oder der Inhaber." Hier wird die Anschaulichkeit, durch welche sich das Bild empfehlen konnte, schon stark beeinträchtigt.

Ganz geht sie verloren, wenn das Organ gar nicht mehr den natürlichen Menschen aufweist, der der juristischen Person seinen Willen leiht, sondern selbst eine schon gegebene juristische Person sein soll. So zählt R.G. 18. Jan. 1886 (Entsch. XV S. 236) zu den „Organen des Reichs" auch die Reichsbank. Nach Loening, Verw.R. S. 10, bestehen die Organe des Staates nicht bloß aus Menschen, sondern auch aus Korporationen. Nach Hatschek, Rechtl. Stellung des Fiskus S. 12 f., wäre auch der Fiskus „Staatsorgan". Nach Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 324, erscheinen unter Umständen im Völkerrecht „die Einzelstaaten nicht sowohl als Individuen, denn als Organe der internationalen Gemeinschaft selbst". Ähnlich Affolter in Arch. f. öff. R. XX S. 353. Noch weitere Ausblicke eröffnet es, wenn Gierke, Genossensch.Theorie S. 21, für den Staat den Namen „Rechtsorgan" und umgekehrt Stier-Somlo, in Verw.Arch. VI S. 276, für die Polizei, die er ganz richtig als „eine vom Staate ausgehende Verwaltungstätigkeit" auffaßt, den Namen „staatliches Organ" in Anspruch nimmt.

Tatsächlich begegnen wir hier allen Arten von Menschen und menschlichen Einrichtungen, welche irgendwie dazu dienen, irgend etwas anderem auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung die Tätigkeiten zu verschaffen, deren es bedarf. Man nennt sie Organe, wenn es im Augenblicke nicht darauf ankommt, genauer zu sagen, um was es sich dabei handelt. Es muß auch solche Ausdrücke geben; nur darf man sie nicht überschätzen. Mit erfrischender Deutlichkeit hat das neuerdings zum Ausdruck gebracht Friedrichs in Verw.Arch. XXIII S. 9: „Die Bezugnahme auf das Organverhältnis ist und bleibt ein Bild, einem Vorhange gleich, den man wegziehen muß, um die Wahrheit zu suchen. Das Bild selbst bietet uns nichts."

Wir werden allerdings unten § 59 Note 2 einen ganz bestimmten Zusammenhang aufweisen, in welchem man mit dem Worte einen festen, kräftig ausgeprägten Sinn verbinden will, wenn wir auch nicht in der Lage sein werden, davon Gebrauch zu machen.

Hinweis, daß dieses nach „organischem Rechte“ geordnet sei[19], wird man besser zunächst einmal so behandeln, als wäre gar nichts damit gesagt.

2. Für das Verwaltungsrechtsinstitut des öffentlichen Dienstverhältnisses wird der unverfälschte Begriff des Amtes als eines bestimmten Kreises staatlicher Geschäfte schon dadurch von Wichtigkeit, daß er dazu dient, die Art und den Umfang der Dienstpflicht genauer zu bestimmen, welche für den zur Führung eines solchen Amtes Berufenen begründet werden soll (vgl. unten § 43, II n. 1). Auch sonst ergeben sich selbstverständlich in allen Einzelheiten die mannigfaltigsten Zusammenhänge. Doch wird, wie wir sehen werden, alles das in den Fällen, wo eine Dienstpflicht ohne Zusammenhang mit einem dazugehörigen Amte entsteht, durch entsprechende Beziehungen ersetzt. Es wäre daher nicht angezeigt, eine Grundeinteilung vorzunehmen nach dem Gesichtspunkt, ob ein Amt dabei in Frage kommt oder nicht.

Ebensowenig wird hierfür die naheliegende Unterscheidung in Betracht kommen nach der Erzeugung des Rechtsverhältnisses durch die eine oder andere Art der staatlichen Willensäußerungen. die wir für öffentlichrechtliche Verhältnisse immer als die möglichen wirkenden Kräfte ins Auge zu fassen hatten: Rechtssatz oder Verwaltungsakt. Denn alle öffentliche Dienstpflicht entsteht durch Verwaltungsakt. Auch das, was man „gesetzliche Dienstpflicht“ zu nennen pflegt, kommt erst durch einen solchen zustande, der nur eben auf Grund des gesetzlichen Rechtssatzes erlassen wird[20].

Vielmehr haben wir hier der Unterscheidung zu folgen, die vom Sprachgebrauch und den daran hängenden Anschauungen des wirklichen Lebens uns entgegengebracht wird. Danach stehen sich

---

[19] Haenel, St.R. I S. 86; Jellinek, Allg. St.L. S. 560 Note 1; Preuß, Städt. AmtsR. S. 339 ff. Bernatzik, in Arch. f. öff. R. V S. 215, sagt von den Rechten, die den „Organen des Staates“ in durchaus eigentümlicher, „nämlich in organischer Weise“, zustehen sollen, sehr geradeaus: „Was nützt die Berufung auf dieses ominöse Wort, das wie geschaffen scheint, sich einzustellen, wenn die Klarheit des Gedankens erlischt.“ Der Name „Sozialrecht“, der hier ebenfalls erscheint, ist nicht wertvoller; darüber Grosch in Annalen 1911 S. 443.

[20] Namentlich auch die vielgenannte „gesetzliche Heerdienstpflicht“ ist nicht gesetzlich in dem Sinne, wie wir das Wort vom Zivilrecht her zu verstehen gewohnt sind, d. h. durch die Kraft des Rechtssatzes selbst erzeugt. Es steht damit geradeso wie mit der „gesetzlichen Vormundschaft“, die unser B.G.B., von einem Ausnahmefalle abgesehen, durch das Bestellungsprinzip beseitigt hat. Vgl. Mot. d. Entw. I, IV S. 1035.

gegenüber: Zwangsdienstpflicht, übernommenes Ehrenamt und berufsmäßiger Staatsdienst. Die Gegensätze stehen auf einem breiteren Boden, als die soeben angedeutete Einteilungsweise. Sie gehen allerdings aus von der verschiedenen Art, wie der Staat dazu gelangt, den zu Verpflichtenden unter den Verwaltungsakt zu bringen, der das Verhältnis erzeugt. Das kann aber geschehen durch einseitige Auferlegung der Dienstpflicht kraft gesetzlicher Ermächtigung: Zwangsdienstpflicht. Oder durch Verwendung eines gewissen Druckes auf den Willen, um die Unterwerfung unter den das Amt und damit die Pflicht begründenden Verwaltungsakt zu erzielen, moralischer Druck allein oder mit einer rechtlichen Verstärkung: übernommenes Ehrenamt. Oder aber die Unterwerfung wird ganz frei überlassen der Anziehungskraft der durch die Anstellung im Staatsdienst gleichzeitig zu gewährenden Vorteile: berufsmäßiger Staatsdienst[21].

Jede der drei Arten hat nicht nur ihr Besonderes bei Erzeugung des Dienstpflichtverhältnisses, sondern dieses Verhältnis nimmt auch für seine ganze Zweckbestimmung und demgemäß für alle Einzelheiten seiner weiteren Entfaltung jeweils eine ausgeprägte Eigenart an. Es sind deutlich unterschiedene Rechtsinstitute, in welche das Institut der öffentlichen Dienstpflicht sich hier zerlegt.

Wir werden also die dreierlei Dienstverhältnisse zunächst nach dieser Verschiedenheit ihres äußeren Verlaufs betrachten, um dann die Wirkungen der öffentlichen Dienstpflicht zusammenfassend zu untersuchen.

Wenn wir beginnen mit der Lehre von Begründung und Ablauf des Verhältnisses beim berufsmäßigen Staatsdienst und seinen Abarten, so geschieht es, weil hier der Gegenstand die reifste und vollendetste Durchbildung erfahren hat.

---

[21] Laband, St.R. I S. 432 ff., kennt neben der privatrechtlichen Dienstmiete, also an öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen, nur zwei Arten: die Zwangsdienstpflicht der Soldaten, Schöffen, Geschworenen usw., die er eine „Untertanenpflicht" nennt, und unseren berufsmäßigen Staatsdienst, das „Dienstverhältnis der Beamten". Dagegen wurde in Bl. f. adm. Prax. XXXIII S. 49 der Vorwurf der Unvollständigkeit erhoben, weil die „auf Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht beruhenden Ämter", namentlich die gemeindlichen Ehrenämter, fehlten. Laband hat aber wenigstens in der Darstellung des Gerichtsdienstes von der 1. Aufl. an (III S. 126) bis zur 5. (III S. 465) dreierlei öffentlichrechtliche Arten von Gerichtsdiensten unterschieden: den „gesetzlichen", den „berufsmäßigen" und den „Ehrendienst" der Handelsrichter. Das sind unsere drei Arten. Sie waren nur zu verallgemeinern, da ja auch die Verwaltung gerade an Ehrenämtern sehr reich ist.

§ 43.

Fortsetzung; die Anstellung im Staatsdienst.

Die Anstellung im Staatsdienst ist die eigentümliche Form, in welcher der Eintritt in den berufsmäßigen Staatsdienst bewirkt wird[1]. Das schließt nicht aus, daß die gleiche Form auch Verwendung findet, wo der Eintritt in solchen Dienst nur in vorübergehender Weise oder bloß nebenbei geschehen soll, also kein berufsmäßiger Dienst beabsichtigt ist. Sie ist allgemein verwendbar; für uns entscheidet quod plerumque fit.

Die Eigentümlichkeit der Anstellung im Staatsdienst besteht darin, daß ein öffentliches Dienstverhältnis begründet wird auf freie Einwilligung des Betroffenen und zum Zwecke der Übertragung eines Amtes.

Anstatt des Staates kann dabei auch ein anderes Gemeinwesen erscheinen, welches fähig ist, Dienstherr für ein öffentliches Dienstverhältnis zu sein[2]: Reich, Gemeinde, Provinz, Kirche; die Anstellung im Reichsdienst, Gemeindedienst usw. bringt im wesentlichen überall den gleichen Rechtsgedanken zum Ausdruck.

Diese Anstellung ist die ordentliche Form, in welcher sich die Gemeinwesen die Dienstleistungen verschaffen, deren sie zur Besorgung ihrer Geschäfte bedürfen. Sie greift überall Platz, wo Zwangspflicht oder zu übernehmendes Ehrenamt[3] rechtlich nicht zur Verfügung steht oder, obwohl dieses der Fall ist, nicht zweckentsprechend erscheint. Vor allem kann sie in gewissem Maße ersetzt werden durch bürgerliche Dienstvertragsverhältnisse. Diesen gegenüber ist die Grenzlinie besonders achtsam wahrzunehmen. Denn einerseits haben sie kein so festumgrenztes Gebiet zugewiesen erhalten, wie Zwangsdienstpflicht und Ehrenamt, und andererseits kann auch der äußerliche Hergang

---

[1] „Beruf" ist die Beschäftigung, in welcher der Mann die wirtschaftliche und gesellschaftliche Grundlage seines Daseins gewinnen soll; Sarwey, Allgem. Verw.R. S. 98. Das Wort „Anstellung" im Staatsdienst deutet schon darauf hin, daß das Dienstverhältnis als ein dauerndes gedacht ist, das auch ein Unterkommen gewährt. Daraus ergibt sich die Aussetzung einer Gegenleistung des Staates in Gestalt der von Laband so bezeichneten Alimentationsrente, der Besoldung, des Gehalts (vgl. unten § 46, I n. 1) — ein naturale negotii, aber juristisch kein essentiale. Richtig Bornhak, Preuß. St.R. II S. 26. Wir haben hier nur die Rechtsformen darzustellen, in welchen dieses auf Berufsmäßigkeit gerichtete Verhältnis zur Verwirklichung kommt.

[2] Vgl. oben § 42, I n. 4.

[3] Vgl. unten § 44.

der Begründung und die Bestimmung eines Entgelts Verwechslungen hier erleichtern.

Rechtlich liegt die Sache so, daß die Anstellung im Staatsdienst überall als zulässig zu erachten ist, wo auch ein bürgerlicher Dienstvertrag möglich wäre. Dagegen ist dieser letztere vielfach durch die Gesetze ausgeschlossen, so daß nur das öffentliche Dienstverhältnis der Anstellung möglich bleibt. Das tun die Gesetze vornehmlich in der Form, daß sie für gewisse Geschäfte eine „Ernennung" vorschreiben, oder einen „Beamten" damit beauftragt wissen wollen oder auch sie als ein „Amt" bezeichnen, das hier zu versehen ist; ein öffentlicher Beamter, ein öffentliches Amt ist dann gemeint. Soweit aber danach noch eine Wahl zwischen den beiden Formen offen gelassen ist, geben Brauch und allgemeine Anschauung gewisse Maßstäbe für die Verwendung des einen oder anderen Rechtsinstituts. Dabei wird von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß die Anstellung im Staatsdienst eine höhere Wertung der zu besorgenden Geschäfte bedeutet. Deshalb sollen insbesondere mit der Ausübung obrigkeitlicher Macht nur öffentliche Beamte in diesem Sinne betraut werden dürfen, nicht auch bloße kontraktliche Diener[4]. Außerdem kommt aber auch noch in Betracht,

[4] Unrichtig R.G. Stf.S. 14. April 1905 (Reger XXVI S. 131): Den Mitgliedern des Vorstandes der Ortskrankenkasse wird hier mit Recht Beamteneigenschaft abgesprochen, weil die Kasse „dem Staate nicht organisch eingegliedert", d. h. unfähig ist, Dienstherrin im öffentlichen Dienstverhältnis zu sein (vgl. oben § 42 Note 9). Es wird aber außerdem noch geltend gemacht, daß hier ihnen zum Beamten der richtige Inhalt der Dienstpflicht fehle, nämlich „Ausübung von Funktionen öffentlichrechtlicher Natur, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und unmittelbar oder mittelbar staatlichen Zwecken dienen". Dieser Grund trifft nicht zu. Denn einmal gibt es öffentliche Beamte des Staates und der Gemeinde, deren Amtstätigkeit sich ganz auf privatrechtlichem Gebiete bewegt (vgl. oben § 42 S. 250). Sodann aber sind ja die Geschäfte der Krankenkassen im wesentlichen öffentlichrechtlicher Art: die Erhebung der Beiträge, wie die Befriedigung der Ansprüche der Versicherten bewegt sich auf öffentlichrechtlichem Boden. Es hat hier offenbar eine Verwechslung stattgefunden mit „Funktionen obrigkeitlicher Natur". Die bedeuten einen engeren Kreis: der Kern sind Befehl und Zwang namens des Gemeinwesens. In diesem Sinne Rehm, Annalen 1885 S. 163: ein „obrigkeitliches" Staatsamt ist ein solches, welches das Recht enthält, „aus eigener Macht die Untertanen verpflichtende Gebote und Verbote zu erlassen". So versteht es auch Laband, St.R. I S. 365, der mit einem „obrigkeitlichen" Staatsamt immer die Delegation von Hoheitsrechten, eine obrigkeitliche Gewalt, Ausübung der Staatsgewalt verbunden sein läßt. Das ist allerdings dasselbe, was im alten Polizeistaat allein als öffentlichrechtlich angesehen wurde, weil man die feineren Entfaltungen der öffentlichen Gewalt noch nicht beobachten gelernt hatte (vgl. oben Bd. I S. 54). Heutzutage muß anders unterschieden werden.

daß dieser Staatsdienst eine vermehrte Sicherheit der rechtlichen Stellung des Beamten im Dienstverhältnis und dem Dienstherrn gegenüber mit sich bringt, die nicht immer sofort erworben sein soll; deshalb ist es namentlich oft der Brauch, gewisse untergeordnete Stellen jedesmal zunächst mit bürgerlichem Dienstvertrage zu vergeben und zur Anstellung erst zu schreiten, nachdem der Diener sich bewährt hat. Er rückt dann in eine „etatsmäßige Stelle" ein, d. h. in ein Amt mit öffentlicher Dienstpflicht (vgl. unten Note 5).

Was in den offenen Fällen gemeint war, muß mangels ausdrücklicher Erklärung aus den Umständen entnommen werden. Für die Anstellung spricht die Aushändigung einer Bestallungsurkunde, sowie die Abnahme eines Diensteids. Im Zweifel wird man zurückgreifen auf das in derartigen Fällen Übliche[5].

I. Die rechtliche Natur des Vorgangs, durch welchen die Anstellung im Staatsdienste zustande kommt, unterlag im Laufe der Geschichte verschiedener Auffassung. Ursprünglich, bevor man bürgerliches und öffentliches Recht unterschied, war er wie ein

---

Besser ist das Gemeinte zum Ausdruck gekommen in R.G. Stf.S. 19. März 1897 (Reger XVIII S. 76): Ein vom Polizeipräsidium „genehmigter und bestätigter" Hundefänger gilt als Beamter: seine „Dienste und Funktionen" sind öffentlichrechtlicher Natur, indem sie „von einem Organe der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden" und „es sich bei dem Hundefange um eine allgemeine polizeiliche, dem öffentlichen Interesse der Straßensicherheit und des Publikums dienende Maßnahme handelt". Es ist unmittelbarer Polizeizwang, also allerdings obrigkeitlicher Machteingriff. Vgl. oben Bd. I S. 300.

Ganz deutlich wird der Grundsatz ausgesprochen in O.V.G. 8. Juli 1899 (Entsch. XXXV S. 60): Schlachthaustierarzt ist von der Stadt ausdrücklich mit „Privatdienstvertrag" angestellt. Das ist zulässig, denn das Schlachthaus ist kein gewerbliches, aber doch ein wirtschaftliches Unternehmen (öffentliche Anstalt?). Wenn der Mann „obrigkeitliche Funktionen" dort wahrzunehmen gefunden hätte, so wäre er „beim Fehlen der Beamteneigenschaft gar nicht in der Lage, jene Funktionen mit Rechtswirksamkeit auszuüben". Mit anderen Worten: um obrigkeitliche Funktionen auszuüben, muß man als „Beamter", also nicht mit „Privatdienstvertrag", sondern mit öffentlichrechtlicher Dienstpflicht angestellt sein. Das Gericht zieht für diesen Fall nicht die Folgerung, daß die Anstellung ungültig wäre, sondern daß sie als Anstellung im öffentlichen Dienst aufgefaßt werden mußte und die ausdrückliche Bemerkung „mit Privatdienstvertrag" als „protestatio facto contraria" dagegen nicht ins Gewicht falle.

[5] Die Preußischen Ministerien des Innern, der Finanzen und des Kultus haben sich laut Mitteilung der amtlichen Berliner Korrespondenz v. Juli 1895 über gewisse Grundsätze geeinigt, nach welchen hier verfahren wird. Ein privatrechtliches Verhältnis," heißt es dort, „wird regelmäßig dann vorliegen, wenn es sich um gering gelohnte, lediglich mechanische Dienstleistungen handelt, welche aus sächlichen Fonds vergütet werden". Den Gegensatz bildet die „etatsmäßige Stelle".

gewöhnlicher Vertrag gedacht im Sinne des ersteren[6]. — Dabei blieb es auch auf der Höhe des Polizeistaates: der Staat könnte sich ja, wie er alles kann, auch seine Beamten zwangsweise aus der Masse des Volks herausholen; es wäre nur nicht zweckmäßig, denn die Leistungen wären danach; deshalb schließt er zivilrechtliche Staatsdienstverträge[7]. — Als dann der Gedanke eines öffentlichen Rechts zwischen Staat und Untertan lebendiger geworden war, versucht er sich auch an dem Staatsdienerverhältnis: es soll öffentlichrechtlicher Natur sein, das kann es aber nur sein, sofern es auf erzwingbarer Untertanenpflicht beruht; denn öffentliches Recht kann man sich zunächst nur denken als Befehl und Zwang; also ist aller Staatsdienst öffentlichrechtliche Zwangsdienstpflicht; man merkt es nur nicht so, weil die Betroffenen, wissend, daß es doch nichts helfen würde, sich zu sträuben, freiwillig dem Zwange zuvorkommen und dem „gebietenden Auftrag" sich darbieten[8]. — Im Verfassungsstaat wurde diese Begründung der öffentlichrechtlichen Natur des Staatsdienstes auf den Zwang unmöglich, weil die dafür jetzt erforderliche gesetzliche Grundlage offenbar nicht zu finden ist. Die Einwilligung war wieder unentbehrlich. Man beließ es deshalb wieder bei dem alten Staatsdienstvertrag. Nur, da das Bedürfnis, öffentliches Recht hier anzuerkennen, nach wie vor bestand, benannte man ihn demgemäß: die Lehre vom „öffentlichrechtlichen Staatsdienstvertrag" wurde herrschend. Nach guter alter Polizeistaatsanschauung behielt man sich vor, die dabei etwa entstehenden vermögensrechtlichen Beziehungen als privatrechtlich anzusehen, zu welchem Zweck ein gemischter Vertrag abgeschlossen werden mußte. Wer besonders feinfühlig war und nicht zugeben wollte, daß der Staat gleichzeitig als öffentliche Gewalt und als gewöhnlicher Privatmann auftreten sollte, ließ wohl auch den alten Fiskus noch neben ihm aufmarschieren oder wenigstens durchschimmern[9].

---

[6] Darüber Genaueres bei Rehm, in Annalen 1884 S. 565 ff.

[7] So Kreittmayr, Allg., Deutsch. u. Bayr. St.R. I § 10, bei Erläuterung des jus munerum, des Hoheitsrechts der Ämterbestellung: Zwang zu üben zum Eintritt in den Staatsdienst, meint er, sei einerseits nicht nötig, weil die Leute auch so kommen, um bürgerliche Dienstverträge zu schließen; andererseits nicht ratsam gemäß dem Sprichwort: noli canem invitum venatum ducere.

[8] Goenner, Der Staatsdienst S. 56 ff. u. 91 ff., Perthes, Der Staatsdienst in Pr. S. 55.

[9] Laband, St.R. 1. Aufl. I S. 401 ff. u. 402 Note 1 (Vertrag des öff. Rechts), S. 404 (staatsrechtl. Vertrag); Seydel, Grundzüge S. 59; ders., Bayr. St.R. 1. Aufl. II S. 526; Loening, Verw.R. S. 119; Gareis, Allg. St.R. S. 165;

Inzwischen hat sich aber die Sache geklärt. Daß die Begründung des Staatsdienerverhältnisses öffentlichrechtlicher Natur sein muß, steht ja außer Zweifel. Wir wissen jetzt aber auch viel besser Bescheid darüber, wie es im öffentlichen Rechte aussieht. Hier gibt es zwischen Staat und Untertan keine Verträge, keinen echten und ernsthaft gemeinten wenigstens; das widerspräche der grundsätzlichen Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte; Vertrag gedeiht nur auf dem Boden der Gleichheit. Er bedeutet, daß der Rechtserfolg des Vorgangs getragen wird durch die gleichwertig zusammenwirkenden Willenserklärungen beider Teile[10]. Ihm entspricht auf öffentlichrechtlichem Gebiete der Verwaltungsakt auf Unterwerfung: der Ausspruch der Behörde über den Untertan ist für sich allein das Wirkende; die Zustimmung des Betroffenen ist nur eine Voraussetzung dafür, daß dieser Ausspruch rechtmäßig und zuständigerweise ergehe; sie ist notwendig, um diese Belastung der Freiheit des Einzelnen gegenüber den verfassungsmäßigen Grundsätzen und Vorbehalten des Gesetzes zu decken: sie vertritt die gesetzliche Ermächtigung, weiter nichts. Die Begründung der öffentlichen Dienstpflicht des Schöffen durch die Einberufung auf Grund des Gesetzes ist dem rechtlichen Wesen nach der gleiche Vorgang wie die Begründung der Dienstpflicht des Amtsrichters durch die Ernennung auf seine Einwilligung hin[11].

Sarwey, Württ. St.R. S. 276; Rehm, in Annalen 1885 S. 121 f. — Jetzt noch R.G. 10. Febr. 1903 (Entsch. LIII S. 427): „Man kann zugeben, daß das Beamtenverhältnis durch einen Vertrag öffentlichrechtlicher Natur begründet wird." Und in wunderlichem Gemisch R.G. 26. Juni 1906 (Entsch. LXIII S. 430): „Es steht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts fest, daß das Staatsbeamtenverhältnis öffentlichrechtlicher Natur ist und durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt begründet wird, sowie daß, soweit jenes Verhältnis vertragliche Elemente enthält, diese jedenfalls nicht in einem privat-, sondern in einem öffentlichrechtlichen Vertrage ihren Ursprung finden. Dies schließt aber keineswegs aus, daß das Beamtenverhältnis privatrechtliche Wirkungen hervorbringt, insoweit also quasikontraktlicher Natur ist."

[10] Darüber die Ausführungen in Arch. f. öff. R. III S. 37 ff.

[11] Vgl. oben Bd. I S. 100. Über die Bezeichnung des Vorganges als „öffentliches Rechtsgeschäft", „öffentlichrechtlichen Vertrag" vgl. ebenda S. 104. Wenn wir von „öffentlichrechtlichem Vertrage" sprechen, so kann das selbstverständlich keinen echten, keinen Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts meinen, so wenig wie öffentliches Eigentum, öffentliche Grunddienstbarkeit usw. das gleiche bedeuten wie die jenseitigen Rechtsinstitute, die den Namen leihen. Ob solche Entlehnung zweckmäßig ist, darüber kann man streiten. Es kommt darauf an, ob ein bezeichnenderer Name zur Verfügung steht. Mit G. Meyer-Anschütz, St.R. § 11 Note 7, bin ich eigentlich ganz einverstanden. — Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 210, will einen echten Staatsdienstvertrag und erklärt unsere „Konstruktion"

Daraus ergibt sich die wichtige Folge, daß für die rechtliche Würdigung des ganzen Rechtsgeschäfts die Grundsätze maßgebend sind, die für den Verwaltungsakt überhaupt gelten. Und zwar handelt es sich hier, da immer ein mehr oder weniger freies Ermessen bei der Auswahl des zu Ernennenden obwaltet, um eine Verfügung im eigentlichen Sinne (vgl. oben Bd. I S. 102).

Diese Verfügung kann nur *ausgehen* von einer Stelle, welche fähig ist und berufen, in obrigkeitlichen Willenserklärungen solcher Art wirksam zu werden, also von einer *Behörde* oder von einer noch höheren Stelle, vom Staatsoberhaupt, Reichsoberhaupt (vgl. oben Bd. I S. 96)[12].

Wirksam wird diese Verfügung wie jeder Verwaltungsakt durch die gehörige *Kundmachung* an den, über welchen sie ergeht (vgl. oben Bd. I S. 97). Den Forderungen des Rechtsstaates entspricht auch hier am meisten die schriftliche Mitteilung des Ernennungsaktes (vgl. oben Bd. I S. 245). Ungültig wird die in anderer Form ergehende Kundmachung nur dann sein, wenn das Gesetz die Beobachtung der bestimmten Eröffnungsart in diesem Sinne vorschreiben wollte[13].

---

für verfehlt; sie wäre nach ihm nur stichhaltig, wenn „die Subjektion des Individuums auf Grund der geltenden Rechtsordnung eine allseitige wäre". Aber sie *ist* eine allseitige und nur gehemmt durch die Ordnungen des Verfassungs- und Rechtsstaates; durch Gesetz oder Unterwerfung werden die Hemmungen beseitigt, und soweit dies der Fall ist, wirkt die allseitige Untertanschaft sofort wieder frei.

[12] Ein ganz besonderer Fall wird uns unten § 44, II n. 2 beschäftigen: die *Wahl* von Beamten durch *Vertreterschaften*, die nicht Behördeneigenschaft haben, Volksvertretung, Gemeindevertretung, oder durch ihre Vorstände. Was dort von Ehrenbeamten gesagt wird, findet auch auf Berufsbeamte Anwendung. Beispiele bieten vor allem Gemeindebeamte (vgl. unten § 59, II n. 1), aber auch die Reichstagsbeamten führen ihre Dienststellung auf die Volksvertretung zurück: R.B.G. § 156.

[13] So jetzt Preuß. Kom.Beamten-Ges. v. 30. Juli 1899 § 1: „Die Anstellung erfolgt durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde." Vorher galt mangels einer besonderen Gesetzesvorschrift auch die formlose Anstellung: O.V.G. 26. März 1897 (Entsch. XXXI S. 124). — Anders R.B.Ges. § 4: „Jeder Reichsbeamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde." *Rehm* in Annalen 1885 S. 140, *Laband*, St.R. I. S. 451, fassen das als Formbedingung auf, die bei Meidung der Nichtigkeit eingehalten werden müsse. Die Motive zum R.B.G. (Drucks. d. R.T. 1872, I n. 9 S. 31) sagen allerdings: „Der Paragraph schließt also die mündliche Bestellung aus." Allein deshalb könnte doch, dem Wortlaut entsprechender, eine bloße Ordnungsvorschrift gemeint sein, die tatsächlich verhindern wird, daß die Anstellung eine bloß mündliche bleibe. Unmittelbar vorher erklären ja die Motive (a. a. O. S. 30 u. 31): „Über die Form der Anstellung ist es nicht nötig, ausdrückliche Vorschriften zu geben." Also wollte der Entwurf es wohl auch

Durch Gesetz oder Verordnung können rechtssatzmäßig gewisse Voraussetzungen bezeichnet sein, welchen der Anzustellende entsprechen soll, sogenannte Anstellungsbedingungen. Die Nichteinhaltung dieser Regeln wird im Zweifel die Wirkung haben, daß die Ernennung ungültig ist und zurückgenommen oder aufgehoben werden soll; solange das nicht geschah, bleibt sie wirksam[14].

---

nicht tun. Daß der Beamte eine „Bestallung" bekommt, ist eine besondere Feierlichkeit; diese enthält zugleich eine Beurkundung des Rechtsgeschäftes, und in ihrer Aushändigung kann die Vornahme des Rechtsgeschäftes liegen. Nach Laband a. a. O. handelte es sich um eine dem altdeutschen Recht entnommene „Form der Vertragsabschließung", wie sie Brunner in Ztschft. f. HandelsR. XXII S. 525 ff. u. 548 ff. schildert. Danach ist das zu übergebende beschriebene Papier das Symbol, das der Kenntlichmachung des Vertragswillens dient. Brunner, a. a. O. S. 551, hebt ausdrücklich hervor, daß das etwas wesentlich Verschiedenes bedeutet gegenüber der neuzeitlichen Schriftform des Rechtsgeschäftes. Wenn also R.B.G. § 4 jene altdeutsche Abschließungsform wirklich vorschriebe bei Nichtigkeit, könnte sie unmöglich ersetzt werden durch „schriftliche Eröffnung" des Ernennungsaktes (Laband a. a. O. S. 451; R.G. 7. Febr. 1887, bei Bolze, Praxis IV n. 1020), was doch nichts anderes ist als die Beobachtung der dem Rechtsstaate angemessensten Form der Kundgabe. Indem man dieses ohne weiteres als gleichwertig gelten läßt, wird auf die ernsthafte Behauptung der Auslegung des Gesetzes im ersteren Sinne verzichtet. Noch mehr trifft das zu, wenn Laband in den neueren Ausgaben seines Werkes (a. a. O. I S. 452) auch eine Anstellung gelten läßt, die perfekt wird „durch tatsächlichen Eintritt des Beamten in die Amtstätigkeit und Annahme derselben durch die Behörde", wobei „der beiderseitige Vertragswille in konkludenter Weise erklärt wird".

[14] Vgl. oben Bd. I S. 97 f. — G.V.G. § 2 ff. stellt Regeln auf für die Fähigkeit zum Richteramt. Diese bedeuten zugleich Anstellungsbedingungen für das dem Amte zugrunde zu legende Dienstverhältnis. Sind diese nicht erfüllt, so kann die Ernennung vom Ernennenden zurückgenommen werden. Ein Nachprüfungsrecht kann auch der richterlichen Behörde zustehen, welche über die an die Anstellung sich knüpfenden Rechtswirkungen zu urteilen hat; verneinendenfalls wird dann nicht die Anstellung für nichtig erklärt und aufgehoben, sondern die bestimmte einzelne Rechtswirkung versagt, der Gehaltsanspruch z. B. oder die Gültigkeit des von diesem Richter erlassenen Urteils. So im Revisionsverfahren nach Z.Pr.O. § 551 Ziff. 1 oder im Wiederaufnahmeverfahren nach Z.Pr.O. § 579 Ziff. 1: Das Revisionsgericht hat danach ein Nachprüfungsrecht gegenüber dem angefochtenen Urteil und zugleich ein Nachprüfungsrecht an dem Verwaltungsakt, der den mitwirkenden Richter ernannt hat; waren die Anstellungsbedingungen nicht gegeben, so erklärt es diesen letzteren Akt für ungültig und unwirksam, ein vorschriftsmäßig besetztes Gericht liefern zu helfen, folglich das Urteil selbst für ungültig, vernichtet es. Hellwig, Lehrb. d. Z.Pr.R. II S. 79: „Bis zur Vernichtung hat es alle Urteilswirkungen." Bis zu diesem Ausspruch hat auch die Ernennung des fehlerhaften Richters alle Verwaltungsaktswirkungen, namentlich auch die, den Ernannten mit Richterdienststellung und Richteramt auszustatten; nach dem Ausspruch ist ihr diese Wirkung nur bezüglich dieses bestimmten Falles abgesprochen, denn es handelt sich um eine darauf beschränkte Nachprüfung. Das wird aber

Sind solche Anstellungsbedingungen in einer bloßen Verwaltungsvorschrift angeordnet, so ist die Gültigkeit der Anstellung selbst nicht davon abhängig; die persönliche Verantwortlichkeit des Anstellenden käme allein in Frage, gegebenenfalls also die des gegenzeichnenden Ministers[15].

Eine Bedingung der Gültigkeit der Anstellung, und zwar eine selbstverständliche, ist dann auch die Einwilligung dessen, über den der Akt ergeht, dem die Dienstpflicht dadurch aufgelegt werden soll. Diese Einwilligung bedarf keiner bestimmten Form. Sie kann auch stillschweigend geschehen. Wie das bei uns üblich ist, stellt sich ein zahlreiches Menschenmaterial durch Ablegung von Prüfungen und Leistung der erforderten Vorbereitungsdienste dem Staate fortwährend zur Verfügung; von allen diesen „Kandidaten" kann man die Einwilligung für eine Anstellung in dem ihrer Berufsbildung entsprechenden Dienstzweige ohne weiteres voraussetzen. Wo es irgend zweifelhaft bleiben könnte, ob das alles auch wirklich ernst gemeint sei, wird man die Sache durch vorgängige Anfragen und Verhandlungen klarzustellen suchen. Niemals ist jedenfalls daran gedacht, die Bestallungsurkunde dem darin Ernannten etwa ins Haus zu schicken im Sinne einer Anfrage, ob er wohl bereit sein würde, auf ein zu begründendes Dienstverhältnis dieser Art sich einzulassen. Das wäre, namentlich

---

Anlaß geben, daß ein umfassendes Nachprüfungsrecht sich des Ernennungsaktes bemächtigt, das des Ernennenden selbst.

[15] Hierher gehören auch die Bestimmungen über bevorzugte Anstellung der sogenannten Militäranwärter gemäß Reichsges. v. 31. Mai 1906 § 18. Danach „sollen" die dort bezeichneten Beamtenstellen vorzugsweise mit Inhabern des Zivilversorgungsscheins besetzt werden, und zwar „nach Maßgabe der vom Bundesrate festzusetzenden allgemeinen Grundsätze". Diese Grundsätze sind Verwaltungsvorschriften für die Anstellenden. Ihre Einhaltung wird durch Dienstgewalt und Aufsichtsgewalt allein gesichert (Grundsätze 1882, Zentr.Bl. 1882 S. 129 § 24, Zentr.Bl. 1907 S. 345 § 18). R.G. 26. März 1901 (Entsch. XLVIII S. 84) ist der Meinung, daß sie bloße Verwaltungsvorschriften und doch Rechtsnormen sein können, „da auch objektive Rechtssätze lediglich Anweisungen an Behörden enthalten können". Aber dann wären es eben keine Rechtssätze; vgl. oben Bd. I S. 76 ff. Die Gründe, welche das R.G. a. a. O. S. 85 dafür anführt, daß sie Rechtssätze sein müßten, treffen nicht zu: alles das kann auch gelten, wenn bloße Vorschriften an die ernennenden Stellen zugunsten der Militäranwärter gemeint sind. Sind es bloße Verwaltungsvorschriften, so ist auch die Veröffentlichung im Zentralblatte für das Deutsche Reich, über welche Laband, St.R. III S. 110 Note 2, sich beklagt, ausreichend, und sind die wenig glücklichen Bemühungen, diese Veröffentlichungsart auch für Rechtssätze ausreichend zu erklären (R.G. 25. Nov. 1897, Entsch. XL S. 76 f.; R.G. 26. März 1901, Entsch. XLVIII S. 88 f.), unnötig.

wo der Fürst selbst die Urkunde unterzeichnet, geradezu unwürdig[16].

Es kann gleichwohl ein Irrtum unterlaufen: die vorausgesetzte Einwilligung lag im gegebenen Falle vielleicht doch nicht vor. Dann kann sie nachträglich hinzukommen, ausdrücklich oder stillschweigend. Geschieht auch das nicht, so ist die Ernennung rechtsungültig. Aber sie fällt nicht von selbst zusammen, sobald die Einwilligung bestritten und ein Beweis dafür nicht zu erbringen ist. Das wäre dann der Fall, wenn die Ernennung die Erklärung der einen Vertragspartei wäre und die Einwilligung die der anderen, wenn sie sich also zueinander verhielten wie Vertragsofferte und Annahme. Dann müßte es aber auch sehr wundernehmen, daß man nicht dafür sorgte, dieses Erfordernis, ohne welches der wichtige Akt rechtlich gar nichts bedeutet, gehörig festzulegen und kennbar zu machen: die Willenserklärung des Königs pflegt in der Bestellungsurkunde feierlich verbrieft zu sein; ob sich von seiten des Ernannten etwas Entsprechendes bei den Akten befindet, bleibt dahingestellt. Allein die ganze Schwierigkeit fällt hier weg, weil es sich eben nicht um einen Vertrag handelt, sondern um einen obrigkeitlichen Ausspruch, einen Verwaltungsakt. Ein solcher bezeugt, wie überall, dadurch, daß er erlassen und kundgemacht wird, daß auch die Voraussetzungen seiner Gültigkeit gegeben seien (vgl. oben Bd. I S. 97). So auch der Anstellungsakt stellt fest, daß die Anstellungsbedingungen gegeben seien, die seine Gültigkeit bedingen und in gleicher Weise, daß die Einwilligung vorliege, deren er bedarf. Demgegenüber genügt es nicht, einfach zu bestreiten: der obrigkeitliche Akt, kraft der Selbstbezeugung seiner Rechtmäßigkeit, steht auf sich selbst und bleibt bestehen, solange nicht von einer dafür zuständigen Behörde dieses Zeugnis nachgeprüft und die Ungültigkeit ausgesprochen worden ist. Der Mann, der wider seinen Willen eine Ernennung zum Staatsdiener erhalten hat, darf nicht die Hände in den Schoß legen, weil ihn das nichts angehe: er ist zunächst einmal Staatsdiener geworden und muß sich rühren, damit das wieder rückgängig werde[17].

---

[16] Bei der Investitur durch Übergabe und Empfangnahme einer Urkunde, wie sie von Brunner in Ztschft. f. Handelsr. XXII S. 525 ff. geschildert und von Laband, St.R. I S. 452, zum Vorbild der Anstellung im Staatsdienst genommen wird, ergeben sich solche Unstimmigkeiten nicht: sie geschieht ja inter praesentes, in einem Akt zur Erfüllung der symbolischen Handlung. Aber auf die Vornahme eines neuzeitlichen Verwaltungsaktes läßt sich das eben nicht übertragen.

[17] Dernburg, Preuß. Priv.R. II S. 561 Anm. 8: „Wurde jemand zum Be-

amten ernannt, welcher, schwer erkrankt, längere Zeit von der Anstellung nichts erfährt, so war er Beamter, wenn er nur nicht ablehnt, von Zustellung des Dekrets an; er war Beamter, wenn er in der Krankheit stirbt". Die Nichtablehnung, die auf die Eröffnung des Dekrets zurückbezogen wird, ist offenbar gedacht als eine Nichtanfechtung: die Ablehnung würde erscheinen als Antrag auf Zurücknahme. Ebenso ist es zu verstehen, wenn einige Gesetzgebungen eine „Ablehnung" binnen drei Tagen von Aushändigung der Anstellungsurkunde ab gestatten (Schwarzb.-Rudolst. Ges. v. 1. Mai 1850 § 6; Oldenb. Ges. v. 28. März 1867 Art. 18). Auch das bedeutet eine Anfechtung wegen mangelnder Zustimmung. War diese in Wirklichkeit, wie das doch der ordentliche Fall sein wird, schon vorher gegeben, so ist die Anfechtung unbegründet.

Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 5 verlangt (wie R.B.G. § 4, aber als Formbedingung) die Aushändigung einer Anstellungsurkunde. Dazu die Begründung des Entwurfs (Abg.Kam. 1907/1908 Beil. III S. 51): „Die Ernennung wird durch die Aushändigung dieser Urkunde ... wirksam. Die amtliche Ausschreibung hat die gleiche rechtliche Wirkung wie die Aushändigung der Urkunde." Das letztere ist eine andere, vielleicht weniger angemessene Form der Kundgabe des Ernennungsaktes: Veröffentlichung statt Eröffnung. Mit Vertragsabschluß ist aber dabei jedenfalls gar nichts mehr anzufangen. Die Begründung zum Gesetzentw. drückt sich auch bezüglich der ersteren Form sehr unzweideutig aus: Die Behändigung der Urkunde ist wesentlich für die gültige Begründung des Verhältnisses. „Dagegen bedarf es zur Rechtswirksamkeit der Ernennung keiner Annahmeerklärung von seiten des Beamten. Die Beamteneigenschaft wird vielmehr durch einseitigen Verwaltungsakt begründet. Will der Ernannte nachträglich die Ernennung rückgängig gemacht wissen, so muß er um die Entlassung nachsuchen." Das ist unsere Lehre. Wenn Reindl, Kom. S. 30 Anm. 6 zu § 5, dagegen einfach die alten Sprüche der Staatsvertragstheorie wieder vorbringt, so findet das im Gesetz keinen Anhalt.

In Wirklichkeit wird das von der neueren Staatsrechtswissenschaft eigentlich immer so aufgefaßt; man suchte nur gern doch noch zu etwas wie einer Vertragsannahme von seiten des Beamten zu gelangen dadurch, daß man sie auf irgendeine Weise der allein maßgebenden Kundmachung des Ernennungsaktes aninterpretierte.

In dieser Weise verfuhr Seydel schon gegenüber Bayr. Verf. Beil. IX § 1 („der Stand eines Staatsdieners wird durch das Anstellungsreskript erworben"). Es soll demnach ein Vertrag sein; denn das ist „die einzig mögliche Begründungsform für das öffentliche Dienstverhältnis" (Bayr. St.R. 1. Aufl. III S. 324 ff.). Aber das Besondere ist, daß „mit der Bekanntgabe der Anstellungsentschließung der Berufende gebunden ist" (S. 341), „zur Wirksamkeit der Berufung keine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme, sondern zur Unwirksamkeit die Ablehnung (sagen wir: Anfechtung) erfordert wird", und so läuft alles hinaus auf die „Entschließung, welche den Vertrag beurkundet" (S. 345). Das ist im wesentlichen auch in 2. Aufl. II S. 194 f. beibehalten; nur die Beurkundungskraft ist etwas vorsichtiger zum Ausdruck gekommen: „Die Entschließung muß die wesentlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts (nicht mehr ‚den Vertrag') beurkunden" (S. 194). — Bedeutsam ist, was Seydel a. a. O. S. 195 Note 9 aus den Vorbereitungen zu Verf. Beil. IX § 1 berichtet: Es war beantragt worden, zu sagen „wird durch das Anstellungsreskript und dessen Annahme erworben"; diese Forderung

gründe sich „auf den Kontrakt, der durch eine Anstellung zwischen dem Staate und dem Individuum eingegangen werde, und wobei auch vom letzteren die Annahme dieses Vertrags durch irgendeine Handlung erklärt sein müsse". Das war allerdings von zwingender Folgerichtigkeit. Der Antrag wurde gleichwohl abgelehnt, „weil derselbe in einzelnen Fällen für die Nachkommen der Angestellten zu Härten führen könnte". Zu deren Gunsten wirkt die noch bei Lebzeiten eröffnete Anstellung auch ohne Nachweis der Annahme, gemäß der hier vertretenen Lehre (vgl. die Eingangs dieser Note angeführte Äußerung Dernburgs), und das hat man also damals gewollt.

Auch Laband empfindet das Bedürfnis, den für seine Auffassung unentbehrlichen Vertrag zusammenzudrängen auf die Eröffnung des Verwaltungsaktes, also, da er diese Form nach R.G.B. § 4 für erforderlich hält, auf die Zustellung des Anstellungsdekrets. In diesem Vorgang stellt sich schließlich der ganze Vertrag dar. Das wird durch zweierlei Auskunftsmittel zuwege gebracht. Einmal durch die Fiktion, daß mit der Aushändigung der Anstellungsurkunde (oder was dem ja gleichstehen soll, der „schriftlichen Eröffnung" durch die Anstellungsbehörde; vgl. oben Note 13) die Annahmeerklärung von selbst verbunden sei, sofern nur bei dem Empfang kein Widerspruch erhoben wird („vorbehaltlose Annahme"). Das ist eine Fiktion zu nennen, weil die Aushändigung oder schriftliche Eröffnung gültig und wirksam und mit der Folge der „Perfektion des Vertrags" auch geschehen kann, ohne daß sie dem Ernannten zum Bewußtsein kommt. Dank dieser Fiktion macht es die Eröffnung des Anstellungsdekrets tatsächlich doch allein; sie nimmt die erforderliche Vertragserklärung des Ernannten einfach mit. Deshalb kann Laband auch sagen (St.R. I S. 452): „Der Vertrag wird abgeschlossen durch die Aushändigung der Anstellungsurkunde, d. h. durch die vorbehaltlose Annahme derselben seitens des Beamten". Eigentlich müßte es heißen: durch die Behändigung der Anstellungserklärung, worin die Vertragsofferte liegt, und die vorbehaltlose Entgegennahme, die eine Annahme jener Offerte bedeutet; aber diese letztere Erklärung hängt sich eben, wenn nichts weiter geschieht, von selbst an die erstere an; das bedeutet das „d. h.". Daß der Rechtsvorgang immer die gleiche rechtliche Gestalt habe, wird aber dann weiter noch dadurch gesichert, daß eine andere Art der Annahmeerklärung des Beamten als die durch vorbehaltlosen Empfang des zugestellten Dekrets geschehende (oder wie wir sagen: die an die Eröffnung des Dekrets durch eine Fiktion geknüpfte) für ungültig erklärt oder als nicht vorhanden fingiert wird. Das gilt vor allem für die regelmäßig vorausgehende Einwilligungserklärung: „Korrespondenzen über den Eintritt in den Reichsdienst und über die Bedingungen desselben, sind lediglich Vorverhandlungen. Erst mit der Ausstellung und der Annahme der (zugestellten) Bestallung wird der Vertrag perfekt" (St.R. 1. Aufl. I S. 407). Während ursprünglich die Ausführungen damit schlossen, kommt jetzt hier allerdings ein Zusatz (5. Aufl. I S. 452), wonach auch stillschweigende Anstellung durch konkludente Tatsachen geschehen kann (vgl. oben Note 13). Damit ist jene Geschlossenheit des Systems verloren gegangen. Es sollte jetzt eigentlich nichts mehr im Wege stehen, daß das Anstellungsdekret auch ergehen könne auf Grund einer vorausgesetzten vorher erfolgten Einwilligung, wie das doch die Regel ist. Das sieht nur eben gar zu sehr aus nach unserem Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Rehm in Annalen 1885 S. 142 drückt die angestrebte Verdichtung des unvermeidlichen Vertrags auf den Anstellungsakt noch einmal in sehr bezeichnender

Hier steht also von vornherein alles auf dem Boden des öffentlichrechtlichen Grundverhältnisses, zu welchem ein Vertrag nicht paßt; die noch zu betrachtenden Wirkungen sind dementsprechend öffentlichrechtlicher Natur, wie sie aus einem Vertrage nicht hergeleitet werden können; aber schon der Vorgang selbst, der diese Dienstpflicht erzeugt, bewegt sich in Formen, die für das Vertragsrecht unerklärlich bleiben und ausschließlich die Rechtsgedanken des Verwaltungsaktes wiedergeben.

II. Bei der Anstellung im Staatsdienste wird die öffentliche Dienstpflicht begründet „zum Zwecke der Übertragung eines Amtes". Durch diese Zuweisung eines bestimmten Kreises seiner Geschäfte verwertet der Staat die ihm geschuldeten Dienste und gibt dem Dienstpflichtigen Raum, sich für ihn zu betätigen und seine Pflicht zu erfüllen[18]. Für solche Verwendung im Amt ist die Dienstpflicht derart wesentliche Voraussetzung und Grundlage, daß niemand ein Amt haben kann vor Begründung der entsprechenden Dienstpflicht und andererseits das Amt jedenfalls aufhört, dem bisherigen Träger zuzustehen, sobald seine Dienstpflicht beendigt ist[19].

Zwischen diesen beiden Punkten steht das Amt grundsätzlich

Weise aus: „Wie bei der Aufnahme in den Staatsverband (auch diese will man ja als einen Vertrag auffassen!), so ist auch hier die Aushändigung (der Bestallung) die konkludente Annahmehandlung". Die Aushändigung, die Handlung des künftigen Dienstherrn, ist zugleich konkludente Annahmehandlung des künftigen Dieners. Die eine Vertragspartei nimmt die andere in das Schlepptau, wie bei Seydel, indem sie deren Willen durch ihre Willenserklärung beurkundet, so bei Rehm, indem ihr Willensakt für diesen konkludent wird.

Das sind alles unfreiwillige Anerkennungen der alleinigen Wirksamkeit des „einseitigen Staatsaktes" (G. Meyer-Anschütz, D. St.R. § 145 n. 1).

[18] In diesem Sinne vor allem Laband, St.R. I S. 429 ff. Der Sprachgebrauch verwendet das Wort „Beamter", „öffentlicher Beamter" zur Bezeichnung eines Mannes, der im Staatsdienst angestellt ist, um demgemäß im Amte Verwendung zu finden — auch wenn er zurzeit noch keins oder keins mehr hat. Eigentlich ist das falsch; denn der Beamte ist der „Beamtete", der mit einem Amt Ausgestattete. Manche Gesetze gebrauchen dafür den zutreffenden Ausdruck „Staatsdiener"; Rehm, in Annalen 1885 S. 160 ff., möchte das allgemein durchgeführt sehen. Aber wir kämen damit auch auf den „Gemeindediener" zur Bezeichnung des Bürgermeisters und den „Reichsdiener" zur Bezeichnung des Reichsgerichtsrates; das klingt nicht gut. — Über die Voraussetzung der Berufsmäßigkeit vgl. G. Meyer-Anschütz, St.R. § 143 Note 10. Es wird richtig sein, daß man bei „Beamten" vornehmlich an Berufsbeamte denkt. Aber ohne dem Sprachgebrauch Gewalt anzutun, wird man auch dem „Ehrenbeamten" diesen Namen nicht mehr verweigern können. Vgl. unten § 44 Note 23 und II n. 4.

[19] Vgl. oben § 42, II S. 252.

zur freien Verfügung des Dienstherrn: er bestimmt über die Verwendung seines Dieners und bestimmt, inwieweit er zu diesem Zwecke mit einem Amte betraut sein soll. Dabei sind ihm zugunsten des Letzteren gewisse Schranken gesetzt, die teils aus dem Dienstverhältnisse selbst sich ergeben, teils auf eine eigentümliche Festigkeit der Verbundenheit des Beamten mit seinem Amte zurückzuführen sind.

1. Die Begründung der Dienstpflicht geschieht stets für eine bestimmte Art von Amt. Damit wird gesagt, daß die diesem Amt entsprechenden Dienste geschuldet sein sollen. Das kann vereinfacht ausgedrückt werden durch die Ernennung zum Beamten bestimmter Art: zum Staatsanwalt, Regierungsrat, Oberlehrer; damit ist die Begründung der entsprechenden Dienstpflicht gewollt. Das Amt kann zugleich mit übertragen sein: Ernennung zum Staatsanwalt am Landgericht zu X., zum Regierungsrat bei der Kreisverwaltungsbehörde zu Y., zum Oberlehrer am Kgl. Gymnasium zu Z. Es kann aber auch die Übertragung des Amtes nachfolgen: dem heute ernannten Staatsanwalt wird nach einigen Tagen die offene Staatsanwaltsstelle am Landgerichte zu X. übertragen. Damit wird dann Gebrauch gemacht von der durch den ersten Akt begründeten Dienstpflicht[20]. Das kann gültig nur geschehen innerhalb des durch diesen bezeichneten Rahmens. Der Tag des beginnenden Amtes, Amtsantritt, Amtsübernahme, kann in der Ernennung oder nachträglichen Amtszuweisung selbst angegeben sein („vom 1. Oktober dieses Jahres ab"); er kann auch genauerer Bestimmung einer vorgesetzten Behörde überlassen werden. Er bedeutet einen wichtigen Abschnitt in der Entwicklung des Dienstverhältnisses: die Dienstpflicht erhält jetzt ihren bestimmteren Inhalt, sie wird „Amtspflicht", „aktive Dienstpflicht", vielleicht sagen wir am besten „wirkliche Dienstpflicht". Bedeutete die Dienstpflicht bis dahin ein bloßes Zur-Verfügung-stehen, so wird der Zweck jetzt verwirklicht, für den sie begründet ist, der Dienstpflichtige eingereiht als dienendes Glied in die Ordnung der staatlichen Tätigkeiten. Das hat, wie wir sehen werden, bedeutsame Rechtsfolgen[21].

---

[20] Rehm in Annalen 1885 S. 141: „Die Erklärung der Aufnahme in den Staatsdienst erfolgt durch Ernennung zur Dienstleistung in einer bestimmten Sparte. Die Überweisung eines nach Sache und Art näher bezeichneten Amtes ist gewöhnlich den Zentralstellen überlassen". Vgl. auch die Ausführungen über „Staatsdienstverhältnis und Staatsamtsverhältnis" a. a. O. S. 160 ff.

[21] Deshalb ist es gut, diesen Zeitpunkt besonders kenntlich zu machen durch

2. Denkbar ist, daß die Dienstpflicht nur begründet wurde für ein bestimmtes einzelnes Amt, das kein gleichartiges neben sich hat. Regelmäßig bedeutet das erste Amt eine nur der Gattung nach bestimmte Dienstpflicht, die ihre Erfüllung und Verwirklichung auch noch in anderen daneben oder darüberstehenden Ämtern finden kann. Dann liegt es in der Gewalt der für den Dienstherrn handelnden Stelle, der „Anstellungsbehörde", einen Wechsel des Amtes eintreten zu lassen durch Versetzung des Dienstpflichtigen in ein anderes Amt. Beförderungen, Ortswechsel, Übernahme in verwandte Dienstzweige werden auf solche Weise verfügt. Das ist wiederum nur ein Gebrauchmachen von der einmal begründeten Dienstpflicht, in deren Rahmen auch diese Verwendung begriffen ist. Soll darüber hinausgegangen werden, so bedarf es der Zustimmung des Betroffenen; denn es handelt sich alsdann um eine Änderung der mit seiner Zustimmung begründeten und nur mit dieser wieder zu ändernden Dienstpflicht[22]. Die Folge ist, daß die ganze weitere Entwicklung des Dienstverhältnisses auf dieser neuen Grundlage weiterbauen kann; die Dienstpflicht ist erweitert.

Die Versetzung in ein anderes Amt kann statt dessen auch äußerliche Schranken finden:

— Auch wenn die künftig zu leistenden Dienste noch in dem Rahmen der ursprünglich übernommenen begriffen wären, braucht der

---

einen förmlichen Dienstantritt, eine Amtsübernahme, Einführung in das Amt. Vor allem die Ablegung des Diensteides, Amtseides, findet jetzt statt. Der Eindruck von der Wichtigkeit dieses Vorganges darf aber doch nicht dazu führen, daß die grundsätzliche Scheidung von Dienstpflichtbegründung und Amtsbeginn darüber verloren geht. Wenn man einmal den Begriff des Berufsbeamten bestimmt hat als „einer Person, die aus dem öffentlichen Dienste ihren Lebensberuf macht" (G. Meyer-Anschütz, St.R. § 143, 2a), und feststellt, daß „das Bestehen eines Beamtenverhältnisses und die Bekleidung eines bestimmten Amtes nicht identisch sind" (a. a. O. 2b) — also den Schwerpunkt mit Laband in das Dienstverhältnis legt —, dann kann man nicht mehr sagen, „das Beamtenverhältnis beginnt mit dem Momente des Amtsantritts" (a. a. O. § 145, 6). Unrichtig auch R.G. 12. Mai 1898 (Entsch. XLI S. 112): „Durch die Vereidigung wird also das Dienstverhältnis als begründet angesehen". Gemeint ist: für die Berechnung des Ruhegehalts wird die Dienstzeit von dort ab berechnet. Das ist etwas Anderes.

[22] Die Frage wurde seinerzeit in Württemberg brennend bei „Versetzung" eines Tübinger Universitätsprofessors (R. v. Mohl) in das Amt eines Regierungsrates zu Stuttgart. Daher jetzt die ausdrückliche Bestimmung Württ. Beamtenges. v. 28. Juni 1896 Art. 19, wonach der Beamte sich nur gefallen lassen muß die Versetzung in ein anderes, „seiner Berufsbildung und bisherigen Tätigkeit entsprechendes Amt". Goez, Württ. St.R. § 49, 1. — Vgl. auch O.V.G. 5. April 1907 (Entsch. LI S. 414).

Beamte sich nicht gefallen zu lassen, daß die nach dem bestehenden Dienstverhältnis ihm zukommenden rechtlichen Vorteile an Einkommen und persönlicher Ehrenstellung im Wege der Versetzung in ein anderes Amt vermindert würden. Willigt er ein, so kann es geschehen. Das bedeutet dann aber nicht eine Veränderung der Art der Dienstpflicht[23].

— Das Gesetz kann eine Versetzung auch da ausschließen, wo eine Änderung der Art der Dienstpflicht nicht damit verbunden wäre und auch keine Minderung der Amtsvorteile. Das tut es zu besserer Sicherstellung der Unabhängigkeit des in solcher Weise ausgezeichneten Beamtentums. Auch hier kann durch die Einwilligung des Betroffenen die Maßregel ermöglicht werden, ohne daß die Grundlagen der Dienstpflicht dadurch berührt würden[24].

3. Dem Dienstpflichtigen kann auch, trotz fortdauernder Dienstpflicht, das Amt gänzlich entzogen werden. Diese Amtsentziehung bedeutet die Aufhebung der Befugnis, für den Dienstherrn tätig zu sein zu Besorgung seiner Geschäfte. Ihr entspricht auf dem Gebiete des handelsrechtlichen Dienstverhältnisses der Widerruf der erteilten Vollmacht und die Untersagung weiterer Teilnahme an dem Betriebe des Prinzipals. Während aber dort ein solcher Verzicht auf die

---

[23] R.B.G. § 23. Der Zusatz: „wenn es das dienstliche Bedürfnis erfordert", bedeutet freiestes Ermessen; das „dienstliche Bedürfnis" steht dem „öffentlichen Interesse" (vgl. oben Bd. I S. 101) gleich. Die Möglichkeit eines Vorgehens des Reichstags wegen Mißbrauchs, die man durch den Zusatz wahren wollte (R.T. 1873 Sten. Ber. S. 185), bestünde auch ohne das. — Weder R.B.G. § 23 noch Kol.B.Ges. v. 8. Juni 1910 § 11 haben die in der Art der übernommenen Dienste liegende Schranke beseitigt.

[24] G.V.G. § 8 Abs. 1. — Die Versetzung ist ein Verwaltungsakt; wo sie der Einwilligung des Versetzten bedarf, ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung. Wer die Anstellung als Vertrag ansieht, wird auch diesen zweiten Fall der Versetzung so behandeln. R.G. Stf.S. 28. Jan. 1895 (Reger XVI S. 215): Ein Landgerichtsrat, der vom 13. bis 16. Oktober an der Verhandlung teilnahm, war mit Dekret vom 13. Oktober zum Staatsanwalt ernannt worden „mit Wirkung vom 16. Oktober", hatte dieses aber erst nach Ende jener Verhandlung erhalten. Die Revision behauptet, er sei schon in der Schlußverhandlung vom 16. nicht mehr Richter gewesen, zumal er im voraus seine Einwilligung erklärt hatte. Das Gericht hilft sich mit der Staatsvertragstheorie von Laband, Seydel, Rehm (vgl. oben Note 17), wonach die vorherige Einwilligung „kein öffentlichrechtlicher Akt" und der Ernannte immer noch zur „Verweigerung der Annahme des Dekrets" berechtigt gewesen wäre. Das hat er allerdings nicht getan, also würde diese Möglichkeit überhaupt nicht mehr in Betracht kommen. Uns genügt es, daß die Versetzung, was die Fähigkeit für den Staat zu handeln anlangt, nicht wirksam werden kann vor der Eröffnung. Eine Rückwirkung kann sie nur für die Berechnung des Gehalts und des Dienstalters haben.

Leistungen des Dieners grundsätzlich freisteht, ist das beim öffentlichen Amte nicht der Fall. Die dem Beamtentume zuerkannte Unabhängigkeit und Machtstellung einerseits, die Rücksicht auf die durch unbenutzte Dienstpflichten den Staatsfinanzen erwachsende Benachteiligung andererseits bringen es mit sich, daß eine derartige Maßregel nur als zulässig gilt, soweit das Gesetz sie selbst angeordnet oder den leitenden Stellen die Ermächtigung dazu gegeben hat; sie müssen sich auf ein besonderes Recht der Amtsentziehung berufen können[25].

Es kommen zweierlei Arten von Amtsentziehung in Betracht. — Die zeitweilige Amtsentziehung setzt den Mann aus dem Amte für einen gewissen Zeitraum. Sie geht unter den Namen: vorläufige Dienstenthebung, vorläufige Amtsenthebung, Suspension. Sie kann ausgesprochen werden als Strafe im Wege des Dienststrafverfahrens (vgl. unten § 45, II). Sie kann auch als Nebenwirkung eintreten eines gemeinen Strafverfahrens oder eines Dienststrafverfahrens, sei es, daß das Gesetz sie unmittelbar selbst mit gewissen Ergebnissen eines solchen Verfahrens verknüpft, sei es, daß es die vorgesetzten Stellen ermächtigt, sie daran zu knüpfen[26].

---

[25] Äußerlich hat die Amtsentziehung, namentlich die zeitweilige, große Ähnlichkeit mit der Urlaubserteilung. Diese bedeutet einen zeitweiligen, stets zurücknehmbaren Verzicht auf die Erfüllung der dem Amte entsprechenden Dienstpflicht, läßt aber die Dienstgewalt über den Beurlaubten und namentlich auch seine Ausstattung mit dem Amte unberührt: wenn er trotz des Urlaubs Geschäfte seines Amtes verrichtet, so ist das gültig und wirksam geschehen. Erteilung eines Urlaubs gegen den Willen des Beurlaubten entspricht nicht dem Wesen der Einrichtung, die lediglich dazu bestimmt ist, die notwendige Rücksichtnahme auf den Beamten zu üben. Wo sie doch geschieht, läuft das meist auf eine verhüllte zeitweilige Amtsentziehung hinaus: anstatt zu suspendieren, legt man dem Beamten nahe, um einen Urlaub einzukommen oder sich einen solchen gefallen zu lassen; er wird klug tun, das wie einen Befehl zu behandeln, sonst suspendiert man ihn doch.

[26] R.B.G. § 125 ff. Auch hier spielen wieder bei der Ausdrucksweise der Gesetze Amts- und Dienstverhältnis ineinander; Bayr. Beamtenges. v. 10. Aug. 1908 Art. 170 ff. spricht von „vorläufiger Dienstenthebung". — G. Meyer St.R. hatte in früheren Auflagen nach R.B.G. § 131, Württ. Beamtenges. Art. 114 u. a. eine besondere Art von vorläufiger Amtsentziehung annehmen wollen „wegen Unzuträglichkeiten" (§ 154 a. E.). In Wirklichkeit handelt es sich aber nur darum, daß bei Gefahr auf Verzug eine gewöhnliche vorläufige Entziehung auch ausgesprochen werden kann von unmittelbaren Vorgesetzten, welche sonst nicht dafür zuständig wären, an Stelle des höheren Vorgesetzten, der es wäre. Seit der 5. Aufl. ist dieser besondere Grund weggelassen worden.

Wenn die Frist, für welche sie verhängt wurde, oder der Zustand, von welchem sie eine Folge sein soll, vorüber ist, lebt das Amt hier von selbst wieder auf. Die „Wiedereinsetzung ins Amt", von der hier oft gesprochen wird, ist keine Neubegründung des Amtes, sondern nur die tatsächliche Wiederzulassung zu der nunmehr rechtmäßig wieder zustehenden Amtstätigkeit.

— Daneben gibt es eine unbefristete oder unbeschränkte Amtsentziehung, Amtsentziehung schlechthin, Entfernung aus dem Amte. Insofern das Dienstverhältnis fortbesteht, kann der Dienstpflichtige auf Grund desselben jederzeit wieder herangezogen werden zur wirklichen Dienstleistung durch Verleihung eines neuen Amtes. Daher die Bezeichnungen: Stellung zur Disposition, Zur-Verfügung-Stellung, einstweilige Versetzung in Ruhestand, Setzung auf Wartegeld.

Die Zulässigkeit dieser Maßregel kann in verschiedener Weise geregelt sein:

Schlechthin zulässig, ohne daß es eines besonderen Grundes bedürfte, ist sie für gewisse Arten von Ämtern, bei welchen es nach der Absicht des Gesetzes darauf ankommt, daß der Träger von den Vorgesetzten als geeigneter Gehilfe oder, wenn man will, als taugliches Werkzeug für die Durchführung ihrer Absichten angesehen werde. Das gilt überall von den Offizieren. Nach Preußischem Recht und Reichsbeamtengesetz für eine Klasse von Verwaltungsbeamten, bei denen diese Rücksicht vornehmlich zur Geltung kommt, den sogenannten politischen Beamten[27]. Nach Bayrischem und Sächsischem Recht sowie nach dem einer Reihe kleiner Staaten für alle nichtrichterlichen, also für alle Verwaltungsbeamten[28].

Aus bestimmten Gründen kann die Amtsentziehung auch über diesen Kreis hinaus durch das Gesetz zulässig gemacht sein. So wird namentlich als ein Grund anerkannt die Umbildung von Behörden, wobei ein Amt in Wegfall kommen soll; da darf der Amtsinhaber kein Hindernis sein. Das gilt nach G.V.G. § 8

[27] R.B.G. § 25; Preuß. Ges. v. 21. Juli 1854 § 87.

[28] Bayr. Staatsdiener-Ed. § 19 Abs. 1, ersetzt durch Beamtenges. § 170. Es wird hier gern von Suspension, vorläufiger Dienstenthebung gesprochen; in Wahrheit handelt es sich aber doch um eine unbefristete, also endgültige Entziehung des Amtes, die eben nur wegen Fortbestehens des Dienstverhältnisses eine Neuverwendung und eine neue Amtsübertragung in Aussicht behält. Das Sächs. Staatsdienerges. v. 3. Juni 1876 § 19 hemmt die an sich freie „Quieszierung" (Zur-Verfügung-Stellung) des Verwaltungsbeamten durch ein umständliches Verfahren (O. M. Sächs. St.R. S. 250).

Abs. 3 für alle deutschen Richter. Nach Preußischem Recht und Reichsbeamtengesetz auch für alle Verwaltungsbeamten über die politischen hinaus[29].

In allen übrigen Fällen, für welche also das Gesetz nichts bestimmt hat, ist die Amtsentziehung *unzulässig*[30]. Und zwar kann der Mangel eines ermächtigenden Gesetzes auch nicht durch die Einwilligung des Betroffenen ersetzt werden, weder im voraus durch Beifügung einer darauf gerichteten Klausel im Anstellungsakte, noch nachträglich der Maßregel selbst gegenüber. Es steht der Regierung nicht frei, sich mit zur Verfügung gestellten Beamten zu umgeben, soweit das Gesetz selbst ihr das nicht gestattet hat. Wenn es, abgesehen von diesen Fällen, mit dem Beamten nicht stimmt, so bleibt nur der ordentliche Weg: die Lösung des Dienstverhältnisses in der einen oder anderen Weise, womit dann das Amt von selbst wegfällt. Ist auch das nicht möglich, so muß man den Beamten ertragen. Hier handelt es sich nicht um nachgiebiges Recht.

III. Die *Endigung des Dienstverhältnisses* kann bei der Anstellung *besonders vorgesehen* sein, in derselben Weise wie das beim bürgerlichen Dienstvertrag geschieht. Der Verwaltungsakt, der die Anstellung im Staatsdienste vollzieht, ist als öffentliches Rechtsgeschäft befähigt, allerlei *Nebenbestimmungen* aufzunehmen auch in dieser Richtung. Die Unterwerfung des Anzustellenden deckt auch solche Zutaten. Es gibt demnach Anstellungen *auf bestimmte Zeit*[31], auf *Kündigung* mit Einhaltung einer gewissen Kündigungsfrist, auf *freien Widerruf*, auf *Widerruf für bestimmte Fälle*[32]. Das Gesetz kann

[29] R.B.G. § 24; Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852 § 87. Ebenso Württ. Beamtenges. Art. 22. — Wenn manche Gesetze auch eine Amtsentziehung wegen andauernder Kränklichkeit zulassen (G. *Meyer-Anschütz* § 154 Note 3), so vertritt das die Stelle eines Zwangsurlaubs (vgl. oben Note 25) und leitet über zur Versetzung in Ruhestand.

[30] So wurde insbesondere angenommen, daß bei Beamten der Selbstverwaltungskörper, sog. mittelbaren Staatsbeamten, nach Preuß. R. eine unbeschränkte Amtsentziehung nicht statthabe, da das Ges. v. 21. Juli 1852, welches eine solche gestattet, auf sie keine Anwendung finde, folglich gesetzlich nichts vorgesehen sei: *Fr. Seydel*, Dienstvergehen S. 274.

[31] So die Kapitulantenverträge nach Preuß. Kab.Ordre v. 8. Juni 1876. Nach A.L.R. II, 10 § 102, § 97 ist aber auch im Falle solcher Befristung noch eine Entlassung nötig, um das Verhältnis zu beenden: O.V.G. 22. Nov. 1907 (Entsch. LI S. 438). Das steht in Einklang mit der rechtlich überwiegenden Stellung des Dienstherrn.

[32] Ein Hauptbeispiel gab die Nichterfüllung der Kautionspflicht von seiten

solche Nebenbestimmungen ausschließen, namentlich in der Form, daß es lebenslängliche Anstellung verlangt[83]. Auch ohne das ist dergleichen durch Brauch und Sitte des Beamtentums, die das für unvereinbar ansehen lassen mit seiner Stellung, stark eingeschränkt und findet eine ausgedehntere Anwendung nur, wo es sich um niedere Dienste handelt. Als Übergangsmaßregel und Einrichtung einer Art Probezeit kommt es allerdings auch sonst vor: der lebenslänglichen Anstellung geht zunächst eine befristete oder kündbare voraus[84].

Die regelmäßige Ordnung für die Endigung des öffentlichen Dienstverhältnisses, welche Platz greift überall, wo dergleichen Besonderheiten nicht in Betracht kommen, läßt wieder seine Eigenart gegenüber dem bürgerlichen Dienstvertrag mit voller Kraft zutage treten. Wenn dieser ein beiden Teilen gleichmäßig zustehendes Kündigungsrecht ordnet oder für den Fall der Nichterfüllung der Vertragsverpflichtungen ein Rücktrittsrecht des Verletzten, mit der Wirkung, daß der Berechtigte, ob es der Dienstherr oder der Diener sei, durch seine Willenserklärung dem Verhältnis das rechtliche Ende bereitet, so gelangt hier wieder das Überwiegen des mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Dienstherrn zum unzweideutigen Ausdruck; die Endigung wird stets herbeigeführt durch seinen Verwaltungsakt, wenn sie nicht statt dessen von selbst sich knüpft an einen aus anderem Anlaß ergehenden obrigkeitlichen Ausspruch, ein Strafurteil.

Dreierlei Fälle sind es, die hier in Betracht kommen.

1. Die einfache Dienstentlassung. Dem gesetzlichen Kündigungsrecht des bürgerlichen Dienstvertrags entspricht es, daß der Staatsdiener jederzeit in der Lage ist, sich von der Dienstpflicht zu befreien, indem er ihre rechtliche Endigung herbeiführt. Das ist, wo das Gesetz oder der Anstellungsakt es nicht ausdrücklich bestimmt, stillschweigender Inhalt des letzteren. Der Staatsdiener vermag diese Lösung freilich, der Natur des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses entsprechend, nicht unmittelbar zu

---

der Beamten, welche mit Verwaltung öffentlichen Vermögens betraut sind. Das bedeutete nicht etwa eine echte Bedingung der Anstellung, sondern nur ein Widerrufsrecht für den Fall, daß die Kaution nicht rechtzeitig bestellt wurde. Seit Reichsges. 20. Febr. 1898 sind diese Sicherheitsleistungen mehr und mehr außer Übung gekommen.

[83] Hauptfall: die Anstellung der Richter nach G.V.G. § 6.

[84] So vor allem bei Berufsbeamten der Gemeindeverwaltung: Bürgermeister, besoldete Stadträte usw.

bewirken durch seine darauf gerichtete Willenserklärung. Er kann nur die staatliche Behörde in Bewegung setzen, daß sie es tue, indem sie auf sein Gesuch die Dienstentlassung ausspricht. Sein Recht kommt dadurch zum Ausdruck, daß sie auf dieses Gesuch hin gebunden ist, den Ausspruch zu tun und die Entlassung zu gewähren. Es besteht ein subjektives öffentliches Recht auf die Erteilung der Dienstentlassung, sobald man sie verlangt. Verweigerung ist Unrecht, läßt aber das Dienstverhältnis rechtlich wirksam bestehen, bis daß durch Aufhebung dieses rechtswidrigen Aktes und Gewährung der Entlassung das Unrecht wieder gut gemacht ist[35].

---

[35] Es verhält sich ähnlich wie mit der gebundenen Polizeierlaubnis: solange sie nicht gegeben ist, obwohl sie gegeben werden sollte, besteht das Verbot, von dem sie entbinden kann, zu Recht. Vgl. oben Bd. I S. 251 ff. — Das Recht auf die Entlassung findet einen sehr ungenauen Ausdruck, wenn man es bezeichnet als „das Recht, das Amt niederzulegen" (G. Meyer-Anschütz, St.R. § 152, 1). Niederlegung des Amtes wäre auf seiten des Beamten das Gegenstück zur Amtsentziehung durch die Regierung. Das gibt es aber nicht; man kann nur Entlassung begehren und nur Entlassung aus dem Dienst, womit das Amt von selbst aufhört, nicht Entlassung aus dem Amt, wobei das Dienstverhältnis fortbestünde.

In den neueren Staatsdienergesetzen ist das Recht auf Entlassung zumeist ausdrücklich anerkannt. Es gilt aber auch, wo das nicht geschehen ist. Über den Rechtsgrund besteht dann Meinungsverschiedenheit. Daß es eine verständige Einrichtung ist, leuchtet ja ein; man kann auch sagen, es entspreche den Anschauungen des Beamtentums, daß es so sein solle. Aber damit ist ein Recht des Beamten noch nicht begründet. Altem Brauche gemäß greift der Jurist deshalb gern wieder zum Gewohnheitsrecht, das ja früher bei dem unvollkommenen Zustande unserer Privatrechtsordnung so viel hat aushelfen müssen. Allein abgesehen davon, daß für solche öffentlichrechtlichen Dinge ein Gewohnheitsrecht überhaupt nicht stattfindet (vgl. oben Bd. I S. 90), so käme es doch darauf an, ein solches einigermaßen zu beweisen; solange das, was tatsächlich geschieht, auch anders sich erklären läßt, ist der laute Entdeckerruf: Gewohnheitsrecht! von vornherein unberechtigt. Die Frage ist dadurch besonders wichtig geworden, daß das R.B.G. über das Recht auf Entlassung nichts bestimmt. Da hat man denn alsbald die Lücke wieder ausgefüllt durch „ein wirkliches gemeines Gewohnheitsrecht" neben der auch früher schon immer angerufenen „Natur des Beamtenverhältnisses": Laband, St.R. (1. Aufl.) I S. 488. Das ist herrschende Meinung geworden. Da dieses Gewohnheitsrecht sofort für die ersten Reichsbeamten wirksam geworden ist, so mußte sich seine Entstehung mit einer unnatürlichen Plötzlichkeit vollzogen haben. Dagegen mit Recht Loening, Verw.R. S. 134 Anm. 1; Anschütz in Holtzend. Enzykl. II S. 590. Nur geht man zu weit, wenn mit dem unbegründeten Gewohnheitsrecht das Recht auf Entlassung überhaupt verneint wird. Die Anstellung im Staatsdienst ist nicht, wie man sich das gern vorzustellen scheint, die Unterschrift eines durch Rechtssätze festgelegten Formulars, sondern ist ein lebendiges Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts, fähig, allerlei Inhalt aufzunehmen, der nicht besonders ausgeschlossen ist, ausdrücklichen und

Die Notwendigkeit der Entlassung hat allerdings nicht bloß eine formale Bedeutung, so daß sie gewissermaßen nur zu Ehren der öffentlichrechtlichen Natur des Dienstverhältnisses stattfände. Der Entlassungsakt ist nicht schlechthin gebunden. Vielmehr ermächtigt das Gesetz zum Teil die Behörde ausdrücklich, die Entlassung vorläufig zu verweigern, wenn die Bedürfnisse des Dienstes das Verbleiben des Beamten noch erheischen. Das ist gegenüber dem einseitigen Rechte, jederzeit die Entlassung zu beantragen, nichts anderes als eine Übersetzung des bürgerlichrechtlichen Verbots einer Kündigung zur Unzeit in das Öffentlichrechtliche[36]. Ob unzeitgemäß gekündigt ist oder nicht und wie lange noch zugewartet werden soll, darüber entscheidet freilich hier wieder der stärkere Wille im Rechtsverhältnis einseitig. Insofern aber eine solche Einschränkung des freien Austritts in der Natur dieses Verhältnisses begründet ist, wird die einstweilige Verweigerung der Entlassung auch da für zulässig erachtet werden müssen, wo das Gesetz sie nicht besonders vorsieht[37].

---

stillschweigenden. Es wäre sicher zulässig, dabei zu bestimmen: der Beamte solle jederzeit seine Entlassung begehren können. Und ebenso muß das als stillschweigend bestimmt gelten, auch wenn nichts gesagt ist, sobald man einmal annimmt, daß es der „Natur des Beamtenverhältnisses" entspreche. Das folgt alles aus dem richtig erkannten Wesen des Verwaltungsaktes: so wie er einen Rechtsanspruch auf den Gehalt begründet gemäß der Gehaltsregulative, vermag er auch einen Rechtsanspruch auf Entlassung zu begründen gemäß dem, was man allgemein für geziemend hält. Dazu bedarf es keiner Rechtssätze, die das gestatteten. Vgl. oben Bd. I S. 100.

Laband, St.R. I S. 524 Note 1 bemerkt gegen diese Auffassung: „O.M. erkennt den Rechtssatz an, will ihn aber aus einer ‚stillschweigenden Klausel' des Anstellungsaktes herleiten, nimmt also unnötigerweise eine Fiktion zu Hilfe." Einen Rechtssatz aus der stillschweigenden Klausel eines Rechtsgeschäfts herleiten zu wollen, wäre ein grober Fehler. Ich erkenne ja aber überhaupt keinen Rechtssatz hier an; wenn ich den unnötigen Gewohnheitsrechtssatz für Blendwerk halte, so ist damit nicht gesagt, daß ich ihn durch einen richtigen Rechtssatz ersetzen müßte; es geht, wie gesagt, auch so. Auch der Vorwurf der Fiktion trifft mich nicht; bei mir wäre dergleichen in der Tat unnötig. Wenn ich in 1. Aufl. (Bd. II S. 230) noch breiter ausführte wie jetzt, es könne „aus den Umständen geschlossen werden, daß es der Wille des Aktes sei", ein Recht auf Entlassung zu gewähren, so ist das, in unserem alten juristischen Geschäftsstil gesprochen, eine praesumtio facti vel hominis, aber keine praesumtio juris, geschweige denn eine Fiktion.

[36] B.G.B. § 627 Abs. 2, § 723 Abs. 2.

[37] So für das Reichsbeamtenrecht Kanngießer, Kom. S. 116: „Als Grundsatz wird auch im Reiche festzuhalten sein, daß der Beamte den Abschied nicht unzeitig verlangen darf." Dieser „Grundsatz" erhellt zunächst wieder als allgemeine Rechtsanschauung aus den ausdrücklichen Bestimmungen der Landes-

Kommt auf diesem Wege der Dienstpflichtige zu seinem Rechte, jederzeit von dem Dienstverhältnisse befreit werden zu können, so gilt für die andere Seite nicht das gleiche: dem rechtlich stärkeren Teil, dem Staate als Dienstherrn, steht ohne das Gesuch des Staatsdieners, also aus eigenem Antrieb, die Endigung des Dienstverhältnisses durch einfache Entlassung überhaupt nicht zu. Das ist wenigstens für das heute geltende Recht das Ergebnis, zu welchem eine sehr bewegte Entwicklung unseres Rechtsinstituts geführt hat.

Ursprünglich, als die Anstellung noch schlechthin als bürgerliches Vertragsverhältnis aufgefaßt war, hat man dem Fürsten als Dienstherrn auf verschiedenem Wege das freie Entlassungsrecht zu sichern gewußt durch geeignete Konstruktion des Vertrags: als mandatum, als precarium oder sonst ein Rechtsgeschäft mit clausula ad bene placitum[38].

Die öffentlichrechtliche Auffassung, die sich allmählich regt, mußte zunächst die freie Verfügung des Dienstherrn über den Staatsdiener und seine Stellung zur selbstverständlichen Folge haben. Allein demgegenüber wurde nun eine Einschränkung zur Geltung gebracht zugunsten der vermögensrechtlichen Ansprüche des Dieners. Sofern die Anstellung nicht in widerruflicher Weise oder auf Kündigung geschah, also auf Lebenszeit, können sie nicht so ohne weiteres entzogen werden. Ein entsprechender Teil der Besoldung bildet dann einen „unwiderruflichen Nahrungsstand“[39]. Oder auch die ganze Besoldung wird als wohlerworbenes Recht unter den Schutz der Gerichte gestellt, die einer willkürlichen Entlassung, die gegen den Willen des Dieners und ohne ausreichendes Verschulden von seiner Seite geschieht, die Wirkung darauf versagen[40]. Mit der weiteren Ausbildung des deutschen

---

gesetze und aus der Art, wie das Entlassungsverfahren tatsächlich gehandhabt wird. Rechtswirksam wird er als stillschweigender Inhalt des Anstellungsaktes, geradeso wie das Recht auf Entlassung überhaupt; vgl. oben Note 35.

[38] Rehm in Annalen 1884 S. 583 ff.

[39] So vor allem Goenner, Staatsdienst S. 142 ff. u. 276 ff. Diese Schrift ist ja überhaupt besonders lehrreich für die unbeholfenen Anfänge des öffentlichrechtlich aufgefaßten Staatsdienstverhältnisses; vgl. oben Note 8.

[40] So noch in neuerer Zeit R.G. 11. Okt. 1833 (Entsch. X S. 183): „In Mecklenburg hatte ein Magistrat den ‚ohne Kündigungsvorbehalt auf Lebenszeit‘ angestellten Gemeindebeamten wegen Dienstwidrigkeiten im Disziplinarstrafverfahren entlassen. Das Gericht spricht diesem gleichwohl den Fortbezug des vollen Gehaltes zu. „Die Disziplinargewalt des Konstituenten reicht nicht so weit, daß dieser dem Beamten auch die aus der Anstellung erworbenen Vermögensrechte

Beamtenrechts erhielt nun alles das seine festere Gestalt: Amtsentziehung mit Belassung eines gewissen „Nahrungsstandes" wird nach Voraussetzungen und Wirkungen geordnet; Entlassung auf Antrag, zur Strafe und wegen Dienstunfähigkeit erhält ihr bestimmtes Gebiet. Wenn darüber hinaus der Dienstherr seine öffentlichrechtliche Macht über das Dienstverhältnis gebrauchen sollte, um es zu lösen, so blieb nach den angenommenen Grundsätzen die Gegenleistung unberührt; es liefe also wieder auf eine Amtsentziehung hinaus, deren Gebiet doch abgegrenzt sein sollte, nur mit höherem Wartegeld und Dreingabe eines überflüssigen Verzichts auch auf die Dienstpflicht. Demnach hat die einfache Entlassung in der gegenwärtigen Ordnung der Dinge keinen Platz mehr. So entstand die auf den ersten Blick recht auffallende Ungleichheit in der Behandlung der beiden am Dienstverhältnis Beteiligten[41].

2. Die Strafentlassung bedeutet die Aufhebung des Dienstverhältnisses wegen Dienstwidrigkeit durch einen in dem dafür geordneten Verfahren (Disziplinarverfahren) ergehenden obrigkeitlichen Ausspruch. Darüber das Nähere unten § 45, II in der Lehre von der Dienststrafgewalt.

Die gleiche Wirkung knüpft sich nach gesetzlicher Vorschrift an die gerichtliche Verurteilung im Strafprozesse. Die Verurteilung zu Zuchthausstrafe zieht das von selbst nach sich. Die für gewisse Fälle zugelassene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte begreift auch den Verlust einer etwaigen Anstellung im Staatsdienst. Das Gericht kann in solchem Falle, ohne die Ehrenrechte im übrigen anzutasten, die „Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter" für sich allein aussprechen, was dann ebenfalls die Aufhebung eines etwa schon bestehenden öffentlichen Dienstverhältnisses zur Folge hat[42].

---

durch Entfernung aus dem Amte entziehen könnte. Es ist vielmehr ein feststehender Grundsatz des gemeinen deutschen Staatsrechts, daß Staatsbeamten diese Rechte wegen Dienstvergehen nur durch gerichtliches Urteil entzogen werden können, soweit nicht partikularrechtlich abweichende Vorschriften bestehen."

[41] Laband, St.R. I S. 525, bemerkt zutreffend, daß „juristisch" eine Gleichheit in diesem Punkte nicht gefolgert werden dürfe, da ja hier auf beiden Seiten „durchaus ungleiche Rechte und Pflichten entstehen."

[42] Stf.G.B. § 35 Abs. 2. „Verlust der bekleideten Ämter" ist wieder ein ungenauer Ausdruck; das behufs Bekleidung solcher Ämter begründete Dienstverhältnis wird zerstört und infolgedessen natürlich auch die daran hängende Amtsstellung. Es bleibt nicht etwa das Dienstverhältnis bestehen.

3. Den Gegensatz zu der jetzt besprochenen Endigung des Dienstverhältnisses wegen Unwürdigkeit bildet die Entlassung wegen Dienstunfähigkeit (Verabschiedung, Versetzung in Ruhestand, Pensionierung, Quieszierung, Emeritierung). Sie tritt wieder ein durch einen Ausspruch der Behörde. Der Staatsdiener hat aber, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, ein Recht auf diesen Ausspruch und die damit verbundene Zubilligung des vorgesehenen Ruhegehalts. Darüber das Nähere unten § 46, I n. 1.

IV. Die Rechtsformen des berufsmäßigen Staatsdienstes erscheinen noch in gewissen Abarten, die sich diesem zur Seite stellen.

1. Der Vorbereitungsdienst bezeichnet das Verhältnis der Leute, die geeignet gemacht werden sollen, künftig einmal angestellt zu werden behufs Übernahme eines öffentlichen Amtes und zu diesem Zwecke geübt werden im öffentlichen Dienst: Referendare, Supernumerare des Finanzwesens, Lehrlinge des Forst- und Jagdwesens.

Sie treten in den Dienst des Staates und werden kraft dieser Dienstpflicht bei einer Behörde beschäftigt, die sie in ihrem Geschäftskreise angemessen verwendet. Sie bekommen dabei meist dasselbe zu tun, was neben ihnen Beamte dieses Zweiges staatlicher Tätigkeit gemäß ihrer Amtspflicht verrichten. Ihre Beschäftigung ist aber dem Hauptzwecke nach auf ihre eigene Ausbildung, nicht auf die Besorgung der Geschäfte des Staates gerichtet, da sie häufig nicht sowohl eine Erleichterung als ein Erschwernis bedeuten; sie erfüllen die öffentlichrechtliche Dienstpflicht, die ihnen obliegt, an sich selbst, vor allem in der Gewöhnung, überhaupt eine solche Dienstpflicht zu haben. Sie gleichen in dieser Beziehung den kraft gesetzlicher Heerdienstpflicht einberufenen Soldaten, die ja auch zu mancherlei Geschäften verwendet werden, um ihrer Ausbildung willen. Sie haben ein Amt so wenig wie diese[48].

[48] Die Stelle, bei der sie beschäftigt werden sollen, gibt ihnen zu diesem Zweck allerlei zu tun aus den Geschäftskreisen ihrer Ämter, die deshalb doch den richtigen Amtsträgern voll verbleiben. Nicht ausgeschlossen ist es allerdings, daß ihnen, nach ihren Fähigkeiten, ein gewisser Geschäftskreis schon überlassen wird, den sie dann mit ihrer öffentlichen Dienstpflicht besorgen. Die damit verbundene Verantwortlichkeit mag ganz besonders erzieherisch wirken. So werden ja namentlich die Referendarien als Gerichtsschreiber, auch als Hilfsrichter oder Staatsanwaltschaftsvertreter verwendet. Auch die haben alsdann kein Amt, sind nicht damit ausgestattet, sondern versehen es nur, den Schöffen vergleichbar (unten S. 302), sind jedenfalls wie diese keine Beamten. Der Sprachgebrauch neigt allerdings mit einer gewissen gesellschaftlichen Liebenswürdig-

Die Begründung dieses Dienstverhältnisses geschieht durch Ernennung. Die Ernennung setzt voraus die Erfüllung gewisser Bedingungen betreffs der Vorbildung; sodann die Einwilligung des zu Verpflichtenden, welche in Gestalt eines Gesuchs erscheinen wird. Die Ernennung bekundet durch sich selbst das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ihrer Gültigkeit. Sie ist juristisch ganz so gestaltet wie der sogenannte Staatsdienstvertrag; wenn die Sprache folgerichtig wäre, müßte man hier von einem Staatslehrlingsvertrage reden.

Der zweite Akt, die Übertragung eines Amtes, fehlt. Mit der Ernennung wird die Pflicht begründet, sich entsprechend verwenden zu lassen, und die Verwendung wird ins Werk gesetzt durch Überweisung an eine bestimmte Behörde zur Beschäftigung. Ernennung und Überweisung kann sich verbinden. Wenn die beschäftigende Behörde selbst zur Ernennung berechtigt ist, erscheint beides zusammen als die Annahme des Supernumerars, Lehrlings usw. Die Überweisung vertritt hier die Verleihung eines Amtes; der tatsächliche Dienstantritt verbindet sich auch hier mit einer Vereidigung. Aber schon mit der Überweisung ist die wirk-

---

keit dazu, allen Referendarien schlechthin die Bezeichnung als „Beamte" zuzuerkennen. Damit geht er noch einen Schritt weiter als schon die Verwendung dieses Ausdruckes für jeden im Staatsdienste Angestellten, auch wenn er gerade kein Amt hat (vgl. oben Note 18); der Referendar heißt jetzt schon Beamter, weil er in den vorbereitenden Dienst getreten ist, der ihn dereinst zur Anstellung im Staatsdienst führen soll, kraft welcher ihm auch ein Amt zuteil werden wird. Es ist eine proleptische Ausdrucksweise. Unbedenklich Preuß, Städt. AmtsR. S. 74: „Beamte im Vorbereitungsdienst." Ebenso v. Bitter, Handwörterb. II S. 371: „Regierungsreferendare sind die zur Vorbereitung für den höheren Verwaltungsdienst bei den Regierungen beschäftigten Beamten." Der innere Widerspruch dieser Ausdrucksweise macht sich hier schon recht fühlbar. Noch deutlicher bei F. Seydel, Dienstvergehen S. 264: „Sie sind, wenn man sie einmal Beamte nennen will, doch nur solche, die auf Probe angestellt sind." Auch das stimmt nicht: sie sind „auf Fähigwerden" angestellt. Fölsche, Das Ehrenamt S. 52, 53, weist den Referendaren, Supernumeraren usw. eine „Sonderstellung" zu, weil sie „zwar Beamte sind, aber kein Amt innehaben". Die Berufung in Note 41 auf Laband, St.R. I S. 402 (jetzt S. 430), hinkt: Labands „Beamte ohne Amt" sind wohlbestallte Staatsdiener vor der Amtsübertragung oder nach der Amtsentziehung. Auch G. Meyer, St.R. § 143, bemerkt in Anschluß an die Lehre vom wechselnden Amt bei fortdauerndem Beamten-(Dienst-)Verhältnis: „Ein Dienstverhältnis, aber kein Amt liegt auch bei denjenigen Personen vor, welche sich im Vorbereitungsdienste befinden." In Note 12 ebenda beruft er sich dann auf meine Ausführungen; Anschütz aber hat da einen Zusatz gemacht, aus welchem hervorgeht, daß er nicht damit einverstanden ist.

liche Dienstpflicht begründet, entsprechend der Amtspflicht: Dienstgewalt des Vorgesetzten, dienstliche Gehorsamspflicht, Dienststrafgewalt beginnen.

Die einzelnen Geschäfte werden von dem Vorgesetzten formlos übertragen und wieder abgenommen. Die Überweisung kann wechseln. Der ganze Gang ist durch Dienstvorschriften der leitenden Stellen geregelt. Rechte des beschäftigten Dienstpflichtigen bestehen in dieser Hinsicht nicht. Dem Staate liegt selbst daran, für die richtige Ausbildung des Nachwuchses seines Beamtentums zu sorgen.

Die Endigung dieses Dienstverhältnisses tritt von selbst ein mit dem Ablaufe der dafür vorgeschriebenen Zeit. Vorher schon kann sie erfolgen durch Entlassung. Der Pflichtige hat jederzeit das Recht, sie zu verlangen. Wenn der Dienst es nötig macht, zur Erledigung der übertragenen Geschäfte namentlich, kann sie auch hier verzögert werden. Aus eigenem Antrieb kann auch hier die Behörde die Entlassung nur aussprechen wegen Unwürdigkeit und Unfähigkeit. Die Ernennung bedeutet die Übernahme des künftigen Staatsdieners für die ganze ordnungsmäßig zu seiner Ausbildung erforderliche Zeit; von der dadurch gegebenen rechtlichen Bestimmtheit kann nur aus solchen besonderen Gründen wieder abgewichen werden. Die Unwürdigkeit wird wieder nach denselben Gesichtspunkten zu behandeln sein, wie beim wirklichen Staatsdiener, nur ist das Verfahren hier formloser, patriarchalischer. Die Unfähigkeit dagegen kann nur in entsprechender Umgestaltung als Entlassungsgrund wirken; denn sie ist zu verstehen als Unfähigkeit zu dem künftig zu erwerbenden Amt und die ist ja bei Begründung des Verhältnisses vorausgesetzt und soll durch dieses mit seiner erziehlichen Kraft erst gehoben werden. An ihre Stelle tritt deshalb der Mangel an den zu fordernden Fortschritten, der das ganze Unternehmen als aussichtslos erscheinen läßt[44].

2. Es gibt öffentliche Beamte mit zivilrechtlicher Dienstpflicht. Sie üben ein öffentliches Amt aus auf Grund eines bürgerlichen Dienstvertrags.

Noch mehr: dieser Vertrag besteht nicht zwischen diesem Beamten und dem Staate oder einem gleichwertigen Gemeinwesen,

[44] Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852 § 84. — Wegen der Entlassung von Supernumerarien: Fr. Seydel, Dienstvergehen S. 265 ff. Die besonderen Voraussetzungen der Entlassung werden bei der Annahme zu Protokoll festgestellt und kundgegeben. Wiederum eine „vertragsmäßige“ Festsetzung, wenn man so reden will.

sondern Dienstherr ist danach ein einfacher anderer Untertan, ein Grundeigentümer, ein Gewerbetreibender, eine Aktiengesellschaft.

Die Hauptbeispiele sind: die Eisenbahnpolizeibeamten im Dienste der Privateisenbahngesellschaften, das Privatforst- und -jagdschutzpersonal, die Stellvertreter von Besitzern selbständiger Gutsbezirke im Amte des Gutsvorstehers. Überall besteht hier ein Dienstvertrag, begründet in den gewöhnlichen Formen des bürgerlichen Rechts, mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten eines solchen zwischen den Beteiligten und mit Endigungsgründen, die dem entsprechen. Und doch sind alle diese Leute als öffentliche Beamte anerkannt. Das erweist sich insbesondere daran, daß die strafrechtlichen Bestimmungen wegen Widerstands gegen öffentliche Beamte und ebenso die wegen Amtsvergehens bei ihnen Anwendung finden[45].

Auf den ersten Blick scheint das in Widerspruch zu stehen mit unserer Lehre vom öffentlichen Amte, das nur denkbar ist auf Grundlage einer dazugehörigen öffentlichen Dienstpflicht. In Wahrheit aber erklärt sich die Sache einfach daraus, daß hier mit dem bürgerlichen Dienst- und Auftragsverhältnis zugleich ein öffentliches Amt und eine öffentliche Dienstpflicht sich verbinden in Formen, welche ihrerseits dem öffentlichen Rechte angehören und die bekannten Erscheinungen unseres Rechtsinstituts wiedergeben, wenn auch in minder scharfer und vollständiger Weise[46]. Im einzelnen gilt dafür folgendes:

---

[45] Oppenhoff, Stf.G.B. zu § 359 n. 36, 37, 40; Olshausen, Stf.G.B. zu § 359 n. 15 a I u. III; Binding, Lehrb. d. Stf.R. II S. 388 ff., namentlich die dort S. 389 Note 2 angeführte Judikatur des Reichsgerichts. — Auch auf dem Gebiete des Postwesens kommen solche Erscheinungen vor. So der von Binding a. a. O. S. 389 Note 3 besprochene Fall R.G.Stf.S. 1. Juli 1880 (Entsch. II S. 189): der Privatgehilfe eines Postexpeditors wird in Anwendung von Stf.G.B. § 350 wegen Unterschlagung im Amte verurteilt.

[46] O.Tr. 3. Febr. 1862 (Str. XLIV S. 188): „Ein Postillon ist, soweit und solange er Postdienste verrichtet, öffentlicher Beamter. Diese relative Beamtenqualität schließt die Annahme nicht aus, daß derselbe nach anderen Richtungen zu dem dingenden Posthalter gleichzeitig auch in einem privatrechtlichen, einem Gesindeverhältnis stehe". Ganz ebenso kennzeichnet R.G.Stf.S. 6. März 1900 (Entsch. XXXIII S. 167) die Doppelstellung des Postillons: er ist „Privatdiener" des Posthalters und Beamter des Staates. — Loening, Verw.R. S. 115, hat unsere Fälle im Auge, wenn er sagt: „Auch Personen, welche in einem privatrechtlichen Dienstverhältnisse zu dem Staate oder bloß zu Privatpersonen stehen, können Beamte sein, wenn ihnen die Vollziehung staatlicher Funktionen übertragen ist." Er nennt S. 116 Note 1 „Privatpostgehilfen und das von Privat-

— Das öffentliche Amt wird in diesen Fällen niemals durch den bürgerlichen Dienstvertrag unmittelbar begründet. Der Dienstherr kann es auch nicht nachträglich darauf stellen durch eine Verwendungsbestimmung, die er der Dienstpflicht gäbe, allein oder mit neuer Zustimmung des Dienstpflichtigen. Das Amt kommt stets erst hinzu durch die Willenserklärung einer staatlichen Behörde. Sie hat die Natur eines Verwaltungsaktes und erscheint

---

personen angestellte Forstschutzpersonal", allerdings außerdem noch Feldmesser und Ökonomiekommissäre, die beide nicht hierher gehören. Die letzteren sind schlechthin öffentliche Beamte (v. Bitter, Handwörterb. II S. 569). Wegen der Feldmesser vgl. unten Note 54. Laband, St.R. I S. 432 Note 2, tadelt an jenem Satze Loenings mit Recht die Vermengung von zwei verschiedenen Dingen, Amt und Dienstverhältnis: ein öffentliches Amt habe auch „das von Privatpersonen angestellte, mit polizeilichen Funktionen betraute Forstschutzpersonal"; aber für die Frage, ob Staatsbeamte oder nicht, komme es auf das Dienstverhältnis allein an, und wenn dieses „ein lediglich privatrechtliches Kontraktsverhältnis" sei, werde man dadurch kein Staatsbeamter. Laband geht nur nicht weit genug, wenn er dem lediglich in privatrechtlichem Kontraktsverhältnis stehenden Forstschutzpersonal nur den Namen Beamter abspricht: das öffentliche Amt, das die hier anzuvertrauenden polizeilichen Funktionen bedeuten, kann überhaupt nur kraft öffentlichen Dienstverhältnisses geführt werden (vgl. oben Note 4); soll der Mann ein solches Amt bekommen, so kann es bei dem „privatrechtlichen Kontraktsverhältnis" nicht bleiben, deshalb wird eben ein zweites, öffentlichrechtliches Dienstverhältnis hinzugefügt.

Bedenklich scheint es mir deshalb weiter, wenn Loening auch von einem privatrechtlichen Dienstverhältnisse zum Staate spricht, zu welchem die „Übertragung staatlicher Funktionen", also des öffentlichen Amtes, hinzukommen sollte. Der Staat kann ja in gewissem Maße seine Geschäfte auch in privatwirtschaftlicher Weise besorgen lassen, indem er seine Leute dafür gewinnt durch Dienstvertrag. Das wäre z. B. bei Postgehilfen möglich, das gibt aber dann eben kein öffentliches Amt. Bei Forstschutzbeamten wäre es, wie vorhin gesagt, überhaupt nicht möglich. Soll also ein solches Amt übertragen werden und gleichwohl ein bürgerliches Dienstverhältnis zum Staate bestehen, so müßte nach dem Ausgeführten ein öffentliches Dienstverhältnis zu eben diesem Staate hinzukommen. Undenkbar wäre das nicht: die alte Fiskustheorie eröffnete auch zu einer solchen Konstruktion die Möglichkeit. In diesem Sinne hatte man die Sache auffassen wollen in dem Falle O.V.G. 18. Mai 1909 (Entsch. LIV S. 172): Der Fiskus besitzt einen selbständigen Gutsbezirk und hält dort „Forstbeamte"; diese stehen zu ihm, hatte man behauptet, in privatrechtlichem Vertragsverhältnis; für den dazu gehörigen polizeilichen Forstschutz können sie dann durch die staatliche Behörde ausgestattet werden mit staatlichem Amt und folglich entsprechender Dienstpflicht — wie die „Beamten" anderer Gutsbesitzer. Mit unserer heutigen Auffassung von der Einheit der Staatspersönlichkeit wird sich das nicht vertragen; ihr Diener kann für die Besorgung derselben Geschäfte nicht zugleich in öffentlichrechtlichem und in privatrechtlichem Dienstverhältnisse zu ihr stehen. Das O.V.G. hat schlechthin ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis angenommen, und das wird wohl das Richtige sein.

unter dem Namen einer Bestätigung oder einer Annahme des Dienstpflichtigen für das öffentliche Amt, das er bekleiden soll. Dieser Akt verbindet sich mit der Vornahme seiner Vereidigung für das Amt oder kann geradezu darin allein seinen Ausdruck finden: durch die Vereidigung wird der Mann ausgestattet mit dem Amte, mit der Fähigkeit, die Geschäfte zu besorgen, auf die es hier ankommt[47].

Diese Geschäfte sind solche, die der Dienstherr des bürgerlichen Dienstverhältnisses gar nicht in der Lage ist ihm zu über-

---

[47] L.V.G. § 125; Schwappach, Forstverwaltungskunde S. 140 u. 149; Günther, Pr. Feld- u. Forst-Pol.Ges. v. 1. April 1880 S. 101; Koch, Deutschlands Eisenbahnen II Anl. 1 S. 9 Note 17. Auch der Hundefänger, der vom Tierschutzverein gedungen, vom Polizeipräsidium aber „genehmigt und bestätigt" ist (R.G. Stf.S. 19. März 1897; vgl. oben Note 4), gehört hierher. — Binding, Lehrb. d. Stf.R. II S. 309, will unter kräftiger Polemik gegen das Reichsgericht die oben bezeichnete Bedeutung der Bestätigung und Vereidigung nicht gelten lassen. Die Bestätigung, meint er, sei „lediglich die obrigkeitliche Feststellung der Tauglichkeit", die Beeidigung „lediglich eine feierliche Bestätigung vorher schon übernommener Verbindlichkeiten". Es würde also so etwas wie die Ordination eines evangelischen Geistlichen dabei herauskommen. Bestätigung und Vereidigung kann das unter Umständen bedeuten. Die Bestätigung ist aber zweifellos etwas anderes als eine bloße „Feststellung der Tauglichkeit", wenn sie mit freiem Ermessen erfolgt, je nachdem der Bestätigende den Mann will oder nicht; dann macht er das gleiche wie der Anstellende (vgl. v. Brauchitsch, Verw.Gesetze III S. 275 Note 1 zu § 125 L.G.O., S. 239 Note 5 zu § 84 L.G.O.). Die Vereidigung ebenso kann die feierliche Bekräftigung übernommener Verbindlichkeiten sein, wie uns das als der regelmäßige Fall des Diensteides vorschweben wird. Sie kann auch gehen auf die gewissenhafte Verrichtung eines gewerblichen Berufes, zu welchem die vereidigende Obrigkeit den Mann vor der Öffentlichkeit als geeignet erkennen, „öffentlich anstellen" will (Gew.Ord. § 36 für Feldmesser, Auktionatoren, Bücherrevisoren). In allen solchen Fällen werden die Voraussetzungen der Vereidigung, soweit sie nicht ohnehin als erfüllt erscheinen und lediglich von der vereidigenden Obrigkeit abhängen, in der vorgenommenen Vereidigung selbst sich vollziehen. Die „Anstellung" des Auktionators nach Gew.Ord. § 36 ist nötigenfalls in seiner Vereidigung mit enthalten: O.V.G. 19. Juni 1905 (Entsch. XVII S. 324); R.G. Stf.S. 28. März 1888 (Reger IX S. 13). Und ebenso wird die Vereidigung des stellvertretenden Gutsvorstehers, wenn dieser nicht schon bestätigt ist, zugleich die Bestätigung gewähren und damit die Übertragung des öffentlichen Amtes, das er führen soll, vollziehen und die Begründung der dazu gehörigen öffentlichen Dienstpflicht. — Wenn Binding a. a. O. sich auf Stf.G.B. § 359 beruft, wonach die Vereidigung für die Beamteneigenschaft nicht wesentlich ist, und daraus folgern will, daß man aus der Vereidigung nicht eine Anstellung entnehmen könne, so scheint mir das nicht schlüssig zu sein: wenn die Anstellung sonst nachgewiesen ist, ist die Vereidigung unwesentlich; aber das hindert doch nicht, daß sie wichtig werde, wo das nicht der Fall ist, nicht um ihrer selbst willen, sondern weil die Anstellung aus ihr hervorgeht.

tragen. Es handelt sich stets um ein Stück öffentlicher Verwaltung, vor allem um Ausübung eines Zweiges der Polizei, wobei der Dienstpflichtige Verwendung finden soll. Das ist obrigkeitliche Gewalt, die als solche nicht im Namen eines einfachen Privatmanns ausgeübt werden kann, sondern nur auf Grund des Gesetzes und im Namen des Staates oder eines anderen Gemeinwesens. Soweit also der Gutsbesitzer, der Waldeigentümer, die Eisenbahngesellschaft sonstige Geschäfte besorgen lassen will, mag das geschehen in ihrem Namen durch privatrechtlichen Diener. Soweit es sich um diese obrigkeitliche Gewaltübung handelt, muß der Staat durch seine Behörde das öffentliche Amt dazugeben, damit das in seinem Namen geschehen könne[48].

Daß er das tut, ist ein Entgegenkommen gegen diese bevorzugten Dienstherrn, entspricht aber auch dem Gemeinwohl, indem hier auf die zweckmäßigste und billigste Weise die für die öffentlichen Geschäfte erforderlichen Kräfte gewonnen werden. Das Entgegenkommen ist deshalb kein willkürliches. Die Privateisenbahngesellschaft darf aus ihrer Konzession, der Besitzer des selbständigen Gutsbezirks aus seinem Recht auf eigene Verwaltung den Anspruch herleiten, daß diese Zuständigkeiten nicht durch rücksichtslose Zurückweisung der von ihnen Gedungenen und Vorgeschlagenen vereitelt werden.

— Die Amtsverleihung hat zur Voraussetzung den bürgerlichen Dienstvertrag, ist bedingt durch ihn, sofern sie nur im Anschluß an ihn stattfinden will. Umgekehrt ist auch dieser Dienstvertrag nur durchführbar, wenn die Amtsverleihung dazukommt; er wird ausdrücklich oder stillschweigend unter dieser Bedingung abgeschlossen werden.

Der Bedienstete ist durch seinen bürgerlichen Dienstvertrag dem Dienstherrn gegenüber verpflichtet, die ihm zugewiesenen Geschäfte nach Kräften zu besorgen, auch unter Verwendung der ihm vermöge des Amtes zustehenden Gewalt. In allem, auch soweit diese Amtsgewalt in Betracht kommt, steht er unter den Anweisungen und Befehlen seines Vertragsgegners, seines Dienstgläubigers, wenn wir so sagen wollen.

Allein damit ist seine Rechtsstellung noch nicht erschöpfend gekennzeichnet. Es kann nicht genügen, daß die obrigkeitliche Gewalt nur der Form nach im Namen des Staates ausgeübt wird, der Staat muß auch rechtliche Macht über den Beamten haben,

---

[48] Vgl. oben § 42, I n. 4; hier oben Note 4.

daß das in seinem Sinne geschieht. Er verleiht seine Gewalt nur so, daß der damit Betraute zugleich in das entsprechende besondere Abhängigkeitsverhältnis zu ihm tritt. Die Verleihung eines Amtes bedeutet stets auch die Begründung der dadurch bezeichneten öffentlichen Dienstpflicht dem gegenüber, in dessen Namen das Amt geübt wird. So bewährt sich auch hier wieder der Satz: kein öffentliches Amt ohne öffentlichrechtliche Dienstpflicht. Durch die Bestätigung, Annahme, Vereidigung tritt neben die bürgerliche Dienstpflicht aus dem Dienstvertrag gegenüber dem Geschäftsherrn noch eine öffentlichrechtliche Dienstpflicht dem Staate gegenüber. Der Beamte hat zweierlei Dienstherrn und zweierlei Dienstverhältnis.

Das ist nur dadurch möglich, daß diese beiden Beziehungen sich wohl miteinander vertragen.

Für gewöhnlich genügt das Pflichtverhältnis gegenüber dem bürgerlichen Dienstherrn, um die Sache im guten Gang zu halten; dessen eigener Vorteil geht in der gleichen Richtung wie der des Staates und seine Ansprüche aus dem Vertrag sichern die rechte Anwendung auch der amtlichen Befugnisse. Der Staat hat seinerseits über den Dienstherrn in verschiedenem Maße Gewalt, um ihn dazu zu bringen, daß er etwaige Mißstände abstellt. Deshalb braucht sein unmittelbares Dienstverhältnis zu dem Beamten regelmäßig nicht viel zum Vorschein zu kommen. Wenn es darauf ankommt, wird es gleichwohl selbständig wirksam. Daß seine Gesetze für die Dienstverrichtungen maßgebend sind, ist nichts Besonderes; das würde auch der Fall sein, wenn das Dienstverhältnis lediglich ein zivilrechtliches wäre.. Allein der Bedienstete steht hier auch, wenigstens soweit es das öffentliche Amt angeht, unter Dienstanweisung, Generalverfügung wie Einzelbefehl, der staatlichen Behörde, so zwar, daß diese etwa widersprechenden Aufträgen des bürgerlichen Dienstherrn vorgehen. Die Einhaltung sowohl der gesetzlichen Vorschriften als ihrer Dienstanweisungen sichert die staatliche Behörde mit Dienststrafmitteln, ähnlich den gegen sonstige Beamte verwendeten; sind sonst keine ausdrücklich vorgesehen, so steht ihr wenigstens für den äußersten Fall das Recht zu, wegen Dienstwidrigkeiten den Beamten als solchen zu entlassen, das will sagen: das öffentliche Dienstverhältnis und die daran hängende Amtsgewalt aufzuheben. Das bürgerliche Dienstverhältnis zu dem anderen Dienstherrn wird dadurch unmittelbar nicht berührt; eine solche Maßregel kann aber leicht darauf zurückwirken als Erfüllung der auflösenden Bedingung, an die es geknüpft ist, oder als Beweg-

grund und Rechtfertigungsgrund für den anderen Dienstherrn, um nun auch seinerseits die Endigung seines Verhältnisses herbeizuführen[49].

— Es liegt hier zweifellos ein berufsmäßiges Dienstverhältnis vor. Aber die Merkmale, die ein solches kennzeichnen, finden sich ausschließlich bei dem die Grundlage bildenden bürgerlichen Rechtsverhältnis. Hier findet der Diener den Entgelt für die übernommene Pflicht und damit seine gesicherte wirtschaftliche Stellung; die rechtliche Ordnung des Verhältnisses durch den Vertrag schafft auf die Dauer berechnete persönliche Beziehungen, die sie selbständig gestalten will. Alles, was zum Beruf gehört — nur eben ein öffentlicher Berufsdienst ist das nicht.

Das öffentlichrechtliche Verhältnis zum Staate, welches sich nun damit verbindet, hat, für sich betrachtet, nichts, was den berufsmäßigen Staatsdienst und seine Rechtsformen verrät[50]. Viel-

---

[49] Unter Umständen kann auch das privatrechtliche Dienstverhältnis herübergezogen werden auf die öffentlichrechtliche Seite, um sich dort mit dem Amtspflichtverhältnis zu verschmelzen. So nach Pr. L.G.O. § 126: Wenn die ordentliche Bestellung eines stellvertretenden Gutsvorstehers nicht zustande kommt, kann der Landrat unter Zustimmung des Kreisausschusses einen solchen auf Kosten des Besitzers ernennen. Der Ernannte ist rein staatlicher Beamter mit öffentlichrechtlichem Anspruch gegen den Gutsbesitzer für die ihm vom Kreisausschuß ausgesetzte Vergütung, ähnlich dem kommissarischen Gemeindevorsteher nach L.G.O. § 87. v. Brauchitsch, Verw.Gesetze III zu § 127 L.G.O.

[50] Die Unterscheidung der zweierlei Dienstpflichten kommt bei Laband, St.R. I S. 432 Note 2, in der Form zum Ausdruck, daß er dem Privatforstschutzpersonal „Amtspflichten und Amtsrechte" zuspricht neben den „aus dem (privatrechtlichen) Dienstverhältnisse hervorgehenden Rechten und Pflichten". Die ersteren „haben keinen Zusammenhang mit der (privatrechtlichen) Dienstpflicht, sondern mit der Amtsführung". Je entschiedener aber ihr Zusammenhang mit der privatrechtlichen Dienstpflicht geleugnet wird, desto unentbehrlicher wird die in ihnen steckende öffentlichrechtliche Dienstpflicht.

Sehr deutlich Bessel-Kühlwetter, Preuß. EisenbahnR. II S. 41: Die Bahnpolizeibeamten der Privateisenbahngesellschaften stehen in erster Linie in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu diesen. Aber „ein Gesetz überträgt diesen Beamten, wenn auch nur für einen verhältnismäßig kleinen Teil ihrer Wirksamkeit, die polizeiliche Gewalt, und da alle Gewalt vom Staate ausgeht, so kann der Träger derselben sie nur im Dienste des Staates ausüben; er muß mithin in Beziehung auf diese Funktionen mittelbarer Staatsdiener sein, wenn auch seine Person, im ganzen betrachtet, als Privatperson anzusehen ist". Ähnlich Haushofer, Grundzüge des Eisenbahnwesens S. 148: „Die Privatbahnpolizeibeamten sind öffentliche Diener, Hilfsbeamte des Staates."

Ist einmal eine öffentlichrechtliche Dienstpflicht dem Staate gegenüber anzuerkennen, so ergibt sich auch die von Binding, Lehrb. d. Stf.R. II S. 389. vermißte „staatliche Disziplinargewalt" ganz von selbst; vgl. unten § 45, II n. 1.

mehr zeigt es so eher eine gewisse Verwandtschaft mit der Gestalt, welche das Dienstverhältnis beim übernommenen Ehrenamte erhält (vgl. unten § 44, II).

Vor allem steht wie dort das bestimmte Amt im Mittelpunkt, und die Dienstpflicht hängt an diesem Amt. Sie wird wie dort begründet unmittelbar durch die Übertragung des Amtes als selbstverständlich gewollt, weil das Amt ohne sie nicht bestehen kann. Das geschieht wie dort durch einen Verwaltungsakt mit Einwilligung des zu Verpflichtenden. Daß diese Einwilligung herbeigeführt wird durch die Rücksicht auf einen mit einem Anderen bestehenden bürgerlichen Dienstvertrag und im voraus ausgesprochen ist im Abschluß desselben, kommt für den einseitigen Standpunkt des öffentlichrechtlichen Verhältnisses nicht in Betracht.

Die öffentliche Dienstpflicht wird auch hier wie dort nur begründet für dieses bestimmte Amt. Es entsteht nicht wie beim berufsmäßigen Staatsdienst eine öffentliche Dienstpflicht, um für alle Ämter solcher Art zur Verfügung zu stehen. Dabei wahrt das Amt eine gewisse Selbständigkeit gegenüber dem bürgerlichen Dienstverhältnisse, das dahinter steht. Wenn der Gutsherr mehrerer selbständiger Gutsbezirke seinen Gutsvorsteher versetzen will, geht das Amt nicht einfach mit, sondern es muß dem Mann mit der alten bürgerlichen Dienstpflicht am neuen Sitz ein neues Amt übertragen werden. Übernimmt umgekehrt der neue Gutsherr den alten Gutsvorsteher, so gibt das einen neuen bürgerlichen Dienstvertrag; die alte öffentliche Dienstpflicht mit dem alten Amte bleibt[51].

Freilich: das, was dem Ehrenamt seine innerliche Besonderheit gibt, daß es übernommen und geführt wird nach dem Gebote der empfundenen Bürgerpflicht, das fehlt hier. Deshalb fehlt auch die planmäßige Entlastung durch eine vorgesteckte Frist, für welche das Amt und die Pflicht nur gelten. Dafür schafft hier der Zusammenhang mit dem bürgerlichen Dienstverhältnis wieder einen eigenen Endigungsgrund: Amt und Dienstpflicht erlöschen mit diesem, sofern es nicht in der hier angegebenen Weise ersetzt wird.

3. Einigermaßen verwandt mit dem soeben Betrachteten sind die Hilfsämter der Justiz und des bürgerlichen Rechts.

---

[51] Solche Fälle können sich namentlich auch ergeben bei den „besonderen Stellvertretern", die nach L.G.O. § 124 Abs. 3 für entfernt gelegene Teile eines Gutsbezirkes bestellt werden sollen. Desgleichen bei Privatförstern, die vom Käufer des Forstes übernommen werden, bei Eisenbahnpolizeibeamten, deren Strecke samt Personal einer anderen Privateisenbahn abgetreten wird.

Es handelt sich wie dort um öffentliche Ämter mit der entsprechenden öffentlichen Dienstpflicht dem Staate gegenüber; dahinter steht auch wieder zu genauerer Bestimmung der zu leistenden Tätigkeit ein bürgerliches Pflichtverhältnis zu einem Einzelnen oder einem Kreis von Einzelnen. Der Unterschied besteht darin, daß dieses letztere kein Dienstverhältnis ist. Auch tritt hier das öffentliche Dienstverhältnis nicht zu dem vorausgesetzten bürgerlichen Pflichtverhältnis hinzu, sondern umgekehrt knüpft sich dieses erst an das in Anspruch genommene Amt[52].

Es sind zweierlei Fälle, die hier erscheinen:

— Einmal der der öffentlichen Diener: Beamte, ausgestattet mit einem Stück öffentlicher Gewalt durch staatliche Ernennung, die ihnen zuteil ward, dazu auch unter dienstliche Aufsicht und Dienststrafrecht gebracht, die aber ihre Tätigkeit dem rechtsuchenden Publikum zur Verfügung stellen und sie ausüben auf Grund eines jeweils mit dem Kunden zustande kommenden bürgerlichen Vertrags. Die Hauptbeispiele liefern Gerichtsvollzieher und Notare[53].

— Sodann die öffentlichen Verwalter fremder Angelegenheiten, namentlich von Privatvermögensmassen. Auch sie sind obrigkeitlich bestellt, treten unter Aufsicht und Disziplin der Gerichte und zugleich in ein zivilrechtliches Pflichtverhältnis zu denen, für welche und zu deren Bestem die ihnen anvertraute Verwaltung geführt wird. Hauptbeispiele: Konkursverwalter und Vormund[54].

---

[52] Das hängt auch wieder damit zusammen, daß das bürgerliche Verhältnis kein Dienstverhältnis ist. Ein solches würde doch immer eine gewisse Abhängigkeit gegenüber dem Dienstherrn bedeuten, welche die ganze Stellung des Dienstpflichtigen, der zugleich Amtsträger ist, beeinflussen muß. Wie jenes wird auch das Verhältnis des Arztes und des Rechtsanwaltes zu seinen Kunden aufzufassen sein. Vgl. Staudinger, Kom. zu B.G.B. II S. 383 f.; wegen des Notars a. a. O. S. 381. Früher wurden diese Dinge gern unter den Begriff des Mandates, des Auftrags gebracht: R.G. 10. Juni 1886 (Entsch. XVI S. 396). Jetzt steht vor allem auch der Werkvertrag in Frage oder ein besonderer Arbeitsvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag usw. Vgl. auch Planck, Kom. zu B.G.B. II S. 555 f. — Von entscheidender Bedeutung ist die Beurteilung des bürgerlichrechtlichen Verhältnisses für unsere Lehre nicht.

[53] Ihre Rechtsstellung ist nachgeahmt der der französischen officiers ministériels. Vgl. Theorie d. franz. Verw.R. S. 315 ff.

[54] Über das „Amt" des Vormunds Hölder, Nat. u. jur. Pers. S. 124 ff. Die Haftung des Vormunds wird immer noch gern auf ein vertragsartiges Verhältnis zurückgeführt, quasi ex contractu. Planck, Kom. zu B.G.B. IV zu § 1833 Note 1. — Nicht hierher gehören die in Gew.Ord. § 36 behandelten Feldmesser (vgl.

§ 44.

Fortsetzung; Zwangsdienstpflicht und übernommenes Ehrenamt.

Die Anstellung im Staatsdienste ist die allgemeine Form für die Begründung öffentlicher Dienstpflichten jeden Inhalts. Im Gegensatze dazu haben die jetzt zu betrachtenden Formen ein beschränktes Gebiet der Anwendbarkeit. Das liegt an der besonderen Art, wie sie die Dienstpflicht zustande bringen. Während nämlich die Anstellung im Staatsdienste von dem Grundsatze der unbedingten Freiwilligkeit ausgeht (vgl. oben § 43, I) — die Form, die bestimmt ist, das Berufsbeamtentum zu liefern, schließt jeden Gedanken an Zwang aus —, ist bei den zwei anderen Arten von Dienstpflichtbegründung alles darauf abgestellt, daß das Dienstverhältnis zustande gebracht wird vermittelst eines gewissen Drucks, der auf den zu Verpflichtenden geübt werden soll; es handelt sich, wenn wir alle Arten von Zwangsdienstpflicht und übernommenem Ehrenamte mit einem Worte zusammenfassen sollen, um aufzudrängende Dienstpflichten. Der Druck selbst vermag die ganze Stufenfolge der Möglichkeiten zu durchlaufen von der äußersten Strenge, die sogar Gewalt anwendet zur Erfüllung der auferlegten Dienstpflicht, bis zu der sanftesten Inanspruchnahme des Bürgersinns, die immerhin dem, der sich weigert, vor seinen Mitbürgern in aller Form den Stempel aufdrückt, daß es mit seinem Bürgersinn nicht so ist, wie es sein sollte. Die Anwendung solchen Drucks steht ganz naturgemäß der Obrigkeit nur innerhalb gewisser Grenzen zu, für gewisse Arten von Geschäften, die zu besorgen sind, soweit eben das Gesetz dazu Raum geben will; weiter nicht. —

Wie bei der Anstellung im Staatsdienst, so steht auch bei der durch solche obrigkeitliche Einwirkung herbeigeführten Verpflichtung neben der öffentlichen Dienstpflicht das Amt als die Gelegenheit und das Feld ihrer Betätigung. Auch hier nur regelmäßig: es gibt Zwangsdienstpflichten ohne Amt, wie durch Anstellung begründete Dienstpflichten bestehen können ohne ein solches (vgl. oben § 43, II n. 1 u. 3, IV n. 1). Soweit aber ein Amt mit der in so besonderer Weise herbeigeführten Dienstpflicht sich verbindet, erhält es eben dadurch selbst seine Eigenart von der ihm

---

oben Note 46) und Auktionatoren. Das sind gewöhnliche Gewerbetreibende. Ihre „Anstellung" bedeutet kein Amt und keine öffentliche Dienstpflicht, sondern lediglich ein behördliches Zeugnis der Vertrauenswürdigkeit; daher auch hier die Veröffentlichung die große Rolle spielt, die für die wirkliche Amtsbegründung unwesentlich zu sein pflegt: O.V.G. 19. Juni 1905 (Reger XXVI S. 198).

zugedachten Trägerschaft. Man bezeichnet es als Ehrenamt, im Gegensatz zu dem mit der Anstellung im Staatsdienste zusammenhängenden Berufsamt.

Bei dem letzteren soll die Dienstpflicht, mit welcher das Amt zu führen ist, ordentlicherweise dem Manne zugleich seine wirtschaftliche Stellung und seinen Lebensunterhalt gewähren; die Besoldung ist die natürliche Gegenleistung[1]. Das Ehrenamt bedeutet im Gegensatz dazu, daß die Dienstpflicht, mit der es geführt wird, eine reine Leistung an das Gemeinwesen vorstellt, das den Mann in solcher Weise für sich in Anspruch nehmen will. Insofern ist das Fehlen einer Besoldung allerdings ein äußeres Kennzeichen[2]. Doch kann es nicht genügen, um das rechtliche Wesen des Ehrenamtes wiederzugeben; dazu reicht die Aufweisung einer Lücke überhaupt nicht leicht aus. Anstellung im Staatsdienst gibt noch kein Ehrenamt, wenn einmal ausnahmsweise keine Besoldung gewährt werden sollte[3]. Vielmehr kommt es

---

[1] Vgl. oben § 43 Note 1.

[2] Man mag deshalb auch abwechselnd mehr das Fehlen der Berufsmäßigkeit oder mehr das einer Besoldung betonen oder beides zusammen: Wörterb. d. St. u. Verw.R. I S. 629; v. Bitter, Handw. d. Pr. Verw. I S. 439; Fölsche, Ehrenamt S. 53; Preuß, Städt. Amtsrecht S. 51, 73.

[3] Das schließt nicht aus, daß man diesem grundsätzlichen Mangel einer Besoldung beim Ehrenamt nach anderer Richtung hin eine gewisse Wichtigkeit beimesse. Dies hat namentlich Gneist, seiner ganzen Anlage entsprechend, in politischer Hinsicht sehr umfassend verwertet: das Ehrenamt ist ihm, wegen seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit von der Dienststellung, ein Bollwerk gegen die vom Ministerium aus drohende „parteimäßige Verwaltung". Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S. 3 ff.; Engl. Verw.R. I S. 256 ff.; S. 259: „Da der Ehrenbeamte nicht aus Parteirücksichten entlassen werden kann." Daß das sehr beachtenswert ist, wird niemand bestreiten; aber uns geht das hier nichts an. — Preuß, Städt. Amtsrecht S. 43 ff., möchte allerdings in der Gehaltlosigkeit des städtischen Ehrenamtes zugleich ein juristisch hochwichtiges Ereignis sehen: den Durchbruch nämlich „des öffentlichrechtlichen Charakters des Amtsrechts . . . in völliger Reinheit". Denn mit den Ansprüchen auf Gehalt oder Pension „schieden alle privatrechtlichen Momente aus und das Amtsrecht dieser Ehrenbeamten konnte nur in dem rein publizistischen Anspruch der durch die Wahl qualifizierten Gliedperson auf die Organstellung . . . bestehen" (S. 43). So hält jetzt durch Vermittlung des Organismus, der Organperson, des Organwillens und der Organstellung (S. 44) das ganze öffentliche Recht seinen Einzug. Wenn aber der Organismus, wie das seine Art ist, Organe hervortreibt und ihnen dabei immerhin eine Art öffentlicher Dienstpflicht mitgibt, so kann es ihm eigentlich gleichgültig sein, ob er ihnen auch noch einen öffentlichrechtlichen Gehaltsanspruch mitgeben soll oder nicht. Den Gehaltsanspruch als „privatrechtliches Moment" zu empfinden, ist keineswegs ein Zeichen des aufsteigenden öffentlichen Rechts.

darauf an, das hervorzuheben, was hier die Gewährung eines Berufs und damit die Befriedigung eines wichtigen Eigenbedürfnisses des Dienstpflichtigen, um dadurch seine Dienste für das Gemeinwesen zu gewinnen, ersetzt. Derartiges fehlt hier keineswegs. Es ist nichts anderes als die obrigkeitliche Inanspruchnahme des Bürgersinns und der Druck, der geübt wird, um diesem zum Siege zu verhelfen: es wird dem Manne zur Ehrensache gemacht, das Amt zu übernehmen und zu führen: daraus ergeben sich natürlich gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten des ganzen Dienstverhältnisses. So allein erklärt sich auch die Bezeichnung: Ehrenamt. Jede andere Rechtfertigung ist von einer argen Kümmerlichkeit[4].

I. Die Zwangsdienstpflicht. Darunter verstehen wir eine öffentliche Dienstpflicht, welche obrigkeitlich auferlegt wird ohne Rücksicht auf die Zustimmung des davon betroffenen Untertanen. Sie entsteht ohne seine Mitwirkung durch den einseitigen Willensakt der öffentlichen Gewalt. Das bedeutet stets einen Eingriff in die Freiheit, der als solcher, dem

[4] Der Preuß. Städte-Ord. v. 19. Nov. 1808 gebührt ja vor allem der Ruhm, das Ehrenamt in unserem neuzeitlichen Staatswesen zur Geltung gebracht zu haben. Sie sagt in § 141 von den unbesoldeten Magistratsstellen: „Jeder mit Gemeinsinn erfüllte Bürger wird, auch ohne Vorteile für seine Person dabei zu beabsichtigen, dieses ehrenvolle Amt gern übernehmen." Hier sind Unbesoldetheit, Gemeinsinn und Ehre in ihrem richtigen Verhältnis. — Sarwey, Allg. Verw.R. S. 99, hebt als Gegensatz zum Berufsamt hervor, daß das Ehrenamt „seiner ursprünglichen Entstehung nach die Erfüllung einer öffentlichen, jedem vollberechtigten Staatsgenossen obliegenden Pflicht zum Gerichts- und Polizeidienst ist, übrigens auch ... als eine Ehre oder Auszeichnung betrachtet und gesucht wird". Aber aus der engeren Verbindung der zwei Punkte: Bürgerpflicht ehrenhalber zu erfüllen, ergibt sich erst der richtige Begriff. — Unsere Auffassung vom Ehrenamt klingt auch an bei Laband, insofern er alles, was nicht berufsmäßiger Staatsdienst ist, zurückführt auf „die Erfüllung von Untertanen- oder Bürgerpflichten" (St.R. I S. 433). Doch überwiegt bei Laband immer das juristisch Zugespitzte. — Sehr beliebt ist die Formel: wie der Berufsbeamte mit Geld, so wird der Ehrenbeamte mit Ehre bezahlt; gemeint ist die vom Staate zu verleihende Ehre, die er als Gegenleistung gewährt. So Loening, Verw.R. S. 138: „Ehrenbeamte sind diejenigen Beamten, für welche allein in der mit dem Staatsdienst verbundenen Ehre das äußere Entgelt für ihre Mühewaltung liegt." Ähnlich Preuß, Städt. Amtsrecht S. 51: „Hier gibt es keinerlei Gegenleistungen für die geleisteten Dienste als die Ehre." Jellinek, Allg. St.Lehre S. 638: Die Dienstpflicht des Ehrenbeamten „findet ihre wesentliche Gegenleistung in dem Maße spezieller Ehre, das mit jeder Trägerschaft staatlicher Organstellung verbunden ist". Genau genommen läuft alles das bloß wieder auf den verneinenden Gedanken hinaus, daß der Ehrenbeamte keine Besoldung erhält, sondern eben nur Ehre; diese staatliche Ehre erhält aber der Berufsbeamte auch, der Minister z. B. neben seinem Gehalte in höherem Maße noch als der Ortsvorsteher.

verfassungsmäßigen Vorbehalte entsprechend, einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Man spricht deshalb von einer gesetzlichen Dienstpflicht im Gegensatz zu der durch die Einwilligung des Dieners vermittelten.

Das Reichsrecht bietet als Beispiele die gesetzliche Heerdienstpflicht und die Gerichtsdienstpflicht der Geschworenen und Schöffen[5]. Wir werden daraus in erster Linie die Vorbilder entnehmen zur Erläuterung unseres Rechtsinstituts nach der Art, wie es die Dienstpflicht entstehen und ablaufen läßt.

1. Indem das Gesetz der Verwaltung die Macht gibt, öffentliche Dienstpflichten einseitig, also zwangsweise aufzulegen, zieht es dieser Befugnis zugleich ihre Grenzen. Es bestimmt den Zweck, für welchen das geschehen darf, und damit die Art der zu leistenden Tätigkeit, bestimmt zugleich ein zeitliches Maß des zu Fordernden; es gibt keine Zwangsdienstpflichten auf Lebenszeit. Endlich bezeichnet es auch den Kreis der Menschen, welchen diese Pflicht auferlegt werden kann: nach Geschlecht (es gibt keine Zwangsdienstpflichten für Frauen), nach Alter und sonstigen Voraussetzungen der Geeignetheit. In letzterer Hinsicht erscheint wieder, wie bei allen öffentlichen Dienstpflichten, die Forderung der Staatsangehörigkeit, die bei unseren reichsgesetzlichen Zwangsdiensten durch die Reichsangehörigkeit ersetzt wird[6]. Dazu kommen noch, nach der Art des Dienstes verschieden, die Voraussetzungen in besonderer Geeignetheit für den Zweck, welche bei den zu Verpflichtenden vorhanden sein müssen; es handelt sich dabei nicht sowohl um nachgewiesene Ausstattung mit erworbenen Fähigkeiten, Kenntnissen und Geschicklichkeiten: der Zwangsdienst verlangt keine Berufsbildung. Sondern das Hauptaugenmerk ist gerichtet auf Abwesenheit störender Mängel körperlicher oder sittlicher Art; Mängel der geistigen Entwicklung, wenn sie nicht zu sehr übertrieben werden, finden bei der Zwangsdienstpflicht keine Berücksichtigung[7]. Endlich verengert sich der

---

[5] Reichsmilitär-Ges. v. 2. Mai 1874; G.V.G. §§ 31—57, §§ 84—97.

[6] G.V.G. § 31, § 84; R.Verf. Art. 57. Der Mangel der Reichsangehörigkeit wird hier nicht dadurch gedeckt, daß die Auferlegung der Dienstpflicht selbst sie verliehe: Begründung der Zwangsdienstpflicht ist keine Anstellung im Sinne des Staatsangeh.Ges. § 14.

[7] G.V.G. § 33 Ziff. 4: „wegen geistiger Gebrechen zu dem Amte nicht geeignet." Mot. z. G.V.G. § 20 Ziff. 2 (Hahn, Mot. I S. 83): „Die Nr. 2 muß notwendig dem Ermessen einen nicht unerheblichen Spielraum lassen." Derselbe Ausdruck in R.Mil.Ges. § 15.

Kreis noch durch die Anerkennung von Befreiungsgründen, wodurch sonst Geeignete in Berücksichtigung besonderer Verhältnisse, in welchen sie stehen, von der Inanspruchnahme ausgeschlossen werden sollen; der Heerdienst ist in dieser Hinsicht naturgemäß weniger freigebig als der Gerichtsdienst.

Über das Menschenmaterial, welches gemäß diesen gesetzlichen Bestimmungen für die einzelne Art von Dienstpflicht in jedem Bezirk zur Verfügung steht, werden Listen geführt. Der Eintrag in diese Listen bedeutet nicht schon eine Dienstpflicht, sondern lediglich eine Klarstellung dessen, was im Gesetze selbst angeordnet ist, der Verpflichtbarkeit: die Listen sollen den jeweiligen Bestand an verpflichtbaren Untertanen ausweisen und den künftig geltend zu machenden Anspruch des Staates auf Begründung der Dienstpflicht im voraus sichern und festlegen. Sie haben insofern ihrer rechtlichen Bedeutung nach Verwandtschaft mit den Wählerlisten. Sie werden etwa wie diese durch Veröffentlichung und Zulassung von Einsprüchen in angemessener Weise der Berichtigung ausgesetzt[8]. Andererseits können den darin Einzutragenden Meldepflichten auferlegt sein, wohl auch unter vorläufiger Beschränkung ihrer Bewegungsfreiheit, damit alles greifbar und bei der Hand sei, wenn der Zeitpunkt kommt, in welchem nun die also gesicherte Dienstpflicht zur Entstehung gebracht werden soll[9].

Das hat alles nur die Bedeutung eines vorbereitenden Verfahrens, von Hilfseinrichtungen; eine öffentliche Dienstpflicht kommt dadurch überall noch nicht zustande.

2. Die Dienstpflicht wird alsdann begründet durch einen obrigkeitlichen Ausspruch, der über den einzelnen also verpflichtbaren Untertanen zu diesem Zweck ergeht, einen Verwaltungsakt, die Auferlegung der Dienstpflicht, als Auswahl oder Aushebung bezeichnet. Dazu sind meist besondere Behörden bestellt, Ausschüsse, Kommissionen[10]. Der Ausspruch enthält eine An-

---

[8] G.V.G. § 36 ff. (Urliste für den Schöffendienst mit Berichtigungsverfahren); § 85 ff. (die nämliche Liste für den Geschworenendienst verwendet).

[9] R.Milit.Ges. § 31 ff. (Stammrolle mit Meldepflichten); dazu Staatsangeh.Ges. § 22 Ziff. 1.

[10] G.V.G. § 40: Ausschuß zur Auswahl der Schöffen, gebildet aus Amtsrichter, einem Staatsverwaltungsbeamten und sieben „Vertrauensmännern“ (aus der Einwohnerschaft durch ihre Vertretung gewählte ehrenamtliche Mitglieder). — Die Auswahl der Geschworenen geschieht durch das Landgericht (G.V.G. § 89) aus einer Vorschlagsliste, die der Schöffenwahlausschuß vorlegt. — R.Milit.Ges. § 30: Ersatz- und Oberersatzkommission aus je einem Offizier und Verwaltungsbeamten,

wendung des Gesetzes, indem er erklärt, ob nach seinen Rechtssätzen in diesem Fall eine Dienstpflicht zu begründen ist, weil die Voraussetzungen dafür gegeben sind, möglicherweise, namentlich bei Befreiungsfragen, unter Ausübung eines richterlichen Ermessens; zugleich kann aber auch eine Handhabung freien Ermessens dazukommen, sofern es der Behörde anheimgegeben ist, unter Gleichverpflichtbaren eine gewisse Auswahl zu treffen nach Erwägungen des Bedarfs. Der Ausspruch läßt für den Betroffenen die öffentliche Dienstpflicht entstehen nach Maßgabe der vom Gesetze vorgesehenen Art und Dauer. Wirksam wird er, wie alle Verwaltungsakte, mit der Kundgabe, die in gehöriger Weise erfolgt ist. Mangels einer anderen Bestimmung ist dieses auch der Zeitpunkt, in welchem die Dienstpflicht zur Entstehung gelangt[11].

---

für gewisse Entscheidungen verstärkt durch ehrenamtliche Mitglieder, die aus den Bezirkseingesessenen durch ihre Vertretungen gewählt werden.

[11] Die Auswahl der Schöffen für die Jahresliste, welche der am Amtsgericht gebildete Ausschuß vornimmt (G.V.G. § 42), ist der Verwaltungsakt (Justizverwaltungsakt wie die Ernennung des Richters), durch den die Dienstpflicht begründet wird. Die Auslosung nach § 45 ist nur maßgebend für die Reihenfolge, in welcher die leitende Behörde, der Amtsrichter, diese Pflicht durch Einberufung geltend zu machen hat.

Ähnlich die Auswahl der Geschworenen durch das Landgericht (§ 89). Das Los (§ 91) regelt die Verteilung auf die Sitzungsperiode, die der Vorsitzende des Schwurgerichts durch Anordnung der Ladung vornimmt. Es kann vorkommen, daß ein Auserwählter nicht berufen wird, weil das Los nicht auf ihn fällt, und daß auch ein Berufener nicht an die Reihe kommt, weil die Sache ausfällt oder er abgelehnt wird. Dann ist er nicht Geschworener gewesen, aber die Dienstpflicht dazu, sofern ihm die Auswahl kundgemacht war, hat er gehabt.

Behufs der Entscheidung der Militärersatzbehörden besteht vorbereitend die Gestellungspflicht zur Musterung und zur Aushebung (R.Milit.-Ges. § 10). Die Entscheidung kann dann sofort eröffnet werden. Auch sie ist ein Verwaltungsakt. Berufungsmöglichkeit ist gewährt, in gewissen Fällen auch dem ständigen militärischen Mitglied der Kommission (§ 30 Ziff. 8), aber daneben nachträgliche Abänderung ohne eingelegtes Rechtsmittel nicht ausgeschlossen, auch zum Nachteil des Militärpflichtigen nicht. Die Entscheidung ist kein Urteil und der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftig. Sie ist am nächsten verwandt der Veranlagung zu direkten Steuern (vgl. oben Bd. I S 333 ff.). Wenn ein Erl. d. Preuß. Kriegsminist. und Min. d. Inn. v. 13. Dez. 1895 (Reger XVI S. 220) sich ausdrückt: „Den endgültigen Entscheidungen der Ob.Ers.Kom. muß der Charakter von endgültigen gerichtlichen Urteilen beigelegt werden", so ist das nicht wörtlich zu verstehen, wie Laband, St.R. IV S. 152, geneigt ist, zu tun. Die Ministerien sprechen nachher nur von einer „Analogie mit gerichtlichen Urteilen", wonach allerdings auch „eine Wiederaufnahme des Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein muß". Diese aber ist hier Sache des freien Ermessens, und davon ist wiederholt Gebrauch gemacht worden. Der Erlaß verweist auf zwei andere vom 29. Januar 1895 (Reger XVI S. 220), wonach die

Mit der Kundgabe der auferlegten Dienstpflicht kann auch der Befehl zur Erfüllung derselben, die Einberufung zum Dienstantritt, sofort sich verbinden; diese Kundgabe kann sogar einfach die Form eines solchen Befehls, einer Ladung und Einberufung an sich tragen. Der Befehl kann aber auch vorbehalten sein und später selbständig erteilt werden. Er ist der erste Akt der Geltendmachung der Dienstpflicht[12].

3. Mit dem Dienstantritt beginnt die Erfüllung der Dienstpflicht und erhält das Rechtsverhältnis seine volle Ausprägung. Vertritt die Kundgabe der Auferlegung der Zwangsdienstpflicht die Kundgabe der Anstellung im Staatsdienst, so ist der Dienstantritt hier das Seitenstück zu der Verleihung des Amtes an den Angestellten. Er bringt die vorausgesetzte Dienstpflicht in Gang, macht sie zur verwirklichten, zur verwerteten Dienstpflicht, die Dienstleistung beginnt. Zum Unterschied von der Amtsverleihung bei Anstellung im Staatsdienst verbindet sich diese Verwertung nie sofort mit der Begründung der Dienstpflicht und, was damit zusammenhängt, nicht durch einen Rechtsakt, wie die Amtsverleihung einer ist. Sondern sie voll-

---

Entscheidung „nicht kurzerhand aufzuheben ist", und vom 31. Juli 1894 (Reger XV S. 102), wonach Änderungen „unter ähnlichen Voraussetzungen angezeigt erscheinen, wie sie für die Wiederaufnahme des Verfahrens vorgeschrieben sind". Man ist sich also bewußt, durch den ergangenen Spruch immerhin soweit gebunden zu sein, daß zum Nachteil des Betroffenen nur in Ausnahmefällen darauf zurückzukommen ist. Das ist nicht Rechtskraft, sondern ähnlich dem Rechtsverbrauch bei der Steuerveranlagung (vgl. oben Bd. I S. 343 f.). — Für Kriegszeiten hat jetzt das Ges. v. 4. Sept. 1915 jede Gebundenheit schlechthin beseitigt.

[12] Am einfachsten die Ladung des in die „Spruchliste" aufgenommenen Geschworenen zur Eröffnungssitzung (G.V.G. § 93): sie enthält die Kundgabe der auferlegten Dienstpflicht und ihre Geltendmachung zugleich, letzteres mit einer Dienstantrittsfrist von mindestens drei Tagen. Die Schöffen werden von ihrer Auslosung, d. h. von der ihnen auferlegten Dienstpflicht, wegen deren die Auslosung stattfand, und von den ihnen demgemäß für das ganze Jahr zugewiesenen Sitzungstagen benachrichtigt.

An die Aushebung für das stehende Heer oder die Flotte schließt sich die Zuteilung an den bestimmten Truppenkörper zu sofortiger Verwendung der begründeten Pflicht vermittelst des so bewirkten Dienstantritts. Es kann aber dieser zweite Zeitpunkt auch hinausgeschoben werden auf einen späteren Termin. So bei den nach der Aushebung vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten (R.Mil.Ges. § 34 u. § 56 Ziff. 2). Ihre Rechtslage ist vergleichbar der der ausgewählten Schöffen zwischen der Benachrichtigung davon und der ersten Sitzung. Nur stehen sie unter schärferer Überwachung und werden für gewisse strafrechtliche Bestimmungen wirklichen Angehörigen des Soldatenstandes schon gleichbehandelt: Stf.G.B. §§ 112 u. 141; R.G. Stf.S. 15. Dez. 1894 (Reger XV S. 206).

zieht sich durch die tatsächliche Einreihung oder Einstellung des Dienstpflichtigen in das öffentliche Unternehmen, dem seine Dienste gewidmet sein sollen, das Gericht, das Heer.

Der Gang ist übereinstimmend der, daß der dienstpflichtig Gewordene Weisung hat, wann und wo er erscheinen soll, um dem öffentlichen Unternehmen, der staatlichen Anstalt, die seiner bedarf, zur Verfügung zu sein. Ungehorsam gegen diesen Befehl ist mit rechtssatzmäßiger Strafe bedroht[13]. Beim Heerdienst kommt noch hinzu der Erfüllungszwang durch Anwendung von Gewalt, die Zwangseinstellung des unsicheren Heerespflichtigen[14].

Ist er zur Stelle, so bemächtigt sich diese Anstalt seiner. Sie erfaßt ihn durch ihre Leute und ihre Einrichtungen, fügt ihn ein in ihren Betrieb. Der Gerichtsdiener zeigt den zum Schöffendienste Einberufenen die Türe des Beratungszimmers; indem dieser eintritt und vom Amtsrichter oder von dem anderen Schöffen begrüßt wird oder auch als erster den Anfang macht mit dem sich heute bildenden Schöffengericht, geht die bedeutungsvolle Wandlung in seiner Rechtslage vor sich. Ebenso bei dem in der Kaserne sich meldenden Rekruten, den der Unteroffizier sofort auf die Mannschaftsstube geleiten läßt: der Mann wird hier mit diesem unscheinbaren Vorgang rechtlich ein ganz anderer Mensch, was ihm natürlich erst allmählich zum Bewußtsein kommt[15]. Immer ist es solches rein Tatsächliche, was wirkt. Menschliche Tätigkeit gehört dazu. Aber auf seiten des Staates kein Urteil, kein Verwaltungsakt, kein obrigkeitlicher Ausspruch, auf seiten des Dienstpflichtigen kein rechtsgeschäftlicher Wille, auch keine die Auferlegung des neuen Pflichtverhältnisses rechtfertigende Unterwerfung: der Rechtserfolg des Vorgangs ist ganz der gleiche, wenn der unsichere Heerdienstpflichtige trotz seines Sträubens gewaltsam hereingeschleppt und in entsprechender Weise empfangen wird[16].

Bei Gerichtsdienst wie bei Heerdienst knüpft sich an die ver-

---

[13] G.V.G. §§ 56 u. 96 (eine „Ordnungsstrafe" von 5 bis 1000 Mk.). R.Milit.-Ges. § 33 Abs. 1.

[14] R.Mil.Ges. § 33 Abs. 2.

[15] Er tritt in den Soldatenstand ein, was ja geradezu ein besonderes Standesrecht bedeutet, in strafrechtlicher Hinsicht wie in bezug auf den Gerichtsstand, und Vorzüge gegenüber der Zwangsvollstreckung, der Besteuerung, dem Justizzwangsdienst mit sich bringt, Benachteiligungen in Wahlrecht, Vereinsrecht, Gewerbefreiheit. Vgl. Laband, St.R. IV S. 218 ff.

[16] Schlagend R.Mil.Ges. § 38 A Ziff. 3: Zu den Militärpersonen des Friedensstandes gehören . . . „die ausgehobenen Rekruten von dem Tage, mit welchem ihre Verpflegung durch die Militärverwaltung beginnt". Reine Tatsache!

wirklichte Dienstpflicht die Vereidigung, zum Zeichen wieder, daß es sich um öffentliche Dienstpflicht handelt[17]. Dieser feierliche Akt begründet aber die Dienstpflicht hier so wenig wie beim berufsmäßigen Staatsdienst. Die Dienstpflicht selbst ist ja durch die Kundgabe der Auswahl oder Aushebung entstanden. Die wirkliche Dienstzeit des Schöffen aber, der in der Sitzung vereidigt wird[18], hatte schon begonnen dadurch, daß der Vorsitzende ihn aus dem Beratungszimmer herauskommen hieß; und der Fahneneid wird erst geleistet, wenn der Soldat so weit ist, daß er öffentlich gezeigt werden kann, und zu dem Ende den Soldatenstand mit seinen Wirkungen schon einigermaßen erlebt hat.

Der neue Rechtszustand, den wir wirkliche Dienstzeit, verwertete Dienstpflicht nennen, führt beim Heer den Namen aktive Dienstpflicht. Der Name trifft auch für die Justizdienste zu, indem nun erst die Tätigkeit stattfindet, auf die es dem Staate ankommt; nur ist es eben doch überall keine andere Dienstpflicht als die durch die Aushebung begründete, welche durch die Einreihung dahin gelangt, ihre ganze Kraft zu entfalten.

Diese Kraft erweist sich vor allem darin, daß nun der Dienstpflichtige eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis. Er steht für das, was er vermöge seiner verwirklichten Dienstpflicht schuldet, fortan unter der Leitung der nach Ordnung der Anstalt zur Verwertung der zugehörigen Dienstpflichten Berufenen: des Gerichtsvorsitzenden, des Kaisers, des Kontingentsherrn, der Offiziere, Unteroffiziere usw. Diese Leitungsgewalt steht über beiden, Justizdienst wie Heerdienst. Bei dem letzteren verdichtet sich zugleich das Dienstverhältnis zu der alles aufsaugenden militärischen Dienstgewalt, von welcher unten § 45, I noch weiter die Rede sein wird. Daß ein solches Gewaltverhältnis gemäß der einmal begründeten Dienstpflicht sich von selbst aufbaut auf der Tatsache des Eintritts in den besonderen Machtbereich der öffentlichen Verwaltung, dem die Dienstpflicht gewidmet ist, bietet nichts Außerordentliches: auch bei dem Gewaltverhältnisse, das die Ordnungen der Finanzbefehle trägt, war schon Ähnliches zu beobachten[19].

---

[17] Vgl. oben S. 245 u. 270.

[18] G.V.G. § 51.

[19] Vgl. oben Bd. I S. 371. Bei den Gewaltverhältnissen des Finanzrechts kann sogar ein derartiges Tatsächliche allein, ohne vorausgehende besondere Verpflichtung, die Abhängigkeit begründen. Ein Beispiel oben Bd. I S. 391 Note 4. Ähnlich erzeugt auch schon die Tatsache der Aufnahme in den Betrieb einer öffentlichen Anstalt, um Gegenstand ihrer Wirksamkeit zu sein und ihre

Ist das Gewaltverhältnis beim Heerdienst ganz unverhältnismäßig kräftiger entwickelt als bei dem Justizdienst der Geschworenen und Schöffen, so hat der Dienstantritt dafür bei diesen eine Rechtswirkung, die der Einstellung des Soldaten fehlt: Geschworener und Schöffe haben ein Amt[20]. Das Gesetz bezeichnet es als ein Ehrenamt[21]. Als solches ist es äußerlich erkennbar durch das Fehlen der Besoldung; dem inneren Wesen des Ehrenamtes entspricht es dadurch, daß auch hier die Bürgerpflicht in Anspruch genommen wird zur Leistung der Dienste, deren die Justiz bedarf. Daß der Staat sich auf die freiwillige Erfüllung dieser Pflicht nicht verläßt, sondern mit geeigneten Mitteln, die ihm zur Verfügung stehen, nachhilft, ändert an dem Wesen des Ehrenamtes nichts. Hier ist nur die Nachhilfe so stark, daß der Staat die dazugehörige Dienstpflicht auch ohne und gegen den Willen des Inanspruchgenommenen entstehen läßt, einseitig durch den Willen seiner Behörde.

Das Verhältnis zwischen Amt und Dienstpflicht ist aber hier ein ganz anderes als bei der Anstellung im Staatsdienst. Während bei dieser das Amt als eine ständige Zugabe zur Dienstpflicht sich darstellt — die Dienstpflicht wird durch die Übertragung eines Amtes zur Amtspflicht, der Dienstpflichtige ist für seine Person ausgestattet mit dem Amte, und solange ihm das nicht wieder entzogen wird, ist seine Dienstpflicht verwirklichte, aktive Dienstpflicht, — kommt beim Geschworenen und Schöffen das Amt stets erst mit dem Dienstantritt im Einzelfalle zur Entstehung. Es wird ihnen nicht verliehen, sondern hängt sich kraft Gesetzes an die jedesmalige Anwesenheit bei Gericht zur Erfüllung der auferlegten Dienstpflicht[22]. Der Landrichter wie der Regierungsrat bringen

---

Vorteile zu genießen, ein solches Gewaltverhältnis. Vgl. unten § 52, I n. 2. — Die Leitungsgewalt, die wir hier von der Dienstgewalt unterscheiden, erscheint auch außerhalb des öffentlichen Dienstverhältnisses, bei den öffentlichen Lasten nämlich; vgl. unten § 47, II n. 3. Auf dem Gebiete des öffentlichen Dienstverhältnisses ist, wie oben schon ersichtlich, ihre Bedeutung nicht überall die gleiche. Beim Schöffen, der einem Dienstbefehl nicht unterliegt, steht sie allein; beim Soldaten wird sie umgekehrt durch den militärischen Dienstbefehl erdrückt. Es gibt öffentliche Dienstverhältnisse, bei welcher sie neben der Dienstbefehlsgewalt erscheint, die also einen dritten Fall darstellen: der Landgerichtsrat hat seinen Vorgesetzten, der ihm Dienstanweisungen geben kann, außerhalb der urteilenden Tätigkeit natürlich; er steht außerdem für die Sitzung unter der Leitungsgewalt des Vorsitzenden, der sein Vorgesetzter nicht ist. In dieser Hinsicht ist seine Stellung der des Schöffen gleich.

[20] Warum dies dem Soldaten fehlt, vgl. oben S. 252 u. 253.

[21] G.V.G. §§ 31 u. 84.

[22] Es wird auch nicht „angenommen“ von ihnen. Der Vorgang ist eher um-

ihr Amt mit in das Dienstgebäude; den Geschworenen und Schöffen erwartet es dort. Und umgekehrt nehmen jene ihr Amt wieder mit nach Hause, um es aus dem Privatleben heraus jederzeit wieder ausüben zu können, jederzeit einer etwaigen Inanspruchnahme der darin enthaltenen aktiven Dienstpflicht gewärtig zu sein und sich in ihrer ganzen Lebensführung dessen würdig zu erweisen, alles, bis daß das Amt oder die ganze berufsmäßige Dienstpflicht ihnen wieder entzogen ist. Der Geschworene und Schöffe läßt nach geschlossener Sitzung das Amt mit allen daran hängenden Pflichten bei Gericht; denn nur für die Dauer seiner jedesmaligen Anwesenheit bei Gericht zur Erfüllung der auferlegten Dienstpflicht hat das Gesetz es ihm geben wollen. Draußen ist er jedesmal wieder ein freier Mann.

Dieser tiefgehende Unterschied kommt zum Ausdruck darin, daß das Gesetz vom Geschworenen wie Schöffen nicht sagt, er *habe* ein Amt, sondern er „*versehe*" ein Amt. Aber auch darin, daß diese beiden, obwohl sie ein Amt auszuüben bekommen, doch deshalb *keine Beamten* sind. Das hängt nicht mit dem Ehrenamte zusammen; es gibt Ehren*beamte*. Sondern damit, daß sie keine *Beamteten* sind, nicht ausgestattet für ihre Person mit dem dieser anhaftenden Amte[28].

---

gekehrt, daß *sie* vom Gericht übernommen werden, geradeso wie nach Heerordnung § 11 Ziff. 6 die aktive Heerdienstpflicht entsteht durch „die Übernahme der Rekruten durch die Truppenteile". Daß sich dort an diese Tatsache nicht auch der Erwerb eines Amtes knüpft, ist ein nebensächlicher Unterschied für unsere Frage. Richtig *Loening*, Verw.R. S. 138 Note 1: „Es bedarf aber keiner Annahme des Amtes". Er fährt allerdings fort: „Schöffen und Geschworene, die sich ihren Obliegenheiten entziehen, sind mit Strafe bedroht, nicht weil sie der Pflicht, das Amt anzunehmen, nicht nachgekommen wären, sondern weil sie ihre Amtspflicht verletzt haben. Sie sind und bleiben Schöffen und Geschworene." Das ist die ungenaue Ausdrucksweise des täglichen Lebens, die als Schöffen, vorwegnehmend, schon den Mann bezeichnet, der ausgewählt, aber noch nicht einberufen ist, Schöffendienst zu tun, oder auch als Geschworenen den, der einstweilen nur auf der Jahresliste steht (G.V.G. § 90). Eigentlich gebührt ihm der Amtstitel erst, wenn er das Amt zu „versehen" beginnt. Vorher kann er auch keine „Amtspflichten" haben und folglich auch keine verletzen. Wer sich durch Nichterscheinen der Obliegenheit entzieht, Schöffe zu werden, verletzt seine Dienstpflicht, keine Amtspflicht.

[28] In diesem Sinne auch *Preuß*, Städt. Amtsrecht S. 72 f. — Wenn man als Grund hervorhebt die kurze Dauer des Amtes und die einzelnen Funktionen, zu denen es nur beruft (*Haelschner*, Stf.R. II, 2 S. 1033 u. Note 3; G. *Meyer-Anschütz*, D. St.R. § 143, 1), so ist wohl das gleiche gemeint, aber nur nach einem äußerlichen Symptom bezeichnet. — Der Umstand, daß das Amt auf Zwang oder „Untertanenpflicht" beruht (*Olshausen*, Stf.G.B. 9. Aufl. I S. 114 Note 10

4. Dieser Entfaltung der Zwangsdienstpflicht in stufenweise fortschreitender Bestimmtheit entspricht ihre Rückbildung in der gleichen Stufenfolge. Da jede Stufe die rechtliche Voraussetzung der nächsthöheren bildet, so fällt mit der unteren immer auch die obere hinweg. Dazu hat dann eine jede noch ihre selbständigen Erlöschungsgründe.

— Bei verwirklichter Dienstpflicht, also begonnener Dienstleistung, ist es Regel, daß die Erlöschungsgründe nur zum Ziele führen durch die zu erteilende Entlassung: der Dienstpflichtige ist in der Hand der leitenden Behörde und wird nur frei dadurch, daß sie diese Hand von ihm abzieht. Das kann aus-

---

Laband, St.R. I S. 434), kann nicht maßgebend sein; der „freie Willensentschluß", der allein den Beamten ausmachen soll, ist auch beim Amtsvorsteher und Kreisausschußmitglied nicht vorhanden. Laband a. a. O. Note 2 verkennt das nicht. „Es gibt allerdings Fälle usw." meint er, befriedigt sich aber damit, das als „Zwischenbildung" zu bezeichnen.

Von der jetzt unter N. 3 dargestellten letzten Entwicklungsstufe der Zwangsdienstpflichten aus wird ein zusammenfassender Rückblick am Platze sein. Für Heerdienst und Gerichtsdienst bedeutet diese „aktive Dienstpflicht", mag sie sonst auch abweichend zum Ausdruck kommen, übereinstimmend die eröffnete Möglichkeit der Betätigung für den Staat; daher auch jetzt die Leitungs- und die Dienstgewalt. Dem entspricht bei der Anstellung im Staatsdienst die Verleihung des Amtes. Die Entstehung der Dienstpflicht ist immer vorausgesetzt und unterscheidbar. Dahinter steht dann übereinstimmend noch die Verpflichtbarkeit: Anstellungsfähigkeit, Berufbarkeit zum Schöffenamte, Wehrpflicht. Diese Gegenüberstellung gibt Laband, St.R. I S. 441, in folgendem Satz: „Die vertragsmäßige Dienstpflicht verhält sich zur wirklichen Amtsführung wie die gesetzliche Wehrpflicht zum aktiven Militärdienst oder wie die gesetzliche Gerichtspflicht zur effektiven Ausübung des Geschworenen- oder Schöffenamtes." Als „vertragsmäßige Dienstpflicht" bezeichnet Laband die durch Anstellung begründete. „Wirkliche Amtsführung" ist schon zu sehr zugespitzt auf den Gleichklang mit der „effektiven Ausübung des Geschworenen- oder Schöffenamtes", das ja nur in solcher „effektiven Ausübung" überhaupt erscheint; der Berufsbeamte verbleibt aber auf der obersten Entwicklungsstufe seiner Dienstpflicht, solange er das Amt hat, auch wenn er es im Augenblick nicht ausübt, sondern etwa auf Urlaub ist. Die „gesetzliche Wehrpflicht" entspricht nicht dem durch Anstellung begründeten Staatsdienstverhältnisse (der „vertragsmäßigen Dienstpflicht"), sondern entspricht unserer Verpflichtbarkeit. (So auch Laband, St.R. IV S. 137: „Die Wehrpflicht an sich erzeugt keine subjektive Verpflichtung zu einer bestimmten militärischen Dienstleistung" . . . sie ist „nur der Inbegriff derjenigen gesetzlichen Voraussetzungen usw.") Es gibt keine Steigerung vom Geschworenenamt bis zur effektiven Ausübung des Geschworenenamtes, sondern das Geschworenenamt besteht überhaupt nur, solange es effektiv ausgeübt wird.

Gerade weil wir im wesentlichen übereinstimmen, mag es nützlich sein, diese kleinen, aber keineswegs gleichgültigen Abweichungen hervorzuheben.

drücklich geschehen oder erkennbar werden aus anderen Willensäußerungen[24].

Auf diese Weise wird hier die Dienstleistung zu Ende gebracht, wenn durch Unwürdigwerden oder körperliche Gebrechen die Verpflichtbarkeit und damit die darauf gegründete Dienstpflicht aufhören.

Für sich allein, also unter Fortdauer der Dienstpflicht, endet so die Dienstleistungszeit, wenn das dafür gesetzte Maß erfüllt ist: die Sitzung und die etwa daran geknüpfte Beratung ist für geschlossen erklärt, die Dienstzeit im aktiven Heere abgelaufen. Hier besteht dann auch ein Recht auf Entlassung.

In anderen Fällen kann sie aus Billigkeitsgründen gewährt werden; da ist dann von einem Rechtsanspruch keine Rede[25].

— Die auferlegte Dienstpflicht außerhalb der Dienstzeit endigt gleichfalls mit der Verpflichtbarkeit.

Außerdem hat auch sie ihr Maß. Dieses kann so berechnet sein, daß es sich zusammensetzt aus den verschiedenen Dienstleistungseinheiten, die auf Grund einer solchen Dienstpflicht gefordert werden dürfen. Ist dieses Maß erfüllt, so ist dann nicht nur die letzte Dienstleistungszeit, sondern auch die ganze zugrunde liegende Dienstpflicht erledigt; die Entlassung aus der letzten Dienstleistung ist die Entlassung aus der begründeten Dienstpflicht überhaupt. So bei Geschworenen und Schöffen. Es kann statt dessen für die Dienstpflicht eine Dauer unmittelbar gesetzt sein, innerhalb deren dann für die einzelnen Dienstleistungszeiten einzuberufen ist. So beim Heerdienst. Da wird dann die Endigung der Dienstpflicht möglicherweise gleichfalls mit der Entlassung aus der letzten Dienstleistung zusammentreffen; aber das ist nicht notwendig der Fall[26].

Die Dienstpflicht, die zwischen den einzelnen Dienstleistungszeiten bestehen bleibt, ist eine ruhende. Sie macht sich bei den Justizdiensten rechtlich nicht bemerkbar anders als in der Notwendigkeit, sich einzurichten, daß man zu Beginn der neuen Dienstleistung bei der Hand sei. Die Heerdienstpflicht äußert sich auch in diesem ruhenden Zustand durch Hilfsverpflichtungen, die sie auferlegt, und Beschränkungen der freien Bewegung[27].

---

[24] Ähnlich wie bei der Anstellung im Staatsdienst durchweg; vgl. oben S. 276.

[25] Dahin gehören die Fälle der Entlassung zur Disposition der Ersatzbehörden oder Beurlaubung zur Verfügung der Truppenteile (R.Mil.Ges. § 56 Ziff. 3 u. 4; §§ 51—54).

[26] R.Verf. Art. 59; Wehrges. v. 9. Nov. 1867 § 6 Abs. 6.

[27] Ähnlich wie vor ihrer Begründung (vgl. oben S. 296), nur natürlich

— Die Verpflichtbarkeit endet durch Eintritt von Unfähigkeit oder Unwürdigkeit oder Wirksamwerden eines Befreiungsgrundes, von selbst, ohne Entlassung. Mit Wegfallen eines solchen Grundes kann sie wieder lebendig werden.

Der ordentliche Endigungsgrund ist die Erfüllung der auferlegten Dienstpflicht. Diese wirkt bei der umfangreichen Heerdienstpflicht schlechthin; bei den Justizdiensten schützt sie nur für eine von der geschehenen Dienstleistung ab zu berechnende Schonzeit in der Form eines Ablehnungsrechts, das dem in Anspruch Genommenen zuerkannt wird gegen die neu aufzulegende Dienstpflicht[28].

II. Das übernommene Ehrenamt. Der Zwangsdienstpflicht stellen wir nicht die dem Ehrenamte entsprechende Dienstpflicht gegenüber; denn auch zu der Zwangsdienstpflicht gesellt sich in wichtigen Fällen ein zu versehendes Ehrenamt und läßt jene als eine Amtspflicht erscheinen. Worauf es uns ankommt ist vielmehr, daß die zum Ehrenamte gehörige Dienstpflicht, statt durch eine vorausgehende Auferlegung selbständig begründet und bei der Führung des Ehrenamtes nur verwendet und verwertet zu sein, hier erst mit dem Rechtsvorgang der Annahme des angetragenen Amtes fertig wird. Das übernommene Ehrenamt, von dem allein wir deshalb hier sprechen, bedeutet auf diese Weise eine besondere Art der Begründung einer öffentlichen Dienstpflicht. Das

---

noch schärfer; vor allem kommen hier die Kontrollversammlungen hinzu. Laband, St.R. IV S. 108 ff. — In dieser Zwischenzeit heißen die hier behandelten Dienstpflichtigen „Mannschaften des Beurlaubtenstandes". Da ist denn hervorzuheben, daß es sich hier nicht um einen Urlaub handelt von der oben § 43 Note 25 erwähnten Art. Einen solchen Urlaub gibt es ja für den Soldaten auch neben dem Übertritt in den Beurlaubtenstand und im Gegensatz zu ihm. Aber hier wird das Dienstverhältnis, die auferlegte Dienstpflicht selbst, außer Wirksamkeit gesetzt mit Vorbehalt jener Hilfsverpflichtungen einerseits und der Wiederinkraftsetzung durch Neueinberufung zur Dienstleistung andererseits. Dem Reservisten geht es ganz so wie dem Schöffen zwischen seinen Sitzungen: sie behalten beide ihre Dienstpflicht, aber ohne die rechtliche Möglichkeit, sie zu betätigen. Daß man diese Möglichkeit beim Schöffen Amt nennt, beim Soldaten nicht, macht keinen wesentlichen Unterschied. Deshalb besteht auch für beide einstweilen eine Dienstgewalt nicht. — Laband, St.R. IV S. 166, will die größere Schärfe dieser „Beurlaubung" dadurch genügend zum Ausdruck bringen, daß er den Reservisten bezeichnet als „von den Fahnen beurlaubt"; „die Fahnen", das ist die lebendige Heeresanstalt, von der der „Beurlaubte" hier getrennt wird. Außerdem erläutert er den Zustand in gleichem Sinne damit, „daß die Pflicht zum aktiven Militärdienst quoad jus fortdauert, quoad exercitium aber suspendiert ist".

[28] G.V.G. § 35 Ziff. 2, § 91 Abs. 2.

Ehrenamt, das bei der Zwangsdienstpflicht als ein bloßes Anhängsel erscheint, steht hier von vornherein im Mittelpunkte des ganzen Rechtsinstituts und gibt ihm seine Eigenart in allen Einzelheiten. Auch gegenüber der Anstellung im Staatsdienst wird dieser Gegensatz wirksam; einerseits kann zwar bei dieser Amt- und Dienstpflicht ebenfalls mit einem Schlage zur Entstehung kommen, doch wahrt dort immer noch die Dienstpflicht eine gewisse Möglichkeit gesonderten Daseins; und andererseits tritt gerade gegenüber dem Berufsamt, mit dem wir dort zu tun hatten, die Besonderheit des Ehrenamtes an den rechtlichen Bestimmtheiten der hier zu betrachtenden Art von Dienstpflicht auf das deutlichste zutage.

1. Wie oben S. 294 einleitend bemerkt wurde, handelt es sich beim Ehrenamt überall darum, daß auf den, der damit belastet werden soll, von seiten der Obrigkeit eine Einwirkung geübt wird, um das an ihm zustande zu bringen. Bei der Zwangsdienstpflicht des Geschworenen und des Schöffen wird das Ziel in der unmittelbarsten Weise erreicht durch Auferlegung der Dienstpflicht. Auch bei der öffentlichen Dienstpflicht des übernommenen Ehrenamtes fehlt eine solche Einwirkung nicht; sie erscheint aber hier in der Form eines moralischen oder rechtlichen Druckes auf den Willen des zu Verpflichtenden, damit er sich zur Übernahme des Amtes und damit der Pflicht bereit finde[29]. Der Kreis derer, denen das für jede der dafür in Betracht kommenden Ämterarten von der Obrigkeit zugemutet werden darf, die also einem solchen Drucke ausgesetzt sein sollen, wird durch das Gesetz bestimmt, unmittelbar

[29] Vgl. oben Note 4. — Man kann auf eine Unterscheidung der Art und Kraft des obrigkeitlichen Druckes, der die erforderliche Dienstpflicht hervorbringt, verzichten und alle Ehrenämter zusammenfassen unter dem Gesichtspunkte dieses Druckes im allgemeinen oder, wie Laband es nennt, der „Erfüllung der Untertanen- oder Bürgerpflicht“ (St.R. I S. 433). Man kann auch an eine Einteilung nach drei Gruppen denken: Ämter mit auferlegter Dienstpflicht, durch Bedrohung mit rechtlichen Nachteilen besetzte, durch Inanspruchnahme des Bürgersinns untergebrachte. Wie sehr die beiden letzteren Fälle zusammengehören, ist sofort schon einleuchtend, wird aber noch deutlicher werden. Wir unterscheiden daher nur zwei Gruppen, nach vis absoluta und vis compulsiva, wenn der Ausdruck gestattet ist. — Eine andere, ziemlich verbreitete Einteilung faßt unter dem Namen Zwangsdienstpflichten oder Pflichtehrenämter die beiden ersten Arten, auferlegte Dienstpflicht und Bedrohung der Nichtannahme mit Rechtsnachteilen, unterschiedslos zusammen, erhält also gleichfalls nur zwei Gruppen. So Gareis, Allg. St.R. S. 148; Sarwey, Württ. St.R. I S. 230; G. Meyer-Anschütz, St.R. § 225 n. 1; Fölsche, Ehrenamt S. 114 ff. Die Sache sieht aber hier nur deshalb so glatt aus, weil man Begründung der Dienstpflicht und Begründung des Amtes nicht klar genug auseinanderhält. Vgl. unten Note 41.

oder durch den Rechtssatz der von ihm ermächtigten Verordnung oder körperschaftlichen Satzung. Dabei kommt es einerseits an auf die Fähigkeit des Mannes zu dem zu verwaltenden Amte, andererseits auf ein besonderes Verhältnis zu den zu besorgenden Angelegenheiten, wonach er wohl berufen erscheint, ein Opfer dafür zu bringen, als Gemeindeglied, Staatsangehöriger, Gewerbsgenosse. Die also Bezeichneten bilden also hier wieder einen abgegrenzten Kreis der Verpflichtbarkeit. Nur bedeutet das eben nicht in der gleichen Weise wie bei der Zwangsdienstpflicht für den darin Begriffenen unmittelbar schon die Zulässigkeit der Auferlegung der Dienstpflicht selbst, sondern nur die Möglichkeit, zu versuchen, ob man es dahin bringt, daß er will. Deshalb bekommt die Verpflichtbarkeit hier von vornherein nicht die strenge Rechtsgestalt: es findet keine Aufstellung besonderer Listen statt und kein Bereinigungsverfahren dafür.

2. Die Ausstattung mit dem Ehrenamte erfolgt stets durch einen Willensakt der dazu befugten Stelle, der nur in seiner Wirkung bedingt ist durch die Annahme von seiten des dazu Ausersehenen. Er erscheint in zweierlei Form:

— In erster Linie wird die Berufung zum Ehrenamt wieder die ordentliche Gestalt des obrigkeitlichen Ausspruchs annehmen, die des Verwaltungsaktes: sie geschieht durch Ernennung. Die geht dann aus von einer Stelle, welche fähig ist, Verwaltungsakte zu erlassen, vom Fürsten selbst oder von einer Behörde. In dieser Weise erfolgt die Bestellung des Handelsrichters und des Wahlkonsuls. Der Eigenart des Ehrenamtes entspricht es aber, daß die Ernennung dazu oft gebunden erscheint durch Vorschlagsrechte (Handelsrichter[30], preußischer Amtsvorsteher[31], Reserveoffizier[32]),

---

[30] G.V.G. § 112 (Vertretung des Handelsstandes).

[31] Kreisordn. v. 13. Dez. 1872 § 56 Abs. 2 (Kreistag).

[32] Heerordnung § 47 (Offizierkorps). Der Reserveoffizier ist kein Berufsbeamter. Laband, St R. IV S. 184, nimmt an, daß es sich bei ihm einfach um die gesetzliche Heerdienstpflicht handle, die nur in „modifizierter" Weise erfüllt werde, wie beim Einjährig-Freiwilligen auch. Für diesen letzteren trifft es zu; er erfüllt die gemeine Dienstpflicht mit Vergünstigungen und Erschwerungen. Beim Reserveoffizier dagegen wird durch die Ernennung die gesetzliche Dienstpflicht ersetzt durch die auf die Ernennung begründete. Jene schuldete er seinem Landesherrn, um sie in irgendeinem deutschen Kontingent zu erfüllen; diese schuldet er dem Kontingentsherrn, der ihn ernannt hat; dem letzteren hat er den Fahneneid zu schwören gehabt, und wenn er nachher in ein anderes Kontingent eintreten soll, so muß er von ihm entlassen werden. Laband a. a. O. S. 187 begründet das durch die Bemerkung: „Sie haben nicht nur eine Dienstpflicht,

möglicherweise sogar durch ein eigenes Recht des zu Bestellenden selbst (preußischer Gutsvorsteher[33]).

— Die Berufung zum Ehrenamte kann statt dessen auch geschehen durch Wahl. Und zwar handelt es sich nicht um den ernennenden Beschluß eines behördlichen Kollegiums, den man wohl auch als Wahl bezeichnet[34], sondern um eine staatsbürgerliche

---

sondern bekleiden zugleich eine bestimmte Dienststelle." Sie haben aber eine Dienststelle und die dieser entsprechende Dienstpflicht und werden auch nicht bloß aus der Dienststelle entlassen, sondern aus der Dienstpflicht gegenüber dem alten Kontingentsherrn und damit aus der Stelle. Labands Satz: „Die Grundlage des ganzen Verhältnisses bleibt immer die gesetzliche Dienstpflicht", ist richtig, sofern das neue freiwillig übernommene Dienstverhältnis die gesetzliche Reservepflicht zur Voraussetzung hat und Art und Maß der übernommenen Lasten sich danach richten. Ebenso richten sich aber auch die freiwillig übernommenen Pflichten des jungen Berufsoffiziers nach der gesetzlichen aktiven Dienstpflicht, die ihm sonst obläge und durch das zu begründende besondere Verhältnis ersetzt werden soll, mit dessen Wegfall sie wieder lebendig zu werden vermöchte. Von bloßen Modifikationen der gesetzlichen Dienstpflicht kann im einen Falle so wenig die Rede sein wie im anderen.

Da also weder der berufsmäßige Heerdienst, noch der gesetzliche hier zutreffen, so sind wir auf die Kategorie des übernommenen Ehrenamtes verwiesen, wenn wir nicht geradezu annehmen wollen, der Reserveoffizier sei juristisch eine Sache für sich. Der Heerdienst hat gegenüber den anderen Dienstpflichten seine Besonderheiten, so auch die militärische Ehrenamtsdienstpflicht; wir werden natürlich unsere Auffassung im einzelnen durchzuführen haben, da wird sich das erläutern. Daß man hier nicht gern von Ehrenamt spricht, ist erklärlich; man nennt ja auch den Berufsoffizier nicht einen Berufsbeamten, obwohl er es ist. Auch würde sich das Standesgefühl sehr dagegen sträuben, daß das Wörtlein Ehre für einen Teil der Offiziere so vorweg in Anspruch genommen würde.

[33] Preuß. L.G.O. § 125. Der Gutsbesitzer hat den Anspruch, zum Gutsvorsteher bestellt zu werden, kraft seines Besitzes, vorausgesetzt, daß er persönlich befähigt sei, insbesondere, da es sich um ein öffentliches Amt handelt, die Reichsangehörigkeit besitze (a. a. O. § 124 Abs. 1 Ziff. 2). Die Bestätigung des Landrates, durch welche Amt und Dienstpflicht erst entstehen, kann nur mit Zustimmung des Kreisausschusses versagt werden. Über seinen Stellvertreter vgl. oben § 43, III n. 2. Daß dieser letztere kein Ehrenbeamter ist, muß einleuchten; der Gutsbesitzer selbst aber kann nur hierher gerechnet werden.

[34] Fölsche, Das Ehrenamt S. 23 ff., behandelt die Wahl als eine „Art der Übertragung des Ehrenamtes" und führt dabei auf: die „Wahl" der Geschworenen durch das Landgericht nach G.V.G. § 89 (die keine Wahl ist, sondern eine Auswahl durch Gerichtsbeschluß; vgl. oben Note 11), die Wahlen zum Preußischen Abgeordnetenhause (wobei es sich doch überhaupt nicht um zu besetzende Ämter handelt; vgl. oben § 42 Note 14), und die Wahl der unbesoldeten Magistratsmitglieder durch die Stadtverordneten (S. 101), der Mitglieder der Steuerveranlagungskommission durch die Gemeindevertretung (S. 103). Nur die beiden letztgenannten Fälle gehören hierher. Wenn sie mit den anderen zusammengeworfen werden, so erleichtert das nicht das Verständnis.

Wahl, ausgehend von nicht im Amte stehenden Untertanen. Es ist eine Besonderheit der öffentlichen Dienstpflicht, daß bei ihrer Begründung der Verwaltungsakt durch diese Wahl ersetzt werden kann. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie die gleiche, durch die auch Volksvertreter oder Gemeindevertreter bestellt werden oder durch die solche Vertreter ihrerseits die Vertreterschaft weitergeben. Soweit das Gesetz das so ordnet, vermag sie auch, statt der Vertreterschaft, Amt und Amtspflicht zu begründen. Man hat hier, mit vollem Bewußtsein, ein demokratisches Element in unsere neuzeitliche Verwaltungseinrichtung hineingestellt; das Wahlamt weist auf den anderen Pol unseres Verfassungsstaates hin: führt der Verwaltungsakt, die Ernennung, im letzten Grunde immer auf den Fürsten zurück, so die Bestellung von öffentlichen Beamten durch Wahl auf das Volk oder engere Kreise davon[35].

Der natürliche Sitz des Wahlamtes sind die unteren Gemeinwesen, die Ortsgemeinden: Magistratsmitglieder, Stadträte, Bürgermeister, Ortsvorstände verdanken ihr Amt solcher Wahl. Es handelt sich um Ehrenämter; von da aus ist der Schritt nicht weit, um auch den Berufsbürgermeister, den besoldeten Stadtrat in gleicher Weise bestellen zu lassen; wir verweisen wegen dieser zurück auf die Lehre von der Anstellung im öffentlichen Dienst[36]. Aber das Ehrenamt ist hier immer des Wahlrechts liebstes Kind. Es stellt später nicht bloß Ehrenämter für das besondere Gemeinwesen, dessen Glieder die Wähler bilden. Sondern in steigendem Maße hat die neuere Gesetzgebung die Wahl herangezogen auch zur Besetzung staatlicher Ehrenämter, die mitzuwirken haben bei der Bildung staatlicher Behörden. So die vom Provinzialausschuß, der Vertretung der Provinz als Selbstverwaltungskörper, gewählten Laienmitglieder des Provinzialrates und des Bezirksausschusses, desgleichen die von der Kreisversammlung gewählten Mitglieder des Kreisausschusses[37]. Das Reichsrecht liefert vor allem die ehrenamtlichen Beisitzer der Versicherungsbehörden, die als „Versicherungsvertreter" von Vertretern der beteiligten Bevölkerungskreise zu wählen sind[38].

[35] Von Haus aus dient die Wahl der Bestellung von nichtbeamteten Vertretern im Verfassungsrecht des Staates, der Gemeinden und anderen öffentlichen Körperschaften. Mit der Begründung von Dienstpflichten greift sie dann herein in die hier zu erörternden Lehren. Wir werden auf diese Dinge unten § 59, II n. 1 zurückkommen.

[36] Vgl. oben § 43 Note 12.

[37] L.V.G. § 10, § 28 Abs. 3; Kr.Ord. § 131.

[38] R.Vers.Ord. § 35 ff. Vgl. auch Gew.G.Ges. v. 1. Jan. 1902 § 20.

Wie bei der Ernennung das Vorschlagsrecht unterer Stufen, so spielt bei der Wahl das Bestätigungsrecht einer höheren Stufe seine Rolle. Der gewählte Bürgermeister oder Stadtrat bedarf der königlichen Bestätigung[39]. Oder es hat wenigstens der Berufsbeamte den Ehrenbeamten, der mit ihm zusammenarbeiten soll, durch förmliche Verpflichtung zur Erfüllung seines Dienstes in diesen einzuführen[40].

3. Ernennung und Wahl werden wirksam durch Kundgabe an den, für welchen sie ergangen sind. Seine Annahme ist Bedingung der Rechtsgültigkeit. Um sie herbeizuführen, wird die etwa erforderliche Einwirkung auf ihn geübt[41].

---

[39] Vgl. oben Note 33; unten § 59 Note 36.

[40] R.Vers.Ord. § 53 Abs. 1.

[41] Es handelt sich um die Annahme von Dienstpflicht und Amt zugleich, um die Unterwerfung unter den Akt, der beides auflegt. Eine Willenserklärung rechtsgeschäftlicher Art liegt darin, insofern die Rechtsgültigkeit dieses Aktes dadurch herbeigeführt werden soll. Sie wird regelmäßig in ausdrücklicher Weise erfolgen, darauf ist schon aus Zweckmäßigkeitsgründen zu halten. So bei der Ernennung des Reserveoffiziers, wo man sich das Wichtigste der zu übernehmenden Verpflichtungen vorher schriftlich versprechen läßt (Heerordnung § 48 Ziff. 3a); Laband, St.R. IV S. 185 Note 2, scheint mir die Bedeutung dieser Maßregel zu überschätzen, wenn er darin einen Beweis sieht, daß die besonderen Verpflichtungen, die den Offizier ausmachen, nicht durch eine Verfügung des Staates, sondern durch einen Willensakt des Wehrpflichtigen begründet werden. — Es ist auch eine stillschweigende Annahme nicht ausgeschlossen; das ändert nichts am Wesen des Vorgangs.

In dieser Bedeutung der Annahme liegt der Gegensatz zu der Begründung des Schöffen- und Geschworenenverhältnisses. Die Begründung der Dienstpflicht bedarf dort überhaupt keiner Annahme, sondern geschieht durch die obrigkeitliche Wahl schlechthin einseitig, daher Zwangsdienst. Das Amt findet sich dann dazu durch den tatsächlichen Beginn der Erfüllung jener Pflicht und Eintritt in die gerichtliche Tätigkeit, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Annahmeerklärung; vgl. oben Note 22. Dieses Sich-Einfügen in den Dienst mag man ja am Ende auch eine „Annahme" der zugemuteten Rechtslage nennen, das ist sie aber in keinem anderen Sinne wie bei dem Heerdienstpflichtigen, der sich in das Regiment einstellen läßt (vgl. oben Note 22)

G. Meyer-Anschütz, St.R. § 225 Note 2, will diesen Unterschied zwischen den übernommenen Ehrenämtern der Verwaltung einerseits, dem Schöffen- und Geschworenendienst andererseits nicht zugeben; „wenn man in der tatsächlichen Leistung der Amtspflichten (bei jenen Verwaltungs-Ehrenämtern)", meint er, „eine stillschweigende Annahme sieht, so kann auch in dem Erscheinen der Schöffen und Geschworenen bei der Sitzung eine stillschweigende Übernahme der Funktionen erblickt werden". Eine Übernahme der Funktionen — ja; die Frage ist nur, ob das einen Rechtsakt der Annahme von Amt und Amtspflicht bedeuten soll; ganz übersehen wird aber, daß die Hauptsache, die öffentliche Dienstpflicht, hier schon

Die Beweggründe, die ihn bestimmen können, sich durch Übernahme des Amtes für das Gemeinwohl zu betätigen, liegen schon in seiner gesellschaftlichen Stellung und wirken von selbst. Erforderlichenfalls genügt eine geringe Nachhilfe durch Vorhalt der Behörde, um sie durchdringen zu machen[42].

Soweit es das für zweckmäßig erachtete, hat das Gesetz das Gewicht dieses Druckes zu verstärken gesucht, indem es Strafen androhte für die Ablehnung des angetragenen Amtes (Pflichtehrenamt). Die Strafen bestehen in Entziehung der Fähigkeit zu wählen und gewählt zu werden und ein Amt zu führen für den Verband, dem man hätte dienen sollen, also in eigentlichen Ehrenstrafen. Es findet auch wohl eine verhältnismäßig stärkere Heranziehung statt zu den Abgaben dieses Verbands, sogenannte Steuerstrafen. Oder es sind Geldstrafen darauf gesetzt, durch einen gewissen Höchstbetrag begrenzt, als Ordnungsstrafen bezeichnet[43].

---

vorher begründet worden ist, und dieses zweifellos, ohne daß es irgendwie von einer Annahme abhinge.

[42] Bei gewissen Ämtern wirkt der Ehrenpunkt besonders kräftig, so daß irgendwelche rechtliche Nachteile auf die Ablehnung nicht gesetzt zu werden brauchten. So beim Wahlkonsul und beim Reserveoffizier. Für den ersteren mag das Lockende der mit dem Amte verbundenen Ehrenauszeichnung vor allem in Betracht kommen; auch beim Reserveoffizier spielt das seine Rolle, doch wirkt hier noch mehr die echte Triebfeder des übernommenen Ehrenamtes: dem Vaterlande den Dienst nicht zu verweigern, den zu leisten man für fähig und berufen angesehen werden kann.

Beim Wahlkonsul wird derartiges auch nicht fehlen. Der deutsche Kaufmann im Ausland, der das Amt übernimmt, wird gern damit auch eine vaterländische Bürgerpflicht erfüllen, zugleich mag es auch als Standespflicht erscheinen, den Berufsgenossen gegenüber. Dies letztere, neben den vorhin erwähnten Ehrenvorteilen, wirkt bei dem Ausländer, der unser Wahlkonsul werden soll, allein. Dieses öffentliche Amt hat ja auch die Besonderheit, daß sein Träger Ausländer bleiben kann, die es allerdings mit dem des Berufskonsuls teilt; Staatsangehörigkeitsges. § 15 Abs. 1. Die Bestimmung des § 14 Abs. 2, welche den Erwerb der Staatsangehörigkeit an die Ernennung zum Offizier oder Beamten des Beurlaubtenstandes nicht knüpft, ist wohl nur auf die Vermeidung einer doppelten Staatsangehörigkeit gemünzt (Entw. in Drucks. d. R.T. 1912 n. 6 § 10).

[43] Zusammenstellung bei Fölsche, Ehrenamt S. 127 ff. Für den Gutsbesitzer, der das Ehrenamt eines Gutsvorstehers übernehmen soll, liegt ein gewisser Zwang darin, daß ein Stellvertreter auf seine Kosten ernannt werden kann (L.G.O. § 126). Auch auf die Nichterfüllung der Zwangsdienstpflicht sind ja Strafen angedroht; vgl. oben Note 13. Die Sache liegt aber rechtlich anders wie hier. Fölsche a. a. O. S. 132 unterscheidet: „Der erste (der zum Versicherungsamt Gewählte) wird bestraft, weil er nicht das Amt übernehmen will, der zweite (der zum Schöffendienst Berufene), weil er, obwohl er ein Amt hat, dessen Pflichten

Alle diese Strafen werden von den leitenden Stellen ausgesprochen. Sie sind keine Zwangsstrafen. Ihr Zweck ist überall eine Beschämung des Ablehnenden durch diese handgreifliche Mißbilligung von seiten der Obrigkeit[44].

Soweit solche Strafen nicht zur Verfügung stehen, wird man auch hier, wie bei der Anstellung im Staatsdienst, sich vor der Ernennung sorgfältig erkundigen, ob der in Aussicht Genommene einwillige, mit dem Ehrenamte belastet zu werden. Die kundgegebene Ernennung wird dann wie dort das Vorhandensein dieser Voraussetzung ihrer Gültigkeit bezeugen[45]. Wo hingegen die Nichtannahme mit Strafen bedroht ist, bedeutet die kundgegebene Ernennung nur dann zugleich die Feststellung der vorhandenen Einwilligung, wenn sie das sagt. Denn die Bestrafung setzt voraus eine Ablehnung trotz förmlicher Antragung des Amtes[46]. Die Ernennung kann also gerade zu dem Zweck geschehen, den Mann dieser Strafdrohung gegenüberzustellen. Dann ist sie für sich

---

nicht erfüllt. Die Bestrafung des letzteren ist also eigentlich eine Disziplinarstrafe." Davon weiche ich gar nicht so überraschend weit ab, wie Fölsche a. a. O. Note 38 annimmt. Ich meine nur, daß der zum Schöffendienst Berufene, der nicht bei Gericht erscheint, kein Amt hat, unter keiner Dienstgewalt steht und folglich auch einer Disziplinarstrafe nicht unterliegt. Eine Dienstpflicht hatte er, vermöge deren er hätte erscheinen sollen, und in dem sich nicht rechtzeitig Einfinden liegt ihre Verletzung. Daher sagt G.V.G. § 56: „Schöffen, welche zu den Sitzungen sich nicht rechtzeitig einfinden, sind . . . zu verurteilen". Dagegen sagt R.Vers.Ord. § 51: „Wer die Wahl . . . ablehnt, kann . . . bestraft werden." Fölsche a. a. O. schließt daraus ganz richtig, daß hier „die betreffende Person bestraft werden kann, bevor sie überhaupt eine Amtshandlung vorzunehmen brauchte." Sie wird eben bestraft wegen Verweigerung der hier erforderlichen Annahme von Amt und Dienstpflicht. Der andere, der dem Amtsrichter schreibt, er lehne die auf ihn gefallene Wahl und Auslosung zum Schöffendienste ab, ist deshalb nicht strafbar; denn hier bedarf die auferlegte Dienstpflicht keiner Annahme; das Schreiben ist also bedeutungslos. Kommt der Mann dann wirklich nicht, so wird er gestraft, nicht weil er abgelehnt hat, sondern weil er nicht da ist.

[44] Bei der Beratung der Kr.O. im Herrenhause wurde von den zu verhängenden Vermögensnachteilen wegen Ablehnung von Ehrenämtern gesagt: „Es ist diese Straffestsetzung mehr ein moralisches Gericht . . . aber ein solches compelle muß bestehen." Preuß. Herrenhaus Sess. 1871/1872 Sten. Ber. S. 415. — Sehr bezeichnend für die rechtliche Natur dieser Strafen ist das Strafmittel, welches das Französische Gesetz v. 3. frim. VII Art. 13 ff. anzuordnen gestattet gegen den, der sich weigert, ehrenamtliches Mitglied des Steuereinschätzungsausschusses (commission des répartiteurs) zu werden. Er wird vor den Bürgermeister geladen, der ihm eine Ansprache hält in sakramentellen Worten, also beginnend: „Citoyen, vous avez refusé de rendre service à la patrie." Dann ist es erledigt.

[45] Vgl. oben § 43 S. 266.

[46] Fölsche, Das Ehrenamt S. 128. O.V.G. 9. Juni 1885 (Entsch. XII S. 6).

allein noch nicht zur Übertragung des Amtes wirksam und bricht zusammen, wenn durch die Ablehnung die Nichterfüllung der Bedingung ihrer Gültigkeit sich ergibt.

Bei der Wahl ist stets erst auf die nachträgliche Erfüllung dieser Bedingung gerechnet; es bedarf im Falle der Ablehnung keiner Zurücknahme; höchstens macht man eine förmliche Feststellung, daß sie mißlungen ist.

4. Mit der Kundgabe der Bestellung zum Ehrenamte oder, wo diese in der Erwartung künftiger Annahme geschah, mit der Annahmeerklärung wird für den Bestellten das Amt begründet und dadurch zugleich die entsprechende Dienstpflicht. Der Eintritt dieser Wirkung kann der Ordnung halber verschoben sein auf einen bestimmten Termin, mit welchem die Amtsinhaber gleichmäßig wechseln sollen. Aber stets beginnt beides miteinander, Amt und Dienstpflicht. Die Dienstpflicht bringt hier immer sofort auch ihr Verwendungsgebiet mit, besteht dafür aber auch nur für dieses bestimmte Gebiet. Nur für dieses einzelne Amt wird dem Manne das Opfer zugemutet und bringt er es. Amt und Dienstpflicht decken sich von Anfang bis zu Ende. Die Dienstpflicht bedeutet hier nicht, wie bei der Anstellung im Staatsdienst, ein Zur-Verfügung-Stehen zur Betätigung in Ämtern bestimmter Art[47]; es gibt keine Versetzung in ein anderes Amt und keinen einstweiligen Ruhestand[48]. Die Dienstpflicht wird auch nicht begründet, um nachher bei beginnender Dienstleistung vorübergehend mit dem

---

[47] Richtig Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 183: „Die so kreierten Beamten werden nicht auf Grund eines speziellen Gewaltverhältnisses mit einem beliebigen Amte versehen, sondern sie werden unmittelbar in ein bestimmtes Amt berufen." Vgl. dagegen oben § 43, II n. 2.

[48] Jellinek a. a. O. S. 184. Laband, St.R. I S. 481, sagt von den Handelsrichtern: „Sie führen das Amt als Ehrenamt, d. h. unentgeltlich; es finden daher auch die Regeln über Beförderung, Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand für sie keine Anwendung". Das „daher" habe ich unterstrichen, weil das dann Folgende mir aus dem „unentgeltlich" nicht so ohne weiteres zu fließen scheint. Es ist das innere Wesen des Ehrenamtes, das so wirkt, nicht jenes äußerliche Merkmal. — Selbst beim Reserveoffizier wird dieser besondere Zusammenhang mit dem Amte noch fühlbar. Es liegt eigentlich im Wesen des Offiziers, innerhalb seines Standes dem Kriegsherrn zur Verfügung zu stehen, soweit nicht etwa eine Zurücksetzung in Frage käme. Beförderung steht daher frei (Heerordnung § 52 Ziff. 4—7). Gleichwohl gilt hier das Amt doch nur für einen engeren Kreis des Heeres so ohne weiteres übernommen. Daher Heerordnung § 52 Ziff. 8: „Versetzungen von Reserveoffizieren zur Reserve eines anderen Truppenteils bedürfen der Allerhöchsten Genehmigung. Versetzungen zu einer anderen Truppengattung sind nur mit Einverständnis der Betreffenden zu beantragen."

nötigen Amte ausgestattet zu werden, solange diese währt, sondern das Amt ist mit seinem Träger fest verbunden während der ganzen Dauer der Dienstpflicht: der Handelsrichter, Wahlkonsul, Reserveoffizier, Amtsvorsteher ist, im Gegensatz zum Schöffen und Geschworenen, „Beamteter“ [49].

Das Wesen des nichtberufsmäßigen, unentgeltlichen Amtes bringt es mit sich, daß die tatsächliche Inanspruchnahme seines Trägers nur eine beschränkte ist und ihm genügend freie Zeit lassen soll für seinen eigentlichen Beruf. Die Leistungen müssen nebenher gemacht werden können oder werden nur mit großen Zwischenräumen gefordert. Im letzteren Falle bietet das Verhältnis äußerlich betrachtet viel Ähnlichkeit mit den Zwangsdienstpflichten, die etwa im gleichen staatlichen Geschäftszweige zur Verwendung kommen: die vorübergehenden Belastungen des Handelsrichters lassen sich neben die des Schöffen stellen, die des Reserveoffiziers neben die des gemeinen Reservemannes.

Der Unterschied wird fühlbar außerhalb dieser beschränkten Dienstzeiten. Da sind der Schöffe wie der Reservist, letzterer von einiger Kontrolle abgesehen, freie Männer; den Ehrenbeamten aber folgt auch in die Zeiten, für welche es nicht so in Anspruch genommen wird, ihr Amt nach mit seiner Auszeichnung und teilweise mit seiner Last. Sie können deshalb immer dazwischen zu einer nebensächlichen Tätigkeit herangezogen werden, sind von selbst gebunden, auch nachträglich noch gewisse Rücksichten zu nehmen auf die geübten Amtsverrichtungen [50], und vor allem haben sie fortdauernd die besondere Pflicht zu erfüllen, daß sie sich dieses Amtes würdig erweisen in ihrem ganzen Verhalten, verbleiben auch zu diesem Zwecke unter der entsprechenden Dienststrafgewalt [51].

[49] Vgl. oben S. 301 f.

[50] Den Schöffen läßt man nicht einmal das von ihm mit beschlossene Urteil unterschreiben, um die „Weiterungen“ zur nachträglichen Einholung seiner Unterschrift zu ersparen (Stf.P.O. § 275; Mot. z. Entw. § 233; Hahn, Mat. S. 214). Den Schöffen und Geschworenen legt G.V.G. § 200 Amtsverschwiegenheit besonders auf; für die Handelsrichter ist nichts bestimmt, „da sich für sie diese Pflicht von selbst aus ihrer Beamtenstellung ergibt“ (Laband, St.R. III S. 481).

[51] G.V.G. § 116; Mot. z. Entw. § 90 (Hahn, Mat. S. 127): „Die Handelsrichter sind auch wegen ihres außeramtlichen Verhaltens den Disziplinarvorschriften, welche für die rechtsgelehrten Richter gelten, unterworfen.“ — Die Offiziere des Beurlaubtenstandes stehen als solche nach Verord. v. 2. Mai 1874 gleich den Berufsoffizieren unter einer besonderen Disziplinargewalt, die unter Mitwirkung der Offiziers-Ehrengerichte geübt wird; für die Mannschaften des Beurlaubtenstandes gibt es nichts dergleichen. Nach Laband, St.R. IV S. 187. handelt es sich dabei um die Überwachung besonderer „Standespflichten“; aber

Die rechtliche Stellung des Ehrenbeamten gleicht in diesem Punkte viel eher der des berufsmäßigen Staatsdieners als der des Zwangsdienstpflichtigen [52].

---

was den Stand ausmacht, das ist eben hier nichts anderes als das Amt des Offiziers, das auch bei dem nicht eingezogenen fortdauert, die beibehaltene „Dienststelle" macht es aus; vgl. oben Note 32.

[52] Diese Gleichstellung ist bei den bürgerlichen Ehrenbeamten ohne weiteres einleuchtend: Beim Handelsrichter, Amtsvorsteher, Wahlkonsul besteht das Amt gleichmäßig fort, und seine Ausübungen spielen, ohne immer nach Ort und Zeit scharfe Grenzlinien merkbar zu machen, in das außeramtliche Leben hinein. Anders beim Offizier des Beurlaubtenstandes. Hier handelt es sich um den Heerdienst, der sofort seine Eigenart bewährt. Er bedeutet jedesmal, wo er in Gang kommt, eine Dienstgewalt von außerordentlicher Kraft und Eindringlichkeit: solange sie den Menschen hat, gehört er ihr ganz (vgl. unten § 45, I Note 21). Deshalb ist beim Reserveoffizier, wenn er Dienst tun soll, das friedliche Neben- und Ineinander von Amtsausübung und freiem Privatleben nicht möglich. Es muß jedesmal glatt getrennt werden: von der Einberufung an herrscht der Dienst, nach der Entlassung erst beginnt wieder das freie Privatleben. Ohne jene straffe Dienstgewalt ist aber andererseits die eigentliche militärische Dienstleistung ihrer Natur nach überhaupt nicht möglich: was aus dem fortbestehenden Amte nach beendeter Dienstzeit jedesmal noch geschuldet werden kann, sind nur nebensächliche Pflichten: Kontrolle, Standesangelegenheiten, Vorbereitungen neuer Dienstleistungen. Daher hier der scharfe Einschnitt zwischen Amtsausübung und ruhendem Amt, wie ihn andere übernommene Ehrenämter nicht kennen und auch der berufsmäßige Staatsdienst nicht, solange wenigstens bei ihm das Amt fortbesteht, und das ist ja hier unsere Voraussetzung.

Der Offizier des Beurlaubtenstandes, der nicht eingezogen ist, hat dagegen eine gewisse Ähnlichkeit mit dem zur Verfügung gestellten Berufsbeamten, insofern auch ihm die eigentliche Amtstätigkeit nicht zugänglich ist, aus dem angeführten Grunde. Allein zum Unterschied von jenem behält er doch das Amt; wenn er wieder in Tätigkeit treten soll, genügt es, ihn einfach im Dienstwege zur Ausübung heranzuziehen. Es muß ihm das Amt nicht neu verliehen werden (vgl. oben § 43, II n. 3); es wird von selbst wieder lebendig und ausübbar, sobald er zur Dienstleistung wieder eingestellt und unter die militärische Dienstgewalt genommen wird.

Um das noch mehr zu verdeutlichen, gibt es daneben auch wirkliche „zur Disposition gestellte Offiziere", welchen das Amt, die „Dienststelle", entzogen ist. Sie können einen Befehl zum Wiedereintritt in den Dienst erhalten, das bedeutet dann die Neuverleihung eines Amtes als Berufsoffizier (Laband, St.R. IV S. 201 ff.; G. Meyer-Dochow, Verw.R. § 198 1b, II S. 116 f.).

Der Name „Beurlaubtenstand" darf natürlich nicht irreführen. Der zum Dienste eingezogene Offizier des Beurlaubtenstandes kann einen wirklichen Urlaub bekommen, dann bleibt er während desselben Militärperson des Friedensstandes, zum aktiven Dienste gehörig (R.Mil.Ges. § 38 B Ziff. 1). Der Urlaub läßt auch hier die Dienstgewalt und die Ausstattung mit dem ausübbaren Amte unberührt (vgl. oben § 43 Note 25), während der Beurlaubtenstand nach diesen beiden Richtungen eine Rechtsverminderung bedeutet.

5. Eine Endigung des Verhältnisses erscheint hier entsprechend der Eigenart des Ehrenamtes nur so, daß Amt und Dienstpflicht zugleich erlöschen; Stufen dazwischen gibt es nicht.

Der ordentliche Endigungsgrund ist, wie bei der Zwangsdienstpflicht, der Ablauf der bestimmten Zeit. Die Ehrenämter sind regelmäßig befristet[53]. Das hat den Zweck, die Entlastung der Inanspruchgenommenen zu erleichtern und zugleich die Beseitigung solcher, die sich nicht bewährt haben, in schonender Form zu ermöglichen. Der Eintritt des Endtermins kann von selbst wirken; das wird namentlich der Fall sein, wo der Amtswechsel an bestimmte Kalendertage geknüpft ist. Ist eine solche Wirkung nicht vorgesehen, so erfordert auch hier das einmal begründete Amtsverhältnis, um zu endigen, einen Entlassungsausspruch. Der Eintritt des Endtermins gibt nur ein Recht des Dieners, ihn zu verlangen, des Dienstherrn, ihn von freien Stücken zu geben. Zuweilen hat das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß der Ablauf einer gewissen Dienstzeit ein derartiges Recht nur zugunsten des Ehrenbeamten erzeugen soll.

Außerdem endigt auch das Ehrenamt aus besonderen Gründen, welche den Endigungsgründen des berufsmäßigen Staatsdienstes nachgebildet sind: gerichtliche Aberkennung, Entlassung wegen Unfähigkeit oder Unwürdigkeit einerseits, Entlassung auf Antrag andererseits.

Ein allgemeines Recht auf Entlassung besteht hier nicht von selbst in der Weise, wie es beim berufsmäßigen Staatsdienst anerkannt ist[54]: dem Druck, der die Annahme herbeiführt, kann man nicht so ohne weiteres sich immer wieder entziehen. Die Befristung der Ämter bietet Ersatz. Außerdem besteht ein Anspruch auf Entlassung, sobald nachträglich Umstände eintreten, welche ein Recht auf Ablehnung des Amtes begründet haben würden.

§ 45.

Fortsetzung; die Dienstgewalt.

Die öffentliche Dienstpflicht, wie sie auch entstanden sein mag, begründet eine besondere rechtliche Macht, die namens des Gemeinwesens, dem der Dienst geschuldet ist, Staat oder Selbstverwaltungs-

---

[53] R.Vers.Ord. § 50 mit § 16; G.V.G. § 112. Die preußischen Verwaltungsehrenämter sind zumeist auf sechs Jahre verliehen. Zusammenstellung bei Fölsche, Das Ehrenamt S. 146 ff.

[54] Vgl. oben § 43, III n. 1.

körper, über den Dienstpflichtigen geübt wird, um ihn bei der richtigen Erfüllung seiner Pflicht zu halten und zu leiten. Diese Macht ist die **Dienstgewalt**, auch **Dienstaufsicht** genannt. Die amtliche Stelle, die für jeden Dienstpflichtigen berufen ist, diese Macht ordentlicherweise über ihn auszuüben, ist seine **Dienstbehörde**.

Die Dienstgewalt entfaltet sich dabei in zwei Formen: als **Dienstbefehl** und als **Dienststrafgewalt** oder Disziplin.

I. Der **Dienstbefehl**.

Der Inhalt der Dienstpflicht wird bei ihrer Begründung im allgemeinen bestimmt durch Bezeichnung des Zwecks, der zu erfüllen, vor allem des Amtes, das zu führen ist. Rechtssätze, die Gesetz, Verordnung oder Satzung für die hier wahrzunehmende Tätigkeit der öffentlichen Gewalt aufstellen, bedeuten zugleich genauere Bestimmung mehr oder weniger großer Stücke des Inhalts der Pflichten ihrer Diener. In gleicher Weise sind Urteile und Verwaltungsakte pflichtmäßig von ihnen zu vollziehen, wo sie ihnen begegnen[1]. Soweit das Gemeinwesen, für das sie handeln, unter dem bürgerlichen Rechte steht wie ein Privatmann, ist die Einhaltung seiner Regeln für sie zugleich dienstliche Pflicht. Das Strafrecht bedeutet auch dienstpflichtmäßig einzuhaltende Grenzen.

Aus all dem unter Würdigung der tatsächlichen Umstände die Folgerungen richtig zu ziehen für das, was nun im einzelnen zu tun ist, ist selbst Aufgabe der Dienstpflicht. Der Dienstherr wirkt aber seinerseits dabei noch mit, indem er kraft der Dienstgewalt solche Folgerungen selber ziehen läßt, und zwar in maßgebender Weise für den Dienstpflichtigen und im Vorrang vor der Art, wie dieser es tun möchte. Die öffentliche Dienstpflicht nämlich, einmal entstanden, bringt den, der sie schuldet, in ein **Gewaltverhältnis** gegenüber seinem Dienstherrn[2]. Demgemäß kann ihm jetzt durch die berufene Leitung der ihm obliegenden Geschäfte und deren Gehilfen rechtlich bindend näher bestimmt werden, **was** er schuldet. Eine solche nähere Bestimmung der Wirkungen des Gewaltverhältnisses nennen wir eine **Anweisung**[3]. Hier, wo es

[1] Wie der Rechtssatz die vollziehende Gewalt und mittelbar jeden bindet, der für sie tätig zu sein hat, darüber oben Bd. I S. 78 ff.; wegen der entsprechenden Wirkungen des Verwaltungsaktes vgl. oben Bd. I S. 98.

[2] Mit Recht spricht **Laband**, St.R. I S. 433, 434 u. 438, hier abwechselnd von „Gewaltverhältnis“ und „öffentlichem Dienstverhältnis“. Ebenso **Rehm**, in Annalen 1885 S. 146.

[3] Vgl. oben Bd. I S. 104 ff. Auch „Weisung“, „dienstliche Weisung“ wird

sich stets nur um das persönliche Verhalten des Dienstpflichtigen handelt, hat die Anweisung die Natur eines Befehls[4]. Dienstbefehl nennen wir sie nach der Art des Gewaltverhältnisses, aus dem sie entspringt.

Wer dem im öffentlichen Dienste Stehenden einen solchen Dienstbefehl geben kann, ist sein Vorgesetzter. Er muß nicht notwendig die Eigenschaft einer Behörde haben; denn für das Gewaltverhältnis ist es bezeichnend, daß die bindende Anweisung auch von einer Nichtbehörde, einem Unteroffizier, einem älteren Amtsschreiber usw., ausgehen kann[5].

Die Anweisung kann als Einzelbefehl erscheinen für den bestimmten Fall, aber auch als allgemeine Regel: Dienstvorschrift, Instruktion, Armeeverordnung. Nur die Stellen, von welchen auch solche allgemeine Anweisungen ausgehen können, werden als Behörden, als Dienstbehörden bezeichnet. Rechtssätze gibt das nicht; es sind bloße Verwaltungsvorschriften[6].

Daraus folgt, daß die für Rechtssätze (Rechtsverordnungen) bestehenden formellen Veröffentlichungsregeln hierfür nicht gelten. Die Dienstvorschrift wird dienstlich bekanntgemacht, d. h. in einer Weise, die genügt, damit der Dienstpflichtige, wenn er seine Schuldigkeit tut, sich Kenntnis davon verschaffen kann[7].

Sie hat auch nicht den Vorrang des Rechtssatzes vor dem Einzelakte derselben Stelle, die den Rechtssatz erließ; vielmehr geht umgekehrt der Einzelbefehl der Dienstbehörde, der den Fall

---

dafür gesagt, namentlich wenn es sich um eine Bestimmung für den Einzelfall handelt.

[4] Vgl. oben Bd. I S. 235.

[5] Vgl. oben Bd. I S. 105.

[6] Vgl. oben Bd. I S. 85 ff.

[7] Vgl. oben Bd. I S. 87. Hauptsächlich kommen in Betracht: das Zentralblatt des Deutschen Reichs, die Armeeverordnungsblätter der vier Kontingentsstaaten, die Ministerialblätter der Fachministerien. Wenn Dienstvorschriften einmal in ein Gesetzblatt geraten, so kann das genügen. Nur das Umgekehrte ist nicht möglich: Gesetze und Rechtsverordnungen können nicht wirksam veröffentlicht werden in solchen bloßen Dienstblättern. Vgl. oben Bd. I S. 368 u. 373. — Diese tun sich übrigens auch leicht. Das Preuß. Armee-Verord.Bl. pflegt wegen des Textes längerer Vorschriften einfach auf die von der Hofbuchhandlung Mittler & Sohn zu veranstaltende Ausgabe zu verweisen. Das Sächs. Milit.Verord.-Bl. aber bringt wirksame Bekanntmachungen in der Form: „Ergänzungsbestimmungen zum (Preuß.) Armeeverordnungsblatt. Es finden ohne weiteres Anwendung: N. 81, Änderung von Dienstvorschriften betr." Das Gewaltverhältnis gestattet solche Einfachheiten.

unmittelbarer und bestimmter erfaßt, ihrer allgemeinen Dienstvorschrift vor[8].

1. Die Wirkung des Dienstbefehls ist die Pflicht zum dienstlichen Gehorsam. Die Nichtbefolgung des Befehls ist Verletzung der Dienstpflicht, kraft deren er erlassen ist, und hat die darauf gesetzten Nachteile zur Folge[9].

Der Dienstvorgesetzte seinerseits kann auch auf Grund des Gewaltverhältnisses nicht schlechthin befehlen, was er will. Die Befugnis dazu hat ihre rechtlichen Grenzen, innerhalb deren ihre Geltendmachung sich halten muß. Nur wenn der Dienstbefehl rechtmäßig ergangen ist, erzeugt er die Gehorsamspflicht[10].

Da es sich dabei lediglich handelt um eine Wirkung auf den Befehlsempfänger, den Dienstpflichtigen, so ist die Frage der Rechtmäßigkeit auch nur diesem gegenüber zu prüfen, ihm gegenüber muß der Befehl rechtmäßig sein. Wie die Ausführung des Befehls nach außen, Dritten gegenüber wirkt, ist nur mittelbar von Bedeutung, nur soweit nämlich als es zurückwirkt auf den Ausführenden selbst, Haftungen, Verantwortlichkeiten, Widerstandsrechte zu seinem Nachteil begründet. Bei sehr vielen vollwichtigen Dienstbefehlen kommt eine solche Wirkung nach außen überhaupt nicht in Frage[11].

---

[8] Es steht hier ebenso wie bei den Verwaltungsvorschriften der Finanzgewalt; vgl. oben Bd. I S. 374. Daß eine Behörde an ihre eigenen Rechtssätze gebunden ist, hängt damit zusammen, daß sie diese mit der entlehnten höheren Kraft des Gesetzes erläßt; vgl. oben Bd. I S. 87. Von selbst versteht es sich keineswegs, daß das in Form einer allgemeinen Regel Ausgesprochene mehr bindet als der Einzelbefehl. Dieser wirkt im Gegenteil von Natur bestimmter und kräftiger. Daher man unter dienstlichem Ungehorsam im eigentlichen Sinne nur die Nichtbefolgung eines Einzelbefehls versteht, die auch mit besonderer Strafbarkeit verbunden ist; Hecker, in Gerichtssaal XXI S. 506.

[9] Ohne zu dieser bestimmten Rechtswirkung berufen zu sein, wäre es kein Befehl; vgl. oben Bd. I S. 243 Note 11. — Ganz unrichtig ist es, wenn man Gehorsams- und Dienstpflicht einfach für gleichbedeutend erklären will. So Schulze, Preuß. St.R. I S. 315. Das gäbe eine schlechte Pflichterfüllung, wo nichts geschähe, als was befohlen ist. — In dem weiteren Sinne eines sich danach Richtens spricht man von Gehorsam gegen die Rechtsordnung, gegen das Gesetz. Solchen Gehorsam übt der Beamte und der einfache Untertan, jeder auf seine Art. Aber „die Pflicht zum Gehorsam gegen die Rechtsordnung ist kein Bestandteil der besonderen dienstlichen Gehorsamspflicht . . . Die letztere besteht in der Pflicht des Gehorsams gegen den Dienstbefehl, d. h. gegen eine Weisung des Vorgesetzten, durch welche die dienstliche Tätigkeit des Untergebenen bestimmt wird“ (Seydel, Bayr. St.R. II S. 223).

[10] Vgl. oben Bd. I S. 97 f. u. 242 f.

[11] Insofern das Gemeinwesen durch seinen vom Dienstbefehl gelenkten Diener

Für die Frage der Rechtmäßigkeit dem Befehlsempfänger gegenüber ist aber allein entscheidend, ob der Befehl, der ja nichts anderes sein soll als eine angemessene Entfaltung der Dienstpflicht, zum Nachteil des Empfängers ihm etwas zumutet, was sie unter den gegebenen Umständen nicht rechtfertigen würde. Die Nachteile können in übermäßigen Anstrengungen, Zeitaufwänden, Kosten und Auslagen, Gefahren, rechtlichen und moralischen Verantwortlichkeiten bestehen. Was zu viel ist, ist Unrecht gegen den Dienstpflichtigen und nimmt dem Dienstbefehl den Rechtsboden [12].

Aber wann ist das der Fall? Wessen Meinung entscheidet darüber? Es ist klar, daß es nicht einfach dabei bleiben kann, daß der Untergebene überall den Gehorsam verweigert, wo er den Dienstbefehl nicht mehr für rechtmäßig oder zweckdienlich hält. Die Frage nach dem Prüfungsrecht des Untergebenen erheischt eine Lösung [13].

---

nach außen wirkt, vermöge des Amtes vor allem, tritt es selbst in mancherlei Rechtsbeziehungen, tritt in den Verkehr und nimmt teil an seinem Getriebe. Das darf uns nicht irremachen an dem eigentlichen Gegenstande unserer Untersuchung, der nichts anderes ist und bleibt als das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem in seinen Dienst Gestellten, das Dienstpflichtverhältnis. Sehr störend hat ja hier die unten Note 22 zu betrachtende politische Tendenz gewirkt. Noch mehr vielleicht auch hier wieder die Organlehre, wo der Dienstpflichtige nicht mehr weiß, ist er noch Mensch und Rechtssubjekt oder nur eine Ausschwitzung seines großen Dienstherrn; vgl. oben § 42 Note 18 und unten § 59 Note 12.

[12] Wir können den Kreis der in Betracht kommenden Verletzungen des Untergebenen sehr weit ziehen, insbesondere auch jede Art von seelischer Pein, Gewissensskrupel und sachverständigem Bedenken berücksichtigen, wie z. B. die Zumutung, eine Amtshandlung vorzunehmen, die er für unrichtig, ungesetzlich oder auch nur schädlich oder ungeziemend hält. Wir können das deshalb, weil die durch die Zweckmäßigkeit geforderten Schranken jetzt sogleich aufgewiesen werden sollen. Unter diesem Vorbehalt ist auch eine Gegenvorstellung und eine Beschwerde gegen einen empfangenen Dienstbefehl nicht ausgeschlossen. Ein Beschwerderecht versteht sich allerdings nicht von selbst und wird nicht leicht anerkannt sein (vgl. oben Bd. I S. 127 f.). Auch ist zu beachten, daß der Beamte nur gegen einen ihn treffenden Dienstbefehl an Beschwerde denken könnte, nicht gegen eine nach außen, für die Beteiligten ergangene Anordnung, die er ja allerdings zu vollziehen hätte; diese ist nicht über ihn ergangen; vgl. oben Bd. I S. 129 Note 9. Das gilt z. B. auch von gerichtlicher Anweisung an den Standesbeamten eine Amtshandlung vorzunehmen, nach Pers.Std.Ges. § 11 Abs. 3: obwohl sich das eine „Anweisung" nennt, ist es doch kein Dienstbefehl, sondern eine für die „Beteiligten" ergangene Entscheidung in ihrer Sache und geht deshalb den Beamten persönlich nichts an; Sartorius, Kom. z. Pers.Std.Ges. S. 87.

[13] Soweit kein Prüfungsrecht besteht, die Gehorsamspflicht also schlechthin begründet ist, deckt auch der Befehl zu ungesetzlichen Handlungen den Unter-

2. Die Lösung liegt darin, daß die Grundsätze, welche für jeden obrigkeitlichen Ausspruch gelten, auch beim Dienstbefehl zur Anwendung kommen: er bezeugt dadurch, daß er erlassen wird, von selbst auch schon, daß die Voraussetzungen seiner Rechtsgültigkeit gegeben sind. Dieses Zeugnis macht ihn maßgebend und bindend ohne weiteres überall, wo nicht eine besondere Zuständigkeit gegeben ist zur Nachprüfung und Ungültigerklärung[14]. Daher kommt es, daß auch der Dienstbefehl zunächst für den Untergebenen schlechthin eine Gehorsamspflicht begründet.

Vorausgesetzt ist nur, daß es eben wirklich um einen Dienstbefehl sich handelt. Denn die Selbstbezeugung, welche das Prüfungsrecht ausschließt, ist selbst nichts anderes als ein Ausfluß der obrigkeitlichen Natur des Aktes und tritt deshalb nur ein, wenn erst einmal feststeht, daß überhaupt ein obrigkeitlicher Akt dieser Art vorliegt. Die Voraussetzungen dafür hat der, den es betrifft, allerdings zu prüfen; er kann auch den Gehorsam verweigern, wenn sie fehlen.

Bei der Frage der Rechtswirksamkeit des gewöhnlichen Verwaltungsaktes kommen solche Voraussetzungen nach zwei Richtungen in Betracht: er muß ausgehen von einer richtigen Behörde und Maßregeln dieser Art müssen noch im Bereiche der Dinge liegen, die sie möglicherweise anordnen kann. Ebenso unterscheiden wir nun hier wieder für das Prüfungsrecht des Untergebenen[15].

— Der Dienstbefehl muß, um als solcher Anerkennung zu

---

gebenen gegen Verantwortlichkeit nach außen (vgl. oben Bd. I S. 198) und ist die Amtshandlung gegenüber dem Widerstande als eine rechtmäßige anzusehen (vgl. oben Bd. I S. 314). Wir geben also hier zugleich eine Ergänzung zu diesen beiden Lehren; es ist alles nur in diesem inneren Zusammenhang recht verständlich. Binding, Stf.R. I S. 805.

[14] Vgl. oben Bd. I S. 97 f.

[15] Laband, der die Grundidee unserer Lehre an der Promulgation des Gesetzes aufgewiesen hat (St.R. 1. Aufl. I S. 43) und seither auch eine Erweiterung auf die Verordnung zugesteht (vgl. oben Bd. I S. 98 Note 8), stellt tatsächlich auch für das Prüfungsrecht gegenüber dem Dienstbefehl Einschränkungen auf, die so ziemlich mit dem zusammentreffen, was wir hier aus jener Grundidee folgern. Er läßt (St.R. 5. Aufl. I S. 462) nur prüfen: Kompetenz des Befehlenden, den Befehl zu erlassen, Kompetenz des Beauftragten, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen, und Einhaltung der etwa vorgeschriebenen Form des Befehls. Ähnlich Seydel, Bayr. St.R II S. 223 f. Beide bringen die Begrenztheit des Prüfungsrechts damit zum Ausdruck, daß es sich nur auf das „Formelle" erstrecken soll (die „formelle Rechtmäßigkeit", „im formellen Sinne"). — Im wesentlichen wie hier Anschütz in Holtzendorff Enzykl. IV S. 150.

fordern, ausgehen von dem Dienstvorgesetzten dessen, dem befohlen wird[16].

Wenn Formen vorgeschrieben sein sollten, deren der Vorgesetzte sich dabei zu bedienen hat, so wäre sein formloser Befehl nichtig, wenn das Gesetz das so gemeint hat. Aber auch ohne das wäre anzunehmen, daß er nicht als solcher spricht, wo er diese Formen unbeachtet läßt. Insofern würde auch ein Prüfungsrecht bezüglich der Erfüllung der Formen bestehen[17]. Umgekehrt kann eine förmliche Kenntlichmachung des Vorgesetzten durch gewisse äußere Zeichen eingerichtet sein, denen gegenüber dann eine Nachprüfung des Untergebenen, ob es auch wirklich der Vorgesetzte ist, ordentlicherweise nicht stattfinden soll[18]. Die Form könnte also in doppelter Richtung in Betracht kommen: Prüfungsrecht eröffnend und Prüfungsrecht ausschließend.

---

[16] Das dürfte der genauere Ausdruck sein für „Behörde, die kompetent ist, den Befehl zu erlassen", wie Laband a. a. O. es bezeichnet, was die Möglichkeit offen läßt, auch einen nach außen, an einen Dritten gerichteten Befehl, zu meinen. Wir werden sehen, wie notwendig hier Vorsicht ist.

[17] Es hat nicht viel Wert, diese Formen zu betonen; sie spielen als Bedingungen der Gültigkeit des Dienstbefehls tatsächlich keine Rolle. Die Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen, welche Zachariae, St.R. II § 137 Note 14, aufzählt, sprechen allerdings zum Teil von Befehlen der oberen Behörden, die „in gehöriger Form", „in ordnungsmäßiger Form" erteilt sein müssen, damit die Verantwortlichkeit des Untergebenen gedeckt sei, womit aber mangels irgendwelcher Vorschrift über die Form doch auch nichts anderes gemeint ist als eben ein richtiger Dienstbefehl. Zum Teil aber haben sie bei der Forderung der vorgeschriebenen Form die gegen Dritte „erlassene Verfügung" im Auge, welche der Beamte vollziehen soll; da handelt es sich ja gar nicht um einen Dienstbefehl. — Laband, St.R. I S. 462, bemerkt von dieser Formfrage ganz richtig, sie sei „praktisch gewöhnlich von untergeordneter Wichtigkeit und gibt zu Zweifeln selten Anlaß". Der Grund liegt darin, daß für den Dienstbefehl solche Formvorschriften kaum bestehen. Laband a. a. O. S. 463 Note 1 führt drei Fälle auf: Für alle schriftlichen Verfügungen ist die Unterschrift des zuständigen Beamten erforderlich — anderenfalls wäre es eben keine schriftliche Verfügung; aber es fragt sich eben, ob für Dienstbefehle die Form der schriftlichen Verfügung vorgeschrieben ist. Für Erkenntnisse die Beobachtung der für die Urteilsausfertigungen vorgeschriebenen Formen — das sind aber keine Dienstbefehle. Für Verfügungen des Kaisers die Gegenzeichnung des Reichskanzlers — ein Dienstbefehl des Kaisers an einen Zivilbeamten, das wäre in der Tat ein Fall, der hier in Betracht kommen könnte; aber da ragt eben das Verfassungsrecht herein.

[18] Der Beamte gehorcht dem Dienstsiegel, meistens sogar schon dem vorgedruckten Namen der Behörde, ohne die Unterschrift entziffern zu können. Nachprüfung würde ihm wohl als passive Obstruktion ausgelegt werden. — Der Soldat gehorcht der Uniform; das muß auch so sein, aber darauf beruht der Erfolg des Hauptmanns von Köpenik. Vgl. Dietz in Ztschft. f. ges. Stf.R.Wiss. XXVII S. 714 ff.

— Der Befehl muß seinem Inhalte nach das dienstliche Verhalten des Untergebenen betreffen, d. h. etwas von ihm verlangen, was denkbarerweise noch in der Dienstpflicht begriffen ist[19].

Es sind ja immer nur Tätigkeiten bestimmter Art, die geschuldet werden, allerdings samt allem, was nebensächlich noch dazu gehört, und samt den entsprechenden Unterlassungen. Ob es im Einzelfalle richtig oder unrichtig war, gerade das zu fordern, ist für die Frage, die uns hier beschäftigt, gleichgültig: es genügt, daß derartiges kraft der Dienstpflicht überhaupt gefordert werden kann; dann ist es Sache des Vorgesetzten, zu bestimmen, ob er es jetzt in Anspruch nehmen wollte, und sein Befehl wird wirksam ohne ein Recht des anderen zur eigenen Prüfung und zur Gehorsamsverweigerung. Danach kann der Spielraum, innerhalb dessen der Befehl vorläufig bindet, sehr weit gehen.

Ausgeschlossen sind grundsätzlich persönliche Angelegenheiten des Befehlenden im Gegensatz zu Angelegenheiten des Gemeinwesens: nur diesem letzteren gehört der Dienst. Doch kann sich beides verbinden[20].

---

[19] Das wird schief ausgedrückt, wenn man sagt: das Zugemutete müsse noch in der „Kompetenz", in der „Zuständigkeit" des Dienstpflichtigen liegen. So Laband, St.R. I S. 462 (S. 463 soll er sich sogar fragen, „ob die ihm zustehende Amtsgewalt ihn ermächtigt, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen"); Seydel, Bayr. St.R. II S. 223; G. Meyer-Anschütz, St.R. § 146 n. 3c; Freund, in Arch. d. öff. R. I S. 136; Loening, V.R. S. 122 Note 5 (nur „Handlungen, zu deren Vornahme er eine allgemeine Zuständigkeit besitzt"). Dabei schielt man immer schon auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung dem Dritten gegenüber und die hierbei in Betracht kommende Zuständigkeit zur Erlassung obrigkeitlicher Akte. Aber die Frage des Umfangs der Gehorsamspflicht steht doch auf einem viel breiteren Boden. Sie kann auch auftauchen, wenn dem Kanzleibeamten befohlen wird, etwas Tinte nachzugießen. Von Zuständigkeit und Amtsgewalt ist da auf seiner Seite gar keine Rede. Und der Soldat, der doch auch eine Gehorsamspflicht hat, wäre bei jedem Befehl in der Lage, seine Zuständigkeit in der hier vorgesehenen Weise zu verneinen, da er ja überhaupt keine besitzt. — Die Terminologie: „Dienstbefehl" als Befehl des Vorgesetzten und „Befehl in Dienstsachen" als auf das dienstliche Verhalten sich beziehender scheint mir nicht den Wert zu besitzen, den M. E. Mayer, in der Jur.Z. 1907 S. 851 ff., ihr beilegen möchte. Die weiter dort aufgestellte Behauptung, daß der Unterschied „genau der gleiche" sei wie zwischen Gesetz im formellen und materiellen Sinne, ist jedenfalls ganz irreführend.

[20] Es gibt Beamte, die geradezu dafür bestellt sind, anderen Beamten, höheren natürlich, bei ihrer Tätigkeit persönliche Dienste zu leisten. Vor allem beim Heere vermischen sich diese Dinge: der Burschendienst ist zugleich Erfüllung der öffentlichen Dienstpflicht, und Ungehorsam dabei hat die Folgen der Verletzung des militärischen Gehorsams.

Andererseits gibt auch das Privatleben des Dienstpflichtigen keinen möglichen Gegenstand für einen Dienstbefehl. Nicht als ob es dienstlich gleichgültig wäre: die Dienststrafgewalt (vgl. unten II) ist in der Lage, sich sehr stark damit zu beschäftigen. Aber was in dieser Hinsicht dem Dienstherrn geschuldet wird, kann durch Dienstbefehl nicht näher bestimmt werden[21].

3. Der Dienstbefehl hat aber noch andere Grenzen, um derenwillen dem Untergebenen ein Nachprüfungsrecht zusteht, damit er je nachdem den Gehorsam verweigere. Sie sind gesetzt mit Rücksicht auf die Wirkungen, welche die Ausführung des Befohlenen nach außen haben würde.

Damit betreten wir das Gebiet einer alten, vielverbreiteten Lehre, aus der auch jetzt noch das rechte Verständnis des Dienstbefehls manche Erschwerung erfährt. Der Rechtswissenschaft ist es nämlich begegnet, hier unter den Einfluß sehr wohlmeinender politischer Tendenzen zu geraten, was für sie stets von Übel ist. Die Ideen des Verfassungs- und Rechtsstaates ließen ja alles willkommen erscheinen, was dazu dienen konnte, Recht und Gesetz sicherzustellen gegen Mißbräuche der Behörden und so den Untertanen Schutz zu gewähren. Und ein wirksames Mittel sah man in dem Grundsatze, daß jeder Beamte oder sonstige Diener des Staates für die Gesetzmäßigkeit auch der von ihm ausgeführten Anordnungen seiner Vorgesetzten verantwortlich, folglich befugt, ja verpflichtet sei, diese nachzuprüfen und den Gehorsam zu verweigern, wenn er findet, daß es damit nicht in Ordnung gehe. So entstünde eine Gewähr des Gesetzes, wie sie nicht besser gedacht werden kann: jeder Beamte ist ja nun zu dessen Hüter bestellt gegenüber seinem Vorgesetzten, der ohne ihn nichts durchzuführen vermag[22].

---

[21] In Leipzig hat es der Stadtrat für unzulässig befunden, städtischen Beamten die Bildung von Konsumvereinen zu verbieten, wie von mittelstandlicher Seite gewünscht war. Das Verbot des Besuchs gewisser Wirtshäuser läßt sich bei den Beamten nicht durchführen. Dabei bleibt die Frage offen, ob solcher Besuch nicht abgesehen von einem Verbote disziplinarisches Einschreiten rechtfertigt. — Ganz anders beim Soldaten: die militärische Befehlsgewalt erfaßt seine Person viel eingreifender und läßt vom Privatleben nicht gar sehr viel übrig. R.Milit.-Gericht 25. April 1902 (Entsch. I S. 105): Unteroffizier befiehlt einem Soldaten aus anderer Truppe, mit dem er zufällig in der Eisenbahn zusammenreist, das Fenster zu schließen; Dienstsache!

[22] Es gab ja eine Zeit, welche die zuverlässigste Tugend nur in den Hütten des Subalternbeamtentums suchte, ganz oben aber lauerte der „Ministerialdespotismus“

In Wirklichkeit war es aber doch nur eine verkehrte Welt, die man sich auf diese Weise zurechtgedacht hatte. Eine lebensfähige Verwaltung konnte damit nie zustande kommen. Man hat sich tatsächlich nie an diese Grundsätze gehalten[28]. Die neuere Lehre ist denn auch bestrebt gewesen, demgegenüber das Prüfungsrecht des Untergebenen in vernünftige Schranken zurückzudrängen. Sie betont seine Begrenzung auf das „Formelle", auf die „allgemeine Zuständigkeit" des Vorgesetzten zu der Verfügung und entsprechend die „allgemeine Zuständigkeit" des Untergebenen zu der befohlenen Handlung. Wir haben bei Entwicklung des Umfangs der dienstlichen Gehorsamspflicht (oben n. 2) mehrfach auf Übereinstimmendes an dieser Lehre uns berufen können; dabei konnte aber auch ein bedeutsamer Gegensatz nicht übersehen werden, der jetzt voll zum Ausdruck kommen muß. Er beruht darauf, daß man dort im wesentlichen doch noch nicht von dem alten Standpunkt losgekommen ist. Man hat sich durch jene Einschränkung nur von den ärgsten Unmöglichkeiten frei gemacht. Aber es bleibt dabei, daß das ganze Prüfungsrecht unter dem Gesichtspunkte der Wirkung nach

---

und die von Gneist so sehr gefürchtete „Parteiregierung". Diese Auffassung mit ihren Folgerungen datiert weit zurück. Erst noch maßvoll, sofern die Sache wesentlich auf ein „Recht der Gegenvorstellung" hinausläuft: Seuffert, Verh. des Staates und der Diener des Staates § 57; v. d. Becke, Von Staatsämtern § 83; Goenner, Der Staatsdienst § 78. Später aber mit voller Entschiedenheit: Perthes, Der Staatsdienst S. 126: „Keine Behörde darf das bestehende Recht durch eine ihm widersprechende Anordnung aufheben. Geschieht es dennoch, so darf kein Beamter einer solchen Anordnung Folge leisten." So jetzt noch Loening, V.R. S. 122 Note 5. G. Meyer, St.R. § 146, glaubt einen vernünftigen Mittelweg gehen zu können, indem er den Beamten nur „in allen zweifelhaften Fällen" an den Befehl bindet; dagegen soll er den Gehorsam verweigern bei „Verfügungen, welche dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen". Aber wann ist er klar? Und wer entscheidet, was der Wortlaut des Gesetzes besage, der Dienstbefehl oder die Meinung des Untergebenen?

[28] Perthes a. a. O. bemerkt darum selbst: Die Vorgesetzten brauchten sich aber durchaus nicht jede Gehorsamsverweigerung wegen ungesetzlicher Anordnung gefallen zu lassen, sonst „würde Regierung unmöglich sein". Also entscheiden schließlich doch sie? Die Lösung des Widerspruchs, in welchen er gerät, erhofft er vom „guten Geiste des Beamtenstandes". Dann braucht man allerdings keine juristischen Formeln und keine Juristen. — Daß der Untergebene tatsächlich zumeist gar nicht in der Lage ist, die Anordnung, Urteil oder Verwaltungsakt, die er vollziehen soll, auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen, weil ihm das Material fehlt, wurde schon oben Bd. I S. 315 hervorgehoben. Es wäre reiner Zufall, wenn er da einmal klar sehen könnte, und darauf baut man doch kein großes Rechtsinstitut!

außen betrachtet wird und eines Schutzes der Untertanen gegen Ungesetzlichkeiten von seiten des Vorgesetzten. Gegenstand der Prüfung ist also auch hier immer noch die obrigkeitliche Maßregel, die dieser über den Untertanen verhängt[24]. Nur wird sie jetzt nicht mehr vorgenommen als umfassende „Rechtskontrolle", etwa im Sinne einer Revision, sondern beschränkt sich auf gröbere Verstöße, etwa im Sinne eines Rekurses wegen Machtüberschreitung. Aber auch in diesen engeren Grenzen kann die Meinung des Untergebenen über die rechtliche Zulässigkeit der Verfügung seines Vorgesetzten der dieses letzteren selbst ordnungsmäßig nicht vorgehen und auch hierfür gilt, daß er mangels der Kenntnis des Materials zu einer richtigen Prüfung meist gar nicht imstande sein wird (vgl. oben Note 23).

Die ganze Frage ist durch das Hereinspielen der politischen Tendenz in sachwidriger Weise verschoben worden: für die Gehorsamspflicht des Untergebenen kommt es nach der Natur der Sache auf sein Verhältnis zu dem Dienstherrn an, nicht auf das Verhältnis des Dienstherrn zu dem Dritten, auf den gewirkt werden soll. Für den Polizeistaat, der die rechtliche Kraft und Bedeutung des Verwaltungsaktes, der auf den Dritten wirkt, nicht kannte, floß das alles mit dem Dienstbefehl, der nur den Untergebenen angeht, zu einer unförmlichen Masse zusammen[25]. Wir aber unterscheiden. Die polizeiliche Verfügung über den Hausbesitzer, daß sein Haus abgerissen werden solle, und der gleichzeitig an den Schutzmann ergehende Dienstbefehl, den Handwerksleuten dabei

---

[24] Es ist leicht zu beobachten, wie die Vertreter der hier besprochenen Lehre von dem Dienstbefehl, um den es sich eigentlich handelt, ganz unbefangen auf die nach außen ergehende Anordnung hinübergleiten, deren Rechtmäßigkeit nun geprüft werden soll. Seydel, Bayr. St.R. II S. 223: „Es ist Dienstbefehl nur dann, wenn der Befehlende zuständig ist, die Anordnung zu erlassen". Die Note 12 fügt hinzu „örtlich und sachlich". Der Untergebene aber muß zuständig sein, „die Anordnung zu vollziehen". Laband, St.R. I S. 463 Note 1, führt unter den zu prüfenden Befehlen der vorgesetzten Behörde auch an die „Erkenntnisse", bei welchen die Formen der Urteilsausfertigung zu beobachten sind. Das sind doch sicher keine Dienstbefehle. Die Entscheidung des O.Tr. v. 19. Jan. 1872, auf welche er S. 464 sich beruft, spricht von einem Befehl, „um dessen Vollstreckung es sich handelt", und bei dem nicht zu untersuchen ist, „ob die vorgesetzte Behörde von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht". — Zuständigkeit, Form der Willenserklärung, Vollstreckung, Amtsbefugnisse, alles das zielt ja auf die Anordnung für den Untertanen, zu deren Durchführung dem Untergebenen der Dienstbefehl erteilt wird.

[25] Für die auch jetzt noch bestehende Unfähigkeit, hier zu unterscheiden, ein paar Beispiele oben Bd. I S. 315 Note 6.

„polizeiliche Assistenz" zu leisten, das sind zwei verschiedene Dinge, die verschiedene Rechtsverhältnisse betreffen. Die Gültigkeit des letzteren hängt nicht von der Gültigkeit der ersteren ab. Deshalb kann aus dem Wesen des Dienstbefehls keineswegs von selbst ein Prüfungsrecht des Untergebenen gegenüber der nach außen zielenden Maßregel des Vorgesetzten geschlossen werden, und ist es auch vergeblich, eine allgemeine Formel für ein Prüfungsrecht in dieser Richtung aufstellen zu wollen.

Damit ist nicht gesagt, daß ein solches Prüfungsrecht überhaupt nicht besteht. Im Gegenteil: es ist nicht zu verkennen, daß der Untergebene unter Umständen mit Rücksicht auf die Wirkung, welche seine Tat nach außen haben kann, den Gehorsam verweigern darf. Falsch sind nur jene tendenzmäßigen Verallgemeinerungen. Es handelt sich in Wirklichkeit hier stets um besondere gesetzliche Veranstaltungen, die ihren Sinn und Zweck für sich haben und aus welchen dann eben für die Kraft des Dienstbefehls eine entsprechende Hemmung sich ergeben muß. Es ist wichtig, diese Fälle genau abzugrenzen.

Zweierlei kommt in Betracht:

— Was eine Hemmung bereiten muß, ist vor allem das Strafgesetz. Jedes Strafgesetz, auch wenn es das Dienstverhältnis gar nicht im Auge hat, wird hier bedeutsam, sobald der Dienstbefehl seinem Inhalte nach im gegebenen Falle dahin führen würde, daß der Untergebene, der ihn befolgt, einer strafbaren Handlung sich dadurch schuldig machte, als Täter oder Mittäter oder Gehilfe oder Begünstiger, gleichviel. Es ist aber unmöglich, beides nebeneinander bestehen zu lassen: die Strafdrohung, durch welche das Gemeinwesen abhalten will von einer Tat, und den wirksamen Dienstbefehl, durch welchen es dazu anhalten will. Die schwächere Seite muß weichen; das ist ordentlicherweise der Dienstbefehl: er wird unverbindlich in dem Sinne, daß er dem Strafgesetz gegenüber auch unfähig ist, seine Gültigkeit wirksam für den Untergebenen zu bezeugen; der Untergebene hat das Recht, gegebenenfalls den Gehorsam zu verweigern[26].

— Zum anderen wird die unmittelbare Wirksamkeit des Dienst-

[26] Ausnahmsweise weicht umgekehrt das Strafgesetz dem Dienstbefehl. Mil.Stf.G.B. § 47: Wenn die befohlene Handlung eine Übertretung darstellt, haftet der befehlende Vorgesetzte allein; ebenso auch im Falle eines Verbrechens oder Vergehens, wenn nicht dem Untergebenen bekannt gewesen, daß es sich um ein solches handelte. — Hieran erweist der militärische Dienstbefehl wieder seine eigentümliche Stärke.

befehls dadurch ausgeschlossen, daß ihm ein stärkerer Dienstbefehl entgegentritt, oder wie wir — um alles zu umfassen — besser sagen: ein stärkeres Recht, die Dienstpflicht zu bestimmen.

Es kann ein Dienstpflichtiger mehrere Vorgesetzte haben. Damit ist dann die Möglichkeit gegeben, daß ihm mehrere Dienstbefehle zugehen widersprechenden Inhalts. Da nur einer befolgt werden kann, muß er prüfen, welcher davon diesen Vorzug verdient, und dem anderen den Gehorsam verweigern. Der Maßstab für diese Entscheidung ist ihm natürlich nicht frei überlassen, sondern bestimmt vorgeschrieben. Regelmäßig werden die Vorgesetzten selbst in der Stufenfolge der Behördenordnung stehen, so daß es einen unmittelbaren und einen höheren Vorgesetzten gibt; der Dienstbefehl des höheren wird dann vorzugehen haben[27]. — Es gibt auch Fälle, wo ein und derselbe Beamte mehreren Verwaltungszweigen, vertreten durch verschiedene Behörden, zur Durchführung ihrer Anordnungen zur Verfügung steht[28]. Da ist es für gewöhnlich nicht Sache des Untergebenen, darüber zu wachen, daß jeder der verschiedenen Vorgesetzten nicht in die Zuständigkeit des anderen übergreife; für ihn muß es genügen, daß das, was von ihm verlangt wird, noch im allgemeinen Rahmen der von ihm geschuldeten Dienstpflicht liegt. Wenn aber auch von der anderen Seite befohlen worden ist, Dienstbefehl gegen Dienstbefehl steht in unvereinbarer Weise, dann wird wiederum der Untergebene prüfen müssen, welcher von beiden für ihn allein maßgebend ist. Das wird der Befehl desjenigen Vorgesetzten sein, zu dessen Dienstzweig die Sache nach seinem Urteil eigentlich gehört. Der andere Befehl bleibt unbefolgt.

In allen solchen Fällen hat der nichtbeachtete Dienstbefehl die Voraussetzungen erfüllt, unter welchen ihm nach dem oben unter n. 2 Ausgeführten jene formell bindende Kraft zukäme, die ein

---

[27] Das stimmt zu der die ganze Behördenordnung durchziehenden Auffassung, wonach der Staatswille auf den höheren Stufen jeweils reiner und kräftiger zum Ausdruck kommt als auf den niederen (vgl. oben Bd. I S. 126). Anders wieder im Gebiet des militärischen Dienstbefehls: hier geht immer der letzte vor, ohne Unterschied der Stufe: R.Mil.Gericht 7. Mai 1904 (Entsch. VII S. 86), 16. Febr. 1905 (Entsch. VIII S. 143).

[28] So die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes, welche ihrer vorgesetzten Polizeibehörde unterstehen und zugleich, als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, dieser: G.V.G. § 153; Mot. S. 170 f. (Hahn, Mat. I S. 152). — Zweierlei Vorgesetzte hat auch der preußische Gendarm: Gendarmerie-Verord. v. 30. Dez. 1820 § 17.

Prüfungsrecht des Untergebenen ausschließt. Erst der besondere Umstand, daß die Frage nach der stärkeren Befehlsgewalt sich erhebt, macht für ein solches die Bahn frei.

Es braucht sich aber nicht notwendig um einen Widerspruch zwischen verschiedenen Dienstbefehlen zu handeln. Die gleiche Wirkung kann auch eintreten, wenn der Dienstbefehl auf ein anderes Recht zu näherer Bestimmung der Dienstpflicht stößt. Deshalb haben wir uns vorhin diese weitere Fassung vorbehalten. Und zwar ist der Andere, dessen Zuständigkeit hier in Betracht kommt, der Dienstpflichtige selbst. Es gibt nämlich besondere Fälle, in welchen die gute Ordnung des Dienstes gerade darin gesucht wird, daß der Dienstpflichtige selbständig und auf eigene Verantwortung finde und wahrnehme, was seine Pflicht gebietet. Er ist sich dann sozusagen selber Dienstbehörde. Das trifft nur bei gewissen besonders dadurch ausgezeichneten Ämtern zu und auch bei ihnen nur für gewisse Seiten ihrer amtlichen Verrichtung. Wir sprechen alsdann von einer Selbständigkeit des Amtes, von einer dienstlichen Unabhängigkeit.

Das bekannteste und einleuchtendste Beispiel bietet die richterliche Unabhängigkeit. Auch die Richter stehen unter Dienstgewalt und können Dienstbefehle erteilt bekommen. Aber bezüglich der eigentlichen rechtsprechenden Tätigkeit sollen sie selbständig finden, was ihre Pflicht ist, und danach tun. Der Dienstbefehl eines Vorgesetzten, der sie darin beeinflussen wollte, wäre unzulässig. Er stößt auf jenes stärkere Recht der Bestimmung der eigenen Dienstpflicht, welches der Richter selbst zu wahren hat. Statt Gehorsam zu leisten, müßte dieser die Einmischung zurückweisen. Wiederum sehen wir die Voraussetzungen für die bindende Selbstbezeugung des Dienstbefehls hier alle erfüllt: es ist der Vorgesetzte, der befiehlt, es werden Dinge befohlen, die zu tun in der Dienstpflicht sehr wohl begriffen sein können. Die besondere Einrichtung, durch welche das Gesetz die Kraft des Dienstbefehls hier bricht, beruft den Untergebenen zu eigener Prüfung, ob diese Schranke eingehalten ist, und verneinendenfalls zur Verweigerung des Gehorsams[39].

---

[39] G.V.G. § 1. — Seydel, Bayr. St.R. II S. 223, stellt, abweichend von uns, die Frage der Grenzen der Gehorsamspflicht auf die Zuständigkeit des Vorgesetzten, „die Anordnung zu erlassen", und des Untergebenen, „sie zu vollziehen" (vgl. oben Note 24). „All dies, meint er, sind keine Beschränkungen des Begriffs Dienstbefehl, sondern nur Entwicklungen dieses Begriffs." Als Beispiele von Dienstbefehlen, die deshalb unverbindlich wären, nennt er in Note 11 den Befehl

Diese Einrichtung besteht nicht bloß für die ordentlichen Gerichte; sie ist unbedenklich auch anzuerkennen bei den Verwaltungsgerichten, ob das Gesetz es ausdrücklich bestimmt oder nicht[30]. Dienstliche Unabhängigkeit in gleichem Sinne findet sich auch für eigentliche Verwaltungsämter besonders angeordnet oder sie ergibt sich von selbst aus der Natur der berufsmäßigen Tätigkeit, z. B. aus dem Amtsauftrag zur Lehre der Wissenschaft. Wo das Gesetz die sogenannten Beschlußbehörden eingerichtet hat, unter Verwendung des dem Dienstbefehl ohnehin schwerer zugänglichen Ehrenamtes, muß angenommen werden, daß für die Mitwirkung bei der Beschlußfassung selbst die gleiche dienstliche Unabhängigkeit gewollt sei, wie bei den Gerichten.

Auch bei einfachen Vollstreckungsbeamten[31] erscheint eine solche Selbständigkeit des Rechts und der Pflicht zur Prüfung der Voraussetzungen ihrer Amtstätigkeit. Das wird wenigstens da anzunehmen sein, wo das Gesetz diese von der Erfüllung gewisser Formbedingungen abhängig gemacht hat. Der Gerichtsvollzieher und, wo er ihm gleichgestellt ist, der Exekutor darf zur Pfändung nur vorschreiten auf Grund eines vollstreckbaren Titels in gehöriger Form, den er in Händen haben muß; die eigene Prüfung, ob das der Fall ist, kann ihm kein Dienstbefehl ersetzen. Ebenso ist die Verhaftung von der Ausfertigung des Haftbefehls, die Aufnahme in

---

zu einer strafbaren Handlung und in Note 12 die Weisung an den rechtsprechenden Richter; beides „scheide aus dem Begriff des Dienstbefehls aus", sei „kein Dienstbefehl". In Wahrheit würde aber beides durch diese Formulierung der natürlichen Gehorsamsgrenze so wenig ausgeschieden wie durch die unsrige: der vorgesetzte Richter kann ja für die Erlassung eines Urteils dieser Art sehr wohl selbst zuständig sein, und für den angewiesenen handelt es sich sicher um eine Ausübung seiner allgemeinen Zuständigkeit; mit der strafbaren Handlung verhielte es sich geradeso. Überall ist es nicht sein enger Begriff, der die Kraft des Dienstbefehls für diese besonderen Fälle bricht, sondern die positive Gegenwirkung des Gesetzes, das die richterliche Unabhängigkeit anordnet oder die Strafe droht. G. Meyer, St.R. § 146, der wie Seydel, Laband u. a., neben der überflüssigen Betonung der Form, die beiderseitige Kompetenz und Zuständigkeit als Prüfungsgegenstand bezeichnet, hat also sehr Recht, wenn er noch einen weiteren Punkt hinzufügt; freilich, die Art, wie er ihn zum Ausdruck bringt: „Verfügungen, welche dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen", ist nicht glücklich. Das mag wohl unsere zwei hier aufgeführten Fälle umfassen, umfaßt aber darüber hinaus noch so unberechenbar viel anderes, daß nichts damit anzufangen ist; vgl. oben Note 22.

[30] Vgl. oben Bd. I S. 139 Note 12 u. S. 147 Note 8.

[31] Vgl. oben Bd. I S. 312 ff.

eine Gefangenenanstalt von der Aushändigung der nötigen schriftlichen Nachweise abhängig gemacht, so daß der Vollzugsbeamte selbständig sich zu vergewissern hat, ob er handeln darf oder nicht. Um eine Nachprüfung der Formen des Dienstbefehls, wovon man so gerne redet, handelt es sich überall nicht; es sind selbständige Formvoraussetzungen der eigenen Handlung des vollziehenden Beamten, neben dem Dienstbefehl erforderlich. In solchen Fällen wird allerdings leicht noch ein anderer Grund wirksam werden, um die bindende Kraft des Dienstbefehls auszuschließen: der Mangel der dem Untergebenen zur Beachtung vorgeschriebenen Formen würde eine strafbare Handlung ergeben, vor deren Folgen der Dienstbefehl nicht schützt, zu welcher er demgemäß auch nicht verbinden kann. Vgl. oben S. 327.

II. Die Dienststrafgewalt.

Die öffentliche Strafe, als das obrigkeitlich zuzufügende Übel wegen mißbilligten Verhaltens, kommt in Zusammenhang mit der öffentlichen Dienstpflicht auf mehrfache Weise zur Anwendung.

Zum Teil gehören diese Strafen den Rechtsformen des gemeinen Strafrechts an. Da unterscheiden sich von den gewöhnlichen Straftaten die Vergehen im Dienste oder im Amte lediglich dadurch, daß das Dienstverhältnis des Täters ein Tatbestandsmerkmal bildet, das die Strafbarkeit begründet oder verschärft[82].

Daneben findet sich auch hier die Strafe verwendet als ein Zwangsmittel des Dienstherrn zur Herbeiführung des dienstpflichtmäßig geschuldeten Verhaltens. Hier gibt dann die polizeiliche Ungehorsamsstrafe oder Zwangsstrafe einfach das Vorbild[83]. Voraussetzung ist wieder der Dienstbefehl, und zwar als Befehl für

---

[82] Stf.G.B. § 331 ff.

[83] G. Meyer, in Annalen 1876 S. 673; ders., St.R. § 148 n. 1. Warum dabei der Arrest als „direktes Zwangsmittel“ anerkannt werden soll, um den Beamten zur Vornahme der geschuldeten Geschäfte anzuhalten, die Geldstrafe nur als indirektes, wird nicht gut einleuchten. — v. Bar, Stf.R. I S. 353, spricht hier von einer „sog. Ordnungsstrafe im eigentlichen Sinne“, die auch Disziplinarstrafe sein soll, aber wesentlich Zwangsmittel. Das sind aber sehr verschiedene Dinge; „Ordnungsstrafe“ sagt gar nichts.

Das ältere preußische Recht warf diese Zwangsstrafe einfach mit der polizeilichen Zwangsstrafe zusammen. Dagegen mit Recht Foerstemann, Pol.R. S. 403. Von Polizei ist hier gar keine Rede. Pr. Diszipl.Ges. v. 21. Juli 1852 § 100 behandelt diese Verwendung der Zwangsstrafe auch noch als ein Stück der allgemeinen behördlichen Zwangsgewalt, scheidet sie aber wenigstens deutlich von der Disziplinarstrafe. Bad. Verord. v. 14. Jan. 1890 handelt von dieser Strafe unter der Rubrik „Dienstpolizei“.

den Einzelfall, für dessen Nichtbefolgung der Befehlende die Strafe androhen darf, um sie über den ungehorsamen Beamten nachher zu verhängen. Denkbar sind daneben auch die anderen Mittel der Zwangsvollstreckung, Zwangsersatzvornahme und einfache Gewaltanwendung[34].

Das tritt aber alles zurück hinter einer anderen Machtäußerung, welche dem Dienstherrn noch zur Verfügung steht und die dritte Art von Strafe vorstellt, die hier erscheint. Diese dritte Art ist die Disziplinarstrafe, Dienststrafe. Sie ist so recht aus dem innersten Wesen des öffentlichen Dienstes herausgewachsen und entspricht seinen besonderen Zwecken. Es handelt sich bei ihr um nichts anderes als eine Äußerung der Dienstgewalt. Sie fließt aus dem Gewaltverhältnis, in dem der Dienstpflichtige steht. Auch in anderen Gewaltverhältnissen ähnlicher Art findet sie Seitenstücke, hat aber hier vornehmlich ihr Gepräge erhalten.

Die öffentliche Dienstpflicht enthält die Forderung einer besonderen Treue und Hingabe, welche der Diener bei Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben betätigen und in seinem ganzen Verhalten beobachten soll (oben S. 243 f.). Auf die rechte Gesinnung kommt hier alles an; ohne die kann sich der Staat auf den Mann nicht verlassen. Jede Pflichtwidrigkeit, die etwa zutage tritt, kann deshalb eine doppelte Seite haben:

— eine besondere, sofern eine Unordnung, eine störende Tatsache vorliegt, welche beseitigt werden muß: die mißbräuchlich benutzten Dienstgegenstände werden dem Schuldigen abgenommen, die unterlassene Amtshandlung wird erzwungen[35].

— eine allgemeine, sofern aus dem Vorgefallenen zugleich erhellt, daß es bei dem Schuldigen an der unentbehrlichen Gesinnung fehlt: dagegen richtet sich die Dienststrafgewalt in ihrer eigenen Weise[36].

---

[34] Eigenartig das in Mil.Stf.G.B. § 124 vorgesehene Zwangsmittel: „Diejenigen Handlungen, welche der Vorgesetzte begeht, ... um seinen Befehlen im Falle der äußersten Not und dringendsten Gefahr Gehorsam zu verschaffen, sind nicht als Mißbrauch der Dienstgewalt anzusehen." Damit soll doch geradezu eine Ermächtigung zu diesen „Handlungen" gegeben sein; denn einer solchen bedarf es.

[35] Davon sprachen wir soeben. Richtig G. Meyer in Annalen 1876 S. 676: „Nun ist allerdings in vielen Staatsdienergesetzen den vorgesetzten Behörden eine Zwangsgewalt gegen ihre Untergebenen beigelegt worden. Aber diese Zwangsgewalt muß von der Disziplinarbestrafung genau unterschieden werden". Vgl. unten Note 37.

[36] Richtig Heffter in Neues Arch. d. Crim.R. XIII S. 177: „Es ist dies eine Attribution, die aus der Herrendienstgewalt fließt, gleichwie das Züchtigungs-

Es geht nicht an, nach beseitigter Störung ein derartiges Element im öffentlichen Dienste, der darunter leidet, ruhig mit fortzuschleppen. Deshalb wird auf den Schuldigen eingewirkt mit Strafen, die man über ihn verhängt. Diese Strafen sind poenae medicinales. Sie ziehen ihre ganze Rechtfertigung aus dem Erfolge, der dadurch angestrebt werden soll, aus der für den Dienst zu erzielenden Besserung. Diese Besserung kann an dem Schuldigen selbst gesucht werden; das kommt dann auch dem allgemeinen Zustande des Dienstes zugute. Ist sie an diesem Punkte nicht möglich, so bleibt als letztes Mittel die Entfernung des schadhaften Gliedes aus dem Dienste, so daß wenigstens dieser, der die Hauptsache ist, gereinigt und gebessert wird: quod medicamenta non sanant, ferrum sanat[37].

---

recht des Familienvaters aus der hausväterlichen Gewalt". Ähnlich Laband, St.R. I S. 185: „Die Disziplinarfolgen beruhen auf der Dienstherrlichkeit, auf dem Gewaltverhältnis zwischen Staat und Staatsdiener . . . sind Mittel zur Erhaltung der Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses und zur Sicherung der Erfüllung der Dienstpflichten". — Heffter a. a. O. fährt dann allerdings fort: „es ist ein Privatrecht des Staates, dem sich der Diener bei Eingehung des Dienstverhältnisses stillschweigend unterwirft, kein allgemeines Recht der ganzen Staatsgemeinde, wie das Strafrecht". Es ist ihm offenbar daran gelegen, das Unterscheidungsmerkmal vom gemeinen Strafrecht zu gewinnen. Vielleicht schwebt ihm dabei vor, daß der Staat hier auftritt zur Wahrnehmung seiner eigenen Geschäfte, wie etwa auch ein Privater seinen Betrieb in gutem Stand hält, im Gegensatz zu seiner Stellung als Hüter der allgemeinen Rechtsordnung. Allein nach den Anschauungen der Zeit (1833) darf man doch annehmen, daß er sich das ganze Verhältnis allen Ernstes privatrechtlich denkt. Wegen der Anwendung strengerer Mittel, Dienstentlassung vor allem, entwickelt er dann auch sofort, daß es sich um eine „Justizsache" handelt; da „in der Tat eine rein zivilrechtliche Frage vorliegt" (S. 178). v. Bar, Handb. d. Stf.R. I S. 357, stellt in ähnlicher Weise durchweg das Disziplinarstrafrecht dem „öffentlichen Strafrecht" gegenüber und spricht ihm eine „privatrechtliche Seite" zu (S. 357 u. 358). Darüber kann man hinwegsehen. Daß aber auch Laband, St.R. I S. 487 Note 2 u. S. 488 Note 2, unter Berufung auf diese beiden hier von „Privatrecht" und „privatrechtlicher Seite" spricht, das ist ein bedauerlicher Rückfall. Denn Laband steht, wie das heutzutage auch wohl nicht anders sein kann, auf dem Standpunkte, daß „das Dienstverhältnis des Staatsbeamten zum Staate nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur ist" (a. a. O. S. 434).

[37] Es ist natürlich immer ein bedeutsamer Entschluß, wenn die Dienststrafgewalt sich sagt: jetzt geht es nicht mehr so weiter, es muß ein Ende gemacht werden, und von der „korrektiven" zur „epurativen" Disziplin übergeht. Aber deshalb darf man die Dienststrafgewalt doch nicht auseinanderreißen, als wäre sie etwas ganz anderes je nachdem. Beides muß auf einen Generalnenner gebracht werden. Die Idee der Besserung ist in der ersten Hälfte klärlich gegeben; das Gemeinsame ist von da aus unschwer zu erkennen. Wegen der Verwandtschaft

mit der censura des kanonischen Rechts vgl. Hinschius in Holtzendorff Rechtslex. I S. 458; ders., System des kath. K.R. IV S. 748 u. 756 Note 8. So auch schon Heffter, in Neues Arch. f. Crim.R. XIII S. 78. — Indem wir diesen Zusammenhang der Disziplinarstrafen aufrechterhalten, wird es sich von selbst verbieten, daß wir hier von der Einrichtung eines Erfüllungszwangs für die geschuldete Dienstpflicht reden. Denn an einen solchen könnte man vielleicht zur Not noch denken bei den Mitteln der „korrektiven" Disziplin (Verweise, Geldstrafen), nimmermehr aber bei der „epurativen": inwiefern wird der Beamte, der einem Dienstbefehl nicht gehorcht hat, dadurch, daß man nun die Entlassung über ihn ausspricht, veranlaßt, diesen Gehorsam nunmehr zu leisten? Er kann ja gar nicht mehr! Laband, der an der hier oben Note 36 angeführten Stelle zunächst die Bedeutung der Disziplinarstrafe für die Erhaltung der rechten Gesinnung im Dienste zu ihrem Recht kommen ließ — „Erhaltung der Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses und Sicherung der Erfüllung der Dienstpflicht", — schlägt dann auf den folgenden Seiten (486, 487) um: die Disziplinarstrafe wird nun „das Mittel, um die Erfüllung der Dienstpflicht zu erzwingen", sie steht „an Stelle der Kontraktsklage auf Leistung". Hier handelt es sich klärlich darum, die bestimmte Leistung zu erzielen, die dem Dienstherrn geschuldet ist, denn darauf allein könnte auch die Kontraktsklage gehen. Auch bei Rehm, in Annalen 1885 S. 192, bedeutet die Disziplinarstrafe, daß der Dienstherr „sofort die Ausführung seiner Befehle durch Strafen erzwingen (korrektiv!) oder den renitenten Staatsdiener aus dem Dienstverhältnis entlassen kann". Selbst v. Bar, Handb. d. Stf.R. I S. 358 Note 409, der ja mit Laband in der Betonung der „privatrechtlichen Seite" der Disziplinarstrafe übereinstimmt (oben Note 36), findet doch, daß diese Gleichstellung mit der Kontraktsklage zu weit gehe. — Wir sind ja unsererseits weit entfernt, ein solches Anknüpfen an das entsprechende Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts schlechthin zu verwerfen, halten es im Gegenteil für etwas sehr Nützliches; nur muß es an dem richtigen Punkt geschehen. Der Prinzipal des Handlungsgehilfen hat seine Kontraksklage auf Erfüllung der Dienstpflicht: er kann den Reisenden verklagen auf Rechnungslegung über die vereinnahmten Gelder, auf Zurückgabe der nicht mehr zu verwendenden Muster, seinen Lageristen auf Beschleunigung der Inventarsarbeiten. Das hat sein Seitenstück in dem Erfüllungszwang des öffentlichrechtlichen Dienstherrn, von dem wir oben Note 33—35 sprechen. Dieser steht an der Stelle der Kontraktsklage. Er teilt aber auch mit dieser, daß er tatsächlich vom Dienstherrn nicht viel angewendet wird: wenn der Diener so gezwungen werden muß, dann ist das ganze Verhältnis nicht viel wert. Deshalb machen sie beide, der Staat wie der Kaufmann, in Wirklichkeit lieber von ihrer selbstauszuübenden Macht als Dienstherr Gebrauch. Der Kaufmann macht seinem Gehilfen Vorhalt, mehr oder weniger kräftig, damit dergleichen nicht wieder vorkommt, und wenn das nicht reicht, schickt er ihn weg, mit gewöhnlicher Kündigung oder mit sofortiger. Und ebenso tut der Staat, nur daß sein Vorgehen obrigkeitliche Natur hat. Erfüllungszwang ist das bei ihm so wenig wie beim Kaufmann.

Seit der 2. Aufl., jetzt St.R. I S. 486 Note 2, hat Laband gegen G. Meyers Einwand, daß die Verhängung der Disziplinarstrafe kein Mittel des Erfüllungszwangs sein könne, da sie nach der Pflichtverletzung erfolge, betont, daß das Zwingende eben die Androhung der Strafe sei: „Es kann auch in der Tat keinen Unterschied machen, ob generell durch Gesetz dem Beamten Disziplinarbestrafung

Durch den alles beherrschenden Zweck der Besserung des Dienstes unterscheiden sich diese Maßregeln von Grund aus von den Strafen des gemeinen Strafrechts. Da sie stets zugleich bei dem Betroffenen ein Verhalten voraussetzen, das dadurch mißbilligt wird, und ein Übel vorstellen, das ihm die vorgesetzte Obrigkeit zufügt,

---

angedroht und er dadurch zur Pflichterfüllung angehalten wird, oder ob ihm im einzelnen Falle die disziplinarische Ahndung einer Pflichtverletzung in Aussicht gestellt wird, um dieselbe zu verhüten". Hier wird aber dreierlei wohl zu unterscheiden sein:

— Das Strafgesetz soll ja durch seine Strafdrohung dahin wirken, daß das Verpönte möglichst nicht geschehe; man mag das mit Feuerbach einen „psychologischen Zwang" nennen; man kann auch, mit oder ohne „Normentheorie", zu jedem eine Pflicht des Handelns oder Unterlassens sich vorstellen, deren Erfüllung dadurch gesichert würde. Gleichwohl werden wir die Strafgesetze nicht unter die Zwangsmittel rechnen, der Kontraktsklage vergleichbar oder sonst einem Erfüllungszwang. Sie sind Rechtsordnung, Zwangsmittel kann nur sein, was unter der Rechtsordnung wirkt. Die Unterscheidung von Polizeistrafe und Polizeizwang, die wir in Bd. I durchgeführt haben, war eine Notwendigkeit.

— Die Ahndung, die im einzelnen Falle für eine etwaige Pflichtverletzung „in Aussicht gestellt wird", das ist unsere Zwangsstrafe, wie wir sie Bd. I S. 284 ff. u. 389 besprochen haben und ebenso hier oben S. 331 f. Sie ist selbstverständlich Zwangsmittel im richtigen Begriff, und zwar liegt allerdings der Druck, der hier geübt werden soll, der Zwang, schon in der Androhung. Das Gesetz, welches gestattet, Zwangsstrafen anzudrohen, ist seinerseits ein Zwangsmittel so wenig wie das Strafgesetz. Jedenfalls handelt es sich bei all dem um keine Disziplinarstrafe.

— Bei der Disziplinarstrafe spielt die Androhung eine Rolle weder im einen noch im anderen Sinne. Eine rechtssatzmäßige Androhung, nach der die Strafe verwirkt würde im Einzelfall, gibt es hier nicht. Es gibt allgemein gehaltene gesetzliche Ermächtigungen zur Strafverhängung, um davon nach Ermessen Gebrauch zu machen. Das bedeutet für die bestimmte Handlung nicht einmal etwas wie einen „psychologischen Zwang". Disziplinarstrafen können aber auch stattfinden ohne alles dahin zielende Gesetz, einfach auf Grund des Dienstverhältnisses; vgl. unten Note 39. Solche verschwommene Möglichkeiten kann man doch im Ernste nicht schon als Erfüllungszwangsmittel begrüßen! Mit der Androhung der Disziplinarstrafe im einzelnen Falle aber nach dem Muster der Zwangsstrafe ist es schon gar nichts. Der Vorgesetzte wird unter Umständen Gelegenheit nehmen, zu bemerken, daß solche Dinge zu einer Disziplinarstrafe führen können; aber es gehört in keiner Weise zum Rechtsinstitut, daß das geschehe. Die Disziplinarstrafe überfällt den Schuldigen auch ohne weiteres, sobald der Vorgesetzte, und wer sonst noch mitzuwirken hat, findet, es sei Zeit, die bessernde Hand anzulegen. Die Möglichkeit, durch eine derartige Bemerkung einen Druck auszuüben in der Richtung auf ein besseres Verhalten, sogar auf Erledigung eines einzelnen Geschäfts, vermag unter Umständen ein eigentliches Zwangsmittel zu ersetzen (vgl. unten § 61 Note 40). Auch die Androhung der Kündigung eines Darlehens kann so verwendet werden und diese Kündigung ist deshalb doch nicht selbst Zwangsmittel im Rechtssinne.

bleibt gleichwohl der allgemeine Begriff der Strafe auch hier noch erfüllt[88].

1. Bei Polizeistrafe und Finanzstrafe haben wir gesehen, wie die obrigkeitliche Zufügung des Übels stets einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

Die Disziplinarstrafe dagegen setzt das öffentliche Dienstverhältnis voraus und dieses bietet dem obrigkeitlichen Dienstherrn von selbst allerlei Mittel übel zu empfindender Einwirkung. Das kommt vor allem dem Beamten gegenüber zur Geltung, sofern der Bestand des Verhältnisses selbst von seinen Oberen abhängt, die ihn versetzen oder entlassen können; die Vorgesetztenstellung

---

[88] Binding, Grundr. d. Stf.R. S. 153: „keine Strafe im Rechtssinn, sondern ein pädagogisches Zuchtmittel". Das letztere ist für die „korrektive" Disziplin sehr zutreffend. Aber warum soll ein solches Zuchtmittel nicht zugleich dem allgemeinen Begriff der Strafe entsprechen können? — Rehm, in Annalen 1885 S. 191 Note 3, möchte einen Hinweis darauf, daß der Zweck der Strafe „die Aufrechterhaltung der Zucht und Ordnung bei der Realisierung der dem Herrscher zustehenden Dienstrechte" sei, schon darin finden, daß man die leichteren Disziplinarstrafen als „Ordnungsstrafen" bezeichnet. Wenn das der innere Grund der Bezeichnung wäre, so müßten doch wohl die schwereren Disziplinarstrafen erst recht Ordnungsstrafen heißen. Aber dieses farblose Wort wird ja auch für die Ungehorsamsstrafen gebraucht (vgl. oben Bd. I S. 284 Note 4), ebenso für die kleinen Finanzstrafen („bloße Ordnungsstrafe"; vgl. oben Bd. I S. 376), wie auch für die rechtssatzmäßige Strafe auf Nichtleistung des Schöffen- und Geschworenendienstes (oben § 44 Note 13 und hier unten Note 46). Es sagt also nichts über Natur und Zweck der Strafe, sondern deutet bloß auf ihr Maß hin: sie soll nicht allzuwehe tun. v. Bar, Handb. d. Stf.R. I S. 353, nennt allerdings das, was bei uns Ungehorsamsstrafe oder Zwangsstrafe heißt, „Ordnungsstrafe im eigentlichen Sinn"; eigentlich aber soll es doch auch bei ihm bedeuten „ganz geringfügige, auf Nichtbeobachtung, insbesondere von Formvorschriften gesetzte Strafen" (Note 398). Bestimmter in letzterem Sinne: Merkel, Stf.R. § 16 n. 2. So wird das Wort auch für eine Unterart der Disziplinarstrafen gebraucht; vgl. unten Note 43.

Daß wir den Satz G. Meyers in Annalen 1876 S. 675: „ein begrifflicher Gegensatz zwischen Amtsdelikten und Dienstvergehen (mit Disziplinarstrafe zu ahndenden Pflichtverletzungen) existiert gar nicht", nicht annehmen, versteht sich nach dem Ausgeführten von selbst. Die Disziplinarstrafe bedeutet kein „Spezialstrafrecht für Beamte"; sie ist ganz anderer Natur wie die gemeine Strafe. Das Militärstrafgesetzbuch bedeutet ein Spezialstrafrecht für den Soldatenstand; aber gerade ihm steht das militärische Disziplinarstrafrecht gegenüber als etwas anderes, wohl unterschiedenes: Verhängung der Strafe in gebundener Vollziehung des sie androhenden Rechtssatzes und Verhängung der zur Verfügung gestellten Strafe zwecks Besserung des Dienstes, das ist juristisch zweierlei. Laband, St.R. IV S. 158; Dietz, in Wörterb. d. St. u. V.R. II S. 856 („Verwaltungsstrafe" und „Rechtsstrafe"). Wegen der Disziplinarstrafgewalt d. f. d. Heer vgl. unten Note 41.

bringt die Möglichkeit von obrigkeitlichen Vorhalten und Zurechtweisungen mit sich, sowie von strengerer Ausnutzung der Dienstbefehlsgewalt gegen den Saumseligen, um ihm den Ernst der Sache zum Bewußtsein zu bringen. Denkbar wäre es auch, den Beamten bei der Anstellung noch weiteren Benachteiligungen, namentlich zu verhängenden Geldbußen und Gehaltsabzügen für gewisse Fälle sich unterwerfen zu lassen.

Da kommt nun die Beamtengesetzgebung darüber wesentlich zu dem Zwecke, dem schwächeren Teil, dem Untergebenen, eine gesichertere Rechtsstellung zu verschaffen. Sie beschränkt die Entlassung und Versetzung, regelt Geld- und Freiheitsstrafen nach Maß und Anwendbarkeit überhaupt, so daß man dergleichen nicht mehr besonders ausbedingen braucht, aber auch darüber hinaus nicht ausbedingen darf, und läßt nur die nicht so geregelten natürlichen Machtmittel daneben bestehen.

Das Gesetz tritt also hier mehr ordnend und ergänzend hinzu, als daß es die ganze Strafgewalt von Haus aus allein schüfe und trüge[39].

Diese Besonderheit der Disziplinarstrafe tritt noch deutlicher hervor im Heerdienstverhältnis. Die überwältigende Macht des Dienstbefehls, die ihm eigen ist, gibt dem Dienstherrn von selbst die ausgedehnteste Möglichkeit, allerlei nachteilige Behandlung zuzufügen, die als Disziplinarstrafmittel verwendbar ist. Es steht nichts im Wege, zur Besserung des Dienstes dem Soldaten, der seine Pflicht verletzt hat, auch einmal den Befehl zu erteilen, daß er ein paar Tage das Zimmer hüte oder in Arrest sich begebe oder Strafexerzieren, Strafwache halte, überzählige Kniebeugen mache, über den Topp entere. Auch die Duldung der etwa dazu gehörigen Gewaltmaßregeln liegt noch im Rahmen der weitgehenden militärischen Gehorsamspflicht. Die Verfügung über die dienstliche Stellung, desgleichen über die Löhnung, auf die der Soldat einen Rechtsanspruch nicht hat, geben dem Vorgesetzten weitere Mittel an die Hand. Gewisse Dienstpflichtverletzungen werden als so schwer angesehen, daß sie in Verletzungen der öffentlichen Ordnung übergehen sollen, die durch rechtssatzmäßige Strafdrohung unbedingt mißbilligt sind; von diesen hat das Gesetz zu handeln, hier das

[39] Es hat ein Reichsbeamtenrecht gegeben und eine Disziplinarstrafgewalt über Reichsbeamte vor dem Reichsbeamtengesetz; vgl. auch oben Bd. I S. 100 Note 12. Die ganze machtvolle Dienststrafgewalt über das französische Verwaltungsbeamtentum baut sich auf, ohne Disziplinargesetz, mit den Mitteln, die das Dienstverhältnis von selbst bietet: Theorie d. franz. Verw.R. S. 311.

Militärstrafgesetzbuch[40]. Was aber einfache Disziplinwidrigkeit ist und mit Disziplinarstrafe zu ahnden, braucht keine gesetzliche Grundlage, die von selbst gegebenen Mittel genügen, das Gesetz hat sich auch nicht regelnd eingemischt. Die Kommandogewalt bringt, soweit es nötig scheint, eine gewisse Ordnung in diese Dinge und zwar auf ihre Art: durch Armeeverordnung, d. h. eine kraft militärischer Dienstgewalt erlassene Verwaltungsvorschrift, um die Vorgesetzten zu binden, welche jene Disziplinarstrafmittel handhaben, und die Untergebenen, welche sie erdulden[41].

2. Die Art und Stufenfolge der als Strafe zuzufügenden Übel, der Disziplinarstrafmittel, ist für das deutsche Beamtenrecht im wesentlichen überall übereinstimmend geordnet.

Als Disziplinarstrafen sind schon anzusehen die formlosen

---

[40] Hecker in Wörterb. d. V.R. II S. 106, spricht hier von „Dienstpflichtverletzungen, welche eine öffentliche Strafe nach sich ziehen" und so „in die Reihe der Kriminalverbrechen resp. Vergehen aufgenommen sind". Öffentliche Strafe, die zugunsten der öffentlichen Gewalt ausgesprochen wird, wäre auch die Disziplinarstrafe; Hecker versteht es hier im Sinne von rechtssatzmäßig angedrohter Strafe. Sie findet nach ihm bei den Beamten statt für solche Pflichtverletzungen, welche zugleich „die öffentliche Rechtsordnung verletzen", bei Pflichtverletzungen von Soldaten kann sie auch ohne das angeordnet sein. Die Formel ist nicht glücklich. Warum werden jene dafür angesehen, die öffentliche Rechtsordnung zu verletzen? Weil sie unter rechtssatzmäßige Strafe gestellt sind. Man hat sie unter rechtssatzmäßige Strafe gestellt, weil das Gemeinwohl erfordert, daß die so ausgezeichneten Pflichtverletzungen gleichmäßig immer und überall nicht sein sollen, unabhängig von Zweckmäßigkeitserwägungen. Das gilt aber für die Dienstvergehen des Soldaten wie des Beamten, nur ist für die Pflichtverletzungen des ersteren das Gemeinwohl noch empfindlicher, daher die Ausdehnung der rechtssatzmäßigen Strafbarkeit, d. h. der Form des gemeinen Strafrechts, im Gegensatz zum disziplinarischen.

[41] Die Disziplinarstrafordnung für das Heer v. 31. Okt. 1872 hat im Beamtenrecht kein Seitenstück. Man mag sie der äußeren Erscheinung nach und dem tatsächlichen Erfolge nach mit Laband, St.R. IV S. 158, „ein zweites Militärstrafgesetzbuch" nennen, „das gleichsam für leichtere Fälle die Ergänzung des eigentlichen bildet". Aber auch das erstere nur gleichsam! Ein Gesetz ist sie weder im formellen noch im materiellen Sinne. Für eine Rechtsverordnung fehlt die gesetzliche Delegation. Es ist eine „Verordnung praeter legem" (Laband a. a. O. S. 23), eine „Verwaltungsverordnung", Verwaltungsvorschrift, die der König von Preußen als Kontingentsherr und kraft der Dienstgewalt erläßt, als solche im Preußischen Armeeverordnungsblatt richtig kundgemacht. Ähnlich die Verordnung über die Ehrengerichte (vgl. unten Note 48). — Dietz, Die Disziplinarstf.Ord. S. 4, erklärt diese für eine Rechtsverordnung; sie sei „Ausfluß der allgemeinen Regierungsgewalt" und deshalb nach Gutdünken verkündbar. Aber ein derartiger Ausfluß gibt eben keine Rechtssätze; solche hängen immer irgendwie am Gesetz.

Mißbilligungen und Zurechtweisungen, die jeder Vorgesetzte naturgemäß berechtigt ist, seinem Untergebenen zukommen zu lassen. Doch begreift man unter dem Namen Disziplinarstrafen vorzugsweise nur solche, die in geordneter Stufenfolge ihrer Schwere in mehr oder weniger ausgebildetem Verfahren verhängt und dazu noch beurkundet werden zu dauernder Kennzeichnung des Betroffenen[42].

Diese förmlichen Disziplinarstrafen werden, entsprechend den zweierlei Wegen, auf welchen die Disziplin ihren Zweck zu erreichen sucht, eingeteilt in korrektive oder Zuchtdisziplin und epurative oder reinigende Disziplin[43].

— Zur Zuchtdisziplin zählen Warnung, Verweis, Geldbuße oder sonstige Vermögensnachteile und gelinde Freiheitsstrafen.

Als Strafmittel dienen ihr außerdem auch Strafversetzung und zeitweilige Amtsentziehung (Suspension). Da sie dem so getroffenen Beamten die Stellung erschweren, treten sie in der neueren Disziplinargesetzgebung sehr in den Hintergrund. Sie bilden aber schon den Übergang zur reinigenden Disziplin, zur Reinigung des Dienstes durch Entfernung des schadhaften Gliedes, insofern sein Verbleiben gerade nur am gegebenen Orte oder nur für die nächste Zeit bedenklich erscheint und dagegen die Abhilfe so getroffen wird.

— Das eigentliche Strafmittel der reinigenden Disziplin ist die endgültige Entfernung aus dem Dienste, die Strafentlassung.

Diese Strafmittel sind der Dienstgewalt nicht überall gleichmäßig zur Verfügung gestellt. Die Zulässigkeit des einen oder anderen bestimmt sich wohl auch nach der Art der Dienstpflicht

[42] v. Rheinbaben, Preuß. Disziplgesetze S. 185. — Jene Dinge sind so selbstverständlich, daß sie in den Gesetzen, welche die Disziplinarstrafen regeln, manchmal gar nicht erwähnt werden. Deshalb kennzeichnen sich dann die anderen Rügen, welche förmliche Disziplinarstrafen sein wollen, durch die ausdrückliche Bezugnahme auf das Gesetz: Laband, St.R. I S. 489; Krische, Sächs. Staatsdienerges., Note 1 zu § 16.

[43] Diese althergebrachten Bezeichnungen werden in unserer neueren Gesetzgebung dadurch verdrängt, daß man die Mittel der Zuchtdisziplin Ordnungsstrafen nennt, die der reinigenden Disziplin Entfernung aus dem Amt oder auch Disziplinarstrafen schlechthin (Preuß. Disziplgesetz v. 21. Juli 1852 § 15, R.G.B. § 74, Bayr. Beamtenges. Art. 107). Der erstere Ausdruck ist jedenfalls unschädlich (vgl. oben Note 38); der zweite bedeutet keine Einteilung der Mittel ihrer allgemeinen Art nach, sondern nennt einfach das Mittel. Das Sächs. Staatsdienerges. v. 7. März 1855 hatte die Verhängung der sog. Ordnungsstrafen sehr bezeichnend „das Besserungsverfahren“ genannt (§§ 26 u. 27).

und des damit zu bekleidenden Amtes. Es wird ein Unterschied gemacht zwischen höheren und niederen Beamten. Bei jenen wird unter Umständen schon ein geringes Anfassen schwer empfunden werden, das bei diesen versagen könnte[44]. So pflegt das Mittel der Freiheitsstrafe, wo überhaupt, nur für niedere Beamte anwendbar zu sein[45]. Dem Richter gegenüber wird aber möglicherweise auch eine Geldstrafe nicht in unverhüllter Gestalt zugelassen[46].

Am schärfsten sind die Mittel der Dienststrafgewalt naturgemäß entwickelt im Heere[47]. Das Heer kann ja dienstwidrige Gesinnung am allerwenigsten ertragen. Bei der gesetzlichen Heerdienstpflicht kommt hinzu, daß es sich hier um eine möglichst rasch ausbildende Schule, auch der Gesinnung, handelt und daß die reinigende Disziplin ausgeschlossen ist: die Strafentlassung als Maßregel der Dienstgewalt widerspräche der Zwangsdienstpflicht. Es muß also alles mit desto kräftigerer Zuchtdisziplin durchgesetzt werden können[48].

---

[44] Was Dietz in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 858 von den Strafmitteln der Militärdisziplin sagt: „je höher der Rang, desto milder die Strafart", enthält einen Grundsatz von allgemeiner Gültigkeit.

[45] Preuß. Diszipl.Ges. § 15 Abs. Ziff. 4. Der Zug der Zeit geht auf gänzliche Abschaffung.

[46] Das Preuß. Richter-Diszipl.Ges. v. 7. Mai 1851 § 15 kennt die Geldbuße nicht mehr als selbständige Disziplinarstrafe; sie erscheint nur als Zusatzstrafe oder in Gestalt einer von selbst sich anschließenden Verminderung des Diensteinkommens. Thilo, Preuß. Diszipl.Gesetzgebung S. 21.

Für Schöffen und Geschworene sind Disziplinarstrafen gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen. Die „Ordnungsstrafen" nach G.V.G. §§ 56 u. 96 gegen den, der sich „seinen Obliegenheiten entzieht", sind keine Disziplinarstrafen, sondern entsprechen der in Stf.G.B. § 140 Ziff. 1 auf Verletzung der Wehrpflicht gesetzten Strafe. In Verbindung mit G.V.G. § 177 wird das aber genügen. Dem Vorsitzenden wird auch eine Erinnerung an die gesetzliche Pflicht nicht zu versagen sein, worin schon etwas von Disziplin enthalten wäre. Im übrigen ist für solche kein Platz. Zuchtdisziplin, Erziehung der rechten Gesinnung an dem Manne zu üben, den man nie wiedersieht, wenn er seine paar Stunden abgesessen hat, ist zwecklos. Reinigende Disziplin gegenüber dem Zwangsdienst ist widersinnig; die Reinigung vollzieht sich ja auch von selbst.

[47] Diszipl.Stf.Ord. v. 31. Okt. 1872 § 3.

[48] Die Entfernung aus dem Heere und die Dienstentlassung erscheinen als Nebenstrafen nach Mil.Stf.G.B. § 31. Das gehört natürlich nicht hierher. — Hecker, in Gerichtssaal XXXI S. 495 ff., erklärt diesen „Verzicht auf die Strafmittel der reinigenden Disziplin" in der obigen Weise. Es verhält sich hier ähnlich wie bei der Zwangsdienstpflicht der Schöffen und Geschworenen; vgl. oben Note 46.

Gegen Offiziere, auch Reserveoffiziere, weil sie eben alle nicht kraft gesetz-

3. Die Disziplinarstrafe setzt eine Verfehlung voraus, ein zu mißbilligendes Verhalten, das sich der Dienstpflichtige zu Schulden kommen läßt gegenüber den Pflichten, welche ihm obliegen. Aber sie wird dadurch nicht verwirkt in dem Sinne wie die rechtssatzmäßigen Strafen, gemeine Strafe, Polizei- und Finanzstrafe, sonst verwirkt werden: es handelt sich nicht darum, daß sie nun auch verhängt werden müßte mit der entsprechenden Gebundenheit der vollziehenden Gewalt[49]. Vielmehr gibt die Tatsache der vorgefallenen Verfehlung nur der Behörde dem Schuldigen gegenüber dieses Machtmittel in die Hand, um die etwa notwendig erscheinende Besserung des Dienstes ins Werk zu setzen. Ob sie davon Gebrauch machen soll und in welcher Gestalt, das ist Sache der Erwägung der dienstlichen Zweckmäßigkeit[50]. Die Disziplinarstrafgewalt trägt nicht jene Binde der Gerechtigkeit vor den Augen, um nur durch eine enge Öffnung den Ausschnitt aus der Wirklichkeit zu sehen, der den Tatbestand der Verfehlung bildet. Sie berücksichtigt die bisherigen Verdienste und die Hoffnungen für die Zukunft, welche der Fehlende darbietet, die

---

licher Zwangsdienstpflicht dienen (vgl. oben § 44 Note 32), gibt es allerdings auch eine reinigende Disziplin, die nur in der Diszipl.Stf.Ord. nicht vorgesehen ist: die Entlassung mit schlichtem Abschied oder Entfernung aus dem Offiziersstande auf Grund eines ehrengerichtlichen Spruches (Verord. über d. Ehrengerichte v. 2. Mai 1874 § 51 ff., als Dienstvorschrift veröffentlicht; Dietz in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 865). Nicht zu verkennen ist, daß die schlechthin freistehende Zur-Disposition-Stellung auch dazu dienen mag, für minder schwere Dienstwidrigkeiten die reinigende Disziplin entbehrlich zu machen.

[49] R.G.B. § 72: „Ein Reichsbeamter, welcher die ihm obliegenden Pflichten verletzt, begeht ein Dienstvergehen und hat die Disziplinarbestrafung verwirkt" — scheint mir nicht bloß unschön formuliert (Laband, St.R. I S. 488), sondern im letzten Wort auch unrichtig; von der verwirkten Strafe kann bloß Abolition oder Begnadigung befreien. Die Disziplinarstrafe wird so wenig „verwirkt" wie die Zwangsstrafe; vgl. oben Bd. I S. 287.

[50] Laband, St.R. I S. 488: „Ein Recht, keine juristische Pflicht des Staates" — aber, um alles, kein „Privatrecht" des Staates, wie die in der Note dort angezogene Stelle bei Heffter versichert; vgl. oben Note 36. Seydel, Bayr. St.R. II S. 273: „Dieser Rechtsanspruch ist lediglich Rechtsanspruch; seine Geltendmachung steht mithin zur freien Verfügung des Inhabers. Ob ein Verbrechen vor dem Strafrichter verfolgt werden soll oder nicht, ist keine Frage des Ermessens; ob wegen Verletzung der Dienstpflicht eingeschritten werden soll, hängt davon ab, ob derjenige, welcher das öffentliche Interesse nach dieser Richtung wahrzunehmen hat, es in diesem Interesse gelegen findet, mit der Rechtsverfolgung vorzugehen." Die Bezeichnung Rechtsanspruch für das, was die Obrigkeit mit freiem Ermessen vorkehren kann, ist wieder allzusehr mit privatrechtlicher Denkweise erfüllt.

Schädigung, welche das dienstliche Ansehen durch die Bestrafung erleiden, den schlechten Eindruck, welchen die Nichtbestrafung auf das übrige Beamtentum machen würde, und was sonst noch einer klugen Verwaltung als beachtenswert erscheinen kann. Das ist ihre Eigenart und ihr Recht[51].

Im Verfahren zur Verhängung der Disziplinarstrafe findet möglicherweise eine Trennung statt nach den verschiedenen Gesichtspunkten. Für schwerere Verfehlungen und die Verhängung entsprechend höherer Strafen werden neben dem ordentlichen Dienstvorgesetzten eigene Disziplinarstrafbehörden gebildet oder es kommen die gegebenen Zivil- und Verwaltungsgerichte als solche zur Verwendung. Diesen liegt alsdann die förmliche Untersuchung des Falles ob wie einem ordentlichen Strafrichter, die Feststellung der Schuld und der dafür angemessenen Strafe, alles wesentlich nur unter dem Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und der gleichmäßigen Anwendung gegebener Grundsätze. Die weiteren Ausblicke und Rücksichtnahmen, welche der Disziplinarstrafe eigen sind, werden gesondert daneben zur Geltung gebracht durch den eigentlichen Inhaber der Dienstgewalt. Seine Mitwirkung kann verschieden gestaltet sein:

— Das Verfahren ist möglicherweise so eingerichtet, daß das besondere Disziplinargericht in erster Linie mit der Sache befaßt wird, um ohne Ansehen der Person seinen Ausspruch zu tun, wie es für Rechtens hält. Der eigentliche Inhaber der Dienstgewalt verfügt aber dann auf Grund dieses Ausspruchs endgültig, was geschehen soll, indem er nunmehr auch jene weiteren Rücksichten in Rechnung zieht, insbesondere auch das Persönliche und seinen Wert für den Dienst in die Wagschale legt. Es kommt dabei etwas

---

[51] Der Gegensatz tritt sehr scharf hervor in dem durch E.G. z. Mil.Stf.-G.B. § 3 vorgesehenen Falle. Danach können gewisse im Gesetzbuch geordnete Strafsachen leichterer Art auch „im Disziplinarwege" erledigt werden, das will sagen: nicht vom Militärgericht, sondern von dem für das entsprechende Maß von Disziplinarstrafe zuständigen Militärvorgesetzten und ohne gerichtliches Verfahren. Dieser Vorgesetzte handelt aber dabei an Stelle des Richters und wie ein solcher: „Das anwendbare materielle Strafrecht muß angewendet werden" (Dietz in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 756, § 2 n. 2; vgl. damit die Schilderung der freien Disziplinarstrafgewalt ebenda S. 858, § 6 n. 2: Der Militärvorgesetzte hat hier „innerhalb der Grenzen seiner Disziplinarstrafgewalt, unter möglichster Schonung des Ehrgefühls des zu Bestrafenden, mit Berücksichtigung seiner Eigenart und bisherigen Führung, der Natur der zu bestrafenden Handlung und des durch diese mehr oder weniger gefährdeten Dienstinteresses zu bestimmen").

Neues mit herein, wodurch der Fall erst seine volle Würdigung und der Spruch seine sachliche Ergänzung erhält[52].

— Die Regel ist umgekehrt, daß der Ausspruch des Disziplinargerichts den Schluß bildet. Aber es wird seinerseits nur in Bewegung gesetzt durch einen Antrag der vorgesetzten Dienstbehörde. Das Verfahren gewinnt dann wieder von der anderen Seite her eine Verwandtschaft mit der gemeinen Strafrechtspflege, sofern diese Dienstbehörde die Stelle des Staatsanwalts zu übernehmen scheint. Allein während der Staatsanwalt verpflichtet ist zu verfolgen, wo immer eine Verurteilung in Aussicht genommen werden kann, entschließt sich die Dienstbehörde dazu nach freiem Ermessen der Zweckmäßigkeiten des Dienstes, mit welchen sie dieses andere Stück des Einschreitens der Disziplinargewalt vorwegnimmt[53].

---

[52] Auf solche Weise wird im Disziplinarverfahren gegen Offiziere wegen „Verletzung der Pflicht des achtungswürdigen Verhaltens" die Anordnung des Kontingentsherrn vorbereitet durch das Ehrengericht (Verord. v. 2. Mai 1874 §§ 51 u. 59; ebenso die Neufassung v. 15. Juli 1910). Laband, St.R. IV S. 196: „Eine Strafgewalt steht den Ehrengerichten nicht zu; dieselben haben lediglich einen Wahrspruch darüber abzugeben, ob der Angeschuldigte die Standesehre gefährdet oder verletzt oder unter erschwerenden Umständen verletzt habe, und hieran den Antrag zu knüpfen, dem Angeschuldigten eine Warnung zu erteilen, ihn mit schlichtem Abschied zu entlassen oder ihn aus dem Offiziersstande zu entfernen." Es liegt in diesem „Wahrspruch abgeben" etwas von der Stellung der Geschworenen; nur haben diese den gebundenen Richter hinter sich, die Ehrengerichte den nach freiem Ermessen verfügenden Herrn der Dienstgewalt. Ein bloßes „Gutachten" (Dietz, Die Ehrengerichtsverordnungen S. 34 Note 2; ders. in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 368) ist der Spruch auch nicht; er wird mit der Entscheidung des Kontingentsherrn dem Angeschuldigten bekanntgemacht (A.K.O. v. 15. Juli 1910 Ziff. 52). — Die im Preuß. Disziplinarges. § 47 dem König vorbehaltene Bestätigung der rechtskräftigen Entscheidung der Disziplinarbehörde ist anderer Natur; sie bedeutet ein Hemmnis nicht bloß für die „Ausführung" der Entscheidung (v. Rheinbaben, Preuß. Disziplinarges. S. 302 f.), sondern für ihre Gültigkeit. Ist die Bestätigung erteilt, das Hemmnis beseitigt, so ist es die rechtskräftige Entscheidung, was wirkt. Der ehrengerichtliche Spruch dagegen kann so wenig nach außen wirken wie der Wahrspruch der Geschworenen.

[53] Preuß. Disziplinarges. v. 21. Juli 1852 §§ 23 u. 24: Einleitung des Verfahrens wird verfügt vom Minister oder von dem Vorsteher der vorgesetzten Verwaltungsbehörde (v. Rheinbaben, Disziplinarges. S. 222); „für das sogenannte Legalitätsprinzip ist im Disziplinarverfahren kein Raum" (v. Rheinbaben a. a. O. S. 205). § 38: „Bei der Entscheidung hat die Disziplinarbehörde . . . zu beurteilen, inwieweit die Anschuldigung für begründet zu erachten". Damit wird sie auf den Standpunkt des urteilenden Strafrichters verwiesen. — R.B.G. §§ 84 u. 108; Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 129 u. 148. — Seydel, Bayr. St.R. II S. 271 ff., schildert das hier vorliegende Verfahren zutreffend so, daß die

4. Das Verhalten, welches Anlaß gibt zu dienstlichem Einschreiten, kann zugleich den Tatbestand darbieten, auf welchen eine Strafe des gemeinen Rechts gesetzt ist. Selbstverständlich läßt sich der Strafrichter dadurch nicht beirren; aber auch umgekehrt ist die Möglichkeit einer Verurteilung durch ihn kein Hindernis für das Disziplinarverfahren. Beides hat seinen selbständigen Zweck, dessen Wahrnehmung dem anderen Teil nicht überlassen werden kann. Das tritt am deutlichsten hervor bei der Strafentlassung, die durch die gemeine Strafe nur dann entbehrlich gemacht wird, wenn sie selber die Amtsunfähigkeit nach sich zieht. Aber auch die anderen Strafmittel der Disziplin haben noch ihre selbständige Bedeutung, insofern eben bei dem strafbaren Beamten noch die besondere Wirkung hervorzubringen ist, die je nachdem einer solchen Nachhilfe doch noch bedarf[54]. Einer allzu großen Härte, die das Zusammentreffen der zweierlei Strafen mit sich bringen könnte, wird tatsächlich von beiden Seiten bei Auswahl und Bemessung der Strafen genügend vorgebeugt werden.

Damit läßt sich ein gewisser Vorzug des gerichtlichen Verfahrens wohl vereinigen, wie die Gesetze ihn zur Geltung kommen lassen. Es ist natürlich nicht wünschenswert, daß zwischen den beiderseitigen Behörden ein Widerspruch zutage trete in dem

---

vorgesetzte Behörde nach dem Interesse des Dienstes die Verfolgung einleitet; nur denkt er sich das wie eine privatrechtliche „Rechtsverfolgung"; vgl. oben Note 50. Daraus zieht er dann die Anschauung, „daß die Entscheidung darüber, ob der Anspruch besteht oder nicht, ihrem Wesen nach eine richterliche Entscheidung ist" (S. 274); das trifft wiederum mit unserer oben gegebenen Auffassung der Rolle der besonderen Disziplinarkammer überein, nur ist es wieder zu stark zugespitzt auf das privatrechtliche Vorbild. Seydel sieht deshalb die hier betrachtete Rollenverteilung als das Naturgegebene an; wo sie äußerlich nicht durchgeführt ist, vereinigt die vorgesetzte Dienstbehörde naturwidrigerweise beides. „Aus diesem Rechte zu fordern ergibt sich nicht das Recht zu entscheiden, ob der Forderung genügt oder ob wegen Nichterfüllung der Forderung Dienststrafe verwirkt sei. Die Behörde, welche die Dienststrafe verhängt, richtet." — Für uns kommt umgekehrt etwas wie eine richterliche Tätigkeit erst zum Vorschein dadurch, daß diese Seite der Sache aus der Einheit des Vorganges gelöst und einer besonderen Behörde zugewiesen wird. Seydels Meinung mag immerhin dazu dienen, diese Auffassung zu bekräftigen.

[54] Die aufzehrende Kraft des Strafrechtssatzes läßt die Androhung einer polizeilichen Ungehorsamsstrafe für den gleichen Tatbestand nicht zu; vgl. oben Bd. I S. 291. Um die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes zu erzwingen, den das Delikt hinterlassen hat, ist gleichwohl die Ungehorsamsstrafe verwendbar; vgl. S. 293 a. a. O. Das letztere entspricht unserem Fall: der Dienst ist in Unstand geblieben; ob hier noch etwas zu tun ist, ermißt die mit dieser Sorge betraute Behörde.

Punkte, der ihren Aussprüchen gemeinsam zugrunde liegt, in der Feststellung des Tatbestandes. In dieser Hinsicht verdient das Strafgericht mit seinem gründlichen, von allen Garantien umgebenen Verfahren ein besonderes Ansehen und Vertrauen. Deshalb rechtfertigt es sich, die nachfolgende Disziplinarentscheidung an seine Feststellungen zu binden und andererseits auch zu bestimmen, daß das Verfahren, das zu ihr führen soll, nicht vorwärts gehe, falls ein gerichtliches Verfahren ins Werk gesetzt ist, sondern damit zugewartet werde, bis jenes sich erledigt hat: gegebenenfalls wird dann eben seine Feststellung noch zu benutzen sein[55].

Die Verschiedenheit der Disziplinarstrafe von der gemeinen Strafe äußert sich auch darin, daß die für diese geltende Verjährung auf sie keineswegs von selbst Anwendung findet. Ist also nichts bestimmt, so gibt es überhaupt keine Verjährung.

Andererseits werden Verjährungsbestimmungen, die für die Disziplinarstrafe gegeben werden, die Möglichkeit etwaiger Strafverurteilung wegen desselben Tatbestandes nicht außer Augen lassen, sondern sich derart anpassen, daß ein also Verurteilter niemals wegen dort eingetretener Verjährung disziplinarisch unverfolgbar bleibt[56]. —

Gilt nach dem Gesagten der Satz ne bis in idem nicht zwischen Disziplinarstrafen und gemeinen Strafen, so gilt er doch zwischen Disziplinarstrafen unter sich: der gleiche Tatbestand kann

---

[55] Von selbst versteht sich eine solche Gebundenheit des Disziplinarverfahrens nicht; es kommt darauf an, wie weit das Gesetz in dieser Hinsicht gehen soll. So mit Recht gegen die herrschende Übung v. Rheinbaben, Preuß. Disziplinarges. S. 110 ff. Vorwiegend beschränkt sich das Gesetz darauf, Einstellung des Verfahrens anzuordnen bis zur Beendigung des gerichtlichen und Gebundenheit an die Feststellungen des freisprechenden Strafurteils: Preuß. Disziplinarges. §§ 4 u. 5; R.B.G. §§ 77 u. 78; Bayr. Beamtenges. Art. 115 u. 116. — Wo die Disziplinarstrafgewalt statt durch Gesetz oder gleichwertige Verordnung durch einfache Dienstvorschrift geregelt ist, kann auch diese die Bindung an das Strafurteil bewirken. So in weitgehender Weise Ehrengerichtsverord. v. 15. Juli 1910 Ziff. 3 Abs. 4: „Tatsachen, welche auf Grund strafgerichtlichen Urteils feststehen, dürfen im ehrengerichtlichen Verfahren nicht mehr nachgeprüft werden".

[56] Meist ist über „Verjährung" nichts vorgesehen. — Eine Ausnahme bildet Bayr. Beamtenges. Art. 115 (5 Jahre, bei konkurrierendem Strafgesetz entsprechend diesem). Vgl. aber auch Preuß. Disziplinarstrafordnung f. d. Heer v. 31. Okt. 1872 § 44: „Strafbare Handlungen, welche nur der Disziplinarstrafe unterliegen, dürfen drei Monate nach der Verübung nicht mehr mit Strafe belegt werden". Diese Ausdrucksweise entspricht der Eigenart der Verwaltungsvorschrift (vgl. oben Note 41), wenn sie für ihren Bereich das erzielen will, was beim gemeinen Strafrecht die Verjährung bedeutet.

nicht mehrfach zur Grundlage disziplinarischen Einschreitens dienen[57].

5. Der enge Zusammenhang der Disziplinarstrafgewalt mit dem zu schützenden Dienstverhältnis erweist sich daran, daß sie Dinge nicht aufgreifen kann, die vor seiner Zeit liegen:

— Auf Verfehlungen, die vor Entstehung eines Dienstverhältnisses stattgehabt hätten, kann die Strafverfolgung nicht gegründet werden; nur verletzte Dienstpflicht setzt sie ja in Bewegung[58].

Es mag sich etwa nachträglich herausstellen, daß der Mann nach dem, was geschehen ist, dem Gesetze gemäß unfähig geworden war, angestellt oder gewählt zu werden. Dann wird der ungültige Akt zurückgenommen werden können; das bedeutet aber kein Disziplinarverfahren. Vgl. oben Bd. I S. 266.

Es kann auch in der Annahme des Dienstverhältnisses und des Amtes unter Verschweigung von Vorkommnissen, bei deren Kenntnis man ihm die Stellung vielleicht nicht übertragen haben würde, eine Verletzung der Treuepflicht gefunden werden, die das so begründete Verhältnis von vornherein erfordert, und unter diesem Gesichtspunkt mit einem richtigen Disziplinarverfahren vorzugehen sein. Dann handelt es sich eben nicht um eine vorherige Verfehlung[59].

---

[57] Der innere Grund der Anwendbarkeit jenes Satzes ist hier nicht der gleiche. Die rechtssatzmäßige Strafe wird verbraucht durch einmalige Verhängung auf den Fall, der sie verwirkt hat; für die Disziplinarstrafe ist der einzelne Fall nur ein Anzeichen, daß Besserung nottut; sie würde sich aber selbst verleugnen, wenn sie nicht davon ausginge, daß dieser Zweck durch ihr Mittel ordentlicherweise als erreicht anzusehen sei; deshalb ist die Sache zunächst erledigt. Das schließt natürlich nicht aus, daß durch Rückfälle der Gegenbeweis geliefert wird: dann setzt auch die Disziplinarstrafe von neuem ein, äußerlich in derselben Weise wie die gemeine Strafe. Vgl. v. Rheinbaben, Diszipl.Gesetze S. 183 u. 213; v. Brauchitsch, Preuß. Verw.Gesetze I S. 833 Note 24; Dietz in Wörterb. f. St. u. Verw.R. II S. 458 § 6 N. 3.

[58] O.V.G. 30. März 1892 (Entsch. XXII S. 423); 9. März 1906 (Entsch. XL S. 415); Preuß. Gr.Diszipl.Sen. 20. Dez. 1904 (D. Jur.Ztg. X S. 364).

[59] v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl.Gesetze S. 97: „Der Beamte verletzt dadurch, daß er nach dem Eintritt in das Beamtenverhältnis die Täuschung der Behörden über seine Qualifikation zum Beamten aufrechterhält, die jedem Beamten obliegende Pflicht der Wahrhaftigkeit". Warum „nach dem Eintritt"? Beim Eintritt würde wohl die entscheidende Zeitbestimmung sein. Man fürchtet offenbar dort den Anschluß an die Treuepflicht noch nicht zu finden. So wäre also der Mann gedeckt, wenn er gleich nach der Anstellung eingesteht? — Bestimmungen, wie die des Bayr. Beamtenges. Art. 112 Abs. 2, wären ebenfalls hierher zu rechnen: das Gesetz erklärt ein Einschreiten wegen der vorher begangenen Handlung für

— Ebenso wird die Sache zu beurteilen sein, wenn die Verfehlung stattgefunden hat, zu einer Zeit, da der Schuldige schon im öffentlichen Dienste stand, aber im Dienste eines anderen Gemeinwesens, als dem er jetzt dient. Der jetzige Staatsbeamte stand etwa, als er sündigte, im Dienste eines anderen Staates oder des Reichs. Wenn die Sache dort schon ihre Erledigung gefunden hat, kann man selbstverständlich nicht noch einmal damit anfangen. Aber auch ohne das ist die neue Dienstgewalt nicht berufen, die bessernde Hand an die fremden Dienstzustände zu legen; gegen die ihrigen aber ist nichts zutage getreten. Nur unter den soeben bezeichneten zwei Gesichtspunkten kann auch hier das Vorleben ihres Beamten herüberwirken[60].

— Wir müssen noch einen Schritt weiter gehen: Ein Dienstverhältnis bestand zur Zeit der Verfehlung und zwar zu dem gleichen Gemeinwesen, in dessen Diensten der Schuldige jetzt noch steht. Aber er ist in einen anderen Dienstzweig übergetreten, dessen Besonderheiten die Stelle, welche die Disziplinarstrafe dort handhabt, in ihrer Bildung und in ihren Machtmitteln angepaßt ist. Diese kann dann nicht berufen sein, wegen der alten Verfehlung, die ganz andere Rücksichten herausforderte, als die sie zu wahren hat, auf ihre Art vorzugehen und zu erkennen[61]. Die obigen zwei Fälle kämen aber auch hier in Betracht.

„nur dann zulässig, wenn die Handlung die Strafversetzung oder Dienstentlassung begründet". Verschwiegene Handlungen sind gemeint („erst später entdeckte": Beamtenges., Ausg. Brügel S. 100). Vgl. auch Württemb. Beamtenges. Art. 73.

[60] Das Gesetz kann die Verfolgbarkeit durch die neue Dienstgewalt weiter ausdehnen: Bayr. Beamtenges. Art. 112 Abs. 1. v. Rheinbaben, Preuß. Disziplin.-Gesetze S. 94, in Anschluß an das O.V.G., will ein Zurückgreifen auch ohne solches Gesetz zulassen, namentlich die Disziplinarverfolgung eines jetzigen Staatsbeamten wegen Verfehlungen, die er sich in seiner früheren Stellung als Gemeindebeamter zuschulden kommen ließ. Der Grund: „daß die Disziplinargewalt über mittelbare und unmittelbare Staatsbeamte Ausfluß der einheitlichen Staatsgewalt ist", scheint mir nicht ausreichend; diese „Ausflüsse" sind hier doch zu Rechten verschiedener Dienstherren geworden, um deren Verletzung es sich jetzt handelt; da hat die Einheitlichkeit aufgehört, die veraltete Formel „mittelbarer Staatsdienst" (vgl. unten § 61 Note 37) hilft darüber nicht hinweg.

[61] Soll der Berufskonsul von seiner neuen Disziplinarbehörde verfolgbar sein wegen der Verfehlung, die er sich vorher als Richter hat zu Schulden kommen lassen? Die besonderen Garantien der richterlichen Disziplin kämen ja dann in Wegfall. Oder der jetzige Finanzbeamte wegen nachträglich entdeckter Disziplinwidrigkeiten in seiner Laufbahn als Berufsoffizier? Jedenfalls versteht sich das nicht von selbst. Das Gesetz kann es anordnen. So hat das Bayr. Beamtenges. Art. 112 getan. Dazu die Begründung des Entwurfs zu diesem Artikel: „weil für Richter, Notare und solche öffentliche Beamte, die nicht unter die Vorschriften

6. Die Disziplinarstrafgewalt kann dem Schuldigen auch nicht folgen über den Boden hinaus, auf dem sie erwächst:

— Daher erlischt die Zulässigkeit jeder Disziplinarstrafe mit Endigung des Dienstverhältnisses: wenn der Schuldige aus diesem ausgeschieden ist, ist am Dienste nichts mehr zu bessern durch ein Vorgehen gegen ihn; die Disziplinarstrafe hat ihren Zweck verloren und damit auch ihre Berechtigung[62].

Dieser Grund wirkt nicht, soweit für ein im alten Dienstverhältnisse begründetes Disziplinareinschreiten trotz seiner Endigung noch ein selbständiger Zweck übrigbleibt. Es kann sich nur um einen Nebenzweck handeln: um Erstattung der im Verfahren bisher schon erwachsenen Kosten oder um Entziehung der dem Schuldigen sonst verbleibenden Ansprüche auf Titel, Rang und Ruhegehalt[63]. Der Grund wirkt auch nicht gegenüber den vor Auflösung des Dienstverhältnisses bereits erkannten Disziplinarstrafen. Diese können nur je nachdem gegenstandslos oder unvollstreckbar geworden sein: gegenstandslos, soweit eben die Endigung des Dienstverhältnisses sich mit ihrem Inhalt deckt oder diesen noch überbietet (z. B. bei der Strafe bloß zeitweiliger Amtsentziehung); unvollstreckbar, soweit es sich um Strafen handelt,

---

des Entwurfs fallen, besondere Disziplinarbestimmungen bestehen, und daher, wenn diese Personen in ein unter die Disziplinarbestimmungen des Entwurfs fallendes Dienstverhältnis eintreten, Zweifel darüber entstehen könnten, nach welchen Vorschriften ein von ihnen in ihrem früheren Dienstverhältnis unter der Herrschaft anderer Disziplinarvorschriften begangenes Dienstvergehen zu behandeln wäre." Vgl. auch Bayr. Diszipl.Ges. f. richterl. Beamte Art. 87 Abs. 1.

v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl.Gesetze S. 429 f., berichtet zustimmend die Grundsätze des Gr. Diszipl.Sen. d. Kam.G., aufgestellt in dem Erkenntnis gegen einen Richter wegen unwürdiger Handlungen, die er als Referendar begangen hatte (Erk. 15. Mai 1895): Strafe und Verfahren richten sich nach den für Richter geltenden Voraussetzungen, für die sachliche Würdigung „kommen das frühere Disziplinargesetz und die Pflichten, die dieses dem späteren Richter auferlegte, in Betracht." Das scheint mir aber doch ein recht künstliches Erzeugnis zu sein.

[62] Daher der fehlende Beamte sich allen Weiterungen entziehen kann, auch nach schon eingeleitetem Verfahren, durch Entlassungsgesuch unter Verzicht auf alle Vorteile der Stellung; R.B.G. § 100. Nach Preußischem Recht kann freilich die Behörde die Genehmigung des Gesuches unter Umständen gerade deshalb zurückhalten, um das Disziplinarverfahren durchzuführen; v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl.Gesetze S. 170 f. — Kanngießer, R.BeamtenR. S. 163, will die Unzulässigkeit nachträglicher Disziplinarverfolgung auf eine Art reinigender Kraft des Aktes der Pensionierung zurückführen, der eine „endgültige Feststellung pflichttreuer Dienstführung" bedeute. Allein die Unzulässigkeit besteht doch auch dann, wenn das Dienstverhältnis ohne solche Feststellung geendet hat.

[63] R.B.G. § 75 Ziff. 2.

die bloß dadurch wirksam werden, daß sie von einem Vorgesetzten an dem Untergebenen dienstlich vollzogen werden, wie Warnungen und Verweise[64].

— Ebenso erlischt die disziplinarische Strafbarkeit bei einem Wechsel des Dienstherrn: das Dienstverhältnis, für welches die Strafbefugnis begründet war, hört jedenfalls auf wie in dem soeben angenommenen Fall; daß dafür ein neues entsteht, macht dafür keinen Unterschied, es könnte sich nur darum handeln, ob der neue Dienstherr auf die alte Verfehlung zurückgreifen kann, was wir oben unter n. 5 verneinten[65].

— Bei einem bloßen Wechsel des Dienstzweiges mit Übertritt in eine anders geordnete Disziplinarstrafgewalt, wird wie vorhin schon bemerkt, die ehemals zuständige Stelle nach geschehenem Wechsel so wenig zuständig sein wie die für neue Verfehlungen jetzt in Betracht kommende (vgl. oben n. 5). Eine Besonderheit ergibt sich aber hier insofern, als die sich verständigenden Dienstbehörden es in der Hand haben, den Wechsel nicht vor sich gehen zu lassen, bevor ein etwa eingeleitetes oder auch nur ins Auge gefaßtes Disziplinarstrafverfahren vor der alten Zuständigkeit erledigt ist. Das Mittel, mit welchem der Beamte alles abschneiden könnte, das glatte Entlassungsgesuch (vgl. oben Note 62) kommt ja bei der Versetzung nicht in Frage. Es kann auch hier angewendet werden; dann handelt es sich eben um keine Versetzung mehr.

7. Die in dauerndem öffentlichen Dienste Stehenden bilden eben dadurch eine zusammengehörige Menschengemeinschaft, einen Stand: Beamtenstand, Soldatenstand, Offiziersstand. Die Wahrung

---

[64] Ein eigentümlicher Fall in Bayr. Diszipl.Ges. f. richterl. Beamte v. 5. Dez. 1908 Art. 86: „Die Verletzung der Pflicht der Amtsverschwiegenheit durch vormalige Richter wird disziplinär mit einer Geldstrafe bis zu 600 Mk. geahndet". Das scheint mir keine Disziplinarstrafe zu sein, sondern eine ins Disziplinarverfahren verwiesene gemeine Strafe; deshalb hat man auch statt der unbrauchbaren Disziplinarstrafen des Gesetzes (Art. 7) eine feste Geldstrafe gesetzt. Daraus könnten Folgen zu ziehen sein.

[65] Zusammenfassend Kreishptmsch. Zwickau 31. Mai 1886 (Fischers Ztschft. I S. 333 ff.): Ein Gemeindebeamter ist in den Dienst einer anderen Stadt übergetreten und soll jetzt von der neuen Dienstbehörde wegen einer im alten Dienstverhältnisse vorgekommenen Verfehlung einen Verweis bekommen. Dazu ist diese nicht zuständig: „Die Anklage steht zu dem Pflichteide, welchen der Beamte dem jetzigen Stadtrate geleistet hat, in keiner Beziehung". Die frühere Dienstbehörde ist allerdings auch unzuständig, weil sie eben nicht mehr Dienstbehörde ist: „das Disziplinarverfahren hat durch das jeweilige Dienstverhältnis seine Grenzen".

des Ansehens dieses Standes durch würdiges Verhalten gehört mit zu den Pflichten des Dienstes. Die Disziplinargewalt setzt sich nötigenfalls auch dafür mit ihren Strafmitteln ein als Standesdisziplin. Dies ist meist nur eine Seite von ihr; in den Ehrengerichten der Offiziere erhält sie auch äußerlich eine selbständige Stellung angewiesen.

Die Standesdisziplin hat die Eigentümlichkeit, daß sie für sich allein fortdauern kann über die anderen Stücke der Disziplin hinaus, sofern eben die Standeszugehörigkeit fortdauert ohne entsprechende Dienstpflicht.

So nach Bayrischem, Sächsischem und Württembergischem Recht für dauernd in Ruhestand versetzte Beamte[66].

So vor allem auch die Zuständigkeit der Offiziersehrengerechte über Offiziere des Beurlaubtenstandes auch für die Zeit, da sie der militärischen Disziplin im eigentlichen Sinne nicht unterstehen, und über die verabschiedeten Offiziere, die das Recht haben, die Uniform zu tragen[67].

§ 46.

Fortsetzung; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse.

Mit dem öffentlichen Dienstverhältnisse verbinden sich Ansprüche auf Geld und Geldeswert, vermögensrechtliche Ansprüche. Sie gehen zum Teil aus diesem Verhältnisse selbst hervor, sind Bestandteile von ihm und als solche selbst öffentlichrechtlicher Natur. Zum Teil knüpfen sie sich nur äußerlich an die Tatsachen, die es bietet, kraft selbständiger öffentlichrechtlicher oder zivilrechtlicher Rechtsinstitute. Die Ausscheidung dieser verschiedenen Elemente ist hier durchzuführen.

I. Die vermögensrechtlichen Ansprüche des Dienstpflichtigen stehen im Vordergrund als Gegengewicht des Vorwiegens der Ansprüche des Staates in der Dienstpflicht selbst. Ihrem inneren Rechtsgrunde nach unterscheiden wir einerseits die Besoldung und

---

[66] Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 167 Abs. 3; Sächs. Ges. v. 3. Juni 1876 § 47 (dazu die bezeichnende weitere Ausdehnung, die der Regierungsentwurf beabsichtigt hatte: O.M. Sächs. St.R. S. 244 Note 38); Württ. Beamtenges. v. 28. Juni 1876 Art. 80 Abs. 2 (nur wegen nachträglich bekannt gewordener schwerer Verfehlungen zur Zeit des aktiven Dienstes).

[67] Zusammenstellung bei Dietz in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 866 § 3, II, S. 846 § 2, II.

was daran hängt, andererseits die dienstrechtlichen Schadloshaltungen[1].

1. Die Besoldung (Gehalt) hat ihre ordentliche Stelle beim berufsmäßigen Staatsdienste, wie er durch die Anstellung begründet wird. Sie bedeutet stofflich ganz dasselbe wie der Dienstlohn im zivilrechtlichen Dienstvertrag. Die Besonderheit des Dienstherrn gibt ihr abweichende Ordnungen: die Form des öffentlichen Rechts und das feste Gleichmaß der Leistungen, die nach der allgemeinen Art der Dienststelle sich abstufen statt nach Bewertung des Einzelfalles. Aber hier wie dort gibt diese Gegenleistung dem Dienstverhältnisse die Seite, wonach der berufsmäßige Diener darin zugleich die Bedingungen seines wirtschaftlichen Daseins erfüllt finden soll, und liefert dadurch einen Beweggrund — regelmäßig den wichtigsten — für die hier wie dort erforderliche Einwilligung des zu Verpflichtenden. Die Besoldung ist demnach, übereinstimmend mit ihrem Seitenstück im zivilrechtlichen Dienstvertragsverhältnis, eine Gegenleistung in Geldwert für die durch die Anstellung begründete Dienstpflicht, die nach der Dauer derselben vom Dienstherrn geschuldet und in regelmäßigen Zeitabschnitten fällig wird[2].

---

[1] Die Besoldung (Gehalt) wird mit dem ständigen Teil der Schadloshaltungen zusammengefaßt als Diensteinkommen, Amtseinkommen, Amtseinkünfte. Das bedeutet dann, was dem Beamten für die Dauer der Amtsverwaltung rechtlich gesichert ist und deshalb auch die Grundlage bildet für die Berechnung des Ruhegehalts: Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 156 Ziff 3; O.M. Sächs. St.R. S. 240 f.; Reichsges. v. 15. Juli 1909 § 3. — Die Ausdrucksweise schwankt; man kann auch zwischen Besoldung und Gehalt noch einmal einen Unterschied machen: Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 117 f.

[2] So O.V.G. v. 26. Sept. 1885 (Entsch. XII S. 45). — Die Besoldung des öffentlichen Beamten unterscheidet sich von dem Dienstlohn des privatrechtlich Angestellten dadurch, daß sie mit einer öffentlichen Dienstpflicht zusammenhängt und Gegenstand eines öffentlichrechtlichen Anspruchs ist. Dienstlohn ist auch sie; es ist ein Unterschied wie zwischen öffentlichem Eigentum und privatrechtlichem Eigentum. Daß sie nach festen Regeln geordnet und abgestuft ist, hängt mit der Großartigkeit des staatlichen Betriebs zusammen; ihre Ergänzung durch Ruhegehälter und Hinterbliebenengehälter ist Zweckmäßigkeitssache des Dienstherrn, der sonst höhere Besoldungen zahlen müßte, zugleich auch Schicklichkeitssache für ihn, indem er seine Leute nicht im Stiche lassen kann; bei seiner unbedingten Zuverlässigkeit als Schuldner läßt sich das mit Vorteil durchführen. Ganz die gleichen Erscheinungen zeigt aber auch der privatrechtliche Dienstlohn bei dem besseren Personal der großen kaufmännischen Unternehmungen von Banken, Fabriken, Eisenbahnen. Hier wie dort hängt der Gehalt damit zusammen, daß der Dienst den Beruf dieses Mannes ausmacht; hier wie dort ist er dazu bestimmt, ihm seinen Unterhalt, besser gesagt: die Grundlagen seines wirtschaft-

lichen Daseins, zu gewähren; hier wie dort tut er das, indem er die Gestalt einer Rente annimmt, auf die man rechnen kann.

Dieser nüchternen Auffassung der Sache werden jetzt noch Hemmnisse bereitet durch geschraubte Formeln, die aus der Werdezeit des öffentlichen Rechts stehengeblieben sind. Goenner, der ja zuerst, in recht schwerfälliger Weise freilich, den Versuch machte, das Staatsdienstverhältnis aus der privatrechtlichen Ordnung zu lösen und öffentlichrechtlich zu denken (oben § 43 Note 8), sah in der Anstellung ein obrigkeitliches Herausreißen des Bürgers aus seinem „Nahrungsstand", ein zwangsweise auferlegtes Opfer; es ist aber „eine strenge Forderung des öffentlichen Rechts, daß jeder Bürger für die dem Staate gebrachten Opfer entschädigt werde . . wer also einen unwiderruflichen Nahrungsstand aufopfert, dem muß dafür vom Staate ein voller Ersatz in einem ebenfalls unwiderruflichen Nahrungsstand geleistet werden" (Staatsdienst § 52). Dieser Ersatz-Nahrungsstand ist der verliehene Gehalt. Er hat ganz offenbar die Natur einer öffentlichrechtlichen Billigkeitsentschädigung für die ungleiche Belastung (vgl. unten § 53). Das ist alles ziemlich gewaltsam, aber folgerichtig. Die Späteren gaben diese Rechtsgrundlage preis, indem sie darauf verzichteten, den Staatsdienst schlechthin als Zwangsdienst aufzufassen, und den Staatsdienstvertrag an die Stelle setzten, der jetzt natürlich privatrechtliche Vermögensansprüche erzeugt. Um aber einen gewissen Abstand vom gewöhnlichen Dienstvertrag zu wahren, behielt man für den Gehalt noch Goenners Bezeichnung als „verliehener Nahrungsstand" bei, behielt auch bei, daß das keine Gegenleistung für die Dienste, insbesondere keine Lohnzahlung wäre, sondern ein Ersatz für den entzogenen Nahrungsstand, für den abgelenkten Lebensberuf. So Gerber, St.R. § 36 Note 11: „nicht eine taxierte Bezahlung seiner Dienste", sondern, weil der Staatsdienst Lebensberuf ist, in welchem „man Leistung standesmäßigen Unterhalts erwartet . . . ein privatrechtliches Rentenrecht". Laband, St.R. I S. 500, weicht insofern ab, als er den Staatsdienstvertrag und ebenso den Gehaltsanspruch einen öffentlichrechtlichen nennt (was nicht mehr ist als ein Name; vgl. oben § 43, I S. 261). Im übrigen läßt auch er die alte Goennersche Idee kräftig anklingen: „da die Beamten gewöhnlich ihre ganze Lebenstätigkeit dem Dienste widmen, daher neben dem Staatsdienst keinen Erwerbsberuf haben können, so übernimmt der Staat regelmäßig die Verpflichtung, sie standesgemäß zu unterhalten". Daher ist die Besoldung nach wie vor keine Lohnzahlung, wie bei der Dienstmiete, sondern eine „mit der Verwaltung eines Amtes verbundene Alimentierung durch den Staat". Unter Labands Einfluß ist es jetzt geradezu üblich geworden, das rechtliche Wesen des Gehalts durch solche Betonung seiner Natur als Alimentation zu bestimmen: G. Meyer-Anschütz, St.R. § 150, 1 Ziff. 2; Zorn, St.R. I S. 318; Loening, Verw.R. S. 131; Harseim in Wörterb. d. Verw.R. I S. 184; Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 182; Preuß, Städt. Amtsrecht S. 106 ff.; Ebner in Verw.Arch. IX S. 30, 32; v. Rheinbaben in Wörterb. d. St. u. Verw.R. I S. 364; Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 157; v. Bitter, Handwörterb. d. Preuß. Verw. I S. 213; Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 116 (Alimente für den durch seinen Beruf an der Beschaffung des Unterhalts „gehinderten" Beamten).

Bei Goenner bekommt also diese Alimentation ihren inneren Gegensatz zum Dienstlohn dadurch, daß der Staat sie seinen Beamten gewährt, nicht für das, was sie ihm sind, sondern für das, was er ihnen nimmt. Dieser Gedanke ist bei Gerber und bei Laband in den vorhin angeführten Sätzen wiederzufinden.

— Der Anspruch auf die Besoldung wird begründet durch den Verwaltungsakt, der sie bewilligt, der den Gehalt verleiht. Er verbindet sich mit dem Anstellungsakt, den er vervollständigt, sei es, daß er in einer einzigen Urkunde mit ihm vereinigt erscheint, sei es, daß er gesondert neben der Bestellung einhergeht. Der innere rechtliche Zusammenhang bleibt immer bestehen, sofern die Besoldung für diese Dienstpflicht bewilligt,

---

Er kommt auch bei einem oder dem anderen der Späteren noch zum Ausdruck darin, daß man dem Gehalt schlechthin die Natur einer Gegenleistung abspricht. Laband selbst nimmt nachträglich Gelegenheit, die Tragweite seiner Äußerungen anders zu bestimmen. Er handelt St.R. IV S. 161 von der „Alimentierung" des Soldaten (die allerdings eine ist!) und hält sie der des Beamten gegenüber: „wenn auch die Besoldung der Beamten ebenfalls den Charakter der Alimentierung, nicht der Lohnzahlung hat, so beruht doch der Anspruch auf Gewährung derselben auf einem Vertrage und er bildet das Äquivalent für Leistungen, zu denen der Beamte, nicht kraft Rechtssatzes, sondern kraft freiwilliger Übernahme verpflichtet ist". Die meisten der übrigen Schriftsteller lehnen ihrerseits die Gleichstellung der Besoldung mit dem Dienstlohn nur in dem Sinne ab, daß sie keine Gegenleistung für die einzelnen bestimmten Dienstleistungen sei, wohl aber Gegenleistung für die Widmung seiner Lebenstätigkeit, seines Berufs, für sein Zur-Verfügung-Stehen, für seinen Dienst im ganzen — wie wir sagen: für die übernommene Dienstpflicht. Sobald man aber, so oder so, die Natur einer Gegenleistung einmal zugibt, ist es gar nicht mehr möglich die Verwandtschaft mit dem Dienstlohn zu verleugnen. Auch der Dienstlohn in privatwirtschaftlichen Verhältnissen kann als Gegenleistung für die vertragsmäßige Widmung der ganzen Berufstätigkeit gewährt werden. Auch die Vergütung, welche der bürgerliche Dienstvertrag dem Diener zusichert, kann in der Form von zu gewährendem Unterhalt allein bestehen (Planck zu B.G.B. § 612 Ziff. 3). Vor allem aber ist die Besoldung ihrer ganzen Gestalt nach nichts weniger als Alimentation; gerade das einzig Wesentliche einer solchen, das Sich-Richten nach dem Lebensbedürfnis des zu Alimentierenden, das fehlt ihr. Natürlich dient sie auch dazu, daß der Mann zu leben hat, aber ohne sich darauf zu beschränken. Will man sie durchaus Alimentation nennen, so ist nicht einzusehen, weshalb der Lohn des Gutsinspektors nicht auch Alimentation sein soll. Jellinek, Subj. öff. Rechte II S. 238, wendet sich gegen die von Seydel, Bayr. St R. II S. 238, und mir vertretene Auffassung, wonach die Besoldung Gegenleistung sei für den Dienst, mit dem Vorhalt: „Man kann doch nicht im Ernste behaupten, daß der Oberlandesgerichtsrat Dienste verrichte, die an sich einer größeren Gegenleistung würdig seien als die des Amtsrichters". Die gleiche Frage läßt sich aber auch bei den Gehaltsverschiedenheiten zwischen den einzelnen Klassen von Handlungsgehilfen aufwerfen. Aber vor allem: kann man im Ernste behaupten, daß die Alimentierung eines Oberlandesgerichtsrats von Natur eine kostspieligere Sache sei als die eines Amtsrichters?

Das eigensinnige Festhalten an der gewaltsamen Benennung als Alimentation erklärt sich nur aus der Angst, den Besoldungsanspruch des Beamten nicht genügend scheiden zu können vom privatrechtlichen Dienstlohn und aus der Unfähigkeit, ihn öffentlichrechtlich zu denken. Das muß aufhören.

die Bereitwilligkeit zur Übernahme der auferlegten Dienstpflicht mit Rücksicht auf diese Besoldung erklärt wird[3].

Denkbar ist, daß die Besoldung nach den Umständen des Einzelfalles besonders bemessen wird, wie das z. B. bei der Anstellung von Universitätsprofessoren manchmal stattfindet. Da wirkt dann der Bewilligungsausspruch aus eigener Kraft; einer gesetzlichen Grundlage bedarf er nicht. Vgl. oben Bd. I S. 100.

Ordentlicherweise richtet sich die Gehaltsbewilligung nach allgemeinen Regeln, durch welche für die einzelnen Arten von Ämtern bestimmte Gehaltssätze aufgestellt werden (Gehaltsordnungen, Besoldungsordnungen). Sie binden die Bewilligung schlechthin oder setzen ihr wenigstens einen Rahmen, innerhalb dessen sie noch für Verschiebungen und Abweichungen Spielraum haben mag.

Diese Regelung kann rechtssatzmäßig geschehen durch Gesetz oder Verordnung, bei Selbstverwaltungskörpern durch Statut[4].

Sie kann auch im einfachen Verwaltungswege geschehen: es wird vom Staatsoberhaupt oder von der leitenden Behörde, also vor allem dem Ministerium oder auch für ihren Machtbereich von der Gemeindeobrigkeit, ein allgemeiner Plan für die zu bewilligenden Besoldungen kundgemacht, nach dem man sich zu richten gedenkt und nach dem die untergeordneten Stellen gehalten sein sollen sich zu richten; also ein Programm im ersten Fall, eine Dienstanweisung im zweiten (Gehaltsregulative).

Stets wird diese Regelung im Einzelfall erst wirksam durch die Vermittlung des danach sich richtenden Bewilligungsaktes. Denkbar ist es, daß er sie stillschweigend wirksam macht, indem der Anstellende dafür angesehen werden kann, das also Vorgesehene bestimmen zu wollen, wenn er für ein entsprechendes Amt anstellt

---

[3] Den äußersten Gegensatz dazu bekennt, die oben besprochene Goennersche Richtung übertrumpfend, Bornhak, Pr. St.R. (1. Aufl.) II S. 72: „Indem der Staat dem Beamten vermögensrechtliche Vorteile zuwendet, genügt er keinerlei rechtlicher Verpflichtung, sondern handelt vollkommen aus freien Stücken. Die Gehaltszahlung ist also ein Gnadenakt des Staates". Auf die Gehaltszahlung kann ja geklagt werden; das genügt. Aber auch die Gehaltsbewilligung kann man einen Gnadenakt nur nennen, wenn man sie willkürlich aus ihrem Zusammenhang reißt. Tatsächlich bekommt der Staat keine Beamten, wenn er nicht solche „Gnadenakte" macht. In der 2. Aufl. hat Bornhak diese Ausführung mit Recht gestrichen.

[4] R.Ges. v. 15. Juli 1909 (Besoldungsgesetz); Preuß. Besoldungsges. v. 26. Mai 1909; Bayr. Verord., die Gehaltsverh. betr. v. 6. Sept. 1908.

und nichts Abweichendes bestimmt. Ein Unterschied besteht insofern, als er von dem rechtssatzmäßig Geordneten nicht abweichen kann: das Widersprechende wäre rechtsungültig. Was dagegen in Widerspruch mit der bloßen Gehaltsregulative geschehen ist, ist nur dann ungültig, wenn der dadurch gebundene Untergebene die ihm so zugemessene Zuständigkeit überschritt; die Stelle, welche diese Ordnung erließ, oder ihr Oberer kann sie jederzeit im Einzelfall durchbrechen[5].

Hinter all dem steht noch eine Gebundenheit anderer Art, die dem Anstellenden erwächst aus den Grundsätzen des Budgetrechts[6]. Die Gehaltsbewilligung bedeutet zugleich eine Verfügung über die Staatsgelder; nach der geschäftlichen Behandlung des Staatsrechnungswesens muß der Anstellende eine Anweisung an die berufene Staatskasse ergehen lassen wegen der von nun an regelmäßig zu zahlenden Gehaltszieler. Daß diese Anweisung ihre Deckung finde in einem vorgesehenen Ausgabeposten des Staatshaushaltsplans, ist notwendig zum Vollzug durch die Kassebeamten, und der Mangel einer solchen erzeugt Verantwortlichkeiten für den Anweisenden wie für den Kassebeamten. Vgl. unten II n. 1.

Für alle ständigen Ämter sind natürlich im Staatshaushaltsplan Ausgabeposten vorgesehen, dieses ebenfalls in ständiger Weise.

---

[5] Vgl. oben Bd. I S. 374. — Über das Verhältnis zwischen Regulative und Bewilligung: O.V.G. v. 24. Mai 1895 (Entsch. XXVIII S. 184).

[6] Die Bedeutung des festgestellten Staatshaushaltsplans ist in unseren Verfassungsstaaten überall ganz die gleiche, ob er verfassungsrechtlich die Form eines Gesetzes zu erhalten hat oder nicht. Seine Ausgabeposten sind niemals Rechtssätze, sind auch keine Ermächtigung der Regierung zur Geschäftsbesorgung in dem Sinne, daß von ihnen die Gültigkeit ihrer Zahlungen abhinge, sind aber doch auch mehr als bloße im voraus erteilte Entlastungen einer verantwortungsscheuen Regierung. Sie sind Zeugnisse der Volksvertretung, Anerkennungen, daß diese Ausgabe mit den Pflichten der Verwaltung der Staatsgelder vereinbar sei, Zeugnisse, die ihre Rechtsbedeutung dadurch erhalten, daß nach Verfassungsrechtssatz ohne ein solches, im Haushaltsplan schon gegebenes oder nachträglich bei der Volksvertretung zu erwirkendes, die Regierung der Volksvertretung wegen rechtswidriger Verwendung von Staatsgeldern verantwortlich sein soll. Diese meine Auffassung, wie sie in 1. Aufl. Bd. I S. 379 ff. ausführlicher begründet wurde, habe ich in Sächs. St.R. S. 201 Note 22 dagegen verwahrt, daß sie übereinstimme mit der Lehre, welche die Rechtsgültigkeit der Ausgaben der Regierung bedingt sein läßt durch eine in den Ausgabesätzen enthaltene Ermächtigung dazu, mit Wirkung nach außen also. Laband hält aber auch in der neuesten Auflage, St.R. IV S. 583, daran fest, daß ich das sagen wolle.

Die ganze Lehre gehört dem Staatsrecht an; es soll hier nur die erforderliche Fühlung genommen werden.

Sie richten sich nach den durch Rechtssatz oder durch Verwaltungsvorschrift aufgestellten Besoldungsordnungen[7]. Soweit solche nicht bestehen, sind die Ansätze des Staatshaushaltsplans geeignet, sie zu ersetzen: die Genehmigung des Plans durch das Staatsoberhaupt wirkt zugleich diesen Ansätzen gemäß für die Anstellungsbehörden als Dienstbefehl, wie eine Gehaltsregulative. Ihre rechtliche Bedeutung ist also dann eine doppelte[8].

— Die Bewilligung wirkt wie jeder Verwaltungsakt mit der Eröffnung. Der Bezug des für bestimmte Zeiträume bemessenen Gehalts beginnt zu laufen von dieser Wirksamkeit der Bewilligung ab: da sie mit der Anstellung verbunden ist, steht der Angestellte von da ab zur Verfügung des Dienstherrn, so daß das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gewahrt ist. Durch ausdrückliche Vorschrift, rechtssatzmäßig oder verwaltungsmäßig erlassen oder auch durch Nebenbestimmung im Einzelfalle, kann der Zeitpunkt verschoben werden. Es ist namentlich häufig vorgesehen, daß der Gehalt erst läuft von dem Dienstantritt ab oder genauer von der Vereidigung des neuen Beamten, durch welche dieser Dienstantritt sich feierlich bekundet.

Die wirksam gewordene Bewilligung bedeutet für den Dienstpflichtigen ein subjektives öffentliches Recht auf Zahlung des Bewilligten in den geordneten Zielern[9].

---

[7] Der sehr unschöne Ausdruck „etatsmäßige Beamte" konnte ursprünglich wohl dazu dienen, diejenigen zu bezeichnen, welche dem ordentlichen Beamtenrecht unterstehen sollen, im Gegensatz zu den zu vorübergehender Beschäftigung Angenommenen. Sobald selbständige Gehaltsordnungen aufgestellt sind, kommt es darauf an, ob das Amt in ihren Klassen vorgesehen ist; dann ist es ein zu diesem ordentlichen Beamtenrecht gehöriger Beamter. Daß im Staatshaushaltsplan Mittel vorgesehen sein müssen, um ihn zu bezahlen, ist nur die Folge davon. Sie müssen auch für die etwa erforderlichen außerordentlichen Hilfskräfte vorgesehen sein. Die Bezeichnung „etatsmäßiger" paßt aber nicht mehr zur Unterscheidung, obwohl sie gern noch beibehalten wird. Vgl. Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 13f.: O.M. Sächs. St.R. S. 241 Note 32.

[8] Die rechtliche Beurteilung des Vorgangs wird durch diese Doppelwirkung erschwert. Die Feststellung des Haushaltsplans in Form eines Gesetzes vermehrt die Fehlerquellen. Vgl. v. Rönne-Zorn, St.R. d. Pr. Mon. I S. 430.

[9] Das alte Vorurteil, daß vermögensrechtlich mit zivilrechtlich notwendig zusammentreffe (vgl. oben Bd. I S. 117 Note 2), hat gerade bei dieser Materie sich noch sehr lange wirksam erwiesen. So auch noch Ebner in Verw.Arch. VIII S. 291: „Das einzige zivilrechtliche Element des (Anstellungs-)Vertrags sind die aus ihnen erwachsenden vermögensrechtlichen Ansprüche". Ebenda IX S. 34 gelangt er aber zu dem pessimistischen Schluß: „die rechtliche Natur des Gehaltsanspruchs ist streitig. Manche nennen ihn öffentlichrechtlich, manche privatrechtlich geschützt oder bestimmt, manche quasikontraktlich, manche privatrechtlich.

Dieses Recht untersteht grundsätzlich seiner freien Verfügung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden wie von Todes wegen. Da aber dem Gemeinwesen daran liegt, die Lebenshaltung seiner Beamten nicht unter ein gewisses Maß sinken zu lassen, ist die Pfändung und dementsprechend auch die Abtretung und Verpfändung des Gehalts (Diensteinkommens) gesetzlich ausgeschlossen oder beschränkt[10]. Auch eine Aufrechnung dagegen findet nur in dem gleichen Maße statt[11].

Für die Art der Geltendmachung des Anspruchs muß in erster Linie maßgebend werden seine öffentlichrechtliche Natur: es handelt sich nicht um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Also ist der Verwaltungsweg das Gegebene. Insofern das als eine ungenügende Rechtsgewähr erscheinen mag, ist es Sache des Gesetz-

---

Der Streit ist müßig, ein brauchbares Ergebnis ist damit nicht zu erreichen". Auf diese Art allerdings nicht! Ein wohlgemeinter Vermittlungsvorschlag in Mot. z. G.V.G. S. 74 (Hahn, Mot. S. 94): „vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, welche neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben". In Prot. z. B.G.B. II, Bd. 1 S. 375 machte sich die Abneigung der drei süddeutschen Staaten gegen die vorherrschende privatrechtliche Auffassung in der Bemerkung Luft, daß „die Gehaltsansprüche der Beamten auf einem Verhältnisse des öffentlichen Rechts beruhen und, wenn auch die geschichtliche Entwicklung ihnen einen privatrechtlichen Charakter beigelegt habe, nicht dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, sondern dem Staatsrechte der Einzelstaaten angehören".

[10] Z.Pr.O. § 850 Ziff. 8; B.G.B. § 400; E.G. z. B.G.B. Art. 81 (Zulassung weiterer Beschränkung der Übertragbarkeit durch Landesgesetz). Auf verfallene Gehaltszieler kann verzichtet werden, nicht aber im voraus auf künftige. So für Pensionsansprüche Sächs. O.V.G. v. 10. Sept. 1906 (Jahrb. IX S. 249).

[11] Z.Pr.O. § 850 Ziff. 8; B.G.B. § 394. Nach E.G. z. B.G.B. Art. 81 kann hier umgekehrt die Landesgesetzgebung die Aufrechenbarkeit erweitern. Mot. z. Entw. II S. 114 meinen, die Regelung der Aufrechnungsfrage betreffs des Gehalts könne hier im B.G.B. gemacht werden, denn: „die Vorschrift betrifft nur die privatrechtliche Seite des Dienstverhältnisses". Wenn aber z. B. der Dienstherr Staat gegen den Gehaltsanspruch des Kassebeamten seinen im Defektenverfahren festgestellten Gegenanspruch (vgl. unten II n. 1) aufrechnet, stehen sich zwei öffentlichrechtliche Forderungen gegenüber. — Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 142ff., wendet sich gegen den Versuch, die ausgeschlossene Aufrechnung zu ersetzen durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts an dem Gehalt gemäß B.G.B. § 273. Er bemerkt sehr richtig, daß der „rein privatrechtliche Grundsatz des § 273 B.G.B." auf das Beamtenverhältnis nicht anwendbar sei. R.G. v. 17. Febr. 1903 (Entsch. LV S. 1), welchem er die entgegengesetzte Meinung vorwirft, handelt allerdings gar nicht von § 273, sondern von § 294. In Wirklichkeit sind alle diese zivilrechtlichen Aushilfen, Aufrechnung wie Zurückbehaltung, unnötig: der Kassebeamte wird in den vorausgesetzten Fällen von der vorgesetzten Stelle angewiesen werden, den Gehalt nicht auszuzahlen; die Zwangsvollstreckungsfrage gehört in den Verwaltungsweg. Vgl. oben Bd. I S. 400f.

gebers, ein Verwaltungsgericht zugänglich zu machen oder auch den ordentlichen Rechtsweg zu eröffnen, wozu der Landesgesetzgebung E.G. z. G.V.G. § 4 die Möglichkeit gibt[12].

— Während des Dienstverhältnisses kann der Besoldungsanspruch Veränderungen erfahren: Erhöhungen oder Verminderungen.

Das erstere wird geschehen in Verbindung mit der Beförderung in ein anderes Amt, in der gleichen Weise wie die ursprüngliche Gehaltsbewilligung bei der Anstellung. Es finden aber Gehaltserhöhungen (Zulagen, Aufbesserungen) auch statt bei gleichbleibendem Amte, und zwar pflegen solche für die einzelnen Ämter durch die Gehaltsordnungen vorgesehen zu sein derart, daß sie in regelmäßiger Weise mit steigendem Dienstalter eintreten sollen; der höheren Dienstaltersstufe entspricht jeweils ein höherer Gehaltssatz. Durch die Anstellung unter einer bestimmten Gehaltsordnung, ob rechtssatzmäßig oder bloß als Verwaltungsnorm erlassen, erwerben dann die Beamten die Aussicht, so behandelt zu werden. Das gleiche kann auch eintreten, wenn die neue Gehaltsordnung mit den darin vorgesehenen Aufbesserungen auf die bereits angestellten Beamten durch besondere Bestimmung und Kundmachung anwendbar erklärt wird. Inwieweit für den einzelnen Beamten diese Verbesserung zur Wirklichkeit werden soll, das kann dem freien Ermessen der vorgesetzten Stelle überlassen sein, welche die Gehaltsordnung vollzieht. Möglicherweise ist sie dabei ihrerseits angewiesen, eine durch das Dienstalter gegebene Reihenfolge zu beobachten, von der sie nur abweichen darf aus gewissen Gründen, deren Würdigung in ihrem freien Ermessen steht[13]. Das bedeutet dann alles für die Beteiligten noch keinen Rechtsanspruch. Ein solcher wird erst entstehen, wenn die verleihende Behörde an

---

[12] R.B.G. (das dieser Möglichkeit nicht bedarf) § 149; ebenso für Richter G.V.G. § 9. Pr. Ges. v. 24. Mai 1861 § 1; Bayr. Beamtenges. Art. 176 Abs. 1; Württ. Verw.R.Pfl.Ges. v. 16. Dez. 1876 Art. 2; Sächs. Komp.Ges. v. 28. Jan. 1835 § 6 mit Staatsdienerges. v. 7. März 1835 § 51. — Zu leicht nimmt es R.G. v. 11. Juli 1902 (Eger, Eisenb.Entsch. XIX S. 252): „Ein allgemeiner Satz, daß Verpflichtungen aus einem öffentlichrechtlichen (Staatsdienst-)Verhältnis vor den Zivilgerichten nicht verfolgbar wären, besteht nun allerdings nicht". Darauf kann man doch noch keine übertragene Zuständigkeit gründen!

[13] Reichsbesold.Ges. v. 15. Juli 1909 § 11, § 12. Pr. Finanz-Min.Vorschr. v. 17. Aug. 1911; Brand, Beamtenrecht S. 148. Bayr. Beamtenges. Art. 28: „Bei befriedigender Dienstleistung und tadelfreiem dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten". Das wird wohl nicht mit Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 188 als ein „Rechtsanspruch auf Vorrückung" anzusehen sein.

die Einhaltung der Reihenfolge schlechthin gebunden ist, ohne daß ihrem Ermessen Spielraum gelassen wäre. Der Anspruch geht auch dann nicht unmittelbar auf Zahlung der Zuschläge, sondern auf ihre Zuweisung, Verleihung gemäß der dafür aufgestellten Ordnung. Das geschieht durch Verfügung der dazu berufenen vorgesetzten Behörde, wie die ursprüngliche Gehaltsbewilligung[14]. Wo das letztere der Fall ist, pflegt das Gesetz zur Geltendmachung dieses Anspruchs wohl auch den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zu eröffnen[15]. Den Weg der einfachen

---

[14] Auch wie diese erst wirksam durch die Kundgabe an den begünstigten Beamten: O.V.G. v. 26. April 1895 (Entsch. XXVIII S. 163). — Ein Recht auf unbedingte dienstaltersmäßige Gehaltserhöhung pflegt bloß bei Richtern anerkannt zu sein. Auch sie erwerben aber den erhöhten Gehaltsanspruch erst durch die zur Befriedigung jenes Rechts ergehende Bewilligung. Es wäre ja denkbar, den Anspruch auf einen bestimmten Gehalt und ebenso den auf die Zulage nach Vorbild des bei Beratung des G.V.G. gestellten Antrags (Hahn, Mat. I S. 752) so unmittelbar durch das Gesetz an die Anstellung bezw. das erreichte Dienstalter zu knüpfen, daß er damit von selbst entsteht. Aber das ist nicht geschehen; also bedeutet das Recht des Richters hier nur, daß die bewilligende Behörde sich bei ihrer Bewilligung nach der vorgeschriebenen Reihenfolge richte. Dadurch wird ihr die Möglichkeit belassen, mit den im Staatshaushaltsplan vorgesehenen Summen auf alle Fälle, namentlich auch bei Versetzungen, auszukommen. R.G. v. 25. Sept. 1883 (Entsch. XI S. 289, insbesondere S. 293) verneint ganz richtig ein Einrücken des Richters in die Zulage „von Rechts wegen", glaubt aber doch, einen Rechtsanspruch auf die Zulage durch Vermittlung einer gebundenen Verleihung herstellen zu können, und kommt deshalb auf etwas wie ein „bedingtes" Einrücken von Rechts wegen heraus. Vgl. unten Note 15. — Bei den Richtern hat denn auch das Disziplinarstrafmittel der Versagung einer dem erreichten Dienstalter entsprechenden Gehaltserhöhung vornehmlich seinen Platz; es bedeutet die Hemmung oder Aufhebung jenes Rechtsanspruchs (Bayr. Beamtenges. Art. 183, 2 Ziff. 4). Darum ist es aber für andere Beamte nicht schlechthin unverwendbar (so v. Rheinbaben in Wörterb. d. St. u. V.R. I S. 576): es bedeutet dann, daß der so Getroffene für die mit freiem Ermessen bewilligende Behörde künftighin von vornherein nicht in Betracht kommt (Bayr. Beamtenges. Art. 31).

[15] Wie für den Gehaltsanspruch selbst; vgl. oben Note 12. — Die Aufgabe des angerufenen ordentlichen Richters darf nicht nach Schema behandelt werden; es ist keine Zahlungsklage, über die er zu urteilen hat, denn das, was den Zahlungsanspruch erst begründen würde, die Bewilligung, ist ja gar nicht gemacht worden. Der Richter soll sie jetzt an Stelle der Verwaltungsbehörde durch sein Urteil selbst machen, durch dieses bestimmen, was sie durch ihren Verwaltungsakt hätte machen sollen. Das mag er dann immerhin in der ihm geläufigen Form zum Ausdruck bringen und sagen, er verurteile den Staat, von nun an den entsprechend erhöhten Gehalt zu bezahlen; auch der Verwaltungsakt würde ja so wirken; beides wird von den verwaltenden Staatsbeamten schließlich durchzuführen sein nach den Regeln der Vollziehung. Aber der Richter darf dabei die eigentümliche Aufgabe dieses Urteils nicht aus den Augen verlieren. R.G. v. 1. März

Vorstellungen und der einfachen Beschwerde zu beschreiten, bleibt auch in den anderen Fällen frei.

Verminderungen des Gehaltsanspruchs können sich gleichfalls ergeben aus der Versetzung in ein anderes Amt. Abweichend von dem, was für die Erhöhung gilt, ist aber hier die Einwilligung des Betroffenen erforderlich, da es sich um einen Eingriff in seine Rechte handelt.

Auch ohne Einwilligung kann eine Verminderung stattfinden, soweit ein besonderer Rechtsgrund dafür vorliegt, vor allem das Gesetz für bestimmte Fälle die Ermächtigung dazu erteilt.

Der allgemeine Grundsatz, den das bürgerliche Recht für gegenseitige Verträge aufstellt, daß die Leistung verweigert werden kann, solange die Gegenleistung nicht erfolgt, ist auf das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis nicht anwendbar[16]. An die Stelle

---

1886 (Entsch. XV S. 274): ein Richter ist am 24. Sept. gestorben; am 25. Okt. wird einem jüngeren Richter die etatsmäßige Zulage bewilligt und zwar vom 1. Juli ab zu rechnen; die Erben klagen auf den ihrem Erblasser gebührenden Teil der Zulage für die Zeit vom 1. Juli bis 24. Sept., und das Reichsgericht erkennt demgemäß, da sich die Bewilligung vom 25. Okt. mit Wirkung vom 1. Juli „als ein unzulässiges Übergehen" des am 24. Sept. vorher Verstorbenen darstelle. Das klingt etwas seltsam, wäre jedoch richtig, wenn der Anspruch auf Zahlung des erhöhten Gehalts unmittelbar durch das Gesetz an den Eintritt der Verfügbarkeit der Mittel geknüpft wäre. So faßt es auch R.G. v. 14. Febr. 1893 auf (Entsch. XXXI S. 222); da wird die Verleihung der Zulage zu einer bloßen „Benachrichtigung von der Gehaltserhöhung" (S. 224). Wenn aber dieser Verwaltungsakt nach seinem richtigen Werte eingeschätzt wurde, konnte das Gericht auf die nachträglich erhobene Klage sich doch nur auf den Standpunkt des Bewilligungsaktes vom 25. Okt. stellen und das anordnen, was es an Stelle der Verwaltungsbehörde angeordnet haben würde; zu den ins Auge zu fassenden Möglichkeiten gehörte sicherlich die Bewilligung einer Gehaltszulage an den Verstorbenen nicht. Hätte dieser selbst noch die Klage erhoben gehabt, so wäre es etwas anderes: es käme dann nach bekannten Grundsätzen die Rückbeziehung des Urteils auf die Zeit der Klageerhebung in Betracht.

[16] B.G.B. § 320 (Einrede des nichterfüllten Vertrags). Vgl. auch B.G.B. § 616. Das Sicherungsmittel des Zurückbehaltungsrechts nach B.G.B. § 273 käme hier überhaupt nicht in Frage; vgl. oben Note 11. — Die Preußische Regierung hat seinerzeit den zu Abgeordneten gewählten Beamten die Gehälter einbehalten behufs Deckung der Stellvertretungskosten. O.Tr. 17. März 1865 (Entsch. LII S. 358) hat dies unter Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des A. L.R. für zivilrechtliche Verträge gebilligt. Dagegen v. Roenne, St.R. d. Pr. Mon. I S. 242 ff. Ungünstig war es, daß die Regierung bezüglich der gewählten Landräte früher selbst entgegengesetzten Anschauungen gehuldigt hatte: v. Kamptz, Annalen 1830 S. 264. — Bei städtischen Beamten in gleicher Lage hat O.Tr. 12. Juni 1879 einen Gehaltsabzug für Stellvertretungskosten als berechtigt anerkannt. Darüber Ebner in Verw.Arch IX S. 42: „Vom zivilrechtlichen Stand-

des bloßen Nichtleistens der geschuldeten Dienste tritt ein durch formelle Merkmale gekennzeichnetes Nicht-zur-Verfügung-Stehen. In diesem Sinne wird eine verhältnismäßige Einbuße an Gehalt vorgesehen:

bei tatsächlichem Sichfernhalten vom Amte ohne Urlaub[17];

bei Erwirkung eines Urlaubs über das ein für allemal dem Beamten zugestandene Maß[18];

bei einstweiliger Versetzung in Ruhestand[19].

Andererseits verbindet sich eine Gehaltseinbuße mit gesetzmäßig zugelassenen Disziplinarmaßregeln:

durch eine unmittelbar darauf lautende Ordnungsstrafe[20];

---

punkte aus läßt sich gegen die Entscheidung nichts einwenden; da aber das Ergebnis erheblichen staatsrechtlichen Bedenken unterliegt, wäre gesetzliche Regelung der Frage dringend notwendig". Aber beide Standpunkte können doch nicht zugleich in Betracht kommen! Vgl. oben Note 9.

[17] Die Residenzpflicht des kanonischen Rechts ist hier übernommen samt den Folgen ihrer Verletzung. Das kanonische Recht hat ja überhaupt auf die Ausbildung unseres Ämterwesens einen großen Einfluß geübt. Die Verletzung der Pflicht geschieht nicht bloß durch Fernbleiben vom Amtssitze, sondern auch durch Fernbleiben von den Diensträumen: es wird, wie das kanonische Recht es ausdrückt, nicht bloß residentia, sondern auch interessentia verlangt: Hinschius, Kirch.R. III S. 236. — Pr. Ges. betr. Dienstvergehn der nichtrichterl. Beamten v. 21. Juli 1852 § 8: „Ein Beamter, der sich ohne Urlaub von seinem Amte entfernt hält, ist, wenn ihm nicht besondere Entschuldigungsgründe zur Seite stehen, für die Zeit der unerlaubten Entfernung seines Diensteinkommens verlustig". Das ist ganz die formale Satzung des kanonischen Rechts. Es ist weder Disziplinarstrafe (darüber Meinungsverschiedenheit zwischen v. Rheinbaben, Pr. Disziplgs. S. 130, Brand, Beamtenrecht S. 535, und Seydel, Dienstvergehn S. 66), noch Schadensersatzauferlegung (so Kanngießer, R.BeamtenR. S. 71 zu der gleichlautenden Bestimmung R.B.G. § 14 Abs. 3). Es ist das öffentlichrechtliche, formalgestaltete Gegenstück der exceptio non adimpleti contractus.

[18] Auch ohne gesetzliche Vorschrift wird hier ein Gehaltsabzug dadurch bewirkt werden, daß der Beamte den Urlaub nur erhält unter der Bedingung, sich diesem Abzug (namentlich behufs Deckung der Stellvertretungskosten) zu unterwerfen. Annahme der Urlaubsverfügung mit dieser Bedingung begründet dann die Pflicht, den Abzug zu dulden. — In der oben Note 16 erwähnten Frage der Stellvertretungskosten der Preußischen Abgeordneten-Beamten hat man auch diesen Rechtsgrund anrufen wollen: die Vorgesetzten erteilten Urlaub, aber nur mit der Bedingung der Kostentragung. Dabei war allerdings um Pr. Verf.Urk. Art. 78 Abs. 2 („Beamte bedürfen keines Urlaubs zum Eintritt in die Kammer") schwer herumzukommen.

[19] Diese unbefristete Amtsentziehung (vgl. oben § 43, II n. 3) beläßt den Beamten den Gehalt nur in vermindertem Maße, als Wartegeld, Dispositionsgehalt. R.B.G. § 26 bemißt das Wartegeld mit drei Vierteln des Gehalts.

[20] R.B.G. § 74 Ziff. 3 (bis zum Betrage des einmonatlichen Diensteinkommens).

als Folge einer zeitweiligen Enthebung vom Amte (Suspension). Diese kann als vorläufige Maßregel verhängt sein durch Gesetz oder Anordnung einer vorgesetzten Behörde aus Anlaß eines gegen den Beamten eingeleiteten Verfahrens, das zur Entlassung führen kann. Dann bewirkt sie eine vorläufige Einbehaltung der Dienstbezüge, ganz oder zu einem Teil. Von dem Ausgang jenes Verfahrens wird es abhängen, was endgültig damit geschieht[21]. Hier kommt vor allem die zeitweilige Enthebung als selbständige Disziplinarstrafe in Betracht, als welche sie den endgültigen Verlust des entsprechenden Gehaltsteiles mit sich bringt;

als Folge der Strafversetzung in ein Amt mit geringerem Gehalt[22].

— Mit der Endigung des Dienstverhältnisses verbindet sich auch der Untergang des Anspruchs auf Gehalt. Das ist schlechthin der Fall, wenn die Endigung geschieht infolge gewisser Nebenbestimmungen (Endtermin, Widerruf, Kündigung) sowie durch freiwilligen Dienstaustritt (Entlassung auf Gesuch) oder wegen Unwürdigkeit (gerichtliche Aberkennung, Strafentlassung)[23]. Nicht so, wenn die Endigung stattfand wegen eingetretener Dienstunfähigkeit (Versetzung in Ruhestand) oder durch den Tod des Dienstpflichtigen. Hier erlischt der Anspruch auf Gehalt nicht völlig, sondern läßt noch gewisse Nachwirkungen fortbestehen.

Vor allem pflegt der Besoldungsbezug dem in Ruhestand Getretenen oder seinen Hinterbliebenen noch für eine kurze Nachfrist voll belassen zu werden, für den laufenden Monat, den Sterbemonat, und einen Monat oder ein Vierteljahr darauf, das Gnadenquartal. Das ist aber nicht Gnadensache, sondern bedeutet einen Rechtsanspruch, der mit dem Anspruch auf den Gehalt als ein be-

---

[21] R.B.G. § 128 ff.: Die Hälfte wird einbehalten, bei Freisprechung alles ausbezahlt, bei Verurteilung auch, aber mit Abzug von Verfahrenskosten, Vertretungskosten und Geldstrafen. Pr. Diszipl.Ges. v. 21. Juli 1852 § 52 Abs. 1 erklärt bei Verurteilung zu Entfernung aus dem Amte auch den Überschuß für verwirkt. Bayr. Beamtenges. Art. 175 läßt ihn in solchem Falle den Wohlfahrtseinrichtungen für die Beamten zuwenden.

[22] Zu Strafversetzung und Strafsuspension vgl. oben § 45, II n. 2, S. 339.

[23] Vgl. oben § 43, III. Bei der Strafentlassung gestatten die Gesetze, falls eine mildere Beurteilung möglich erscheint, einen Teil des Ruhegehalts zu belassen: R.B.G. § 75 Ziff. 2 Abs. 2. Pr. Diszipl.Ges. § 16 Abs. 3; Bayr. Beamtenges. Art. 110 Abs. 2. Das letztere Gesetz nennt das einen Unterhaltsbeitrag. Hier kommt also die Idee der Alimentation zur Geltung; aber als ganze Alimentation ist dabei der Ruhegehalt gedacht, nicht der Gehalt; vgl. oben Note 2.

dingter erworben wird für den Beamten selbst, mit Wirkung gegebenenfalls auch für seine Hinterbliebenen[24].

Sodann aber knüpft sich an diese Art der Endigung des Dienstverhältnisses und damit des Besoldungsanspruchs die Entstehung eines neuen, diesem letzteren entsprechenden Rechts, des Anspruchs auf Pension, Ruhegehalt, Hinterbliebenengehalt.

Der Ruhegehalt ist eine in regelmäßigen Zeitabschnitten verfallende Geldleistung des Staates, die sich nach der Höhe der zuletzt bezogenen Besoldung bestimmt. Die Bewilligung kann bei Endigung des Dienstverhältnisses geschehen durch die zuständige vorgesetzte Behörde nach freiem Ermessen der Billigkeit, wobei die bezogene Besoldung nur tatsächlich einen gewissen Anhalt gewährt. Regelmäßig ist sie schon im voraus festgelegt mit der Gehaltsbewilligung und im Anschluß an diese. Wie diese erhält sie eine allgemeine Regelung durch Aufstellung fester Sätze, die sich nach Bruchteilen der Besoldung berechnen: das kann rechtssatzmäßig geschehen oder im Verwaltungswege, durch „Pensionsregulative, Pensionsordnungen". Durch die Anstellung wird mit dem Gehaltsanspruch auch der bedingte Anspruch auf die so vorgesehenen Ruhegehaltssätze erworben, und zwar durch die Kraft des Anstellungsaktes, wie dort. Nachträgliche Änderungen durch Rechtssatz wirken, sofern kein Vorbehalt gemacht wird, auch auf schon begründete Ruhegehaltsansprüche; handelt es sich um bloße Verwaltungsregeln, so werden sie erst durch die kundzugebende Verfügung der vorgesetzten Behörde wirksam, und soweit es sich um Benachteiligungen handelt, nur auf Grund der Einwilligung des Betroffenen. Der auf solche Weise begründete Rechtsanspruch geht aber wieder nicht auf Zahlung, sondern lediglich darauf, daß eintretendenfalls nach Maßgabe der danach sich berechnenden Sätze die Feststellung und Zuweisung des gebührenden Ruhegehalts erfolge. Das Recht auf Zahlung entsteht erst durch diesen letzteren Akt[25].

---

[24] Kanngießer, R.B.Recht S. 34 (Note 4 zu R.B.G. § 5), rechtfertigt den Sterbemonat mit dem Satz: „Dies folgt aus der Alimentennatur des Gehalts". Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 219 folgert daraus das Gegenteil: „Da der Gehalt als eine in Form einer Unterhaltsrente gewährte Gegenleistung anzusehen ist, endet der Anspruch naturgemäß mit der Beendigung des Dienstverhältnisses". Danach wären also Sterbemonat und Gnadenquartal eine besondere Rücksichtnahme, „Gnade" des Gesetzgebers. Das wird wohl auch das Richtige sein. Aber einmal zuerkannt, sind es eben doch Rechtsansprüche geworden.

[25] Die Lehre von der Verleihung des Gehalts und der Gehaltserhöhung

In der gleichen Weise vollzieht sich die Begründung des Anspruchs auf Hinterbliebenengehalt. Auch er entsteht schon bei Lebzeiten des Beamten; willkürliche Änderungen verletzen dessen Recht. Mit dem Tode des Beamten schlägt er alsdann um in einen Anspruch der Dritten, zu deren Gunsten er begründet ist, auch hier zunächst nur ein Anspruch auf Festsetzung, Zuweisung, durch die dann erst das Forderungsrecht begründet wird. Selbstverständlich ist auch dieses ein Forderungsrecht öffentlichrechtlicher Natur[26].

Die Ruhegehälter haben vor den Besoldungen das voraus, daß sie keinem Wechsel mehr unterworfen sind, der aus dem Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis sich herleiten könnte. Sie sind endgültig verdient durch die geleisteten Dienste, durch die erledigte Dienstpflicht. Das fernere Verhalten des Berechtigten ist grundsätzlich gleichgültig, insbesondere ist eine Entziehbarkeit wegen Unwürdigkeit, sei es im Wege disziplinärer Maßregelung,

---

findet hier entsprechende Anwendung; vgl. oben Note 5 u. Note 14. — Die Bedeutung des Festsetzungsaktes ist verkannt in R.G. 19. Dez. 1905 (Entsch. LXII S. 237 ff.), wo zu Unrecht die „Deutlichkeit" des § 1 Pr. Ges. v. 27. März 1872 angerufen wird. Der gesetzliche Anspruch auf Ruhegehalt wird ein Anspruch auf Zahlung nicht unmittelbar durch das Gesetz, sondern durch Vermittlung jenes Aktes, auf welchen der Anspruch zunächst geht. Das schließt nicht aus, daß das Gericht, wo es dazu berufen ist, eine Nachprüfung der Gültigkeit des Aktes, seiner Verweigerung und Zurücknahme ausübe und ihn nötigenfalls selbst an Stelle der Behörde durch sein Urteil ausspreche. Vgl. oben Note 15.

[26] Sofern der Gehalt den Hinterbliebenen durch Gesetz oder Verordnung bestimmt ist, könnte man an die allgemeine Wirkung des Rechtssatzes anknüpfen. Ihr Recht besteht aber auch bei einfacher Verwaltungsordnung. Auf den für sie wirkenden Rechtserwerb des Beamten selbst kommt es allein an. Selbst ein anderes bestimmendes Gesetz ändert das nicht von selbst. R.G. 26. Okt. 1880 (Entsch. II S. 114): Ein badischer Postbeamter war vom Reich übernommen worden; die Witwe klagte auf die Pension, wie sie nach badischem Rechte zu bemessen gewesen wäre. Durch die Anstellung, sagt das Gericht, war ein wohlerworbenes Recht auf Pensionierung der Witwe nach badischem Rechte begründet worden. Das Reichsbeamtengesetz, unter welches der Verstorbene nachher getreten war, hatte nicht „den privatrechtlichen (?) Inhalt der Anstellung mit der Tragweite verändert, daß wohlerworbene Rechte dadurch entzogen wären". — Die Wirkung zugunsten der Hinterbliebenen beruht nicht auf Erbrecht, sondern einzig darauf, daß sie bezeichnet sind als die, zu deren Gunsten das Recht des Beamten erworben sein soll. Daher schadet auch Ausschlagung der Erbschaft oder Gütergemeinschaft nichts. Reindl, Bayr. Beamtenges. S. 360 (Der Anspruch auf den Sterbemonat dagegen ist, wie dort richtig bemerkt wird, dem Beamten selbst noch wirksam geworden und gehört, falls der Gehalt noch nicht erhoben worden war, zum Nachlaß).

sei es als Straffolge bei gerichtlicher Verurteilung, nicht anzunehmen[27].

Das Gesetz kann anders. Es ist möglich, daß auch dem mit Ruhegehalt oder Hinterbliebenengehalt Ausgestatteten noch gewisse Standespflichten würdigen Verhaltens auferlegt sind, bei deren Verletzung sie ihrer Ansprüche in einem Disziplinarverfahren verlustig erklärt werden können[28].

2. Neben dem Gehalt, der samt seinem Zubehör einen Vorteil darstellt als Gegenwert der Dienstpflicht, wird in verschiedener Weise Schadloshaltung gewährt für die mit der Erfüllung der Dienstpflicht verbundenen Nachteile, Auslagen und Beschädigungen.

Hierher könnte man im weiteren Sinne auch rechnen alles, was der Dienstherr seinem Diener leistet und zur Verfügung stellt, um ihm die richtige Erfüllung seiner Pflichten zu ermöglichen und zu erleichtern. Das geschieht um des Dienstherrn selbst willen und zu besserer Besorgung seiner Geschäfte, kann aber insofern als eine vorbeugende Schadloshaltung angesehen werden, als der Diener danach gar nicht in die Lage geraten soll, irgendwie einen Aufwand für die Zwecke des Dienstes machen zu müssen. Der Staat stellt die Amtsräumlichkeiten, Schreibstubenbedürfnisse, Fuhrwerke, Werkzeuge und Waffen, alles fix und fertig. Das kommt ja schließlich auch dem Beamten persönlich zugute: er findet während des Tages sein Obdach, wohlgeheizt und wohlbeleuchtet, ein Amtskleid kann ihm gestellt sein, der höhere Beamte erhält vielleicht auch persönliche Bedienung. Am deutlichsten wird diese Wirkung beim Heerdienst: die große staatliche Anstalt nimmt den Soldaten vollständig in ihre Pflege und sorgt für alle seine Bedürfnisse, Wohnung, Kleidung, Obdach, bettet ihn, versieht ihn mit ärztlicher Pflege, reicht ihm überdies für Nebenbedürfnisse ein kleines Taschengeld, Löhnung genannt.

Alles das gehört zur eigenen Verwaltung des Staates. Der Dienstpflichtige hat hier keinen Rechtsanspruch, weder nach Zivilrecht, noch nach öffentlichem Recht. Er mag darauf

---

[27] R.G. 11. Febr. 1887 (Entsch. XVII S. 240): Ein Beamter wird im August für 1. Oktober pensioniert, im September wegen Sittlichkeitsverbrechens suspendiert. Mitte Oktober zu 2 Jahr Zuchthaus verurteilt: der Pensionsanspruch besteht, weil das Stf G B. nur Verlust des Amts und Gehalts, nicht auch der Pension als Straffolge vorsieht. Die Pension ist aber rechtswirksam erworben durch den Verleihungsakt vom August. Wer das Recht darauf kraft Gesetzes entstehen läßt, also vom 1. Oktober ab, würde hier Schwierigkeiten bekommen.

[28] Vgl. oben § 45 Note 66.

aufmerksam machen, daß etwas fehlt, unter Umständen auch die Arbeit unterlassen, die er so nicht vornehmen kann oder nicht vorzunehmen braucht. Seine Sicherheit, daß er bekommt, was er bekommen soll, ruht einzig auf dem eigenen Anliegen seines großen Dienstherrn, daß der Dienst in gutem Stande bleibe[29].

Unter Umständen allerdings kann das, was dem Beamten um des Dienstes willen geleistet wird, gerade darin bestehen, daß ein persönliches, außerdienstliches Bedürfnis in entsprechender Weise befriedigt wird. Dann stellt das zugleich einen greifbaren eigenen Vorteil dar, der entweder schlechthin als Zubehör des Gehalts anzusehen ist oder wegen des Überschusses zu einer Vergütung an den Staat führt. Das Hauptbeispiel wird hier die Dienstwohnung bilden: sie wird gewährt, um den Beamten in der Nähe des zu versehenden Amtes zu halten; es ist Dienstpflicht, sie zu übernehmen, für die Ordnung des in dieser Hinsicht zu begründenden Rechtsverhältnisses liefert aber der zivilrechtliche Mietvertrag die Regeln[30]. —

Die zwei ordentlichen Fälle der dienstrechtlichen Schadloshaltung knüpfen sich an Auslagen und an Beschädigungen.

— Soweit es irgend möglich, verhütet ja der Staat, daß seine Diener für die Erfüllung ihrer Dienstpflicht noch irgendwie einen besonderen Aufwand zu bestreiten haben. Sie sind auch nicht berufen, mit selbständigem Entschlusse eine vermeintliche Lücke auszufüllen. Es gibt für sie keine Geschäftsführung ohne Auftrag, die sie nach den Grundsätzen des B.G.B. zu Ersatzansprüchen berechtigte. Wohl aber ist, soweit es zweckmäßig und billig erschien,

---

[29] Laband, St.R. IV S. 162: „Die Verpflegung der dienstpflichtigen Mannschaften hat vielmehr durchaus den Charakter einer Verwaltungstätigkeit des Staates". Der Gegensatz ist aber zu eng bezeichnet mit dem Satz: „Der Anspruch des Wehrpflichtigen auf Unterhalt hat demnach nicht den Charakter eines vermögensrechtlichen subjektiven Rechts und der Fiskus ist nicht zivilrechtlich obligiert". Auch der Staat ist nicht obligiert, es besteht auch kein subjektives öffentliches Recht, überhaupt kein Rechtsanspruch des Soldaten. Der Staat ernährt ihn um seiner eigenen Zwecke willen, um sein Heer in gutem Stand zu halten; deshalb ist es eher eine Pflicht als ein Recht des Soldaten, daß er den guten warmen Rock anziehe und das nahrhafte Kommißbrot zu sich nehme.

[30] Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 182 ff. Es werden, je nachdem ein Zubehör des Gehalts darin liegen soll oder nicht, „freie" und „nicht freie" Dienstwohnungen unterschieden. In ähnlicher Weise kann sich auch die Lieferung von Dienstkleidern an die Schutzmannschaften als Zugabe zum Gehalt gestalten: es besteht ein Anspruch darauf und das Gelieferte wird Eigentum des Empfängers (O.V.G. 26. Sept. 1885; Entsch. XII S. 38 ff.).

für die geeigneten Fälle Vorkehrung getroffen, Aufwendungen, welche der Dienst mit sich bringt, zu vergüten, und nur, soweit in dieser Hinsicht eine Bestimmung zutrifft, besteht Aussicht darauf. Das kann dem freien Ermessen der vorgesetzten Behörden überlassen sein[31]. Für die wichtigeren Fälle ist es bindend nach festen Regeln bestimmt und dann wird auch ein Rechtsanspruch darauf begründet.

In diesem Sinne gewährt der berufsmäßige Staatsdienst Wohnungsgeldzuschüsse zum Ausgleich des Aufwandes aus der Notwendigkeit, um des Amtes willen an einem verhältnismäßig teuren Orte wohnen zu müssen[32], Repräsentationsgelder für die vermeintlich mit dem Amte verbundene Verpflichtung, sich durch Gastereien ein erhöhtes Ansehen zu verschaffen, Umzugskosten bei Versetzungen, Reisekosten und Tagegelder für Wahrnehmung von Amtsgeschäften außerhalb des Wohnsitzes, Pauschsummen für Schreibmaterialien, die der Staat, um billiger wegzukommen, den so ausgestatteten Beamten selber anschaffen und bezahlen läßt. Das Ehrenamt gibt Amtsunkostenentschädigungen, Aversen für Schreibhilfe; auch der Sold und die Equipierungsgelder des zur Dienstleistung eingezogenen Reserveoffiziers haben diese rechtliche Natur[33]. Die Zwangsdienstpflicht des Schöffen und Geschworenen hat durch das neuere Recht Tagegelder erhalten zur Vergütung des

---

[31] Den Vorgesetzten pflegt eine gewisse Summe zur Verfügung zu stehen, um in geeigneten Fällen zu helfen. So z. B. um polizeilichen Vollstreckungsbeamten Ersatz zu leisten für im Dienst beschädigte Kleidungsstücke. Auch „Extraarbeiten" finden auf diese Weise Vergütung: Fischers Ztschft. I S. 359. Ist ein solcher Entschädigungsbetrag formgerecht bewilligt, so besteht natürlich ein Rechtsanspruch aus diesem Verwaltungsakt: C.C.H. 10. Okt. 1866 (J.M.Bl. 1869 S. 2); V.G.H. 17. Febr. 1888 (Entsch. IX S. 411). Bloße Verheißungen und Vertröstungen des freundlichen Vorgesetzten binden nur diesen und nur moralisch.

[32] Daher die Beträge nach Ortsklassen abgestuft sind und Einbuße am Wohnungsgeld infolge Versetzung an einen Ort niedrigerer Klasse nicht als unzulässiger Eingriff in die erworbenen Rechte anzusehen ist. Folgerichtig müßte der Anspruch auf Wohnungsgeld wie alle diese Schadloshaltungen mit dem zu verwaltenden Amte, das dazu Anlaß gibt, untergehen. Allein es ist doch nicht zu verkennen, daß man gewöhnlich unter diesem Namen zugleich eine allgemeine Gehaltsaufbesserung beabsichtigt hatte (O.Tr. 11. Nov. 1864; Str. LV. S. 275). Daher ein bestimmter Teil davon als „pensionsfähig" behandelt wird.

[33] Vgl. oben § 44 Note 32. Daß der Reserveoffizier die Entschädigung in Form und Maß gerade so erhält, wie der entsprechende Berufsoffizier seine Besoldung, geschieht in der Absicht völliger Gleichstellung in allen Äußerlichkeiten des Standes. Besoldung wird es deshalb doch nicht.

mit der Wahrnehmung des Pflichtehrenamtes verbundenen Zeitaufwandes; dazu noch Reisekostenentschädigung[84].

Auf die Entstehung und die Geltendmachung dieser Rechtsansprüche finden die für den Gehalt entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung.

— Von Beschädigungen, die den Dienstpflichtigen treffen können, kommen hier nur solche in Betracht, die er im Dienste, bei Erfüllung seiner Dienstpflicht, erleidet; nur bei solchen kann eine Forderung der Billigkeit entstehen, daß er dafür eine Schadloshaltung von seinem Dienstherrn empfange. Möglicherweise sind den Vorgesetzten auch dafür Mittel zur Verfügung gestellt, um nach ihrem Ermessen dem Betroffenen zu Hilfe zu kommen. Es handelt sich aber vor allem wieder um Rechtsansprüche und inwieweit solche entstehen.

Da ist denn zu sagen, daß das öffentliche Dienstverhältnis an sich einen Entschädigungsanspruch für die im Dienste erlittenen Vermögensnachteile nicht mit sich bringt. Die darauf hinauslaufenden Gesetzesbestimmungen für privatrechtliche Verhältnisse lassen sich nicht von selbst hierher übertragen. Selbst wenn man aufstellen kann, das Dienstverhältnis schließe für den Dienstherrn Staat und für die leitenden Behörden die Pflicht ein, Vorkehrungen zu treffen zum Schutze der Dienstpflichtigen gegen solche Nachteile, begründet der durch ihre Vernachlässigung entstandene Schaden keinen dienstrechtlichen und demnach öffentlichrechtlichen Anspruch auf Ersatz. Öffentlichrechtliche Pflichten zu Tun oder Unterlassen verwandeln sich im Falle der Nichterfüllung nicht in Geldzahlungsansprüche des Berechtigten[85].

---

[84] Reichsges. v. 29. Juli 1913. Auch auf diesen öffentlichrechtlichen Anspruch müßte eigentlich verzichtet werden können. Das Gesetz hat den Verzicht ausdrücklich verboten behufs demokratischer Gleichheit.

[85] Wir haben kein Seitenstück zu den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. § 280 ff. Es ist nicht erlaubt, auf dem Wege angeblicher Analogie Entlehnungen von dort zu machen, behufs Erzielung einer öffentlichrechtlichen Schadensersatzpflicht. Vgl. oben Bd. I S. 119. Öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten des Dienstherrn verwandeln sich aber auch nicht, im Falle ihrer Nichterfüllung, in zivilrechtliche Geldzahlungspflichten. Wo man gemeint hat, das dem Staat gegenüber durchführen zu können, arbeitet man, bewußt oder unbewußt, mit vorausgesetzten zivilrechtlichen Verpflichtungen dieses Dienstherrn, die er doch als solcher nicht hat. So R.G. 4. Nov. 1886 (Entsch. XVIII S. 171): Ein Eisenbahnbeamter ist auf dem Bahnhofe eine schadhafte Treppe herabgestürzt; Fiskus haftet, weil nach dem anzuwendenden Zivilrecht „der Dienstvertrag den Dienstherrn für Außeracht lassung der Diligenz in Ansehung der körperlichen

Das würde nicht hindern, daß der im Dienste beschädigte Beamte oder Soldat Ersatzansprüche, selbständig und unabhängig von einer besonderen Berechtigung dazu aus dem Dienstverhältnisse, gründete auf die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts über rechtswidrige Schädigung, B.G.B. § 823 ff. Wir würden dazu fordern, daß der Schaden verursacht sei durch das Verschulden eines Anderen, Vorgesetzten, Nebenbeamten oder Außenstehenden, für den nach dem Gesetz der Staat zivilrechtlich haftete. Voraussetzung wäre allerdings außerdem, daß der Staat bei dem Unternehmen, aus welchem der Schaden hervorging, privatwirtschaftlich tätig war, als Fiskus auftrat; nur für diesen Fall haben die Bestimmungen des B.G.B. Anwendbarkeit finden wollen[36]. Daß der beschädigte Beamte selbst in öffentlichrechtlichem Dienstverhältnisse zu dem Staate steht, würde kein Hindernis sein. Aber das Gebiet, auf welchem ihm solche Schadensersatzbestimmungen zugute kämen, wäre nicht sehr umfangreich. Und vor allem haben wir hier auf keinen Fall mit solchen Möglichkeiten zu tun; denn mit der öffentlichen Dienstpflicht des Beschädigten besteht für alle diese Haftungen nach B.G.B. § 823 ff. kein rechtlicher Zusammenhang. Das gleiche müßte gesagt werden von jenen allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Billigkeitsrechts, welche Entschädigung gewähren für die Nachteile, mit welchen der Einzelne aus den Tätigkeiten und Einrichtungen der öffent-

Sicherheit des Dienenden bei seinen Dienstverrichtungen verantwortlich macht". R.G. 10. Nov. 1887 (Entsch. XIX S. 348): Staatsbeamter bei Ausführung des unvorsichtigen Auftrags seines Vorgesetzten verunglückt; Fiskus haftet wegen „positiver Vertragsverletzung", er ist „nach den Grundsätzen des Dienstmietkontraktes zu Schadensersatz verpflichtet". R.G. 6. Nov. 1903 (Pr. Verw.Bl. XXV S. 527): Städtischer Beamter fällt über eine Unebenheit im Boden des Dienstraums; Haftung der Stadt; denn die aus dem Beamtenverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten sind, „soweit diese nicht durch die besonderen das Beamtenverhältnis beherrschenden Vorschriften des öffentlichen Rechts geregelt werden, nach Analogie des entsprechenden bürgerlichrechtlichen Dienstvertrags bestimmt". Ebenso R.G. 18. Mai 1909 (Entsch. LXX S. 243): Dorfschullehrer bekommt durch feuchte Dienstwohnung Rheumatismus; Haftung, da „überhaupt die Vorschrift B.G.B. § 618 Abs. 1 auf ein Dienstverhältnis des öffentlichen Rechts im Wege der Analogie Anwendung finden muß". R.G. 1. März 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 69): Beamter im Dienst verletzt; B.G.B. § 618 „auch bei öffentlichrechtlichem Beamtenverhältnis anwendbar", Schadensersatzansprüche „unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über den privatrechtlichen Dienstvertrag" begründet. — Über den Grenzgraben zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht wird hier mit der größten Leichtigkeit hin und her gesprungen.

[36] Vgl. oben Bd. I S. 190 f.

lichen Verwaltung ungerechterweise belastet werden kann. Wieweit das geltendes Recht ist, wird ja unten § 53 noch zu untersuchen sein; aber auch die hierauf zu gründenden Entschädigungsansprüche bedeuten nichts dem öffentlichen Dienstverhältnisse Eigentümliches, ihr Wirksamwerden hat nicht zur Voraussetzung, daß der zu Entschädigende in einem solchen stand[37].

Wohl aber hat die neuere Sozialversicherungsgesetzgebung mit dem auf Billigkeit beruhenden Entschädigungsrecht, das sie an gewisse gewerbliche Dienstverhältnisse knüpft, ihre Rückwirkung geäußert auf die uns hier angehenden Rechtsbeziehungen. Daß der „Träger" der Unfallversicherung dem Betroffenen die geordnete Entschädigung leistet, ohne Nachweis eines Verschuldens, auf die bloße Tatsache hin, daß der Unfall aus dem Betriebe hervorging, ist ein öffentlichrechtlicher Gedanke. Das Gesetz hat ihn in erster Linie bei privatwirtschaftlichen Gewerbebetrieben der Einzelnen und ihrer Gesellschaften zur Durchführung gebracht. Nach diesem Muster wird nun aber auch der Staat entschädigungspflichtig gemacht, indem ihn das Gesetz zum Versicherungsträger bestellt für seine Betriebe, nicht bloß für privatwirtschaftliche. sondern auch für solche, die als Zweige öffentlicher Verwaltung anzusehen sind[38]. Davon werden allerdings in erster Linie nur mit zivilrechtlichem Dienstvertrage gedungene Arbeiter und Beamte berührt, in öffentlichem Dienste stehende Angestellte, die uns hier allein angehen, nur in geringerem Umfang. Für ihre Unfallsentschädigung ist in anderer Weise gleichwertige Fürsorge getroffen[39]. Dahin gehören bei den Beamten die längst schon planmäßig durchgeführten Ruhegehalts- und Hinterbliebenengehalts-Ordnungen. Infolge der von der Sozialversicherung gegebenen Anregungen ist hinzugetreten das reichsrechtliche Unfallfürsorgegesetz für Beamte und für Personen des Soldatenstandes vom 18. Juni 1901 und das Gesetz über die Versorgung der Personen der Unterklassen des Reichsheeres, der Kaiserlichen Marine und der Kaiserlichen Schutztruppen vom 31. Mai 1906.

---

[37] Das wird ohne weiteres klar, wo die neuere Gesetzgebung jenem Billigkeitsrecht ebenfalls die Gestalt einer zivilrechtlichen Haftung für den fehlenden Beamten gegeben hat; vgl. oben Bd. I S. 199 ff. Da gilt von selbst auch das soeben (S. 369) von der Haftung des Fiskus Gesagte.

[38] R.Vers.Ord. § 624 ff., § 892 ff.

[39] R.Vers.Ord. § 554, indem sie große Gruppen solcher in öffentlicher Dienstpflicht Stehender von der Unfallversicherung freierklärt, verweist zugleich auf die entsprechenden Ersatzeinrichtungen.

Durch Landesgesetze ist die gleiche Einrichtung für die einen Landesbeamten im Dienste treffenden Unfälle eingeführt worden, um die Ruhegehaltsordnungen zu ergänzen[40].

Überall handelt es sich bei dieser Unfallfürsorge des öffentlichen Dienstes wie bei der allgemeinen Unfallversicherung um öffentlichrechtliche Ansprüche, für welche die Zuständigkeit der Zivilgerichte nur besteht, soweit sie besonders angeordnet ist. Von einer Versicherung kann man natürlich hier in keiner Weise mehr reden. Es ist einfach eine Verwirklichungsform des Grundsatzes der öffentlichrechtlichen Billigkeitsentschädigung, die nach dem merkwürdigen Umweg über die privatwirtschaftlichen Betriebe auf ihrem eigentlichen Boden, dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung, angelangt ist, um hier besondere Ansprüche des Dienstpflichtigen aus dem öffentlichen Dienstverhältnisse zur Entfaltung zu bringen[41].

II. Der Anspruch des Dienstherrn auf Erfüllung der öffentlichen Dienstpflicht ist nicht vermögensrechtlicher Natur. Auch der Dienstbefehl, der etwa dazu verwendet wird, die Herausgabe von Dienstsachen oder die Freistellung von Räumen des Dienstgebäudes durchzusetzen[42], zählt nicht in jenes Gebiet. Insofern die Ansprüche des Dienstpflichtigen auf Gehalt und andere Leistungen auf dem Boden des öffentlichen Vermögensrechts sich bewegen, werden auch die Gegenansprüche des Dienstherrn auf Befreiung, Minderung und Zurückerstattung dahin zu rechnen sein. Selbständige vermögensrechtliche Ansprüche gegen seine Diener erwachsen ihm in der Gestalt, daß diese haftbar gemacht werden können für die Vermögensnachteile, die ihr dienstliches Verhalten ihm bereitet, in Gestalt von Ersatzansprüchen also.

Für die Beurteilung der Haftbarkeit kommt es vor allem wieder darauf an, von welchem Boden aus man die Frage zu entscheiden hat, ob nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht; je nachdem wird die Lösung eine verschiedene sein. Gerade hier

[40] So Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908. Es ordnet zunächst in Art. 89 bis 100 die reichsrechtlich vorgeschriebene Unfallfürsorge für Beamte in staatlichen Betrieben und fügt dann in Art. 101 hinzu: „Die Vorschriften der Art. 89 bis 100 finden auch Anwendung, wenn Beamte in Ausübung des Dienstes in einem reichsgesetzlich der Unfallversicherung nicht unterliegenden Betrieb oder Dienstzweig einen Unfall erleiden".

[41] Der Zusammenhang wird insbesondere noch dadurch betont, daß die Fürsorge gewährt wird in Gestalt eines erweiterten Ruhegehalts: Bayr. Beamtenges. Art. 89 Abs. 2.

[42] Vgl. oben § 45 Note 33.

macht sich aber die Unfertigkeit der Erkenntnis und Durchbildung unseres öffentlichen Rechts ganz besonders fühlbar.

Für die Anschauungsweise des Polizeistaates ist die Antwort natürlich gegeben: der Fiskus, dieser gewöhnliche Privatmann, hat einen vermögensrechtlichen Anspruch geltend zu machen gegen den Beamten des Staates persönlich; das ist eine privatrechtliche Angelegenheit, die aus der privatrechtlichen, vertragsmäßig geregelten Seite des Dienstverhältnisses entspringt und ihrem Wesen nach vor die ordentlichen Gerichte gehört.

Demgegenüber hat sich in den süddeutschen Staaten die einheitliche Auffassung des Dienstverhältnisses durchgesetzt[43]. Es besteht von hier aus keine Möglichkeit, dieses öffentlichrechtliche Verhältnis durch das Dazwischentreten einer zweiten Staatsperson ausstatten zu lassen mit zivilrechtlichen Nebenwirkungen. Sollen Ersatzansprüche daraus entstehen, so können sie nur öffentlichrechtlicher Natur sein. Allein auch hier ist dann wieder davon auszugehen, daß öffentlichrechtliche Pflichten zu Tun und Lassen sich im Falle ihrer Verletzung nicht von selbst in Geldansprüche verwandeln. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts, der das vorschreibt. Die dahin lautenden allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts sind nicht hierher zu übertragen und die besonderen für den Dienstvertrag ebensowenig[44].

Das schließt nicht aus, daß das Gesetz durch besondere Bestimmung solche öffentlichrechtliche Haftungen aus verletzter Dienstpflicht ordne[45]. In gewissem Maße bietet wohl auch die

[43] Seydel, Bayr. St.R. I S. 605: „Der Entschädigungsanspruch des Dienstherrn gegen den öffentlichen Bediensteten (ist) aus der Behauptung abgeleitet, daß der Beklagte seine Dienstpflicht gegenüber dem Dienstherrn verletzt habe. Der Anspruch entspringt also unmittelbar aus einem öffentlichrechtlichen Verpflichtungsverhältnisse, ist mithin selbst öffentlichrechtlicher Natur". — Für Württemberg Bühler, Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung S. 161: „Man wird also sagen können, daß das württembergische Recht schon beinahe seit Errichtung der Verfassung das Institut des öffentlichrechtlichen Ersatzanspruchs gegen Beamte wegen eines dem Staat durch Amtspflichtverletzung zugefügten Schadens gekannt hat".

[44] Vgl. oben S. 368. Grundsätzlich übereinstimmend Bühler a. a. O. S. 159. Auch Laband, St.R. I S. 474 f., vertritt für das Reichsrecht diesen Gedanken; er drückt ihn nur anders aus wie wir: ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld könnte nach ihm nur ein zivilrechtlicher Anspruch sein, als solcher aber durch die öffentlichrechtliche Anstellung nicht erzeugt werden. Vgl. unten Note 63.

[45] So vor allem Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 13, Art. 179; Bad.

Dienststrafgewalt Mittel, eine unanständige Ersatzverweigerung unmöglich zu machen[46].

Unter den vom Gesetze geordneten öffentlichrechtlichen Haftungen ragen überall hervor die aus dem Rechnungswesen (unten n. 1); hier allein wird auch mit einer gewissen formalen Strenge vorgegangen. Darüber hinaus pflegt auch bei vorhandener Rechtsgrundlage die Haftung nur mit Schonung und Zurückhaltung in Anspruch genommen zu werden[47].

In anderen Gebieten, vor allem in Preußen, hat sich im Gegensatz dazu die alte privatrechtliche Grundauffassung von dieser Haftpflicht noch erhalten. Dort wird jetzt noch in Theorie und Praxis eine umfassende Haftung des Beamten dem Staate gegenüber gegründet auf die besonderen Bestimmungen in A. L.R. II, 10 § 88 ff. Man tut dem A. L.R. nicht Unrecht, wenn man als selbstverständlich ansieht, daß es diese Schadensersatzpflichten als privatrechtliche gedacht hat[48]. So wird es aber in der Tat jetzt noch gemeint, auch wo man das Schuldverhältnis, der neuzeitlichen Wissenschaft zum Schein entgegenkommend, ein öffentlichrechtliches nennt[49].

Beamtenges. v. 24. Juli 1888 (Fassung v. 12. Aug. 1908) § 76, Vollz.Verord. dazu v. 10. Juli 1909 § 78.

[46] Auf diesen Weg verweist Herrfurth, Kassen- und Rechnungswesen S. 290 unten.

[47] Schon v. Kreittmayr, Anmerk. z. Cod. Max. V cap. 24 § 7 u. § 8 macht den Unterschied zwischen der Haftung des Beamten „in Rechnungen" einerseits und „in praestatione culpae" überhaupt. Seydel, Bayr. St.R. I S. 606, sagt von den späteren Bestimmungen: sie beziehen sich, „was die Staatsdiener anlangt, nur auf die Haftung aus Rechnungsführung und Vermögensverwaltung". Insbesondere war bis 1908 die Feststellung und Beitreibung im Verwaltungswege („Ersatzzuweisungsverfahren") nur für derartige Sachen zugelassen oder üblich (Reindl, Beamtenges. S. 145). Erst das Ges. v. 1908 hat hier verallgemeinert. Auch jetzt ist aber die Meinung, daß von den dadurch eröffneten Möglichkeiten kein allzu strenger Gebrauch zu machen ist: „Die Haftung des Beamten kann, muß aber nicht in Anspruch genommen werden . . . es kann in gewissen Fällen von der Inanspruchnahme ganz abgesehen oder nur ein entsprechender Teil des Schadens überbürdet werden" (Reindl a. a. O. S. 746, 747). — Württemb. Verw.-R.Pfl.Ges. v. 16. Dez. 1876 Art. 2 Ziff. 2 hat die Rechnungssachen dadurch ausgezeichnet, daß das Defektenverfahren des R.B.G. übernommen wurde; für sie bestünde danach die Zulassung des Rechtswegs jetzt als Besonderheit: Bühler, Zust. d. Zivilgerichte S. 166.

[48] Das ergibt sich wohl auch schon daraus, daß die so geordnete Verantwortlichkeit des Beamten nicht bloß seinem Dienstherrn, sondern auch dem Dritten gegenüber gelten soll, den er durch sein amtliches Verhalten geschädigt hätte: Freund in Arch. f. öff. R. I S. 376.

[49] E.G. z. B.G.B. Art. 80 hält solchen einzelstaatlichen Vorschriften, auch

Auch hier zeichnen die Haftungen des Rechnungswesens sich aus durch ihr unverkennbares öffentlichrechtliches Gepräge und durch die grundsätzlich größere Strenge der Inanspruchnahme[50].

Von diesen Haftungen des Rechnungswesens und von der Frage der bürgerlichrechtlichen Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, die hinter den verschiedenartigen Regelungen des Haftungsverhältnisses überhaupt steht, soll nun noch genauer gesprochen werden.

---

wenn sie privatrechtlich gedacht sind, neben dem B.G.B. den Fortbestand frei. Darauf beruft man sich denn auch, um A. L.R. II, 10 § 88 ff. noch anzuwenden, was überflüssig wäre, wenn es sich um eine öffentlichrechtliche Ordnung handelte: R.G. 25. Jan. 1904 (Entsch. LVI S. 340). Sehr mühselig R.G. 26. Juni 1906 (Entsch. LXIII S. 431). Dort lag der Fall zugrunde, daß ein preußischer Eisenbahnbeamter auf dem Güterbahnhof zu Barmen einen anderen verletzt hatte; der Eisenbahnfiskus hatte während der Krankheit des Letzteren die Kosten seiner Vertretung bestritten und klagte den Betrag gegen den Täter ein. Es wird nun zunächst überflüssigerweise ausgeführt, daß c. c. Art. 1382 u. 1383 (außerkontraktliche Schädigung) für das Rheinland „auch im Gebiete des öffentlichen Rechts nicht mehr gelten" (auf welchem diese zivilrechtlichen Bestimmungen doch nie gegolten haben). Sodann wird festgestellt, daß A. L.R. II, 10 § 88 ff. dort, weil niemals publiziert, nicht anwendbar seien. Mit B.G.B. § 823 ff. wäre natürlich bei diesem Tatbestande nichts anzufangen gewesen. Aber die Klage wird dadurch gerettet, daß „das Staatsbeamtenverhältnis zwar öffentlichrechtlicher Natur ist", aber „nicht nur für den Beamten, sondern auch für den Staat privatrechtliche Wirkungen hervorbringt, insoweit also quasikontraktlicher Natur ist" (!), welche Wirkungen „in Ermangelung positiver Gesetzesbestimmungen und aus der öffentlichrechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses sich ergebender Ausnahmen nach Analogie des Dienstvertrages zu beurteilen sind". Allein wie soll das ein öffentlichrechtliches Verhältnis sein, das zwischen den Beteiligten privatrechtlich wirkt? Das Beamtenverhältnis wird in Wahrheit hier ganz als zivilrechtliches Dienstverhältnis beurteilt, soweit nicht, wie im Rechnungswesen, das öffentliche Recht sich gar zu aufdringlich bemerkbar macht. Das ist der Standpunkt des 18. Jahrhunderts. — Im Sinne der Reichsgerichtsentscheidungen auch Brand, Beamtenrecht S. 579: Die Haftung des Beamten dem Staat gegenüber regelt sich nach A. L.R. II, 10 § 88 oder, soweit das nicht gilt, „nach den Vorschriften des B.G.B. über den Dienstvertrag und über den Schadensersatz".

Ganz privatrechtlich, sobald es über den engsten Kreis des Rechnungswesens hinausgeht, faßt die Frage das Sächsische Recht: Nippold in Sächs. Arch. f. bürg. R. II, Erg.Hft. S. 50.

[50] Sobald es über die Haftung der Kassebeamten hinausgeht, beginnen wieder die Zweifel und die Rücksichten. So O. Schwarz, Formelle Finanzverwaltung S. 160: „Bei der Konstruierung einer zivilrechtlichen Haftpflicht für die Anweisungsbeamten wegen der durch ihre Handlungsweise entstandenen Schädigungen der Staatskassen ist aber nicht zu übersehen, daß eine zu rigorose Regreßpflicht die Initiative der Beamten zum Schaden der Sache lähmen würde, der Gesetzgeber hier also nur mit großer Vorsicht vorgehen darf."

1. Die Verwaltung der öffentlichen Kassen und ebenso die der Materialbestände unterliegen streng gehandhabten Vorschriften, deren Gesamtheit das staatliche Rechnungswesen bildet[51]. Die Beamten, denen diese Werte anvertraut werden, sind durch ihre Dienstpflicht gehalten, daß sie alles zu Vereinnahmende einziehen und vor allem nur ordnungsmäßige Ausgänge geschehen lassen. Sie stehen dem Staate mit ihrem eigenen Vermögen ein für das, was durch ihre Zuwiderhandlung ungerechtfertigterweise fehlt. Auch diese Deckungspflicht, Haftung, Vertretung ist bei ihnen Dienstpflicht und als solche öffentlichrechtlicher Natur, obwohl sie auf Geldzahlung oder Gehaltsabzug hinausläuft.

Die in Betracht kommenden Ämter sind zweierlei Art[52]:

— Kassenämter (und entsprechend die unmittelbaren Materialverwaltungsämter), welche über die vorhandenen Staatsgelder gesetzt sind, um sie zu bewahren, Ausgaben daraus zu machen und Einnahmen hinzuzufügen. Sie sind dabei gebunden an die Anweisungen, welche ihnen für den Einzelfall oder zusammenfassend von den dafür zuständigen Stellen erteilt werden[53]. Die formell richtige Anweisung mit den erläuternden Rechnungen und Aufstellungen rechtfertigt ihre einzelnen Handlungen als „Kassenbeleg".

— Anweisungsämter, welche diese Verfügungen treffen als Einnahmeanweisungen, Ausgabeanweisungen, und dadurch die Tätigkeit der Kassenämter in Bewegung setzen. Sie sind, was die Ausgabeanweisungen anlangt, gebunden, sich formell in den Grenzen der für die Zwecke ihres Amtes bestimmten Mittel zu halten und sachlich diesen Mitteln nach pflichtgemäßem Ermessen die richtige Verwendung zu geben. Das erstere hat der Kassebeamte zu prüfen, bevor er die Anweisung befolgt.

Die Grundlage für die ganze Staatsgelderverwaltung gibt der mit der Volksvertretung vereinbarte Staatshaushaltsplan, und

---

[51] Darüber allgemein: Wagner, Finanzwiss. I S. 253 ff.; O. Schwarz, Formelle Finanzverwaltung S. 91 ff.

[52] Frankreich, das in der „Komptabilitätsgesetzgebung" überhaupt vorausgegangen war (O. Schwarz a. a. O. S. 3 f.), hat auch für diese „séparation des fonctions d'ordonnateur et des fonctions de comptable" das Vorbild geliefert. Vgl. Boucard et Jèze, Sciences des finances I S. 515 ff.

[53] Preuß. Geschäftsanweisung für die Reg.Hpt.Kassen v. 21. Mai 1887 § 52 (Herrfurth, Kassen- u. Rechnungswesen S. 76). Allgemeine Anweisungen werden namentlich bei Gehaltsbewilligungen im voraus ausgestellt werden wegen aller künftig fällig werdenden Zieler.

zwar überall in gleicher Weise, ob er in Form eines Gesetzes festgestellt wird oder nicht. Er begründet zunächst eine verfassungsrechtliche Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber der Volksvertretung wegen etwaiger Überschreitung der bewilligten Ausgaben[54]. Für die Minister werden diese Bestimmungen des Plans zugleich unmittelbar Bestandteil ihrer Dienstpflicht, für jeden soweit es sein Fach angeht. Von ihnen aus ergeht dann an alle Kassen- und Anweisungsämter die Mitteilung der sie betreffenden Stücke (Spezialetats) auf dem Dienstwege und mit der Wirkung eines Dienstbefehls, sich daran zu halten[55].

Dahinter steht dann eine scharfe Rechnungsaufsicht. Sie wendet sich in erster Linie gegen die Kassebeamten, welche alljährlich eine Zusammenstellung der ganzen Geldbewegung ihrer Kasse der prüfenden Oberbehörde vorzulegen haben unter Beifügung der erforderlichen „Belege" an Anweisungen, Rechnungen der Zahlungsempfänger, Quittungen. Der Schwerpunkt dieser Prüfung liegt bei der Oberrechnungskammer, dem Rechnungshof, der für diesen Zweck allen Rechnungspflichtigen des Staates zur obersten Dienstbehörde bestellt ist. Die Vorlage einer in gehöriger Form aufgestellten und mit Belegen ausgestatteten Rechnung, sowie die Erteilung weiterer Auskunft über die Erinnerungen („Monita") wird nötigenfalls mit Ordnungsstrafen erzwungen. Führt die Prüfung zu einer endgültigen Bemängelung, so wird die Entlastung verweigert. Der Rechnungspflichtige hat seiner Pflicht nicht Genüge getan.

Dieses Prüfungsverfahren zieht weitere Kreise. Es erstreckt sich von selbst auch auf die Rechtmäßigkeit der von den Anweisungsbeamten ausgestellten Anweisungen und die etwa diesen zur Last fallende Verantwortlichkeit. Die allgemeinen Dienstvorgesetzten aller beteiligten Beamten werden von den Beanstandungen in Kenntnis gesetzt, so daß disziplinarisches Einschreiten sich daran knüpfen kann. Die Volksvertretung erhält einen Bericht, um ihn bei ihrer Prüfung der Staatsrechnungen zu verwerten; das kann zur Grundlage einer Ministeranklage werden.

Außerdem kommen Ersatzansprüche des Staates dabei in Frage. Sie richten sich gegen alle sonst etwa in Betracht kommenden Beamten nach den vorhin erörterten, nicht scharf zugreifenden Grundsätzen. Nur für die Kassebeamten und die ihnen gleich-

---

[54] Vgl. oben Note 6.

[55] O. Schwarz, Form. Fin.Verw. S. 92 ff.

gestellten hat das Gesetz aus dem formalen Gang des Rechnungswesens eine strenge Haftpflicht erwachsen lassen.

Sie beruht auf dem *Defektenverfahren*, wie es mehr oder weniger übereinstimmend überall zur Anwendung kommt. Die Preußische Verordnung v. 24. Januar 1844, Festsetzung und Ersatz der bei Kassen und anderen Verwaltungen vorkommenden Defekte betreffend, ist besonders wichtig geworden und hat namentlich auch dem R.B.G. § 134 ff. zur Grundlage gedient[56].

Die Haftung ist hier unverkennbar als ein Ausfluß des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses gestaltet und auch die Form der Geltendmachung trägt die Zugehörigkeit des Rechtsinstituts zum öffentlichen Recht deutlich genug an sich, um die sonst so mächtige Neigung zu zivilrechtlichen Halbheiten und Unklarheiten hier verhältnismäßig stark in den Hintergrund treten zu lassen[57].

Der *Defekt* ist ein Ausfall an dem vorgefundenen Bestand der Kasse gegenüber dem, was nach der Rechnung, wie sie aus der Prüfung als richtig sich ergab, vorhanden sein sollte. Die Behörde, welche Kasse und Rechnung im ordentlichen Verfahren oder aus besonderem Anlaß geprüft und den Defekt festgestellt hat, kann den Kassebeamten dafür verantwortlich und zur Deckung verpflichtet erklären. Der *Defektenbeschluß* ist bindend für ihn und vollstreckbar.

Die Deckungspflicht, die er feststellt und erzwingbar macht, ist zwar Ausfluß der *Dienstpflicht*. Einmal entstanden, kann sie aber auch nach Endigung der Dienstpflicht, insbesondere gegen die Erben geltend gemacht werden. Auch das Deckungsverfahren ist alsdann noch anwendbar. Diese Art der Geltendmachung ist nicht Ausfluß der *Dienstgewalt*, die ja allerdings dann nicht mehr bestünde, sondern Folgerung aus der öffentlichrechtlichen Natur des Anspruchs, die bestehen bleibt[58].

---

[56] *Laband*, St.R. I S. 480 ff.; *O. Schwarz*, Form. Fin.Verw. S. 158 ff.; *derselbe*, in Wörterb. d. St.- u. Verw.R. I S. 547; *Herrfurth*, Kassen- u. Rechnungswesen S. 288 ff.

[57] *O. Schwarz*, Form. Fin.Verw. S. 158, leistet sich doch noch die Zweideutigkeit zu sagen: es handle sich hier um eine „*zivilrechtliche* Verantwortlichkeit", für die aber nach Art. 80 E.G. z. B.G.B. „das *öffentliche Recht* des betreffenden Bundesstaates" in Betracht komme. Das darf man auf diesem Gebiete nicht so streng nehmen.

[58] *Herrfurth*, Kassen- u. Rechnungswesen S. 290 n. 5. R.G. 31. Mai 1880 (Entsch. II S. 188), 3. Juli 1882 (Entsch. VII S. 335). Das Sächsische Recht zeigt hier die Neigung, möglichst rasch wieder auf zivilrechtlichen Boden zurückzukehren: das Defektenverfahren und der Zwang daraus sind nicht anwendbar,

Gegen den Defektenbeschluß gestatten die Gesetze dem Betroffenen den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten, den er innerhalb einer bestimmten Ausschlußfrist beschreiten kann. Es handelt sich um keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Der Defektenbeschluß leitet nicht eine administrative Zwangsbeitreibung ein für eine zivilrechtliche Forderung nach der oben Bd. I S. 393 geschilderten Art von Zuständigkeitsverschiebung. Sondern umgekehrt: das Zivilgericht ist hier zuständig gemacht für eine Verwaltungssache und prüft den Defektenbeschluß nach wie eine Oberinstanz[59]. —

Mit den Ämtern der Kassen- und Materialverwaltung verband sich früher regelmäßig und verbindet sich in manchen Staaten noch die Vorschrift der Kautionsstellung[60]. Das ist nicht als eine zu erfüllende Dienstpflicht anzusehen, sondern als eine Bedingung des Amtsantritts. Die Erfüllung dieser Bedingung, die Bestellung der Kaution vollzieht sich in den zivilrechtlichen Formen der Verpfändung. Auch die Geltendmachung der Rechte des Dienstherrn an den bestellten Sicherheiten befolgt die Regeln, welche das bürgerliche Recht für den Pfandgläubiger gibt, und umgekehrt wird nach Erledigung des zu sichernden Verhältnisses die Rückgabe des Pfandes verlangt mit der zivilrechtlichen Klage aus dem Pfandvertrag[61].

2. Die Schadensersatzpflicht, welche B.G.B. § 823 an unerlaubte Handlungen knüpft, hat „außerkontraktliche Handlungen" im Auge. Wer dem anderen durch Verletzung einer Vertragspflicht Schaden zufügt, haftet dafür nach den aus dem Vertragsverhältnis sich ergebenden Regeln, je nachdem also in weiterem Umfange oder in engerem, letzteres, sofern der andere

---

wenn der Schuldner nicht mehr im Dienste, und ebenso, wenn es sich um ein Verschulden bei Erhebung von Einnahmen handelt; dann „ist diese Verbindlichkeit eine privatrechtliche" (Nippold in Sächs. Arch. f. bürg. R. II Erg.Hft. S. 50).

[59] Von einer „provisorischen Natur" des Defektenbeschlusses kann man so wenig reden wie bei einem erstinstanzlichen Urteil. Kanngießer, Reichsbeamtenrecht S. 236 n. 1, der sich unter anderem so ausdrückt, bemerkt S. 237 n. 6: bei den Reichstagsverhandlungen habe man sogar angenommen, daß das Gericht auszugehen habe von einer „dem Defektenbeschluß zur Seite stehenden Vermutung der Wahrheit". Das ist bei einem nachzuprüfenden Verwaltungsakt nichts Besonderes.

[60] Seit Reichsges. v. 20. Febr. 1898 meist aufgehoben.

[61] Durch die Verbindung des zivilrechtlichen mit dem öffentlichrechtlichen Verhältnis forderte die Einrichtung zu wissenschaftlicher Behandlung heraus: Laband, St.R. (3. Aufl.) I S. 407 ff.; Seydel, Bayr. St.R. II S. 206 ff.; O.M. Verw.R. (1. Aufl.) II S. 262.

Vertragsteil dafür angesehen werden muß, die Gefahr solcher Schädigungen selbst übernommen zu haben. Das Deliktsrecht kommt also hier nicht zu Wort[62].

Stand dagegen der Schädiger zu dem Beschädigten im öffentlichen Dienstpflichtverhältnis, so ist zu unterscheiden

Zunächst wird ja die Anwendbarkeit von § 823 ff. auf die außerdienstlich verursachte Schädigung hier geradeso stattfinden, wie hinter dem zivilrechtlichen Dienstverhältnis. Es ist klar, daß die dem Beamten, dem Soldaten obliegende Verpflichtung zu besonderer Treue und Hingabe bei der Frage des Verschuldens auch in diesem Falle nicht unberücksichtigt bleiben wird; ähnliches trifft aber auch bei zivilrechtlichen Dienstverhältnissen zu.

Für die Schadenstiftung im Dienst wird diese Deliktshaftung durch die besonderen dienstrechtlichen Ordnungen hier grundsätzlich ebenso verdrängt werden wie beim zivilrechtlichen Dienstverhältnis. Sie behält aber, je nachdem, wie es mit den dienstrechtlichen Ordnungen steht, einen größeren oder geringeren Einfluß:

— Ist die Haftung, wie in den süddeutschen Staaten, grundsätzlich geordnet als ein Ausfluß des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses (oben Note 45), dann ist das Zivilrecht mit allen seinen Bestimmungen über Schadensersatzpflicht, vertragliche wie außervertragliche, unanwendbar gemacht.

— Wo die aus dem Dienstverhältnisse fließende Ersatzpflicht zivilrechtlich geordnet ist, wie in Preußen (oben Note 48 u. 49), ist sie als vertragliche angesehen, die als solche das Deliktsrecht ausschließt gemäß allgemeinen Grundsätzen. Immerhin wird dieses hier noch leichter herangezogen werden, um bei der schonenden Handhabung der Haftungsansprüche, die auch hier gilt, das Mindestmaß zu liefern. Da man doch einmal auf dem Boden des Zivilrechts steht, greift man statt zu den vertragsrechtlichen, ganz leicht zu den deliktsrechtlichen Bestimmungen, als wären sie ein besonderer, engerer Kreis von jenen[63].

---

[62] Eine Streitfrage. Planck, Kom. z. B.G.B. II Vorbem. zu Tit. XXV. Ziff. II; Endemann, Einf. I § 200; Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. zu § 823 ff. Ziff. 5. Die dort gemachte Unterscheidung, ob der Schaden nur anläßlich oder in Ausführung des Vertragsverhältnisses angerichtet worden ist, dürfte zutreffend sein; wir haben hier nur den letzteren Fall im Auge. Ähnlich auch Windscheid-Kipp, Pand. II S. 950 Note 1c.

[63] So läßt O. Schwarz, Form. Fin.Verw. S. 158, für preußische Beamte in der Rheinprovinz die Art. 1382 u. 1383 des c. civ. gelten (des obligations qui

— Es bleibt noch die dritte Möglichkeit, daß eine dienstrechtliche Ordnung der Haftung des Dieners überhaupt nicht besteht. Das setzt voraus, daß das Dienstverhältnis selbst als rein öffentlichrechtlich aufgefaßt wird; denn sowie es privatrechtlich oder halbprivatrechtlich ist, versteht sich die vertragsmäßige Haftung von selbst. Auch bei der öffentlichen Dienstpflicht wäre es möglich, eine Haftungsauflage als stillschweigenden Inhalt des Anstellungsaktes festzustellen. Doch wird man mit solchen Auslegungskünsten gerade hier sehr vorsichtig sein müssen. Nach dem Stand der Sache ist anzunehmen, daß man immer noch eher an eine von selbst wirkende Ergänzung durch das bürgerliche Recht denkt und deshalb nichts bestimmt. Diese Ergänzung liefern aber dann die Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Ihre Voraussetzungen sind gegeben und es ist nichts da, was sie ausschlösse[64]. —

---

se forment sans conventions!) und für Reichsbeamte, außer B.G.B. § 839, auch § 276. Auch Brand, Beamtenrecht S. 578 ff., verwendet für die Haftung „gegenüber dem Staate" neben A. L.R. II, 10 § 88 auch B.G.B. § 839 (S. 582).

[64] Das hier Ausgeführte trifft vor allem zu bei den Reichsbeamten, über deren vermögensrechtliche Haftung dem Reiche gegenüber, außerhalb des Defektenverfahrens, nichts bestimmt ist. Das Ergebnis hat Laband, St.R. I S. 474 ff., dahin zusammengefaßt, daß diese Haftung aus zwei Stücken besteht:

Schadensersatzpflicht im allgemeinen (S. 476 ff.) nach den Regeln des B.G.B. §§ 839—841 (S. 475 unten, S. 477);

Ersatzpflicht für Defekte (S. 480 ff.), wie hier oben n. 1.

Doch wäre zweierlei zu bemerken:

Einmal ist der Ersatzanspruch des Reiches nicht auf B.G.B. § 839 zu gründen, sondern auf B.G.B. §§ 823 u. 826. Das Reich ist für seine Beamten kein „Dritter", dem gegenüber die Amtspflicht obläge. Man müßte denn nach der Väter Weise einen gesonderten Reichsfiskus als solchen Dritten auftreten lassen.

Sodann hat Laband die Entschiedenheit seiner Stellungnahme dadurch beeinträchtigt, daß er seit der 4. Aufl. unterscheidet: die Ersatzpflicht gegen den Dritten „hat einen durchaus privatrechtlichen Charakter . . . dagegen die Ersatzpflicht gegen den Staat (das Reich) gehört dem öffentlichen Rechte an" (5. Aufl. I S. 475 Abs. 3). Das hatte ich früher gleichfalls aufgestellt, mich aber dann (D.Verw.R. 1. Aufl. S. 259 u. 260 Note 23) Labands Ansicht gefügt, daß eine Schadensersatzpflicht aus dem öffentlichen Dienstverhältnis nicht herzuleiten sei, und mit ihm die Folgerung gezogen, daß nur das bürgerliche Deliktsrecht zur Anwendung kommen könne, demnach auch mit der Wirkung eines privatrechtlichen Ersatzanspruchs.

Wenn jetzt Laband seinerseits die Haftung dem Staate gegenüber eine öffentlichrechtliche nennen will, so könnte es scheinen, als ob wir in beiderseitigem Entgegenkommen uns verfehlten. Aber es ist das bei ihm doch wohl nicht mehr als ein Name: eine Schadensersatzpflicht, die dem Staate gegenüber ganz die gleiche ist wie gegenüber dem Dritten, dem Privatmann, die durchweg

Die neuere Gesetzgebung hat noch einen besonderen Fall der Ersatzpflicht des Beamten dem Staate gegenüber ausdrücklich geregelt. Er bildet eine Ausnahmeerscheinung, die in keiner Weise in ein juristisches Gesamtbild dieser Haftungen hineinpaßt, am ersten noch läßt er sich zurechtlegen mit der alten, längst nicht mehr haltbaren Annahme eines bürgerlichrechtlichen Vertrags, der neben der öffentlichen Dienstpflicht herliefe. Es handelt sich um die in E.G. z. B.G.B. Art. 77 vorgesehene Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für die Schäden, die von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügt worden sind[65]. Die Gesetze, welche in diesem Sinne ergangen sind, behalten dem Gemeinwesen, das den Beschädigten befriedigen mußte, seinen Rückgriff vor gegen den schuldigen Beamten[66]. Die dem Dienstherrn hier erwachsende Vermögensbeeinträchtigung ist keine solche, die durch die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach B.G.B. § 823ff. gedeckt würde. Reichsrecht und Landesrecht gingen jedoch überwiegend davon aus, daß die Haftung des Staates selbst als eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsherrn zu behandeln sei nach Vorbild der Haftung des Fiskus gemäß B.G.B. § 31 u. § 89[67]. Dem

---

nach den Bestimmungen des B.G.B. über Schadensersatz für unerlaubte Handlungen sich regelt, ist privatrechtlicher Natur. Darüber braucht man sich keine Sorge zu machen.

Einen eigentümlichen Ansatz zu innerer Fortbildung der dienstlichen Haftung des Reichsbeamten darf man vielleicht finden in R.G. 9. Nov. 1910 (Entsch. LXXIV S. 342): Einschreibebrief verloren gegangen, Postfiskus entschädigt und verlangt Ersatz von dem Oberpostassistenten, der den Dienst gehabt hatte, im Defektenverfahren (nach R.B.G. § 136? — man kann bezweifeln, ob das formell richtig war); Klage des Beamten. Das Gericht bekennt sich zu dem Rechtsgrundsatz, „daß ein Beamter, der Geld oder andere Sachen nicht zurückgeben kann, die ihm amtlich zur Aufbewahrung oder Bewachung übergeben waren, den Verlust zu ersetzen hat, sofern er nicht beweist, daß der Verlust ohne sein Verschulden eingetreten sei". Es ruft wohl auch B.G.B. § 282 an, aber nur wegen der „Ähnlichkeit seiner Stellung mit der eines Verwahrers im Sinne des B.G.B.", und weil dieser Standpunkt „durch die Verhältnisse des öffentlichen Dienstes notwendig geboten wird". Demnach wird das wohl eher als eine Ausdehnung der öffentlichen Haftpflicht nach den Grundsätzen der eigentlichen Defektenhaftung anzusehen sein: das „Nicht-zurückgeben-können" ist der selbständige dienstrechtliche Schadensersatzgrund; das gäbe dem Institut eine einleuchtende Ausdehnung und Abgrenzung.

[65] Vgl. oben Bd. I S. 199 f.

[66] So auch R.Ges. v. 22. Mai 1910 § 2: „Das Reich kann von dem Beamten Ersatz des Schadens verlangen, den es durch die im § 1 Abs. 1 bestimmte Verantwortlichkeit erleidet".

[67] Oben Bd. I S. 199; unten § 53, II. Diese wenig durchdachte Haftung des

entsprach es, auch den Rückgriff als eine privatrechtliche Forderung ex delicto zu gestalten, deren Geltendmachung eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorstellt im Sinne von G.V.G. § 13. Der Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis ist allerdings unverkennbar und so ist denn hier mitten in das Dienstrechtliche ein vereinzeltes Stück Deliktsrecht hineingestellt, das wir anhangsweise dem hier unter n. 2 behandelten Stoffe beigeben mögen; es paßt nirgends recht hin[68].

§ 47.

Öffentliche Lasten; gemeine Lasten.

Das öffentliche Unternehmen als die Einheit eines durch seinen bestimmten Zweck abgegrenzten Stückes öffentlicher Verwaltung[1] lieferte den Rechtsinstituten des öffentlichen Sachenrechts wie der öffentlichen Dienstpflicht mannigfach Voraussetzungen und Richtlinien. Bei der öffentlichen Last tritt es nun wieder ganz in den Mittelpunkt des Begriffs. Wir verstehen darunter die dem Untertanen obliegende Pflicht, einem öffentlichen Unternehmen durch Leistung an den Unternehmer Mittel zu gewähren, deren es zur Erfüllung seines Zwecks bedarf. —

Das Wort Last wird wohl auch noch in anderem Sinne gebraucht. Man spricht von Staatslasten, um zusammenfassend zu bezeichnen, was der Untertan alles für seinen Staat zu leisten hat. Ähnlich bedeutet dann Gemeindelasten, Kreislasten, was jeden seine Gemeinde, sein Kreis kostet. Hier ist kein juristisches, sondern ein wirtschaftliches Werturteil gegeben, ein bestimmtes Rechtsinstitut überhaupt nicht gemeint, namentlich auch kein bestimmtes öffentliches Unternehmen, für welches geleistet würde.

Davon unterscheidet sich noch einmal die Verwendung, welche das Wort im Zusammenhang der Lehre von der Selbstverwaltung

---

Staates selbst beruht ja, wie wir sehen werden, auf der Verschleppung zivilrechtlicher Ideen auf das Gebiet des öffentlichen Rechts. Kein Wunder, daß auch der hier zu erwähnende Regreß des Staates seine Unstimmigkeiten hat.

[68] Auch die Gesetzgebung schwankt. Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 13 verschmilzt dieses Rückgriffsrecht des Staates mit dessen allgemeinem öffentlichrechtlichem Anspruch auf Ersatz des ihm durch Amtspflichtverletzung zugefügten Schadens. Reindl, Kom. S. 79. Für den Rückgriff der haftenden „Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes“ ist die alte zivilistisch gedachte Ordnung bestehen geblieben; Bayr. Beamtenges. Art. 226.

[1] Vgl. oben § 33 S. 2 u. Bd. I S. 118.

findet. Die jedem Gemeinwesen, Gemeinde, Kreis, Provinz, zugewiesenen Angelegenheiten bilden für dieses, sofern es dafür aufzukommen hat, eine ihm obliegende Last, eine Selbstverwaltungslast, Gemeindelast, Kreislast, Provinzlast. Im Gegensatze dazu bleibt dann das, was übrig ist von öffentlichen Angelegenheiten, Staatslast. Diese Angelegenheiten können allerdings als Arten von öffentlichen Unternehmungen oder als bestimmte einzelne öffentliche Unternehmungen bezeichnet sein (Schulen, Armenwesen, Straßenwesen usw.). Aber das Wort Last bedeutet dabei keine Untertanenpflicht, sondern eine Aufgabenverteilung zwischen den geborenen Trägerschaften öffentlicher Verwaltung. Diese Art von Last gehört also abermals nicht zu den hier zu betrachtenden Leistungen, sondern wird in der Lehre von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts ihren Platz finden[2]. —

Daß sie eine dem Bedürfnis eines bestimmten öffentlichen Unternehmens angepaßte Leistung des Untertanen zum Inhalt hat, das gibt unserer öffentlichen Last ihre Eigenart gegenüber den obrigkeitlich auferlegten Verpflichtungen, von welchen bis hierher die Rede war.

Damit ist vor allem der Unterschied gegeben gegenüber den Pflichten, welche die Polizeigewalt auferlegt: diese erläßt ja nicht bloß Verbote, sondern auch Gebote, welche den Einzelnen zu entsprechender Tätigkeit nötigen; aber das läuft dann immer nur auf das eine große Polizeiziel hinaus, daß der in Anspruch Genommene nicht stört[3]; irgendwelche Nützlichkeiten braucht er nicht zu stiften. Hier aber handelt es sich um solche: ein Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens soll durch die Leistung befriedigt werden.

Der Gegenstand der Leistung kann seiner Art nach verschieden bestimmt sein: Geld, Sachen zu Gebrauch oder Verbrauch, Dienste. Dabei tritt dann eine gewisse Verwandtschaft zutage mit Inanspruchnahmen entsprechenden Inhalts, wie sie in

[2] Vgl. unten § 58, III n. 1. — Bemerkenswert der Doppelsinn des Wortes „Polizeilast“ in der preußischen Rechtssprache: es kann bedeuten die Kosten von Polizeiverwaltung und Polizeieinrichtungen, welche der Staat oder die Gemeinde oder der Gutsherr zu tragen hat (Foerstemann, PolizeiR. S. 93 ff.; Friedrich in Stier-Somlo, Handb. d. kom. Verf.- u. VerwR. in Pr., Bd. II § 64), und kann bedeuten eine von der „Polizeibehörde“ zu erzwingende Pflicht zur Leistung für öffentliche Zwecke (v. Bitter, Handwörterb. I S. 874). Das letztere kann zugleich eine öffentliche Last in dem hier zu behandelnden Sinne sein. Vgl. unten § 61 Note 13 u. 14.

[3] Vgl. oben Bd. I S. 234.

den schon behandelten Rechtsinstituten sich darstellen. Immer bietet sich aber ein wesentlicher Punkt, in welchem die öffentliche Last gegenüber dem äußerlich nahestehenden Institut sich scharf abgrenzt.

Geht sie auf eine Geldleistung, so liegt es nahe, an eine Steuerauflage zu denken. Dieser fehlt aber alles, was ihr das Gepräge geben würde eines bestimmten Unternehmens, für dessen Bedürfnis die Leistung bestimmt sein soll. Auch bei der Gebühr ist es so. Nur der Beitrag trägt eine solche rechtliche Kennzeichnung an sich, sofern diese Geldzahlungspflicht sich rechtlich begründet und bemißt nach einem besonderen Verhältnisse, durch das der Zahler berufen erscheint, für den Bestand des öffentlichen Unternehmens, für das er den Beitrag zahlen soll, aufzukommen nach dem Maße des Bedürfnisses dieses Unternehmens. Darum zählen die Beiträge, die öffentlichrechtlicherweise auferlegten wenigstens, allerdings zu unseren öffentlichen Lasten[4].

Geht sie auf Gewährung von Sachen, so wird der Vergleich mit der Enteignung herausgefordert, vielleicht wäre auch eine Verwandtschaft mit der einen oder anderen öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung zu finden. Die alte Lehre vom „Zwangskauf" verstärkte die Ähnlichkeit. Wie aber diese Rechtsinstitute wirklich gestaltet sind, bedeuten sie dinglich wirkende Eingriffe eines Verwaltungsaktes, die mit Leistungspflichten, die dem Enteigneten auferlegt würden und zu deren Erfüllung der Staat die Sache bekommt, nichts zu tun haben. Bei der öffentlichen Last handelt es sich gerade immer um solche Verbindlichkeiten des Belasteten; ein dingliches Recht an der Sache könnte erst durch die freiwillige oder gezwungene Erfüllung entstehen; in wichtigen Fällen der Last auf Sachgewährung entsteht es auch dann nicht. Auf die äußerliche tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache kommt hier alles an. Der Eigentumsübergang ist jedenfalls so sehr ein nebensächlicher Punkt, daß man sich das ganze Rechtsinstitut denken könnte ohne ihn. Die Gesetze halten es gar nicht für nötig ihn hervorzuheben[5].

---

[4] Vgl. oben Bd. I S. 330 f. In ähnlicher Weise will auch Neumann, Die Steuer S. 325, gegenüber den Steuern und den Gebühren die Beiträge abgrenzen. Aber nicht alle öffentliche Lasten sind Beiträge und nicht alle Beiträge sind öffentliche Lasten. Das Nähere unten § 48 Note 1.

[5] Ein mehr äußerlicher, aber keineswegs bloß zufälliger Unterschied ist der, daß die Enteignung nur auf unbewegliches, die Last vorzugsweise auf bewegliches Gut geht. (Vgl. oben § 33 Eing.) Ich sage: kein bloß zufälliger;

Hat endlich die Last zum Gegenstand eine für das öffentliche Unternehmen zu leistende Tätigkeit, Arbeitsverrichtung, Auskunftserteilung, Einübung für künftige Fälle, dann berührt sie sich äußerlich mit der öffentlichen Dienstpflicht. Der berufsmäßige Staatsdienst, der den Mann für allerlei Zwecke zur Verfügung stellt, käme nicht so sehr in Betracht als die Zwangsdienstpflicht für Heer und Justiz oder das Pflichtehrenamt für bestimmte Verwaltungsgeschäfte. Was die öffentliche Last davon scheidet, das ist das Fehlen des sittlichen Elements der besonderen Treue und Hingabe, die dort gefordert werden; ihr kommt es auch hier nur auf das zu erzielende äußerliche Ergebnis an, alle Zutaten und Beschränkungen, welche die öffentliche

denn es ist eine alte deutsche Rechtsidee, daß die Liegenschaft für den Rechtsübergang förmlicher obrigkeitlicher Akte bedarf, die Zugehörigkeit der Fahrnis aber an der Tatsache des Besitzes hängt und durch Forderungsrechte vermittelt wird (O. M., Dingl. Wirkung der Obl. S. 4 u. 61). In der Lehre von der Enteignung pflegt, gewissermaßen zur Ergänzung, auf Militär- und sonstige Lasten verwiesen zu werden, bei welchen für Fahrnis ähnliches stattfinde: Loebell, Enteignungsges. S. 25; Eger, Enteignungsges. I S. 11 f. Diese Ergänzung für das Gebiet der Fahrnis wird aber eben durch ein anderes Rechtsinstitut geliefert. Wenn man nach den Motiven des Preuß. Ent.Ges. von einer „Ausdehnung des Gesetzes auf Mobilien" aus dem Grunde Abstand nahm, weil diese „Fälle" durch Spezialgesetze geregelt seien (Eger, Enteignungsges. I S. 13), so wäre das kein Grund gewesen, wenn diese Regelung nicht auch naturgemäß eine ganz andere wäre. Umgekehrt sucht man auch bei Darstellung der Militärlasten an die Enteignung anzuknüpfen und spricht bei der Leistung von Schiffen zu Hafensperren von „Expropriierten" (Laband, St.R. IV S. 308) und bei der Pferdeaushebung von einem „Enteignungsverfahren" (Laband a. a. O. S. 309; G. Meyer-Dochow, V.R. § 210 n. 4). Das letztere ist aber, wie Laband sehr richtig hervorhebt, „eine Nachbildung des Rekrutierungsverfahrens", das erstere ein „Nötigen zur Abtretung des Eigentums", was ja auch nach Laband die Enteignung nicht ist. Der Name Enteignung bedeutet also doch nicht mehr als einen hinkenden Vergleich. Viel anderes will Laband auch nicht sagen. S. 257 a. a. O. bemerkt er sogar, „daß alle Militärlasten, also auch die Forderung von Arbeitsleistungen, ihrem juristischen Charakter nach eine gewisse Verwandtschaft mit der Expropriation haben". Sie haben mit ihr gemein, „Eingriffe des Staates im öffentlichen Interesse in die Privatrechtssphäre" zu sein, öffentlichrechtlich geordnet, zur Befriedigung eines öffentlichen Bedürfnisses erforderlich und Entschädigung nach sich ziehend. Dieses ist vollauf zutreffend. Enteignung, gemeine Lasten, nicht zu vergessen auch die auferlegten öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeiten (oben § 40) und die wirksam werdenden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen (oben § 41), das fällt alles unter einen gemeinsamen Oberbegriff, wie ihn Laband beschreibt: Eingriff für ein öffentliches Unternehmen, der ungleich belastet und deshalb Entschädigung nach sich zieht. Die Enteignung ist ein Fall davon, und ein sehr bedeutsamer — aber deshalb sind doch die anderen nicht Fälle der Enteignung!

Dienstpflicht um jener Eigenart willen auszeichneten, fallen bei ihr weg[6].

Das Rechtsinstitut der öffentlichen Last entfaltet sich in verschiedenen Arten. Nicht alle Einteilungen, die man da machen kann, sind auch wissenschaftlich wertvoll. Man könnte etwa einteilen nach der Verschiedenheit des Herrn des öffentlichen Unternehmens, dem die Last zu dienen bestimmt ist, und danach wieder Staatslasten, Gemeindelasten usw. unterscheiden. Die Natur der Last selbst wird aber dadurch kaum berührt. Ebenso ist es für die juristische Einteilung bedeutungslos, welcher Art das Unternehmen ist, für das sie besteht: Militärlasten, Justizlasten — und was Gegenstand der Leistung sein soll: unbewegliche Sachen zum Gebrauch, bewegliche Sachen zum Gebrauch oder zum Verbrauch, Geld oder Dienste.

Maßgebend ist für uns die Verschiedenheit der Rechtsformen, in welchen die Last den Einzelnen erfaßt. Diese ergibt sich aber daraus, daß der Pflichtige dem Unternehmen, für das er leisten soll, von vornherein in dreierlei verschiedenen Grundverhältnissen gegenüberstehen kann, aus denen seine Verpflichtung hervorgeht:

— Die Last kann die Einzelnen treffen schlechthin nach Maß-

---

[6] In diesem Sinne nennt Neumann, Die Steuer S. 55, die Hand- und Spanndienste „Vermögenswerte im Gegensatze zu den idealeren Leistungen des Beamten, des Soldaten". Das „Ideale" an diesen ist nichts anderes als die rechtlich nicht völlig greifbare besondere Treuepflicht. — Sehr deutlich gibt den Gegensatz Laband, St.R. IV S. 255: „Ihrem Inhalte nach stehen die Militärlasten den Verpflichtungen des Privatrechts gleich; denn sie bestehen in allen Fällen nur in Vermögensleistungen. Hierauf beruht der tiefgreifende Gegensatz zwischen Militärdiensten und Militärlasten; die letzteren enthalten keine Verpflichtung zur Treue, zum Gehorsam, zu persönlichem Dienst, sondern sie betreffen lediglich das Vermögen". Die Hereinziehung der Privatrechtsverpflichtungen ist allerdings überflüssig: „Vermögensleistungen" können ebensogut öffentlichrechtlich wie privatrechtlich geordnet sein. Auch ist nicht zu übersehen, daß es vollwertige Lastpflichten gibt ohne Vermögenswert, so z. B. die Zeugenpflicht. Die bloße Verneinung des ethischen Elements wäre also vorsichtiger. Laband weist aber mit Recht darauf hin, daß das Fehlen der Forderung besonderer Treue noch weitere Konsequenzen hat, namentlich die Verpflichtbarkeit von Ausländern, von juristischen Personen. Alles oben § 42, I n. 1—4 Aufgezählte fällt hier weg. Insbesondere wäre die n. 3 hervorzuheben: im Gegensatz dazu besteht hier, wie Laband sagt, „keine Verpflichtung zu persönlichem Dienst", Schuldübernahme und Vertretung, die wir dort verneinen mußten, sind hier zulässig, soweit wenigstens der besondere Zweck der Lastpflicht das ermöglicht; vgl. unten Note 9 u. 10.

gabe des Bedürfnisses des Unternehmens und ihrer Fähigkeit, dieses zu befriedigen — gemeine Lasten;

— die Last kann dem Einzelnen auferlegt sein mit Rücksicht auf eine besondere Beteiligung an dem öffentlichen Unternehmen, die bei ihm angenommen wird — Vorzugslasten;

— die Last kann einen Kreis von Einzelnen verbinden, so daß sie mit dem Gesamtergebnisse ihrer Leistungen das Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens zu decken bestimmt sind — Verbandlasten.

Die Besonderheit dieses Grundverhältnisses spiegelt sich dann jedesmal wider in der ganzen juristischen Ausgestaltung der Last.

Wir handeln hier zunächst von den gemeinen Lasten.

I. Die Leistungspflicht, welche wir als gemeine Last bezeichnen, ist die Last ohne besondere Zutat und ohne weitere rechtliche Voraussetzung bei dem Belasteten, als daß er in der Lage ist, das Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens, um das es sich handelt, zu befriedigen. In unserem neuzeitlichen Gemeinwesen herrscht die Geldwirtschaft. Die öffentliche Dienstpflicht mit ihrem besonderen Wert ist eine Sache für sich. Was im übrigen seine öffentlichen Unternehmungen an sächlichen und persönlichen Mitteln nötig haben, beschafft es ihnen ordentlicherweise nach der Art einer Privatwirtschaft und in den Formen des Privatrechts: durch zweiseitige Verträge, nach welchen es seinerseits den Gegenwert in Geld zu leisten hat. Seine Kassen, aus denen es zahlt, füllt es zu diesem Zwecke mit allerlei Einnahmen, vor allem mit Steuern. Das gibt dann keine öffentlichen Lasten in dem bestimmten Sinne unseres Rechtsinstituts. Das Angepaßtsein der Leistung an das bestimmte Unternehmen findet bei gemeinen Geldleistungen nicht seinen Ausdruck. Nur die Naturalleistung ist imstande, auch als gemeine Last den für diese begriffswesentlichen Zusammenhang mit dem Unternehmen durch ihren besonderen Inhalt zu bewähren[7].

---

[7] Fleiner, Instit. S. 364 ff., teilt die „öffentlichen Lasten" ein in „Naturalleistungspflichten" und „öffentliche Abgaben". Die ersteren entsprechen dem, was wir öffentliche Lasten nennen; sie werden, wie bei uns untereingeteilt in gemeine, Vorzugs- und Verbandlasten. Die Abgaben sind Geldleistungen: Steuer, Gebühr, Beitrag; sie können in ihrer Gesamtheit unter die Rubrik öffentliche Lasten nur dadurch gebracht werden, daß dieser Ausdruck hierfür anders verstanden wird, in dem allgemeineren Sinne nämlich von Staatslasten, Gemeindelasten usw., alles umfassend, was der Untertan für sein Gemein-

Solche kommen aber daneben auch jetzt noch zum Vorschein und zwar auf zweierlei Art:

— Einmal sind Reste alter Naturalwirtschaft stehengeblieben. Das ist einleuchtenderweise vor allem der Fall in bäuerlichen Verhältnissen und zur Beschaffung der Mittel für bestimmte Einrichtungen und Veranstaltungen von Dorfgemeinden. Dort gilt immer noch, daß der Bauer Bargeld weniger leicht aufbringt und zur Verfügung stellt als Arbeitskräfte, Zugtiere und Gerätschaften dazu, Baustoffe, Lebensmittel in natura. Statt mehr Gemeindesteuern zu zahlen, leistet er das zu Beschaffende besser selbst.

---

wesen aufzubringen hat (oben S. 384). Das Wort wechselt also bei Fleiners Einteilungsreihe seinen Sinn. Der Gegensatz von Naturalleistung und Geldleistung hat jedenfalls keine so durchgreifende Bedeutung, um als Grundlage für die wissenschaftliche Behandlung verwertbar zu sein. Die Praxis liebt natürlich derartige Einteilungsmerkmale — je äußerlicher, desto besser, vgl. z. B. v. Bitter, Handwörterb. I S. 3 v° Abgaben —, um sich, wenn es darauf ankommt, doch nicht daran zu halten (vgl. Preuß. Kom.Abgabenges. § 69). Jedenfalls kann die Naturalleistung rechtlich dasselbe bedeuten wie eine Abgabe. In meiner Jugend erhob die Stadt Nürnberg eine Abgabe von dem eingeführten Brennholz in der Weise, daß jeder Fuhrmann am Tore zwei große Scheite in den Stadtgraben werfen mußte. Es gibt Länder, in welchen der Einfuhrzoll entrichtet wird in Gestalt der Abtretung eines bestimmten Bruchteils der Waren. Naturalleistungen kommen als Last im Sinne eines juristisch wertvollen Gegensatzes zur Abgabe nur da in Betracht, wo sie für das Bedürfnis eines bestimmten Unternehmens unmittelbar Verwendung finden sollen. Andererseits kann auch eine Geldleistung ganz die Stelle einer ursprünglich vorausgesetzten Naturalleistung einnehmen durch Umwandlung der Lastpflicht bei der Erfüllung (vgl. unten Note 9) oder es ist einer Verpflichtung der besondere Zusammenhang mit dem Unternehmen anderweit schon so bestimmt aufgeprägt, daß es für ihre rechtliche Natur gleichgültig ist, ob sie auch auf Naturalleistung geht oder nur auf Geld. Das ist bei der Vorzugslast der Fall, die ja auch auf Geldzahlungen (Beiträge) lauten kann (vgl. unten § 48, I). Fleiner trägt dieser Tatsache Rechnung, indem er S. 387 bei der Lehre von den „Naturalleistungen" bemerkt: „die zweite Art öffentlicher Lasten bildet die Vorzugslast", und S. 397 bei der Lehre von den „Abgaben": „die dritte Form der öffentlichen Abgaben ist der Beitrag. Er ist eine Vorzugslast". Wozu aber dann der kleinen Äußerlichkeit zuliebe die schematische Trennung? — In der Sprache der Gesetze und der Handbücher hat sich die Unterscheidung von „Naturalleistungen" und „Naturaldiensten" eingebürgert. Solche Dienste sind eigentlich auch Naturalleistungen, Naturaldienstleistungen im Gegensatz zu Naturalsachleistungen. Die letzteren nennt man wohl auch „Naturallieferungen" und versteht dann unter Naturalleistung außer ihnen etwa auch noch die übernommene Herstellung eines gewissen Erfolges, wie beim Werkvertrag, im gemeinsamen Gegensatz zu den Naturaldiensten. Vgl. Germershausen, Wegerecht I S. 535, 536 u. 578; v. Brauchitsch, Verw.Ges. III S. 498 Note 2. Für unseren Zweck kommen wir mit dem einfachen Begriff der Naturalleistung aus, die das alles umfaßt.

Daher spricht eine sehr vernünftige Zweckmäßigkeit für die Beibehaltung dieses alten Weges der Naturalleistung.

In dieser Weise sind noch in Übung: Hand- und Spanndienste für Gemeindewege (Fronen), Versehung des Nachtwächter- und Tagwächterdienstes durch die Bürger, Naturalverpflegung von Gemeindearmen und Gemeindebediensteten[8].

Das sind richtige gemeine Lasten. Sie sind keine Steuern, sondern verhüten Steuern. Sie tragen im Gegensatz zu diesen den Zusammenhang mit dem Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens der Gemeinde deutlich aufgeprägt, insofern der Inhalt der Leistung wie auch ihr Maß sich nach jenem unmittelbar rechtlich bestimmt. Allein ihre wirtschaftliche Natur bringt es mit sich, daß hier die Leistung unbedingt vertretbar ist: nicht bloß kann sie zur Entlastung des Pflichtigen durch einen anderen geschehen, den er dafür stellt, sondern sie ist auch vertretbar durch Leistung ihres Wertes in Geld, womit das für das Unternehmen Erforderliche beschafft werden mag[9].

— Weit wichtiger ist der zweite Grund, der eine solche Inanspruchnahme der Einzelnen zu unmittelbarer Befriedigung des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens auch heute noch notwendig macht: das ist die Unentbehrlichkeit dieser Leistung an sich selbst. Es handelt sich nicht um Naturalleistung statt Geldleistung. Mit Geld in erster Linie wäre dem Unternehmen überhaupt nicht gedient. Es braucht die Leistung in der zu seiner unmittelbaren Verwendung geeigneten Gestalt, an diesem Ort, zu dieser Zeit, oder von diesem Menschen. Nur so erhält sein Bedürfnis die richtige Befriedigung. Damit ist nicht gesagt, daß hier eine Vertretbarkeit der Leistung niemals bestehen kann. Es kommt bloß darauf an, daß das zur Befriedigung des Bedürfnisses Dienende in gleichwertiger Weise sonst bei der Hand ist, dann mag der Pflichtige durch den andern leisten oder sogar durch Gewährung der Geldmittel seiner Last genügen dürfen. Das ist aber immer eine besondere Ausnahme bei den dafür geeignet erklärten Lasten[10].

---

[8] Es soll noch vorkommen, daß ein Teil des Gehalts des Schullehrers in Naturalleistung besteht, indem er seinen Mittagstisch abwechselnd bei den besseren Gemeindegliedern findet, — gemeine Last!

[9] Preuß. Kom.Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 68 Abs. 3 u. 4; Bayr. Gem.Ord. v. 29. April 1869 Art. 50 Abs. 3.

[10] Quartierleistungsges. v. 25. Juni 1868 § 10. — Nicht ausgeschlossen ist, daß auch sonst der Lastpflichtige, statt aus eigenen Mitteln, durch einen anderen

In der ganzen Strenge erweist sich jene Unentbehrlichkeit vor allem an den eigentlichen Notlasten: Einzelnot bei Unglücksfällen, wo die Hilfe als Angelegenheit öffentlicher Verwaltung behandelt wird, oder gemeine Not, bei der diese Voraussetzung stets eintritt, können sofortige Leistungen durch Arbeit, Gerätschaftsstellung, Materiallieferung nötig machen, und wer damit bei der Hand ist, dem kann das zur öffentlichrechtlichen Pflicht werden, zur Lastpflicht.

In der gleichen Weise greift die Militärlast zu in Requisition und Einquartierungslast: das, was das Heer bedarf, ist ihm unmittelbar zu gewähren, zu Gebrauch und Verbrauch bereit, je nachdem.

Endlich wird eine dritte Gruppe gebildet hauptsächlich von den Justizlasten: Zeugenpflicht und Sachverständigenpflicht. Zu kommen und die Aussage zu machen, das Gutachten abzugeben, das eine wie das andere zu beeidigen, das bedeutet eine Leistung zugunsten des großen öffentlichen Unternehmens, Justiz genannt, ohne welche diese nicht auskommen kann[11]. An Stelle der Dringlichkeit, welche bei den Notlasten wirkt, steht hier die Unersetzbarkeit.

II. Im einzelnen entwickelt sich nun das Rechtsinstitut wie folgt.

1. Als Eingriff in die Freiheit bedarf die gemeine Last nach den Regeln des Verfassungsstaates einer gesetzlichen Grundlage. Das Gesetz, wie sonst auch, liefert selbst die nötigen Rechtssätze dafür oder ermächtigt eine Verordnung, ein Statut, sie aufzustellen.

In den allgemeinen Ermächtigungen der Polizeigewalt ist die

---

leisten lasse, aber dann immer unter der Voraussetzung, daß die forderungsberechtigte Verwaltung damit einverstanden sei. Die freie Verschiebbarkeit der Last würde die Gefahr eines Zuges nach der mindest guten Leistung mit sich bringen.

[11] Auch andere Behörden als die Gerichte sind befugt, eidliche Zeugenaussage zu fordern. Ein Verzeichnis bei Laband, St.R. III S. 485 ff. Über das sog. „Auskunftsrecht" der Polizei vgl. oben Bd. I S. 235 Note. Soweit es begründet wäre, würde es eine Lastpflicht vorstellen, keine polizeiliche Pflicht. — Eine Lastpflicht in diesem Sinne bedeutete Reichsges. v. 25. März 1907 § 5, Beantwortung der Berufszählungsfragen betreffend. Hierher wird auch zu rechnen sein die Entnahme von Proben feilgehaltener Nahrungsmittel nach Reichsnahrungsmittelges. v. 14. Mai 1879 § 2 Abs. 2. Die Unvertretbarkeit der Leistung ist hier die gleiche wie beim Zeugen.

Die schweren Kriegszeiten, in welchen wir stehen, haben neue Anwendungen der Form der gemeinen Last gebracht: die vielerlei Anzeigepflichten wegen vorhandener Vorräte und vor allem die vaterländische Hilfsdienstpflicht.

Befugnis nicht enthalten, öffentliche Lasten zu begründen, insbesondere in der Ermächtigung zu Polizeiverordnungen nicht die Befugnis, sie rechtssatzmäßig vorzuschreiben[12].

Aus älteren Rechtszuständen, Markgenossenschaften und gutsherrlichen Verhältnissen, haben sich zuweilen noch Verpflichtungen zu Hand- und Spanndiensten und sonstigen Naturalleistungen erhalten, die, von Haus aus privatrechtlich gedacht, auf Vertrag oder Herkommen zurückgeführt werden. Sofern die Pflicht am Grundbesitz hängt, spricht man von einer Reallast. Sofern die Leistung gemeinnützigen Einrichtungen, Wegen, Brücken, Flurschutz dient, hat die neuzeitliche öffentliche Verwaltung die richtige Erfüllung in ihre Obhut genommen, und man spricht dann wohl von einer öffentlichrechtlichen Reallast. Das sind Übergangsgebilde, mit welchen die staatliche Gesetzgebung und Verwaltung nach und nach aufräumt[13].

Wie auf dem Boden der Polizeigewalt und ganz von selbst auch im Bereich der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung[14], so kommt bei Beschaffung sächlicher Mittel für ihre Unternehmungen unter Umständen ein Notstandsrecht der öffentlichen Verwaltung zur Geltung. Wenn in solcher Weise fremde bewegliche Sachen für den öffentlichen Zweck beansprucht und weggenommen werden, so bietet der Vorgang äußerlich fast das gleiche Bild, in

---

[12] Darüber die bedeutsame Auseinandersetzung zwischen Polizeigewalt und öffentlicher Last gelegentlich des Preuß. Ges. v. 21. Dez. 1904, oben Bd. I S. 236 Note 21. — Daß auch sonst die alte Idee von der Grenzenlosigkeit der Polizei heute noch den Rechtstitel liefern soll für allerlei Leistungen, bei denen es sich nicht um Polizei, sondern um unsere Lasten handelt, davon hat Bd. I S. 235 Note ein Beispiel gegeben. Vgl. noch Kam.Ger. 24. Sept. 1894 (Reger XVI S. 82), 12. Juni 1902 (Reger XXIII S. 310); Woltzendorff in Verw.Arch. XV S. 564. Umgekehrt werden dafür einfache polizeiliche Pflichten, aus dem Seinigen keine Störung kommen zu lassen und der etwa bereiteten entgegenzuwirken, sobald ein Grundstück dabei in Frage ist, mit einem ganz überflüssigen Anschein von Gelehrsamkeit als „eine auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last" bezeichnet: O.V.G. 13. Okt. 1905 (Pr. Verw.Bl. XXVIII S. 105); v. Bitter, Handwörterb. I S. 577.

[13] Über die Ausscheidung öffentlichrechtlicher Reallasten: Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. III S. 411 ff.; Stobbe, D. Pr.R. § 100 n. IV. Namentlich die Wegebaulast kann diese Gestalt angenommen haben: Germershausen, Wegerecht I S. 304 ff.

[14] Vgl. oben § 41; die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung würde sich fast immer auf eine Art Notstand der öffentlichen Verwaltung berufen können; es hat aber keinen Wert, das hervorzuheben, da der bloße Zusammenstoß zwischen dieser und dem Privateigentum genügt, um ihre rechtliche Übermacht erscheinen zu lassen. — Wegen des Notstandes der Polizei vgl. oben Bd. I S. 309 ff.

welchem auch die Durchführung einer öffentlichen Last sich darstellen könnte. Genauer betrachtet ist es etwas ganz anderes: Die gesetzliche Grundlage fehlt; eine Lastpflicht wird nicht begründet, ebensowenig ein Recht an der in Anspruch genommenen Sache; das Zugreifen der öffentlichen Gewalt wird in keinerlei Rechtsgewand gekleidet. Erst im Falle des Widerstandes merkt man, daß sie es ist. Zu unserem Rechtsinstitut ist diese Erscheinung nicht zu rechnen[15].

2. Der Rechtssatz, welcher der öffentlichen Last zugrunde liegt, läßt sie niemals von selbst entstehen und als unmittelbare Wirkung der Erfüllung des äußeren Tatbestandes, ex lege. Es bedarf vielmehr stets erst noch einer Willensäußerung im Namen des öffentlichen Unternehmens, für das die Leistung in Anspruch genommen werden soll. Erst durch die Kundgabe der Willensäußerung im einzelnen Fall und gegenüber dem zu Verpflichtenden kommt die Lastpflicht zustande. Der Rechtssatz selbst erzeugt zunächst nur eine Verpflichtbarkeit für einen mehr oder weniger weitgezogenen Kreis, innerhalb dessen jene Willensäußerung den Pflichtigen und seine Leistung genauer zu bestimmen hat[16].

---

[15] Der wichtigste Fall dieser Art ist die Kriegsnot. Man glaube doch nicht, daß mit dem Gesetz über die Kriegsleistungen alles zum Abschluß gebracht ist, was der Staat von seinen Volksgenossen im Kriegsfalle zu fordern imstande ist; es wird nicht viel weniger sein, als was der feindlichen Bevölkerung zugemutet wird. Zu untersuchen, „wieweit Militärbefehlshaber aus militärpolizeilichen (!) Rücksichten zur Vernichtung von Privateigentum ermächtigt gewesen sind" (Foerstemann, PolizeiR. S. 463), ist dann überhaupt keine verwaltungsrechtliche Frage mehr. Vgl. oben Bd. I S. 10. — Aber auch sonst läßt sich dieses Notrecht nicht im voraus erledigend ordnen. Wenn Eger, Enteignungsges. II S. 564, die Fälle des öffentlichen Notstandes allgemein mit der Bemerkung versieht, „für welche bezügliche Bestimmungen gänzlich fehlen und de lege ferenda dringend notwendig erscheinen", so liegt es wohl in der Natur der Sache, daß dieser Wunsch nie ganz erfüllt werden wird.

[16] Quartierleistungsges. § 4: „Der Bund ist berechtigt, die Beschaffung der Quartierleistungen zu verlangen und dazu alle benutzbaren Baulichkeiten in Anspruch zu nehmen". Dazu §§ 5 u. 11. Entsprechend Kriegsleistungsges. § 3 Ziff. 1, § 6 Abs. 1, § 4 Abs. 3. Rechtlich gleichwertig Friedensleistungsges. § 3: „Zur Stellung von Vorspann sind alle Besitzer von Zugtieren und Wagen verpflichtet". Mehr als eine Verpflichtbarkeit ist damit zunächst nicht gegeben, namentlich ist noch kein Grundstück dadurch rechtlich berührt, so wenig wie durch Preuß. Enteignungsges. § 1: „Das Grundeigentum kann aus Gründen des öffentlichen Wohles entzogen oder beschränkt werden". Quartierleistungsges. § 8 bestimmt: „Die Verpflichtung zur Gewährung der Quartierleistung tritt in den einzelnen Fällen in Wirksamkeit: 1. in der Garnison durch Requisition der militärischen Kommando-

Die Willensäußerung kann aber in rechtlicher Hinsicht von verschiedener Natur sein, und zwar ergibt sich hier von selbst der Gegensatz, ob es sich um eine die Steuer ersetzende Naturalleistung (Fronen) handelt oder die Lastpflicht deshalb in Anspruch genommen wird, weil diese Leistung, so wie sie ist, für das Unternehmen Unentbehrlichkeit besitzt (vgl. oben S. 391).

Im ersteren Fall richtet sich die Heranziehung der Einzelnen nach dem Vorbild der Steuer und zwar der direkten Steuer, welcher die Maßregel ja, von dem unmittelbaren Zusammenhange mit dem öffentlichen Unternehmen abgesehen, nahe verwandt ist. Die Obrigkeit, die dem Unternehmen vorsteht, spricht eine Veranlagung aus, einen Verwaltungsakt oder vielmehr eine Zusammenfassung von Verwaltungsakten, die jedem bestimmen, was für ihn in bezug auf zu erfüllende Lastpflicht Rechtens sein soll. Das wird eröffnet in den Formen, wie Verwaltungsakte eröffnet werden, und Rechtsmittel sind dagegen zulässig in der gleichen Weise wie gegen Veranlagung zu direkten Steuern[17].

---

behörde usw.". Verpflichtet ist aber gemäß § 5 Abs. 1 zunächst nur die Gemeinde. Diese macht nach Abs. 2 die „Unterverteilung", und jetzt erst entstehen „Verbindlichkeiten" der Quartierträger (§ 10).

Aus der Eingangs wiedergegebenen Fassung des § 4 hat man Anlaß genommen, hier von einer „Reallast" zu sprechen, die „auf allen benutzbaren Baulichkeiten im Reiche liegt" (Laband, St.R. IV S. 263), oder zu sagen: „Die Quartierlast haftet auf der Wohnung und ist in diesem Sinne eine Reallast" (G. Meyer-Dochow, V.R. § 209 n 1). Bei den Beratungen des Gesetzes im Nordd. Reichstag hat Miquel diesen Ausdruck gebraucht (Sten. Ber. 1868, I S. 275) Twesten hat dagegen Verwahrung eingelegt, da ja jeder verpflichtet sei, der geeignete Räumlichkeiten besitze und am Rhein die Last nach Maßgabe der Kommunalsteuer verteilt werde (a. a. O. S. 279; das geschieht jetzt noch vielfach, z. B. in Leipzig, für die Einquartierung im Kriegsfall wenigstens: der Pflichtige, der keine Wohnung hat, mag dann sehen, wie er das Quartier auftreibt). Miquel erwiderte: er habe eine Reallast nur erblickt „in dem Verhältnis der verpflichteten Gebäude dem Bunde gegenüber" (a. a. O. S. 284), und Meyer-Thorn schloß den Streit mit der Erläuterung: es sei „eine Last der einzelnen benutzbaren Räume; denn das ist — wenn ich mich so ausdrücken darf — das Steuerobjekt" (a. a. O. S. 285). Mir scheint der Name Reallast hier wieder einmal lediglich dekorative Bedeutung zu haben.

[17] Über diese oben Bd. I S. 333 ff. Damit zu vergleichen Preuß. Kom.Abg.-Ges. § 69: „Dem Abgabenpflichtigen steht gegen die Heranziehung (Veranlagung) zu Gebühren, Beiträgen, Steuern und Naturaldiensten der Einspruch zu". Immer steht hinter dieser Veranlagung die Gemeindebehörde; die Kundgabe des Beschlusses, der die Hand- und Spanndienste auferlegt, kann dem Einzelnen auch durch „Botenansage" zugehen, da das Gesetz Schriftlichkeit nicht fordert (O.V.G. 4. Okt. 1907; Entsch. LI S. 156). Das ist die Regel für alle Verwaltungsakte

Die große Masse der öffentlichen Lasten hat kein Vorbild an den direkten Steuern. Daraus ergibt sich nicht, daß sie nun einfach dem Gegensatz folgen müßten und den indirekten Steuern entsprechend unmittelbar durch das Gesetz erzeugt würden. Vielmehr bleibt auch hier die Form der Last gewahrt, insofern zur Entstehung der ihr eigentümlichen Leistungspflicht eine für das Unternehmen ergehende Willensäußerung vorausgesetzt wird. Die heißt hier Anforderung, Aufforderung, Requisition. Sie hat nicht die gleiche Natur wie die Veranlagung, ist kein Verwaltungsakt, erzeugt nicht die Pflicht, sondern erfüllt nur die Bedingung, unter der der Rechtssatz, der sie erzeugt, wirken soll. Sie hat die gleiche Bedeutung wie die Mahnung, welche den rechtssatzmäßigen Polizeibefehl oder die rechtssatzmäßige Polizeistrafdrohung im Einzelfalle wirksam machen[18]. Wie diese geht sie nicht notwendig aus von einer behördlichen Stelle, die berufen ist durch Schaffung von obrigkeitlichen Akten Rechtsgewalt zu üben nach Art des Richters. Untergeordnete Ämter genügen, um sie gültig zu erlassen. Sogar nicht beamtete Leute können das tun mit gleicher Wirkung[19]. Sie ist nicht selbständiger Gegenstand

---

(oben Bd. I S. 245 f.). Bei den einfachen Anforderungen, von welchen wir gleich zu sprechen haben, taucht die Frage gar nicht auf.

[18] Vgl. oben Bd. I S. 273 f.

[19] So bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not die Aufforderung zur Hilfe, die eine Lastpflicht begründet; sie geht aus „von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter". Letzteres bedeutet einen bloßen Vollzugsbeamten ohne behördliche Eigenschaft, einen Schutzmann oder einen Gendarm. Daß die Willenserklärung eines solchen hier ausnahmsweise rechtliche Bedeutung hat, will O.L.G. München 31. Dez. 1898 (Reger XIX S. 256) damit zum Ausdruck bringen, daß von ihm gesagt wird, er sei „hier selbständiges Polizeiorgan". Das flüssige Wort „Organ" bedeutet nicht Behörde, aber auch nicht jeden bloßen Vollzugsbeamten, sondern eben etwas Besseres. — Nach Berufszählungsges. v. 25. März 1907 § 5 läßt die Frage des freiwilligen Zählers die Beantwortungspflicht entstehen, auf deren Nichterfüllung die Strafe gesetzt ist. — Die Löschung eines Waldbrandes wird nach Preuß. Feld- u. Forstpol.Ges. § 44 Ziff. 4 als ein öffentliches Unternehmen angesehen, für welches die Hilfeleistung eine öffentliche Lastpflicht sein soll; namens dieses Unternehmens kann der Privatförster, kann der Waldeigentümer selbst die Aufforderung ergehen lassen mit der Wirkung, daß die Pflicht entsteht, die Nichterfüllung strafbar wird. Vgl. darüber oben Bd. I S. 274 Note 8. — Nach Kriegsleistungsges. § 4 Abs. 3 kann in dringenden Fällen die Militärbehörde (welche dem „Zivil" gegenüber keine behördliche Gewalt hat) die Leistungen „von den Leistungspflichtigen in der Gemeinde unmittelbar requirieren". Die Requisition ist eben kein behördlicher Akt. — Die Zeugenladung ist eine Requisition, Anforderung, welche die Lastpflicht zur Entstehung bringt. Sie kann vom Gericht selbst ausgehen; das Gericht könnte als Justizbehörde auch ermächtigt sein, obrig-

einer Anfechtungsklage, sondern die Rechtsverteidigung des Getroffenen richtet sich gegen die Maßregeln, die wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Pflicht gegen ihn ergriffen werden, Zwang und Strafverfolgung; die Anforderung kommt dabei nur insoweit in Frage, als es sich darum handelt, ob die Bedingung für das Wirksamwerden des Gesetzes im gegebenen Falle erfüllt war[20].

Das schließt nicht aus, daß die durch die Anforderung geltend zu machende Last auch hier im voraus in eine gewisse Ordnung gebracht wird, dem Kataster der direkten Steuer und der Aufstellung für die Verteilung der steuerartig auferlegten Naturalleistungen vergleichbar. Zweckmäßigerweise wird namentlich da so verfahren, wo die Leistungsfähigkeiten, die für das zu befriedigende Bedürfnis gegebenenfalls zur Verfügung stehen werden, im voraus zu überblicken sind und die Inanspruchnahme, falls sie stattfinden muß, in einer Art von Großbetrieb geschieht. Da sichert eine solche Aufstellung die leichtere Befriedigung, ermöglicht aber auch andererseits eine gerechte Verteilung der Last: sofern nicht alle jene Fähigkeiten auf einmal in Anspruch genommen werden müssen, läßt sich die Inanspruchnahme abstufen oder auch in eine Reihenfolge bringen, so daß der jetzt Belastete das nächste Mal verschont wird. Immer bedeutet hier der Kataster in der Hauptsache nur einen Plan für die künftig etwa zu machenden Anforderungen[21]. Wenn ihm daneben auch eine bindende Kraft verliehen wird, so ist es nur die, im voraus den Höchstbetrag festzustellen, bis zu

---

keitlich zu befehlen; dieses Mehr ist hier nicht nötig und deshalb nicht als gewollt anzusehen (vgl. unten Note 27): auch die Partei kann ja die Anforderung machen, die Ladung wirksam ergehen lassen gemäß Stf.Pr.Ord. § 219. Die Ladung wirkt dann geradeso, als wenn das Gericht sie verfügte. Also ist die Ladung kein „Befehl“ (Laband, St.R. III S. 485): die Partei kann nicht befehlen. Die Zeugenpflicht ist auch kein „Anwendungsfall des Gehorsams gegen die Gerichtsgewalt“ (Laband a. a. O. S. 492): die Partei macht, daß sie entstehe, nachdem das Gericht selbst sich dessen geweigert hat. Die Partei handelt kraft eigenen Rechts für das öffentliche Unternehmen Rechtspflege, an dem sie als solche beteiligt ist, und für welches das Gesetz diese öffentliche Last vorsieht — wie der Waldeigentümer wirksam die Aufforderung ergehen läßt zur Hilfeleistung für den brennenden Wald. Beide können sie das, weil es eben um einen obrigkeitlichen Akt sich nicht handelt.

[20] Wegen der Wichtigkeit, die es sowohl für den Zwang wie für die Strafe hat, daß diese Anforderung kein Verwaltungsakt ist, vgl. unten n. 3.

[21] Den Hauptfall bietet Quartierleistungsges. § 6. Der Kataster ist aber auch hier Zweckmäßigkeitssache geblieben: der Gemeinde steht frei, ihn nicht anzulegen (§ 6 Abs. 6).

welchem die einzelnen Beteiligten belastbar sein sollen[22]. Innerhalb dieses Maßes wird aber dann auch hier die Lastpflicht nicht durch obrigkeitlichen Spruch festgesetzt, der Kataster liefert keine Liste von verpflichtenden Verwaltungsakten, aus welcher jedem Einzelnen der ihn betreffende Teil kundgemacht würde[23]: ihm widerfährt auch hier nichts als die einfache Aufforderung, zu leisten.

3. Die Erfüllung, der mit der Anforderung zur Geltung gebrachten Leistungspflicht ist gesichert durch Strafdrohung und Zwang. Die Formen dieser Sicherungsmittel entsprechen den bei polizeilichen Pflichten verwendeten (Bd. I §§ 23 u. 24), mit welchen sie deshalb gerne einfach zusammengeworfen werden. Allein um Polizei handelt es sich bei den hier zu gewährenden Vorteilen in keiner Weise.

Deshalb sind insbesondere die allgemeinen Ermächtigungen zu rechtssatzmäßigen Strafdrohungen für polizeiliche Zwecke hier nicht anwendbar[24]. Es muß ein selbständiges Gesetz oder eine besondere gesetzliche Ermächtigung dafür nachgewiesen werden. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß es keineswegs selbstverständlich ist, daß die Nichterfüllung der Lastpflicht überall auch unter Straffolgen gestellt sei. Je nachdem ist die Zwangsdurchsetzung der Lastpflicht allein schon geeignet, das öffentliche Unternehmen hinreichend sicherzustellen, daß es erhält, was es erhalten soll; dabei wird auch der Gezwungene von seinem Mangel an Bürgersinn so viel Nachteil haben, daß die Gerechtigkeit keine weitere Sühne verlangt[25].

Wo eine rechtssatzmäßige Strafbestimmung gegeben ist, wird die Verhängung der Strafe den ordentlichen Gerichten zustehen, wiederum nach Vorbild der Polizeistrafe. Dabei findet notwendig eine Nachprüfung statt, ob die angeblich verletzte Last-

---

[22] Mit Rücksicht auf diese Rechtswirkung ist hier ein Einspruchsverfahren eröffnet für die Militärbehörde einerseits und „die übrigen Interessenten" andererseits. Die Wirkung des Gesetzes wird hierdurch nach oben begrenzt, so daß möglicherweise die gesetzliche „Leistungsfähigkeit" geringer ist als die tatsächliche (Instr. v. 31. Dez. 1868 § 8 Abs. 1). Das Umgekehrte würde der Militärbehörde nichts helfen. Daher war die Regierung dieser Einrichtung abgeneigt (Nordd. Reichstag 1868, Sten. Ber. I S. 277).

[23] Vgl. oben Bd. I S. 336, 337 u. Note 8.

[24] Vgl. oben Bd. I S. 269 f. und hier oben Note 12.

[25] So enthalten die Reichsgesetze über Quartierleistung, über Friedensleistungen und über Kriegsleistungen mancherlei Lastpflichten, und nur eine davon ist durch Strafdrohung geschützt: die Pferdeaushebung nach Kriegsleistungsges. § 27. Bei den anderen geht es auch ohne das.

pflicht auch wirklich zu Recht bestand. Diese Nachprüfung wird aber je nach den dafür geordneten Voraussetzungen mehr oder weniger tief auf den Sachverhalt eingehen.

Handelt es sich um eine durch obrigkeitliche Veranlagung auferlegte Lastpflicht, so ist der Verwaltungsakt wieder nur nachzuprüfen in der beschränkten Weise der Polizeistrafrechtspflege: „ob die Verfügung der zuständigen Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften erlassen, nicht aber ob die getroffene Anordnung notwendig oder zweckmäßig wäre[26].

Ist es eine einfache Anforderung, die ergangen ist, so muß sie sich gefallen lassen, daß nachgeprüft werde, ob die tatsächlichen Voraussetzungen auch wirklich gegeben waren, an welche das Gesetz die Entstehung der Lastpflicht durch sie knüpfen lassen will. Ist das der Fall, so stand der Verpflichtbare mit seiner Leistung dem Unternehmen zur Verfügung und ist von der Zweckmäßigkeit ihrer Verwendung die Erfüllungspflicht nicht abhängig[27]. —

---

[26] Vgl. oben Bd. I S. 274 Note 9. Das wird vor allem zutreffen bei der Heranziehung zu steuermäßig veranlagten Hand- und Spanndiensten, deren Nichterfüllung mit Strafe bedroht ist. So nach Bayr. Gem.Ord. v. 29. April 1869 Art. 54 Abs. 4.

[27] Das Gesetz kann die Voraussetzungen der Lastpflicht ganz formell bestimmt haben. So für die Zeugenpflicht nach Z.Pr.O. §§ 358, 377 u. 380 den Beweisbeschluß, für die Pferdeaushebung nach Kriegsleistungsges. §§ 1 u. 25 die Mobilmachung. Wenn das fehlt, wird der Strafrichter trotz erfolgter Anforderung die Bestrafung dessen, der sich der Last entzieht, verweigern. Für die Anwendung von Stf.G.B. § 360 Ziff. 10 wird ein Unglücksfall oder gemeine Gefahr oder Not vorausgesetzt; die Nichtleistung der als Hilfe beanspruchten Tätigkeit, wenn sie überhaupt als solche Sinn haben konnte, ist unter dieser Voraussetzung strafbar, ohne sie nicht; ob sie zweckmäßig war, prüft das Gericht nicht nach. Bayr. Ob.G.H. 29. März 1873 (Samml. III S. 132): Nach einem Brande beordert der Bürgermeister mehrere Gemeindeangehörige zur Sicherheitswache an den Brandplatz für die Nacht. Die Säumigen wenden gegen die Strafverfolgung ein, die Maßregel sei unnötig gewesen. Allein „der Polizeirichter hat nur zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen gegeben seien, unter welchen das Gesetz die der Polizeibehörde gestattete Tätigkeit überhaupt eintreten läßt, während die hiernach erlassene polizeiliche Anordnung selbst sich hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der materiellen Prüfung von seiten des Strafrichters entzieht". Die „polizeiliche Anordnung" bedeutet hier ganz allgemein die Geltendmachung der gesetzlichen Befugnisse im Einzelfall. Die „Aufforderung" nach Stf.G.B. § 360 Ziff. 10 wird dadurch kein Verwaltungsakt, daß eine Behörde (Bürgermeister) sie selbst ergehen läßt und nicht ihr bloßer „Stellvertreter". Wie das Gesetz einfache Verwaltungsakte machen kann (vgl. oben Bd. I S. 12), so die Behörde bloße Mahnungen. Es kommt darauf an, wozu sie nach der rechtlichen Ordnung des Falles berufen ist.

Die Durchsetzung der Lastpflicht mittels obrigkeitlichen Zwanges wird ja gern wieder einfach als eine Art der polizeilichen Zwangsvollstreckung (oben Bd. I § 24) behandelt. Das ist sie ihrer Natur nach nicht, selbst wenn sie sich in gleichen Formen bewegt. Wir begegnen aber auch ausgeprägten Seitenstücken dessen, was wir dort unmittelbaren Zwang nannten (oben Bd. I § 25), insofern eben hier die Voraussetzung eines zu vollstreckenden Verwaltungsaktes nicht von vornherein gegeben ist und auch nicht immer erst nachgeholt zu werden braucht. Überdies wird hier, sofern es sich um Wegnahme oder Pfändung beweglicher Sachen handelt, vielfach auch das Vorbild des Finanzzwanges, namentlich der administrativen Zwangsbeitreibung (Bd. I S. 390, 391) maßgebend.

Von den einzelnen Zwangsmitteln steht das der Ungehorsamsstrafe insofern auch hier zur Verfügung, als diese ja eine Ausstattung nicht bloß der Polizeibehörde, sondern der Amtsgewalt überhaupt sein will (Bd. I S. 285). Da die Lastpflicht, auch wo sie auf ein Tun geht, regelmäßig nicht durch einen obrigkeitlichen Befehl auferlegt wird, dessen Mißachtung allein diese Strafe anwendbar macht, so müßte gegebenenfalls ein solcher Befehl seitens der dem Unternehmen vorstehenden Behörde erst erlassen werden. Das macht dieses Zwangsmittel hier etwas schwerfällig.

Die Ersatzvornahme dagegen ist ein der vertretbaren Lastpflicht ganz besonders angemessenes Zwangsmittel. Bei den lastmäßigen Gemeindediensten (Fronen) ist es schon im Wesen dieser Einrichtung gegeben: sie stehen als erleichternde Form an Stelle einer Geldleistung, eines entsprechenden Steuerbetrags. Die Last ist deshalb von vornherein so geordnet, daß der Nichterfüllende, der also weder selbst, noch durch einen Stellvertreter die geforderte Arbeit tun will, den Geldwert zu ersetzen hat, entweder was es die Gemeinde kostet, die Arbeit durch einen anderen verrichten zu lassen, oder einen festen Satz, der schon gleich der Veranlagung beigefügt ist, dem Pflichtigen also zur Wahl steht. Tritt der Fall ein, so erfolgt dann ohne weiteres aus der Veranlagung selbst die administrative Zwangsbeitreibung[28].

In der gleichen Weise pflegt auch die Quartierleistung geordnet zu sein: der Quartierpflichtige kann selbst ein Ersatzquartier beschaffen, dann erfüllt er; das gemeindliche Quartieramt

[28] Preuß. Kom.Abg.Ges. § 68 Abs. 4; Bayr. Gem.Ord. Art. 53 Ziff. 2; Sächs. Rev.Städteord. § 29: Els.-Lothr. Ges. v. 21. Mai 1836 Art. 4 Abs. 1.

beschafft nötigenfalls in Zwangsersatzvornahme ein solches für ihn und läßt die Kosten beitreiben; oder auch ein bestimmter Satz ist von vornherein aufgestellt, der an die Stelle der nicht erfüllten Quartierpflicht tritt[29].

Das wichtigste Zwangsmittel bildet hier die einfache Gewaltanwendung, und zwar in der Gestalt unmittelbaren Zwangs, nicht etwa zur Vollstreckung eines erteilten obrigkeitlichen Befehls, sondern schlechthin zur Durchsetzung der nicht erfüllten Lastpflicht. Diese Art von Zwang findet vor allem statt, wo es sich um Gewährung von Sachen handelt, also um eine Verpflichtung, die auf dem Gebiete der Polizei überhaupt nicht vorkommt. Die Kriegsleistungen geben Beispiele: Quartier, Nahrungsmittel, Futter, Gerätschaften, Zugtiere werden zur Erzwingung der Lastpflicht mit Gewaltanwendung beschafft durch tatsächliche Inbesitznahme unter Brechung des etwaigen Widerstandes. Wo die Anforderung wegen Abwesenheit des zu Verpflichtenden nicht gehörig kundgemacht werden kann, wird ein summarisches Verfahren gleicher Art Platz greifen. Der Übergang in das einfache „Kriegsnotrecht", wo das Verwaltungsrecht überhaupt aufhört, liegt nahe[30].

Auch zur Erzwingung von Lasten, die eine persönliche Tätigkeit auflegen, wie das Kriegsleistungsgesetz sie vorsieht, werden, unter solchen Ausnahmszuständen, die Mittel der Gewalt und Drohung damit verwendet werden können. Im übrigen verfährt in so scharfer Weise wohl nur noch die Justiz, indem sie kraft besonderer

---

[29] Quartierleistungsges. § 11. — C.C.H. 11. Jan. 1873 (J.M.Bl. S. 73) behandelt einen Fall, wo das Einquartierungsamt von den Hausbesitzern ohne weiteres statt der Naturalleistung Einquartierungskosten erhoben hat, um dann das Quartier von der Stadt aus zu stellen. Das wurde für unzulässig erklärt: die Naturalleistung sei im Sinne des Gesetzes als eine Vergünstigung anzusehen, die dem Pflichtigen nicht entzogen werden darf; die Umwandlung in Geld sei immer bloß Zwangsmittel. Anders O.V.G. 11. Dez. 1906 (Entsch. L S. 138): Die Gemeinde besorgt die Einquartierung in Mietquartieren und erhebt die Kosten von dem „Verpflichteten"; sie handelt hier „gleichsam als Geschäftsführer ohne Auftrag", aber mit ihrem Kostenerstattungsanspruch fordert sie „nur die Erfüllung einer dem Verpflichteten nach Reichsrecht obliegenden Leistung"; also kein Rechtsweg, die Aufsichtsbehörde entscheidet. Für dieses Verfahren dürfte Quartierleistungsges. § 7 Abs. 5 den Weg eröffnen. Von selbst versteht sich seine Zulässigkeit für die ausführenden Beamten nicht.

[30] Kriegsleistungsges. § 5. — Auch die Entnahme von Proben feilgehaltener Nahrungsmittel nach Nahrungsmittelges. § 2 Abs. 2 vollzieht sich nötigenfalls durch Gewaltanwendung (Stenglein, Stfrechtl. Nebengesetze I S. 626, Note zu Nahrungsm.Ges. § 2 Abs. 2: „kann ... gegen den Willen des Verkäufers weggenommen werden").

gesetzlicher Ermächtigung die Lastpflicht des Zeugen durch gewaltsame Vorführung erzwingen läßt[81].

4. Die Erfüllung der Lastpflicht stellt das zu Leistende zur Verfügung des öffentlichen Unternehmens, für welches die Anforderung geschah. Je nach dem Gegenstand wird die rechtliche Bedeutung, die das hat, verschieden sein.

— Handelt es sich um Dienste, die zu gewähren sind, Arbeitsleistung, Auskunfterteilung, Begutachtung, so tritt der Erfüllende damit in den Bannkreis der Ordnung des Unternehmens, der er sich zu fügen hat, um seine Lastpflicht recht zu erfüllen. Der Leiter des Unternehmens gibt ihm bindende Anweisungen dafür, wie das geschehen soll, übt die dem Zwecke des Unternehmens entsprechende Leitungsgewalt über ihn aus. Es entsteht ein ähnliches Verhältnis, wie es bei der öffentlichen Dienstpflicht in der Dienstgewalt und dem daraus fließenden Dienstbefehl erscheint. Nur ist der Rahmen hier enger: eine bestimmte Verrichtung für ein einzelnes Unternehmen ist durch die Lastpflicht selbst schon bezeichnet, die Anweisung stellt diese nur an ihren Platz im Ganzen dieses Unternehmens und bestimmt nur insoweit auch ihren Inhalt näher. Nichtbefolgen der Anweisung ist gleichbedeutend mit der Weigerung, überhaupt mitzutun an dem, was hier zu geschehen hat, und wird in Rücksicht auf Strafen und Zwangsmittel ebenso behandelt wie einfache Nichterfüllung der Lastpflicht[82]. Überdies wird der Widerspenstige im Falle der Störung des ordentlichen Ganges des Unternehmens den Maßregeln der besonderen Polizei desselben ausgesetzt sein.

— Wo vermöge der Lastpflicht Sachen zum Gebrauche überlassen werden mußten, tritt das öffentliche Unternehmen durch

---

[81] Z.Pr.O. § 380 Abs. 2, Stf Pr.O. § 50.

[82] Wir sahen diese Leitungsgewalt schon in das Gebiet der öffentlichen Dienstpflicht hereinspielen; vgl. oben § 44 Note 19. In der Lehre von der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung (unten § 52, II) wird sie ihre weiteren Zusammenhänge finden. Mit der Aufforderung zur Hilfeleistung nach Stf.G.B. § 360 Ziff. 10 wäre es nicht getan und ebensowenig mit der erwirkten Überlassung von Mannschaften zu allerlei Diensten und Arbeiten nach Kriegsleistungsges. § 3 Ziff. 3. käme nicht die Leitungsgewalt dazu, welche die richtige Verwendung der so gewonnenen Kräfte sichert. Oder wie soll man sich das Verhältnis denken? Quasi-Dienstverhältnis nach Zivilrecht etwa? — Der Apothekerlehrling wie der Kommandant der freiwilligen Feuerwehr in den oben Bd. I S. 299 Note 31 angeführten Fällen hatten sich beide gegen die ihnen unbekannte Leitungsgewalt verfehlt, der letztere hatte sich freiwillig darunter gestellt, der erstere in zögernder Erfüllung einer Lastpflicht nach Stf.G.B. § 360 Ziff. 10. Die Leitungsgewalt war dieselbe. Nur die Verhaftung war in beiden Fällen zu viel.

seine Leute in den Besitz dieser Sachen, in welchem es sich durch Selbsthilfe schützt. Die Dauer ist begrenzt durch den Zweck des Unternehmens, welchem die Last zu dienen bestimmt ist. Die Sache bleibt Eigentum des Pflichtigen und ist nach Endigung des lastmäßigen Gebrauchs zurückzugeben, wie sie ist. Aber ein Streit über die Dauer der zulässigen Benutzung ist ebensowenig eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit wie der über Art und Maß der Benutzung. Die Eigentumsklage auf Herausgabe, die an sich gegeben wäre, hört auf zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte zu gehören, sobald sich herausstellt, daß jene Fragen ihr eigentlicher Gegenstand sind[83].

— Ist die der Lastpflicht entsprechende Sachleistung so gemeint, daß die Sache dem Unternehmen *schlechthin zur Verfügung gestellt sein soll* ohne Vorbehalt eines zeitlichen Maßes und eines Anspruchs auf Zurückgabe, zum Verbrauche also oder zu sonstiger Verwendung, dann muß es als der Wille des die Last begründenden Rechtssatzes angesehen werden, daß ein *Eigentumsübergang* stattfinde[84]. Der Vorgang hat dann äußerlich große Ähnlichkeit mit einer Eigentumsübertragung auf Grund abgeschlossenen *Kaufvertrags*; die von der anfordernden Verwaltung geschuldete Entschädigung würde dabei die Stelle des Kaufpreises vertreten. Allein der Eigentumsübergang vollzieht sich hier regelmäßig ohne vorgängige Abmachung über den zu zahlenden Betrag, auch ohne allen Vorbehalt in dieser Hinsicht. Die Durchführung der Lastpflicht ist das Erste, ist einseitig das Wesentliche an dem ganzen Rechtsvorgang; die Entschädigung ist nur Folge und Nachwirkung. Übergabe der Sache mit beiderseitigem Einverständnis, daß das Eigentum übergehen solle, wird auch hier das

---

[83] Vgl. oben Bd. I S. 185 Note 14. — Ein Beispiel dieser Art von Sachleistungen in Kriegsleistungsges. § 23: „Die Besitzer von Schiffen und Fahrzeugen sind verpflichtet, dieselben zur Benutzung für Kriegszwecke der Militärverwaltung auf Erfordern zur Verfügung zu stellen".

[84] Kriegsleistungsges. § 24: „Die Besitzer von Schiffen und Fahrzeugen sind verpflichtet, zum Zwecke der Verwendung für Hafen- und Flußsperren ihre Schiffe und Fahrzeuge der Militärverwaltung ... eigentümlich zu überlassen". § 25: „Alle Pferdebesitzer sind verpflichtet, ihre Pferde ... an die Militärbehörde zu überlassen". § 3 Ziff. 5: „Gewährung des im Gemeindebezirke vorhandenen Feuerungsmaterials und Lagerstrohes ... sowie (Ziff. 6) der sonstigen Gegenstände, deren Leistung beziehungsweise Lieferung das militärische Interesse erforderlich machen könnte". Das läuft alles gleichmäßig auf Eigentum hinaus. Die „Überweisung von Materialien" in Ziff. 4 geht nur auf Gebrauch. — „Proben zu entnehmen" nach Nahrungsmittelges. § 2 bedeutet Eigentumsübergang.

Gewöhnliche sein. Allein der Erfolg ist der gleiche, wenn der in Anspruch Genommene die Sache übergibt, in der ausgesprochenen Meinung, er werde sie nach gemachtem Gebrauche wieder erhalten, oder wenn er sie nicht übergibt, sondern die Verwaltung, nachdem sie ihn von der Anforderung irgendwie verständigt hat, einfach zugreift, in dringenden Fällen auch ohne Verständigung[35]. Das Eigentum geht auch dann über, wenn die Sache, die er gibt oder die ihm genommen wird, einem anderen gehörte, der ebenfalls zu ihrer Leistung hätte herangezogen werden können. Wir können daher alles zusammenfassen in den Satz: Eigentum geht über durch die Besitzergreifung, die auf Grund der geltend gemachten Lastpflicht gegen einen ihr Unterliegenden vollzogen wird; ob mit seiner Einwilligung oder ohne sie, ist gleichgültig.

Der ganze Vorgang ist also wieder rein öffentlichrechtlicher Natur von Anfang bis zu Ende. Daß das begründete Eigentum für alles, was nun weiter damit vorgenommen wird, im Zweifel nach den Regeln des Privatrechts zu behandeln ist, ist eine Sache für sich. Es verhält sich damit geradeso wie mit dem durch Enteignung erworbenen Grundstück[36].

5. Die Erfüllung der Lastpflicht, ob freiwillig oder gezwungen, kann die Entstehung eines Entschädigungsanspruchs zur Folge haben. Dabei ist es wieder nur die öffentlichrechtliche Billigkeitsentschädigung, die in Betracht kommt. Alles hängt also davon ab, daß die Leistung im Sinne dieses Rechtsinstituts anzusehen wäre als ein besonderes Opfer, welches dem Einzelnen zugemutet wird für das allgemeine Wohl[37].

---

[35] Wenn die Leistungen nach Kriegsleistungsges. § 3 Ziff. 5 u. 6 nicht erfolgen und die Militärbehörde sie nach § 5 „zwangsweise herbeiführt", geht das Eigentum gerade so über, wie wenn die Sachen freiwillig gestellt worden wären. Die nach § 25 ff. gestellten Pferde werden Eigentum des Reiches durch die Auswahl; sind Pferde nicht gestellt worden, so hat das leitende Mitglied der Musterungskommission „die Herbeischaffung der fehlenden zu veranlassen" (Preuß. Pferdeaushebungsreglement v. 3. Febr. 1900 S. 26 ff.). Der Eigentumsübergang daran vollzieht sich in der gleichen Weise durch Besitzergreifung wie an den ordnungsmäßig vorgeführten. — Die „gewaltsam entnommene" Probe nach Nahrungsmittelges. § 2 wird ebenso Eigentum wie die gern dargereichte; vgl. oben Note 30.

[36] Vgl. oben § 34, I n. 3.

[37] Vgl. oben § 34, II. Wenn danach eine Verwandtschaft mit der Enteignung besonders deutlich hervortritt, so darf man doch nicht vergessen, daß auch für Dienstleistungen hier die gleiche Entschädigung stattfindet. Es handelt sich um ein Rechtsinstitut, das weit über die Enteignung hinausgeht. — Den zivilrechtlichen Konstruktionsbestrebungen hat auch die öffentliche Last hier wieder ihren Tribut zahlen müssen. Nach C.C.H. 11. Mai 1861 (J.M.Bl. 1862 S. 44) u. 8. Dez.

Deshalb wird Entschädigung nicht stattfinden, wo die Leistung verlangt wird an Stelle einer Steuer, bei den Fronen also. Den von der Gerechtigkeit geforderten Ausgleich soll sie alsdann gewähren durch ihre eigene Ordnung und die darauf beruhende Verteilung unter den in Betracht Kommenden.

Im übrigen ist die Last ihrer Natur nach Zufallslast, geleitet in ihrer Richtung auf die Einzelnen, die sie trifft, durch den Zufall des zeitlichen und örtlichen Bedürfnisses des Unternehmens und der angenommenen Fähigkeit des Getroffenen, es zu befriedigen. Sie trägt demnach in sich selbst keine Garantie ausgleichender Gerechtigkeit und der Entschädigungsgrundsatz hat Platz zu greifen.

Danach ist die durch den Eingriff unmittelbar bewirkte Wertentziehung zu ersetzen[38]. Ausdrückliche Gesetzesvorschriften erleichtern, soweit es angemessen erscheint, die Durchführung durch Aufstellung fester Sätze, nach denen die Entschädigung zu bemessen ist, als Zeugengebühren, „Servis" für Quartierlasten, oder ordnen ein besonderes Abschätzungsverfahren. Übertragung des Ausspruchs der Entschädigung an die bürgerlichen Gerichte ermöglicht E.G. z. G.V.G. § 4.

Wo diese Einrichtungen nicht ausreichen möchten, um den Forderungen der Gerechtigkeit voll zu genügen, ist wohl auch die Gewährung besonderer Entschädigungen vorgesehen. Das trifft Fälle, in welchen der Regel nach eine Entschädigung überhaupt nicht zu gewähren sein würde, wie auch Fälle, in welchen die ausgeworfenen festen Sätze einer Ergänzung zu bedürfen scheinen[39].

1865 (J.M.Bl. 1866 S. 98) ist die Entschädigung für die Quartierlast (Servisvergütung) „privatrechtlicher Natur und bloß an Stelle eines Kontraktes durch das Gesetz festgesetzt". Es ist das alte Fiskusschema: das Gesetz läßt dem Privaten die Last auflegen zugunsten des Staates; dann sollte der Fiskus vertragsmäßig Entschädigung gewähren, das Gesetz greift aber noch einmal zu und setzt diesem einfachen Privatmann auch fest, was er zu leisten hat.

[38] Vgl. oben § 34, II n. 1. — Nach R.G.Stf.S. 7. März 1908 (Reger XXVI S. 141) wäre die Entschädigungspflicht für entnommene Warenproben gemäß Nahrungsmittelges. § 2 nicht sofort zu erfüllen, denn es sei kein Kauf und Barzahlung nicht selbstverständlich; die Entschädigung fiele ja auch möglicherweise nachträglich ganz weg, wenn gemäß dem Ergebnis der sachverständigen Untersuchung die Ware als gesundheitsschädlich eingezogen würde. Diese letztere Folgerung scheint mir bedenklich zu sein; es handelt sich doch um zwei selbständige Rechtsvorgänge.

[39] So Bayr. Gem.Ord. Art. 53 Ziff. 1: „Die Gemeinden sind befugt, zur Abwendung etwaiger Überbürdung mäßige Vergütung bei Leistung von Gemeindediensten aus der Gemeindekasse zu bewilligen". Andererseits Quartierleistungsges.

§ 48.

Fortsetzung; Vorzugslasten und Verbandlasten.

Zum Unterschied von der gemeinen Last haben die jetzt zu betrachtenden Arten das Merkmal gemeinsam, daß hier der Lastpflichtige selbst in einem *engeren Zusammenhang mit dem Unternehmen* steht, dem er dienen soll. Dieser Zusammenhang gibt der Lastpflicht rechtliche Bestimmtheiten, die sie als solche kennzeichnen, auch wenn der Inhalt des zu Leistenden sie durch seine Besonderheit noch nicht verraten würde, wenn sie also nicht auf Naturalleistung für das Unternehmen geht, sondern auf eine an sich farblose *Geldleistung*. Die Geldleistung, die bei den gemeinen Lasten immer nur in zweiter Linie erscheinen durfte, tritt daher jetzt stark in den Vordergrund. Je nach der Form, in welcher jener besondere Zusammenhang sich ausprägt, unterscheiden wir die beiden Fälle: *Vorzugslast* und *Verbandlast*.

I. Die *öffentliche Vorzugslast* bewährt den besonderen Zusammenhang des Pflichtigen mit dem Unternehmen durch den inneren Grund, der seine Belastung rechtfertigen soll, die justa causa, die sie ihm gegenüber voraussetzt. An sich sollen alle öffentlichen Lasten gleich verteilt sein; wo sie ungleich treffen, greift die öffentlichrechtliche Billigkeitsentschädigung Platz. Hier ist beides nicht der Fall, aber die Abweichung ist *gerechtfertigt durch einen vor der Billigkeit bestehenden „Rechtsgrund“*: der Belastete kann dafür angesehen werden, daß er an dem Bestand und der Instandhaltung des öffentlichen Unternehmens, für das er so besonders herangezogen wird, seinerseits auch *besonders beteiligt* sei. Das öffentliche Unternehmen bedeutet zugleich einen besonderen Vorteil, eine besondere Angelegenheit für ihn; daß der Aufwand, den es erfordert, in entsprechendem Maße von ihm besonders getragen werde, ist deshalb kein besonderes Opfer, das die Allgemeinheit ihm zumutet, sondern ist im Gegenteil selbst eine Forderung ausgleichender Gerechtigkeit[1].

---

§ 5 Abs. 4: „Das Statut kann auch Festsetzungen über Aufbringung von Gemeindezuschüssen zu den Quartierentschädigungen oder über sonstige Geldausgleichung enthalten“.

[1] *Das Billigkeitsrecht*, das in der Enteignungsentschädigung zuerst (oben § 34, II) und dann noch mehrfach in ähnlichen Entschädigungsansprüchen uns entgegentrat, erhält dadurch noch eine Ergänzung nach der anderen Seite hin. Zusammenfassend wird das alles unten § 53, I zu behandeln sein.

Dieser Grundgedanke wird für das Rechtsinstitut dadurch bedeutsam, daß er maßgebend ist für die Bezeichnung der Lastpflichtigen, maßgebend auch für Art und Maß der von ihnen zu tragenden Last. Diese kann wieder Naturalleistung sein; dann bekundet sie ihre rechtliche Art in doppelter Weise. Sie kann in einer Geldleistung bestehen und doch noch durch Grund und Maß dieser Leistung sich genügend als Last bekunden. Im letzteren Falle wird die Lastpflicht erfüllt durch eine entsprechende Zahlung an den Herrn des Unternehmens, der dessen Kosten trägt und nun in dem bestimmten Maße Deckung erhält. Die Erfüllung der Vorzugslast durch eine Geldzahlung nennen wir einen Beitrag. Dieser in der Lehre von der Steuer bereits angedeutete Begriff (vgl. oben Bd. I S. 331) findet hier seinen Sitz und seine Würdigung[2].

1. Die besondere Beteiligung des Einzelnen, welche der Lastpflicht hier zugrunde liegt, hebt sich ab von einer vorausgesetzten allgemeinen Beteiligung, der Beteiligung von jedermann. Diese ist gegeben in der Tatsache allein schon, daß es sich um ein öffentliches Unternehmen, eine öffentliche Anstalt handelt, bestimmt dem Gemeinwohl zu dienen; ob es das tut in unmittelbarer Weise durch Erzielung diesem günstiger Zustände und Ergebnisse oder mittelbar, indem es den vielen Einzelnen seine Anstaltsleistungen bietet (vgl. unten § 51 Eing.), ist für sein begriffliches Wesen gleichgültig. Letzterenfalls aber knüpft sich an die jedesmalige Leistung, wenn das so eingerichtet ist, eine Gegenleistung als Entgelt für die bezogene Nutzung; das ist die Gebühr (vgl. oben Bd. I S. 330 und hier unten § 52, III). Und im einen wie im anderen Falle kann schon das Zustandekommen und der Bestand eines solchen Unternehmens Einzelne im voraus begünstigen durch einen Vorteil, den sie unmittelbar davon haben oder den für sie schon die eröffnete Möglichkeit der Anstaltsleistungen bedeutet. Dann werden sie als

[2] Der Beitrag ist, wie alle diese Unterscheidungen: direkte und indirekte Steuer (oben Bd. I § 27, II und Note 6) und Gebühr (unten § 52, III), zunächst ein finanzwissenschaftlicher Begriff. Vgl. Neumann, Die Steuer S. 327. Er ist enger als unsere Vorzugslast, sofern diese auch Naturalleistungen umfaßt, und ist weiter als sie, sofern die Finanzwissenschaft als Beitrag auch privatrechtlich geordnete Leistungen gelten lassen kann, unsere Vorzugslast aber rein öffentlich-rechtlicher Natur ist. Wir werden dem Beitrag noch einmal begegnen in der Lehre von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wo er dazu dient, die Mitgliederleistungen in der öffentlichen Genossenschaft zu bezeichnen; unten § 57 Note 26.

besonders Beteiligte anzusehen und Vorzugslasten gerechtfertigt sein, die ihnen als Beiträge oder entsprechende Naturalleistungen obliegen sollen. —

Beiträge und Gebühren, nach diesen Begriffsmerkmalen unterschieden, bestehen ganz unabhängig voneinander.

Das Gericht erhebt für seine Leistungen Gebühren; dafür, daß es eingerichtet und zur Verfügung gestellt wurde, sind niemals Beiträge erhoben worden: niemand wird dafür angesehen, daraus einen besonderen Vorteil zu haben.

Öffentliche Entwässerungsanlagen, Stauwerke zur Regulierung der Wasserkräfte erheben Beiträge von den Besitzern, denen ihre Herstellung zugute kommt; Gebühren gibt es nicht, sofern eben einzelne Anstaltsleistungen überhaupt nicht in Betracht kommen, an die sie zu knüpfen wären.

Für eine Brücke sind Beiträge zu ihren Herstellungs- und Unterhaltungskosten auferlegt den Grundbesitzern, die für ihren Verkehr auf sie angewiesen sind; eine andere Brücke erhebt Brückengeld (Gebühr) von jedem Benutzungsfall.

Eine städtische Straße gibt Anlaß zu mehrerem nebeneinander: Pflasterzoll von den Fuhrwerken, die sie benutzen (Gebühr); Anliegerbeiträge (Vorzugslast in Geld) zu den Kosten der ersten Herstellung, von den nächstbeteiligten Hausbesitzern geschuldet; Straßenreinigungspflicht (Vorzugslast in Naturalleistung) für alle „Adjazenten". —

Die Beziehungen zu dem Bestande des öffentlichen Unternehmens, welche eine Vorzugslast rechtfertigen, können von sehr mancherlei Art sein. Die Billigkeitsforderung ist für sich noch nicht Recht; sie drängt nur dazu, es zu werden. Uns gehen daher auch jene besondere Beteiligtheiten nur insoweit an, als sie durchgedrungen sind zur Gestaltung einer der Vorzugslasten, die in der Wirklichkeit unseres Rechts zur Erscheinung kommen. Da wird es dann Aufgabe, sie hinter diesen Rechtsformen zu suchen und aufzuweisen, weil sie für das so Gewordene die Triebkraft und die Richtschnur gegeben haben und dadurch wichtig sind zu seinem Verständnis.

2. Wenn wir die Art betrachten wollen, wie die Vorzugslast zu rechtlicher Gestalt kommt, so wird es vor allem wieder notwendig sein, die geschichtlichen Entwicklungsstufen unseres Verwaltungsrechts auseinander zu halten.

Öffentliche Unternehmungen und Vorzugslasten dafür hat es schon vor der Blütezeit des Polizeistaates gegeben, vor allem im

untergeordneten Gemeinwesen: für städtische und ländliche Straßen, für Brücken, Schulen, Kultusgebäude. Herkommen und Vertrag liefern die Rechtsformen für die Begründung.

Der Polizeistaat nimmt sich dieser Dinge an und scheidet sie von privatrechtlichen Verpflichtungen ähnlicher Art durch die obrigkeitliche Überwachung und Durchführung, die er ihnen zuteil werden läßt über den gerichtlichen Rechtsschutz hinaus, oder auch ihn ganz ersetzend durch das planmäßige Vorgehen seiner Polizeibehörden.

Der Verfassungs- und Rechtsstaat stellt die Vorzugslast als Eingriff in Freiheit und Eigentum unter seine Forderung einer gesetzlichen Grundlage. Für Neubegründung bietet er die stehenden Formen, in welchen er öffentliche Rechtsverhältnisse überhaupt zustande kommen läßt: Rechtssatz und Verwaltungsakt.

Dabei übernimmt er aus der Vergangenheit, was er auch sonst übernimmt:

— Einmal dafür entstandene Rechtssätze werden jetzt als öffentlichrechtliche angesehen und bleiben bestehen, auch wenn sie jetzt in dieser Form nicht mehr entstehen könnten: landesherrliche Ordnungen ohne Gesetzesform, Gewohnheitsrecht[3].

— Einmal begründete Rechtsverhältnisse dauern fort, bis sie in den Formen des neuen Rechts geändert oder beseitigt sind. In dieser Beziehung hätten natürlich rein persönliche Verbindlichkeiten nicht viel zu bedeuten, da sie von selbst aussterben; wichtig sind allein die am Besitze hängenden und mit ihm übergehenden. Die Reallasten spielen hier ihre Rolle[4].

---

[3] Vgl. oben Bd. I S. 83 f. u. 92. So O.V.G. 5. Okt. 1892 (Entsch. XXIII S. 379): Straßenreinigungspflicht der Hausbesitzer durch altes Gewohnheitsrecht (Observanz) begründet. Ähnlich O.V.G. 13. Febr. 1884 (Entsch. X S. 203) wegen einer Observanz, welche die Hausbesitzer zur Unterhaltung der Bürgersteige verpflichtete. Vgl. auch Gilbert in Sächs. Ztschft f. Pr. IX S. 241 über „Sonderverbindlichkeiten beim Wegebau". Auch das Französische Recht, trotz seiner strengen Ablehnung alles Gewohnheitsrechts, läßt für die Verpflichtung der Hausbesitzer, die Kosten der Trottoirherstellung und der Straßenpflasterung zu tragen, altes Herkommen maßgebend sein: Theorie d. Franz. V.R. S. 330. Die Natur der Vorzugslast wird dabei treffend bezeichnet von Jousselin, Servitudes d'utilité publique II p. 478: „C'est une charge d'une nature particulière, qui a sa cause dans les avantages spéciaux que les propriétés riveraines retirent du voisinage d'une rue".

[4] R.G. 26. Juni 1880 (Reger V S. 113: Wegeunterhaltungspflicht eines Gutsbesitzers auf Grund alten Erbpachtvertrags). Die sogenannten Komplexlasten des Bayrischen und Württembergischen Rechts haften an einem ganzen „Komplex" von Grundstücken auf Grund alter Verträge oder Herkommens und

Überdies wirkt die Vergangenheit, wie auch sonst, mannigfach nach, indem sie die Auffassung der neuen Rechtsinstitute beeinflußt. Insbesondere der Verwaltungsakt ist natürlich wieder gefährdet.

3. Die Neuentstehung einer Vorzugslast vollzieht sich auf zweierlei Art.

Die Formen von Rechtssatz und Verwaltungsakt können verwendet werden, um eine solche Last den dadurch Bezeichneten aufzulegen ohne Rücksicht auf ihre Zustimmung kraft der gesetzlichen Grundlage, die den Eingriff rechtfertigt: auferlegte Vorzugslast.

Die gesetzliche Grundlage kann aber, wie wir sahen, bei manchen Eingriffen in Freiheit und Eigentum dadurch ersetzt werden, daß der Betroffene diesem Eingriff zustimmt, dem Verwaltungsakt, der ihn auferlegt, sich unterwirft[5]. Die Vorzugslasten geben dieser Begründungsform ein Anwendungsgebiet: es gibt übernommene Vorzugslasten.

— Bei der ersten, der auferlegten Vorzugslast, kann die gesetzliche Grundlage so gegeben sein, daß das Gesetz selbst durch den von ihm aufgestellten Rechtssatz oder durch den Rechtssatz der Verordnung oder des Statuts innerhalb der ihnen eingeräumten Zuständigkeit die Belastung entstehen läßt[6]. Der Tatbestand, an welchen dieser Rechtssatz die Entstehung der

---

verpflichten zu Vorzugsleistungen für die Besoldung eines Geistlichen, Kultusbaulast, Schulbedarf, auch zur Haltung von Zuchtstieren: Württemb. Arch. f. R. XXII S. 372; Bl. f. adm. Pr. 1877 S. 33 ff. — Die Frage, ob solche Verpflichtungen als öffentlichrechtlich oder als privatrechtlich anzusehen seien, taucht erst in der neueren Zeit auf. In Bl. f. adm. Pr. 1884 S. 383 ff. und in O.V.G. 2. Dez. 1887 (Entsch. IX S. 287) wird sie damit zu lösen gesucht, daß man „dingliches Recht" und „öffentliches Recht" als die maßgebenden Gegensätze erklärt; dingliches Recht wäre immer auch privatrechtlich. Richtig ist, daß aus früherer Zeit wohl nur am Grundbesitz haftende Leistungspflichten, Reallasten, sich auf die unsere vererbt haben werden und daß diese ursprünglich stets als privatrechtlich angesehen worden sind. Wie wir sie jetzt ansehen, das hängt davon ab, wie die öffentliche Gewalt daran beteiligt ist; wir haben für unsere Würdigung freie Hand. Von dem, was danach als öffentlichrechtlich erfunden werden muß, sagt Gierke, D. Pr.R. II S. 713, mit Recht, das seien „für das geltende Recht überhaupt nicht Reallasten im technischen Sinne und somit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Reallasten nicht unterworfen".

[5] Vgl. oben Bd. I S. 100 Note 12, S. 372 u. 387; hier § 42, III u. Note 21.

[6] Hier ist auch der Platz, wo altes Gewohnheitsrecht gern noch wirksam wird. Dagegen sind die großen Ermächtigungen der Polizeigewalt (oben Bd. I S. 217 Note 13) nicht verwendbar: Erzielung nützlicher Leistungen durch obrigkeitlichen Zwang ist nicht Polizei (a. a. O. S. 234). So unterscheidet sehr klar Seydel, Bayr. St.R. III S. 307.

Lasten sich knüpfen lassen will, weil in ihm die vorausgesetzte besondere Beteiligung zum Vorschein kommt, ist dann je nachdem ein Vorgang: so für die Pflicht, den entsprechenden Teil der Herstellungskosten der städtischen Straße zu zahlen (Anliegerbeiträge), das Zusammentreffen der hergestellten Straße und des daran errichteten Gebäudes[7]. Oder es ist ein Zustand, an welchem die Lastpflicht hängt, um wiederkehrende Leistungen hervorzubringen: so die Straßenreinigungspflicht des Hausbesitzers[8]. Im ersteren Fall trifft die Last den, bei welchem der Vorgang stattfindet, im zweiten jeden, der nach und nach in diesen Zustand eintritt, während der Austretende entlastet wird. Wird im ersteren Fall die entstandene Pflicht durch einen obrigkeitlichen Ausspruch

[7] v. Strauß u. Torney, Straßenanlegungsges. (Pr.) S. 245 ff.: Diese öffentlichrechtliche Abgabenforderung „entspringt unmittelbar aus dem Gesetz oder einer auf Grund des Gesetzes geschaffenen Norm des öffentlichen Rechts, Ortsstatut" (S. 247); „der erste Zeitpunkt für das Entstehen kann nur der sein, in welchem zuerst das Vorhandensein beider tatsächlichen Voraussetzungen zusammentrifft" (S. 248). O.V.G. 4. April 1898 (Entsch. XXXIII S. 125); R.G. 10. Febr. 1904 (Entsch. LVI S. 396). — Dadurch bestimmt sich im Falle eines Eigentumswechsels am Baugrundstück der richtige Schuldner. Das Gesetz kann allerdings die einmal entstandene Leistungspflicht an dem Grundstück haften lassen, so daß auch der Erwerber in Anspruch zu nehmen ist; dann ist jener Entstehungspunkt immer noch von Wichtigkeit für den Rückgriff unter den Beteiligten; v. Strauß u. Torney a. a. O. S. 255 ff.; Rumpelt, Sächs. Bauges. S. 161 n. 13.

Die entstandene Pflicht bedarf hier um vollziehbar zu sein noch einer Berechnung und Feststellung, die durch Verwaltungsakt geschieht, der Veranlagung der direkten Steuer vergleichbar (oben Bd. I S. 335), manchmal auch wohl so genannt. Man hat ihr sogar wie dort (oben Bd. I S. 343) die Wirkung beigelegt, eine Nachforderung auszuschließen: Sächs. O.V.G. 29. Mai 1907 (Jahrb. X S. 353).

[8] Die Straßenreinigungspflicht zeigt nicht nur die häufigsten Fälle von gewohnheitsrechtlicher Entstehung (oben Note 3), sondern berührt sich auch, wegen der auf die Nichterfüllung gesetzten „Polizeistrafe" (unten Note 18), am nächsten mit der Polizei. Bayr. Obst. L.G. 11. April 1900 (Bl. f. adm. Pr. LI S. 107), 28. Dez. 1903 (Reger, Erg.Bd. III S. 159), 17. April 1906 (Reger XXVII S. 324) will sie durch „ortspolizeiliche Vorschriften" auferlegen lassen auf Grund von Bayr. Gem.Ord. Art 38. Sollten danach solche Vorschriften zulässig sein, so wäre immer noch der Name „ortspolizeilich" zu rechtfertigen. Zu diesem Zweck hat man schon behaupten wollen, es bestehe in Bayern ein besonderes Herkommen, das diese Dinge dem Gebiete der Polizei noch zuweise: V.G.H. 1. Febr. 1881 (Samml. II S. 530); Bl f. adm. Pr. 1888 S. 104. Damit wäre eigentlich anerkannt, daß das keine Polizei ist. — Richtig O.V.G. 7. Mai 1908 (Entsch. LII S. 302), 24. Sept. 1908 (Entsch. LIII S. 289): Die Polizeiverwaltung kann nur für die Durchführung der anderweit schon begründeten Reinigungspflicht sorgen, nicht sie neu begründen. Ebenso Württ. V.G.H. 24. April 1908 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XX S. 379): Reinigungspflicht der Anlieger nicht durch ortspolizeiliche Vorschrift, sondern durch Ortsstatut aufzulegen.

für jeden Betroffenen noch besonders berechnet und festgestellt, wie direkte Steuer und Strafe (oben Note 7), so kommt es im letzteren zu solchen Feststellungen nur im Falle der Bestreitung, wie bei indirekten Steuern (oben Bd. I S. 338).

' Der Rechtssatz kann statt dessen die Schöpfung der Last einem Verwaltungsakt anheimstellen. Der legt sie dann auf, wenn er von dieser Einrichtung Gebrauch machen will, gebunden an dafür gegebene Vorschriften, also nach Art einer Entscheidung nur aussprechend, was der Rechtssatz für das Maß der Belastung und die Bestimmung des Lastträgers gewollt hat: so die Bauabgaben, mit welchen nach Sächsischem Recht der Grundbesitz nach einem festzustellenden Maßstabe herangezogen werden kann zum Ausgleich der besonderen Vorteile, welche ihm aus gemeindlichen Anlagen, wie Straßen, Plätzen, Brücken, Ufermauern, Dämmen usw., erwachsen[9].

Oder er tut es mit freiem Ermessen, als Verfügung, innerhalb des ihm gelassenen Spielraumes: so die Vorzugsbelastung von Fabrikunternehmern, Steinbruchsbesitzern wegen der besonderen Inanspruchnahme öffentlicher Straßen durch ihre Fuhrwerke[10].

In beiden Fällen entsteht dann die Last durch die Kundgabe des Beschlusses an den davon Betroffenen. Im letzteren Falle kann sie auch als Dauerlast des gewerblichen Unternehmens gedacht

---

[9] Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 78. Hier handelt es sich um die berechenbaren Kosten einer Brücke, eines Schmuckplatzes, von welchen durch die Stadt den bestimmten Grundstücken der sie treffende Anteil auferlegt wird (Rumpelt, Kom. S. 200 Note 3). Das ist dann nicht Rechtssatz, sondern Verwaltungsakt. Ausgedehnter Pr. Kom.Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 9. Die in § 20 vorgesehene Mehrbelastung mit Gemeindesteuern hat wohl die Billigkeitsrücksicht in gleicher Weise zum Ausgangspunkt; wegen der gewählten Form handelt es sich aber nicht um eine Last von der hier behandelten Art. — In Frankreich hat das sogenannte Sumpfgesetz v. 16. Sept. 1807 große Bedeutung gewonnen, welches in den Art. 30 bis 32 dem durch öffentliche Arbeiten bevorteilten Grundeigentümer die Erstattung eines Teiles des erzielten Mehrwertes auferlegen läßt; die Auflage erfolgt für jeden Einzelnen durch Beschluß einer commission de plus value: Theorie d. Franz. Verw.R. S. 359.

[10] So die Preußischen Wegeordnungen: Germershausen, Wegerecht I S. 329 („die außerordentliche Wegelast der gewerblichen Betriebe"). Hierher gehört wohl auch der Fall der Verlegung eines öffentlichen Gemeindeweges infolge eines Eisenbahnbaues: die Wegepolizeibehörde kann die dadurch entstandenen Mehrkosten der Wegeunterhaltung der Eisenbahnverwaltung auflegen (O.V.G. 1. Febr. 1896; Entsch. XXX S. 185). Man könnte allerdings daran denken, das eher als den Fall einer Vergütung aus dem Zusammenwirken verschiedener Träger öffentlicher Verwaltung aufzufassen gemäß dem unten § 60, III zu Erörternden.

sein, in wiederkehrenden Leistungen sich erfüllend, die an diesem Unternehmen hängt und mit ihm auf einen etwaigen neuen Unternehmer übergeht.

— Die übernommene Vorzugslast gründet sich auf ein Übereinkommen zwischen dem Vertreter des öffentlichen Unternehmens und dem künftigen Lastpflichtigen. Ein solches Übereinkommen ist wohl zu unterscheiden von einem echten Vertrag des bürgerlichen Rechts.

Vor allem: wenn der, dem das öffentliche Unternehmen besonders zugute kommt, dem Unternehmer dafür einen Beitrag, einen Zuschuß, oder sonst eine förderliche Leistung zu gewähren verspricht, damit er es herstelle und unterhalte, überhaupt oder in der bestimmten Weise, wie es ihm am meisten zugute kommt, so ist das keine Schenkung. Die reine Bereicherungsabsicht fehlt[11]. Auch als privatrechtlicher Vertrag irgendeiner anderen Art würde das Rechtsgeschäft nur dann aufzufassen sein, wenn dabei der Herr des öffentlichen Unternehmens privatwirtschaftlich aufträte und als „gewöhnlicher Privatmann" zu behandeln wäre. Sofern es sich aber um die Befriedigung des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens in Form einer öffentlichen Last handelt, ist dies ja ausgeschlossen[12].

Die ältere Auffassung allerdings konnte es ermöglichen mit Hilfe ihrer Spaltung der juristischen Persönlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen: der Fiskus schließt den Vertrag und die Behörde, regelmäßig also hier die Polizeibehörde, gibt ihm durch ihre Genehmigung den öffentlichrechtlichen Segen, wodurch dann auch die von ihr zu überwachende und durchzusetzende öffentliche Last sich hinzugesellt. Ebenso tut sie mit den vom „Gemeindefiskus" geschlossenen Verträgen dieser Art. In solcher Gestalt können bestehende Vorzugslasten abgeändert und neue begründet werden. Die öffentlichrechtliche Zutat hängt hier an dem Begriff der Polizei-

[11] Der unbeteiligte „hochherzige Stifter" ist von dem hier vorausgesetzten Fall sehr leicht zu unterscheiden. Zur Schenkung gehört immer noch, daß einer leiste „propter nullam aliam causam quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat". Wo der eigene Vorteil so stark mitspielt, wären auch die rechtlichen Besonderheiten, die das B.G.B. § 516 ff. für die Schenkung vorgesehen hat, nicht am Platze. Am nächsten läge noch die Annahme einer donatio sub modo; aber was § 526 dafür bestimmt, wäre ja dem öffentlichen Unternehmen gegenüber erst recht nicht möglich.

[12] Vgl. oben Bd. I S. 118. Wir befinden uns in der Tat dann mitten in der „öffentlichen Verwaltung".

last als der von der staatlichen Polizeibehörde zu erzwingenden Last[13].

Heute denken wir uns den ganzen inneren Aufbau eines solchen Rechtsgeschäfts anders: Handelt es sich wirklich um einen öffentlichrechtlichen Vorgang, so tritt darin das Gemeinwesen nicht mehr zwiespältig auf, sondern sein Handeln bildet eine dem öffentlichen Recht zugehörige Einheit. Das Rechtsgeschäft kommt zustande durch einen in seinem Namen erlassenen Verwaltungsakt, dem der andere, der zu Verpflichtende, sich unterwirft — die bekannte Form des „öffentlichrechtlichen Vertrags“[14].

---

[13] Vgl. oben § 47 Note 2. Ohne den Beitritt der Behörde bleibt das Abkommen „nur privatrechtlicher Natur“, wirkt nur zwischen den Beteiligten, namentlich zur Begründung von Erstattungspflichten: O.V.G. 15. Mai 1895 (Entsch. XXXVIII S. 223). Ein „besonderer öffentlichrechtlicher Titel“ für die Wegebaupflicht entsteht nicht schon durch die Erklärungen der Beteiligten, sondern erst „bei hinzutretender Billigung der zur Aufsicht und zur Fürsorge für das betreffende öffentliche Rechtsgebiet berufenen Staatsbehörde“: O.V.G. 19. Sept. 1894 (Entsch. XXVIII S. 231). Öffentlichrechtliche Wegebaupflicht ist von Privaten „nur mit Zustimmung der Wegepolizeibehörde zu übernehmen“: O.V.G. 14. Mai 1898 (Entsch. XXXIII S. 289). — Es braucht nicht unbedingt die Polizeibehörde zu sein; wenigstens die landesherrliche Bestätigung eines Erbpachtvertrags, in welchem Wegebaulasten übernommen werden, tut die gleiche Wirkung: O.V.G. 24. Sept. 1906 (Entsch. L S. 298). — Einen Lastübernahmevertrag kann die Ersitzung des Rechts auf die Leistung vertreten: O.V.G. 20. Mai 1898 (Entsch. XXXV S. 199): Der Gutsherr hat stets das erforderliche Holz für das Schulhaus geleistet; daraus soll nach Ansicht des Gerichts nur ein privatrechtliches Verhältnis entstehen. Wenn aber die Behörde, welche das öffentliche Unternehmen leitet, die Leistung anzunehmen und zu fordern pflegte, dann müßte wohl auch ihre Zustimmung genügend hinzugekommen sein. Dies scheint die Auffassung von O.V.G. 19. Sept. 1894 (Entsch. XXVIII S. 231) zu sein: Die Billigung der Behörde macht den Vertrag der Beteiligten zu einem öffentlichrechtlichen Titel mit derselben Wirkung, „wie sie der ihrem Wesen nach auf der Selbstbestimmung der Beteiligten beruhenden Observanz zuzugestehen ist“. Hier handelte es sich allerdings um Wegebaulasten; in dem vorigen Fall, wo Leistungen für eine Schule in Frage standen, scheint das O.V.G. nichts der Wegepolizeibehörde Gleichwertiges finden zu können und kommt wohl nur deshalb über die privatrechtliche Wirkung der Observanz nicht hinaus.

[14] Vgl. oben Bd. I S. 100 u. 104. — Diese neuere Auffassung äußert sich zunächst darin, daß man von dem „Vertrag zwischen den Beteiligten“ ganz absieht und die Last einfach entstehen läßt durch „Erklärung gegenüber der Polizeibehörde“: O.V.G. 7. Okt. 1896 (Entsch. XXX S. 253); Sächs. Min. d. Inn. 9. Nov. 1900 (Fischers Ztschft. XXII S. 224). Das rechte Gefühl für den Wert des Verwaltungsaktes fehlt noch; die alte Zeit konnte sich mit dem schweigenden Kopfnicken der allmächtigen Polizeibehörde begnügen; das war schon ein „Befehl“. Im Rechtsstaat muß die Behörde einen Ausspruch tun, wenn sie bestimmen will, was Rechtens ist; es gibt keinen stillschweigenden obrigkeitlichen Akt (vgl. oben Bd. I S. 246).

Diesen Verwaltungsakt macht nicht notwendig nur eine Polizeibehörde, sondern jede Behörde, die einem solchen Unternehmen vorsteht, allgemeine Verwaltungsbehörde des Staates, Behörde, die den besonderen Dienstzweig leitet, oder auch Gemeindebehörde. Alle diese Behörden können ja auch privatrechtliche Verträge abschließen in ihrem Geschäftsbereich und für das Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens: Kaufverträge, Lieferungsverträge, Dienstverträge, Werkverdingungen, Mieten. Nur eben, was dabei herauskommt, wird dann nie eine öffentliche Last sein. Der Verwaltungsakt, der diese hier erzeugt, der Verwaltungsakt auf Unterwerfung, bekommt allerdings durch die Mitwirkung des von ihm Betroffenen seine hervorstechende Eigenart. Deshalb eben nennen wir die so entstandene öffentliche Last die übernommene Vorzugslast[15].

Straßen, Brücken, Eisenbahnen, Staubecken, öffentliche Abwasserleitungen, öffentliche Schulen geben wieder die Hauptanwendungsfälle unseres Rechtsinstituts.

Der Mann, der die Last übernimmt, handelt dabei stets unter dem Druck seines eigenen Vorteils.

Dieser Druck kann rechtliche Formen annehmen, insofern ihm die bestimmte Leistung zur Bedingung gemacht wird für eine obrigkeitliche Erlaubnis oder Gestattung, deren er zur Durchführung seines eigenen Unternehmens bedarf. Dabei wird die Pflicht zu dieser Leistung stets die Gestalt einer öffentlichen Last bekommen, folglich auch ihre Begründung die eines Verwaltungsaktes, die unseres öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäfts der Lastübernahme[16].

Deshalb ist auch mit der einseitigen „Erklärung" des Lastübernehmers nichts getan, und der „öffentlichrechtliche Titel der Verhandlung", von dem O.V.G. 7. Okt. 1896 (Entsch. XXX S. 253) spricht, ist kein Titel: wie soll die Last, für die Pflasterung eines öffentlichen Weges aufzukommen, dadurch entstehen können, daß jemand „zu Protokoll des Kreissekretärs" erklärt, er verpflichte sich? Das wäre ja etwas wie die bekannte Kreationstheorie im Wechselrecht.

[15] Entsprechend dem „übernommenen Ehrenamt", bei welchem es mit der Entstehung der öffentlichen Dienstpflicht ähnlich hergeht; vgl. oben § 44, II n. 2.

[16] Die Versuchung liegt nahe, das als polizeiliche Auflagen anzusehen (oben Bd. I S. 261), insofern namentlich eine Polizeierlaubnis oft davon abhängig gemacht ist, daß eine bestimmte öffentliche Einrichtung hergestellt werde. O.Tr. 5. Juni 1877 (Str. IC S. 182): Nach Preuß. Ges. v. 3. Jan. 1845 §§ 25 u. 26 bedürfen neue Ansiedlungen außerhalb der Ortschaft einer polizeilichen Genehmigung. Diese wurde hier erteilt unter der mit gesundheitspolizeilichen Rücksichten gerechtfertigten Bedingung, daß eine Abwasserleitung hergestellt werde; das kann nur die Gemeinde, und sie tut es auf Kosten des sich dieser Last unterwerfenden Ansiedlers. O.V.G. 25. April 1878 (Entsch. III S. 304): An noch nicht fertiggestellten Straßen darf laut Ortsstatut nur mit besonderer Genehmigung der Gemeinde-

Er kann auch ohne das zur Übernahme sich freiwillig erbieten, sofern die Verwaltung tatsächlich dadurch bewogen werden soll, das ihm vorteilhafte öffentliche Unternehmen herzustellen und zu unterhalten. Hier ist es denkbar, das angenommene Versprechen eines Beitrages als zivilrechtlichen Vertrag aufzufassen, durch welchen er sich verpflichtet unter der Bedingung, daß das Unternehmen so zustande komme. Diese Verpflichtung ist aber dann eben selbst auch zivilrechtlicher Natur, und eine öffentlichrechtliche Vorzugslast in dem hier behandelten Sinne kommt nicht in Frage[17].

---

verwaltung gebaut werden, wobei diese ihre Bedingungen stellt, namentlich wegen der nötigen vorläufigen Straßenanlagen auf Kosten des Baulustigen; durch die Annahme der Genehmigung unterwirft er sich der damit verbundenen Last. Eine willkürliche Verbindung solcher Anforderungen mit reinen Polizeierlaubnissen, selbst wenn sie in freiem Ermessen stehen, ist unzulässig: O.V.G. 6. Dez. 1878 (Entsch. IV S. 364); die eigentliche Bedeutung der Last liegt ja nicht in der Beseitigung einer Polizeiwidrigkeit, sondern in der Beschaffung der Mittel für eine öffentliche Nützlichkeit. Polizeiliche Rücksichten stehen erst in zweiter Linie dahinter. — Einen besonders schönen Fall besprechen Bl. f. adm. Pr. 1871 S. 352: Die Gemeindestraße soll durchgraben werden mit einem Mühlkanal; die Wegepolizeibehörde will ihre Genehmigung erteilen unter der Bedingung der Bestellung einer Brückenbaulast, die auf dem Mühlenanwesen haften soll; darüber sollen Müller und Gemeinde sich verständigen, aber die Verständigung „erlangt erst definitive Existenz durch die polizeiliche Genehmigung", und nötigenfalls „ist der Beschluß allein die Rechtsquelle für die beiderseitigen Rechtsverhältnisse" — sofern der Müller dann noch will, natürlich, und sich der so formulierten Last unterwirft.

[17] Für diese ganze Gruppe wird man bei uns geneigt sein, sich die Sache irgendwie mit zivilrechtlichen Verträgen zurechtzulegen, deren rechtliche Natur freilich nicht ganz fertig gedacht zu werden pflegt. Das Französische Recht spricht hier von „offres de concours", deren Annahme durch die Behörde öffentlichrechtliche Zahlungspflichten erzeugt: Theorie d. Franz. Verw.R. S. 360. — Im Gegensatz dazu Bayr. Ob.G.H. 26. Mai 1875 (Samml. V S. 598): ein Gutsbesitzer übernimmt der Gemeinde gegenüber die Pflicht zur Stellung des Holzbedarfs für eine neu zu erbauende Gemeindebrücke; ebenso Obst. L.G. 22. Febr. 1884 (Reger V S. 470): ein Gutsbesitzer verpflichtet sich, einen Gemeindeweg zu unterhalten unter der Bedingung, daß die Gemeinde noch einen anderen Weg herstelle. Beides wird hier als gewöhnlicher Vertrag, als „privatrechtlicher Titel" angesehen. — Es handelt sich um Erscheinungen, die gar nicht so selten sind. In einer kleinen Stadt an der Grenze erwirken die Beamten die Errichtung einer besseren Mädchenschule, indem sie der Gemeinde einen jährlichen Beitrag zu den Kosten versprechen. Gemeinden und Gutsbesitzer lassen sich oft zu erheblichen Leistungen an Grundstücksabtretung und Geldzahlung herbei, um eine Kleinbahnstation zu kriegen. Staubecken und Talsperren werden erst ernstlich ins Auge gefaßt, wenn die Industrie und die Landwirtschaft der zu versorgenden Gegend zur Übernahme eines billigen Anteils an dem aufzuwendenden Kapital bereit sind. Man darf sich hier überall der Prüfung nicht entziehen, ob mit zivilrechtlichen Verträgen diese

4. Die Erfüllung der Vorzugslast geschieht zumeist durch Geldzahlung; demgemäß liefert die administrative Zwangsbeitreibung ordentlicherweise die Mittel zur Durchsetzung. Ausnahmsweise handelt es sich um Naturalleistungen; da findet dann auch rechtssatzmäßige Strafdrohung und Zwangsersatzvornahme wieder ihren Platz[18]. Geht die Lastpflicht auf Abtretung von Grundeigentum, so hilft hier nötigenfalls die Enteignung aus — ohne Entschädigungsfolge und mit Kostenersatzpflicht[19].

Von öffentlichrechtlicher Entschädigung für die Last ist keine Rede. Die Billigkeitsforderung, der sie dient, soll ja hier gerade durch die Vorzugslast befriedigt werden; damit ist es dann zu Ende.

II. Verbandlasten.

Die Leistungspflicht für das öffentliche Unternehmen kann dadurch besonders gekennzeichnet sein, daß sie einer Mehrheit von Untertanen obliegt als eine gemeinsame. Die auf solche Weise Zusammengefaßten bilden dann einen Lastenverband. Die Last selbst wird eine Verbandlast. Das gibt ihr schon äußerlich eine sehr auffallende Eigentümlichkeit. Die Rechtsinstitute der gemeinen Last und der Vorzugslast hatten immer nur ein einfaches Rechtsverhältnis zum Gegenstande: das zwischen der öffentlichen Gewalt und den einzelnen Belasteten. Hier schließt sich nun daran als ein zweites Rechtsverhältnis das der nebeneinander stehenden Belasteten unter sich.

1. Sind diese Verbände heutzutage vergleichsweise nicht von großer Bedeutung, sondern zugunsten anderer Rechtsformen stark in den Hintergrund getreten, so haben sie doch in der Vergangenheit Wichtiges geleistet. Auf Urzustände unseres Volkes weisen sie zurück. Während in den Städten früher die Idee des Gemeinwesens aufblüht, das hoheitsvoll über allem steht, verharrt das bäuerliche Leben noch lange auf jenen roheren Stufen mensch-

---

Dinge nicht am Ende doch viel unvollkommener zu erklären sind als mit übernommenen öffentlichen Lastpflichten. Und zwar wäre es hier stets eine Vorzugslast.

[18] Für die Straßenreinigungslast der Hausbesitzer hilft hier Stf.G.B. § 366 Ziff. 10, aber nur vermöge einer dazwischen kommenden Polizeiverordnung. Vgl. oben Note 8. Wegen des dazu gehörigen Sandstreuens bei Glatteis findet ein summarisches Verfahren der Zwangsersatzvornahme statt: die städtische Streukolonne besorgt es ohne weiteres für den säumig befundenen Hausbesitzer und die Stadt zieht dafür eine feste Gebühr ein: C.C.H. 13. Febr. 1864 (J.M.Bl. 1864 S. 129).

[19] So bei den Anliegerlasten, die auch auf Abtretung des in die Straße fallenden Geländes gehen: Pr Straßenanlegungsges. v. 2. Juli 1875 § 15.

licher Vergemeinschaftung: gemeinsame Wohnsitze verbinden zu gemeinsamen Gefahren und Vorteilen und zu dem nötigen Zusammenwirken für beides. Der Einzelne steht nicht einem höheren Pflichtverhältnis gegenüber, sondern bleibt sich selbst der Erste. Um seiner selbst willen leistet er seinen Teil für gemeinsame Zwecke, und daß er ausreichend leiste, darüber wacht die harte Eifersucht der Genossen. Verabredung und Herkommen bilden festere Ordnungen; namentlich die Gewohnheit bindet diese Menschen mit gewaltiger Macht, zu Unwesentlichem oft noch mehr als zu Wichtigem[20].

Nun kommt der Polizeistaat auch über diese Bauernwirtschaft, um allem einen neuen Sinn zu geben. Aus den gemeinsamen Angelegenheiten macht er öffentliche Angelegenheiten, öffentliche Anstalten und Unternehmungen; die dafür aufzubringenden Leistungen gestaltet er um zu Pflichten gegen ihn, wahrzunehmen durch seine Polizeibehörde. Das hat sich ja ähnlich auch bei den einfachen Vorzugslasten entwickelt[21]. Im Gegensatz zu diesen hatten sich aber hier noch besondere Rechtsbeziehungen zwischen den Lastpflichtigen vorgefunden, die jetzt nicht in der Pflicht gegen die Obrigkeit aufgehen, sondern fortbestehen als der tragende Unterbau dieser Pflicht. Daher stammt jene eigentümliche Doppelung der Rechtsverhältnisse der Verbandlast, von der wir oben sprachen.

Diese rechtliche Gestaltung wichtiger Verwaltungsgeschäfte war ganz im Geiste des Polizeistaates. Sein obrigkeitliches Beamtentum behält alles in der Hand, was öffentliche Verwaltung ist. Die Mittel dafür werden aufgebracht, wenn es sich um Dinge handelt, die das Staatsganze unmittelbar angehen, durch „allgemeine Anlagen"; wenn sie aber in erster Linie als Sache eines engeren Kreises angesehen werden sollen, dann wird dieser zu einem Lastenverbande zusammengefaßt, um der leitenden Behörde diese Mittel zur Verfügung zu stellen. So hat man denn nicht bloß die alten Lastenverbände übernommen und angepaßt, sondern planmäßig neue gegründet; das ganze Staatsgebiet wird

---

[20] Mit diesem Gegensatz von Stadt und Land hebt ja auch Gierke an in seiner Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes (Genossenschaftsrecht II S. 20 f.). Den Wert der Genossenschaft und die ursprüngliche Begabung der Deutschen für „staatliche Organisation" (a. a. O. I S. 3) schätze ich, wie oben schon zu ersehen, nicht so hoch ein.

[21] Vgl. oben I n. 2.

damit überzogen; sie bilden ein wesentliches Stück der Verwaltungseinrichtung[22].

Im Rechtsstaat konnte das Rechtsinstitut in dieser Gestalt unbedenklich fortbestehen. Vom Untergang der Fiskuslehre wurde es nicht betroffen; denn die ihm eigentümliche Doppelung der Rechtsverhältnisse beruhte ja nicht auf dieser Art, den Staat zu spalten. Was ihm mehr und mehr Eintrag tat und es in den Hintergrund drängte, das ist vielmehr jene mächtige Strömung, die unter dem Namen Selbstverwaltung innerhalb des Rechtsstaates sich noch weitere freiheitliche Ziele steckt[23]. Wenn sie darauf gerichtet ist, öffentliche Angelegenheiten, welche engere Kreise des Volkes besonders angehen, diesen zu eigenem Recht und eigener Betätigung zuzuweisen, so verträgt sich damit die polizeistaatliche Form der Verbandlast allerdings in keiner Weise. Von den Umbildungen, die sich in ihrem Sinne schon vollzogen haben, weist die Gegenwart deutliche Belege auf[24].

2. Bei dem Verhältnisse der im Lastenverbande begriffenen Einzelnen zur öffentlichen Gewalt (Staat oder Gemeinde) handelt es sich zunächst um öffentliche Lasten in dem bisher schon festgehaltenen Begriff. Ihre Besonderheit erhält

---

[22] Über diesen Entwicklungsgang: Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 765 ff. Er nennt das Ergebnis „gemeindeähnliche Verbände für besondere Zwecke"; Kultus, Schule, Armenpflege, Wegeunterhaltung kommen als solche Zwecke vornehmlich in Betracht. Ursprünglich waren das „Genossenschaften". Aber der „obrigkeitliche Staat" (unser „Polizeistaat") „strebt ihre Verwandlung entweder in bloße staatliche Bezirke oder in Staatsanstalten mit juristischer Persönlichkeit an". — O.V.G. 7. Febr. 1883 (Entsch. IX S. 69) und 15. Mai 1885 (Entsch. XII S. 258) gibt die Grundzüge der polizeistaatlichen Ordnung dieser Dinge folgendermaßen: „Nach der Rechtsauffassung im vorigen Jahrhundert standen dem Staate in der Ausübung der Polizeihoheit zur Förderung der Wohlfahrt und Sicherheit des Ganzen als die ihm zunächst Verpflichteten die für die obrigkeitliche Verwaltung verantwortlichen Korpora, die Magistrate, Dominien, Domänenämter gegenüber, vorbehaltlich der Unterverteilung jure collectandi. In welchem Maße dominium und Untertanen zu den Polizeianstalten beizutragen hatten, regelte sich meist nach Vertrag und Herkommen." Es handelt sich nach heutiger Ausdrucksweise nicht bloß um „Polizei", sondern um die ganze innere Verwaltung. Die „Korpora" sind nichts anderes als die Behörden. Das „jus subcollectandi" ist hier nicht das landesherrliche Besteuerungsrecht, das man gewöhnlich darunter versteht, sondern die Geltendmachung der Lastpflicht, die innerhalb der Gruppen Verpflichteter gemäß „Vertrag und Herkommen" verteilt ist.

[23] Vgl. unten § 58 Note 13.

[24] Vgl. hier unten n. 4. — Neugeschaffene Verbandlasten haben wichtige Eigenschaften des allgemeinen Rechtsinstituts nicht mehr beibehalten können; vgl. unten Note 30 u. 43.

die Last hier dadurch, daß sie darauf gerichtet ist, das Ganze des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens von den so verbundenen Lastpflichtigen decken zu lassen. Dabei findet allerdings zwischen diesen eine Verteilung der Gesamtleistung statt, die sich nach der eigenen Ordnung des Verbandes regelt, wie wir noch sehen werden. Aber das Ergebnis muß immer sein, daß die zusammengerechneten Einzelleistungen ausreichen zu jenem Erfolg.

Jeder Einzelne leistet also einen Beitrag. Aber ihre Gesamtheit leistet nicht lediglich einen Beitrag, so daß der Herr des Unternehmens, Staat oder Gemeinde, den Ausfall zu decken hätte. Sonst ist es eben keine Verbandlast. Das Umgekehrte könnte zutreffen, unbeschadet ihrer rechtlichen Natur, daß nämlich der Staat oder die Gemeinde dem belasteten Verbande mit einem „Beitrage" im uneigentlichen Sinne, einer Unterstützung zu Hilfe käme[25].

Nebeneinanderstehende Einzelleistungen können auch sonst darauf berechnet sein, daß sie, sobald sie alle eingehen, das Ganze des Bedarfes decken. So wird die Pflicht jedes Besitzers eines bebauten Grundstücks, den Bürgersteig vor diesem herzustellen oder die Straße seiner Grenze entlang zu reinigen, tatsächlich das Gesamtergebnis hervorbringen können, daß ein fortlaufender Bürgersteig, eine durchweg rein gehaltene Straße gegeben ist. Wenn aber etwas fehlt und solange etwas fehlt, weil etwa ein Grundstück nicht bebaut wird, so stehen die Heranzuziehenden nicht für den Ausfall ein, sondern die Gemeinde trägt ihn. Deshalb sind solche aneinandergereihte Lasten keine verbundenen, keine Verbandlasten[26]. —

Die Verbandlast, die sich restlos auf die Verbandsgenossen verteilen soll, kann für sich betrachtet die Natur einer gemeinen Last haben. So die Landlieferungen für den Bedarf der bewaffneten Macht an lebendem Vieh, Brotmaterial, Hafer, Heu und

---

[25] Solche „Subventionen" bilden wieder ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut besonderer Art von mannigfacher Verwendung; vgl. unten § 50, II n. 1 a. E. Der Staat kann auch selbst in dem Lastenverband begriffen sein, als Besitzer eines Landgutes, eines Hauses. Dann trägt er seinen Anteil als Fiskus, wie ein gewöhnlicher Privatmann, „gleich einem Bauern" (vgl. oben Bd. I S. 122 Note 14).

[26] Die Verbandlast bedeutet aber andererseits auch kein Gesamtschuldverhältnis im Sinne von B.G.B. § 421. Die Verbundenheit der Lasten kommt nämlich zur Erledigung mit der jedesmaligen Inanspruchnahme der daraus fließenden Einzelverpflichtungen; diese entstehen in endgültiger Verteiltheit, um sofort auch durchgeführt zu werden. Auf einen weiteren Ausfall wird überhaupt nicht mehr gerechnet. Nötigenfalls helfen hier andere Schutzvorkehrungen aus; vgl. unten Note 39 u. 42.

Stroh, zu welchem Zwecke besondere Lieferungsverbände gebildet werden gemäß Kriegsleistungsgesetz § 16 ff. Für die nach demselben Gesetz § 3 ff. zu fordernden Naturalleistungen bilden die sämtlichen „zur Teilnahme an den Gemeindelasten Verpflichteten" des Gemeindebezirks einen Lastverband[27].

Die verbundenen Lasten können auch als Vorzugslasten gedacht sein. Es werden nur diejenigen herangezogen, die an dem zu versorgenden Unternehmen besonders beteiligt erscheinen, zu deren besonderem Nutzen es gereicht. Das Maß dieses Nutzens kann als gleich groß angenommen oder verschieden gewertet sein, und danach richtet sich die Höhe des einen jeden treffenden Beitrags — wie bei der gewöhnlichen Vorzugslast; das Danebenstehen anderer Lastverpflichteter macht an sich noch keine Wesensverschiedenheit. Erst wenn zugleich bestimmt ist, daß die Gesamtheit der Beiträge den Bedarf des Unternehmens decken muß, wird unsere Verbandlast daraus. Dahin gehören die Lasten der Deichverbände, der Schulsozietäten, der Verbände der Haushaltungsvorstände eines Bezirks behufs Bestellung einer gemeinsamen Hebamme[28].

Die Verbandlast ist aber auch die Form, in welcher Leistungspflichten auferlegt werden, die weder gemeine Lasten sein könnten wegen ihres Gegenstandes, der keine Naturalleistung ist, noch Vorzugslasten, weil sie nicht auf eine besondere Beteiligung des einzelnen Pflichtträgers gegründet sind: Geldleistungen nämlich, die, ohne weiteres auszeichnendes Merkmal, einfach steuerartig allen leistungsfähigen Einwohnern des Bezirks auferlegt sind. Daß diese Leistungen in ihrer Gesamtheit nur dazu bestimmt sind, den Bedarf des öffentlichen Unternehmens voll zu decken, für den sie auferlegt sind, gibt ihnen für sich allein schon die Natur der öffentlichen Last. Dahin gehören die Parochiallasten, die Lasten der Wegeverbände, Armenverbände. Hier ist allerdings auch der Punkt, wo der Übergang aus der alten echten Verbandlast in andere

---

[27] Kriegsleistungsges. § 6. Über die Rolle, welche die Gemeinde selbst dabei spielt, vgl. unten n. 4.

[28] Das Preußische Recht ist reich an solchen Verbänden: Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. IV § 283; Rosin, Öff. Genossenschaft S. 75 ff.; v. Bitter, Handwörterb. I S. 301 u. 369, II S. 521. Vgl. auch unten Note 38. — Auch die Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung der Reichs-Vers.Ord. § 1226 ff. wäre hierher zu rechnen. Sie faßt die Versicherten und ihre Arbeitgeber, wie sie zu jeder Versicherungsanstalt gehören, zu einem Lastenverbande zusammen, der allerdings von der alten Art stark abweicht. Vgl. unten Note 30 u. 43.

Formen der Befriedigung des Bedürfnisses am deutlichsten wahrnehmbar wird[29]. —

Was ihre Begründung anlangt, so wird sie bei vielen Verbandlasten zurückzuführen sein auf frühere Rechtszustände und Entstehungsarten, die wir hier nicht näher zu untersuchen haben. Sie sind einfach übernommen worden, so wie sie die Vergangenheit überliefert hat. Seit dem Verfassungsstaat bedürfen sie der gesetzlichen Grundlage. Und zwar ist es stets die Form des Rechtssatzes, aufgestellt durch Gesetz, Verordnung oder Statut, in der sie geschaffen werden. Da die Last eine im voraus nicht abgrenzbare, wechselnde Vielheit umfassen soll, ist der Verwaltungsakt hier nicht brauchbar, weder zur Auferlegung kraft Gesetzes, noch zur Bildung des Lastenverbandes auf Grund freiwilliger Unterwerfung der zu Verbindenden. —

Der Verteilung der Last bestimmt sich nach der ständigen Ordnung des inneren Verhältnisses der Lastgenossen, der „Verfassung" des Verbandes. Davon wird unter n. 3 jetzt die Rede sein. Die neuere Gesetzgebung enthält aber auch Verbandlasten, bei denen ausnahmsweise ein solches inneres Verhältnis nicht besteht.

Das sind einerseits die Kriegsleistungen. Sie gehen auf Lieferungen in natura und sind deshalb nur durchführbar, soweit im Augenblicke des Bedarfs das Erforderliche greifbar vorhanden ist. Ein bindender Verteilungsplan läßt sich im voraus nicht aufstellen; es kann höchstens eine tunliche Ausgleichung unter den Leistungsfähigen beobachtet werden. Die Zusammengehörigkeit erweist sich lediglich daran, daß jeder durch die Leistung eines andern tatsächlich soweit entlastet wird. Dafür wird aber hier durch das anfordernde öffentliche Unternehmen Entschädigung geleistet, der Ausgleich also in anderer Weise hergestellt.

Sodann ist bei der Invalidenversicherung die Last der von der Anstalt zu machenden Leistungen unter die Beteiligten, Arbeitnehmer und Arbeitgeber, nach festen Sätzen verteilt, das Ergebnis umfassender nach Versicherungsgrundsätzen auf-

[29] Vgl. unten n. 4. Daß der Armenverband noch immer Verband für Armenunterstützung heißt, obwohl er schon längst Gemeinde ist, die doch, sofern man wenigstens einen bestimmten Begriff mit diesem Worte im Auge hat (vgl. unten n. 4), etwas anderes bedeutet als einen Verband, hängt lediglich an der geschichtlichen Vorstufe. Der Ortsarmenverband, wenn er aus mehreren Gemeinden oder Gutsbezirken besteht (Gesamtarmenverband), ist jetzt noch ein „öffentlichrechtliches Sozietätsverhältnis" (Eger, Unterstützungswohnsitzges. zu § 1 Anm. 2); der Ortsarmenverband, der nur aus einer Gemeinde besteht, war's einmal.

gestellter Berechnungen. Daran darf nicht gerührt werden. Namentlich können diese Sätze nicht abhängig sein von darauf bezüglichen Rechtsverhältnissen zwischen den Beteiligten. Sollte die Rechnung nicht stimmen, so muß man das Gesetz ändern[30].

In diesen Fällen bleibt also die jetzt unter n. 3 zu betrachtende Verfassung des Verbands außer Betracht. —

Die Erzwingung der Lastpflichten geschieht, da es sich fast stets um Geldleistungen handelt, auf dem Wege administrativer Zwangsbeitreibung. Bei den Naturalleistungen der Lieferungsverbände kann Zwangsersatzvornahme und vor allem einfache Gewaltanwendung stattfinden. Die Invalidenversicherung hat ja eine besonders fein durchgearbeitete Ordnung der Beitragsentrichtung und ihrer Sicherung, die durch Strafandrohungen vervollständigt wird[31].

3. Das zweite Rechtsverhältnis, das zwischen den im Lastenverbande begriffenen Einzelnen untereinander, beruht auf der Tatsache, daß die Leistungspflicht eines jeden den Mitverpflichteten verhältnismäßig entlastet.

Diese Wirkung tritt auch bei den Kriegsleistungen durch Landlieferungsverbände ein, selbst bei den Beiträgen der Invalidenversicherung ist es planmäßig so gedacht. Man kann sie überall beobachten, wo eine bestimmte Summe auf eine Mehrzahl von Pflichtigen auszuschlagen ist: namentlich bei den Repartitionssteuern (Bd. I S. 337 f.) wird ja vom Gesetzgeber damit gerechnet.

Das ist es aber noch nicht, worauf die Eigenart der Zusammenbindung der Einzelleistungen hier hinausläuft.

Die der Verbandlast eigentümliche Wirkung begnügt sich nicht mit der tatsächlichen Aussicht auf Entlastung, die sie von selbst jedem Verpflichteten geben würde, sondern sie bedeutet eine rechtliche Entlastung im voraus, gesichert durch einen Rechtsanspruch darauf, der ihm zur Seite steht und den er geltend machen kann. Die Verbandlast hat die Grundlage der alten rohen genossenschaftlichen Einrichtung beibehalten, wo alles auf eine Ordnung zwischen den Lastträgern hinauslief, in Rechten und Gegenrechten zwischen ihnen sich äußernd. Wenn sie seit der

---

[30] Die Beteiligten stehen hier in gar keinem rechtlichen Verhältnisse zueinander, ebensowenig wie die Einzelnen, die im Landlieferungsverbande zusammengefaßt sind, die Last wird zwischen ihnen nirgends als gemeinsam wirksam; das ist das Abweichende vom Ursprünglichen. Es hat in beiden Fällen seine besonderen Gründe.

[31] Reichsvers.Ord. § 1487 ff.

polizeistaatlichen Zeit die Mitwirkung der Obrigkeit hinzunahm, so bleibt doch sachlich jene Ordnung das Erste, Ursprüngliche; die öffentliche Gewalt nimmt sie, wie sie zwischen den Verbundenen geworden ist, schließt sich den zwischen ihnen gestalteten Rechtsverpflichtungen einfach an. Sofern der Wille der Einzelnen maßgebend ist für diese Rechtsverpflichtungen, ist er auch maßgebend für das daran gehängte obrigkeitliche Verhalten. Die Lastverbundenen erhalten auf diesem Wege Macht über die öffentliche Gewalt, *subjektive öffentliche Rechte*[32].

Sie haben vor anderen subjektiven öffentlichen Rechten die ausgeprägte Eigenart, daß hier die Macht über die öffentliche Gewalt *vermittelt* wird durch einen gleichlaufenden Anspruch gegen den Lastgenossen[33].

Sie äußern sich, wie subjektive Rechte überhaupt, nach zwei Richtungen: in der *Verfügung über das Recht* und in dem *Rechtsschutzanspruch*.

— In den ursprünglichen, rein genossenschaftlichen Verbänden war es selbstverständlich, daß die Anteile, die jeden trafen, sowie sie sich bestimmt hatten, auch wieder *geändert* werden konnten, durch *Vertrag* also oder *Herkommen*. Das bekam jeweils dauernde Bedeutung dadurch, daß die Zugehörigkeit zum Verband und damit auch die Lastpflicht geknüpft waren an einen bestimmten Besitz, eine bestimmte wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung im Verbandsbezirk und damit übergingen. Jede Verschiebung, die auf solche Weise zustande kam, bedeutete zugleich eine Änderung der nachher von der Obrigkeit zu handhabenden „Verfassung" des Verbandes. Die Einzelnen geben also dieser durch ihren Vertrag und durch das von ihnen beobachtete Herkommen Maß und Richtschnur[34]

---

[32] Vgl. oben Bd. I S. 111 ff. Die bestimmte Form dieser Rechte ist hier die Gebundenheit der Obrigkeit gegenüber dem Berechtigten, derart, daß sein Wille maßgebend ist für ihr Tun, also Mitwirkung nach Art eines Forderungsrechts (a. a. O. S. 112).

[33] Man darf nicht das Beitragsverhältnis zwischen den Lastträgern als das Erste ansehen, woran sich dann ein Rechtsschutzanspruch gegen die Obrigkeit knüpfte wie bei den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Die Obrigkeit handelt hier in erster Linie und führt mit der Geltendmachung der Last *ihre* öffentlichen Geschäfte, schützt *ihr* Recht; daß sie das richtig tue, darauf hat zugleich der Einzelne durch sein Verhältnis zu dem Lastgenossen ein Recht erworben.

[34] O.V.G. 19. Dez. 1888 (Entsch. XVII S. 267): Gutsherr übernimmt wegen seiner dem Schulverband neu angeschlossenen Kolonisten vertragsmäßig die Brennholzlieferung für die Schule im voraus; 26. Juni 1896 (Entsch. XXX S. 121): Ver-

Die spätere Entwicklung hat es nicht dabei gelassen, sondern eine Mitwirkung der Behörde gefordert, damit die öffentliche Last von der Neuerung berührt werde. Sie muß den Vertrag genehmigt, den das Herkommen bildenden Brauch mitgemacht haben[85]. Ohne das wirken diese Dinge nur zwischen den Beteiligten und deshalb nur privatrechtlich. Die Behörde nimmt dann keine Rücksicht darauf bei Geltendmachung der geordneten Last. Was jene dafür gesetzt haben, begründet nur einen zivilrechtlichen Anspruch des einen gegen den anderen auf Entlastung durch Leistung an seiner Stelle oder auf Ersatz dessen, wozu er trotzdem noch angehalten werden sollte.

Neuere Gesetze, wo sie selbst die Art und den Maßstab der Verteilung der Last ordnen, beanspruchen grundsätzlich unbedingte Geltung, lassen also Abänderungen auch unter Mitwirkung der

---

teilung der Leistungen zur Unterhaltung der Elementarschulen durch Observanz; 24. Juni 1909 (Entsch. LVIII S. 357): observanzmäßige Grabenreinigungspflicht durch Abmachung der Beteiligten anders bestimmt. Württ. V.G.H. 16. Nov. 1904 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XVII S. 89): Wegelastverteilung durch öffentlichrechtlichen Vertrag geändert. — Wenn bei solchen Verträgen Gutsherren, Ortschaften, Gemeinden als Vertragschließende auftreten, handelt es sich in Wahrheit um zusammengefaßte Gruppen von Lastpflichtigen innerhalb des Verbandes. Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 274: Vergleich zwischen den beteiligten „Ortschaften" über die ihnen obliegende Wegeunterhaltung.

Vertrag und Herkommen sind beides keine im Verwaltungsrechte üblichen Rechtstitel. Die besondere Sachlage macht es erklärlich, daß sie hier ausnahmsweise Platz greifen: sie sind auch hier keine öffentlichrechtlichen Rechtstitel, sondern privatrechtliche, aber das öffentliche Recht richtet das von ihm zu Bestimmende nach dem, was jene gewirkt haben. Daß der Grundstückserwerber fortan die Steuer dafür schuldet, hat äußerlich eine gewisse Ähnlichkeit; aber hier ist die Lastpflicht unmittelbar Gegenstand des Vertrags. — Über die Observanz vgl. oben Bd. I S. 92 ff. Außer den schon angeführten Beispielen für ihre Wirksamkeit auf die „Konkurrenzpflicht" im Verband seien noch erwähnt die Fälle: O.Tr. 19. Nov. 1860 (Str. XXXIX S. 204), 14. Juni 1864 (Str. LV S. 132), 20. Sept. 1877 (Str. IIIC S. 365), 4. Okt. 1878 (Str. C S. 183); V.G.H. 11. Jan. 1881 (Samml. II S. 460); Bl. f. adm. Pr. 1872 S. 220, 1887 S. 209.

[85] O.V.G. 16. März 1897 (Entsch. XXXI S. 152): Vereinbarung der Beteiligten über Aufbringung von Schulbaukosten „hat öffentlichrechtliche Wirksamkeit nur durch hinzutretende Genehmigung der Schulaufsichtsbehörde". O.V.G. 17. März 1899 (D. Jur.Ztg. IV S. 443); 24. Mai 1901 (Entsch. XL S. 198): Die Zustimmung der Aufsichtsbehörde macht den Vertrag zu „einem Teil der Ortsschulverfassung". Man kann also nicht sagen, daß der — ganz zivilrechtlich gedachte — Vertrag der Beteiligten öffentlichrechtliche Wirkungen habe. Das tut erst der behördliche Ausspruch, Genehmigung genannt. Der Vertrag liefert nur die Voraussetzung dafür, daß jener es rechtmäßig tun könne.

Behörde nicht mehr zu. Damit verschwindet aber auch wieder ein Stück von der Eigenart der Verbandlast[36].

— Die zwischen den Genossen geordnete Verteilung der Last wird aber auch geltend gemacht bei der Rechtsverteidigung gegen die Behörde, wenn diese ohne gebührende Rücksicht darauf den Einzelnen in Anspruch nimmt. Hierfür ist ein besonderes Verfahren vorgesehen, die Klage wegen Prägravation, Überlastung. Sie stützt sich nicht auf einfache Unrichtigkeiten der Berechnung, noch auf die Behauptung, dem Lastenverband überhaupt nicht anzugehören. Sondern der Fall ist der, daß der Herangezogene behauptet, deshalb überlastet zu sein, weil die Verpflichtung eines Anderen, die ihn ganz oder teilweise entlastet hätte, zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sei. Es wird dann nicht einfach eine Anfechtung der obrigkeitlichen Maßregel erhoben werden können. Vielmehr nimmt das Verfahren auf Richtigstellung der Lastpflicht seinen Ausgang von dem Verhältnisse des Überlasteten zu dem Andern, zu dessen Gunsten er überlastet ist. Gegen diesen wird die Klage gerichtet oder, wenn die Behörde schon vorgegangen ist zur Geltendmachung der Last, mit gerichtet. Der erzielte Ausspruch über das zwischen den verpflichteten Untertanen bestehende Verhältnis bewirkt dann, der rechtlichen Natur der Verbandlast gemäß von selbst auch die Feststellung dessen, was die öffentliche Gewalt von einem jeden zu fordern hat[37].

---

[36] Wegen der Invalidenversicherung vgl. oben Note 30. Bezüglich der Deichlasten hat Preuß. Deichges. v. 28. Jan. 1848 § 17 die „auf Grund spezieller Rechtstitel zwischen diesen Personen" bisher bestehende Verteilungsart zugunsten seiner in § 16 neugeordneten aufgehoben. Für das Bayrische Recht V.G.H. 25. Mai 1880 (Samml. I S. 322: Die gesetzliche Neuordnung solcher Lasten gilt als Beseitigung aller vertragsmäßigen Ordnungen); 13. Mai 1884 (Samml. V S. 209: Herkommen ist, wo das Gesetz eine grundsätzliche Neuordnung geschaffen hat, nur soweit gültig, als das Gesetz das ausdrücklich zuläßt).

[37] Im früheren Preußischen Recht bestand die Schwierigkeit, daß für die Beitragspflichtigen untereinander die bürgerlichen Gerichte zuständig waren, jedoch der Behörde gegenüber nur der Beschwerdeweg offen stand. Deshalb war, wenn die Festsetzung von dieser bereits erfolgt war, möglicherweise ein doppeltes Verfahren nötig: Oppenhoff, Ressortverh. 1. Aufl. S. 105. Das Zuständigkeitsgesetz §§ 46, 47 u. 56 verweist auch die Streitigkeiten zwischen den Beteiligten vor die Verwaltungsgerichte. Wenn der wegen Verbandlasten für Schule oder Weg in Anspruch Genommene behauptet, daß ein Anderer statt seiner verpflichtet sei, so kann er nicht gegen die Behörde allein, sondern muß auch gegen diesen Anderen klagen; die Entscheidung wirkt aber dann auch bindend für die Behörde: Germershausen, Wegerecht I S. 432 ff.: v. Brauchitsch, Verw.Ges. I zu § 56 Zust.Ges.

4. Zwischen dem lastberechtigten Träger öffentlicher Verwaltung, also regelmäßig dem Staate, und dem lastpflichtigen Verbandsangehörigen erscheint nun noch, immer deutlicher sich vordrängend, ein Dritter, eine vermittelnde juristische Person. Der Verband selbst, welchen die Lastträger bilden, ist von Anfang an nichts anderes als der Ausdruck ihres Gesamtrechtsverhältnisses. Er ist die Gesellschaft der Verbundenen. Der Name Sozietät, welcher sich häufig zur Bezeichnung solcher Verbände gebraucht findet, gibt das Verhältnis richtig wieder. Für den Begriff des Rechtsinstituts ist es auch jetzt nicht wesentlich, daß der Verband noch mehr, daß er insbesondere mit irgendeiner Form von juristischer Persönlichkeit ausgestattet sei[38]. Die juristische Person kann dazu kommen. Es fragt sich nur, in welcher Art und Weise das geschieht. Man darf auch hier nicht alles auf einen Leisten bringen wollen. Wir haben drei verschiedene Gestaltungen zu unterscheiden:

— Am einfachsten wird sich die Sache darstellen in Gestalt der Zugabe einer eigenen juristischen Persönlichkeit zum Verband. Soweit es sich um Verbandlasten handelt, die nur hie und da einmal und dann rasch vorübergehend für das öffentliche Unternehmen in Bewegung gesetzt werden, besteht dafür kaum ein Bedürfnis. Das durch den Verband Aufgebrachte wird hier sofort auch schon dem öffentlichen Unternehmen überwiesen und dort verwendet und verbraucht, der Verband selbst hat es gesehen. So die Landlieferungen für Heereszwecke. Bei anderen Lastverbänden aber handelt es sich um Gewährung der Mittel zur Herstellung und Instandhaltung dauernder Einrichtungen: Wege,

[38] Rosin, Öff. Genossensch. S. 52: „So treten neben die öffentlichen Genossenschaften (juristische Personen) auch Gesellschaften des öffentlichen Rechts". Ein Beispiel in O.V.G. 9. Mai 1885 (Entsch. XII S. 171): Es werden Hebammenbezirke gebildet gemäß Kab.Ordre v. 16. Jan. 1817; die Eltern jedes Kindes, das im Bezirk geboren wird, auch wenn sie die Land-Hebamme nicht rufen, haben an diese eine bestimmte Taxe zu entrichten. Sie bilden einen Verband für das öffentliche Institut der Hebamme. Der Hebammenbezirk aber „ist keine öffentliche Korporation; durch Polizeiverordnung können neue korporative Organe als Träger einer Polizeilast nicht geschaffen werden". — Ebenso sind manche Lieferungsverbände außer Zusammenhang mit irgendeiner juristischen Person (vgl. unten Note 40). Auch Armenverbände erscheinen in dieser Weise als bloße Bezirke, innerhalb deren die Armenlast aufgebracht wird durch die Einzelnen unmittelbar, wenn auch durch Vermittlung der Behörde der im Bezirk begriffenen Selbstverwaltungskörper; so nach Kab.Ordre v. 17. Nov. 1845 der Landarmenverband der drei Eichsfeldischen Kreise mit dem Kreise Nordhausen; Mascher, Staatsbürgerrecht und Armengesetzgebung Preußens S. 404.

Schulen, Deiche. Die einmal zusammengebrachten Werte sind durch ihren Bestand, so lange er eben vorhält, ein Schutz der Pflichtigen gegen fernere Inanspruchnahme. Hier kann sich ein gemeinsamer Besitz von Vermögenswerten ausbilden und, um ihn zusammenzuhalten und zu vertreten, eine besondere juristische Persönlichkeit. Die Aufgabe der juristischen Person ist hier wie überall die rechtliche Trennung des bei seinem Zwecke zu erhaltenden Vermögens von den Rechtssubjekten, denen es ursprünglich gehört[39]. Sie richtet sich also gegen die Verbandsangehörigen. Der Polizeistaat, der die Sicherung des Verbandszweckes in die Hand genommen hat durch Wahrnehmung der Last, hat auch dieses Sicherungsmittel zur Entstehung gebracht. Er tat das auf seine Weise, in Gestalt nämlich einer besonderen juristischen Person des Zivilrechts, eines Verbandsfiskus, neben dem öffentlichen Unternehmen, dem die Verbandlast dient, ähnlich dem Staatsfiskus neben der großen Staatsverwaltung. Dieses Unternehmen selbst steht nach wie vor unter der Leitung des Staates, der auch die Verbandlast geltend macht; die Lastpflichtigen sind nach wie vor nur eine Gruppe von misera contribuens plebs; das Zusammengesteuerte gehört ihnen nicht mehr, die juristische Person schützt es zu ihrem eigenen Besten vor ihnen selbst, schützt es aber zugleich vor der Vermischung mit dem Staatsvermögen. Sie können eine Art Vertreterschaft dieser juristischen Person zu liefern haben, namentlich für wichtigere Beschlüsse in ihrer Vermögensverwaltung; die ordentliche Vertreterin, die auch die ganzen laufenden Geschäfte besorgt, ist die staatliche „Polizeibehörde", der das öffentliche Unternehmen untersteht[40].

---

[39] Festgabe für Laband I S. 11 ff. Die juristische Persönlichkeit bedeutet zugleich, indem sie die Gelder zusammenhält, eine Art Staubecken für den Betrieb des öffentlichen Unternehmens; insbesondere etwaige Ausfälle bei der umgelegten Verbandslast können so Deckung finden. Vgl. oben Note 26.

[40] Auf solche Art sind Deichverbände, Armenverbände, Wegeverbände. Schulsozietäten allmählich zu juristischen Persönlichkeiten gelangt. Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. IV S. 671, stellt das einfach als Tatsache fest, wenn er von den Armenverbänden sagt: „sie sind als juristische Personen mit Vermögens- und Verfügungsfähigkeit nach außen anzusehen". Ebenso S. 687 wegen der Schulsozietäten. Der eigentümliche Zusatz, daß diese juristische Persönlichkeit nur „nach außen" in Betracht komme, soll wohl andeuten, daß sie auf das Unternehmen selbst keinen Einfluß hat. — Rosin, Öff. Genossensch. S. 53, hält es hier für gestattet, „aus der Anerkennung der Vereinigung als Rechtseinheit im Privatrecht auch auf ihre Eigenschaft als universitas im öffentlichen Rechte zu schließen". Da kommt es eben darauf an, was man unter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts versteht. Versteht man darunter eine solche, die

— Die zweite Art, wie Verbandlast und juristische Persönlichkeit zusammenkommen, ergibt sich aus der Begrenzung des Kreises der für die staatliche Last Verbundenen auf den Gebietsumfang eines Selbstverwaltungskörpers, einer Gemeinde. Wo die Gemeinde früher und kräftiger entwickelt ist, in Süd- und Westdeutschland vor allem, kommt die ganze Ordnung der Lastenverbände überhaupt nicht zu solcher Geltung. Anderwärts aber setzt sie sich als das jüngere Gebilde daneben, getragen von der Idee des Gemeinwesens nach dem Muster der Städte, mit einer einheitlichen öffentlichen Gewalt für alle gemeinsamen Angelegenheiten dieser Menschengemeinschaft. Wie das allmählich erstarkt, bewährt es eine natürliche Anziehungs- und Aufsaugungskraft gegenüber den Lastverbänden, mit welchen es äußerlich zusammentrifft. Dem Grade nach — nicht der geschichtlichen Entwicklung nach — können wir drei Stufen unterscheiden:

Der Staat kann sich zur Durchführung der ihm geschuldeten Last der Gemeindeobrigkeiten bedienen. Dann treten

„kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist" (Rosin in Annalen 1883 S. 291 ff. u. Öff. Genossensch. S. 18), so gehört gar vieles dahin, auch diese beigegebene fiskusartige Persönlichkeit. Versteht man darunter, wie wir tun (vgl. unten § 55, II n. 3), eine juristische Person, die dazu da ist, öffentliche Verwaltung zu führen, so stimmt das hier nicht, sofern der Staat sie hier sehr sorgfältig davon ferngehalten hat, sich in die Verwaltung des öffentlichen Unternehmens einzumischen.

Eine gute Schilderung des um die juristische Person eines Schulverbandes sich bildenden Rechtszustandes bei Schneider u. Bremen, Volksschulwesen II S. 62 ff. Die Schule selbst, die Hauptsache, wird ganz von staatlichen Behörden geordnet und geleitet, namens des Staates, nicht namens des Verbandes; auch die Bedürfnisse werden von Staats wegen festgesetzt. Die aufgebrachten Mittel gehören der juristischen Person des Schulverbandes, so lange sie nicht verwendet sind. Aber diese hat nicht einmal eine ständige Vertretung außerhalb der staatlichen Behörde; nur im Bedarfsfalle werden „Repräsentanten" berufen, die dann lediglich über Angelegenheiten der Vermögensverwaltung beschließen: Veräußerung und Erwerb von Grundstücken, Neubauten (über deren Notwendigkeit sie nicht entscheiden), Gehaltszulagen und Gratifikationen. Sie sind Kuratoren einer Vermögensmasse, die bei ihrem Zwecke zu erhalten ist, aber sie verwalten keine Schule. — Den Gegensatz, um den es sich hier handelt, hat Gierke, Gen.R. I S. 766, in vortrefflicher Weise gezeichnet bei der preußischen Kirchengemeinde alten Stils: sie sind „bloße Kirchenverwaltungssprengel ohne eigenes Leben und ohne eine kirchliche Persönlichkeit", aber es wurde den Pfarrkindern doch „in der Regel eine privatrechtliche Persönlichkeit zugestanden und als Äquivalent für die ihnen auferlegten Kirchenlasten ein selbständiges Recht am Kirchenvermögen und eine Teilnahme an dessen Verwaltung". Die Pfarrei ist ein Lastenverband mit privatrechtlicher juristischer Persönlichkeit. Das ist die Lieblingsgestalt des Polizeistaates, die er überall zu verwenden weiß.

diese an die Stelle seiner eigenen Behörden. Die Gemeinde wird dadurch insofern belastet, als diese ihre Kräfte für den staatlichen Zweck in Anspruch genommen werden; sie trägt, um den bei der Steuer üblichen Ausdruck zu gebrauchen, die Erhebungskosten. Das bedeutet nicht etwa ein Stück unserer Verbandlast, sondern gehört als Gemeindeaufgabe oder Selbstverwaltungslast in ein anderes Rechtsgebiet[41]. Die Last selbst wird durch diese Einrichtung rechtlich nicht berührt.

Eine engere Verbindung wird dadurch hergestellt, daß die Leistung, zu welcher die Gesamtheit der im Gemeindebezirk begriffenen Lastträger verpflichtet ist, zugleich zum Gegenstand einer Leistungspflicht der Gemeinde selbst gemacht wird. Die Gemeinde besorgt auch hier die Verteilung und die Beitreibung von den Einzelnen; was aber dabei an dem gewollten Gesamtergebnis ungedeckt bleibt oder wenigstens nicht unverweilt gedeckt wird, dafür muß sie dem Staate gegenüber selbst eintreten. Diese Pflicht der Gemeinde ist aber wiederum keine Lastpflicht in dem hier behandelten Sinne, sondern eine Gemeindeaufgabe, eine Selbstverwaltungslast, der zu leistenden Erhebungsarbeit an die Seite zu stellen. Der Aufwand, welcher der Gemeinde dadurch erwächst, geht in ihren allgemeinen Haushalt ein und findet in der für die Beschaffung ihrer Mittel verfassungsmäßig vorgeschriebenen Weise mit seine Deckung[42].

---

[41] Vgl. unten § 58, III n. 1.

[42] Dieses ist die Form, in welcher die Last sich der Gemeinde bedient für die Kriegsleistungen (Kriegsleistungsges. §§ 3 u. 5: „Für die vollständige und rechtzeitige Erfüllung der geforderten Leistungen sind die Gemeinden verantwortlich"), während die zuerst erwähnte Form, die bloße Inanspruchnahme für die Erhebung, den Quartierleistungen und sonstigen Naturalleistungen im Frieden eigentümlich ist (Quartierleistungsges. § 5; Naturalleistungsges. § 2: „durch Vermittlung der Gemeinden können in Anspruch genommen werden"). Über diesen Unterschied: Laband, St.R. IV S. 288 f. — G. Meyer-Dochow, V.R. § 210 (ebenso schon in 1. Aufl. § 229), und übereinstimmend Rosin, Öff. Genossensch. S. 53, nehmen an, es seien bei den Kriegsleistungen die „verpflichteten Subjekte", die Lastträger also, „nicht die Einzelnen, sondern staatliche und kommunale Verbände", die dann ihrerseits wieder an „ihren Angehörigen" sich erholen. Aber wenn die Zivil- oder Militärbehörde nach Kriegsleistungsges. § 5 bei Weigerung oder Säumnis der Gemeinde die Leistungen „zwangsweise herbeiführt", so faßt sie selbstverständlich sofort die Einzelnen an; also müssen doch diese als unmittelbar verpflichtet gedacht sein. Wäre die Konstruktion von G. Meyer richtig, so würde bei diesen Kriegsleistungen der Zusammenhang zwischen öffentlichem Unternehmen und Leistung, der doch zum Wesen der öffentlichen Last gehört, unterbrochen erscheinen: die Sache würde damit anfangen, daß der Gemeinde eine Selbstverwaltungslast obläge, zu deren Erfüllung sie nun eigenen

Noch einen Schritt weiter, und die Gemeinde tritt aus der zweiten Linie in die erste, um unmittelbar für die Aufbringung des Bedarfs des Unternehmens einzustehen. Dann hört Lastpflicht der Einzelnen und Lastenverband überhaupt auf; es bleibt nichts als die Selbstverwaltungslast. Diese einschneidende Änderung verbindet sich aber mit einer anderen, ebenso einschneidenden: die Gemeinde wird ordentlicherweise nur dann in so umfassender Weise mit der Tragung der Kosten des ganzen Bedarfs des öffentlichen Unternehmens beladen werden, wenn dieses Unternehmen selbst fortan nicht eine dem Staate unterstehende, sondern eine Gemeindeangelegenheit sein soll, die dann auch im Namen der Gemeinde durch ihre Vertretung oder wenigstens unter deren Mitwirkung geführt wird. Die Umwandlung vollzieht sich teils durch Gesetz, teils durch besondere Übernahme. Eine Reihe besonders wichtiger ehemaliger Verbandlasten hat das Schicksal gehabt, auf diese Art aufzugehen in den ganz anders gedachten Ordnungen der Selbstverwaltung: Wegeverbände, Schulverbände, Armenverbände und sonst noch manches ähnlichen Zwecken Dienende haben allmählich ihren Stoff großenteils ausgeleert in diese von der Gunst der Zeit getragenen Formen. Von ihnen wird aber unten § 58 die Rede sein.

— In der gleichen Linie, wie die soeben betrachtete Entwicklung, liegt die dritte Art von juristischer Persönlichkeit, die für die Verbandlast bedeutsam werden kann: statt der beigegebenen juristischen Person des Zivilrechts, statt der Verbindung mit dem umfassenden öffentlichen Gemeinwesen unteren Ranges, der Gemeinde, kann die öffentliche Genossenschaft auf den Plan treten. Zum Unterschied von der Gemeinde bedeutet sie eine besondere juristische Person für dieses bestimmte Unternehmen. Zum Unterschied von den fiskusartigen Gebilden der älteren Zeit bedeutet sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Ihr gehört das öffentliche Unternehmen an, als Genossenschafts-

Rechts ihre Angehörigen in Anspruch nähme für Naturalleistungen und Dienste, um damit ihre Pflicht dem fremden Unternehmen gegenüber zu erfüllen. Aber weder das Erste noch das Zweite würde eine öffentliche Last vorstellen in dem hier festgehaltenen Sinn. Es käme vielmehr die hier oben nun sofort zu betrachtende Rechtsgestalt heraus. Soll eine öffentliche Last dabei in Frage kommen, so muß entweder das zu befördernde Unternehmen eigenes Gemeindeunternehmen werden (was bei den Kriegsleistungen nicht angeht), oder die Gemeinde muß namens des Herrn des Unternehmens die Sache besorgen lassen, wobei lediglich der Erhebungsaufwand und die allgemeine Garantiepflicht an ihr hängen bleibt; das ist unser Fall.

angelegenheit in der Weise, wie es der Gemeinde als Gemeindeangelegenheit angehören würde. Die Verbandlastmitglieder hören in ihr auf, bloße Lastträger zu sein; sie sind anteilsberechtigt an der Vertretung und Verwaltung der Genossenschaft und ihres Unternehmens; es besteht ein ähnlicher Gegensatz zu den alten Lastgenossen wie bei den Gemeindegliedern. Sie bleiben verpflichtet, aufzukommen für den Bedarf des Unternehmens; aber dieses hat nicht mehr die Form einer Lastpflicht gegenüber der staatlichen Obrigkeit, auch nicht einer gegenseitigen Pflicht zwischen den Mitgliedern der Genossenschaft, sondern diese selbst ist es, die unter verfassungsmäßiger Mitwirkung ihrer Mitglieder sie heranzieht zu den Leistungen, deren sie bedarf für das Genossenschaftsunternehmen. Wenn diese Leistungen immer noch den Namen Beiträge führen, so sind es doch jetzt nicht mehr Lastbeiträge, sondern Genossenschaftsbeiträge und als solche von ganz anderer rechtlicher Natur. Darüber unten § 57 Note 26.

Die öffentliche Genossenschaft entspricht, im Gegensatz zur Verbandlast, ebenso dem Zuge unserer Zeit wie die Selbstverwaltungseinrichtungen. Alte Verbandlasten nehmen ihre Form an: der Deichverband wird zur Deichgenossenschaft. Neuschöpfungen greifen überall zu ihr, wo man früher eine einfache Verbandlast eingerichtet hätte: Krankenkassen, Berufsgenossenschaften.

Der gleiche Gedanke: Schaffung einer besonderen juristischen Person des öffentlichen Rechts für das Unternehmen, zu dessen Gunsten die Verbandlast bestehen sollte, kann aber auch in minder durchgreifender Form verwirklicht werden, durch eine öffentliche Anstalts- oder Stiftungspersönlichkeit nämlich. Darüber unten § 56.

Das Hauptbeispiel bieten die Versicherungsanstalten der Reichs-Vers.Ord. § 1326 ff. Die Anstalt hat juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts, ihr gehört das öffentliche Unternehmen der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung und in ihrem Namen wird es verwaltet. Ihre Angehörigen bilden keinen Verein und keine Gesellschaft; sie sind nur verbunden durch die Lasten für den Zweck des Unternehmens, an welchen sie alle wieder besonders beteiligt sind. Sie zahlen keine Vereinsbeiträge, sondern Lastbeiträge im einfachen alten Sinne. Während die öffentliche Genossenschaft schon ganz aus unserm Gegenstande herausfällt, war deshalb der Lastpflichten der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung hier noch zu gedenken[48].

[48] Vgl. oben Note 28. — Die Stellung der Versicherungsanstalt hat demnach

§ 49.

Verleihung öffentlicher Unternehmungen.

Die Verleihung, Konzession, bedeutet einen Verwaltungsakt, durch welchen dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben wird über ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung eigenen Namens (vgl. oben S. 180).

Das von der Verleihung betroffene Stück öffentlicher Verwaltung kann sich verkörpern in einem Grundstück, einer öffentlichen Sache, so daß für den Beliehenen ein Besitzrecht daran begründet wird, um eine besondere Nutzung auszuüben. Dadurch entsteht das oben § 39 behandelte sachenrechtliche Rechtsinstitut.

Es kann sich auch darstellen als eine Tätigkeit, die da ausgeübt werden soll als öffentliche Verwaltung, als ein öffentliches Unternehmen (vgl. oben S. 2). Das gibt dann unseren Fall[1].

I. Die Verleihung des öffentlichen Unternehmens hat Verwandtschaft mit der Übertragung eines öffentlichen Amtes. Der Unterschied besteht, wie oben S. 180, 181 hervorgehoben, darin, daß der Beliehene sein Stück öffentlicher Verwaltung eigenen Namens ausübt und zu eigenem Recht. In dieser Hinsicht gleicht die Stellung des Beliehenen einigermaßen der eines Selbstverwaltungskörpers oder sonst einer untergeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts (vgl. unten § 55, I n. 3). Auch der Selbstverwaltungskörper hat seinen begrenzten Bereich öffentlicher Verwaltung, den er eigenen Namens und eigenen Rechts besorgt. Er steht dabei, ähnlich dem beliehenen Unternehmer, unter einer beschränkten staatlichen Aufsichtsgewalt (vgl. unten § 50, I, § 61). Der Unterschied ist der, daß der Selbstverwaltungskörper für einen größeren Umfang von Verwaltungsgeschäften berufen ist tätig zu sein, der beliehene Unternehmer nur für das in der Verleihung bezeichnete Unternehmen.

---

eine große Ähnlichkeit mit dem Falle, wo der Verband fest eine juristische Person des Zivilrechts, fiskusartig, wie wir sagten, beigegeben ist. Der Unterschied ist nur, daß sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, der als solcher auch das öffentliche Unternehmen selbst gehört, in deren Namen die Beiträge also auch verwendet werden. Die Mitwirkung der Beteiligten ist von der gleichen Art wie die der „Repräsentanten“ in Schulverbänden und älteren Parochialverbänden des preußischen Rechts. Vgl. oben Note 40.

[1] Man nennt wohl auch das durch die Verleihung oder Konzession Erworbene Konzession. So erklären sich Ausdrücke wie „Verleihung einer Konzession“; vgl. z. B. Eger, Eisenbahnrecht I S. 33. „Konzession einer Konzession“ klänge schlechter; sonst ist kein Wertunterschied zwischen beiden Ausdrucksweisen.

Sodann ist aber auch der Selbstverwaltungskörper dazu geschaffen und bestimmt, öffentliche Verwaltung zu führen; es gehört zu seiner Natur als juristische Person des öffentlichen Rechts, daß er so ausgestattet sei. Die Verleihung bringt dem Beliehenen das öffentliche Unternehmen als eine äußerliche Zutat, die sein eigenes Wesen nicht berührt. Er kann ein einzelner Privatmann sein und bleiben oder eine Aktiengesellschaft; er kann eine Gemeinde sein oder ein sonstiger Verwaltungskörper, dem hier zu der öffentlichen Verwaltung, in der er seine Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts betätigen soll, noch eine zufällige Ausstattung mit öffentlicher Verwaltung erwächst, für welche seine Verhältnisse geregelt sind nicht nach Selbstverwaltungsrecht, sondern nach dem Rechte, das auch für eine Aktiengesellschaft oder einen einzelnen Privatmann in solcher Stellung gelten würde[2].

Dem äußeren Schein nach steht die Verleihung der Erteilung einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis viel näher, insofern auch hier ein bestimmtes einzelnes Unternehmen in Frage ist, welches dem Empfänger durch den über ihn ergehenden obrigkeitlichen Akt zugänglich gemacht werden soll. Das macht erklärlich, daß man den Namen „Konzession“ für beide Dinge unterschiedslos gebraucht findet, für unsere Verleihung wie für diese Erlaubnis[3]. In der Sache besteht zwischen ihnen eine tiefgreifende Verschiedenheit.

Die Tätigkeit, zu welcher gewerbepolizeiliche Erlaubnis erteilt wird, liegt ihrer Natur nach in der Freiheit des Einzelnen. Der Polizeirechtssatz erst hat sie davon ausgenommen, indem er sie unter Verbot stellte mit Erlaubnisvorbehalt; die erteilte Erlaubnis, indem sie für den Einzelfall dieses Verbot beseitigt, stellt für den Empfänger in diesem Punkte die natürliche Freiheit wieder her. Sie gibt ihm nichts Neues hinzu, begründet insbesondere kein subjektives öffentliches Recht; die natürliche Freiheit des Berechtigten kann nicht den Gegenstand eines solchen bilden[4].

---

[2] Der Staat kann nicht beliehener Unternehmer sein. Sobald auf seinem Gebiet ein öffentliches Unternehmen zulässigerweise in seinem Namen geführt wird, offenbart sich darin seine allgemeine Fähigkeit zu jeglicher Art öffentlicher Verwaltung. Auch der fremde Staat, der auf unserem Gebiet eine Eisenbahn betreibt, tut das nicht als beliehener Unternehmer, sondern kraft völkerrechtlichen Vertrags als Staat sich betätigend. Der Pachtvertrag des Deutschen Reiches mit Luxemburg vom 15. Juli 1872 wegen der Wilhelm-Luxemburg-Bahn ist kein Pachtvertrag nach zivilrechtlicher Art, aber auch keine verwaltungsrechtliche Verleihung.

[3] Darüber oben Bd. I S. 249 Note 1.

[4] Vgl. oben Bd. I S. 255 und Note 10.

Im Gegensatz dazu liegt die Tätigkeit, welche Gegenstand einer Verleihung sein soll, als ein Stück öffentlicher Verwaltung von Haus aus nicht im Machtbereich des Einzelnen, sondern ausschließlich in dem des Gemeinwesens, die Ausstattung damit macht nicht ohnehin vorhandene Kräfte frei, sondern gibt über diese hinaus eine rechtliche Macht und Fähigkeit, die eben deshalb für den Empfänger den Inhalt eines besonderen subjektiven Rechts bildet. Es leuchtet ein, daß der ganze innere Aufbau des Rechtsinstituts hier ein ganz anderer sein muß als bei der Polizeierlaubnis und eine Vermengung beider nicht stattfinden darf[5]. —

Ist der Gegenstand der Verleihung stets gedacht als ein Stück öffentlicher Verwaltung, so folgt daraus, daß dahinter stets ein Rechtssubjekt besteht, bei welchem diese Tätigkeit eigentlich daheim wäre und besorgt werden sollte. Das ist im Zweifel der Staat; die Sache kann auch dem Reiche zugewiesen sein oder, nach der anderen Seite hin, einer untergeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts, einer Gemeinde oder was ihr gleichsteht. Von diesem ursprünglich zuständigen Träger öffentlicher Verwaltung leitet dann der Beliehene sein Recht ab.

---

[5] In den 70er Jahren hatten die westschweizerischen Bahnen einen Rechtsstreit mit der Eidgenossenschaft, wobei sie behaupteten, es sei in ihre durch die Konzession begründeten Rechte durch staatliche Maßregeln eingegriffen worden. Der Bundesrat formulierte damals seine Auffassung von der rechtlichen Bedeutung des Verhältnisses dahin: „Konzessionen sind Akte der Staatshoheit. Der Staat pazisziert mit der Eisenbahngesellschaft sowenig als mit dem Wirte, Metzger, Apotheker usw., welchen er Konzessionen gewährt, über die Ausübung seiner Staatshoheit in diesen Materien“ (Heusler, Die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession S. 3). Seiler, Rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession S. 34, bemerkt dazu, daß in der Tat die Eisenbahn an sich einem Privatunternehmen gleichstehe und nur wegen ihrer eminent öffentlichen Bedeutung eine fortwährende Kontrolle und Aufsicht des Staates erfordere: „Von diesem Gesichtspunkte aus ist die (bundesrätliche) Vergleichung mit den gewerblichen Konzessionen entschieden gerechtfertigt.“ — Stünde die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens der gewerbepolizeilichen Erlaubnis des Wirtes, Metzgers usw. gleich, so wäre es allerdings richtig zu sagen: der Staat pazisziert nicht in dieser Materie über die Ausübung seiner Staatshoheit. In Wirklichkeit „pazisziert“ er aber durch die Verleihung allerdings über seine „Staatshoheit“, indem er ein Stück seiner öffentlichen Verwaltung zur Ausübung eigenen Namens überläßt. Deshalb ist eben jene Gleichstellung mit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis unrichtig gewesen. — Jellinek, Subj. Rechte S. 110 Note 1, stimmt meiner Scheidung von „Verleihung“ und „Erlaubnis“ zu. Diese Zustimmung verliert aber viel von ihrem Wert dadurch, daß er (im Text S. 110 u. 111) auch die Eisenbahnkonzession (unseren Hauptanwendungsfall!) der polizeilichen Jagderlaubnis und der Erlaubnis zum Waffentragen gleichstellt.

Es gibt Träger öffentlicher Verwaltung, die als solche Ausgangspunkte nicht in Betracht kommen können. Das sind öffentliche Stiftungen und Anstalten mit juristischer Persönlichkeit, öffentliche Genossenschaften und beliehene Unternehmer. Sie haben gemeinsam, daß ihre Ausstattung mit öffentlicher Verwaltung selbst beschränkt ist auf dieses bestimmte Unternehmen, für dessen Besorgung allein sie sind, was sie sind. Wollten sie es durch Verleihung weiter geben, um sich, wie dem Verleihenden zusteht, auf eine Aufsicht zu beschränken, so würden sie ihre ganze Rechtsstellung verleugnen.

Es kommen also nur jene öffentlichen Gemeinwesen als Verleihende in Betracht.

II. Wenn demnach das verliehene Unternehmen von Haus aus schon seinen bestimmten Sitz und seine rechtliche Zuständigkeit in der Ordnung der öffentlichen Verwaltung besitzt, so geschieht seine Übertragung auf den Beliehenen selbstverständlich nicht ohne besonderen Grund und Zweck. Er liegt darin, daß angenommen wird, es werde auf diese Weise die angemessene Durchführung des Unternehmens und die Aufbringung der Mittel dafür sich vorteilhafter gestalten. Der Beliehene trägt die Gefahr eines Mißerfolges, insofern er auf seine Rechnung arbeitet. Die Erfahrung hat gelehrt, daß beliehene Unternehmer eine Sache mit Nutzen durchführen, an welcher der Staat verlöre. Überdies werden auf solche Weise die Kräfte von allerlei Geschäftsleuten unter dem Sporn des eigenen Vorteils für das Unternehmen selbst nutzbar gemacht, denen der Staat mit seinem Beamtentum nichts Gleichwertiges gegenüberstellen könnte.

Daraus ergibt sich der Kreis von Angelegenheiten, in welchem die Verleihung zur Anwendung zu kommen pflegt.

Er deckt sich teilweise mit dem Wirkungskreise eines anderen Rechtsinstituts, des Regals. Darunter verstehen wir den Schutz eines öffentlichen Unternehmens durch das Verbot eines gleichartigen Geschäftsbetriebes. Das hat natürlich nur da einen Sinn, wo ein solcher gleichartiger Geschäftsbetrieb mit den Mitteln, die einem Einzelnen schon zur Verfügung stehen, denkbar ist, indem die nämlichen Bedürfnisse auch Befriedigung finden können durch eine Tätigkeit, die sich nicht der besonderen Formen und der Machtmittel öffentlicher Verwaltung bedient. Denn wenn das nur in dieser letzteren Weise geschehen kann, bedarf es eines besonderen Schutzes ohnedies nicht; es genügt, hier keine Verleihung zu gewähren, dann ist es eben nicht möglich. Jene Gefahr der

Nachahmbarkeit wird aber gerade in solchen Fällen am ersten bestehen, wo die sachliche Natur der zu besorgenden Verwaltungstätigkeit auch die Heranziehung der Kräfte von Geschäftsleuten in Form einer Verleihung des öffentlichen Unternehmens nahelegt. Da wird denn durch die Einrichtung des Regals sich ergeben, daß der Privatunternehmer nicht unbedingt ausgeschlossen ist von solcher Tätigkeit, sie aber nur dann betreiben kann, wenn er durch eine erhaltene Verleihung zugleich in die Lage gesetzt wird, sie als eine ihm zustehende öffentliche Verwaltung zu betreiben, in den dazu gehörigen Rechtsformen und unter der entsprechenden behördlichen Beaufsichtigung[6].

Das kann so zusammentreffen, muß es aber nicht. Es gibt öffentliche Unternehmungen, die durch Regal geschützt sind, ohne daß bei ihnen je eine Verleihung stattfindet, z. B. die Post. Und es gibt verliehene öffentliche Unternehmungen, die durch kein Regal geschützt sind gegen den Wettbewerb eines sachlich gleichartigen rein privaten Geschäftsbetriebes, z. B. die Reichsbank (vgl. unten Note 24). Daraus folgt, daß die Lehre vom Regal innerlich mit der Lehre von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens nicht verbunden ist. Eine gewisse Verwandtschaft der tatsächlichen Voraussetzungen beider Rechtsinstitute läßt sie nur gern sich tatsächlich zusammenfinden. —

Das wichtigste Anwendungsgebiet der Verleihung bilden die öffentlichen Verkehrswege.

Die Straßen und Wege, die dem Gemeingebrauche dienen, sind öffentliche Sachen des Staates oder eines Selbstverwaltungskörpers an seiner Statt. Sie bedeuten als solche öffentliche Anstalten oder Unternehmungen gemäß dem entwickelten Begriff. Sie haben ihre

---

[6] Ludwig in Ztschft. f. ges. H.R. XXXI S. 65 ff. Ursprünglich ist „Regal" einfach gleichbedeutend mit Hoheitsrecht; darauf weist ja schon der Name hin. Dann wird es vornehmlich gebraucht von den „nutzbaren" Hoheitsrechten (Zoll-, Münz-, Postregal): Haeberlin, St.R. II S. 139 Note. Das sind, eben weil sie „nutzbar" sind, auch die zur Verleihung geeigneten. Endlich nimmt das Wort das Gepräge an, daß es die durch ein Ausschlußrecht geschützten Unternehmungen bezeichnen soll, wobei es sich selbstverständlich auch immer um nutzbare Unternehmungen handelt. Ludwig a. a. O. S. 70 nennt sie „gewisse an sich privatrechtliche Befugnisse", und erläutert das als Befugnisse, die „an sich als Ausflüsse der freien Persönlichkeit und des Privateigentums zu betrachten sind". Er meint damit, was wir eben als die Nachahmbarkeit durch den Geschäftsbetrieb des Einzelnen bezeichnen.

Daß ein Wort, das so viele Wandlungen unserer öffentlichrechtlichen Zustände überdauert hat, seinen Sinn wechselt, ist nichts, was wundernehmen könnte.

ausgeprägte öffentlichrechtliche Ordnung, vor allem auch in Polizei- und Abgabenwesen[7].

Im Gegensatz dazu sind Privatwege solche, die privatwirtschaftlich verwaltet werden, nicht dem öffentlichen Verkehre dienen, sondern der Bewegung innerhalb des Privateigentums und seiner Benutzbarkeit. Sie erhalten ihre Ordnung durch das bürgerliche Recht[8].

Nun wäre es allerdings denkbar, daß ein derartiger privatrechtlich geregelter Weg gleichwohl von seinem Eigentümer der Allgemeinheit zugänglich und benutzbar gehalten würde und etwas wie ein öffentlicher Verkehr darauf sich entwickelte, tatsächlich also eine Nachahmung des richtigen öffentlichen Weges darstellend. Es wurde aber angenommen, daß ein Privatunternehmen dieser Art durch das Regal rechtlich ausgeschlossen sei. Dabei hatte man wohl vornehmlich die Einkünfte aus den öffentlichen Straßen im Auge, die nicht geschmälert werden sollten. Es kamen dazu aber doch auch höhere Gesichtspunkte der öffentlichen Verwaltung und des Gemeinwohls: das öffentliche Straßenwesen soll planmäßig und zuverlässig sich gestalten ohne Irreführungen des Verkehrs durch wilde Nachahmungen und Einmengungen[9].

---

[7] In diesem Sinne gleichbedeutend Pütter, Instit. jur. publ. §§ 335 u. 336: Zu den regalia gehört das „jus supremae potestatis circa vias publicas", und Seydel, Bayr. St.R. III S. 297: „Die öffentlichen Wege sind Verwaltungseinrichtungen des Staates oder der Gemeindeverbände".

[8] v. Bitter, Handw.B. d. Pr. Verw. II S. 316; A. Zorn in Wörterb. d. St. u. Verw.R. III S. 898. — Die Begriffsbestimmung „solche nichtöffentliche Straßen, welche für mehrere Grundstücke als Einfahrten zum Hinterlande dienen" (Rumpelt, Sächs. Bauges. S. 125), hat nur die Verhältnisse der Ortsstraßen im Auge.

[9] In dieser Hinsicht ist der Wechsel der Ausdrucksweise bedeutsam. Es war ja, wie vorhin erwähnt, der Gedanke der Nutzbarkeit des Regals in den Vordergrund getreten, die durch das Ausschlußrecht geschützt sein soll (vgl. oben Note 6). Als man später die Finanzvorteile bei den öffentlichen Wegen zugunsten des Gemeinwohls weniger betont sehen wollte, vermied man das Wort Regal und führte das Ausschlußrecht wieder auf ein der alten Polizei verwandtes Hoheitsrecht zurück. So erklärt sich der etwas leer aussehende Streit, den man eine Zeitlang um diese Bezeichnungen geführt hat. Koch, Deutschlands Eisenbahnen I S. 3 Note 3, hatte noch von dem staatlichen Wegeregal gesprochen; in Bd. II S. 484 Note 5 leistet er Abbitte, weil es sich vielmehr um ein Wegehoheitsrecht handle. Gerber, dessen Ausführungen in früheren Ausgaben seines Lehrbuches zu dieser Meinungsänderung beigetragen hatten, belobt ihn dafür (D. Priv.R. 14. Aufl. S. 162 Note 5); er findet es schwer begreiflich, wie ein anderer Schriftsteller immer noch „diese aus der Landespolizei hervorgehenden Berechtigungen zu einem Landstraßenregal stempeln kann". —

Auf diesen Grundlagen baut sich nun auf die Verleihung von Straßenunternehmungen an Privatunternehmer. Den Anlaß gab der sich entwickelnde Kunststraßenbau, wofür der Staat selbst die Mittel nicht in genügendem Umfange aufbrachte; dazu vor allem dienten dann eben die beliehenen Gesellschaften[10]. Die Verleihung bedeutet dann immer zweierlei:

— Bewilligung einer Ausnahme von dem im Regal enthaltenen Verbote der Herstellung einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Straße durch Privatunternehmer;

— Ausstattung des neuen Straßenunternehmens mit dem Rechte der öffentlichen Verwaltung, seine Anerkennung als öffentliche Unternehmung, Zusicherung seiner Gleichstellung mit einem Ausfluß des Straßenregals, wenn man so sagen will, im alten Sinne des Hoheitsrechts[11]. —

Als Beschränkung von Freiheit und Eigentum bedurfte das Wegeregal im Verfassungsstaate einer gesetzlichen Grundlage. Tatsächlich gilt es auch ohne eine solche. Es ist die alte Auffassung bestehen geblieben, daß solche Unternehmungen nicht zur natürlichen Freiheit der Menschen im Staate gehören, daher es sich hier um einen Eingriff nicht handele. Die Grenzen der Freiheit sind aber ja Auffassungssache; vgl. oben § 20, II. Hier ergibt sich diese Verneinung um so leichter, als tatsächlich die Verwaltung immer die Mittel in der Hand hat, das Gelingen eines solchen Konkurrenz-Straßenunternehmens zu vereiteln, vor allem indem sie ihm den Anschluß an ihre öffentliche Straße versagt. Dazu bedarf sie keiner besonderen gesetzlichen Grundlage.

[10] Anwendungsfälle der Verleihung von Straßenunternehmungen lieferten früher in Preußen häufig die Chausseebauten. Der Bau und die Unterhaltung wurde von einer Aktiengesellschaft übernommen „gegen Verleihung angemessener Abgaben". Darüber das Material bei v. Rönne, Verf. u. Verw. des Preuß. Staates T. IV, Bd. IV Abt. 2 (Wegepolizei) S. 178 ff. Vgl. auch Germershausen, Pr. Wegerecht I S. 373 ff.

[11] Auch Privatstraßen, als dem Privatverkehr dienende, im Gegensatze zu solchen einem Privaten verliehenen öffentlichen Straßen, bedürfen baupolizeilicher und wegepolizeilicher Genehmigungen (schon wegen des Anschlusses an die öffentliche Straße); das bedeutet keine Verleihung. — Ebenso ist es keine Verleihung, wenn ein Privatunternehmer eine im Bebauungsplan vorgesehene öffentliche Straße ausbauen darf, um die Verwertung der angrenzenden Bauplätze zu beschleunigen. Der Zweck ist, daß die Stadt die Straße, wenn sie fertig ist, übernehmen soll; erst dadurch wird sie dann öffentliche Straße. Vorher nicht. Der Unternehmer hat weder Rechte noch Pflichten eines Beliehenen, noch soll er sie je bekommen. Die Vorschriften, die ihm gegeben werden, setzen ihn nur in Stand zu wissen, was er tun muß, um jenen Erfolg zu ermöglichen. R.G. 22. Sept. 1888 (Entsch. XXII S. 294): Die Anordnungen der Stadt (über die Art des Ausbaues der Straße) geben ihr „zwar wohl das Recht, die Übernahme der Straße zur eigenen Unterhaltung solange abzulehnen, als ihren Anordnungen nicht völlig entsprochen war; sie boten ihr vielleicht auch unter Umständen die Möglichkeit, die Benutzung der

In der gleichen Weise können künstliche Wasserstraßen verliehen werden, öffentliche Schiffahrtskanäle[12]. Bei natürlichen Wasserstraßen hat das keinen Sinn, weil sie keinen Kapitalaufwand zu ihrer Herstellung erfordern.

Ferner sind Gegenstand der Verleihung Brücken und Fähranstalten, beide unter der Voraussetzung, daß sie dem öffentlichen Verkehr zu dienen bestimmt sind. Hier kommt aber noch eine eigentümliche Verwicklung zum Vorschein. Brücken und Fähreinrichtungen bedeuten nämlich zugleich einen Besitz an dem Wasserlauf, über welchen sie führen. Untersteht dieser dem Privatrecht, so wird die Zustimmung des Eigentümers notwendig sein oder was sie ersetzt; wasserpolizeiliche Gesichtspunkte können außerdem in Betracht kommen. Handelt es sich dagegen um einen öffentlichen Fluß, so wird auch für eine Brücke oder Fähre, die nicht dem öffentlichen Verkehre dienen soll, die Einräumung eines besonderen Nutzungsrechts durch eine Verleihung der oben § 39 dargestellten Art erforderlich werden. Das ist etwas anderes als die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, von der wir hier handeln. Soll es aber eine öffentliche Brücke oder Fähre werden, die ein Einzelner oder eine Gesellschaft herstellt und betreibt, so bedarf es hier einer Verleihung von beiderlei Art: Verleihung des besonderen Nutzungsrechts am Fluß und Verleihung des öffentlichen Unternehmens der Brücke oder Fähre. Das wird zweckmäßigerweise in die Zuständigkeit einer einzigen Stelle gelegt und zu einem Akte verbunden werden. Die doppelte Natur des rechtlichen Vorgangs darf darüber nicht verkannt werden[13].

Straße für den öffentlichen Verkehr und der Besetzung mit Wohngebäuden entgegenzutreten"; aber sie hat keinen „Anspruch auf die Ausführung", ein „Vertrag" liegt nicht vor.

[12] Der bayrische Ludwigs-Donau-Main-Kanal war ursprünglich einer zu diesem Zwecke gebildeten Aktiengesellschaft zum Bau und Betrieb verliehen gewesen (Bayr. Ges. v. 1. Juli 1834); erst nachträglich hat ihn der Staat erworben.

[13] In Preußen besteht das Fährregal und das Brückenregal, beide in dem Sinne, daß solche Einrichtungen zur Benutzung durch andere gegen Entgelt, also für allgemeinen Verkehr, nur mit Genehmigung des Staates geschaffen und betrieben werden können. Für die Fähren bestimmt das ausdrücklich A. L.R. II, 15 § 51, soweit es sich um öffentliche Flüsse (Ströme) handelt, aufrechterhalten durch Wasserges. v. 7. April 1913 § 397, soweit es sich um „Wasserläufe erster Ordnung" handelt (vgl. oben § 35 Note 41). Für die Brücken bestimmt A. L.R. II, 15 § 52 auch wieder nur beim Strome die Notwendigkeit einer staatlichen „Erlaubnis", ohne es Regal zu nennen: Holtz u. Kreutz, Pr. Wasserges. I zu § 26 Ziff. 4. Beides hat die Einräumung einer Benutzung des öffentlichen Gewässers im Auge. Die eigentliche Regalität beruht für beides auf A. L.R. II, 15 §§ 88 u. 90: An

In der großartigsten Weise ist aber unser Rechtsinstitut zur Wirksamkeit gelangt bei den Eisenbahnen. Die Eisenbahn ist gleich von ihrem ersten Auftreten an und bevor noch besondere gesetzliche Ordnungen und Vorbehalte gemacht worden waren, als ein Unternehmen betrachtet worden, das der Einzelne oder, wie es hier immer der Fall ist, die Aktiengesellschaft nur herstellen und betreiben kann auf Grund einer Verleihung von seiten des Staates. Daß regelmäßig Enteignung dazu notwendig wurde, gab nur den äußerlichen Grund. Durchschlagend war, daß die Eisenbahn sofort unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Verkehrswegs gebracht wurde, der als solcher sein Recht nur vom Staate herleiten kann und nicht nachgeahmt werden darf[14].

---

die Verleihung des Rechts, Brücken- und Fährgeld zu erheben, knüpft sich nach § 138 ebenda die Unterhaltungspflicht; das macht aber unser Rechtsinstitut aus. Germershausen, Pr. Wegerecht I S. 296 ff. u. 325 ff. Die Sache liegt also so, daß für jede solche dem allgemeinen Verkehr dienende Einrichtung ohne Unterschied der Art des Gewässers die Verleihung nötig ist; beim öffentlichen Flusse kommt außerdem noch die staatliche Genehmigung wegen der Benutzung dieses seines Herrschaftsraumes hinzu. — Über die verschiedenen Rechtsbeziehungen der Brücken zum Gewässer und zur Straße vgl. v. Bitter, Handw.B. d. Pr. Verw. I S. 337 Art. Brücken im Zuge öffentlicher Wege. Das wird auch für die Verleihung von Wichtigkeit.

Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 78 behandelt Brücken und Überfahrtsanstalten nur unter jenem zweiten Gesichtspunkte: Zustimmung des Staates ist nötig wegen seines Eigentums und aus polizeilichen Rücksichten; es handelt sich bloß um eine „Schutzbestimmung“: Eymann, Bayr. Wasserges. II S. 32 ff. — Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 25 fordert zum „gewerbsmäßigen Betrieb von Fähren“ eine „Erlaubnis der Verwaltungsbehörde“. Es handelt sich dabei um „strompolizeiliche Aufsicht“. Bei „Regalflüssen“ (Elbe, Mulden, weiße Elster) „ist hierzu Verleihung durch die Ministerien des Innern und der Finanzen erforderlich“. Das ist als Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts gedacht. Von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens ist also hier gar nicht die Rede; deshalb wäre eine solche hier gleichwohl nicht ausgeschlossen, sofern die Fähre zugleich als ein der öffentlichen Brücke gleichstehendes Verkehrsmittel anzusehen ist.

[14] Die Anknüpfung wurde dadurch erleichtert, daß man ursprünglich das Eisenbahnunternehmen sich so vorstellte, daß hier nur der vorteilhafte Schienenweg geliefert wird, auf welchem man gegen Entrichtung eines Wegegeldes („Bahngeldes“) mit seiner Lokomotive oder seinem Pferdewagen fahren darf. So noch Pr. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 27. Vgl. vor allem auch die erste deutsche Eisenbahnkonzession, unten Note 27. Reyscher, in Ztschft. f. D. R. XIII S. 285, will denn die Eisenbahnen ohne weiteres unter das Straßenregal fallen lassen. Andere nehmen wenigstens ein damit verwandtes besonderes Eisenbahnregal an. Das bedeutet einen Namen mehr, sonst nichts. Koch, Deutschlands Eisenb. II S. 484; Haberer, Österr. Eisenbahnrecht S. 3; Eger, Preuß. Eisenbahnrecht I S. 26, welche gleichfalls auf das Wegeregal als Ausgangspunkt hinweisen, heben

Daher auch bei den Eisenbahnen sofort eine grundlegende Unterscheidung gemacht wird, wie sie ähnlich schon für die gewöhnlichen Straßen anerkannt war: nur die öffentliche Eisenbahn, d. h. die dem öffentlichen Verkehr gewidmete, fällt unter diesen Gesichtspunkt. Zufuhrlinien für einzelne Bergwerke, Hütten, Fabriken (Schleppbahnen), Schienenwege innerhalb eines Landgutes, Fabrikanwesens oder zwischen solchen (Betriebsbahnen), nur für die Zwecke dieser Unternehmungen bestimmt, fallen nicht darunter, sowenig wie die Privatstraßen (vgl. oben S. 436). Auch für solche Privatbahnen können polizeiliche Erlaubnisse nötig werden mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Betriebs; wo ein öffentlicher Weg durchschnitten werden soll, wird die Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts zu erwirken sein. Von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, von welcher wir hier handeln, ist dabei nicht die Rede[15].

---

dabei noch die große Wichtigkeit hervor, die es für den Staat hat, dieses mächtige Verkehrsmittel in der Hand zu behalten. Das wird nicht bestritten werden. Aber die Wichtigkeit allein macht noch keinen Rechtssatz. — Arndt, in Arch. f. öff. R. XI S. 383 f., behauptet unter Berufung auf Pr. Eisenb.Ges. § 36: „Der Rechtsgrund dafür, daß öffentliche Eisenbahnen nur auf Grund einer vom Staate ausgestellten Berechtigung angelegt werden dürfen, liegt im Postregal". Er übersieht dabei, daß der Schwerpunkt des konzessionsbedürftigen Eisenbahnunternehmens von Anfang an in der Bereitstellung des Schienenweges, nicht in der Transportausführung gelegen ist. Die erste deutsche Eisenbahn hat auch nie mit der Postbeförderung zu tun gehabt und fiel doch unter das Regal.

[15] Koch, Deutschlands Eisenb. I S. 2; Eger, Preuß. Eisenb.R. I S. 2 Anm. 3 Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 22; v. Roenne, Preuß. St.R. IV S. 579 Note 1a; Illing, Handb. f. Preuß. V.Beamte I S. 964 Note (Reskript v. 18. Dez. 1869: eine Eisenbahn zur Privatbenutzung unterliegt nur einer Prüfung „in landespolizeilicher Hinsicht, insbesondere in Anbetracht der von der Eisenbahn zu überschreitenden öffentlichen Wege"). — O.V.G. 13. Sept. 1890 (Eger, Eisenb.Entsch. VIII S. 48) behandelt die Frage ausführlich. Ein Ziegeleibesitzer hatte eine Geleisbahn eingerichtet von seinem Tonberg nach der Ziegelei. Er beantragt dafür Genehmigung. Wegen Durchschneidung einer Straße bedarf er der Zustimmung des Herrn der Straße (besonderes Nutzungsrecht nach § 39 hier oben). Im übrigen hat die Behörde sich mit dieser Bahn nur zu beschäftigen von dem polizeilichen Standpunkte aus der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. „Die Resultate einer solchen Prüfung können in der Form einer Konzession, eines Konsenses zusammengefaßt werden. Ein solcher stellt sich dann als die Erklärung dar, daß gegen die beabsichtigte Anlage polizeilicherseits nichts zu erinnern sei, verleiht dem Empfänger aber kein wohlerworbenes Recht." Eine richtige Konzession oder Verleihung tut das. Hier könnte es sich nur um eine Konzession im Sinne von Polizeierlaubnis handeln. Auch die ist überflüssig, da kein Verbot besteht, von dem zu entbinden wäre; die „Konzession" bedeutet hier bloß die Erklärung: ich sehe vorerst keinen Grund einzuschreiten. — Ähnlich wegen der Genehmigung eines Privatanschlußgeleises

Während durch das mehr und mehr sich durchsetzende Staatseisenbahnwesen die Verleihung bei den Hauptbahnen stark in den Hintergrund geschoben ist, hat sie noch für die Kleinbahnen und vor allem für die Straßenbahnen eine große Bedeutung. Hier spielt noch die Aktiengesellschaft ihre Rolle, bis auch sie durch die Gemeinde als Unternehmerin verdrängt sein wird. Die Straßenbahngesellschaft bedarf für ihr öffentliches Verkehrsunternehmen der staatlichen Verleihung[16]. Außerdem bedarf sie, um ihre Schienen in den Straßenboden legen zu dürfen, der Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts an der Straße, wofür die Herrin der Straße, die Gemeinde, zuständig ist. Beide, Staat wie Gemeinde, können ihre Bedingungen stellen, jedes für seine Verleihung. Das Gesetz wird hier geneigt sein einzugreifen, um dem Willen der staatlichen Behörde im Widerspruchsfalle die überwiegende Kraft zu sichern[17].

Greift schon mit den Straßenbahnen der Kreis der verleihbaren Unternehmungen über die öffentlichen Sachen hinaus, so ist das

---

R.G. 25. Nov. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 313): Die Genehmigung „hat nicht die Aufgabe, ein öffentliches Bau- und Betriebsrecht oder eine entsprechende Pflicht des Unternehmers zu schaffen, sondern gewährt ihm nur die Sicherheit, daß vom Standpunkt der polizeilichen Interessen gegen Bau und Betrieb nichts einzuwenden". Unsere Verleihung schafft ein solches öffentliches Bau- und Betriebsrecht nebst entsprechender Pflicht des Unternehmers!

[16] Aus den dem Kleinbahnunternehmer auferlegten öffentlichrechtlichen Pflichten, vor allem auch aus der Betriebspflicht, schließt Eger, Kleinbahnenges. S. 36, mit Recht: „Alle diese Pflichten charakterisieren die Genehmigung einer Kleinbahn zu einer über die bloß polizeiliche Genehmigung hinausgehenden Konzession". Arndt, in Arch. f. öff. R. XI S. 381/382, läßt diese Pflichten „befriedigend nur durch die Annahme erklären, daß der Eisenbahntransport in dem Sinne ein Staatsmonopol ist, daß das Recht hierzu nur durch die staatliche Genehmigung erworben werden kann". Aber das Staatsmonopol allein würde solche Pflichten nicht bedeuten. Das Tabakmonopol kann dazu führen, daß man einer „Einfuhrlizenz" bedarf, um seine Zigarren über die Grenze zu bringen; damit verbindet sich dort keine Pflicht, einzuführen. Die Pflichten ergeben sich hier vielmehr daraus, daß das durch Monopol (Regal) geschützte öffentliche Unternehmen durch Konzession übertragen wird. Von ihrer wesentlichen verpflichtenden Kraft sagt das Monopol und die bloße Entbindung davon nichts.

[17] Pr. Kleinbahnenges. v. 28. Juli 1892 verlangt neben der staatlichen Verleihung (§ 2: „Genehmigung") noch die Zustimmung des Wegeunterhaltungspflichtigen (§ 6; also vor allem in der Stadt der Gemeindevertretung); diese Zustimmung kann aber durch Beschluß des Provinzialrates bzw. Kreisausschusses „ergänzt" werden (§ 7; nach Erwägungen des öffentlichen Interesses: Eger, Kleinbahn Ges. S. 137). — In Sachsen, wo eine derartige Bestimmung nicht besteht, ist es fraglich, ob ein Zwang gegen die Stadt geübt werden kann. Theissig in Fischer Ztschft. XXXVII S. 24 ff. — Pasquay, Elektr. Starkstromanl. S. 87 ff.

noch deutlicher der Fall bei den Telegraphenanstalten. Ein solches Unternehmen für den allgemeinen Nachrichtenverkehr ist an sich wieder als ein öffentliches, zur öffentlichen Verwaltung gehöriges denkbar oder als Privatgeschäft. Das Gesetz erklärt es zum Regal mit der Wirkung, daß auch die entsprechenden privatgeschäftlichen Nachahmungen verboten sind. Die Ausübung des Rechts kann durch den Reichskanzler an Privatunternehmer „verliehen" werden. Dann wird nicht bloß das Verbot beseitigt, sondern auch die Telegraphenanstalt dieses Privatunternehmers eine öffentliche[18].

Nachträglich hat das Gesetz auch die drahtlose Telegraphie in den Kreis seiner Vorschriften gezogen. Solche Anlagen und ihr Betrieb sind schlechthin von einer Genehmigung des Reiches abhängig gemacht[19]. Das wird dann verschiedene Rechtsgestaltungen annehmen können. Wenn das Reich selbst die Anlage errichtet, so bedarf es keiner Genehmigung; es kommt bloß darauf an, daß die Zuständigkeitsgrenzen der verschiedenen Reichsstellen dabei beobachtet werden. Wenn ein Bundesstaat die Genehmigung erhält, so bedeutet das, daß er nun die Anlage errichten kann ohne seine Bundespflichten zu verletzen, eine Erlaubnis also, die von dem verfassungsmäßig bindenden Verbot entbindet. Die Natur eines öffentlichen Unternehmens gibt er seiner Einrichtung dann aus eigener Kraft. Ist es ein Privatunternehmer, der die Anlage machen und betreiben will — und auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, Gemeinden z. B. können als solche hier in Betracht kommen —, so kann gemeint sein, daß sie öffentlichen Zwecken und dem Dienste der Allgemeinheit gewidmet sein soll als öffentliches Unternehmen: dann bedeutet die Genehmigung die Verleihung eines solchen im Sinne des hier erörterten Rechtsinstituts. Möglicherweise ist es aber auf einen beschränkten Zweck der Privatwirtschaft des Unternehmers abgesehen, der als solcher nicht geeignet ist, einem öffentlichen Unternehmen den Inhalt zu geben, dann wird die Genehmigung die Natur einer bloßen Erlaubnis erhalten, in ihren Wirkungen der Polizeierlaubnis vergleichbar, und

[18] R.Tel.Ges. v. 6. April 1892 § 1 (Regal), § 3 (die freigelassenen Anlagen, vor allem Privatanlagen, entsprechend den Privatstraßen und Privateisenbahnen). § 2 (Verleihung des in § 1 vorbehaltenen Rechts an Privatunternehmer).

[19] R.G. v. 7. März 1908 fügt zu Ges. v. 6. April 1892 § 3 hinzu: „Elektrische Telegraphenanlagen, welche ohne metallische Verbindungsleitungen vermitteln, dürfen nur mit Genehmigung des Reiches errichtet und betrieben werden". Nachdem das Gesetz von 1892 „Verleihung" zum Fachausdruck erhoben hat, ist die Wahl von „Genehmigung" hier bedeutsam.

die vom Gesetze angeordnete „Kontrolle“ ist nicht eine Fürsorge für die gute Durchführung eines öffentlichen Unternehmens, wie die hier zu erörternde Aufsicht (unten § 50), sondern eine polizeiliche Überwachung zur Verhütung von Schädlichkeiten[20]. —

Als ein Fall der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens wird endlich auch aufgefaßt werden müssen die Reichsbank. Er weist gewisse Besonderheiten auf, die sich aber sehr leicht erklären: wenn das Gesetz ausnahmsweise einmal eingreift, um einen Einzelfall unmittelbar zu ordnen, ergeben sich immer solche Besonderheiten; zu diesem Zwecke greift es ja gerade ein[21]. — Drei Punkte sind hier hervorzuheben:

— Die Reichsbank ist zweifellos ein öffentliches Unternehmen, eine öffentliche Anstalt des Reiches: sie dient zur Wahrnehmung von Aufgaben seiner öffentlichen Verwaltung und ist ausgestattet mit entsprechenden rechtlichen Vorzügen und Auszeichnungen[22].

---

[20] R.Tel.Ges. v. 6. April 1892 § 4, der die Kontrolle anordnet über Errichtung und Betrieb der Privattelegraphenanlagen, daß sie „sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen halten“, gilt auch für drahtlose Telegraphie. Wo eine Verleihung stattfindet, fügt sie frei ihre weiteren Bedingungen hinzu.

[21] Bankges. v. 14. März 1875 § 12: „Unter dem Namen ‚Reichsbank‘ wird eine unter Aufsicht und Leitung des Reiches stehende Bank errichtet, welche die Eigenschaft einer juristischen Person besitzt und die Aufgabe hat usw.“ Hier kommt es dem Gesetz zunächst nur darauf an, daß die Reichsbank durch eine besondere juristische Person, die zu ihr gehört und der sie gehört, vom Reiche unterschieden ist. Welcher Art diese Person sei, ergibt das Weitere. Die Meinungen sind hier geteilt. Beutler, Die Reichsbank S. 231 ff., gibt in aller Knappheit eine sehr reichhaltige Aufzählung.

[22] Laband, St.R. III S. 143 Note, bemerkt mit Recht, daß die „Form des Privatbetriebes“ (sagen wir „privatwirtschaftlichen Betriebes“) kein Hindernis sei, daß die Reichsbank „öffentliche Aufgaben und staatliche Zwecke“ verfolge. Das Beispiel der Eisenbahnen, das er anführt, trifft zu. Betont muß nur werden, daß auch samt dieser privatwirtschaftlichen Form, welche dazu neigt, im Einzelfall privatrechtlich geordnete Verhältnisse entstehen zu lassen, die Reichsbank wie die Eisenbahn ein Stück öffentlicher Verwaltung, ein öffentliches Unternehmen, eine öffentliche Anstalt bedeutet. Das ist ein etwas bestimmterer Begriff als die Verfolgung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Zwecke. Die Eigenschaft der Reichsbank als einer öffentlichen Anstalt des Reiches ist auch von Anfang an viel betont worden. Vgl. Beutler, Die Reichsbank S. 232 ff. Unrichtig ist es nur, wenn man von dieser Erkenntnis im Zusammenhang mit der anderen, daß eine besondere juristische Persönlichkeit hier vorliegt, so ganz glatt hinübergleitet zu der Annahme, es müsse hier eine Anstaltspersönlichkeit oder öffentliche Anstaltspersönlichkeit gegeben sein. So Rosin, Öff. Genossensch. S. 50; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 869 u. 913; ders., D. Pr.R. I S. 637; Beutler, Die Reichsbank S. 237. Meine Verwahrung gegen diese Behandlung des Stoffes in

— Diese Reichsbank wird aber nicht im Namen und für Rechnung des Reiches betrieben, sondern sie gehört einer juristischen Person des Privatrechts, gestaltet auf Grundlage eines Vereins von Anteilseignern nach dem Muster einer Aktiengesellschaft. Diese nennt sich selbst wieder die Reichsbank, gerade wie die juristische Person Deutsche Bank nach ihrem Geschäfte sich nennt[23].

— Daß aber nun diese verpersönlichte Privatgesellschaft ausgestattet worden ist mit dem Stück öffentlicher Verwaltung, das die Reichsbank von Haus aus bedeutet, damit es in ihrem Namen und für ihre Rechnung geführt werde, das darf man nicht durch innerliche Konstruktionen ihrer juristischen Persönlichkeit erklären wollen. Diese Verbindung ist vielmehr das gewöhnliche Ergebnis unseres verwaltungsrechtlichen Rechtsinstituts: mit der Gründung der juristischen Person Reichsbank vollzog das Gesetz zugleich die Verleihung des öffentlichen Unternehmens Reichsbank an jene[24].

Arch. f. öff. R. I S. 717 hat nichts geholfen. Hier kommt es aber doch erst noch darauf an, zu prüfen, welche Rechtsgestalt die mit dieser Anstalt verbundene besondere juristische Person erhalten hat. Vgl. unten § 56 Note 21.

[23] Bankges. § 23 ff. — Richtig Laband, St.R. III S. 141 ff.; G. Meyer-Dochow, D. Verw.R. S. 342; R.G. 31. Dez. 1902 (Entsch. LIII S. 231): „Da die Reichsbank, wenn nicht eine Aktiengesellschaft, so doch gewiß ein der Aktiengesellschaft ähnlicher Personenverein ist". Rosin, Öff. Genossensch. S. 51, glaubt einen Unterschied aufweisen zu können, indem bei Eisenbahnaktiengesellschaften „die Verfolgung des öffentlichen Zweckes nur als Mittel für die Erwerbszwecke ihrer Mitglieder fungierte", während bei der Reichsbank „das Erwerbsinteresse der Anteilseigner in den Dienst ihres öffentlichen Zweckes gestellt ist". Meines Erachtens trifft dieses letztere geradeso bei den Aktionären der beliehenen Eisenbahngesellschaft zu. Kapitalisten sind sie beide in erster Linie.

[24] Ein Seitenstück dieses rechtlichen Vorganges in Bayr. Ges. v. 11. Juli 1834, den Ludwigs-Donau-Main-Kanal betreffend. § 1 bestimmt, daß die Herstellung des Kanals als eine „öffentliche Anstalt" im Sinne von Verf.Urk. IV § 8 (Enteignung) behandelt werden soll. § 2: „In der Ausführung dieses Unternehmens wird einer zu bildenden Privataktiengesellschaft das Privilegium erteilt und zugleich das Finanzministerium ermächtigt, sobald dieselbe durch Abnahme von der Hälfte des ganzen Fonds sich gebildet haben wird, mit dem vierten Teile der für die Ausführung ermittelten Aktiensumme als Aktionär einzutreten". Die „Erteilung des Privilegiums" ist eben nach damaliger Sprechweise die Verleihung der „öffentlichen Anstalt", wie sie nachher auch bei der Reichsbank sich vollzieht.

Laband, mit dem wir in den beiden ersten Punkten (öffentliches Unternehmen und juristische Person des Privatrechts) übereinstimmen, legt auf dieses Zwischenglied (die beides verbindende Verleihung) keinen Wert. Unseres Erachtens ist es unentbehrlich, um zu erklären, wie die Aktiengesellschaft nun dazu kommt, zuständigerweise „staatliche Zwecke zu verfolgen". — Es werden hier manchmal recht seltsame Brücken geschlagen. R.G. 18. Jan. 1886 (Entsch. XV S. 236): „Die

Daß die Geschäfte der juristischen Person Reichsbank für sie durch Reichsbeamte besorgt und überwacht werden, ist nichts Unerhörtes. Dafür haben beliehene Eisenbahnaktiengesellschaften mehrfach die Vorbilder geliefert, deren Linien in ausgiebigste staatliche Verwaltung gekommen sind. Auch die Gewinnbeteiligung des Reiches und was damit sonst noch zusammenhängt, stimmt ganz vortrefflich zu unserem Rechtsinstitut.

III. Die rechtliche Natur der Verleihung als des staatlichen Willensaktes, der für den Empfänger die Ausstattung mit dem öffentlichen Unternehmen begründet, unterlag im Laufe der Zeit verschiedenen Beurteilungen.

Im älteren Rechte handelt es sich dabei um eine Verleihung der Ausübung des Regals, das die entsprechende Betätigung zum Inhalt hat. Lehnrecht und Privilegium, welche die Rechtsformen liefern für die geschichtlich so bedeutsam gewordene Übertragung obrigkeitlicher Gewalten, finden auch für diese Dinge Anwendung[25].

Dem Polizeistaat entspricht es, auch hier wieder seine Zweiteilung durchzuführen. Der Staat ists, der den Unternehmer mit den Zwangsbefugnissen ausstattet, die er etwa für das geplante

---

Reichsbank ist ein Organ des Reiches". Dazu vgl. oben § 42 Note 18. — Rosin, Öff. Genossensch. S. 50, erklärt die Reichsbank für „eine öffentliche Anstalt mit gewissen korporativen Elementen". Die „Elemente" haben in der Rechtswissenschaft fast so viel Segen gestiftet wie die „Organe". — Bei Dalchow, in Annalen 1912 S. 386 f., ist die Reichsbank eine juristische Person des öffentlichen Rechts, aber „mit ihren weitverzweigten einzelgeschäftlichen Wurzeln auf dem Privatrechtsboden fußend", ähnelt sie „der Weltesche Yggdrasil aus der nordischen Mythologie".

[25] Im alten Reiche ist die Post zuerst Privatunternehmen des Leonhard von Taxis, dann von diesem kraft kaiserlichen Amtes betrieben, dann dessen Sohne als kaiserliches Regal zu Lehen gegeben, 1615 als Reichsmannlehen, seit 1621 als Manns- und subsidiarisches Weiberlehen (Haeberlin, St.R. III S. 64 ff.). — v. Kreittmayr, Cod. Max. I cap. II § 16: „Privilegium bedeutet im weitschichtigen Verstande alle sowohl von Natur als menschlicher Anordnung herrührende Vorzüge". Moser, St.R. IV S. 252: „Privileg ist eine kaiserliche, jemanden erteilte Begnadigung und Freiheit etwas zu tun oder zu lassen, welches sonst niemand als ein solchergestalten von dem Kaiser Begnadigter zu tun oder zu lassen befugt ist, oder ein Kaiserlicher Befehl, daß andere in Ansehung des Begnadigten etwas tun oder lassen müssen, so sie ohne einen solchen Befehl zu tun oder zu lassen nicht wären schuldig gewesen." Kaiser und Landesherr können mit diesem dehnbaren Institut sehr viel anfangen; es geht weit über unseren Gegenstand hinaus. Klüber, Öff. R. § 486 mit § 461 ff., gibt eine reichhaltige Aufzählung, darunter auch Dinge, die als Verleihung öffentlicher Unternehmungen anzusehen wären.

öffentliche Unternehmen nötig haben kann. Das ist Gegenstand eines öffentlichrechtlichen Aktes, der als Verleihung bezeichnet wird: Verleihung des Enteignungsrechts, Verleihung des Rechts, Gebühren zu erheben von den Benutzern der Straße, der Brücke. Dahinter steht aber ein umfassender Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Fiskus, in welchem die Leistungspflichten des ersteren bestimmt werden und die etwaigen Zuschüsse, die er erhalten soll. Das geht auf Geld, ist deshalb privatrechtlicher Natur und der ganze Vertrag desgleichen[26].

Die neue Ordnung des Rechts- und Verfassungsstaates hat auf solche Weise eine Erbschaft von festgewurzelten Anschauungen überkommen, der gegenüber die ihr entsprechende Auffassung des Verleihungsaktes nur mühsam durchdringt. Der am wichtigsten gewordene Anwendungsfall des Rechtsinstituts, die Eisenbahnkonzession erschwerte die Aufgabe durch die Mannigfaltigkeit ihres Inhalts. Es handelte sich dabei von Anfang an um Aktiengesellschaften; dem damaligen Stande des Handelsrechts gemäß beginnt deshalb der Akt immer mit der Genehmigung der Gesellschaft selbst. Das darf nicht als ein Bestandteil unseres Rechtsinstituts behandelt werden. Sodann verbindet sich damit sehr gern die Gewährung eines ausschließlichen Rechts für gewisse Linien; das ist wichtig für den Unternehmer, aber, juristisch betrachtet, eine Zutat, die auch fehlen kann. Dazu werden noch Steuerbefreiungen, Zuschüsse, Zinsgarantien bewilligt, Rückfallsrechte vorbehalten, Kautionspflichten auferlegt. Aus allen diesen gilt es den wesentlichen Kern herauszuschälen[27]. Eine Zeitlang entstand

---

[26] v. Roenne, Verf. u. Verw. d. Preuß. Staates T. IV Bd. IV Abt. 2 (Wegepolizei) S. 181: „Zu jedem Unternehmen dieser Art (Chausseebau durch Privatgesellschaft) ist der Abschluß eines Vertrages erforderlich, welcher die Rechte und Verpflichtungen zwischen dem Unternehmer und dem Fiskus feststellt".

[27] Das erste deutsche Eisenbahnkonzessionsgesuch wurde am 16. Dezember 1833 an den König von Bayern gerichtet und enthielt folgende Bitten:

„1. Die vorgelegten Gesellschaftsstatuten zu bestätigen;

2. der solchergestalt sanktionierten Gesellschaft ein ausschließliches Privilegium zur Herstellung und immerwährenden Benutzung der Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth und deren künftigen Fortsetzungen nach allen Richtungen unter Befreiung von allen indirekten Staatsauflagen zu verleihen;

3. der Eisenbahn selbst und ihren Fortsetzungen die Rechte und den Schutz der Staatsstraßen allerhuldreichst zuzusichern". (Hagen, Die erste deutsche Eisenbahn S. 77.)

Der letzte Satz ist das Wesentliche. Man sieht hier deutlich, wie angeknüpft wird an das Straßenregal. — Die daraufhin erfolgte Erteilung des Privilegs vom 19. Februar 1834 hat folgenden Wortlaut: „Nachdem die zur Errichtung einer

nun zwischen dem Staat und den Eisenbahngesellschaften eine Reihe von aufsehenerregenden Streitigkeiten über ihre beiderseitigen Rechte. Die dadurch veranlaßten Untersuchungen der Natur der Eisenbahnkonzession waren stets auf die Frage abgestellt, inwiefern aus dieser ernsthaft zu nehmende Rechte des Unternehmers hervorgehen könnten[28]. Dreierlei Meinungen kamen dabei zur Geltung[29].

Die erste beseitigt alle Schwierigkeiten dadurch, daß sie der Eisenbahnkonzession nach alter Weise insoweit die öffentlichrechtliche Natur versagt. Sie ist ein privatrechtlicher Vertrag, den der Staat mit dem Unternehmer abschließt und aus welchem

---

Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth zusammengetretene Aktiengesellschaft um Verleihung eines ausschließenden Privilegiums hierfür die untertänigste Bitte gestellt hat, so wollen wir nach gewonnener Einsicht und Genehmigung der von dieser Gesellschaft entworfenen Statuten in allergnädigster Anerkenntnis des fraglichen Unternehmens als einer gemeinnützigen für die Verkehrserleichterung zwischen zweien der gewerbereichsten Städte Unseres Königreichs zum öffentlichen Gebrauche dienenden Anstalt das erbetene ausschließende Privilegium zur Errichtung einer Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth für die nächstfolgenden dreißig Jahre, jedoch unter nachstehenden Bedingungen bewilligen und hiermit verliehen haben, daß

„1. die bezeichnete Eisenbahn binnen der nächsten fünf Jahre, vom Tage gegenwärtiger Verleihung an gerechnet, wirklich eröffnet werde;

2. die Gesellschaft sich verbindlich erkläre, für den Fall des Anschlusses anderer von uns genehmigter Eisenbahnen, welche in irgendeiner Richtung durch einen Teil des Landes geführt werden, an diese privilegierte Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth derselben die durch oben bemerkte größere Verbindung etwa erforderlich werdende Erweiterung oder sonstige Einrichtung, welche der Anschluß fordert, zu geben;

3. endlich das erteilte Privilegium durch fünfjährigen Nichtgebrauch erlösche."

Das „Privilegium", das durch Nichtgebrauch erlöscht, bedeutet hier offenbar nicht etwa ein Verbietungsrecht gegenüber Konkurrenzbahnen, sondern das Recht an dem öffentlichen Unternehmen selbst.

[28] Hierher gehören: Rüttimann, Rechtsgutachten über die Frage, inwieweit durch die Eisenbahnkonzessionen der schweizerischen Kantone und die Beschlüsse der schweizerischen Bundesversammlung für die beteiligten Gesellschaften Privatrechte begründet werden. — Drei Rechtsgutachten, betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen, von Carrard, Heusler und Hilty (aus Anlaß des Broyetalbahnstreites verfaßt). — Zur Nordbahnfrage, Gutachten von Exner und Grünhut in des letzteren Ztschft. f. Priv. u. öff. R. XIV S. 704 ff. — Denkschrift über die Verstaatlichung der im Großherzogtum Hessen gelegenen Strecke der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn-Gesellschaft, von Laband verfaßt als Entgegnung auf ein von G. Meyer über diese Frage erstattetes Gutachten; dazu dann des letzteren „Erwiderung" auf diese Denkschrift.

[29] Übersicht bei Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten S. 22.

privatrechtliche Ansprüche entstehen wie sonst auch. Sogar eine Gebundenheit der gesetzgebenden Gewalt an diesen Vertrag hat man behaupten wollen[30]. Wo man die öffentlichrechtliche Bedeutung des Vorganges nicht ganz übersieht, glaubt man wenigstens ein gemischtes Rechtsgeschäft annehmen zu dürfen. Der Konzessionsakt wird in zwei Teile zerlegt: in den eigentlichen Konzessionsakt, Konzessionsakt im engeren Sinn, durch welchen die öffentlichrechtlichen Wirkungen erzeugt werden, die hier zu beobachten sind, insbesondere die Zulässigkeit der Enteignung für das Unternehmen und die Überlassung der Ausübung der Bahnpolizei, und in die Konzession im weiteren Sinne, umfassend alle übrigen Bestimmungen, namentlich auch die Begründung aller vermögensrechtlichen Ansprüche des Unternehmers, was dann eben den privatrechtlichen Vertrag vorstellt. Das ist nichts anderes als die fortgeschleppte polizeistaatliche Auffassung[31].

Die zweite Meinung geht darauf aus, jedes Recht des Unternehmers gegen den Staat zu verneinen, und die Begründung findet sie darin, daß sie die Konzession schlechthin für einen öffentlichrechtlichen Akt erklärt und sonst nichts, für einen hoheitlichen Akt. Ein solcher kann seiner Natur nach den Staat nicht binden; dieser ist jederzeit in der Lage, die eingeräumte Vergünstigung wieder einzuschränken oder ganz zurückzunehmen, und zwar ohne

---

[30] Vgl. oben Note 26. In diesem Sinne Rüttimann in seinem oben Note 13 erwähnten Gutachten. Dazu die treffende Widerlegung von Sachs, in Ztschft. f. H.R. XIX S. 330 ff. Carrard in seinem Gutachten S. 14 und ebenso Meili, R. d. mod. Verkehrsanst. S. 22, glauben darauf hinweisen zu sollen, daß auch die französischen Juristen hier von einem Vertrage sprechen. Allein der „contrat administratif", von welchem bei Dufour, Batbie, Perriquet u. A. die Rede ist, soll ja in Wahrheit kein Vertrag sein, sondern hat nur den Namen eines solchen; vgl. Arch. f. öff. R. III S. 25.

[31] So Carrard a. a. O. S. 8; ebenso Hilty in seinem Note 28 erwähnten Gutachten S. 16: „Es nimmt also jede Eisenbahnkonzession an Private unwillkürlich (!) neben dem Charakter einer Verleihung von Souveränitätsrechten auch den Charakter eines zweiseitigen Privatvertrages an, aus dem gegenseitig gerichtlich klagbare Rechte und Gegenrechte entstehen. Diese beiden Seiten, die staatsrechtliche und die privatrechtliche, bestehen in jeder Eisenbahnkonzession nebeneinander, dieselbe hat einen staatsrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil". Ebenso Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 24: Die Konzession erhält zunächst den Willen der Staatsgewalt, die Ausübung des Hoheitsrechts nicht selbst zu vollziehen, sondern einem Dritten zu überlassen. „Enthält die Urkunde noch andere Bestimmungen, so erhält sie auch noch den Charakter eines zweiseitig verbindlichen Vertrages." — Über die „gemischten" Rechtsinstitute im allgemeinen vgl. oben Bd. I S. 120.

Entschädigung, denn: qui jure suo utitur neminem laedit[32]. Auch dieses ist polizeistaatliche Auffassung, für welche ja öffentliches Recht und rechtloses Gebiet gleichbedeutend sind[33].

Daneben kam dann allmählich eine dritte Meinung auf, wonach die Verleihung allerdings ein Akt von durchaus öffentlichrechtlicher Natur ist, gleichwohl aber nicht bloß Pflichten, sondern auch Rechte des Untertanen, des Beliehenen, zu begründen vermag. Um zu erklären, wie die Verleihung imstande sei, so zu wirken, legt man ihr Bezeichnungen bei, welche auf einen besonderen Zusammenhang hinweisen mit der Hauptquelle alles Rechtes, mit dem Gesetz. So entstand die Lehre: die Eisenbahnkonzession sei ein Akt der Gesetzgebung, ein Spezialgesetz, ein Privilegium[34]. Mit dem Gesetzesbegriff unseres neuzeitlichen Staatsrechts läßt sich das offenbar nicht vereinigen. Denn Gesetz im materiellen Sinne, Rechtssatz, ist die Verleihung selbstverständlich nicht. Gesetz im formellen Sinne kann sie sein; das ist aber keineswegs wesentlich für sie. Es hängt davon ab, daß nach dem geltenden Recht Verleihungen dem Gesetze vorbehalten sind oder das Gesetz außerordentlicherweise einen solchen Fall an sich zieht und selbst behandelt. Regelmäßig ergehen die Verleihungen nicht in dieser Form, sondern werden einfach von den Behörden, vielleicht auch vom Staatsoberhaupt, in den Formen ihrer sonstigen Verfügungen erlassen.

Es handelt sich auch bloß um einen an das Gesetz erinnernden Namen, woran man so hartnäckig festhält. Sachlich kommt gar

---

[32] Dies ist der Standpunkt des Schweizerischen Bundesrates in der Botschaft über Eisenbahnwesen v. 16. Juni 1871; vgl. oben Note 5. Ebenso Seiler, Rechtl. Natur der Eisenbahnkonzession S. 24.

[33] Vgl. oben Bd. I S. 48 u. 110 Note 7.

[34] Meili in Ztschft. f. H.R. XXIV S. 359: Die Eisenbahnkonzession ist „kein Vertrag, sondern ein einseitiger Hoheitsakt des Staates; sie ist ein Gesetz für einen konkreten Fall, ein Privilegium". Koch, Deutschlands Eisenbahnen II S. 489; Gleim, R. der Eisenb. I S. 77; Tezner, in Arch. f. öff. R. IX S. 539 Heusler, Rechtsgutachten zum Broyetalbahnstreit S. 9; Seiler, Rechtl. Natur der Eisenb.Konz. S. 28; Eger, Eisenb.R. I S. 93; ders., Kleinbahnenges. S. 32 u. 35 ff.; Fritsch in Wörterb. d. St. u. Verw.R. I S. 661; ders., Handb. d. Eisenb.Gesetzgebung S. 12. Etwas schwankend Endemann, R. d. Eisenb. S. 280 bis 282: Die Konzession ist „nicht ein nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilender Vertrag"; das daraus entstehende Verhältnis ist zwar als „ein vertragsmäßiges zu bezeichnen"; allein ihrem Wesen nach ist die Konzession ein „Verwaltungsakt"; sie ist „für den Erwerber ein Privileg"; doch „als Spezialgesetz darf sie nicht behandelt werden".

nichts dabei heraus[35]. Daß man diese unfruchtbaren Bemühungen nicht schon längst aufgegeben hat, das liegt allein an der noch immer weitverbreiteten Unbekanntschaft mit dem für das Verständnis unseres öffentlichen Rechts so unentbehrlichen Begriffe des Verwaltungsaktes. Die Verleihung ist ein obrigkeitlicher Ausspruch, der im Einzelfall für den, über welchen er ergeht, bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll. Insofern er das nicht so tut, daß er nur erklärt, was schon Rechtens ist, sondern es mit freiem Ermessen, schöpferisch zustande bringt, stellt er sich dar als eine Verfügung. Die Fähigkeit, öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse und subjektive öffentliche Rechte zu erzeugen, versteht sich bei diesem Verwaltungsakte von selbst. Wenn man Anstellung im Staatsdienst, Verleihung besonderer Nutzungsrechte an öffentlichen Sachen als öffentliche Rechtsgeschäfte bezeichnen will, so paßt dies auch auf die Verleihung öffentlicher Unternehmungen[36].

Die Verleihung entspricht ganz den allgemeinen Grundsätzen

---

[35] Das Privilegium, die lex in privos facta, bezeichnete ja im alten Rechte gar vielerlei; vgl. oben Note 25. Einen bestimmteren Begriff gewinnt das Wort lediglich vom Standpunkt der Justiz aus. Die braucht ihr Gesetz, die obrigkeitliche Norm, an der sie den Einzelfall mißt. Regelt die Obrigkeit einen Einzelfall unmittelbar in einer von der Justiz anzuerkennenden Weise, so beharrt diese auf ihrem Schema und denkt sich die Sache so, daß die unentbehrliche Norm in der zu messenden Anordnung selbst stecke als „Individualnorm"; die Orakel sind gerettet. Vgl. Thon in Arch. f. öff. R. V S. 150 ff.; Windscheid-Kipp, Pand. I S. 684 ff. Wer über das Justizgehege hinübersehen kann, überzeugt sich leicht, daß diese Schematisierung doch nicht durchführbar ist, und verzichtet auf das allgemeine Ausfüllungsmittel „Privilegium". Bei Windscheid-Kipp a. a. O. S. 685 soll übrigens die Bedeutung „Rechtssatz" bei den allein hier in Betracht kommenden Privilegien im engeren Sinn (Einzelfall) „in den Hintergrund treten oder ganz verschwinden". Privilegium bedeutet dann bloß den Erfolg: die „günstige Rechtsstellung" — auch wieder ein Name, der aber wenigstens unschädlich ist und uns nicht weiter angeht. Zur Erklärung der Wirkungen der Konzession könnte das Privilegium nur in der Bedeutung Rechtssatz dienen, und darauf wird ja hier verzichtet. In jenem unschädlichen Sinne wird aber das gelehrt klingende Privilegium auch jetzt noch bei Erläuterung des praktischen Rechts viel und gern verwendet: Gleim, Eisenb.R. S. 75; Fritsch, Handb. d. Eisenb.Gesetzgebung S. 12; Eger, Preuß. Eisenb.R. I S. 26 ff.; ders., Kleinb.Ges. S. 35. — Über die Wertlosigkeit dieser Ausdrucksweise: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 120; Bühler, Subj. Rechte S. 233.

[36] So G. Meyer-Dochow, Verw.R. S. 286; Rehm, Gewerbekonzession S. 36; Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 106 ff.; Fleiner, Institut. S. 322; O.L.G. Karlsruhe 6. Mai 1904 (Puchelt, Ztschft. XXXV S. 611). Im Ergebnis auch Herold, Der schweizerische Bund und die Eisenbahnen S. 75.

der Lehre vom Verwaltungsakt, angepaßt selbstverständlich an die Besonderheiten ihres Inhalts[37].

1. Zuständig zur Verleihung ist die Behörde des Gemeinwesens, dem das durchzuführende Unternehmen eigentlich gehört. Durch Einzelgesetz ist natürlich alles zu machen. Die behördliche Zuständigkeit kann durch gesetzliche Rechtssätze genauer bestimmt sein. Im übrigen ist der Kreis der verleihbaren Unternehmungen herkömmlich begrenzt. Er kann nicht willkürlich, d. h. ohne gesetzliche Grundlage erweitert werden. Denn die Gesetze, welche dem Unternehmen die nötige Ausstattung mit öffentlichrechtlichen Rechtsinstituten geben, werden dafür angesehen, einem Beliehenen nur in den Fällen zugute kommen zu wollen, wo die Verleihung noch innerhalb der herkömmlichen Fälle sich bewegt. Es würde deshalb von den zur Nachprüfung berufenen Stellen sein Unternehmen gegebenenfalls doch nicht nach den für ein öffentliches Unternehmen geltenden Bestimmungen behandelt werden: Zulassung zur Enteignung, Ausstattung mit der nötigen Polizeigewalt, Abgabenerhebung von der Benutzung der Brücke, der Straße, der Fähre hängen davon ab. Das sichert die Einhaltung der Grenze.

2. Die Verleihung begründet für den Beliehenen die Fähigkeit, das öffentliche Unternehmen eigenen Namens zu besitzen und zu betreiben; sie begründet aber vor allem auch eine Pflicht für ihn, daß er dieses auf seine Kosten durchführe. Eine solche Belastung als Eingriff in Freiheit und Eigentum bedürfte nach allgemeinen Grundsätzen einer gesetzlichen Grundlage. Diese kann aber hier wieder ersetzt werden durch die Unterwerfung des Betroffenen, die in dessen Gesuch oder in der Annahme der Verleihung zu finden ist. Die Verleihung stellt sich regelmäßig dar als ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung wie die Anstellung im Staatsdienste, ein Vertrag sowenig wie diese[38]. Die Verhandlungen, welche vorausgehen, stellen Bedingungen und Umfang dieser Unterwerfung fest und bestimmen den genaueren Inhalt des dadurch zulässig gewordenen Verwaltungsaktes. Was wirkt, ist wiederum dieser allein[39]. Das Gesetz könnte statt dessen auch das Unter-

---

[37] Vgl. oben Bd. I § 9.

[38] Vgl. oben Bd. I S. 100 und hier § 43, I.

[39] Deshalb hat es keinen Zweck, in diesen Verhandlungen, die der Erteilung des „Privilegiums" vorhergehen, schon einen Vertrag zu sehen: Eger, Eisenb.R. I S. 94. — Die Verhandlungen haben vor allem auch die Bedeutung, im voraus festzustellen, daß der zu Beleihende seinerseits will, daß er sich dem ergehenden Verleihungsakt unterwirft; ohne der Erfüllung dieser Voraussetzung seiner Gültig-

nehmen dem dafür auserwählten Unternehmer einseitig auferlegen oder auferlegen lassen. Es tut es nur für gewöhnlich nicht, ebensowenig wie es auf solche Art im Staatsdienste anstellen läßt, und aus guten, der menschlichen Natur entnommenen Gründen. Ausnahmsweise jedoch findet es statt und zwar in der Form, daß es eine juristische Person für diesen Zweck eigens gründet, um ihr das Unternehmen als auferlegte Verpflichtung sofort mitzugeben. Hier bedarf es dann keiner Unterwerfung, die für die juristische Person erst noch zu erklären wäre[40].

3. Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes tritt ein, wie immer, mit der Eröffnung an den beliehenen Unternehmer. Ordentlicherweise wird dies durch Aushändigung einer Verleihungsurkunde geschehen, Seitenstück der Bestallung.

Die Zweckmäßigkeit kann verlangen, daß auch die Allgemeinheit davon in Kenntnis gesetzt werde, daß ihr nunmehr ein neues öffentliches Unternehmen entgegentreten soll und daß sie diesen Unternehmer als den zu betrachten hat, der es vertritt. Veröffentlichungen sind angebracht. Das Gesetz schreibt wohl auch vor, daß die behördliche Verleihung Dritten gegenüber erst mit der Vornahme solcher Veröffentlichungen rechtliche Wirkung haben soll. Von selbst versteht sich das nicht; es handelt sich nicht um Rechtssätze, die in Kraft treten sollten[41].

Wo das Gesetz selbst die Verleihung macht (oben n. 2 u. Note 40), gehört es ja zu seiner eigenen Form veröffentlicht zu werden. Wenn es den künftigen Träger des öffentlichen Unternehmens selbst erst schafft, findet dafür eine besondere Eröffnung an diesen nicht statt: er bringt seine Ausstattung mit dem Unternehmen schon mit auf die Welt, ohne daß sie ihm kundgemacht wäre, noch an Jemanden für ihn.

---

keit sicher zu sein, erläßt man diesen sowenig wie die Anstellung im Staatsdienst; vgl. oben § 43, I.

[40] Nach H.G.B. § 195 Abs. 2 Ziff. 6 wird die Verleihungsurkunde schon bei der Anmeldung der Eisenbahnaktiengesellschaft zum Handelsregister vorzulegen sein, also bevor diese entstanden ist. Hier haben die Gründer, für die künftige Gesellschaft handelnd und mit Wirkung für sie, angenommen: Eger, Eisenb.R. I S. 124. Die Verleihung des Ludwig-Donau-Main-Kanals durch Bayr. Ges. v. 11. Juli 1834 (vgl. oben Note 24) ist noch bedingt durch die Annahme des Bauentwurfs seitens der zu bildenden Gesellschaft (§ 2 des Gesetzes). Ohne Weiteres bewirkt Bankges. v. 14. März 1875 § 12 die Verleihung der Reichsbank, sobald der dafür in Aussicht genommene Verein mit juristischer Persönlichkeit zustande gekommen ist (vgl. oben Note 21).

[41] So verlangt Preuß. Ges. v. 10. April 1872 § 1 Ziff. 5 mit § 4 die Veröffentlichung von Eisenbahnkonzessionen durch die Amtsblätter als Bedingung ihrer „Wirksamkeit".

§ 50.

Fortsetzung; Rechte und Pflichten des beliehenen Unternehmers.

Das Rechtsgeschäft der Verleihung begründet für den beliehenen Unternehmer Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber dem Verleihenden. Sie ergeben sich aus dem bestimmten Inhalt des Verleihungsaktes.

Für gewisse Arten von verleihbaren Unternehmungen hat das Gesetz allgemeine Regeln aufgestellt, nach welchen die Verleihung sich richten soll. Das ist vor allem für die Eisenbahnkonzessionen geschehen[1]. Die einzelnen Bestimmungen binden aber mit verschiedener Kraft:

— Vorschriften über das Verfahren bei der Verleihung und bei Geltendmachung der Rechte des Staates daraus, sowie für die Ordnung der beteiligten Behörden, also Formvorschriften im weitesten Sinne, sind in erster Linie den Behörden selbst gegeben, können also nicht geändert werden. Das Gesetz ist insoweit einfach zu vollziehen nach den allgemeinen Grundsätzen von der bindenden Kraft des Rechtssatzes.

— Vorschriften über das sachliche Verhältnis des Beliehenen zum Staate, eigentliche Konzessionsbedingungen, welche das Gesetz aufstellt, haben im Zweifel nur die Bedeutung des nachgiebigen Rechtes. Das Gesetz will nur gelten, soweit der Verleihungsakt nicht Abweichendes bestimmt durch seinen Wortlaut oder durch Bezugnahme auf vorausgehende Abmachungen. Es schafft, wie beim zivilrechtlichen Rechtsgeschäft, stillschweigenden Inhalt des Aktes.

— Die Gesetze enthalten auch Bestimmungen über besondere Befugnisse und Gewalten öffentlichrechtlicher Art, welche dem Beliehenen zustehen oder zu seinen Gunsten von den Behörden ausgeübt werden sollen Dritten gegenüber. Soweit es sich dabei handelt um Eingriffe in Freiheit und Eigentum, als da ist Enteignung und Belastung von Grundstücken, Abgabenerhebung, Polizeibefehl, Polizeistrafe und Polizeizwang, bezeichnen diese Bestimmungen unüberschreitbare Machtgrenzen. Die verleihende Behörde kann weniger geben, aber nicht mehr. Das Überschießende verbleibt unter dem Vorbehalte des Gesetzes[2].

---

[1] Preuß. Ges. über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838; Ges. über die Kleinbahnen v. 28. Juli 1892.

[2] Man darf nicht glauben, die rechtliche Bedeutung dieser verschiedenen Vorschriftsarten mit ein und derselben Formel ausdrücken zu können. Loening,

Der Schwerpunkt des ganzen Verhältnisses liegt bei den Pflichten des Unternehmers. Seine Rechte haben nur die Bedeutung, ihn zur Übernahme dieser zu bestimmen und ihm die Erfüllung zu ermöglichen. Durch die Vereinigung beider erhalten dann aber auch die Endigungsarten des Verhältnisses ihre Eigentümlichkeiten.

I. Durch die Verleihung wird der Beliehene *verpflichtet, das öffentliche Unternehmen auf seine Kosten ins Werk zu setzen und zu betreiben.*

Ein ähnlich gestalteter Pflichtenkreis ließe sich, für den äußeren Anschein wenigstens, auch in den Formen des bürgerlichen Vertragsrechts begründen und durchführen. Die öffentlichrechtliche Natur der Verleihung bekundet sich aber auch hier wieder durch die rechtliche Ungleichheit, in welcher die Beteiligten nicht bloß bei dem grundlegenden Rechtsgeschäft, sondern auch bei Geltendmachung der Ansprüche daraus sich gegenüberstehen. Der Staat, oder wer an seiner Stelle als der Verleiher aufgetreten ist, sichert die seinigen durch obrigkeitliche Maßregeln, mit welchen er gegen den Beliehenen und sein Unternehmen vorgeht. Den Inbegriff der Rechtsgewalt, die ihm zu diesem Zwecke zukommt, bezeichnet man als sein *Aufsichtsrecht*. Es ist die gleiche Bezeichnung, die uns schon begegnete bei der öffentlichen Dienstpflicht als Recht der „Dienstaufsicht“ (oben § 45 Eing.) und der wir in der Lehre von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Recht der „Staatsaufsicht“ wieder begegnen werden (unten § 61). Bei der öffentlichen Dienstpflicht haben wir gesehen, wie darin ein besonderes Gewaltverhältnis zum Ausdruck kommt gemäß dem oben Bd. I S. 104 f. entwickelten Begriffe und wie mit der Dienstgewalt der Staatsdiener bei seiner Pflicht gehalten wird in Befehl und Zwang. Das findet hier seine Seitenstücke. Auch das Aufsichtsrecht über den beliehenen Unternehmer bedeutet ein Gewaltverhältnis und entfaltet sich in entsprechenden Formen.

1. Auf Grund des Aufsichtsrechts wird dem Unternehmer *in rechtlich bindender Weise genauere Bestimmung darüber gegeben, was zu seinen verleihungsmäßigen Pflichten gehört*. Die Einzelheiten seiner Pflicht, die neuen Wendungen, welche sie nehmen kann, werden aus der Aufgabe

---

Verw.R. S. 628, hat nur unsere zweite Art im Auge, wenn er überall die Bestimmungen der Konzession in erster Linie maßgebend sein läßt; *Eger*, Eisenb.R. I S. 118, nur die dritte, wenn er verlangt, daß die besonderen Bedingungen der Konzession „sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten müssen“.

heraus, die er übernommen hat, durch obrigkeitliche Aussprüche entwickelt und festgestellt. Sie haben die gleiche rechtliche Natur wie die auf Grund der Dienstgewalt erlassenen Dienstbefehle[3].

Wie diese können solche Aussprüche hier ergehen in allgemeinen Regeln, welche den Beteiligten in geeigneter Weise kundgemacht werden als Regulative, Ordnungen, Betriebsreglements. Sie können bestimmt sein, wiewohl das hier selten zutrifft, für alle, einzeln noch nicht bezeichneten Unternehmer zu gelten, bei welchen ihre Voraussetzungen zutreffen. Sie sind dann gleichwohl keine Rechtssätze, sondern Verwaltungsvorschriften, allgemeine Anweisungen, wie die Dienstanweisungen[4].

---

[3] Koch, Deutschl. Eisenb. II S. 503: „Dieses dem Staate unveräußerlich zustehende Recht wird durch die Vorbehalte in den Konzessionen nicht erschöpft, sondern erstreckt sich so weit, als die Pflicht des Staates reicht, dafür zu sorgen, daß die Eisenbahn ihre Eigenschaft als öffentliche Transportanstalt erfüllt". Der dieser Pflicht entsprechende Anspruch des Staates beruht aber selbst wieder auf der übernommenen Verleihung. Das muß gesagt werden, damit nicht naturrechtliche Ideen des Polizeistaates hier hereinfließen.

Es wiederholt sich hier die oben Bd. I S. 369 Note 10 hervorgehobene Erscheinung, daß das Reich in seiner Zuständigkeit von den für die Bundesstaaten begründeten Gewaltverhältnissen Gebrauch macht, um vermöge derselben bindende Anordnungen ergehen zu lassen. Wie dort der Bundesrat Dienstvorschriften erläßt für die Zoll- und Steuerbeamten der Bundesstaaten, so erscheinen hier wieder Bundesrat und Reichseisenbahnamt mit Verwaltungsbefehlen für die beliehenen Privateisenbahnunternehmer der Einzelstaaten. Ges. betr. die Errichtung eines Reichseisenbahnamtes v. 27. Jan. 1875 § 5 Ziff. 1: „In bezug auf die Privateisenbahnen stehen dem Reichseisenbahnamte zur Durchführung seiner Verfügungen dieselben Befugnisse zu, welche den Aufsichtsbehörden der betreffenden Bundesstaaten beigelegt sind."

[4] Eine allgemeine Anweisung dieser Art bedeutet die Bayr. Verord. v. 20. Juni 1855, die Erbauung von Eisenbahnen betreffend, welche zugleich die Verpflichtungen der beliehenen Eisenbahnunternehmer regelt. Seydel, Bayr. St.R. III S. 328 ff., behandelt sie als Rechtsverordnung. Dagegen V.G.H. 13. April 1886 (Entsch. VII S. 213) und 4. Mai 1886 (Entsch. VII S. 228): Die Verordnung, der „eine gesetzliche Kraft nicht innewohnt", wird bindend und wirksam nur „nach Art eines Vertragsverhältnisses", als „lex contractus". Die zivilrechtliche Ausdrucksweise für das Eisenbahnkonzessionsverhältnis wird nicht irremachen. Zu beachten ist aber, daß diese Vorschrift auch für die schon gegebenen Verleihungen maßgebend ist; das erklärt sich nicht mehr unter dem Gesichtspunkt einer lex contractus, sondern nur aus dem begründeten Gewaltverhältnis, insofern allerdings wird nur „nach Art eines Vertragsverhältnisses" gewirkt.

Hierher gehören auch die Eisenbahnbetriebsreglements des Bundesrates, soweit sie die Privateisenbahngesellschaften treffen. Vgl. Gerstner in Arch. f. öff. R. XI S. 161 ff. Die herrschende Meinung, wonach die Verkehrsordnung jetzt Rechtssätze enthielte (Laband, St.R. III S. 103), scheint mir nicht begründet. Der Umschlag soll dadurch bewirkt sein, daß jetzt H.G.B. § 471 Vereinbarungen,

Die Feststellung der Pflicht kann auch geschehen im Einzelfall durch einen eröffneten Befehl, der ein Verbot, vor allem aber ein Gebot sein kann, eine Auflage. Die Auflage ist der Befehl, eine Vorkehrung oder Einrichtung zu treffen, welche für die Durchführung des Unternehmens erfordert und demgemäß in der Pflicht des Beliehenen enthalten ist[5].

Das Maß solcher Forderungen beschränkt sich nicht darauf, daß das Unternehmen einfach fortgeführt und instand gehalten werde, noch auf die Fernhaltung neu auftauchender Schädlichkeiten. Auch die Verbesserung des Unternehmens und die Erhöhung seiner Nützlichkeit für das öffentliche Wohl kann verlangt werden. Daß das neue Arbeit und vermehrte Kosten für den Unternehmer bedeutet, ist kein Hindernis. Er hat das Unternehmen zu dem seinigen machen lassen als etwas Lebendiges samt dem natürlichen Wachstum, das einem solchen Stück des gesellschaftlichen Körpers eigen zu sein pflegt[6]. Es kann angenommen werden, daß auch die Vorteile, die es ihm gewährt, entsprechend wachsen.

Es sind allerdings Fälle denkbar, wo diese Mehrleistungen nicht angesehen werden können als eine Last, die aus dem Unternehmen selbst herauswächst und der die Aussicht auf ausgleichende Vorteile zur Seite steht. Das hindert nicht, sie von dem Beliehenen

---

die „mit der Eisenbahnverkehrsordnung in Widerspruch stehen", für ungültig erklärt. Dann müßten aber auch die nach Gew.O. § 134a erlassenen Arbeitsordnungen der Fabrikherren Rechtssätze enthalten, denn Gew.O. § 134c Abs. 2 knüpft die gleiche Folge daran. Damit das Widersprechende ungültig sei, bedarf es eines Rechtssatzes, der das erklärt, nicht aber muß auch das, dem widersprochen wird, ein Rechtssatz sein, damit diese Wirkung an den Widerspruch geknüpft werden könne. Ist danach die ältere Auffassung jetzt noch maßgebend, so liegt hier wieder ein Fall vor, wo das Reich das für den Einzelstaat begründete Gewaltverhältnis und dessen darauf beruhendes Aufsichtsrecht geltend macht. Der Einwand, den Seydel, Kom. S. 278, und Laband, St.R. III S. 130 Note 1, gegen Gerstner erheben, daß er das Wesen der Reichsaufsicht verkenne, trifft diese Art von Aufsicht nicht. — Nicht hierher gehören ortspolizeiliche Vorschriften für die Sicherheit des Verkehrs einer Kleinbahn: Kam.G. 3. Juni 1909 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 293). Sie beruhen nicht auf der Verleihung und den dadurch begründeten Pflichten.

[5] C.C.G. 25. Juni 1853 (J.M.Bl. 1853 S. 485); O.Tr. 28. Sept. 1871 (Strieth. LXXXII S. 333); O.L.G. Hamm 28. Okt. 1908 (Eger, Eis.Entsch. XXVI S. 135); R.G. 27. Okt. 1893 (Entsch. XXXII S. 133); Sächs. Min. d. Inn. 5. Aug. 1904 (Fischers Ztschft. XXVIII S. 168); Sächs. O.V.G. 25. Jan. 1902 (Fischers Ztschft. XXV S. 179).

[6] Österr. V.G.H. 30. Juni 1909 (Eger, Eis.Entsch. XXVI S. 292): Die Eisenbahn ist „zur Ausgestaltung ihrer Anlagen entsprechend der Verkehrsentwicklung durch die Aufsichtsbehörde anzuhalten".

zu fordern, der schlechthin dafür einsteht, daß das Unternehmen dem öffentlichen Wohl die seiner Aufgabe entsprechenden Nützlichkeiten voll gewähre. Eine Besonderheit wird hier nur insofern sich ergeben, als eine Entschädigung des benachteiligten Unternehmers in Betracht kommt[7]. Eine solche wird ja auch in anderen Fällen gewährt werden, soweit die Billigkeit es zu fordern scheint oder es notwendig wird, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Hier aber handelt es sich möglicherweise um einen Rechtsanspruch, beruhend auf einem allgemeinen Billigkeitsrechtssatz der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Davon unten § 53.

2. Wie die Dienstgewalt entwickelt auch das Aufsichtsrecht neben dem die Pflichten genauer bestimmenden Befehl noch gewisse Machtmittel zur Sicherung der Pflichterfüllung, die man wohl unter dem Namen Zwang, das Wort im weiteren Sinne genommen, zusammenfaßt.

Die Dienststrafgewalt, welche bei der öffentlichen Dienstpflicht die Hauptrolle spielt (oben § 45, II), hat hier ein Seitenstück in dem Verwirkungsausspruch, der über den beliehenen Unternehmer ergehen kann. Es ist „epurative Disziplin", der Strafentlassung vergleichbar. Der Verwirkungsausspruch hat seinen Platz vor allem da, wo der Beliehene das Unternehmen überhaupt nicht ins Werk setzt. Es pflegt ihm eine Frist gesteckt zu sein für den Beginn oder die Fertigstellung. Versäumt er die, so kann er seiner Rechte verlustig erklärt werden, besser: das ganze Verleihungsverhältnis kann aufgehoben werden mit Einschluß seiner Pflichten. Das kann auch nach Fertigstellung des Unternehmens noch geschehen, wenn er seine Schuldigkeit nicht tut. Darüber noch weiter in der Lehre von den Endigungsgründen der Verleihung, hier unten III, n. 2.

---

[7] Diese Fragen wurden eingehend erörtert in dem Rechtsstreit der westschweizerischen Bahnen gegen die Eidgenossenschaft, worüber die Rechtsgutachten von Carrard, Heusler und Hilty (vgl. oben § 49 Note 5). Der Bundesrat hatte der Gesellschaft aufgegeben, auf ihrer Broyetallinie einen vierten Zug täglich einzustellen. Dieser war für notwendig erachtet wegen des durchgehenden Verkehrs der anderen Bahnen. Das Recht des Bundesrates zu dieser Auflage wurde allseitig anerkannt. Aber Entschädigung ist geschuldet. Heusler, Gutachten S. 28, begründet dies damit, „daß der S.O. die Kosten des vierten Zuges billigerweise nicht zugemutet werden dürfen. Sie hat die Erstellung und den Betrieb einer Lokalbahn übernommen; sie hat hierbei den gewichtigen Faktor in Anschlag bringen dürfen, daß sie, solange der Verkehr in den engen Grenzen des Lokalverkehrs bleibt, zu mehr als zwei Zügen, sofern solche zur Beförderung der Passagiere genügen, nicht könne angehalten werden."

Eigentliche Zwangsmittel, die ja auch bei der öffentlichen Dienstpflicht nebenbei vorkommen (vgl. oben S. 331 f.) sind hier verhältnismäßig wichtiger.

Sie erscheinen in der Form von Ungehorsamsstrafen, Zwangsstrafen, die gegen den Unternehmer ausgesprochen werden können auf Grund des Gesetzes (vgl. oben Bd. I S. 285 ff.) oder auf Grund einer ihm auferlegten Konzessionsbedingung.

Sie erscheinen als Zwangsersatzvornahme in mehrfacher Gestalt:

— Der Vorgang kann das gleiche Bild bieten wie bei der polizeilichen Zwangsvollstreckung (oben Bd. I S. 293 ff.): die durch die Auflage geforderte Maßregel wird im Falle der Säumnis an Stelle des pflichtigen Unternehmers durch die Behörde zur Ausführung gebracht, der Kostenbetrag festgesetzt und beigetrieben.

— Umfassender tritt die Ersatzvornahme hier auf, indem der Staat das ganze verliehene Unternehmen vorübergehend in die Hand nimmt, um zum Rechten zu sehen und den hervorgetretenen Mangelhaftigkeiten abzuhelfen. In diesem Sinne findet namentlich bei Eisenbahnunternehmungen eine Sequestration statt[8].

— Die Ersatzvornahme kann aber insbesondere hier auch darin bestehen, daß der Staat die Rechte seines beliehenen Unternehmers gegen dessen Angestellte und Bedienstete selber geltend macht, um gegen Versäumnisse und Pflichtwidrigkeiten vorzugehen, die zugleich eine Verletzung seiner eigenen Ansprüche aus der Verleihung zur Folge haben. Er verfügt alsdann an Stelle des unmittelbar berechtigten Dienstherrn die ausbedungenen Vertragsstrafen oder spricht geradezu die Dienstentlassung aus. Das ist selbstverständlich nur zulässig, soweit Gesetz oder eine Klausel der Verleihung dafür die Grundlage geben[9].

---

[8] Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 309 ff.

[9] Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 311; Eger, Preuß. Eisenb.R. I S. 45 Note 28, S. 53 Note 37. — Die oben Note 3 angeführte Bestimmung R.Ges. v. 27. Juni 1873 § 5 Ziff. 1 gibt dem Reichseisenbahnamt in bezug auf Privateisenbahnen nicht bloß die Ausübung der staatlichen Anweisungsgewalt gegen die Unternehmer selbst, sondern auch die Ausübung der dem Staate zustehenden Ausübung dienstherrlicher Befugnisse dieser Unternehmer gegenüber ihren Beamten. Dienstherrliche Befugnisse des Unternehmers — verleihungsrechtliche Aufsichtsrechte des Staates — bundesrechtliche Aufsichtsrechte des Reiches bilden eine Kette, deren unterstes Glied von dem obersten aus in Bewegung gesetzt werden kann. Die verhängten Ungehorsamsstrafen würden nach § 5 Ziff. 1

II. Die Rechte, die wir *aufseiten des Beliehenen* finden, sind allesamt „Privatrechte“ in dem Sinne, daß sie eigene Rechte eines Privaten, eines Untertanen vorstellen. Im übrigen ist zu unterscheiden.

1. Die Verleihung bewirkt, daß dem Beliehenen Macht gegeben wird über das von ihm zu führende öffentliche Unternehmen. Das ist ein Stück aus der öffentlichen Verwaltung, die dem Verleiher zusteht, und soll auch in seiner Hand öffentliche Verwaltung bleiben. Diese für ihn rechtlich begründete Macht bedeutet demnach ein subjektives öffentliches Recht gemäß dem oben Bd. I § 10 n. 3 entwickelten Begriffe: ein abgesondertes öffentliches Recht in Form des *Besitzes* eines Stückes öffentlicher Verwaltung. Das Recht des Unternehmers äußert sich — nach Art der subjektiven Rechte überhaupt — in doppelter Richtung: im *Anspruch auf Schutz* und in der *Verfügung über das Recht*.

— Der *Schutzanspruch* richtet sich gegen den Staat, gegen die vollziehende Gewalt: der Besitz des Beliehenen an seinem Unternehmen ist unter die Gewähr des Vorbehalts des Gesetzes gestellt, Entziehung und Einschränkung bedürfen wie Eingriffe in das Eigentum eines besonderen Rechtstitels, um zulässig zu sein. Und nicht bloß das: der Staat ist auch gebunden, die im Unternehmen erscheinende Willensmacht des Beliehenen andern gegenüber zu handhaben und zu schützen als rechtlich gleichgeartet seiner eigenen Verwaltung und vollgültig in ihrem Wirkungskreis: er verletzt dessen Recht, wenn er nicht danach verfährt[10].

Satz 2 jenes Gesetzes auf Requisition des Reichseisenbahnamtes von den bundesstaatlichen Aufsichtsbehörden zur Vollstreckung gebracht werden.

[10] *Laband*, St.R. I S. 495, nennt unter den Rechten des Reichsbeamten als erstes „das Recht auf Schutz“. Wenn damit nur ein besonderer Schutz gegen „Angriffe“ bei seinen Amtshandlungen gemeint ist, so dürfte das im Ausdruck zu scharf und in der Sache zu eng sein. Der Beamte genießt eines besonderen Schutzes von seiten des Staates nicht in Gestalt eines Rechtsanspruches, der ihm darauf zustünde, sondern weil der Staat um seiner selbst willen die für ihn vorzunehmenden Amtshandlungen nicht gestört haben will. Das ist eine Rechtsordnung, die dem Beamten zugute kommt, weiter nichts. Ebenso steht es auch mit den verliehenen Amtszuständigkeiten: indem der Staat den Beamten bei seinen Amtshandlungen nur nach diesen und nicht als einfachen Privatmann beurteilen läßt, schützt er ihn vor den Nachteilen, die einem nicht so Ausgestatteten wegen solchen Vorgehens treffen würden. Auch das bedeutet keinen Rechtsanspruch des Beamten, sondern eine ihm günstige Nebenwirkung der Rechtsordnung, einen besonderen Schutz wie jener gegen Angriffe. Im Gegensatze dazu hat der beliehene Unternehmer ein Recht auf Schutz und Handhabung in der rechtmäßigen Vornahme der dazugehörigen Tätigkeiten, so daß er nicht bloß gedeckt ist gegen

— Der Beliehene kann auch über sein Recht verfügen. Insofern hier mit dem Rechte eine Pflicht zur Führung des Unternehmens verbunden ist, die ohne jenes Recht nicht erfüllt werden kann, ist die Verfügung nicht frei. Es bedarf der Zustimmung dessen, dem die Pflicht geschuldet ist, damit sie wirksam werde. Was wirkt, ist dann gleichwohl der Wille des Beliehenen. Auch eine bedingte Verfügungsmacht ist noch Verfügungsmacht.

In dieser Weise setzt der einfache Verzicht auf die Verleihung eine Entbindung des Beliehenen von seinen Pflichten voraus. Ohne diese gilt auch sein Verzicht nicht, mit ihr wird sein Verzicht wirksam (vgl. unten III n. 1).

In gleicher Weise kann auch ein Rechtsübergang stattfinden, sofern er nicht durch Gesetzesbestimmung ausgeschlossen sein sollte[11]. Er ist dann immer davon bedingt, daß der Verleihende den neuen Herrn des Unternehmens als ihm verpflichtet an Stelle des ursprünglichen Unternehmers annimmt und dadurch auch den Rechtsübergang genehmigt und wirksam macht[12].

Diese Zustimmung kann auch schon im voraus erteilt werden, indem die Verleihung ausdrücklich oder stillschweigend an den Beliehenen und seine Rechtsnachfolger ergeht. Bei einfacheren Unternehmungen, Brücken, Fähren und dergleichen, ist das regelmäßig so gemeint: der Beliehene überträgt sein Recht und stellt seinen Erwerber als Ersatzmann für die zu erfüllende Pflicht.

---

persönliche Inanspruchnahme dafür, sondern daß sie auch zu seinen Gunsten als rechtswirksam behandelt werden müssen. Daher der Unternehmer Rechtsschutzmittel hat, um die Gültigkeit seines Vorgehens zur Anerkennung zu bringen, der Beamte nicht. Vgl. oben Bd. I S. 129 Note 9.

[11] Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gesetz selbst den Träger der Verleihung eigens geschaffen und geordnet hat. So bei der Reichsbank. Vgl. oben § 49 Note 21.

[12] Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 30, verlangt zur „vertragsmäßigen Übertragung der einer Eisenbahnunternehmung verliehenen Konzession" die staatliche Genehmigung. Endemann, R. d. Eisenbahnen S. 285: „Für Weiterbegebung bedarf es mindestens der Genehmigung der konzessionierenden Regierung oder einer neuen Konzession." Letzterenfalls wäre es aber doch keine Weiterbegebung. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn beide Schriftsteller die Konzession als „höchstpersönliches Recht" bezeichnen; da wäre von Übertragung und Weiterbegebung überhaupt keine Rede. Eger, Kleinb.Ges. S. 45: „Das Recht des Unternehmers ist ein persönliches Privileg. Es darf daher grundsätzlich ohne Genehmigung der zuständigen Behörde auf Dritte nicht übertragen werden." Aber die Sache liegt doch vielmehr umgekehrt: Das Recht darf, weil mit einer Pflicht verbunden, ohne Genehmigung der Behörde nicht übertragen werden. Daher mag man es denn ein „persönliches Privileg" nennen, wenn man sich von dieser Bezeichnung etwas verspricht.

Wenn gegen seine Geeignetheit keine besonderen Bedenken vom Standpunkte des Gemeinwohles aus geltend zu machen sind, läuft dann das ganze Verhältnis formlos mit diesem weiter. Der Rechtsübergang vollzieht sich zwischen den unmittelbar Beteiligten in den Formen des bürgerlichen Rechts: Erbrecht oder Vertrag[13].

Bei wichtigeren Unternehmungen, Kunststraßen, Kanälen, Eisenbahnen, gilt umgekehrt eine ausdrückliche Genehmigung für notwendig, auch wenn sie nicht besonders vorbehalten ist. Es handelt sich vor allem um Aktiengesellschaften und die häufigste Form des Rechtsübergangs ist hier die Fusion der Gesellschaft. Der Schwerpunkt liegt aber auch hier wieder bei dem Fusionsvertrag. Die Genehmigung hat nicht die Bedeutung einer Neuverleihung, sondern nur die einer Annahme des durch die geschehene Verfügung über das Recht bezeichneten Nachfolgers als künftigen Verpflichteten und damit einer Erfüllung der Bedingung des gültigen Rechtsüberganges. Der Unterschied vom ersten Fall ist nur der, daß diese Erfüllung durch ausdrückliche Verfügung geschieht und daß diese ganz nach freiem Ermessen Genehmigung erteilt oder versagt.

Es kann aber auch bei der Verleihung im voraus ein Rechtsnachfolger bestimmt und angenommen sein. Der tritt dann von selbst an die Stelle des Erstbeliehenen, wenn dieser wegfällt[14].

---

[13] Das Recht einer öffentlichen Fähranstalt wird namentlich dann in solcher Weise einfach übertragbar sein, wenn es an einem bestimmten Grundbesitz haftet (v. Bitter, Handwörterb. d. Pr. Verw. I Art. Fähren II). Die Wahrung der Rücksichten des öffentlichen Wohles gegenüber dem zu bestellenden Nachfolger vollzieht sich bei den Fähren in den Formen der Polizei: die Übernahme des Betriebes kann nach Landesrecht von einer polizeilichen Erlaubnis abhängig gemacht sein (Gew.Ord. § 6; Preuß. Gew.Ord. v. 17. Jan. 1845 § 45). Gew.Ord. § 37 trifft die öffentlichen Fähren nicht wegen Gew.Ord. § 6 und vor allem deshalb, weil diese nicht leicht dem öffentlichen Verkehr innerhalb der Orte dienen. Dagegen sind ortspolizeiliche Regelungen der Zulassungsfrage auch ohne die Grundlage des § 37 möglich: Landmann, Gew.Ord. zu § 37 Anm. 2; Schelcher. Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 zu § 25 Anm. 1.

[14] Eger, Kleinb.Ges. S. 45: Es soll nichts entgegenstehen, „die Genehmigung auch auf die Erben und sonstigen Rechtsnachfolger zu erstrecken". Das ist Verleihung an eine persona incerta. — Bei Straßenbahnverleihungen an Aktiengesellschaften pflegt die künftige Übernahme durch die Stadtgemeinden vorgesehen zu werden. Die Stadt läßt sich entweder selbst die Verleihung geben und betraut die Gesellschaft vorerst mit der selbständigen Ausübung ihres Rechts. Oder sie bedingt sich die Übernahme aus bei Einräumung der Benutzung ihrer Straßen und erhält dafür die Zustimmung der Regierung in Gestalt einer Art von Eventualbelehnung. Pasquay, Elektr. Starkstromanl. S. 41 ff.

Das Verfügungsrecht des Beliehenen tritt noch freier hervor, wenn es sich nicht um das Recht auf das Unternehmen selbst handelt, das den Kern der Verleihung bildet, sondern um gewisse Nebenansprüche, die damit verbunden waren. Um ihm seine Aufgabe zu erleichtern, werden ihm bei der Verleihung oder nachträglich besondere Vorteile noch zugesagt, Zuschüsse, Zinsgarantien, Steuerbefreiungen, Ausschluß von Wettbewerbsunternehmungen[15]. Das sind öffentlichrechtliche Ansprüche, der Begründung wie dem Inhalt nach. Ihrem Wesen widerspräche es, sie gesondert auf einen anderen als den Unternehmer zu übertragen; aber frei verzichtbar sind sie zweifellos.

2. Auf Grund des von der Verleihung geschaffenen Rechts, das öffentliche Unternehmen zu führen, entwickelt der Beliehene nunmehr seine Tätigkeit in Herstellung, Betrieb und Ausnutzung desselben. Dabei tritt er in die verschiedensten Rechtsbeziehungen nach außen gerade wie der Staat selber, wenn er das Unternehmen für sich behalten hätte[16]. Sie sind nicht Wirkungen der Verleihung; die Verleihung macht nur, daß sie statt beim Staat bei dem Beliehenen eintreten können. Ihre rechtliche Natur ist selbständig zu beurteilen nach ihrer Entstehungsart und ihrem Inhalt. Kauf und Dienstmiete und Frachtvertrag sind auch bei dem beliehenen Unternehmer bürgerlichen Rechts, seine Betriebsmittel, Vorräte, Dienstgebäude hat er in bürgerlichrechtlichem Eigentum; Enteignung, öffentliches Eigentum und öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen kommen seinem Unternehmen zugute, wie wenn es der Staat selbst führte, und ebenso ist es ausgestattet mit Anstaltspolizei und mit Rechten der Finanzgewalt für zu erhebende Gebühren.

Daß tatsächlich die bürgerlichrechtlichen Beziehungen überwiegen, liegt in der Natur der Arten von Unternehmungen, die verliehen zu werden pflegen[17].

---

[15] Den Stadtgemeinden gegenüber, welche die Verleihung eines Straßenbahnunternehmens oder der Benutzung ihrer Straßen dafür vollzogen haben, wird von den Gerichten eine stillschweigend eingegangene Verpflichtung angenommen, kein weiteres Unternehmen zuzulassen, welches mit jenem in Wettbewerb treten würde: Eger, Eisenb.Entsch. XV S. 70 ff., XX S. 99 ff. Man kann der Meinung sein, daß dieses vielleicht allzusehr privatrechtlich gedacht ist.

[16] In diesem Sinne unterscheidet Endemann, R. d. Eisenb. S. 284: „Das Verhältnis des Staates zu dem Konzessionär", das der Verleihungsakt zunächst begründet, und die daraus sich ergebende „Rechtsstellung des Konzessionärs nach außen, dem Publikum gegenüber."

[17] Es ist unrichtig, hier von „zivilrechtlichen Wirkungen" der Verleihung

III. Die Endigung des durch die Verleihung begründeten Rechtsverhältnisses, wie sie auch herbeigeführt sein möge, bedeutet immer ein Erlöschen der Pflicht des Beliehenen, für das Unternehmen zu sorgen, andererseits aber auch ein Erlöschen seines Rechts an diesem Unternehmen, das er ja als ein öffentliches nur in Kraft der Verleihung zu haben und zu führen befähigt war und zumeist auch als ein privates wegen des Regals nicht führen darf. Nicht aber bedeutet diese Endigung auch von selbst das Erlöschen der Rechtsbeziehungen nach außen, in welche er für das Unternehmen getreten ist, soweit ihr Bestand nicht durch seine öffentlichrechtliche Stellung bedingt war. Insbesondere verbleiben auch die Sachwerte und die Vertragsverhältnisse, welche bisher dem Unternehmen dienten, seine Ausstattung bildeten, dem Rechte nach in seiner Hand[18], nur eben als eine bestimmungslose Masse, zu vergleichen dem Geschäftsvermögen eines aufgelösten Handelsunternehmens. Das bisherige öffentliche Eigentum insbesondere an Straße, Kanal, Bahnkörper ist mit der Endigung des Unternehmens aufgelassen und in privatrechtliches verwandelt. Alles ist nunmehr für den bisherigen Unternehmer frei verfügbar nach Regeln des bürgerlichen Rechts.

An diesem Punkte setzt aber noch ein besonderes, dem Verleiher zustehendes Recht ein. Es kann erforderlich scheinen, um des Gemeinwohls willen, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern, sei es, daß der Staat es selbst weiter betreibt, sei es, daß er einen neuen Unternehmer damit beleiht. Um das zu erleichtern, kann der Staat eingreifen und die Mittel, welche bisher dem Unternehmen dienten, das zwecklos werdende Geschäftsvermögen, an sich ziehen. Das Recht dazu beruht auf dem Verleihungsverhältnis selbst. Wer sich diesem unterwirft, übernimmt damit die Pflicht, die in das öffentliche Unternehmen verwendeten Werte nötigenfalls darin zu belassen, richtiger ausgedrückt: er unterwirft sich im voraus der etwa über ihn ergehenden Verfügung, welche

---

zu sprechen. Das sind wieder nur Nachwirkungen, Folgen, wie wir solche auch in der Lehre von der Enteignung zu unterscheiden hatten; vgl. oben § 34 I a. E. — Über die „Verleihung des Enteignungsrechts" vgl. oben § 33 Note 23. Wegen der Bahnpolizeibeamten der Privatbahnen vgl. oben § 43 IV n. 2.

[18] Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 27, nennt das wenig passend „die reale Existenz des Unternehmers" im Gegensatz zu der „persönlichen Existenz" desselben, die mit der Einziehung der Konzession aufhört. — Der hier abzugrenzenden Masse entspricht auch die durch das Preuß. Ges. v. 11. Juni 1902 geschaffene „Bahneinheit", die wesentlich auf privatrechtlichem Gebiete ihre Bedeutung hat.

in diesem Sinne bestimmt[19]. Die Inanspruchnahme der Mittel ist eine obrigkeitliche Willenserklärung, ein Verwaltungsakt, der nicht aus dem Aufsichtsrechte fließt. Es ist keine Enteignung, die da vor sich geht; denn diese setzt nicht voraus eine besondere Verpflichtung und Unterwerfung, welche vorhergegangen sein müßte, sondern greift zu, unvermittelt. Die Erklärung der Inanspruchnahme bewirkt durch ihre Kundmachung an den Unternehmer den Übergang der Rechte.

Insofern dadurch dem Unternehmer ein besonderes Opfer zugemutet wird, das nicht mehr als Gegenleistung für die überlassene Ausnutzung des Unternehmens anzusehen ist, hat er nach Billigkeitsgrundsätzen eine Entschädigung zu erhalten, die durch einen bestehenden Rechtssatz oder eine besondere Klausel der Verleihung zum Gegenstande eines Rechtsanspruches werden kann (vgl. unten § 53). Den Maßstab gibt der Wert, der ihm entzogen wird, also nicht der Wert, den die Sachen im Unternehmen hatten, sondern ihr Rohwert, derjenige, für welchen sie nach Erlöschen des Unternehmens sonst verwertbar wären. Je nach der besonderen Art der Endigung des Verleihungsverhältnisses kann sich aber die Berechnung abweichend gestalten.

Die Endigungsgründe selbst sind die folgenden[20]:

1. Verzicht[21]. Wie vorhin ausgeführt (oben S. 460), ist die

---

[19] Darüber Haberer, Österr. Eisenb.G. S. 27. — Laband, Denkschrift f. d. Hess. Ludwigsbahn S. 8, bestreitet dieses Recht des Staates, da er ein solches auch nicht habe im Falle des Erlöschens der Polizeierlaubnis zu Pulverfabriken, Theatern, Gastwirtschaften. G. Meyer in seiner Erwiderung S. 21 bemerkt richtig, daß die Eisenbahnen eben „keine privaten Erwerbsgeschäfte, sondern öffentliche Verkehrsanstalten seien". Wir fügen hinzu, daß auch die Verleihung etwas anderes ist als die Polizeierlaubnis.

[20] Fritsch (Gleim), in Wörterb. d. St. u. Verw.R. I S. 664, schickt den besonderen Verlustgründen voraus die Bemerkung: „Als Privilegium erlischt das Konzessionsrecht aus den Gründen, die nach den in den einzelnen Staaten bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Verlust der Privilegien zur Folge haben." Gemeint ist wohl A.L.R. Einl. § 59 ff. Damit ist aber für die Eisenbahnkonzession gar nichts anzufangen. Daß auch ihr Recht verschwindet, wenn die Aktiengesellschaft schlechthin untergeht, der es gehörte, und daß das Gesetz immer eingreifen kann, um es zu entziehen, wußten wir auch so.

[21] Gegen die alte Lehre, daß öffentliche Rechte von Natur unverzichtbar seien, vgl. oben Bd. I S. 115. Das Gegenteil ist auch hier richtig. Es liegt nur eben ein besonderes Hindernis vor, das erst wegzuräumen ist. Man hat sich gerade hier viel Mühe gegeben, die Unzulässigkeit des Verzichtes näher zu begründen. O.V.G. 7. Dez. 1887 (Entsch. XVI S. 301) schließt ihn aus, weil es sich um ein „unverzichtbares Privilegium" handle. O.Tr. 6. Jan. 1879 (Str. C S. 369)

Gültigkeit eines Verzichtes des Beliehenen bedingt durch die Zustimmung des Verleihers, der ihn dadurch von den übernommenen Pflichten entbindet. Der Verleiher hat freie Hand, diese Zustimmung zu gewähren oder zu versagen oder auch sie an Bedingungen zu knüpfen. Wenn der Fortbestand des Unternehmens für nötig erachtet ist, wird die wichtigste Bedingung gerade die sein, daß die Entschädigung für die zu belassenden Anlagen und Betriebsmittel in einem dem Verleiher annehmbar scheinenden Maß sich halte. Einigt man sich darüber, so wird durch den Ausspruch der Behörde über Genehmigung des Verzichtes und Übernahme der Mittel zugleich der vereinbarte Entschädigungsbetrag festgestellt. Es liegt aber auf der Hand, daß der Unternehmer hier geneigt sein wird, bei der Berechnung der Höhe dieses Betrages sich mit dem zu begnügen, was der Staat geben will, weil dieser sonst vorziehen könnte, es bei dem Fortbestand des Verhältnisses zu belassen.

2. Verwirkung. Wenn der Beliehene seinen Pflichten tatsächlich nicht nachkommt, das Unternehmen nicht rechtzeitig herstellt oder den gehörigen Betrieb nicht leistet oder wesentliche Konzessionsbedingungen unerfüllt läßt, so ist der Verleiher berechtigt, ihm das Unternehmen zu entziehen, sein Recht daran für verwirkt zu erklären und damit auch seine entsprechenden Verpflichtungen für erloschen. Der Ausspruch geschieht nach vorgängiger Mahnung.

Die Behörde kann sich auf diese Zerstörung des Unternehmens beschränken[22].

Sie kann auch einen Ersatz beschaffen durch Selbsteintritt oder Beleihung eines neuen Unternehmers und zu diesem Zwecke

---

läßt Verzicht auf eine Fährgerechtigkeit zu, da diese eine Gewerbekonzession sei (was ja zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führen müßte; vgl. oben Bd. I S. 255). Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 27, will den Verzicht gelten lassen deshalb, weil die Konzession keine „privatrechtliche Pflicht zum Betriebe" begründe (als ob es nicht auch öffentlichrechtliche Pflichten gäbe!). Endemann, R. der Eisenb. S. 286, unterscheidet: nach Herstellung des Unternehmens ist Verzicht unzulässig, vorher soll er zulässig sein, weil da ja auch durch Nichtausführung einfach „die Verwirkungserklärung herbeigeführt werden kann" (was aber doch etwas ganz anderes ist).

[22] Das wird namentlich dann geschehen, wenn die Verwirkung ausgesprochen wurde, weil der Unternehmer die Frist zur Herstellung des Unternehmens verstreichen ließ. Der Zweck der Konzession, dem Staat eigenen Kapitalaufwand zu ersparen, würde durch eine Zwangsersatzvornahme nicht erreicht. Kleinb.Ges. § 23 bezeichnet das als ein „Für-erloschen-erklären".

wieder von dem Rechte Gebrauch machen, jene Mittel an sich zu ziehen. Dann tritt der Fall ein, daß für diese Entschädigung geleistet wird nach ihrem Rohwert. Weder der Staat noch der bisherige Unternehmer hat hier einen in der Sachlage gegebenen Grund, zu seinen Ungunsten davon abzuweichen. Im Zweifel werden die bürgerlichen Gerichte darüber sprechen, sei es auf Grund besonderer Bestimmung, sei es weil die alte Auffassung, wonach es sich hier um einen bürgerlichrechtlichen Anspruch handelte, insoweit noch fortwirkt (vgl. oben Bd. I § 17, I).

Es kann aber auch so verfahren werden, daß zwischen den in Betracht kommenden Bewerbern um die neue Verleihung eine Versteigerung eröffnet wird. Wer dabei am meisten bietet für die zu übernehmenden Mittel, erhält diese und die Verleihung zugleich. Der Erlös wird ein höherer sein als bei jenem Verkauf „auf Abbruch", da die Fortverwendung im lebendigen Unternehmen den Wert des zu Übernehmenden bewahrt; daß dies dem ursprünglichen Unternehmer zugute komme, entspricht der Billigkeit[23].

3. Fristablauf. Die Verleihung pflegt auf eine bestimmte Reihe von Jahren erteilt zu sein. Erfolgt keine Erneuerung, so erlischt sie mit Ablauf dieser Zeit. Meist wird man für diesen Fall schon vorgesehen haben, was mit den Anlagen und Betriebsmitteln geschehen soll, namentlich auch ob der Verleiher sie alsdann übernimmt und wie die Entschädigung dafür zu bemessen sei. Man spricht dann von einem Heimfall des Unternehmens. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so hat wieder der Verleiher die Wahl, ob er es dem bisherigen Unternehmer überläßt, wie er seine Mittel verwertet, oder sie an sich ziehen will gegen Entschädigung. Auch diese ist dann wieder zu bemessen nach dem Rohwerte[24].

---

[23] Preuß. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 47; Bayr. Verord. v. 20. Juni 1855 § 12; Endemann, R. der Eisenbahnen S. 28 f.; Koch, Deutschlands Eisenb. I S. 158 Note 2. — Preuß. Kleinb.Ges. § 24 setzt bei der „Zurücknahme", wie beim „Erlöschen" der Verleihung wegen nicht erfüllter Verpflichtungen, an die Stelle eines Übernahmerechts des Staates ein Recht des Wegeherrn, und zwar bloß bezüglich der Anlagen, nicht auch der Betriebsmittel.

[24] Grünhut in seinem Gutachten zur Nordbahnfrage (Grünh. Ztschft. XIV S. 715 ff.) will in einem solchen Falle der „Nichterneuerung des Privilegs" den vollen Wert des Unternehmens vergüten lassen. Es sei keine wirkliche, aber doch eine mögliche Eisenbahn. Möglich wäre sie aber für den bisherigen Unternehmer doch nur dann, wenn er die Verleihung noch hätte; so aber ist das ja gerade nicht der Fall.

4. Dem Verleiher kann das Rückkaufsrecht vorbehalten sein, d. h. das Recht, nach seinem Belieben jederzeit oder von einem bestimmten Zeitpunkte ab die Verleihung zu widerrufen und behufs Weiterführung des Unternehmens Anlagen und Betriebsmittel an sich zu ziehen, selbstverständlich gegen Entschädigung.

Das Rückkaufsrecht besteht nur, soweit der Unternehmer sich in der Verleihung oder nachträglich ihm unterworfen hat oder das Gesetz eine selbständige Grundlage dafür gewährt[25]. Die Geltendmachung geschieht dann durch einen Ausspruch der Behörde; an diesen knüpft sich unmittelbar die rechtentziehende Wirkung. Um eine Enteignung im Sinne unseres bekannten Rechtsinstituts handelt es sich nicht. Einerseits kommen ihre eigentümlichen Formen nicht zur Anwendung; andererseits setzt hier der Eingriff ein bereits bestehendes besonderes Rechtsverhältnis des Betroffenen voraus, aus dem er diese Folgerung zieht, was der Enteignung ganz fremd ist. Von einem Kauf kann noch weniger die Rede sein; es handelt sich wieder um ein ganz öffentlichrechtliches Institut, bei welchem die öffentliche Verwaltung einseitig zugreift[26].

Die Bemessung der Entschädigung kann bei Begründung des sogenannten Rückkaufsrechts besonders geregelt sein. Soweit das nicht der Fall ist, gelten dafür andere Grundsätze als bei den bisher betrachteten Arten des Ansichziehens der vorhandenen An-

---

[25] Preuß. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 42; Kleinb.Ges. § 30; R.Bankges. § 41. Schweiz. Eisenb.Ges. v. 23. Dez. 1872 § 27 verfügt bloß, daß ein entsprechender Vorbehalt bei jeder Eisenbahnkonzession gemacht werden soll. Erst dieser ist es dann, der wirkt. Ein Beispiel vorbehaltenen Rückkaufs ohne gesetzliche Grundlage gibt die Konzessionsurkunde der Hess. Ludw.B. v. 15. Aug. 1845 § 15, worüber die widerstreitenden Gutachten von Laband und G. Meyer. Der erstere hebt mit Recht hervor (Denkschrift S. 2), daß gegenüber dem subjektiven Rechte des Beliehenen an dem Unternehmen ein allgemeines Recht der Verstaatlichung nicht bestehe. Damit ist aber auch G. Meyer einverstanden (Erwiderung S. 6 ff.).

[26] Laband in seinem Gutachten für die Hess. Ludw.B. erklärt das vorbehaltene Rückkaufsrecht für ein pactum de vendendo, welches nach der Erklärung der Regierung, davon Gebrauch machen zu wollen, und Vornahme der erforderlichen Abschätzung zu einem zivilrechtlichen Kaufvertrag führe. Der Behauptung von G. Meyer, daß es sich um eine Enteignung handle, hält er (Denkschrift S. 7) entgegen, daß die Enteignung nur auf Gesetz beruhe, niemals vorbehalten werden könne Das ist ja richtig; aber um öffentlichrechtlicher Natur zu sein, braucht die vorbehaltene Entziehung des Bahnunternehmens durch einseitige obrigkeitliche Erklärung nicht als eine Anwendung des Rechtsinstituts der Enteignung sich auszuweisen. Sie kann das auch auf andere Art sein. Wir müssen uns bei Betrachtung solcher Erscheinungen viel freier bewegen.

lagen und Betriebsmittel nach erloschener Verleihung. Denn was dem Unternehmer hier genommen wird, ist nicht der Rohwert dieser Vermögensstücke, sondern das Unternehmen selbst und sonach auch das darin Verwendete mit dem vollen Werte, den es hatte als Mittel zu seiner Durchführung und Ausnutzung. Gehörte das Unternehmen einer Aktiengesellschaft, so gibt der Börsenkurs der Aktien im Zweifel die Grundlage für das zu Vergütende[27]. Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigungssumme werden — mangels besonderer Bestimmungen — nach den bekannten Anschauungen tatsächlich wieder der bürgerlichen Gerichtsbarkeit zufallen[28].

§ 51.

Öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung.

Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind[1].

Sie fällt unter den allgemeinen Begriff des öffentlichen Unternehmens (vgl. oben § 33 Eing.) und bezeichnet wie dieses ein durch seinen besonderen Zweck abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung. Sie bedeutet nur ihm gegenüber einen engeren Kreis

---

[27] Der Unterschied der Entschädigungsbemessung ist in der vorerwähnten Konzession der Hess. Ludw.B. sehr deutlich wiedergegeben. Die Verleihung ist auf 99 Jahre erteilt; für das alsdann eintretende Heimfallsrecht des Staates ist der Taxwert der Bahnanlage und der Betriebsmaterialien zu ersetzen, also der „Rohwert" (Konz. v. 15. Aug. 1845 § 15). Schon vorher kann das Rückkaufsrecht geltend gemacht werden; dann ist die Entschädigung nach dem Reinertrag der letzten fünf Betriebsjahre zu berechnen (Konz. v. 3. Jan. 1856 § 22).

[28] Vgl. oben Bd. I S. 180 Note 6.

[1] F. F. Mayer, Verw.R. S. 231 ff.; Sarwey, Öff. R. u. Verw.R.Pfl. S. 501 ff.; Seydel, Bayr. St.R. II S. 627 f.; Toepfer in Fin.Arch. XXVI S. 529; Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 224 („Individuell bestimmten Verwaltungszwecken gewidmete Verwaltungsmittel werden zur staatlichen Anstalt"); Ulbrich, Öff. Rechte S. 57 (Verwaltungsanstalt [öffentliche Anstalt] ist „ein persönlicher Organismus mit einer sachlichen [wirtschaftlichen] Grundlage"). Großh. S. Just.-Min. 24. April 1881 (Reger I S. 382) erklärt Armenhäuser für öffentliche Anstalten: „denn dieselben befinden sich im Eigentum einer öffentlichen Korporation, dienen öffentlichen Zwecken und stehen unter Aufsicht des Gemeindevorstandes". Es trägt nicht zur Erleichterung des Verständnisses bei, daß in nachlässiger Redeweise „öffentliche Anstalt" auch die besondere juristische Persönlichkeit bezeichnet, die mit einer öffentlichen Anstalt verbunden sein kann. Das ist etwas ganz anderes und geht uns hier nichts an; vgl. unten § 56 Note 1.

insofern, als hier die öffentliche Verwaltung erscheint in einem Bestand, einer dauernden Einrichtung, während das öffentliche Unternehmen auch rein als vorübergehende Tätigkeit gedacht sein kann, die mit Erreichung des vorgesetzten Zieles endigt. Austrocknung eines Sumpfes, Aufforstung von Ödland sind öffentliche Unternehmungen, aber keine öffentlichen Anstalten. Die Eisenbahn ist öffentliches Unternehmen und öffentliche Anstalt, der Eisenbahnbau ist bloß das erstere.

Die öffentliche Anstalt kann nun das Gemeinwohl unmittelbar fördern, indem sie Sicherheit und Ordnung gewährleistet, wie die großartigste Anstalt des Staates, das Heer, oder indem sie allgemeinen Kulturaufgaben dient, wie eine Sternwarte, eine Akademie.

Sie kann ihren öffentlichen Zweck auch dadurch erfüllen, daß sie dem Publikum, den vielen Einzelnen, jedem für sich, Vorteile gewährt und Dienste leistet, wie Schulen, Sparkassen, Krankenhäuser, Post, Eisenbahn. Diese letztere Art hat man vorzugsweise im Auge, wenn man von öffentlichen Anstalten spricht[2]. Das Verhältnis, welches dabei entsteht zwischen dem Herrn der Anstalt, der den Vorteil gewährt, und dem Einzelnen, der ihn empfängt, bezeichnen wir vom Standpunkte des Empfangenden aus als das der Anstaltsnutzung oder das Nutzungsverhältnis. Die rechtliche Ordnung dieses Verhältnisses ist hier in Frage.

I. Was hier vor sich geht, findet äußerlich mehr oder weniger vollkommen zutreffende Seitenstücke auf dem Boden des Verkehrs der Einzelnen untereinander. Die Form, in welcher dort die Leistungen dem Empfänger vermittelt werden, liefert naturgemäß der Vertrag, in welchem der Leistende sich bindet, weil ihm zugleich eine entsprechende Befriedigung seines Eigennutzes dadurch sichergestellt ist. Wer der Leistung bedarf, wendet sich an den geeigneten Mann und schließt mit ihm Kauf, Miete, Leih-, Dienst-, Werkvertrag; anders kriegt er das Gewünschte nicht, kann wenigstens nicht darauf rechnen. Wir können auch, um dem Bilde der Anstalt näherzukommen, den Vorgang von der anderen Seite her betrachten: der Geschäftsherr bietet seine Leistungen aus und regelt seine Bedingungen; der Kunde erscheint, um die

---

[2] Ulbrich, Öff. Rechte S. 57, nimmt die Beschränkung auf diesen Fall schon in seinen Anstaltsbegriff auf: „mit einer dem Interesse der Einzelnen zugewandten Tätigkeit".

Leistung in Anspruch zu nehmen und die Bedingungen zu erfahren; einigt man sich über Leistung und Gegenleistung, so wird ein Vertrag daraus, der möglicherweise sehr formlos geschlossen wird, etwa durch einfaches Platznehmen auf dem bereitstehenden Barbierstuhl. Aber stets ist der Vertrag die unentbehrliche Grundlage für die Beziehungen der Beteiligten: alles, was weiter von beiden Seiten geschieht, fällt notwendig unter die Gesichtspunkte der Vertragserfüllung und erhält dadurch seinen gebundenen Gang.

Das ist die wohlvertraute Ordnung für das Spiel der wirtschaftlichen Kräfte, wie sie im Gewerbebetrieb und Erwerbsleben sich betätigen wollen. Man darf nur nicht vergessen, daß es eben doch eine bürgerlichrechtliche Ordnung ist. Die öffentliche Anstalt aber ist ihrem Wesen nach ein Stück öffentlicher Verwaltung. Für sie ist diese bürgerlichrechtliche Ordnung keineswegs das Selbstverständliche. Im Gegenteil: ihr natürlicher Boden ist der des öffentlichen Rechts, den sie wohl dazwischen verläßt, um der Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts zu unterliegen; das ist aber die Ausnahme und jeweils besonders darzutun und nachzuweisen. Vgl. oben Bd. I S. 118.

Ist die Sachlage für die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts überhaupt schon ungünstig, so fehlt hier für den bürgerlichen Vertrag insbesondere, der ja allein in Betracht käme, gerade das, was ihm dort die Unentbehrlichkeit gab: das Bedürfnis nach einem Erfassen des Unternehmers an seinem eigenen Vorteil, um ihn für die Leistung festzulegen. Die öffentliche Anstalt ist, wie wir sagten, immer Tätigkeit für das Gemeinwohl, auch wenn sie diesen ihren Zweck dadurch erreichen soll, daß sie den vielen Einzelnen zugute kommt. Um ihrer selbst willen, um ihres eigenen Zweckes willen arbeitet sie auch für diese; von innen heraus erhält sie den genügenden Antrieb, ihm ihren Vorteil zu gewähren, sie muß nicht erst eingefangen werden durch den Köder eigenen Nutzens in die Maschen eines zur Leistung verpflichtenden Rechtsgeschäftes.

Wenn eine Ordnung für dieses Vorgehen bestehen soll, so wird dementsprechend auch sie von innen heraus kommen, aus der Bestimmung und Leitung, die der Herr der Anstalt selbst seinem Unternehmen mitgibt. Das dient dann dazu, dem Einzelnen, der ihrer bedarf, die Anstaltsnutzung zu sichern. Dient vielleicht auch dazu, dem Herrn der Anstalt eine Vergütung zu beschaffen. Äußerlich kann dann die Sache ganz ähnlich aussehen wie bei dem privat-

wirtschaftlich tätigen Geschäftsherrn. Aber das rechtliche Wesen des ganzen Verhältnisses bleibt grundverschieden.

Wir können uns diesen Gegensatz anschaulich machen an einer dem Juristen sehr nahestehenden öffentlichen Anstalt, obwohl man sie nicht so zu nennen pflegt. Das ist das bürgerliche Gericht. Es dient dazu, den Einzelnen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ihr Recht zu verschaffen.

Den Rechtsuchenden steht es frei, statt an die öffentlichen Gerichte sich zu wenden, einen Schiedsrichter zu ernennen. Das ist ein Privatunternehmer. Um seine Dienste sich zu sichern, muß man ihn zuvor binden durch einen bürgerlichrechtlichen Vertrag. Aus diesem Vertrage ist er alsdann verpflichtet, die schiedsrichterliche Tätigkeit getreulich zu leisten. Es gibt gegen ihn eine Klage auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen Verletzung der übernommenen Pflicht[3].

Im öffentlichen Gerichte dagegen ist der Unternehmer der Staat. Dieser hat seine Richter durch die Dienstpflicht gebunden, Klagen, welche den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen, anzunehmen und zu erledigen. Die Vorlegung der Klageschrift ist kein Antrag an den Gerichtsunternehmer Staat auf Vertragsschließung, sondern nur eine Aufforderung an den richterlichen Beamten, die ihm vom Staate schon auferlegte Dienstpflicht an diesem Falle zu erfüllen, und alles, was die Partei weiter tut, hat dieselbe Natur. Die Entgegennahme der Klageschrift und Terminsbestimmung durch den Vorsitzenden des Gerichts bedeutet keine Annahme des Vertragsantrags namens des Staates, wodurch dieser sich zur Erledigung der Sache verpflichtete, sondern bedeutet nur den Beginn der Erfüllung der Pflicht, die dem Richter dem Staate gegenüber obliegt, an dieser Sache. Wenn die Partei glaubt, daß ihre Sache nicht so behandelt werde, wie sie sollte, so hat sie keinen Rechtsanspruch gegen den Herrn der Anstalt, den Staat, auf bessere Leistung oder raschere Erledigung, sondern in den eigenen inneren Ordnungen seiner Anstalt selbst hat sie die Abhilfe zu suchen durch Anträge, Beschwerden und Berufungen bei der Anstaltsleitung und ihren oberen Behörden.

Dieses letztere ist die Gestalt jeder Anstaltsnutzung, wenn das Verhältnis auf öffentlichrechtlichem Boden sich bewegt[4]. Beim Gericht freilich bekommt sie ihr besonderes

---

[3] Z.P.O. § 1033 Ziff. 1; R.G. 29. Nov. 1904 (Entsch. LIX S. 247).

[4] Nicht der Anstaltsnutzung überhaupt, wie Laband, St.R. III S. 84, mich

Gepräge durch die stark hervortretende Mitarbeit des Gesetzes und die beherrschende Stellung, die der obrigkeitliche Einzelakt in dem Gang und der Erledigung der Sache einnimmt. Das hängt zusammen mit der besonderen Art von Leistung, die hier die Anstalt zu gewähren hat; Rechtsschutzanstalt soll sie ja sein. Im Gegensatz dazu geziemt den Anstalten der Verwaltung, die so verschiedenartige Lebensbedürfnisse befriedigen sollen, nicht diese strenge Form, sondern leichtere, freiere Bewegung. Ordnung und Regel muß auch hier sein und die Grundgestalt bleibt auch hier, daß diese Regelung der Anstaltsleistung von innen heraus ihr mitgegeben wird. Das kann durch Verwaltungsgesetz geschehen und sonstige Rechtssätze; es ist Zweckmäßigkeitsfrage und nicht das Gewöhnliche. Der eigentliche Verwaltungsakt spielt eine geringe Rolle, verschwindet meist ganz. Die Rechtsform, in welcher die Anstaltstätigkeit gelenkt wird, ist vor allem der Dienstbefehl, als allgemeine Dienstanweisung wie als Einzelbefehl, und die Dienstaufsicht. Eine Zusammenfassung der Regeln, nach welcher die Anstalt lebt, wird von der Oberleitung aufgestellt und in der den Verwaltungsvorschriften eigentümlichen Form kundgegeben. Wir bezeichnen das als die Anstaltsordnung. Ihr wesentlicher Inhalt besteht in Dienstvorschriften[5].

Dem entspricht noch ein anderer Gegensatz. Privatrechtlich geordnete Leistungen beginnen damit, daß durch Vertrag ein Rechtsanspruch auf sie begründet wird, in dessen Befriedigung sich das ganze Verhältnis abspielt. Die Justiz setzt dafür das gesetzlich geordnete Verfahren mit den prozessualen Rechten der Partei, welche Schritt für Schritt die Obrigkeit in ihrer Tätigkeit binden und begleiten bis ans Ende. Die öffentliche Anstalt der Verwaltung kann dazwischen ebenfalls subjektive öffentliche Rechte erscheinen lassen zugunsten derer, die sie benutzen sollen. Wesentlich ist das nicht. Auf keinen Fall bilden solche Rechte hier eine einheitliche Grundlage für alles, was geschieht, noch begleiten sie die Tätigkeit der Anstalt ständig auf ihrem Gange.

---

sagen läßt. Es gibt öffentlichrechtliche und gibt privatrechtliche Anstaltsnutzung. Darin stimmen wir ja überein.

[5] Vgl. unten § 52, I n. 4. Auf diesem Gebiete ist demnach im wesentlichen die Art beibehalten, auf die der Polizeistaat alles verwaltete, was als öffentlichrechtlich angesehen war. Vgl. oben Bd. I S. 45 ff. Das soll kein Tadel sein. Für die Postanstalt ist solche Regelung durch „reglementarische Festsetzung oder administrative Anordnung“ gegen ein Dreinreden des Rechtssatzes sogar reichsverfassungsmäßig gesichert: R.Verf. Art. 48 Abs. 2.

Sie sind höchstens eingestreut an diesem oder jenem Punkte oder fehlen ganz und gar. Die planmäßige Leitung und Beaufsichtigung, welche der öffentlichen Anstalt um ihrer selbst willen zuteil wird, bietet auch den auf ihre Leistungen Angewiesenen tatsächlich eine Art Sicherheit, daß ihnen zuteil wird, was sie zu bekommen haben[6].

Das Auge, das verwöhnt ist durch den Glanz des festen Gefüges der Rechtspflegeanstalt, findet hier nicht, was es sucht. Es ist aber nicht zu verkennen, daß die freiere Bewegung hier in hohem Grade eine Forderung der Zweckmäßigkeit ist. Die lockeren Formen, die dem entsprechen, haben immer noch rechtliche Bedeutung und juristischen Wert genug, um zu verdienen, daß man versuche sie zu verstehen so, wie sie sind, und ihnen gerecht zu werden.

II. Für die öffentliche Anstalt als ein Stück öffentlicher Verwaltung ist die öffentlichrechtliche Ordnung als das Natürliche und Selbstverständliche anzusehen. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen auch bürgerliches Recht auf ihre Beziehungen anwendbar wird. Nach allgemeinen Grundsätzen soll bürgerliches Recht Platz greifen überall, wo der Staat mit seinen Lebensäußerungen in den privatwirtschaftlichen Verkehr eintritt, wie ein Einzelner es auch tun würde. Wann ist das hier der Fall? Das Geltungsgebiet der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung ist in Frage. Seine Grenze wird vor allem zu ziehen sein[7].

Da scheiden nun vor allem aus die fiskalischen Unternehmungen. Der Staat oder ein untergeordnetes Gemeinwesen kann mit seinem ganzen Tätigkeitszweig von vornherein auf dem Boden der Privatwirtschaft stehen, ein Privatunternehmer, wie die anderen neben ihm. Was man dabei an Sachwerten, Diensten und

---

[6] Anders Zorn St.R. (1. Aufl.) II S. 27: „Durch die Benutzung der staatlichen Post- und Telegraphenanstalten seitens des Publikums wird im einzelnen Fall zwischen der Staatsanstalt und dem dieselbe Benutzenden eine Obligation des öffentlichen Rechts begründet.“ Ebenso 2. Aufl. S. 283: Der Absender tritt mit der Post „in ein öffentlichrechtliches Obligationsverhältnis“. Mit der öffentlichrechtlichen Behandlung bin ich ja einverstanden. Aber ich sehe dann wegen der Anstaltsnutzung überhaupt kein einheitliches Obligationsverhältnis des Gemeinwesens entstehen, weder privatrechtlich noch öffentlichrechtlich. Sowenig wie bei der Inanspruchnahme des Gerichtes.

[7] Vgl. oben Bd. I S. 118. Hierzu die Untersuchungen bei Toepfer in Fin.Arch. XXVI S. 529 ff. Vgl. auch Meissinger in Fin.Arch. XXX S. 553 ff.; Moll, Über Gebühren S. 20 ff.

sonstigen Nutzungen von ihm geleistet bekommt, geschieht nach dem gleichen Recht, das auch für diese gilt. Das sind bekannte Erscheinungen, die zu Zweifeln überhaupt nicht Anlaß geben: Betrieb staatlicher Landgüter und Forsten, Absatz der Erzeugnisse staatlicher Bergwerke, Fabriken und Bierbrauereien, Verwaltung von Zinshäusern, die in die Hand des Staates oder der Gemeinde gekommen sind. Um öffentliche Anstalten handelt es sich aber dabei überhaupt nicht.

Sodann ist es möglich, daß eine richtige öffentliche Anstalt nebenbei für die Beschaffung und Besorgung ihrer Mittel in Beziehungen sich begibt, die ganz dem gewöhnlichen privatwirtschaftlichen Verkehr angehören, mag ihre eigentliche Aufgabe noch so entschieden die hoheitliche Natur der staatlichen Willensäußerung bekunden: Futterlieferungen für das Heer sind gewöhnliche Kaufgeschäfte, Miete eines Amtsgerichtsgebäudes unterscheidet sich nicht von der eines Warenmagazins, und bei der Ausweißung der Krankensäle entstehen die gleichen Beziehungen zu den Handwerkern, wie wenn es sich um eine Bierwirtschaft handelte. Hiermit fällt dann die öffentliche Verwaltung zeitweise und stellenweise aus ihrer Rolle, und der übliche Redebrauch bringt das zum Ausdruck, indem man sagt: nicht der Staat, sondern der Fiskus sei hier aufgetreten, Militärfiskus, Justizfiskus oder sonst einer[8].

Die Frage ist, ob ein derartiger Umschlag ins Privatwirtschaftliche und Privatrechtliche auch stattfinden soll an einem so wesentlichen Punkte, wie die Gewährung der Anstaltsnutzungen ihn bedeutet, in der doch die eigentliche Aufgabe der öffentlichen Anstalt erfüllt wird oder wenigstens mitgewirkt wird zur Erfüllung. Für glattweg unmöglich darf man auch dieses nicht sofort erklären. Aber wenn es stattfinden soll, wird es notwendig sein, die Gründe aufzuweisen, weshalb es geschieht, und die Grenzen zu bezeichnen, innerhalb deren sie wirken.

Bei den Versuchen dazu macht sich wieder die bekannte Sachlage geltend, die alle Abgrenzungen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht nachteilig beeinflußt: von der Polizeistaatszeit her hält es der Jurist für seine Aufgabe und für ein gutes Werk, den Bereich des Zivilrechts und damit den der Zivilgerichtsbarkeit möglichst weit vorzuschieben in das Gebiet der öffentlichen Verwaltung hinein[9]. So werden denn auch jetzt noch die

[8] Vgl. oben Bd. I S. 122.
[9] Vgl. oben Bd. I S. 50 ff.

alten Formeln für solche Erweiterung des zivilrechtlichen Gebietes in geeigneter Anpassung verwendet.

Früher wollte man ja öffentliches Recht nur da sehen, wo der Staat dem Einzelnen entgegentritt mit Befehl und Zwang. Wir haben jetzt das öffentliche Recht in einer Fülle feiner gegliederter Formen kennen gelernt. Für die Würdigung des Nutzungsverhältnisses wird aber gern jetzt noch alles auf die Frage zugespitzt: findet Zwang statt oder nicht. Nur bejahenden Falles soll öffentliches Recht gelten. Das führt aber viel weiter als man selber will, und vor allem ist der grundlegende Satz zweifellos falsch und nicht tragfähig[10].

---

[10] O.L.G. Rostock 12. März 1902 (Reger XXIII S. 299): „Höhere Schule, für deren Besuch kein Zwang besteht und daher das zu zahlende Schulgeld nicht wie bei den Volksschulen Gebühr, sondern vertragsmäßige Gegenleistung." O.V.G. 19. Mai 1908 (Entsch. LII S. 28): Die Gemeinde kann ihr Wasserwerk als „gewerbliches Unternehmen" oder als „öffentliche Gemeindeanstalt" betreiben; im gegebenen Fall bestimmt das Ortsstatut keinen Zwang für die Hausbesitzer, sich anzuschließen, also besteht das einem gewerblichen Unternehmen entsprechende privatrechtliche Nutzungsverhältnis, durch Vertrag geregelt. R.G. 5. April 1910 (Entsch. LXXIII S. 197): Benutzung der städtischen Kanalisation für Abwasser der Hausbesitzer nicht privatrechtlich zu beurteilen; der Umstand, daß „polizeilicher Zwang" zum Anschluß stattfindet, macht es rechtlich unmöglich, „von der Grundlage nur privaten Interesses aus ein Verhältnis zwischen Hauseigentümer und Stadt anzunehmen". — Von diesem Standpunkt aus müssen sehr willkürliche Unterscheidungen gemacht werden: das Irrenhaus, die Volksschule leisten öffentlichrechtlich wegen des Benutzungszwanges, das Gemeindekrankenhaus, die Universität schließen mit ihren Besuchern privatrechtliche Verträge! Laband, St.R. III S. 50 ff., stellt sich für die Würdigung des Nutzungsverhältnisses bei Post und Telegraphie noch ganz auf diesen alten Standpunkt. Es handelt sich, meint er, bei dem Betriebe dieser Anstalten um „keine Betätigung eines Hoheitsrechts, d. h. einer Herrschaft über Land und Leute", der Staat „übt keinen Zwang aus", tritt zu den Untertanen „in ein rechtliches Verhältnis nur durch Vertrag, niemals durch Befehl", steht ihnen „bei allen von der Post- und Telegraphenverwaltung zu verrichtenden Leistungen nicht als übergeordneter Herr, sondern als gleichberechtigter Kontrahent gegenüber". Sobald Befehl und Zwang aufhören, stehen wir also mitten in der privatrechtlichen Ordnung. Das war schon in der 1. Aufl. des St.R. so (Bd. II S. 294 ff.). Seitdem ist Laband eigentlich dem Gedanken einer größeren Mannigfaltigkeit des Öffentlichrechtlichen zugänglich geworden, erkennt z. B. auch Gewährungen, Konzessionen, Ermächtigungen als öffentlichrechtliche Vorgänge an (St.R. 5. Aufl. II S. 192). In seinen jetzigen Ausführungen zur rechtlichen Natur der Postleistungen scheint er als richtigen „staatlichen" Betrieb, im Gegensatz zu dem privatwirtschaftlichen Postbetrieb, anzuerkennen, neben der Rechtspflege und der Polizei, auch den „Unterricht", schlechthin, auch ohne Zwang (St.R. III S. 52). Damit eröffnet sich aber die durch Abwesenheit eines Zwanges nicht erledigte Frage: ist das, was man einen Vertrag nannte, auch wirklich einer? ist es nicht ein entsprechendes

Eine zweite Verfahrensweise verwendet den alten Gedanken, daß überall, wo es auf Geld und Geldeswert ankommt, Privatrecht gelte[11]. Zu dem Zwecke wird der Begriff des Privatwirtschaftlichen, der ja die Abgrenzung liefern sollte, geeignet zugespitzt: privatwirtschaftlich und folglich privatrechtlich ist die öffentliche Anstalt überall, wo der Unternehmer es so eingerichtet hat, daß er etwas dabei verdient, einen Gewinn macht, eine Einnahme erzielt. Dann, sagt man, treibe er ein Gewerbe. Diese Art zu unterscheiden zerschellt an der Tatsache der Gebührenerhebung. Diese kann die Anstaltsleistung nicht schlechthin privatwirtschaftlich machen; auch das Gericht erhebt ja Gebühren. Die Höhe der Gebühren kann auch nicht entscheidend sein oder gar die heikle Frage, was dem Unternehmer die Hauptsache ist, das Geld, das verdient wird, oder das öffentliche Wohl. Das gibt alles nur einen eingebildeten Maßstab. Das Privatwirtschaftliche hängt überhaupt gar nicht so ausschließlich am Geldverdienen, sondern die Art, wie der Unternehmer das macht, will berücksichtigt sein[12]. Ein all-

öffentlichrechtliches Rechtsinstitut, das da erscheint? Mit dem alten Verfahren reichen wir also nicht mehr aus.

[11] Vgl. oben Bd. I S. 117 Note 2.

[12] Meissinger in Fin.Arch. XXX S. 590. — Laband, St R., ist seit der 2. Aufl. auch diesem andern Gesichtspunkte nähergetreten. Nachdem zunächst in der erwähnten Weise der Mangel eines Zwanges die Anwendbarkeit des Privatrechts rechtfertigen sollte, wird jetzt hinzugefügt (5. Aufl. III S. 52 f.): den maßgebenden Gegensatz bilden einerseits „die gemeinnützige Anstalt, die nicht darauf eingerichtet ist, Geldgewinne abzuwerfen“ (am meisten da erscheinend, wo „die Benutzung unentgeltlich jedem freistünde“), andererseits der Betrieb „nach Art eines privatwirtschaftlichen Gewerbes“ (so, „daß Kapital und Arbeit zur Erzielung eines Vermögenserwerbes verwendet werden“). Danach schiene jetzt die Richtung auf den Gewinn das Ausschlaggebende zu sein. Doch soll es nicht darauf ankommen, daß „der pekuniäre Gewinn das eigentliche Motiv ist, aus welchem ein Gewerbe betrieben wird“, und ob mehr dieser oder mehr die Förderung des öffentlichen Wohles „bei der Verwaltung von wesentlicher Bedeutung ist“. Sondern entscheidend sind die „Einrichtungen“, die für dieses Ziel getroffen sind, ist der objektive Befund einer „planmäßigen Vornahme von Rechtsgeschäften und tatsächlichen Verrichtungen zur Erreichung eines wirtschaftlichen (pekuniären) Erfolges für den Unternehmer“. Wo das zutrifft, ist „die Form, in welcher der Staat diese (seine politischen, volkswirtschaftlichen oder finanziellen) Interessen realisiert, die privatwirtschaftliche des Gewerbebetriebes“ (S. 53), und das Privatrecht findet Anwendung, Handelsrecht oder gewöhnliches Privatrecht oder durch lex specialis geregeltes. Bei der Post wäre das der Fall. Darüber kann man streiten, vgl. unten Note 7. Jedenfalls dürfte der in den „Einrichtungen“ verkörperte pekuniäre Zweck ein verwertbares Unterscheidungsmerkmal sowenig abgeben wie der subjektive. Es läuft doch immer wieder auf die Frage hinaus, welcher von den entgegengesetzten Zwecken, die im einen wie im andern Falle

gemeiner, aus der Natur der Sache fließender Grund, weshalb die Leistungen der öffentlichen Anstalt — der richtigen öffentlichen Anstalt, die ein Stück öffentlicher Verwaltung bedeutet — unter Umständen auch ins Privatwirtschaftliche übergingen und deshalb ordnungsmäßig nach Privatrecht zu beurteilen wären, ein solcher Grund wird sich überhaupt nicht aufweisen lassen. Wohl aber ist es denkbar, daß das geltende Recht in irgendeinem Zusammenhang dazu gekommen ist, das Nutzungsverhältnis bei gewissen Anstalten in dieser Weise aufzufassen und zu behandeln. Das ist dann eine Tatsache, an welcher wir nicht vorbeigehen dürfen, als ginge sie uns nichts an. Geschichtlich Gewordenes muß der Jurist gelten lassen und zu verstehen suchen. Es käme also darauf an, hier wieder das oben Bd. I S. 118 f. beschriebene Verfahren zur Anwendung zu bringen und zu untersuchen: entspricht die tatsächlich bestehende Ordnung des Nutzungsverhältnisses bei der einzelnen Art von öffentlicher Anstalt mehr dem öffentlichrechtlichen oder mehr dem bürgerlichrechtlichen Urbild. Dabei ist allerdings nicht maßgebend, wie alte Gewohnheit und mangelhafte juristische Bildung in der Ausdrucksweise der Gesetze und der Behörden und namentlich auch der Schriftsteller die Sache nennen: in der Beurteilung und Zuteilung des von ihnen bezeugten Rechtszustandes bleiben wir frei.

In dieser Weise haben wir hier schon einen wichtigen Fall der Anstaltsnutzung zu behandeln gehabt: die Gebrauchserlaubnis an öffentlichen Sachen (vgl. oben § 38 Note 17). Sie durfte nur nicht aus dem Zusammenhange der übrigen Rechtsinstitute unseres Sachenrechts herausgelassen werden, um des Ge-

---

denkbar sind, Geldgewinn oder öffentliches Wohl, als der eigentliche anzusehen wäre. — Deshalb ist es am Ende vorzuziehen, wenn Fleiner, Instit. S. 302, es unumwunden darauf ankommen läßt, welcher von beiden Zwecken „in erster Linie“ gemeint sei. Ebenso O.V.G. 8. Juni 1898 (Entsch. XXXIX S. 134): „Sparkassen und andere kommunale Betriebe, die ausschließlich oder hauptsächlich gemeinnützigen Charakters sind“, an sich Gewerbebetrieb nicht ausschließend; „es kommt auf den Hauptzweck an“. Es ist nur klar, daß damit eine brauchbare Unterscheidungslinie nicht gegeben ist. Was ist Hauptsache?

Diese Formel führt aber auch, wenigstens wenn man es ernst mit ihr nehmen will, zu ganz schiefen Ergebnissen. Die Stadt Leipzig arbeitet bei ihren selbstbetriebenen Theatern planmäßig mit großem Verlust; hören diese deshalb auf, privatwirtschaftlich betrieben zu sein? Die Stadt Straßburg hatte, um das aufgehobene Oktroi auf Schlachtvieh wieder hereinzubringen, ihre Schlachthausgebühren gewaltig erhöht; ist das bisherige öffentlichrechtlich geordnete Nutzungsverhältnis an dieser gemeinnützigen Anstalt dadurch in ein privatrechtliches umgestaltet worden? Die allzu einfachen Formeln stimmen hier nie.

samtbildes willen. Aber sie gehört hierher. Wie sich dort der einfache öffentlichrechtliche Kern aus der Hülle willkürlich angenommener Mietverträge, Kommodate oder Prekarien herausschälte[13], so haben wir nötigenfalls auch bei anderen öffentlichen Anstalten zu verfahren. Weiß man einmal, was man unter öffentlichrechtlicher Gestaltung des Nutzungsverhältnisses sich vorzustellen hat, so ist es leicht, sie überall wieder zu finden. Meist ist auch noch erkennbar, wie sie sich tatsächlich durchgesetzt hat im Zusammenhang mit einem Fühlbarwerden obrigkeitlicher Eingriffe und sonstiger Arten besonderer staatlicher Willensmacht. Nur bleibt sie eben dann nicht an dieser Erscheinung hängen, sondern zieht um sie weitere Kreise, dehnt sich aus auf verwandte und benachbarte Veranstaltungen, bei welchen jenes Kennzeichen nicht oder nicht so deutlich mehr vorhanden ist. Es bilden sich Gruppen je um ein solches Zentrum.

Sehr kräftig erscheint ja das Obrigkeitliche in der Verpflegung, die den darin Aufgenommenen zuteil wird von Heeresanstalt, Gefängnis, Zwangserziehungsanstalt. Es lag nahe, die rechtliche Ordnung, in der das geschieht, zu übertragen auf Fälle, wo ähnlich gestaltete Leistungen stattfinden ohne den strengen Hauptzweck, der dort den Ton angibt: Armenanstalten, Pflegeanstalten, Krankenhäuser.

Hier begegnet sich allerdings diese Auffassung mit einer anderen noch mächtigeren, mit dem alten Machteinfluß der kirchlichen Autorität, welche von alters her die Wohltätigkeit beherrscht. Sie ist es auch, die dem Verhältnis der öffentlichen Schule zu ihren Zöglingen die Farbe gegeben hat, die jeder privatrechtlichen Auffassung widersteht.

Alle Anstalten öffentlicher Wohltätigkeit stehen unter diesem Zeichen, auch wo sie nicht Verpflegung leisten, sondern Geldunterstützungen, Stipendien gewähren. Die neuere Zeit bringt das mehr und mehr unter die Gesichtspunkte sozialer Fürsorge: städtische Leihhäuser und gemeindliche Sparkassen,

---

[13] Moll, Über Gebühren S. 30, glaubt sogar, von dorther einen formalen Maßstab der Öffentlichrechtlichkeit zu gewinnen mit seiner „Widmungstheorie“: Die Gemeinde muß überall nur den Willen haben, „ihre Unternehmung aus dem privaten Rechte herauszuheben“, und das wird erkennbar durch eine rechtsverbindliche Erklärung, „die Anstalt der Allgemeinheit widmen zu wollen“. Die Widmung der öffentlichen Straße soll vorbildlich sein (a. a. O. Note 2). Allein dieser ist es nicht wesentlich, auf ein Nutzungsverhältnis zu zielen, noch bedeutet sie eine rechtsverbindliche Erklärung; vgl. oben § 36 Note 3.

unser neues Sozialversicherungswesen, das arbeitet alles in öffentlichrechtlicher Art[14].

Eine andere Reihe von Anstaltsnutzungen knüpft an die Ordnungen öffentlicher Sachen an. Die breite Straße und der Platz, die der Abhaltung des Marktes dienen, erhalten Seitenstücke in den Markthallen, die diesen Gewerbebetrieb aufnehmen unter polizeilicher Obhut. Daran schließen wieder die gemeindlichen Schlachthäuser mit den bedeutsamen Anteil der Gesundheitspolizei. Die Kunstdenkmäler, die der Staat und die Stadt den Bürgern an der Straße zur Schau bietet, erhalten Seitenstücke in den öffentlichen Galerien, Museen und Sammlungen von künstlerischer oder belehrender Bedeutung, nicht ganz so frei zugänglich, möglicherweise auch Gebühren erhebend, aber dem Wesen nach eine Gabe an die Öffentlichkeit wie jene. Auch die öffentliche Bibliothek bleibt in diesem Rahmen: wenn sie ausleiht, so geschieht es zur Kulturförderung in derselben Art, wie das Museum das Ölgemälde zur Beschauung darbietet — das eine sowenig privatwirtschaftlich aufzufassen wie das andere[15].

Öffentlichrechtlich bleibt die Anstaltsleistung überall, wo in dem Unternehmen der Staat seine Besonderheit zu erkennen gibt. So bei den Prüfungskommissionen, Eichungsämtern, staatlichen Beurkundungsanstalten aller Art. Die öffentlichen Hinterlegungsanstalten sind genügend gekennzeichnet als Hilfsanstalten der Gerichte, unter deren Leitung sie stehen[16].

---

[14] R.G. 3. Okt. 1904 (Reger, Erg.B. III S. 483): Die Landesversicherungsanstalt hat den Versicherten mit seiner Einwilligung in ihrem Sanatorium untergebracht; das ist kein Vertrag, sondern lediglich „die Gewährung der der Beklagten öffentlichrechtlich auferlegten Leistung". R.G. 3. April 1908 (Entsch. LXVIII S. 285): Die Gemeinde soll haftbar gemacht werden wegen einer vom Vorstand ihrer Sparkasse erteilten unrichtigen Auskunft; die Anwendbarkeit von Art. 77 E.G. z. B.G.B. wird verneint: sie ist zwar nicht davon abhängig, daß die schädigende Handlung in Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts erfolgt ist; es kann, wie hier, auch ein Akt staatlicher Fürsorge in den Bereich der Betätigung öffentlicher Gewalt fallen; die Mitteilung an den Dritten über die vermögensrechtlichen Beziehungen der Sparkasse gehört nicht dazu: sie fällt ja nicht in den Bereich des jene „Fürsorge" darstellenden Nutzungsverhältnisses.

[15] Den Bibliotheken, die mit einer öffentlichrechtlichen Auffassung ihres Nutzungsverhältnisses sehr gut auskommen, wird keine Wohltat erwiesen, wenn man darauf besteht, ihnen die Form des Leihvertrages aufzudrängen. Der Sechsmonats-Verjährung des § 606 B.G.B. wegen herausgeschnittener Abbildungen mußte man doch um jeden Preis wieder zu entgehen suchen. — Wegen der Markthallen vgl. Kam.G. 29. Aug. 1895 (Reger XVI S. 250).

[16] Z.P.O. § 109, § 715. — Ein Versuch, vom zivilrechtlichen Hinterlegungs-

Die Post kann es nicht vergessen, daß sie ursprünglich für Staatsangelegenheiten geschaffen war; das hat ihrer Tätigkeit den Stempel aufgedrückt, der dadurch nicht wegfiel, daß auch Einzelne sie zu benutzen bekamen und Privatunternehmer sie in gewissem Maße nachahmen konnten. Auf die öffentlichen Telegraphen- und Telephonanstalten hat sich das von ihr vererbt. Es ist keine Gegenwirkung eingetreten, die kräftig genug wäre, die ursprüngliche Neigung zur öffentlichrechtlichen Behandlung zu überwiegen[17].

---

vertrag loszukommen, in C.C.H. 10. Juni 1882 (J.M.Bl. 1882 S. 242): „Dieses Verhältnis ist einerseits aus den privatrechtlichen Sätzen nicht erschöpfend zu begründen und andererseits in seiner Wirksamkeit durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts modifiziert." — Für die öffentlichrechtliche Auffassung: Kopf, Das Rechtsverh. zwisch. der öff. Hinterlegungsstelle u. d. Beteiligten S. 37 ff.

[17] Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 14 ff.; Staedler, Postordnung S. 8; Gerlach in Wörterb. d. St. u. V.R. II S. 4; Buser, Rechtl. Stellung der Postanstalt nach schweiz. R. S. 29 ff.; Scholz in Ehrenberg, Handb. d. H.R. V S. 602 ff., widerspricht zwar noch, da die Post „keine Staatshoheitsrechte wahrnimmt", verkennt aber nicht die Schwierigkeiten der privatrechtlichen Auffassung. — O.V.G. 8. Juni 1900 (Entsch. XXXIX S. 93); Sächs. O.V.G. 16. Mai 1907 (Jahrb. X S. 255). — Nach Laband, St.R. III S. 52, 53, betriebe das Reich die Post als „privatwirtschaftliches Gewerbe", sie stünde „auf völlig gleicher Stufe" mit den staatlichen Eisenbahnen nicht nur, sondern auch mit staatlichen Tabakmanufakturen und Bierbrauereien, Bankiersgeschäften, land- und forstwirtschaftlichen Betrieben. Allein ein privatwirtschaftliches Gewerbe ist die von den Reichsstädten nach dem Vorbild Ludwigs XI. eingerichtete Post nicht gewesen, ebensowenig das 1615 vom Kaiser zu Lehen gegebene Generalpostmeisteramt. A.L.R. II, 15 handelt von der Post neben Land- und Heerstraßen, Strömen, Häfen und Meeresufern, Zollgerechtigkeit in Abschn. 4 unter dem Titel „Vom Postregal". Der Staat unterhält die nötigen Anstalten, die Postämter und Postwärtereien. Den Benutzenden gegenüber bestehen zweierlei Verhältnisse: die Postmeister und Postwärter, also die „Postbedienten" persönlich, haben ihnen gegenüber die Pflichten eines Frachtführers (§ 157), woraus sich für sie eine Schadensersatzpflicht entsprechend der im B.G.B. § 839 geregelten ergeben würde. Dagegen: „die Postämter sind zur Annahme und Fortschaffung der ihnen vorschriftsmäßig überlieferten Briefe und Sachen verbunden" (§ 161 entsprechend dem jetzigen Reichs-Post-Ges. § 3) und haften für Schaden und Verlust an Briefen und Sachen (§ 185). Sie sind die öffentliche Verwaltung und werden nicht als Frachtführer behandelt, sowenig wie jetzt. Es ist die gleiche Rollenverteilung wie bei Landstraßen (II, 15 §§ 11 u. 12) und bei schiffbaren Strömen (II, 15 § 78): Der Staat hat die Pflicht, für die „Sicherheit und Bequemlichkeit" der Verkehrsanstalt zu sorgen, verantwortlich dem Publikum gegenüber sind allein die Beamten, die er mit der Besorgung beauftragt hat (R.G. 20. April 1899; Entsch. XLIV S. 173).

Das alte H.G.B. Art. 421 Abs. 2 geht davon aus, daß seine Bestimmungen über den Frachtvertrag auf die Post Anwendung finden sollen, soweit Gesetz oder

Die Zusammenstellung soll nur eine gewisse Übersicht geben über unseren Stoff. Sie ist nicht erschöpfend. Zur öffentlichrechtlichen Nutzungsordnung wird ja alles zu rechnen sein, wofür nicht die Geltung des bürgerlichen Rechts ausnahmsweise sich dartut. Solche Ausnahmen bestehen aber und sie sollen gerade im Zusammenhange unserer soeben vorgenommenen Erörterungen verständlich werden.

Es handelt sich um eine Gruppe von staatlichen oder gemeindlichen Unternehmungen, bei welchen im geltenden Recht die privatrechtliche Ordnung ihrer Leistungen unzweifelhaft ist, obwohl sie andererseits ebenso unzweifelhaft zu öffentlichen Unternehmungen, zu Zweigen der öffentlichen Verwaltung gerechnet werden müssen. Sie haben jedoch eine Besonderheit gemeinsam, welche diese Abweichung von dem naturgemäß zu Fordernden rechtfertigt und erklärlich macht. Sie sind nämlich allesamt ursprünglich auf privatwirtschaftlichem Boden erwachsen als Äußerungen des Unternehmungsgeistes Einzelner oder ihrer Vereinigungen zu solchem Gewerbebetrieb. Erst nachträglich hat auch das Gemeinwesen sich dieser Dinge bemächtigt und hat sie selbst in die Hand genommen, um sie eigenen Namens zu führen und zu betreiben. Dabei hat es aber dann die einmal für diese Geschäfte gewordene Auffassung und

---

Verordnung nicht ein anderes bestimmen. Die Kommissionsminderheit wollte das Handelsrecht ganz ausgeschlossen haben, weil „die Post als eine Staatsanstalt erscheine und nicht als ein Institut für Erzielung von Gewinn durch Betrieb eines Handelsgewerbes“ (Prot. IX S. 5049). Die Mehrheit, welche jene Bestimmung aufrechterhielt, vertrat den Standpunkt: „daß die Verwaltung der Staatsposten die Ausübung eines Staatshoheitsrechts in sich begreife und kein Gewerbe im engeren Sinne des Wortes sei.“ Es finde aber hier bei „Übernahme des Transportes von Gütern“ ein gewerbsmäßiger Betrieb in dem bei der Abgrenzung des Begriffs der Handelsgeschäfte adoptierten Sinne insofern statt, als „gewisse Geschäfte in der Weise wiederholt und gegen Entgelt ausgeführt würden, wie es bei dem Betriebe eines Gewerbes der Fall sei“. Also etwas wie Handelsgeschäfte eines Nichtkaufmanns! Ausdrücklich wurde hervorgehoben, daß es sich bei der vorgeschriebenen subsidiären Anwendung des H.G.B.s nur um „Versendung von Gepäckstücken“, also Paketpost, handle — „also abgesehen von dem hier selbstverständlich gar nicht in Betracht kommenden Briefpostverkehr“. Auch war die Vorschrift nur als Aushilfe gedacht, um gegenüber der herrschenden Zerfahrenheit etwas Festes zu bieten (Prot. IX S. 5052, 5053). — Das neue Handelsgesetzbuch § 452 hat die Regeln des Frachtgeschäftes auch in diesen engen Grenzen außer Anwendbarkeit gesetzt. Für den Briefpostverkehr haben sie nie gegolten. Er ist aber gerade der Boden, auf welchem die Entscheidungsschlacht über die rechtliche Natur der Nutzung der Postanstalt geschlagen wird.

Art der Rechtsordnung regelmäßig beibehalten. Sie gehörten von Haus aus dem Privatrecht an und sind dabei geblieben.

Das großartigste Beispiel bieten die Eisenbahnen: die Unternehmer sind ursprünglich überall Aktiengesellschaften gewesen. Sie gaben der Ordnung der Leistungen für das Publikum das privatwirtschaftliche Gepräge, bei denen es der Staat beließ, als er selbst Eisenbahnunternehmer wurde und die überkommenen Betriebsformen nachahmte. Die Anstaltsnutzung vollzieht sich hier nach wie vor handelsrechtlicherweise. Ähnlich verhält es sich mit den nachträglich entstandenen staatlichen Dampfschiffahrtsunternehmungen, desgleichen mit den von den Städten übernommenen Straßenbahnen, mit den öffentlichen Banken von Staat und Reich. Die Gebäudefeuerversicherungen, vom Staat oder öffentlichen Verbänden veranstaltet, sind den gleichen Weg gegangen: die Privatgesellschaften haben das Vorbild geliefert. Das städtische Theater, das städtische Orchester hat sich neben die ursprünglichen Privatunternehmungen gleicher Art gestellt und wirbt um seine Kundschaft in den von diesen gebildeten Rechtsformen. Gasanstalten und Wasserwerke zur Versorgung der Wohnhäuser wurden überall zuerst von Aktiengesellschaften eingeführt; die Stadt, die an ihre Stelle tritt, übernimmt die Erbschaft der gewordenen Form der Anstaltsnutzung[18].

[18] Unserer Aufzählung von öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung entspricht in der Hauptsache die bei Laband, St.R. III S. 85, gegebene: „Staatliche oder städtische Theater, Gasanstalten, Wasserleitungen, Reichsbank, preußische Seehandlung, Lotterie, Eisenbahnen und staatliche Dampfschiffunternehmungen". Letztere beiden fallen allerdings unter den Oberbegriff der öffentlichen Verkehrsanstalten. Daß man auch Post und Telegraphie als solche bezeichnen kann, scheint mir nicht ausreichend, um mit Laband sagen zu dürfen, „daher" sei auch bei ihrer Benutzung die Form des privatrechtlichen Vertrages anwendbar. Auch der Schiffahrtskanal ist Verkehrsanstalt und wird deshalb doch nicht privatrechtlich benutzt. — Die staatliche Lotterie gehört nicht in diese Gesellschaft. Sie bedeutet ein rein fiskalisches Unternehmen. Daß es aus Gründen der Sittenpolizei verboten wäre, wenn es nicht der Staat selbst betriebe, verleiht ihm nicht die rechtliche Natur einer öffentlichen Anstalt. — Die anderen aufgezählten Fälle allerdings sind öffentliche Anstalten und haben nur als Besonderheit gemeinsam die trotzdem privatrechtlich geordnete Anstaltsnutzung. Hierzu wäre wohl auch zu rechnen die öffentliche Fähre: R.G. 15. Okt. 1909 (Entsch. LXXII S. 53): Öffentliche Fähre vom Staate betrieben mit privatrechtlichem Beförderungsvertrag; Fiskus hatte behauptet „Benutzung einer öffentlichen Anstalt gegen Zahlung einer Verkehrsabgabe". Er meinte „öffentlichrechtlichen Betrieb".

Eine andere Zusammenstellung gibt Laband, a. a. O. S. 53, unter dem Namen „privatwirtschaftliche Gewerbebetriebe": „Porzellanfabriken, Tabakmanufak-

Das sind geschichtlich gewordene, tatsächlich in Geltung stehende Auffassungen, mit welchen zu rechnen ist. Womit nicht gesagt sein soll, daß nicht auch diese Arten von öffentlichen Anstalten einmal einmünden werden in die folgerichtigeren Formen[19].

turen, Bierbrauereien, Bergwerke, land- und forstwirtschaftliche Betriebe". Das sind unsere **fiskalischen Unternehmungen**, wie wir sie hier oben S. 473 bezeichneten. Er fügt aber dort hinzu: die Post, die Staatseisenbahnen und die preußische Seehandlung, welche dann S. 85 (siehe oben) noch einmal aufgeführt sind unter den von uns hier als öffentliche Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung bezeichneten. Die der Reichsbank verwandte Seehandlung gehört aus jener Gruppe S. 53 heraus ebenso wie die Staatseisenbahn, die Post aus beiden, S. 53 wie S. 85: sie ist weder fiskalisches Unternehmen noch öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung.

Für **Laband**, dem in allen hier erwähnten Fällen die Anstaltsnutzung gleichmäßig und selbstverständlich privatrechtlicher Natur ist, hat es natürlich keinen Wert, die Grenzlinien zwischen den einzelnen Gruppen streng einzuhalten.

Wir bedürfen aber der Unterscheidung schon wegen des offeneren Blickes für das werdende Recht. —

Eine ähnliche Aufzählung gibt bezüglich der gemeindlichen Anstalten **Meissinger** in Finanzarch. XXX S. 582, nur mit dem Unterschied, daß er ihnen den Namen „Anstalt", gleichbedeutend mit „öffentlichrechtlicher Veranstaltung", entzieht, sobald ihre Benutzung privatrechtlich geordnet erscheint; er nennt sie dann „Gewerbebetriebe". Das stimmt nicht zum Sprachgebrauch; doch mag ihm das freistehen. Nur darf er sich dadurch nicht berechtigt halten zu dem Verdammungsurteil S. 589 Note 2: „O. M. nimmt irrtümlich die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Anstaltsnutzung an".

[19] Die öffentlichen Wasserwerke z. B. oder die Wasserleitungen, wie **Laband** sie hier a. a. O. S. 85 aufzählt, scheinen sich allmählich aus ihrem bisherigen Zusammenhange zu lösen, indem beim Übergang von einem Privatunternehmer auf die Gemeinde ihr Nutzungsverhältnis die privatwirtschaftliche Art nicht mehr beibehalten will, sondern umschlägt ins Öffentlichrechtliche. In diesem Sinne Bl. f. adm. Pr. 1880 S. 321 ff.: Das von einer Aktiengesellschaft betriebene Wasserwerk zu Regensburg wurde 1879 von der Stadt übernommen. „Mit der Übernahme des Wasserwerkes als Gemeindeanstalt ist das ganze Rechtsverhältnis aus dem Privatrecht herausgenommen und dem öffentlichen Rechte eingefügt worden." Daher Recht aller Gemeindeglieder auf Zulassung zur Benutzung, kein Gewerbebetrieb, keine Gewerbesteuer; Wasserzins ist öffentliche Abgabe, nicht Entgelt aus Vertrag; Ortsstatut regelt die Benutzung. — Für die öffentlichrechtliche Auffassung hier auch: O.V.G. 30. Sept. 1904 (Entsch. XLVI S. 1[illegible]4); Württ. V.G.H. 17. Juni 1903 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XV S. 225); Sächs. O.V.G. 25. Sept. 1905 (Jahrb. VIII S. 68). —

Fleiner, Instit. S. 303, glaubt schon verallgemeinern zu dürfen: „Man kann heute schon behaupten, daß diese Entwicklung auf eine Unterwerfung aller nicht gewerblichen Unternehmungen (Post, Telegraph, Wasserversorgung usw.) des Staates und der öffentlichrechtlichen Verbände unter die Herrschaft des öffentlichen Rechts drängt." — Die Verwaltungsrechtswissenschaft kann dieser Entwicklung ruhig zuschauen; ihr liegt nur daran, daß man, ob es stehen bleibt oder vorwärts geht, wisse, was man macht.

III. Soweit die Anstaltsnutzung nicht ausnahmsweise unter die Regeln des bürgerlichen Rechts gestellt ist, wird dann die allgemeine Natur der öffentlichen Anstalt auch an ihrer rechtlichen Ordnung zur Geltung kommen. Sie hat einem Zwecke öffentlichen Wohles zu dienen. Wenn sie ihn dadurch erfüllt, daß sie den Einzelnen Vorteile gewährt, so bleibt doch jenes immer das Erste und namentlich auch maßgebend für die Ordnung ihrer Tätigkeit. Sie ist eine große Maschine, deren treibende Kraft von dort kommt, wo das öffentliche Wohl seine Vertretung zu finden hat. Der Einzelne bietet ihr nur die Gelegenheit, wirksam zu werden. Die privatrechtliche Auffassung des Nutzungsverhältnisses schiebt ihn viel zu sehr in den Vordergrund.

1. Die öffentliche Anstalt greift nicht von selbst ein, um ihre Nutzung im Einzelfall zu gewähren, sondern wartet auf die Anregung dessen, der ihrer bedarf, oder eines für ihn Handelnden. Ihre eigene Ordnung bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen sie sich als gehörig berufen anzusehen hat, sowohl was den Gegenstand ihres Tätigwerdens anlangt, als auch nach der Art, wie er ihr nahegebracht worden ist.

Die Darbietung der tatsächlichen Voraussetzungen, welche ihre Leistungen herausfordern sollen, nennen wir die Inanspruchnahme der Anstaltsnutzungen.

Ihre Bejahung, daß sie hier bestimmungsgemäß ihre Nutzungen zu gewähren haben wird, ist die Zulassung dazu.

Das erstere, die Inanspruchnahme, kann geschehen in einer Willenserklärung unter Erfüllung bestimmter vorgeschriebener Formen, wie die Einreichung der Klageschrift bei Gericht. Regelmäßig genügen in der Verwaltung ganz formlose Vorgänge, aus welchen ein Wunsch, die Nutzungen gewährt zu erhalten, hervorgeht, wie das Eintreten in die Gemäldegalerie, die Vorführung des Kindes in der Schule. Bei Massenbetrieben zu Behandlung fremder Sachen kann es genügen, der Anstalt die Gegenstände, an welchen sie bestimmungsgemäß sich zu betätigen hat, in der vorgesehenen Weise zur Verfügung zu stellen; dann muß sie sich als in Anspruch genommen ansehen und beginnt daran zu arbeiten. So der im Postbriefkasten gefundene Brief. Der Wunsch, daß dieser befördert werde, der Wille, die Postanstalt darum anzugehen, wird ja regelmäßig dahinterstehen. Es braucht aber nicht geprüft zu werden und soll nicht geprüft werden, ob er auch wirklich vorhanden ist, nicht, ob er mit der vom bürgerlichen Recht geforderten Geschäftsfähigkeit ausgestattet war. Die

Anstaltsleistung wird durch jenen Tatbestand ordnungsmäßig in Bewegung gesetzt auch ohne das[20].

[20] Diese grundsätzliche Gleichgültigkeit einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Benützers widersteht allen Versuchen, ein vertragsmäßiges Rechtsverhältnis hier zu fordern. Dambach, Postges. S. 48, folgert zwar: „Da die Postverwaltung durch die Annahme der Sendung in ein Vertragsverhältnis zu dem Absender tritt, so ist sie berechtigt, die Annahme von Sendungen nicht geschäftsfähiger Personen abzulehnen". Wir schließen umgekehrt: da die Post, wie auch Dambach nachher zugibt, „sich selbstverständlich im allgemeinen um die Geschäftsfähigkeit der Absender nicht kümmert", kann es sich um ein Vertragsverhältnis nicht handeln. Daß sie nach Dambach ausnahmsweise die Annahme verweigern würde, wenn „ein für geisteskrank erklärter Mensch durch Aufgabe von Sendungen Unfug treiben sollte", beweist nichts für einen Vertrag: auch der Vertragsfähige hat kein Recht, durch Aufgabe von Sendungen Unfug zu treiben. Das gilt ebenso von dem Wahnsinnigen, der bei Laband, St.R. III S 84, „eine Anzahl von unfrankierten Paketen einliefert, welche Ziegelsteine enthalten". Dem Manne wurde nicht etwa der Vertragsabschluß verweigert, den er ja gar nicht braucht, sondern er wurde vermöge der bekannten Anstaltspolizei mitsamt seinen Ziegelsteinen hinausgetan. Sind die Ziegelsteine des Wahnsinnigen gleichwohl angenommen worden, so wird mit ihnen nach Post.Ord. § 46 Abs. 4 verfahren werden, „vertragsmäßig", selbst wenn man inzwischen erfahren hat, daß er wahnsinnig ist. Es geht alles auch ohne wirklichen Vertrag. Laband bemerkt an derselben Stelle (St.R. III S. 84): „Wenn ein Kind einen frankierten Brief in den Sammelkasten wirft, wird derselbe allerdings befördert, obgleich kein Vertrag abgeschlossen worden ist; dieser Fall ist aber ebenso zu beurteilen, als wenn das Kind sich in einem Laden für zehn Pfennig Näschereien geben läßt (sie „kauft") und sie sofort verzehrt. In solchen Fällen ist es eben ganz gleichgültig, ob ein Vertrag zugrunde liegt oder nicht." Der Unterschied ist der, daß bei dem Brief das Geschäft sich ganz normal abgespielt hat in jeder Hinsicht unter den gleichen rechtlichen Gesichtspunkten, wie wenn es ein Erwachsener gewesen wäre, der den Brief einwarf. Bei den Näschereien hat der Kaufmann es darauf ankommen lassen, ob er mit der Herstellung der Tatsache durchkommt, daß er das Geld hat und das Kind die Näscherei; wohlweislich hat denn auch Laband die sofortige Verzehrung der letzteren hinzugefügt, um die rechtlich mangelhafte Lage zu decken. Das ist in der Tat der Gegensatz zwischen den beiden Betrieben: das Geschäft des Kaufmanns geht nicht in Ordnung, wenn der Vertrag fehlt; der Postbetrieb geht ganz in Ordnung auch ohne Vertrag; es ist überflüssig, daß ein solcher hinzukommt.

Warum also besteht man so sehr darauf? Weil der Vertrag einem Bedürfnis des einseitig zivilrechtlich geschulten Juristen entspricht, der sich sonst nicht auskennt und unsicher fühlt. Darum bringt er ihn überall an, auch wo er nicht recht paßt: bei der Staatsgründung, bei der Verfassungseinführung, bei der Einbürgerung und Aufnahme in den Staatsverband, bei der Anstellung im Staatsdienst. Ich möchte glauben, daß auch im zivilrechtlichen Verkehr manches leichter verständlich wäre, wenn es nicht in das Vertragsschema hineinmüßte. Jedenfalls: wer den durch den Automaten vermittelten Vertrag kennt, hat auch bei den Nutzungen unserer öffentlichen Anstalten keine großen Schwierigkeiten, sich überall einen solchen zurechtzumachen. Die Geschäftsfähigkeitsfrage bleibt zwar, wie Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 12, mit Recht hervorhebt, un-

Auf seiten der Anstalt erfolgt die Zulassung nicht blindlings. Ihre Beamten prüfen mehr oder weniger gründlich, ob die Voraussetzungen der Nutzungsgewährung in dem dargebotenen Falle vorliegen. Die Prüfung kann geschehen durch den prüfenden Blick des Museumsdieners, die wägende Hand des Postsekretärs, die Durchsicht von Geburtsschein, Impfschein, Heimatsschein, ärztlichem Zeugnis. Das Ergebnis ist günstigenfalls die Tat: die Aufnahme in den Betrieb durch Eintretenlassen, Anweisung eines Krankenbettes, Eintragung in die Register, Aufdrücken des Poststempels und Weitergabe des Stückes. Rechtsgeschäft ist das ebensowenig wie die Inanspruchnahme, weder ist es die zweite Hälfte eines Vertrages, noch ein Verwaltungsakt[21].

---

erbittlich; darüber kann man sich aber auf Labands Weise mit dem Gedanken weghelfen, daß auch bei diesen staatlichen Unternehmungen wie bei den des Krämers zweierlei Betriebe durcheinanderlaufen: ein regulärer mit und ein irregulärer ohne Vertrag. Deshalb möchte ich auch nicht mit Laband a. a. O. S. 85 sagen, es sei „der Begriff des Vertrages ausgeschlossen bei der Anstaltsbenutzung von Schulen, Museen, Bibliotheken, Eichungsämtern usw.". Im Gegenteil: der Vertrag ließe sich dort meist viel leichter hinzukonstruieren als bei der Post. Wenn man dort darauf verzichtete, so geschah es, weil man einsah, daß das, was dort vor sich geht, auch ohne Vertrag so vor sich geht, und daß, was nach dem Vertrag stattfinden müßte, dort nicht stattfindet, vor allem, wie wir noch sehen werden, die Hauptsache: der Anspruch auf Erfüllung. Ganz das nämliche trifft aber auch bei Post und Telegraph zu.

Daß hier der Vertrag verhältnismäßig fest sitzt, erklärt sich vor allem aus der früheren gesetzlichen Zusammenfassung des Paketdienstes mit dem Frachtgeschäft (vgl. oben Note 17). Damit geriet der ganze Postbetrieb in die Lehrbücher des Handelsrechts, und man konnte in ziemlich willkürlicher Herübernahme der Bestimmungen der Eisenbahnverkehrsordnung schreiben: „Der Einwurf von Briefen in den Postbriefkasten ist ein Antrag zum Abschluß dieses Vertrages (Postfrachtvertrages), der durch Abstempelung des Briefes seitens der Post angenommen wird" (Cosack, Handelsrecht § 98, III 2c). Das Abstempeln kann durch den nämlichen Beamten geschehen, der den Brief aus dem Kasten holte; und sollte nicht schon der Kasten der Annahmeberechtigte gewesen sein? Nachdem jetzt die Anwendbarkeit des Frachtrechts weggefallen ist, bleibt allerdings noch die Ausdrucksweise des Postges. §. 50 bestehen, wonach die Vorschriften des zu erlassenden Reglements „gelten als Bestandteil des Vertrages zwischen der Postanstalt und dem Absender". Damit hat das Gesetz jedenfalls seine Absicht erreicht, daß diese Vorschriften, obwohl sie keine Rechtssätze sind, doch für den Absender in seinem Verhältnis zur Post maßgebend sind und etwa abweichenden reichs- oder landesgesetzlichen Bestimmungen vorgehen. Hierbei lassen wir es selbstverständlich bewenden. Darüber hinaus kann man auf diese Bestimmung sich auch berufen zum Beweis, daß die damaligen Gesetzgeber der Meinung waren, es würde zwischen dem Absender und der Post ein Vertrag geschlossen. Das glauben wir aber schon so.

[21] Von Vertrag ist nach dem soeben Ausgeführten ohnedies keine Rede. —

2. Für die Beteiligten ist es eine sehr wichtige Sache, ob sie auf die Leistungen der öffentlichen Anstalten rechnen können oder nicht. In dieser Hinsicht würde die Freiheit des gewerblichen Unternehmens sie völlig im Stiche lassen. Bei den öffentlichen Anstalten aber tritt hier zu ihren Gunsten eine feste Gebundenheit ein, wonach die Leistungen zu erfolgen haben.

Diese gebundene Zulassung erscheint in der Form, daß den Verwaltern und Angestellten der Anstalt allgemeine Vorschriften gegeben sind über die Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein die Nutzungen gewährt werden dürfen und sollen. Das sind Verwaltungsvorschriften, allgemeine Dienstanweisungen, die in der Anstaltsordnung sich zusammengestellt finden und auch den Benutzern der Anstalt zugänglich sind[22]. Sie können von der Stadtobrigkeit, von der Regierungsbehörde, die sie erlassen hat, jederzeit abgeändert und auch im Einzelfall durchbrochen werden (vgl. oben § 45 Note 8). Aber für die unmittelbare Anstaltsverwaltung sind sie bindend mit der Kraft der Dienstgewalt und Aufsichtsgewalt, und Abweichungen davon können in dem entsprechenden Beschwerdewege angefochten und rückgängig gemacht werden. In manchen Fällen, so namentlich bei reinen Wohltätigkeitsanstalten, ist den Beamten und Vertretern der Anstalt

---

Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 16, indem er den Vertrag entschieden ablehnt, verlangt statt dessen für die Zulassung eine „Entscheidung", eine „konstitutive Verfügung". Er beruft sich auf Bernatziks Ausprägung dieser Begriffe, wonach also hier in der Tat etwas wie ein Verwaltungsakt in unserem festbestimmten Sinne vor sich gehen müßte. Ich kann einen solchen nicht finden in dem Tatbestand, daß der Beamte am Postschalter den hineingereichten Brief mechanisch durch die Abstempelungsmaschine laufen läßt oder der Museumsdiener den eintretenden Besucher nicht hinausweist. Der Verwaltungsakt als Rechtsinstitut verliert allen Wert, wenn man es nicht ernsthaft mit ihm nimmt. Nawiasky hat freilich einen Grund, weshalb ein Verwaltungsakt hier ergehen muß: es soll das Nutzungsverhältnis hier begründet werden, dieses ist ein Rechtsverhältnis, also bedarf es einer „konstitutiven Verfügung". Die Folgerung hat etwas Einleuchtendes; wenn ein Rechtsverhältnis durch die Zulassung begründet werden soll, so wird sie in der Tat ein Verwaltungsakt sein müssen. Aber weshalb muß das Nutzungsverhältnis ein Rechtsverhältnis sein? Nawiasky hat einen Grund: weil eine andere Auffassung „dem deutschen Rechtsbewußtsein nicht entspricht" (a. a. O. S. 15). Mit diesem sogenannten deutschen Rechtsbewußtsein macht man sich die Sache viel zu leicht. Meist ist es nur des Autors eigene Lehrmeinung, die, wie er denkt, allgemeines deutsches Rechtsbewußtsein sein sollte.

[22] Über die Anstaltsordnung vgl. hier oben S. 472, unten § 52, I n. 4. Über die Dienstvorschriften und ihre Wirkungskraft vgl. oben Bd. I S. 45, 46 u. 87 und hier oben § 45, I und Note 8 dazu.

wohl auch eine Auswahl und ein freies Ermessen eingeräumt. Hier wird dann durch Einsetzung von besonderen Ausschüssen noch eine Gewähr der gerechten Abwägung geschaffen sein. Meist geben die Anstaltsordnungen feste, unbedingt sprechende Bestimmungen, die von den ausführenden Beamten einfach zu handhaben sind.

Das gibt denen, die der Anstalt bedürfen, eine gewisse tatsächliche Sicherheit, hinreichend um darauf zu bauen[23]. In manchen Fällen hat aber auch das Gesetz nachgeholfen, um durch rechtssatzmäßige Bestimmung diese Sicherheit noch zu erhöhen. Das geschieht in der Weise, daß von ihm ausgesprochen wird: die Anstaltsnutzung dürfe unter den durch die Verwaltungsvorschrift aufgestellten Bedingungen keinem verweigert werden[24]. Das bedeutet dann den Ausschluß von abweichenden Bestimmungen für den Einzelfall und ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung für jeden, für den die Anstaltsnutzung unter Erfüllung jener allgemeinen Voraussetzungen in Anspruch genommen wird[25].

---

[23] Vgl. oben S. 473. — Fleiner, Instit. S. 313, hebt mit Recht hervor, wie gerade die öffentlichrechtliche Ordnung des Nutzungsverhältnisses die Gewähr gibt gegen Willkür. Nur hat diese Gewähr nicht immer und notwendig die Gestalt von „Vorschriften des objektiven Rechts", wie Fleiner es nennt. Verwaltungsvorschriften werden wir ja nicht als solche bezeichnen, und sie tun doch auch ihren Dienst. Gesetzliche und überhaupt rechtssatzmäßige Vorschriften bedeuten ihnen gegenüber nur eine Erhöhung der Sicherheit.

[24] Hauptfälle: Postges. v. 28. Okt. 1871 § 3 („Die Annahme und Beförderung von Postsendungen darf von der Post nicht verweigert werden, sofern die Bestimmungen dieses Gesetzes und des Reglements beobachtet sind"). Telegr.Ges. v. 6. April 1892 § 5 (ebenso). Gew.Ord. § 64 Abs. 1 (Besuch der Märkte). — Landesrechtlich bestehen gesetzliche Vorschriften, wonach alle Gemeindeangehörigen zur Benutzung gemeindlicher Anstalten zugelassen werden müssen: Preuß. Städte-Ord. § 4: „Die Gemeindeangehörigen sind nach Maßgabe der bestehenden Bestimmungen zur Mitbenutzung der öffentlichen Einrichtungen und Anstalten der Stadt berechtigt." Bayr. Gem.Ord. v. 29. April 1869 Art. 19 Abs. 2 Ziff. 4: „Der Gemeindebürger genießt das Recht, . . . die Gemeindeanstalten zu benutzen." — Wo ein Verbot besteht, sich anderer Unternehmungen für den bestimmten Zweck zu bedienen, versteht es sich von selbst, daß die so geschützte öffentliche Anstalt entsprechend allgemein zugänglich gehalten werden soll. Fleiner, Instit. S. 311 Note 47a; R.G. 19. Nov. 1900 (Entsch. XLVII S. 76). Daß dies gerade rechtssatzmäßig geschehe, ist aber nicht unumgänglich. Nur wo es so geschehen ist, treten die oben zu erwähnenden Wirkungen ein.

[25] Es handelt sich um Mitwirkungsrechte in Form der Forderung nach der oben Bd. I S. 112, 113 beschriebenen Art. Sie sind nicht verfügbar. Man kann sie ausüben oder nicht ausüben, mehr nicht (a. a. O. S. 115). Sie entstehen auch erst mit der Ausübung. Wir laufen nicht fortwährend schon herum mit dem Recht auf Briefbeförderung in der Tasche. Erst wenn die Gebunden-

Das so eröffnete Nutzungsverhältnis selbst wird dadurch nicht anders[26].

heit der Post wirksam gemacht wird, erscheint auch mein Recht. Wenn man ein Bedürfnis nach Namen hat, kann man den vorausgehenden (juristisch wertlosen) Zustand aller Menschen im Staate mit Jellinek, Subj. öff. R. S. 114 ff, einen „positiven Status" oder „status civitatis" nennen.

Das Recht auf Zulassung tritt nicht immer mit der Deutlichkeit auf wie beim Kläger, der dem Gerichte seine Klageschrift vorlegt. Der kranke Gemeindebürger, der an die Pforte des Gemeindekrankenhauses pocht, gleicht diesem noch am ersten. Schon weniger vernehmlich spricht der Berechtigte aus dem flüchtigen Besucher des städtischen Kunstmuseums. Wessen Recht aber steht hinter dem Brief, der im Briefkasten gefunden wurde? Und doch ist ein subjektives Recht auf Annahme zur Beförderung mit dem Einwurf entstanden für den, um dessen Vorteils willen die Post so in Anspruch genommen worden ist; denn alles Recht ist seinem Träger um seines Vorteils willen gegeben (vgl. oben Bd. I S. 106, 107). Möglicherweise tritt der Berechtigte nachher noch hervor; in der großen Mehrheit der Fälle bleibt er im Dunkel bis zum Schluß, wo sein Recht durch Erfüllung erloschen ist. Solche nie bekannt werdende Berechtigte gibt es ja auch im Zivilrecht.

[26] Schott in Endemanns Handb. Bd. III S. 531 hat als erster den Versuch gemacht, die Begründung des Nutzungsverhältnisses bei Post und Telegraph zu befreien von dem üblichen Vertragsschema. Diese Anstalten leisten nach ihm lediglich zur Erfüllung einer gesetzlichen Obligation; die Aufgabe zur Post ist deshalb nicht Vertragsofferte, sondern eine Aufforderung an die Anstalt, ihrer gesetzlichen Beförderungspflicht Genüge zu leisten (S. 539). Das nähert sich unserer Auffassung. Zur vollen Freiheit ist Schott deshalb nicht durchgedrungen, weil er immer noch das Bedürfnis hat, die Leistungen der Post als Erfüllung einer Obligation sich vorzustellen, wobei der Nutzende als ihr Gläubiger erscheint. Das beruht auf einer ungenauen Vorstellung von dem Rechte auf Zulassung. Dieses erschöpft sich aber mit der Aufnahme in den Betrieb der Anstalt. Es erfaßt nicht den Inhalt dieses Betriebes, noch das bestimmte Ergebnis, worauf er abzielt. Die Pflicht, welche Postges. § 3 auferlegt, ist erfüllt dadurch, daß die Post Annahme und Beförderung nicht verweigert hat. Selbstverständlich darf der zur Zulassung Verpflichtete die Zulassung auch nachträglich nicht wieder rückgängig machen ohne rechtmäßigen Grund. Das ist aber alles, worauf dieses gesetzliche Recht des Nutzenden geht. Was die Anstalt nun weiter tut, ist nicht durch sein Recht gebunden, sondern einzig durch ihre innere Ordnung. Vgl. unten n. 4. Wir haben unsere Lehre von der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung anzulehnen gesucht an das Verhältnis der Partei zu dem angerufenen Gericht (hier oben I). Auch der Anspruch des Klägers auf Entgegennahme der Klageschrift hat wieder ein Vorbild geliefert für unser Recht auf Zulassung zur Anstaltsnutzung (oben Note 25). Beim Gericht liegt die Sache aber insofern anders, als es auch für das, was es nun weiter vornimmt, gesetzlich gebunden ist mit Wirksamkeit der Partei gegenüber, die es auf Schritt und Tritt mit ihren das Gesetz anrufenden Anträgen begleitet; auch der Inhalt des Urteils, das das Endziel bildet, ist noch durch das Recht der Partei fest bestimmt. Das ist bei den Verwaltungsanstalten nicht so. Hier herrscht nach geschehener Zulassung die auf Verwaltungsvorschriften beruhende Anstaltsordnung. Das Ver-

3. Als Gegenstück zu der Gebundenheit der Anstalt, ihre Leistungen überall zu gewähren, wo die dafür bestimmten allgemeinen Voraussetzungen zutreffen, finden wir dann wieder einen Benutzungszwang. Er kann verschiedene Gestalten annehmen.

— Wo er am schärfsten auftritt, erscheint er geradezu als gewaltsame Nötigung: Gefängnis, Besserungsanstalt, Heer verbinden mit der ihnen eigentümlichen Verfügung über den Menschen auch einen eingreifenden Zwang zur Benutzung ihrer Einrichtungen und Leistungen. Aber auch selbständig kann die Anstaltsbenutzung durch Gewaltanwendung herbeigeführt werden, namentlich aus polizeilichen Gründen: Absonderung von Seuchenverdächtigen, Zwangsheilung ansteckender Krankheiten, Unterbringung von Geisteskranken. Gerade der letztgenannte Fall ist geeignet, die rechtliche Würdigung klarzustellen: Das Benutzungsverhältnis des durch die Polizei in die Irrenanstalt Verbrachten ist dasselbe wie das des Mannes, der sich freiwillig dahin begeben

---

hältnis des Briefabsenders zur Post geht mit der Annahme des Briefes unter in dem Massenbetrieb der Anstalt, der dafür sorgt, daß etwas Richtiges herauskommt, aber eben nach seinen Bedingungen. Insofern gleicht das Recht des Absenders, eher als dem des Klägers, dem des Wahlberechtigten: auch dieses erschöpft sich in der Zulassung zur Wahl, der weitere Gang des Wahlverfahrens vollzieht sich ausschließlich nach Rücksichten staatlicher Ordnung. Vgl. oben Bd. I S. 309 ff.

Hier darf noch eine andere Erscheinung zum Vergleich herangezogen werden. Gesetzliche Annahmepflicht besteht auch zu Lasten von Unternehmungen mit privatrechtlich geordnetem Nutzungsverhältnis. Hier nennt man es Kontrahierungszwang. Er ist immer schon ein Vorzeichen der herannahenden Ausdehnung des richtigen Rechts der öffentlichen Anstalten auch auf diese Fälle (vgl. oben Note 19). Hauptbeispiel bieten die Eisenbahnen nach H.G.B. § 453. Die Eisenbahn erfüllt die ihr auferlegte Pflicht, „die Übernahme von Gütern zur Beförderung nicht zu verweigern", dadurch, daß sie den Frachtvertrag mit dem Anforderer abschließt. Tut sie das, so ist ihre Frachtführerpflicht ganz dieselbe, wie wenn sie den Vertrag geschlossen hätte unter Umständen, wo sie die Annahme hätte verweigern können (H.G.B. § 453 Abs. 2). Tut sie es nicht, so kommt ein Nutzungsverhältnis nicht zustande: der Kontrahierungszwang begründet dann nicht etwa selbständig eine gesetzliche Obligation, die Beförderung des Gutes auszuführen. Es entsteht nur ein Schadensersatzanspruch wegen verweigerter Annahme (§ 453 Abs. 4). Gerade so geht es der Hauptsache nach bei der Post her und bei den anderen öffentlichrechtlich arbeitenden Anstalten. Die Erfüllung der Zulassungspflicht begründet ein Nutzungsverhältnis von derselben Art wie das durch freiwillige Zulassung begründete, also kein vertragsmäßiges. Die Verweigerung der Zulassung könnte nur einen Schadensersatzanspruch zur Folge haben, mit dem es aber hier seine besondere Bewandtnis hat (vgl. unten § 52, III); eine selbständige gesetzliche Transportpflicht bedeutet jedenfalls der „Kontrahierungszwang" hier sowenig wie bei der Eisenbahn.

hat. Nur in bezug auf die Endigung kann sich Abweichendes ergeben; vgl. unten n. 5[27].

— Es kann die Benutzung auch herbeigeführt werden durch Einwirkung auf den Willen dessen, der benutzen soll. Das kann auch wieder geschehen zu polizeilichen Zwecken, wo dann die Formen des Polizeirechts zur Anwendung kommen: Polizeibefehl, Polizeistrafe, Ungehorsamsstrafe[28]. Außerhalb des Gebietes der Polizei bietet ein Hauptbeispiel der Schulzwang mit seinen Strafbestimmungen gegen die Erziehungsberechtigten[29]. Dahin gehört auch die Unterbringung des Hilfsbedürftigen in einem Armenhaus mit Anweisung entsprechender Arbeit und mit Androhung des Verlustes der Unterstützung im Falle der Weigerung[30].

— Endlich wird die Benutzung der öffentlichen Anstalt mittelbar dadurch zu fördern sein, daß ein Verbot ergeht, die Bedürfnisse, denen ihre Leistung dient, auf andere Weise zu befriedigen, oder solches unmittelbar verpönt wird (vgl. Bd. I S. 270ff.). Dahin gehört der Postzwang und der Schlachthauszwang[31].

---

[27] Mangels einer besonderen gesetzlichen Grundlage kann hier das allgemeine polizeiliche Notstandsrecht zur Geltung kommen; vgl. oben Bd. I S. 309ff. Die Bewahrung des so Eingebrachten in der Anstalt geschieht aber dann nicht kraft Polizeigewalt, sondern kraft Anstaltsgewalt; vgl. unten § 52, I. — Daß in all diesen Fällen der Zwang zur Anstaltsbenutzung nur stattfinden kann, wenn die Behörde auch die Möglichkeit hat, für den Gezwungenen die Zulassung zu bewirken, versteht sich von selbst. Das ist aber eine Frage für sich und in der Polizeigewalt nicht enthalten.

[28] So die Polizeiverordnungen, welche die Benützung einer kommunalen Kadaververwertungsanstalt gebieten oder den Anschluß der Wohnhäuser an die städtische Wasserleitung: v. Rohrscheidt, Gew.Ord. zu § 1 Anm. 22.

[29] Schneider und Bremen, Volksschule im Preuß. R. III S. 37. Der Schulzwang bedarf stets einer selbständigen gesetzlichen Grundlage. Der Versuch, ihn unter den allgemeinen Begriff der Sicherheitspolizei zu bringen, als obrigkeitliche Tätigkeit zur Abwehr „der Gefahren der Unwissenheit“ (Pözl, Grundriß zu Vorlesungen über Polizei S. 19), kann doch bloß als rechtsgeschichtliche Merkwürdigkeit angesehen werden. Auf die Erzielung von Nützlichkeiten ist es hier abgesehen, und das ist allerwege keine Polizei; vgl. oben Bd. I S. 222, 234.

[30] Eger, Unterst.Wohns.Ges., zu § 1 Anm. 7.

[31] Postges. § 1, § 27 Abs. 1 Ziff. 1; Gew.Ord. § 23 Abs. 2; Preuß. Schlachthausges. v. 9. März 1881 § 1 Abs. 1, § 14. Das Postges. hat eine doppelte Spitze: gegen den Unternehmer, der Wettbewerb machen wollte, und gegen den Benutzer, der die Dienste, welche die Post zu leisten bestimmt ist, sich anderweit verschafft (§ 27: „befördert oder verschickt“). Das erstere mag man als das Postregal bezeichnen, das letztere ist der Postzwang. Der Ausdruck „Postmonopol“ paßt gar nicht, da es sich nicht um ein privatwirtschaftliches Unternehmen des Reiches handelt. Vgl. oben § 49 Note 6. Maas, in Arch. f. öff. R. VII S. 483ff. — Der Schlachthauszwang wendet sich mit seinen Strafdrohungen und Zwangs-

4. Die Anstalt, wenn sie durch die irgendwie geschehene Zulassung für den Einzelfall in Bewegung gesetzt worden ist, fügt diesen ein in den ihr eigenen Gang und erledigt ihn mit der diesem eigenen Sicherheit und Regelmäßigkeit. Der Nutzende hat nur soweit Einfluß darauf, als es durch ihre eigene Ordnung vorgesehen und mit dieser vereinbar ist. Er kann die Beamten, Leiter und Aufsichtsbehörden der Anstalt in geeigneter Weise angehen, um die Beobachtung jener Ordnung und die Rücksichtnahme auf seinen Vorteil zu bewirken. Es wird aber bei der Zulassung für ihn kein Rechtsanspruch auf Leistung gegen den Herrn der Anstalt begründet[32].

Er hat keine Klage auf Erfüllung. Er hat auch keine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[33]. Von den Erstattungs-

maßregeln lediglich gegen den, der das Geschäft des Schlachtens unternimmt, ohne das öffentliche Schlachthaus zu benutzen. Er ist gesundheitspolizeilicher Natur und könnte deshalb, im Gegensatz zum Postzwang, je nach den Zuständen denkbarerweise auch ohne besonderes Gesetz auf Grund der allgemeinen polizeilichen Ermächtigungen durchgeführt werden. — Das Telegraphenges. v. 6. April 1892 § 1 richtet sich umgekehrt lediglich gegen den, der solche Anlagen „errichten oder betreiben" wollte, nicht auch gegen den Benutzer; es handelt sich um ein reines Telegraphenregal.

Das Preuß. Ges. v. 30. April 1913 § 1 bestimmt für den Rhein-Weser-Kanal: „Fahrzeuge dürfen nur mit der vom Staate vorzuhaltenden Schleppkraft fortbewegt werden." Das ist Schleppzwang für die Schiffer. Wenn man es mit Rücksicht auf den darin enthaltenen Ausschluß anderer Schleppereiunternehmer zugleich als „Schleppmonopol" bezeichnet, so kommt darin die Auffassung zum Ausdruck, daß es sich bei dem staatlichen Schleppdienst um ein privatwirtschaftliches, ein fiskalisches Unternehmen handle. —

Auch bei dieser Art von Benutzungszwang gilt wie überall, daß das Nutzungsverhältnis selber davon nicht berührt wird. So für den Schlachthauszwang Thoma, Polizeibefehl S. 361.

[32] Die Erkenntnis, daß das so sei, hat bei Ludewig, Die Telegraphie S. 92 ff., zu einem merkwürdigen Erklärungsversuche geführt. Ohne Vertrag kann auch er nicht auskommen. Um aber die tatsächliche Wirkungslosigkeit dieses Vertrages zu rechtfertigen, gibt er ihm einen für den Telegraphenunternehmer, das Reich also, sehr ungefährlichen Inhalt: Es verpflichtet sich dadurch keineswegs zur Leistung, sondern verspricht nur, daß seine Beamten leisten; genau genommen auch das nicht, denn es genügt seiner Pflicht, wenn es sein Möglichstes tut, dafür zu sorgen, daß die Beamten mit diesen Leistungen beauftragt und dazu angehalten werden. Die bestehenden Einrichtungen mit ihrer bekannten Vortrefflichkeit stellen die Erfüllung dieser Zusage des Reiches dar, weshalb dann auch aus dem Vertrage von ihm nichts weiter zu verlangen ist.

Das Bild entspricht ungefähr dem, welches sich das A.L.R. II, 15 Abschn. 4 von dem Frachtvertrag der Postämter gemacht hat, durch den die Postbeamten allein verpflichtet werden (vgl. oben Note 17).

[33] Es ist ja nicht immer leicht, die gewünschten Verträge über die zu ge-

und Entschädigungsansprüchen, die ihm nebenher erwachsen können, wird unten § 52, III die Rede sein.

5. Das Nutzungsverhältnis endigt damit, daß die Anstalt ihre Leistung an dem zugelassenen Falle *durchgeführt* hat oder *nicht mehr imstande ist*, sie durchzuführen.

Schon vorher kann es zu Ende kommen, wenn die Anstalt den Nutzenden von ihrer weiteren Leistung *ausschließt*, weil die Sachen oder die Menschen, für die er sie in Anspruch genommen hat, sich als ungeeignet dafür erweisen. Es ist eine Frage der Geltendmachung der Anstaltsgewalt (unten § 52, I).

---

während Anstaltsnutzung einigermaßen nachweisbar zu machen (vgl. oben Note 20). Hat man sie einmal, so vermag man auch die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für die Geltendmachung der Ansprüche des Gläubigers der Anstalt zu gewinnen; es sind ja zivilrechtliche Verträge. Möglicherweise gibt man ihnen zwar, der öffentlichen Anstalt zu Liebe, den Namen öffentlichrechtliche Verträge und bezeichnet auch jene Ansprüche als öffentlichrechtliche; dann öffnet die bekannte selbstgemachte Formel von der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für alle *vermögensrechtlichen* Sachen gleichwohl diese Türe. Die Gerichte wären also vollkommen in der Lage, dem Gläubiger sein Recht zu verschaffen, indem sie den Staat verurteilen zur Erfüllung der vertragsmäßig geschuldeten Leistungen: unverzüglicher Beförderung des aufgegebenen Briefes an den Adressaten, wortgetreuer Übermittlung der bedungenen Drahtnachricht, Erteilung von pädagogisch und fachwissenschaftlich untadeligem Unterricht, kunstgemäßer Behandlung im Spital usw. Die Vollstreckungsmittel liefert dann Z.P.O. § 887 (Ersatzvornahme) oder § 888 (Geldstrafen). Tatsächlich wird von diesen Möglichkeiten kein Gebrauch gemacht. Auch in der Literatur spielen sie keine Rolle.

Dahinter stünde noch die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, gemäß B.G.B. § 283, oder den Verzugsschaden nach § 286; auch §§ 324, 325, 326 und namentlich § 635 kämen in Betracht. Hier haben die Anstaltsordnungen allerlei Beschränkungen und Fixierungen vorgesehen. Aber auch soweit sie Spielraum ließen, pflegen wieder die durch das bürgerliche Recht ermöglichten Ansprüche gegen den verpflichteten Herrn der öffentlichen Anstalt nicht zur Geltung gebracht zu werden.

Diese Anstaltsordnungen bestimmen, wie der Nutzende und seine Sachen in der Anstalt behandelt werden sollen. Sie bilden, wie das Postges. § 50 Abs. 2 sich ausdrückt, Bestandteile des Vertrages. Als solche müßten sie wenigstens für den Gläubiger so festgelegt sein, daß der Schuldner, Reich, Staat oder Gemeinde, der die Anstaltsordnung macht, sie nicht während der Erfüllung des Vertrages abändern könnte. Tatsächlich ist das nicht der Fall: Änderungen an der Schulordnung treffen auch die bereits eingetretenen Schüler, neue Bestimmungen über Behandlung unbestellbarer Briefe finden auch auf Sendungen Anwendung, die bei ihrem Erscheinen schon eingereicht waren. Auch hier versagt tatsächlich der Vertrag.

Wir dürfen wohl behaupten: der Vertrag hat keinen sachlichen Zweck; er befriedigt lediglich ein ästhetisches Bedürfnis des zivilrechtlich geschulten Juristen.

Andererseits kann auch der Nutzende das Verhältnis vorzeitig zu Ende bringen, indem er davon zurücktritt. Den Rechtsgrund dafür gibt ihm die Freiheit der Person und das Recht an den Sachen und Wertschaften, die behufs der Nutzung in die Anstalt und ihren Betrieb gebracht worden sind. Er kann das Seinige wieder herausziehen, soweit die für die Anstalt maßgebenden Ordnungen dem nicht im Wege stehen (unten § 52, III n. 1). Dadurch wird dann das Nutzungsverhältnis von selbst zerstört[84].

§ 52.

Fortsetzung; Nebenrechte aus der Anstaltsnutzung.

Die Ordnung des Nutzungsverhältnisses der Verwaltungsanstalten trägt mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates[1]. Sie vermeidet Rechtssatz und Verwaltungsakt. Ebendeshalb kommen dabei richtige subjektive Rechte nicht notwendig zum Vorschein. Wenn wir von einem Rechte der Anstalt sprechen wollen, ihre Leistungen zu regeln und zu lenken, so ist das ein Recht von demselben Werte wie die Rechte der Einzelnen, ihre Freiheit so oder so zu betätigen. Die Rechte der Nutzenden andererseits sind auch nichts anderes als die durch die eigenen Einrichtungen der Anstalt tatsächlich gesicherte Aussicht, die Vorteile richtig gewährt zu erhalten, die sie bestimmungsgemäß gewähren soll.

Mit der Abwicklung des Nutzungsverhältnisses können sich nun aber noch Zuständigkeiten und Ansprüche von ausgeprägterer Gestalt verbinden. Sie verknüpfen sich nebensächlicherweise mit diesem Verhältnis als besonders geordnete Folgen. Wir bezeichnen sie als Nebenrechte aus der Anstaltsnutzung.

---

[84] Gegenüber dem hier aufgewiesenen Gesamtbild nehmen eine Sonderstellung ein solche öffentlichrechtliche Anstaltsleistungen, welche bestimmungsgemäß schlechthin auf eine zu gewährende Hilfe in Geld und ähnliche Verabreichungen gehen (Armenkassen, Stipendienstiftungen, Sozialversicherung). Hier entsteht überhaupt kein Nutzungsverhältnis, welches den Empfänger in inneren Zusammenhang mit den Einrichtungen der Anstalt brächte. Es gibt keine Zulassung dazu und keinen Ausschluß oder Austritt, auch keine Anstaltsgewalt noch Gebührenpflicht, wie wir sie weiter aus diesem Zusammenhange werden fließen sehen (§ 52). Äußerlich bietet die Sozialversicherung noch am ersten Ähnlichkeit. Aber sie setzt statt eines Nutzungsverhältnisses ein Versicherungsverhältnis, statt der Nutzungsgebühr den Versicherungsbeitrag und gibt einen klagbaren Anspruch auf die Anstaltsleistung. Alles nimmt hier andere Gestalt an und andere Bedeutung.

[1] Vgl. oben § 51 Note 5.

I. In der Tätigkeit der öffentlichen Anstalt erscheint die öffentliche Verwaltung. Was von außen her störend eingreifen will in ihren guten Stand, wirft sie obrigkeitlicherweise *beiseite* als eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens nach den Regeln des unmittelbaren Polizeizwanges. Das ist die oben Bd. I S. 223 Note 3, S. 303 ff. behandelte „Anstaltspolizei".

Darüber hinaus wird aber nun eine umfassende Macht geübt gegenüber denen, welche an den Leistungen der Anstalt teilnehmen sollen und zu diesem Zwecke mit ihrem Selbst oder mit ihren Angehörigen, ihren Sachen und Werten aufgenommen sind in deren Betrieb. Sie geht nicht einfach auf Abwehr und Entfernung. Das bleibt als äußerstes Mittel vorbehalten. Sondern sie hat zum Ziele, das alles richtig *einzufügen* in den geordneten Betrieb der Anstalt, damit ihre Nutzung unbeeinträchtigt und fruchtbar vor sich gehe.

Man spricht auch hier noch von einer *Polizei der öffentlichen Anstalt*, da nämlich, wo diese in ihre Räumlichkeiten einen mehr oder weniger freien Zutritt gewährt, eine Art Verkehr darin gestattet zum Zweck der eigentlichen Benutzung der Anstalt oder sonstiger Anteilnahme daran. So bei Marktplätzen, Markthallen, Museen, äußeren Postlokalen, Gerichtssitzungssälen[2].

Anstaltsdisziplin heißt jene Macht, wenn die Anstalt einen Kreis von Benutzenden persönlich in mehr dauernder Weise in sich aufnimmt und behandelt. Krankenanstalten, Armenhäuser, Schulen geben Beispiele[3].

Das sind nur die bekanntesten Anwendungsfälle eines allgemeineren Begriffes. Daneben stehen noch andere gleichartige, die nur durch keinen besonderen Namen ausgezeichnet sind, namentlich auch solche, wo es sich um die *Behandlung von fremden Sachen und Werten* handelt, die in den Betrieb der Anstalt aufgenommen sind[4].

---

[2] Wo auch der Gemeingebrauch an der öffentlichen Straße nicht als ein Ausfluß der natürlichen Freiheit aufgefaßt wird, sondern in gut polizeistaatlicher Weise als Nutzungsgewährung an einer öffentlichen Anstalt (vgl. oben S. 140, 152 f. und Bd. I S. 238 Note 4), reiht er sich mit seiner Polizei hier ein.

[3] Es ist klar, daß in diesem Punkte die Anstaltsgewalt dann eine gewisse Verwandtschaft mit der Dienstgewalt aufweist, Dienstbefehlsgewalt und Disziplinarstrafgewalt; vgl. oben § 45.

[4] Hierfür bieten wieder die finanzrechtlichen Gewaltverhältnisse Seitenstücke mit ihren Maßregeln über die unter Kontrolle stehenden Waren; vgl. oben Bd. I S. 370.

Wir fassen alle diese Erscheinungen zusammen unter dem Namen der **Anstaltsgewalt.**

Daß solche rechtliche Macht hier geübt wird, ist sichtbar. Ebenso ist nicht zu verkennen, welcher Art von Erscheinungen sie zugehört. Es handelt sich um eine umfassende Macht zugunsten des bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung, gegründet auf ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis, in welches die davon Getroffenen getreten sind. Ein **Gewaltverhältnis** liegt vor gemäß der oben Bd. I S. 104 gegebenen Begriffsbestimmung. Der Lehre von der finanzrechtlichen Überwachungsgewalt (oben Bd. I § 30, II) sowie von der Dienstgewalt (hier oben § 45, I) und dem ihr nahe verwandten Aufsichtsrecht über den beliehenen Unternehmer (hier oben § 50, I) reiht sich jetzt als ein weiterer Fall die **Anstaltsgewalt** hier an.

1. Die öffentliche Anstalt arbeitet mit der Sicherheit und Regelmäßigkeit einer großen Maschine, um die Dienste zu leisten, für welche sie da ist. Die Menschen und die Sachen sind bezeichnet, an welchen diese Leistung sich vollziehen soll, und die Art ist bestimmt, wie sie ihr zu diesem Zweck entgegengebracht und zur Verfügung gestellt werden müssen. Was in solcher Weise in die Anstalt gebracht wird, muß sich anpassen an die Erfordernisse ihres geregelten Ganges. Ein **Zustand verminderter Freiheit** entsteht für den Beteiligten, der sich bestimmt nach diesem Zweck. Er muß sich in seinem persönlichen Verhalten entsprechend benehmen; die Anstaltsdisziplin und die Anstaltspolizei haben sich seiner bemächtigt. Er muß sich auch gefallen lassen, daß man mit seinen Sachen, die einmal in den Betrieb der Anstalt gegeben sind, entsprechend verfährt: die Poststücke gehen ihren Weg, die Kleider des Kranken, die Versatzgegenstände im Leihhaus folgen der anstaltlichen Behandlung, weil es im Sinne der Anstalt so sein soll, ohne zu fragen, ob es auch im Sinne des Eigentümers ist. Der verfassungsmäßige Vorbehalt des Gesetzes zum Schutz von Freiheit und Eigentum kommt nicht mehr in Betracht, soweit dieses **besondere Abhängigkeitsverhältnis** reicht.

2. Ein solcher Zustand verminderter Freiheit ist ein Ausnahmezustand, der selbst erst wieder einer **Rechtfertigung** bedarf. Nahe liegt es, nach gesetzlicher Grundlage zu fragen oder freiwilliger Unterwerfung, die an ihrer Stelle wirken könnte. In diesem Sinne hat man sich hier wohl auf den Benutzungszwang berufen und in den vielen Fällen, wo er fehlt, eine Art freiwilliger

Unterwerfung unter die Anstaltsgewalt in der Inanspruchnahme ihrer Leistungen gefunden. Allein der erstere ist nicht schlüssig für die Begründung eines Gewaltverhältnisses[5], die letztere aber liefert uns keineswegs auch den Verwaltungsakt, der doch erst davon Gebrauch machen müßte, um jenes Verhältnis rechtlich zu begründen[6]. Vor allem aber greift die Anstaltsgewalt über Personen und Sachen auch Platz ohne irgendetwas wie eine ihr entgegenkommende Willenserklärung des Betroffenen vorauszusetzen. Sie erfaßt den Geisteskranken, der, unzurechnungsfähig, mit dem letzten Aufflackern von Verstand in die Irrenanstalt geht, und das Poststück, das ein Kind eigenmächtig aufgegeben hat. Ihr Grund ist überall gleichmäßig nichts anderes als die Tatsache des Eintrittes des Gegenstandes anstaltlicher Behandlung in den Bannkreis der Anstalt, und was dieser Tatsache die Kraft gibt, ist das Hausrecht dieser Anstalt, die dem Einzelnen nicht gegenübersteht als einem gleichberechtigten Geschäftsverkehrsteilnehmer, sondern als öffentliche Verwaltung, deren Lebensäußerungen, hier wie in anderen Fällen, von selbst in dem erforderlichen Maße rechtlich bestimmend und überwiegend werden[7].

---

[5] Vgl. oben § 51, III n. 3.

[6] Von Vertrag ganz zu schweigen. Wegen des Verwaltungsaktes vgl. oben § 51 Note 21.

[7] So pflegt denn auch der Anstaltsgewalt eine Art Selbstverständlichkeit zugesprochen zu werden. O.V.G. 11. Jan. 1901 (Entsch. XXXVIII S. 58): Gemeindliche Schlachthausordnung gibt den Metzgern Vorschriften wegen des Schächtens; es handelt sich nicht um Ausübung „polizeilicher Machtbefugnisse", noch auch um einen Akt der „Autonomie"; vielmehr beruht die Befugnis zu solchen Anordnungen auf dem Rechte der Gemeinde, über die Einrichtung und Benutzung der Gemeindeanstalten zu beschließen; sie liegt in der Natur der Sache. Württ. V.G.H. 10. März 1909 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XXI S. 359): Pflichtfach einer höheren Schule; Vater will seinen Sohn nicht teilnehmen lassen: „öffentliche Anstalten, insbesondere Voraussetzungen und Art der Benutzung, werden von den zuständigen Verwaltungsbehörden bestimmt"; das geschieht mit freiem Ermessen; wer sich nicht fügen will, hat den Ausschluß zu gewärtigen. O.V.G. 9. Juni 1896 (Entsch. XXX S. 438): Der Lehrer an einer Fortbildungsschule hat einen Schüler „Grünschnabel" genannt; „es folgt aus der Natur der Sache, daß jeder Lehrer befugt ist, die Ordnung in der ihm anvertrauten Schule aufrechtzuerhalten und zu diesem Zwecke den Schülern Zurechtweisungen und Rügen zu erteilen". R.G.Stf.S. 10. April 1902 (Reger XXIII S. 139): Der Schüler einer Fortbildungsschule erhält vom Lehrer eine Ohrfeige; über eine solche ist nichts bestimmt; aber etwas körperliche Züchtigung „folgt vielmehr aus dessen Recht und Pflicht zur Erziehung von selbst".

Alle Gewaltverhältnisse kommen immer erst zur Wirksamkeit dadurch, daß der Betroffene tatsächlich eintritt in einen bestimmten Macht-

bereich öffentlicher Verwaltung. In diesem entfaltet sich dann der Rechtsgrund, auf dem sie beruhen. Das ist bei der Dienstgewalt in aller Form die durch Gesetz oder Verwaltungsakt begründete öffentlichrechtliche Dienstpflicht, die mit dem tatsächlichen Eintritt in den „aktiven" Dienst so lebendig wird (vgl. oben § 43 II n. 1; § 44, I n. 3, II n. 4); bei der finanzrechtlichen Überwachungsgewalt ist es das Gesetz, welches an die Tatsache der in Anspruch genommenen besonderen Erleichterungen oder der schlechthin finanzgefährlichen Betriebe jene Abhängigkeit knüpft (vgl. oben Bd. I S. 371 u. Note 13 dazu, S. 372). Wenn wir hier von dem „Hausrecht" der öffentlichen Anstalt sprechen, so soll damit ausgedrückt werden, daß ein solcher formaler Rechtsgrund fehlt und die tatsächliche besondere Berührung mit der öffentlichen Verwaltung allein jene Abhängigkeit und besondere Minderung der Widerstandskraft von Freiheit und Eigentum begründet. Das ist nichts Vereinzeltes. Wir haben hier oben § 41, I in der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung eine von selbst gegebene Wehrlosigkeit des Grundeigentums kennen gelernt gegenüber der öffentlichen Verwaltung, die mit ihren Lebensäußerungen tatsächlich dagegenstößt. Jetzt handelt es sich darum, daß der Einzelne mit seinem äußerlichen Dasein und mit seiner beweglichen Habe aufgenommen ist in das Leben der Verwaltung selbst, das hier bestimmungsgemäß für ihn und an ihm wirksam werden soll. Wie der Ordnung halber und dem Zwecke gemäß dabei zu verfahren ist, bestimmt die Verwaltung selbst; denn sie ist hier „bei sich zu Hause". Und sie bestimmt es maßgebend für den Zugelassenen; denn sie ist die rechtlich überwiegende Erscheinung des Willens des Gemeinwesens. Das Gesetz kann — wie bei der öffentlichen Eigentumsbeschränkung — mit ausdrücklichen Bestimmungen hinzukommen. Aber es geht auch ohne das. Das scheint mir mit dem Worte „Hausrecht" ganz wohl wiedergegeben zu sein. Mehr als ein Bild und Gleichnis ist es nicht; aber immerhin anschaulicher als andere Bezeichnungen. Man kann statt dessen auch sagen, der Nützende sei eingetreten in den „Machtbereich", „Machtkreis" der öffentlichen Anstalt; oder in ihren „Bannkreis" (Fleiner, Instit. S. 313), in „die Sphäre der Anstalt" (Thoma, Polizeibefehl S. 358 u. 359).

Thoma, der in der Hauptsache die Anstaltsgewalt ebenso auffaßt, wie hier geschieht, hat a. a. O. S. 357 f. mein Wort „Hausrecht" zu scharf genommen, wozu es ja allerdings verleiten kann. Er versteht darunter eine Anwendung des auch im Privatrecht geltenden Satzes: „Jeder Eigentümer kann in seinen Räumen das Hausrecht wahren", und nennt es in diesem Sinne die in der Anstaltsgewalt liegende „sachenrechtliche Verfügungsgewalt". Daneben stünden nun ihre „obligationenrechtlichen Befugnisse", die bei der privaten Anstalt durch Vertrag bestimmt würden, bei der öffentlichen „rechtssatzmäßig" reguliert und zugewiesen sind (S. 158). Wo die Rechtssätze fehlen, würde dann wohl die Anstaltsgewalt diese Seite überhaupt nicht entwickeln? Denn die Anstaltsordnung für sich allein liefert auch nach seiner Auffassung solche Rechtssätze nicht. Es würde also eine große Lücke entstehen. Allein das Hausrecht der Anstalt, wie wir es hier als die allgemeine Grundlage der Anstaltsgewalt verstehen, ist nicht an die Dienst- und Amtsräume gebunden. Es wird auch geübt durch den Lehrer, der beim Klassenausflug Disziplin handhabt, durch den Briefträger, der auf der Straße dem Briefeigentümer die ordnungswidrige Herausgabe verweigert.

Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 37 ff., beschränkt den Ausdruck „Hausrecht" in ähnlicher Weise auf den engeren Kreis, den wir etwa mit Anstalts-

3. Die Anstaltsgewalt bedeutet nicht, daß alles rechtmäßig sei, was dem Nutzenden in der Anstalt tatsächlich widerfährt. Sie bedeutet nur, daß im Rahmen des Zweckes der Anstaltsgewalt im Verwaltungswege bestimmt werden kann, was für ihn Rechtens sein soll. Das so Bestimmte wird dann durch die Tat an ihm und seinen Sachen rechtmäßig vollzogen.

Diese Bestimmungen erfolgen im Einzelfall durch die der Anstalt vorstehenden Behörden oder auch, wie das dem Gewaltverhältnis eigen ist, durch Beamte und Angestellte ohne behördliche Stellung: Aufseher, Schleußenwärter, Ärzte, Lehrer. Vorausgesetzt ist nur, daß die getroffene Anordnung noch im Dienstauftrag des Anordnenden gelegen ist; dann ist sie bindend für den in der Anstaltsgewalt Begriffenen, an den sie gerichtet wird[8].

Die Bestimmung kann auch geschehen in Gestalt einer allgemeinen Regel ohne Rechtssatznatur, einer Generalverfügung oder Verwaltungsvorschrift. Diese pflegt den eigentlichen Behörden vorbehalten zu sein, die an der Spitze der Anstalt stehen, der Anstaltsleitung selbst oder der Aufsichtsbehörde[9]. Gehörige Kundmachung ist auch hier erforderlich. Sie geschieht aber nicht in der formalen Weise, die der Verkündung des Rechtssatzes eigen ist, sondern, wie bei Verwaltungsvorschriften überhaupt, in einer Weise, die zweckmäßig erscheint die Bestimmung den Beteiligten zugänglich zu machen.

Diese Vorschriften enthalten zum Teil Befehle, nach welchen die zur Anstaltsnutzung Zugelassenen sich richten sollen. Zum

---

polizei bezeichnen würden. Seine Auffassung von der Anstaltsgewalt stimmt sachlich mit der unserigen überein.

Um das Wort zu streiten, verlohnt sich nicht. Ich meine nur, es könnte, richtig verwendet, einigermaßen zur Erklärung der Sache dienen, und es wäre schade, wenn dieser Vorteil verloren ginge.

[8] Vgl. oben Bd. I S. 105. Postord. v. 20. März 1900 § 62 Abs. 2: „Pflicht der Reisenden ist es, sich in die zur Aufrechterhaltung des Anstandes, der Ordnung und der Sicherheit auf den Posten und in den Wartezimmern getroffenen Anordnungen zu fügen". Anderenfalls kann nach Abs. 4 die Ausschließung ausgesprochen werden „von der Postanstalt, von dem Postschaffner oder Postillon". Auch die Anordnungen können von diesen Nichtbehörden im Einzelfall getroffen sein.

[9] Diese allgemeinen Vorschriften können im Einzelfalle von dem, der sie erließ, durchbrochen werden auch ohne Vorbehalt, im Gegensatz zu Rechtssätzen. Thoma, Polizeibefehl S. 350. Das teilen sie mit denen der Dienstgewalt (oben § 25 Note 8) und der finanzrechtlichen Überwachungsgewalt (oben Bd. I S. 374).

Teil bestimmen sie, was ihnen und ihren Sachen von seiten der Anstalt widerfahren soll. Eingriffe in Freiheit und Eigentum, welche auf solche Weise vorgeschrieben werden, sind eben dadurch gedeckt und rechtmäßig. Körperliche Züchtigung und Durchsuchung, Umpackung, Wegräumung und Zerstörung von eingebrachten Sachen, Veräußerung für Rechnung des Eigentümers, Entziehung der anstaltsmäßigen Nutzungen ganz oder teilweise regeln sich auf solche Art[10]. Überall sichert die Tat der Beamten und Angestellten der Anstalt den Vollzug, nötigenfalls mit Zwang und Gewaltanwendung.

4. In dem Betriebe jeder öffentlichen Anstalt kommt von selbst schon die Dienstgewalt zur Geltung, vermöge deren die leitende Stelle den darin tätigen Beamten die erforderlichen Weisungen gibt, von welchen sie ohne Verletzung ihrer Amtspflicht nicht abweichen können. Bei den öffentlichen Anstalten, welche ihre Aufgabe dadurch erfüllen sollen, daß sie den vielen Einzelnen Nutzungen ge-

---

[10] Beispiele in Postord. §§ 45 u. 46 über die Behandlung unbestellbarer Sendungen. — Im Rahmen des Zweckes der Anstaltsgewalt liegt es, auch die schon zu treffen, die behufs der erst noch zu erwirkenden Zulassung zum eigentlichen Betrieb in den geordneten Machtbereich der Anstalt eingetreten sind. Auch den in den Wartezimmern der Postanstalt einstweilen sich aufhaltenden künftigen Reisenden können nach Postges. § 50 Ziff. 10 und Postord. § 62 Abs. 2 Vorschriften gemacht werden. Um sie als verbindlich zu erkennen, ist es selbstverständlich nicht möglich, von „Vertragsnormen" des erst abzuschließenden „Vertrages" zu sprechen. Laband, St.R. III S. 87 Note 2, möchte sie deshalb als fremdartige Bestandteile ausscheiden, mit welchen die Postordnung bepackt sei. Mittelstein, Beiträge z. Postr. S. 3 Anm. 12, Dambach, Postges. S. 264, wollen sie als „wirkliche Rechtsnormen" gelten lassen. Aber durch Vermittlung der unzweifelhaften Verwaltungsvorschrift „Postordnung" können sie das nun einmal nicht werden (Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postr. S. 46 Note 47). Nur das Hausrecht der Postanstalt, das der ganzen Postordnung ihre Kraft gibt, wirkt auch in ihnen.

Wie sehr hier das tatsächliche Verhältnis zur Anstalt entscheidet, ganz ohne alles Rechtsgeschäftliche, geht daraus hervor, daß auch Begleiter der Reisenden getroffen werden, die gar nicht mitfahren wollen (Postord. § 61 Abs. 2). Ähnlich Niederlage-Ord. v. 5. Juli 1888 § 1 Abs. 1: „Das gleiche gilt für jeden, welcher die Niederlage betritt."

So wird auch der Besuch von Kranken und Pfleglingen in öffentlichen Anstalten und ihr Briefwechsel mit Dritten geregelt, maßgebend für diese Dritten: Sächs. Verord., die Landeserziehungsanstalten für Blinde, schwachsinnige Kinder und sittlich gefährdete Kinder betr., v. 16. Nov. 1902 §§ 37 u. 38; ebenso wegen der Landesheil- und Pflegeanstalt für Geisteskranke v. 1. März 1902 §§ 39 u. 40. Die Bestimmungen nennen sich dort selbst „Regulative", Verwaltungsvorschriften, die sie sind.

währen, bedeutet das für die Beteiligten eine tatsächliche Sicherheit, daß sie diesen Weisungen gemäß zugelassen und behandelt werden.

Soweit es nötig ist, auf die Nutzenden und das Ihrige einzuwirken, damit sie in den geordneten Gang der Anstalt sich fügen, verbindet sich nun damit die Anstaltsgewalt, getragen ihrerseits von einem zweiten Gewaltverhältnis. Die Weisungen, welche die leitende Stelle demgemäß den Nutzenden geben will, werden in derselben Form erlassen wie jene; auch die Bekanntgabe erfolgt so, daß es für beide Arten genügt.

Es gibt Dienstanweisungen, welche mit der Anstaltsgewalt nichts zu tun haben; dahin zählen die Bestimmungen über die zu gewährende Zulassung und die Bestimmungen über persönliches Verhalten der Beamten, das die Nutzenden nicht berührt. Soweit das aber doch der Fall ist, macht sich ein innerer Zusammenhang der beiden Gewaltverhältnisse geltend:

— Die Weisungen, die kraft der Anstaltsgewalt gegeben werden für das Verhalten der ihr Unterworfenen und für das Verfahren, dem ihre eingebrachten Sachen unterliegen sollen, bedeuten zugleich Dienstbefehle an die Anstaltsbeamten zu entsprechendem Vorgehen und sichern so die Durchführung des über die Nutzenden Bestimmten durch die zwingende Tat.

— Die Weisungen, die kraft der Dienstgewalt gegeben werden, soweit sie die Beamten zu einem Vorgehen anhalten, das Freiheit und Eigentum der Nutzenden in die Notwendigkeiten der Anstalt zwingt, bedeuten zugleich Bestimmungen über diese Nutzenden zur Geltendmachung der Anstaltsgewalt und werden dadurch nach außen rechtswirksam, ihnen gegenüber. Der Beamte ist durch diese äußerliche Rechtmäßigkeit ihnen gegenüber gedeckt, nicht erst durch den Entschuldigungsgrund des Dienstbefehls[11].

---

[11] Der Befehl, soweit er bindet, deckt ja auch bei rechtswidriger Maßregel; vgl. oben Bd. I S. 198. Hier aber enthält der Dienstbefehl zugleich eine Verfügung über den betroffenen Dritten, welche die auszuführende Maßregel recht mäßig macht.

Viel besprochen ist das Züchtigungsrecht der öffentlichen Schule. Es entspricht dem Zwecke der Schule, sofern sie Erziehung zu üben bestimmt ist und Züchtigung zu dieser gehört. Es liegt also in der der Schule eigentümlichen Anstaltsgewalt. Wir bedürfen dafür keiner Ableitung vom väterlichen Züchtigungsrecht. Die Schulregulative, die in erster Linie Dienstvorschriften für den Lehrer sind, bestimmen dafür Voraussetzungen und Maß. Der Lehrer, der es einhält, ist gedeckt durch das Recht der Anstalt, wenn er darüber hinausgeht, handelt er rechtswidrig auch gegenüber dem Schulbesucher, indem er ihm mehr

In dieser Weise pflegen die Anstaltsordnungen die verschiedenen Rechtsinstitute zu einer einheitlich wirkenden Verfassung der Anstalt zusammenzunehmen (vgl. oben Bd. I S. 88).

II. Eine natürliche Begleiterscheinung der Anstaltsnutzung ist die an den Herrn der Anstalt zu entrichtende Gebühr. Sie ist eine Geldzahlung, die geleistet wird als Entgelt dafür, daß der Einzelne die öffentliche Anstalt in Anspruch nimmt[12].

---

zufügt, als ihm zu dulden bestimmt ist. Auf diese Weise geben also behördliche Anordnungen, die nicht Rechtssätze sind, hier Rechtsgrenzen zwischen der öffentlichen Gewalt und dem ihr gegenüberstehenden Einzelnen. O.V.G. 22. Okt. 1887 (Entsch. XIV S. 44): Die Instruktion bestimmt den Umfang des Züchtigungsrechts, irrtümliche Überschreitung desselben ist „Irrtum über das objektive Recht" und macht strafbar. Ebenso R.G.Stf.S. 7. Jan. 1896 (Reger XVI S. 303; Württ.), 14. Jan. 1901 (Reger XXI S. 193; Bayern), 4. Febr. 1901 (Reger XXI S. 195). O.V.G. 19. Dez. 1899 (Entsch. XXXVII S. 452): Das Züchtigungsrecht des Lehrers kann durch Befehl des Kreisschulinspektors nicht mit Wirkung nach außen entzogen oder beschränkt werden; wohl aber durch Verordnung der Regierung, welche nach den Ausführungen von Arndt in Arch. f. öff. R. I S. 513 ff. „objektives Recht" setzte. Allerdings bezeichnet das O.V.G. selbst in längerer Auseinandersetzung auch diese letztere Anordnung (S. 460—462) als „Anweisung", „Weisung", „Generalverfügung". Sie wird auch nicht in der Weise veröffentlicht, die für Rechtsverordnungen gilt. Es handelt sich also bei ihr ebenfalls nur um eine Verwaltungsvorschrift. Der Unterschied ist vielmehr der: der Kreisschulinspektor hat bloß Dienstvorschriften zu geben, hat aber dabei keinen Anteil an der Anstaltsgewalt; deshalb wirkt seine Anordnung nicht „nach außen". Die Regierung aber kann nicht bloß mit der Dienstgewalt, sondern auch mit der Anstaltsgewalt Verfügung treffen; deshalb wirkt, was sie bestimmt, rechtlich zugleich auf die Anstaltsbenutzer.

[12] Vgl. oben Bd. I S. 330. „Gebühren" erscheinen nicht bloß im Zusammenhang mit der Nutzungsgewährung öffentlicher Anstalten, sondern auch in der Weise, daß sie eine anteilige Kostenerstattung vorstellen sollen wegen einer durch den Gebührenpflichtigen hervorgerufenen Tätigkeit, die nicht darauf gerichtet ist, ihm einen Dienst zu leisten. Schall in Schoenberg, Handb. d. pol. Ök. III S. 105, stellt in diesem Sinne der Gebühr zur „Vorteilsausgleichung" die Gebühr für „Kostenersatz" gegenüber, ohne Vorteil für die bloße Kostenveranlassung geschuldet. Auch das Strafgericht z. B. erhebt ja Gebühren von dem Verurteilten, und in Leipzig hat der Bürger, der, polizeilicher Vorschrift gehorsam, sein neues Dienstmädchen anmeldet, dem diese Meldung entgegennehmenden Amte dafür eine Gebühr zu entrichten. Unter dem oben Bd. I S. 330 aufgestellten Begriff der Gebühr als einer Geldleistung dafür, „daß der Einzelne eine öffentliche Anstalt in besonderer Weise für sich in Anspruch nimmt", fallen beide. Aber es leuchtet ein, daß die Gebühr, die sich an eine Nutzungsgewährung knüpft, obwohl auch sie den Gedanken der Kostendeckung mit enthält (Toepfer in Fin.Arch. XXVI S. 56), volkswirtschaftlich und rechtlich unter anderen Bedingungen steht als die reine Kostenverursachungsgebühr. Wir

Gegenleistungen dieser Art bezweckt auch das privatwirtschaftlich betriebene Unternehmen: seine Leistungen sind überhaupt nur zu gewinnen dadurch, daß es durch die Übernahme der Gegenleistung in Bewegung gesetzt wird, und ihre Höhe bemißt sich in erster Linie nach den durch Angebot und Nachfrage eröffneten Möglichkeiten.

Das öffentliche Unternehmen, das des Gemeinwohls halber tätig wird, bedarf keines solchen Anreizes, um tätig zu werden. Es arbeitet vielfach auch ohne Gegenleistung, zur Förderung von Kunst und Wissenschaft, zur Hebung der Volkskreise, die dessen bedürfen, zu reiner Wohltätigkeit oder wo sonst es dem Zwecke entspricht, und zieht keine Folgerungen daraus, daß Einzelnen besondere Vorteile auf diese Weise zugewendet werden. Soweit aber nicht um der Sache willen ein Verzicht auf Gegenleistung angezeigt sein mag, können Gebühren erhoben werden. Ja, sie sollen erhoben werden, denn sie entsprechen einer Forderung der natürlichen Billigkeit, wie sie auf dem Boden des öffent-

---

haben es hier nur mit der ersteren zu tun. Wegen der anderen vgl. unten § 53, I B n. 2.

Um die beiden Arten auseinanderzuhalten, bedient man sich verschiedener Bezeichnungen. Wagner, Fin.Wiss. I § 96 ff., unterscheidet „Rechtsgebühren" für die Kostenverursachung, „Verwaltungsgebühren" für die Nutzungsgewährung. Toepfer, in Fin.Arch. XXVI S. 49 ff., setzt dafür „Verwaltungsgebühren" und „Benutzungsgebühren", letztere den Verwaltungsgebühren Wagners entsprechend. So auch Moll, Über Gebühren S. 30 u. 40; Meissinger, in Fin.Arch. XXX S. 578. Für die Kostenverursachungsgebühren bedient man sich wohl auch des Ausdruckes „Amtsgebühr", weil hier ein Amt benutzt wird. Das ist aber doch wohl auch bei den Benutzungsgebühren für Schulen, Krankenhäuser, Eichämter der Fall. Eher rechtfertigt sich der Name unter dem Gesichtspunkt, daß die Gebühr hier nicht an den Vorteil anknüpft, den der Pflichtige aus dem staatlichen Unternehmen zieht, sondern an den Aufwand, den der Staat für ihn und seinesgleichen machen muß, wobei an seinen Aufwand für die erforderlichen Beamten in erster Linie gedacht wird. — Bei den Juristen ist sehr beliebt die Unterscheidung der Gebühr, je nachdem sie gesetzt ist auf Inanspruchnahme an „öffentlichen Veranstaltungen" oder von „öffentlichen Organen". So v. Bitter, Handwörterb. d. Preuß. Verw.R. I S. 650; Gerlach in Wörterb. d. St. u. Verw.R. I S. 650; G. Meyer, Verw.R. (1885) II S. 185. Der Begründer dieser Ausdrucksweise ist wohl L. Stein, Fin.Wiss. I S. 302: „Das Gebührenwesen entsteht da, wo die an sich für das gesamte Leben bestehenden Organe oder Anstalten für das wirtschaftliche Interesse eines Einzelnen tätig werden". Auch in das Preuß. Kom.-Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 6 Abs. 2 ist diese Ausdrucksweise übergegangen. Sie ist gänzlich wertlos. Bei allen öffentlichen Anstalten wird irgendein „Organ" tätig, damit man sie benutzen könne, und ebenso setzt die Kostenverursachung wieder irgendein „Organ" in Bewegung.

lichen Rechts erscheint, dahin lautend: wer besondere Vorteile auf Kosten des Gemeinwesens bezieht, schuldet diesem eine angemessene Vergütung. Es wäre ungerecht den übrigen Staatsgenossen gegenüber, welche mit ihren Steuerlasten den Aufwand decken helfen müssen, wenn Einzelne den Vorteil des Unternehmens ohne Ausgleich genießen dürften[13].

Diese Billigkeitsgrundlage gibt zugleich der Gebühr ein bestimmtes Maß: der Ausgleich ist erreicht, wenn die Gesamtsumme des an Gebühren für die Leistungen der Anstalt Erhobenen den Kostenaufwand der Anstalt deckt. Was darüber hinaus erhoben würde, darf sich auf jene Forderung der natürlichen Billigkeit nicht berufen[14].

Nun steht es allerdings mit diesen Billigkeitsforderungen hier wie überall: sie sind nicht von selbst geltendes Recht und als solches zu handhaben. Sie bedeuten bloß eine treibende Kraft, welche das Recht in den ihm eigentümlichen Formen zur Entstehung kommen läßt, und eine gern befolgte Anweisung zum richtigen Verstehen und Durchführen seiner Sätze.

Wenn der Staat Gebühren erhebt, deren Ertrag weit über das hinausgeht, was der für die Anstalt zu machende Kostenaufwand erfordert, so mag man sagen, er sollte das nicht tun, aber wenn nur sonst die Formen des Rechts dabei gewahrt sind,

---

[13] Wagner, Fin.Wiss. II § 278: „Insofern und in diesem Umfang sind Gebühren als Entgelte prinzipiell gerechtfertigt und nach den Forderungen der verteilenden Gerechtigkeit zu verlangen." — Schall in Schoenberg, Handb. d. pol. Ök. (1.! Aufl.) III S. 99, bezeichnete es erst als „eine Forderung der Gerechtigkeit", daß die Einzelnen nur für das gemeine Beste in Anspruch genommen werden, nicht für den besonderen Vorteil anderer, daß also, wo das doch vorkommt, solche ausgleichende Gebühren erhoben werden. Nachher (4. Aufl. III S. 105) hat er dafür gesetzt: „eine Forderung des Rechts der Einzelnen." Das scheint das Gegenteil einer Verbesserung zu sein. — Gerlach, in Wörterb. d. St. u. V.R. II S. 5, widerspricht der Bezeichnung als „Entgelt": „Der Begriff des Entgelts gehört dem privaten Güterverkehr mit Leistung und Gegenleistung, nicht aber dem System der öffentlichen Wirtschaft an, die in der Erfüllung von Staatsaufgaben durchgeführt wird und zu der die erforderlichen Mittel auf Grund der Finanzhoheit durch Steuern und Gebühren gestellt werden." Allein nur wenn alles nach Schema ginge, könnte es der „öffentlichen Wirtschaft" entsprechen, daß tatsächlich niemand einen besonderen Vorteil von ihr hätte, da das aber nicht der Fall ist, gibt es notwendig auch hier Ausgleichungen, Vergütungen, Gegenleistungen, Entgelte, wie auf privatwirtschaftlichem Boden. Fleiner, Öff.rechtl. Vorteilsausgleichung (Festgabe f. Heusler) S. 106 ff.; Toepfer in Fin-Arch. XXVI S. 520, S. 542 ff.

[14] Wagner, Fin.Wiss. I § 95; Toepfer in Fin.Arch. XXVI S. 544 ff.

ist die Auferlegung und Erhebung dieser Gebühren rechtmäßig erfolgt. Auch der Name Gebühr ist ihnen nicht zu versagen, wenn der Staat, bei Anordnung richtiger Gebühren nach Voraussetzung und Form, das solchen entsprechende Maß überschreitet: das so Erhobene kann juristisch nicht bis zu dem gerechten Maße Gebühr und darüber hinaus etwas anderes sein. Auch die ungerechte Steuer ist Steuer[15].

Und andererseits: ob Gebühren überhaupt erhoben werden können, das wird davon abhängen, ob und wie sie die nötigen Rechtsformen erlangt haben, um ihren natürlichen Billigkeitsgedanken in die Welt der staatlichen Wirklichkeiten zu versetzen. Diese Formen sind hier zu untersuchen.

Bei dem in privatrechtlicher Weise betriebenen öffentlichen Unternehmen ist die Rechtsform der zu bewirkenden Gegenleistung, auch hier Gebühr genannt[16], von vorn-

---

[15] Vgl. oben Bd. I S. 231. Für die staatswissenschaftliche Betrachtung, die vorwiegend auf das Stoffliche sieht, liegt es nahe, die übermäßige Gebühr für den Überschuß nicht mehr als Gebühr, sondern als Steuer zu behandeln: Wagner, Fin.Wiss. II S. 27: „Es wird zwar eine wirkliche Gebühr erhoben, aber die betreffende Abgabe wird absichtlich so hoch normiert, daß sie sich in eine Steuer verwandelt." Der Jurist kann so ohne weiteres aus dem wirtschaftlichen Begriff heraus die Umwandlung hier nicht vor sich gehen lassen.

Das von der Billigkeit geforderte Maß kann aber für das gebührenerhebende Gemeinwesen rechtsverbindlich gemacht werden durch eine vom höheren Gemeinwesen ausgehende Verbietungsmacht. So Preuß. Kom.Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 4 Abs. 2 Satz 2 („in der Regel so bemessen, daß die Verwaltungs- und Unterhaltungskosten der Veranstaltung . . . gedeckt werden"). Eine ähnliche Beschränkung setzte R.Verf. Art. 54 Abs. 4 den Gebühren, die auf natürlichen Wasserstraßen „für die Benutzung besonderer Anstalten, die zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt sind, erhoben werden". Die Verfassungsänderung v. 24. Dez. 1911 hat jetzt auch Abgaben für die einfache Befahrung der Wasserstraßen (Gemeingebrauch) zugelassen und diese dann, wenigstens scheinbar, der alten Kostendeckungsschranke unterstellt. Die Berechnung hat hier absichtlich allzu breite Unterlagen erhalten, um nachprüfbar zu sein.

[16] Die Gegenleistungen, welche die fiskalischen Unternehmungen erzielen (das Hofbräuhaus z. B.), werden nicht als Gebühren angesehen. Wagner, Fin.-Wiss. I §§ 92 ff., stellt in diesem Sinne den „privatwirtschaftlichen oder Domanialeinnahmen" (unseren fiskalischen Unternehmungen entsprechend) die „staatswirtschaftlichen" gegenüber, worunter als erste, §§ 95 ff., die Gebühren. G. Meyer-Dochow, V.R., behandelt zuerst in § 221 „privatrechtliche Einnahmen", wobei folgerichtig nicht bloß unsere fiskalischen Unternehmungen, sondern auch die Einnahmen aus den Betrieben von Eisenbahnen in Betracht gezogen werden. Da gäbe es noch keine Gebühren. Solche erscheinen erst in § 222, und zwar in § 222, II die Gebühren für die Benutzung staatlicher Anstalten, welche „teils öffentlicher, teils privatrechtlicher Natur" sind: „Einen privatrechtlichen Charakter

herein gegeben und unabweichlich feststehend: sie wird ausbedungen durch den die Anstaltsleistung zusichernden Vertrag; der Großbetrieb einer solchen Anstalt und die auch hier im Hintergrunde stehende Rücksicht auf das öffentliche Wohl mögen dem Vertragsabschluß gewisse Besonderheiten geben, es bleibt ein Vertrag nach den wohlbekannten Regeln des bürgerlichen Rechts, mit denen man auskommt für seine Würdigung.

Handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung, dann beginnt unsere Frage.

Vor allem haben wir den Gedanken eines Vertrages abzuweisen; mit einem kritiklosen Herübernehmen der Rechtsformen des anderen Gebietes erspart man sich die Mühe einer selbständigen Lösung auf Kosten der Wahrheit[17].

Denkbar ist die Begründung der Gebührenpflicht durch die Kraft eines gesetzlichen oder gesetzmäßigen Rechtssatzes, der ihre Entstehung mit dem Eintreten des Tatbestandes der Anstaltsnutzung verbindet. Es gibt Fälle, in welchen so verfahren worden ist. Sie machen weiter keine Schwierigkeiten und bedürfen keiner erklärenden Auseinandersetzung[18]. Dafür sind sie aber verhältnismäßig nicht zahlreich[19]. Die weitaus wichtigere, aber für uns auch schwierigere Form ist die, daß die Anstalt die

---

haben sie z. B. bei den Staatseisenbahnen." Also doch! — Gerlach, in Wörterb. d. St. u. V.R. II S. 4, erklärt die Gebühren schlechthin für „öffentlichrechtliche Einnahmen"; ebenso Meissinger, Fin.Arch. XXX S. 595 (gemäß seiner Auffassung, wonach auch als staatliche Anstalten nur solche gelten dürfen, deren Benutzung in öffentlichrechtlicher Form erfolgt; vgl. oben § 51 Note 14). Die Eisenbahnen liefern natürlich nach dieser Auffassung keine Gebühren. Das ist folgerichtig durchgeführt. Aber die Gebühr ist doch wohl in erster Linie ein staatswissenschaftlicher und kein juristischer Begriff. Deshalb können wir sie nicht ohne weiteres für eine bestimmte juristische Form ausschließlich in Anspruch nehmen. Bei der direkten und indirekten Steuer lag das ja anders (vgl. oben Bd. I S. 333 ff.).

[17] Ebensowenig ist an einen Verwaltungsakt zu denken; es liegt kein Tatbestand vor, in welchem der gefunden werden könnte; vgl. oben § 51 Note 21.

[18] Die Zahlungspflicht wird hier unmittelbar aus dem Rechtssatz zur Entstehung gebracht nach dem Vorbild der indirekten Steuern und bedient sich auch sonst ihrer Formen; vgl. oben Bd. I S. 338 ff., S. 365, S. 375.

[19] Man könnte jedesmal einen besonderen Grund nachweisen, weshalb der Rechtssatz eingegriffen hat. Beispiele: Ger.Kosten-Ges. v. 20. Mai 1898; Ges. über d. Posttaxwesen v. 28. Okt. 1871 nebst Abänderungen (Briefe, Pakete, Wertsendungen und Zeitungen betreffend). Landesrechtlich ist vor allem das Schulgeld in den Volksschulen rechtssatzmäßig geregelt, soweit es überhaupt noch statthat. — Nicht hierher gehören die rechtssatzmäßigen Gebühren auf den Gemeingebrauch; vgl. oben S. 156.

Gebühr, welche ihr zukommen soll, sich beschafft im reinen Verwaltungswege. Wie das zugeht, ist hier darzustellen.

1. Die Grundlage des ganzen Verfahrens bildet eine der Anstalt mitgegebene Preisfestsetzung, eine Taxe, ein Tarif. Er wird aufgestellt und kundgemacht von der Anstaltsleitung oder ihrer Aufsichtsbehörde, zumeist als ein Stück der Anstaltsordnung oder als Anhang dazu[20]. Er bestimmt die Geldsätze, die für die Anstaltsleistungen gezahlt werden sollen. Als Zahler ist der Nutzende ins Auge gefaßt. Wo für den Einzelfall mehrere dafür in Betracht kommen können, erfolgt wohl auch genauere Ausscheidung[21].

2. Der Tarif hat zunächst die Bedeutung eines Dienstauftrages an die Beamten, wonach sie diese Beträge erheben sollen (vgl. hier Note 21). Davon setzt er zugleich die Nutzenden in Kenntnis, damit sie sich danach richten und darauf gefaßt machen.

Den Nutzenden gegenüber wirkt der Tarif nicht mit der Kraft eines Gewaltverhältnisses. Von Dienstgewalt ist ihnen gegenüber keine Rede. Aber auch die Anstaltsgewalt, unter die sie geraten, kommt hierbei nicht in Betracht; denn sie bedeutet wohl eine allgemeine Pflicht und Gebundenheit, sich zu schicken in die Notwendigkeiten des Anstaltsbetriebes und seiner guten Ordnung. Geldzahlungen für die Anstaltsleistungen zu machen, ist aber in dem Kreise der hierfür zu stellenden Anforderungen nicht mit begriffen[22].

---

[20] Hier erscheinen für die Gebühren der Post Verwaltungsvorschriften des Bundesrates (Post-Ord. §§ 7 ff. für Postkarten, Drucksachen, Warenproben usw.), für Schulgeld der höheren Lehranstalten Ministerialentschließungen, für Gebühren der Krankenhäuser, Wasserwerke, Schlachthäuser, städtischen Abzugskanäle Gemeindebeschlüsse, die nicht die Natur von autonomischen Satzungen, Rechtssätzen haben. So die trefflichen Ausführungen in V.G.H. 5. Dez. 1888 (Samml. X S. 281). — Auch wo das Gesetz sich mit der Feststellung des Tarifes befaßt, tut es das nicht immer zu dem Zwecke, diesem die Wirkung des Rechtssatzes zu geben, sondern setzt voraus, daß das darin Beanspruchte auch ohne eine solche zur Geltung kommen kann, im Verwaltungswege also. Posttaxges. v. 28. Okt. 1871 § 2, II Abs. 2 (Pakete-Porto): „Der Postverwaltung bleibt überlassen, für sperriges Gut einen Zuschlag zu nehmen; derselbe darf jedoch 50 Prozent der obigen Taxe nicht übersteigen." Telegraphenges. v. 6. April 1892: „Die für die Benutzung von Reichs-Telegraphen- und Fernsprech-Anlagen bestehenden Gebühren können nur auf Grund eines Gesetzes erhöht werden." Die Gebühren bestehen auf Grund von Verwaltungsvorschriften, die keine Rechtssätze enthalten.

[21] Beispiel: Post-Ord. § 7 Abs. 7: „Für unzureichend frankierte Postkarten wird dem Empfänger das Doppelte des Fehlbetrages angesetzt." Zunächst diesem!

[22] Die von Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 39 u. 40, an mir

Der Tarif erzeugt also keine rechtliche Zahlungsverbindlichkeit, weder eine privatrechtliche, noch eine öffentlichrechtliche, nicht durch Rechtssatz, noch durch Vertrag, noch durch Verwaltungsakt, noch kraft Gewaltverhältnisses. Das alles gibt es hier nicht. Die Anstalt muß ohne Vermittelung durch ein solches vinculum juris zu ihrer Gebühr kommen. Das tut sie, indem ihre Beamten dienstauftragsgemäß in jedem Einzelfall die Anstaltsleistung verweigern oder verhindern, wo die Gebührenentrichtung unterbleibt. Da die Leute das wissen, vollzieht sich diese Entrichtung glatt und regelmäßig mit großer Sicherheit[28]. Die Anstalt kommt tatsächlich in den Besitz der Gebühr. Dieser Erwerb verbleibt ihr auch unentziehbar. Von einer Bereicherungsklage des bürgerlichen Rechts, auf dessen Boden das Verhältnis sich nicht bewegt, ist abzusehen. Wenn für das öffentliche Recht ein entsprechender Rückerstattungsanspruch nach Rücksichten der

---

getadelte Unterscheidung von „Anstaltsverpflichtungen“ und „Gebührenpflicht“, der „Dualismus“, wie er es nennt, bleibt also bestehen; denn die „Differenzierung der maßgebenden Momente“ für die Begründung des einen und des anderen liegt in der Sache selbst. Nawiasky rechnet auch die Gebühren zu der durch die Macht der Tatsachen gegebenen Anstaltsgewalt: auch ihre Regelung fällt „in das ureigenste Herrschaftsgebiet der Anstaltsordnung, die dabei insoweit frei verfügen kann, als es der Zweck und die Bestimmung der Anstalt verlangen“ (a. a. O. S. 39). „Da die Gebühr aus dem Wesen des modernen Anstaltsrechts folgt, bedarf sie keiner besonderen gesetzlichen Norm als Basis, sie kann vielmehr vom Herrn der Anstalt ohne weiteres in der Anstaltsordnung geregelt werden“ (S. 19. S. 40). Nawiasky erleichtert sich diese Ansicht durch eine starke Aufbauschung jenes Billigkeitszusammenhanges zwischen Gebühr und Anstaltsleistung: die Gebühr ist keine Vermögensminderung, da sie ausgeglichen wird durch das in der Anstaltsleistung liegende Äquivalent, folglich ist ihre Auferlegung kein Eingriff in das Eigentum und kann selbständig im Verwaltungswege geschehen (S.41/40). Da müßte man ja auch enteignen und öffentliche Dienstbarkeiten auferlegen können ohne Gesetz, wenn man nur das „Äquivalent“ zahlt.

Recht hat Nawiasky insofern, als der „Dualismus“ in der 1. Aufl. II S. 341 einen unrichtigen Ausdruck gefunden hatte. Ich konnte mir die Gebührenerhebung — gut zivilrechtlicherweise — nicht anders denken als vermittelt durch eine wohlbegründete Zahlungspflicht, die durch Rechtssatz oder Verwaltungsakt auf Unterwerfung aufzulegen war; für diesen letzteren Fall bedurfte ich noch eines geschäftsfähigen Willens auf seiten des Gebührenschuldners. Das halte ich nicht mehr aufrecht. Der Gegensatz zur Anstaltsgewalt liegt in der Richtung, daß bei Gebührenerhebung das rein Tatsächliche noch mehr betont ist als dort.

[28] Vgl. die Ausdrucksweise in Posttaxges. § 2: „Der Postverwaltung bleibt überlassen, einen Zuschlag zu nehmen.“ Und entsprechend der kategorische Befehl der Verwaltungsvorschrift Post-Ord. § 7 Abs. 7: „Für Postkarten wird dem Empfänger das Doppelte angesetzt.“ Via facti!

Billigkeit im allgemeinen angenommen werden könnte[24], so wäre für unseren Fall nichts damit gewonnen; denn hier entspricht es ja gerade der Billigkeit, daß der Nutzende die tarifmäßige Gebühr zahle.

3. In gewissem Umfange hat das Gesetz hier nachgeholfen, indem es eine administrative Zwangsbeitreibung der Gebühr gestattet[25]. Das wird bedeutsam bei den verhältnismäßig nicht so zahlreichen Gelegenheiten, wo eine „gebührenpflichtig gewordene Anstaltsnutzung", d. h. ein Fall, in welchem Gebühren hätten erhoben werden sollen, durch die Maschen des Netzes geschlüpft ist. Die leitende Behörde der Anstalt kann dann gegen den tarifmäßig bestimmten Zahler vorgehen in den Formen der administrativen Zwangsbeitreibung: ein Vollstreckungsauftrag wird ausgefertigt, auf Grund dessen die Pfändung und die Einziehung des Erlöses vor sich geht. Wo dem Gepfändeten ein Rechtsweg vorbehalten ist, wird die Prüfung des Gerichts sich nur darauf erstrecken, ob die Formen des Verfahrens in Ordnung sind und ob tarifmäßig die Gebühr erhoben werden sollte. Nicht wird geprüft, ob eine öffentlichrechtliche Schuldforderung entstanden war. Denn die war allerdings hier nicht entstanden; es genügt, daß erhoben und folglich auch gepfändet werden durfte und das öffentliche Billigkeitsrecht eine Rückforderung unter diesen Umständen nicht gewährt, sowenig wie bei freiwilliger Zahlung.

Zu besserem Schutz der Gebühr kann Finanzstrafe angedroht sein auf ihre Hinterziehung. Das geschieht durch Rechtssatz, ordentlicherweise durch gesetzlichen Rechtssatz[26]. Daran würde sich auch eine Nachforderung der Gebühr knüpfen lassen in Form eines Schadensersatzanspruches nach B.G.B § 823 Abs. 2. Auch an die Anwendung der Betrugsstrafe nach Stf.G.B. § 263 kann gedacht werden mit der gleichen Nachwirkung. —

---

[24] Vgl. unten § 53 Note 9.

[25] Vgl. oben Bd. I S. 391 ff. Postges. v. 28. Okt. 1871 § 28. Laband, St.R. III S. 101 Note 1, nennt das ein Privilegium. Sofern ein Forderungsrecht hier begründet wäre, würde es öffentlichrechtlicher Natur sein, und für ein solches hätte die Zulassung der administrativen Zwangsbeitreibung gar nichts Außerordentliches, das die Bezeichnung Privilegium rechtfertigte; sie verstünde sich von selbst; vgl. oben Bd. I S. 391 Note 6. Nun aber ist hier ein wirkliches Forderungsrecht überhaupt nicht erwachsen; deshalb ist die „exekutorische Einziehung" allerdings eine besondere Gunst des ausdrücklichen Gesetzes. Nur wäre dafür „Privilegium" kaum der richtige Ausdruck. — In dieser Weise sind nach Preuß. Kom.Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 90 sämtliche Gemeindegebühren ausgestattet.

[26] Vgl. oben Bd. I S. 375 ff. — Postges. § 27 Ziff. 2—4, § 29.

Trotz alledem können Fälle vorkommen, wo es sich fühlbar macht, daß durch den Tarif und das Verfahren bei Gewährung der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung ein Schuldverhältnis auf Zahlung der Gebühr nicht begründet worden ist. Eine Zahlungsklage der Anstalt, abgesehen von den eben erwähnten Fällen strafbarer Handlungen, gibt es nicht.

III. Ein Rechtsanspruch auf die richtige Gewährung der Anstaltsleistungen steht dem Einzelnen nicht zu. Um diesen eigentlichen Kern des Verhältnisses herum bilden sich aber besondere Beziehungen, welche in Rechtsansprüchen zum Ausdruck kommen können.

1. Was bei der Anstaltsnutzung an Sachen in den Machtkreis der Anstalt eingebracht wird, bleibt dem Rechte seines bisherigen Herrn zugehörig. Die Kleider des Kranken, die aufgegebenen Poststücke, die Versatzgüter im Leihhaus, das Vieh und das Handwerksgeräte im Schlachthaus hört alles nicht auf, im Eigentum des Nutzenden zu stehen. Folglich wird diesem auch die Eigentumsklage auf Herausgabe nicht abzusprechen sein (B.G.B. § 985). Sie ist nur regelmäßig unnötig, weil die Herausgabe sich nach den Ordnungen der Anstalt von selbst in richtiger Weise vollzieht. Und andererseits ist sie durch eben diese Ordnungen auch wieder eingeschränkt und gehemmt, sofern die Anstaltsgewalt die Sachen zurückhält, soweit es notwendig ist, um den guten Gang des Betriebes aufrechtzuerhalten[27]. Gelder, die man bei der Post, bei der gerichtlichen Hinterlegungsstelle, bei der städtischen Sparkasse einzahlt, werden eben dadurch Eigentum der Anstalt. Der bezweckte Erfolg ist die genauer bezeichnete anstaltsmäßige Verwendung des Wertes. Tritt dieser Erfolg nicht ein, so ist die Bereicherungsklage begründet (B.G.B. § 812).

[27] Eine vertragsmäßige Herausgabepflicht besteht nicht, da ein Vertrag nicht besteht. Aus der Anstaltsordnung ergibt sich ein Rechtsanspruch des Benutzers nicht, da sie auf Verwaltungsvorschriften beruht und nicht auf nach außen wirkenden Rechtssätzen; die darin wirkende Anstaltsgewalt bestimmt zwar rechtswirksam auch für den Benutzer, aber nicht um ihm Rechte zu begründen, sondern nur zugunsten der Anstalt. Ein Beispiel, wie sie den bürgerlichrechtlichen Herausgabeanspruch beschränkt, in Post-Ord. § 33 Abs. 2: „Die Rücknahme (von Postsendungen) kann erfolgen am Aufgabeort oder am Bestimmungsort, ausnahmsweise auch an einem Unterwegsorte, sofern dadurch keine Störung des Dienstes herbeigeführt wird.“ — Die Eigentumsklage hätte also nur dann Sinn, wenn die Sache nach der Anstaltsordnung frei von aller Anstaltsgewalt zur Verfügung stehen müßte und nur zurückbehalten wird ohne Grund. Das wird nicht leicht vorkommen, und wenn schon, so hilft eine Beschwerde schneller.

Hier gilt das gleiche wie bei der Eigentumsklage: regelmäßig wird die Klage unnötig dadurch, daß gegebenenfalls die Rückerstattung schon von selbst nach den eigenen Ordnungen der Anstalt sich vollzieht, und andererseits werden diese Ordnungen auch dem Bereicherungsanspruch gegenüber einzuhalten sein und beschränkend wirken[28].

Wenn eine öffentliche Anstalt die Herausgabe fremder Sachen oder die Zurückerstattung anvertrauter Gelder verweigert, so kann das ja aus Irrtum oder Saumseligkeit geschehen; häufiger wird es auf eine Beweisfrage bezüglich der Einlieferung hinauslaufen. Dann mag die Klage ihren Gang gehen. Stützt sich aber die Weigerung darauf, daß die Anstaltsordnung die Vorenthaltung

---

[28] Der „bezweckte Erfolg" (B.G.B. § 812) stellt sich hier nicht dar in Gestalt einer vertragsmäßigen Übernahme der Anstaltsleistung. Diese bewegt sich der Einzahlung gegenüber auf einem anderen, auf dem öffentlichrechtlichen Boden. Der Zweck, sie zu erwirken, erscheint hinreichend deutlich als „Bestandteil des Rechtsgeschäftes" der Einzahlung, um diese zu „charakterisieren" (Planck, Kom. z. B.G.B. II § 812 Note 1c). Gerade aus diesem Zusammenhang ergibt sich aber auch jene Beschränkung. — Wenn die Anstaltsordnung Anweisung gibt zur Rückzahlung solcher Beträge, so begründet das keinen selbständigen Anspruch, sondern sorgt nur für die Erfüllung des etwa begründeten Bereicherungsanspruches. Anders, wenn etwa eine solche Rückzahlung rechtssatzmäßig besonders vorgesehen ist, dann tritt ein selbständiger Anspruch an die Stelle. Wenn z. B. Postges. § 6 Abs. 4 bestimmt: „Für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge leistet die Postverwaltung Garantie", so ist damit der Boden des öffentlichen Rechts keineswegs verlassen. Es bedeutet vielmehr selbst eine Anstaltsleistung in Gestalt eines ausdrücklich begründeten öffentlichrechtlichen Anspruches, der sich inhaltlich deckt mit dem, was die Bereicherungsklage des Zivilrechts gewähren würde und diese ersetzt. Die Post steht dem Absender ein für die Rückerstattung des Geldes, soweit es nicht ordnungsmäßig zum Vollzug seiner Anweisung verwendet worden ist. Auf diesen Vorbehalt weist die Garantie hin. Mit der Garantie ist nicht die Haftung für ein Verschulden ihrer Beamten gemeint (R.G. 9. Mai 1898; Entsch. XLI S. 102); denn ein solches braucht hier nicht nachgewiesen zu werden. Auch handelt es sich nicht um eine „Haftung der Postanstalt wegen Nichterfüllung" ihres „Postanweisungsvertrages", „Werkvertrages", oder wie man ihn nennen will: Tinsch, Die Postanweisung S. 26; Aschenborn, Ges. über das Postwesen S. 95 („haftet in Höhe des eingezahlten Betrages dafür, daß dieser abgeliefert wird"); denn Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit Höchstgrenze würde man anders ausdrücken, er würde sich auch anders berechnen, möglicherweise niedriger als diese Höchstgrenze, und endlich ist ein Vertrag überhaupt nicht vorhanden. Staedler, Post-Ord. S. 93, glaubt der Besonderheit dieser Garantie dadurch gerecht zu werden, daß er „die Grundsätze" des bürgerlichen Rechts über die „Darlehnshaftung" darin wiedererkennt. Das beweist doch nur, daß es mit keiner der Vertragsarten, auf die es nur abgesehen sein könnte, recht stimmt.

gestatte oder eine geschehene anderweite Verfügung rechtfertige, dann handelt es sich in Wahrheit nicht sowohl um Geltendmachung von Eigentum oder zivilrechtlichen Erstattungsansprüchen. Die Klage richtet sich vielmehr gegen eine Maßregel öffentlicher Verwaltung, die angefochten und für unzulässig und ungültig erklärt werden soll. Das ist aber dann keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit und die bürgerlichen Gerichte sollten nur damit befaßt werden können, soweit sie durch eine besondere Übertragung dieser Sachen von Reichsgesetz wegen oder gemäß E.G. z. G.V.G. § 4 durch Landesgesetz zuständig gemacht worden sind[29].

2. Bei der Anstaltsnutzung kann dem Nutzenden dadurch ein Vermögensschade bereitet werden, daß ein Beamter seine Schuldigkeit nicht tut: das Telegramm nicht befördert, die pflichtmäßige Aufsicht über seine Schulkinder verabsäumt, den Kranken durch einen Kunstfehler an seinem Körper schädigt. Dann haftet er dem also Geschädigten gemäß B.G.B. § 839 persönlich. Gerade bei der Verwaltung öffentlicher Anstalten ergibt sich am häufigsten die dort vorausgesetzte, einem Dritten gegenüber „obliegende Amtspflicht". Das ist dann selbstverständlich ein bürgerlichrechtlicher Schadensersatzanspruch, der vor den bürgerlichen Gerichten geltend zu machen ist[30].

---

[29] Vgl. oben Bd. I S. 185 u. Note 14; dazu jedoch auch S. 180 Note 6. — Richtig Oertmann in Arch. f. ziv. Prax. LXXIX S. 250 ff.: Die Rückzahlungspflicht der Hinterlegungsstelle muß sich „zunächst nach publizistischen Gesichtspunkten regeln"; der Staat steht hier dem Beteiligten „nicht als gleichberechtigter Kontrahent gegenüber"; es handelt sich „um Fragen des Geschäftsganges"; die Stelle hat bei Prüfung der Legitimation „selbständig zu befinden". Allerdings: „Sobald die Hinterlegungsstelle fernerhin ohne Grund die Auszahlung verweigert, verläßt sie den ausschließlichen Standpunkt des über den Einzelinteressen thronenden Wächters der salus publica und steigt selbst in die Arena der Parteien hinab. Alsdann muß sich die Behörde gefallen lassen, als persona privata, als Fiskus, behandelt zu werden; dann kann sie sich der Zivilgerichtsbarkeit nicht mehr entziehen." Die ungerechtfertigte Bereicherung wird beseitigt durch condictio ob causam datorum oder condictio sine causa. Vgl. auch Kopf, Rechtsverhältnis zwisch. d. öff. Hinterlegungsstelle S. 51 ff.

[30] Vgl. oben Bd. I S. 191 ff. Wie dort ausgeführt (S. 192 Note 8), ist für die Anwendbarkeit des § 839 vorausgesetzt, daß es ein öffentlicher Beamter sei, der auf dem Gebiete öffentlicher Verwaltung tätig war. Die Bestimmung versagt also, wenn es sich um privatwirtschaftlich gerichtete, privatrechtlich geordnete Anstaltsleistungen handelt, z. B. um die Tätigkeit eines Eisenbahnschalterbeamten. Sie ist anwendbar auf den Telegraphenschalterbeamten, und zwar ohne Unterschied, ob er das Telegramm schon angenommen hat oder nicht: da ein Vertrag doch nicht abgeschlossen wird, ist die rechtliche Natur der Anstaltstätigkeit vorher dieselbe wie nachher (a. a. O. S. 194 Note).

Auch Nichtbeamte, deren die öffentliche Anstalt sich bedient, können dem Benutzer zu Schadensersatz verpflichtet werden, vor allem also „privatrechtliche Diener". Auf sie ist jedoch B.G.B. § 839 nicht anwendbar; ihre Pflichten dem Anstaltsherrn gegenüber kommen bei der Frage ihrer Verantwortlichkeit nach außen nicht in Ansatz[31].

Dahinter steht nun noch die Möglichkeit einer Haftung für die in der Anstalt verwendeten Kräfte, die dem Herrn der Anstalt selbst, dem Staate, der Gemeinde, auferlegt sein kann.

Eine solche trifft ihn für Nichtbeamte, privatrechtliche Diener, nach bürgerlichem Rechte nicht. Sie könnte nur vermittelt werden durch die Bestimmungen des B.G.B. §§ 31 und 89 in Zusammenhang mit §§ 278 und 823 ff. Diese setzen jedoch gerade voraus, daß der Staat bei seiner Lebenstätigkeit, aus der die Schädigung hervorging, auf privatwirtschaftlichem Boden sich bewegte (oben Bd. I S. 190). Das ist bei der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung, von der allein wir hier handeln, ausgeschlossen. Was aber die besonderen Bestimmungen anlangt, welche getroffen worden sind auf Grund E.G. z. B.G.B. Art. 77 durch die Landesgesetze und ihnen entsprechend durch das Reichsgesetz v. 22. Mai 1910, so beziehen sie sich nur auf Beamte und auf die hier nicht in Betracht kommenden Personen des Soldatenstandes.

Für diese Beamten allerdings haftet der Staat und was ihm gleichsteht wegen des Schadens, den sie angerichtet haben „in Ausübung der öffentlichen Gewalt". Unter den Begriff der Ausübung der öffentlichen Gewalt, wie sie im Sinne dieser Gesetzgebung zu verstehen ist, fällt aber alles, was nicht privatwirtschaftliche, fiskalische Tätigkeit ist, sondern öffentliche Verwaltung. Insbesondere gehört dazu die öffentlichrechtlich geordnete Leistung öffentlicher Anstalten[32]. Je nachdem haftet hier der Staat neben den Anstalts-

[31] Womit natürlich nicht gesagt ist, daß sie überhaupt nicht schadensersatzpflichtig werden können; sie stehen unter dem gemeinen Recht der unerlaubten Handlungen nach B.G.B. § 823.

[32] Darüber kann kein Zweifel sein, daß die Haftungen nach B.G.B. §§ 31 und 89 einerseits, nach den zu E.G. Art. 77 erlassenen Gesetzen andererseits das ganze Feld staatlicher Verwaltungstätigkeit decken sollen: zu jenen gehört die privatrechtlich geordnete Seite davon, zu diesen alles übrige, ob man es nun öffentlichrechtliche Tätigkeit oder Ausübung der öffentlichen Gewalt nennt. So die übliche Einteilung des ganzen Stoffes, wie sie gegeben wird bei Delius, Haftpflicht des Beamten S. 4: Es muß unterschieden werden, ob der Beamte handelt

beamten oder sogar statt ihrer[33]. Diese Haftung des Dienstherrn hat das Gesetz aus Billigkeitsrücksichten aufgestellt und eingerichtet. Es hat ihr aber in aller Deutlichkeit die Gestalt einer Haftung für rechtswidrige Schädigung nach dem Muster der Bestimmungen des B.G.B. §§ 31, 89 und 823 ff., insbesondere auch § 831 geben wollen. Es handelt sich also auch dem Staat gegenüber um einen zivilrechtlichen Anspruch, und seine Geltendmachung bedeutet eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die vor die ordentlichen Gerichte gehört (G.V.G. § 13).

Andererseits kann aber dieser Absicht des Gesetzgebers für den besonderen Fall der Anstaltsnutzung, auch durch besondere Bestimmungen entsprochen worden sein, die er selbst erlassen oder andere Stellen zu treffen ermächtigt hat[34]. Die gehen dann vor. Die Haftung aus B.G.B. bleibt nicht etwa daneben bestehen,

---

„a) in Ausübung der ihm anvertrauten privatrechtlichen Verrichtungen oder

b) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt".

Ein Zwischengebiet gibt es nicht.

Wenn gesagt ist „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt", so schmeckt das freilich nach der Anschauungsweise der polizeistaatlichen Zeit, die Öffentlichrechtliches sich nur denken konnte in der plumpen Gestalt von Befehl und Zwang. Wir haben gelernt, es auch in feineren Ausgestaltungen der öffentlichen Gewalt wiederzuerkennen, in allerlei Fürsorge, Geben und Nehmen und Dienstleistung (vgl. oben Bd. I S. 116 f.). Wem es hart fällt, die Leistungen eines Volksschullehrers, Spitalarztes, Postschalterbeamten als „Ausübung öffentlicher Gewalt" im Sinne unserer Haftungsgesetze gelten zu lassen, der muß sich klar sein, daß er sich dem nur entziehen kann, indem er die Anstaltstätigkeit, die durch diese Beamten geübt wird, als eine privatrechtliche behandelt, was doch bezüglich des Schullehrers z. B. auch Laband nicht will (St.R. III S. 52). R.G. 29. Okt. 1903 (Entsch. LVI S. 84) sucht den Übergang von der altertümlichen Einschränkung des Begriffes „Ausübung öffentlicher Gewalt" auf Befehl und Zwang in dem liberal auszulegenden Ausdruck „Ausübung eines Hoheitsrechts", der zur Erläuterung dafür gesetzt wird. „Die Ausübung eines Hoheitsrechts besteht nicht notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts. Ausübung eines Hoheitsrechts kann auch in einem Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge liegen" (S. 89). Demgemäß haftet der Staat für den von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher, der eingezogene Gelder dem Gläubiger nicht abliefert. Damit würden ja auch die Haftungen öffentlicher Anstalten in weitem Maße zu begründen sein. Es geht aber auch ohne „Hoheitsrecht". — Für uns ist die Frage bereits entschieden durch die hier oben § 51, II vorgenommene Ausscheidung der öffentlichrechtlich arbeitenden Anstalten.

[33] Vgl. oben Bd. I S. 200 Note 19.

[34] Postges. § 6 ff. („Garantie"); Ver.Zollges. § 102.

um in Widerspruch mit diesem besonderen Recht eine vorteilhaftere Bemessung der Schadensersatzansprüche zu ermöglichen[35].

[35] Das Reichsgericht hat in mehreren Fällen zu entscheiden gehabt, ob die Post unabhängig von den besonderen postrechtlichen Bestimmungen über ihre Haftung in Anspruch genommen werden könne für den Schaden, den ihre Beamten bei Ausführung der übernommenen Besorgungen angerichtet haben. R.G. 17. Juni 1887 (Entsch. XIX S. 101): Der Postbote hatte das einzuholende Wechselakzept der Einfachheit halber selbst mit dem Namen des Trassaten versehen; die Post wird trotz der auf Grund Postges. § 50 ausgeschlossenen Haftung verurteilt, weil die außervertragliche Haftung selbständig daneben-stehe. R.G. 1. März 1904 (Entsch. LVII S. 150): Schadensersatzklage wegen ungültiger Arrestzustellung abgewiesen, da „im vorliegenden Falle lediglich das zwischen der Postverwaltung und der Klägerin bestehende Vertragsverhältnis in Frage kommt", und Postges. § 6 Abs. 5 die Haftung ausschließt. R.G. 3. Dez. 1907 (Entsch. LXVII S. 182): Kläger ist mit einem Postfuhrwerk verunglückt, das durch „eine unerlaubte Handlung" des Postbeamten in schadhaftem Zustande war; der postrechtlich vorgesehene Ausschluß der Haftung (durch Verjährung) gilt, da die unerlaubte Handlung „zu einer unerlaubten nur dadurch wurde, daß sie bei Erfüllung des von dem Kläger mit der Post abgeschlossenen Vertrages geschah". Wo die Grenzlinie läuft zwischen wirksamem Haftungsausschluß und unwirksamem, ist hier nicht einzusehen. Vgl. zu diesen Entscheidungen: Schmidt, in Gruchot Beitr. XXXIII S. 184 ff.; Mittelstein, Beitr. S. 37; Dambach, Postges. S. 86; Aschenborn, Postges. S. 93 f.; Delius, Haftung des Beamten S. 344.

Der Fehler ist, daß man die Bestimmungen des Postges. über „Garantie" unter den Gesichtspunkt von vertragsmäßigen Beschränkungen der Haftpflicht des Unternehmers gebracht hat. Wie das Gesetz sich ausdrückt, wenn es das meint, dafür gibt H.G.B. § 459 ein Beispiel an der Haftung der Eisenbahnen aus dem Frachtvertrag. Postges. Abschnitt II „Garantie" spricht gar nicht im Tone solcher Einschränkungen; daher die Verwirrung. Es braucht auch nicht in diesem Tone zu sprechen, da das ganze Verhältnis auf öffentlichrechtlichem Boden steht. Bei einer privatrechtlich betriebenen Anstalt, wie die Eisenbahn, ist auch für die Frage eines etwaigen Schadensersatzes der Vertrag mit dem Unternehmer entscheidend und dessen daraus folgende Haftung; diese begreift in sich auch die Folgen von Fehlern, die von seinen Leuten begangen wären im Bereich des Vertragsverhältnisses. Daneben trägt er noch selbständig eine Haftung für ihre Rechtswidrigkeiten außerhalb dieses Bereichs. Bei den öffentlichrechtlichen Anstalten, wie Post und Telegraph, steht umgekehrt die Schadensersatzpflicht der Beamten in erster Linie: sie sollen hier dem Dritten selber eintreten für richtige Besorgung der Anstaltsleistungen, zu welchen sie verwendet sind. Vgl. oben Bd. I S. 191 ff.; hier § 51 Note 17. Wenn nun das Gesetz bestimmt, daß auch der Unternehmer in gewissem Maße Entschädigungspflichten („Garantien") für das Fehlgehen seiner Anstalt trägt, so bedeutet das keine Einschränkungen einer vertragsmäßigen Haftung, die an sich bestünde, sondern umgekehrt eine besondere Zutat zu der zunächst allein gegebenen persönlichen Haftung der Beamten.

Allerdings käme jetzt außer der postgesetzlichen Bestimmung noch in Frage die neue Gesetzgebung, die an E.G. z. B.G.B. Art. 77 anknüpft, also, was uns vor allem angeht, Reichsges. v. 22. Mai 1910 § 1, wonach das Reich die Haftung seiner

3. Solche besonderen Bestimmungen bedeuten, im Gegensatze zu der zivilrechtlich geordneten Haftpflicht, die an das Verschulden des Beamten und an seine Verantwortlichkeit dafür sich anhängt, eine unmittelbare oder selbständige Entschädigungspflicht des Staates.

Die klassische Form ist die, daß die zu gewährende Entschädigung selbst wie eine rechtssatzmäßig notwendige Anstaltsleistung behandelt wird. Die leitende Behörde ist berufen, für diese Gutmachung zu sorgen. Sofern es aber ein Rechtsanspruch ist, der da befriedigt werden soll, wird zu seiner Geltendmachung zumeist auch irgendeine Form des Rechtsweges, am liebsten vor den ordentlichen Gerichten eröffnet sein.

Von dieser Art sind die hier unter Note 35 besprochenen „Garantien" der Postanstalt, wonach sie die Schädigungen vergütet, die bei ihr vorgekommen sind, selbständig, ohne Vermittlung des Nachweises eines Verschuldens ihrer Beamten. In ähnlicher Weise werden auch von anderen Anstalten Vergütungen geleistet, und weit über das Gebiet der Anstaltsnutzung hinaus begleiten derartige Entschädigungsansprüche die ganze Verwaltungstätigkeit in verschiedener Ausprägung ihrer Rechtsgestalt, wie wir ihnen ja auch in dem Bisherigen schon in den verschiedensten Zusammenhängen begegnet sind.

§ 53.

Ausgleichende Entschädigung.

Alle Entschädigung geht darauf aus, eine eingetretene Vermögensminderung durch Geld wieder gut zu machen und auszugleichen, so daß sie nicht mehr besteht[1]. Wenn wir

in öffentlichrechtlicher Verwaltungstätigkeit verwendeten Beamten selbst übernimmt. Danach könnte man in der Tat mit R.G. 17. Juni 1887 (hier oben Eing.) an einen doppelten Rechtstitel für die Entschädigungspflicht des Unternehmers denken, der dem Beschädigten zur Wahl steht. Allein die Garantien, mit welchen das Gesetz die Anstalt für das Fehlgehen ihrer Tätigkeit einstehen läßt, und ihre Haftung für die Beamten nach Reichsges. v. 1910 sind nicht zwei selbständige Rechtsinstitute, die sich innerlich nichts angehen, wie jene zweierlei Haftungen der zivilrechtlich arbeitenden Anstalt. Sie dienen ein und derselben Rechtsidee zur Verwirklichung, mag auch das Gesetz ihr hier und dort ein recht verschiedenes Kleid gegeben haben; vgl. oben Bd. I S. 199. Daraus ergibt sich, daß die postgesetzliche Garantie, weil sie das Nämliche besonders regelt, was jene Haftung allgemein, nach bekannten Grundsätzen die letztere von ihrem Gebiete ausschließt.

[1] Merkel, Enzyklop. §§ 295 ff.

der hier zu behandelnden diese Bezeichnung besonders beifügen, so will das sagen, daß sie ausgleichend ist in einem anderen, ihr eigenen Sinne: sie bezweckt den Vermögensnachteil, den die Einwirkung der öffentlichen Gewalt einem Einzelnen zugefügt hat, auf gemeinsame Kosten zu nehmen und dadurch auszuschlagen auf die Mitglieder des Gemeinwesens, nach der Art wie sie wieder für dessen Kosten aufzukommen haben. Die Last, die den Einzelnen traf, verschwindet dadurch in der Last aller, wird ausgeglichen zwischen dem besonders Getroffenen und allen Übrigen.

Damit ist aber auch schon gesagt, daß es sich hier um ein Rechtsinstitut handelt, welches ganz und gar der Gedankenwelt des öffentlichen Rechts angehört.

I. Unsere ausgleichende Entschädigung findet ihren richtigen Platz, wenn wir folgende Reihen einander gegenüberstellen:

A. Die bürgerliche Rechtsordnung hat verschiedene Rechtsinstitute vorgesehen, welche selbständig, also abgesehen von besonderen Vertragspflichten, hinter dem ordentlichen Verkehr ihrer Untergebenen stehen und Abhilfe gewähren sollen für darin auftretende Störungen und Unregelmäßigkeiten und den daraus entsprungenen Vermögensnachteil. Die Abhilfe besteht darin, daß dem Betroffenen gegen den, der nach der Art der Störung dazu berufen erscheint, eine Forderung gewährt wird auf Zahlung einer den Nachteil mehr oder weniger deckenden Geldsumme. Diese Rechtsinstitute finden auch Anwendung auf den Staat und andere Träger öffentlicher Verwaltung, soweit durch ein Heraustreten aus dem ihnen zukommenden Kreise hoheitlicher Willensbetätigung dafür Raum geschaffen ist (vgl. oben Bd. I S. 118).

Es handelt sich wesentlich um dreierlei Arten solcher Vergütungen:

1. Schadensersatz für unerlaubte Handlungen. Ein vom Gesetz mißbilligtes Verhalten, ein Verschulden, ist die Ursache des Schadens geworden; das darin liegende Unrecht wird durch die Schadensersatzpflicht bekämpft und wieder gut gemacht[2]. Sie entsteht beim Einzelnen dem Staate gegenüber geradeso, wie

[2] v. Liszt, Deliktsobl. S. 1 u. 4: Die soziale Funktion des Schadensersatzes besteht in „Ausgleichung der in der Rechtssphäre des Verletzten eingetretenen Störung und Bekämpfung des Unrechts". Auch dieser Schadensersatz hat etwas von Strafe an sich.

wenn er mit einem gleichwertigen Untertan zu tun hätte. Beim Staate dem Einzelnen gegenüber finden sich natürlich die Voraussetzungen solcher Schadensersatzpflicht nur in der Weise verwirklicht, daß er haftet für seine Leute. Auch die Haftung für seine Sachen wird nur vermittelt durch den Gedanken eines zu mißbilligenden Verhaltens jener. Über die Grenzen der Anwendbarkeit dieses bürgerlichen Haftungsrechts gegenüber dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung vgl. oben S. 513 f. u. Bd. I S. 190 f., 199.

2. Vergütung der bei erlaubter Einmischung in fremde Angelegenheiten erwachsenden Vermögensnachteile.

Geschieht diese Einmischung zugunsten des anderen, so wird es Geschäftsführung ohne Auftrag nach B.G.B. § 677 ff. Der Staat kann als erstattungspflichtiger Geschäftsherr nur in Betracht kommen, soweit er in privatwirtschaftlichen Betrieben steht, als Geschäftsführer auch hier nicht, da seine Beamten und Leute keine Ermächtigung haben, solches für ihn zu tun: sie tun es gegebenenfalls in eigenem Namen.

Das Umgekehrte, daß die Einmischung zu eigenem Vorteil geschehen darf und demgemäß nichtdeliktsmäßige Ersatzansprüche des anderen entstehen läßt, beschränkt sich auf die vom Gesetze besonders vorgesehenen Fälle[8]. Der Staat wird handelnd und duldend wieder nur als Fiskus, vornehmlich als Besitzer privatrechtlichen Eigentums, unter die Anwendung des Rechtsinstituts fallen.

3. Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Die Bestimmungen im B.G.B. § 812 ff. werden für und gegen den Staat allgemein wirksam werden, wo er in privatwirtschaftlichen Unternehmungen steht wie ein Einzelner, also bei den sogenannten fiskalischen Verwaltungen, daneben in beschränktem Maße bei öffentlicher Verwaltung mit privatrechtlichem Betriebe (vgl. oben § 51, II) sowie bei einzelnen Privatrechtsgeschäften, in öffentlichrechtlichen Betrieben eingestreut. Auch ohne Anknüpfung an eine solche privatrechtliche Grundlage steht der Bereicherungsanspruch hinter der öffentlichen Verwaltung überall, wo diese im Einzelfall mit ihrem geordneten Verfahren zu Ende gelangt ist, und nun die

---

[8] B.G.B. §§ 228 (Notstand), 912 (Überbau), 917 (Notweg). Die gesetzliche Ersatzpflicht vertritt hier die Stelle der ordentlicherweise für solche Fälle vorauszusetzenden vertragsmäßigen. Auch die Ersatzansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag werden so aufzufassen sein. Weder der Strafgedanke des Schadensersatzes für unerlaubte Handlung, noch die Bereicherung ist bestimmend.

Tatsache des Bestandes einer ungerechtfertigten Bereicherung auf der einen oder anderen Seite übrigbleibt. Die genügt dann, um die Ansprüche zu begründen[4].

B. Es wäre falsch, nun auf dem Boden des öffentlichen Rechts durchweg eine gleichlaufende Gedankenreihe verwirklicht sehen zu wollen (vgl. oben Bd. I S. 119 f.). Immerhin können wir in gewissem Maße Entsprechendes gegenüberstellen, und es ist nützlich das zu tun, damit die Gegensätze der Rechtsarten daran kund werden.

1. Die Idee des Schadensersatzes für unerlaubte Handlungen findet nach dem soeben, A n. 1, Erörterten auch hinter den Beziehungen reiner öffentlicher Verwaltung ihre Verwirklichung in den privatrechtlichen Formen[5]. Das geht uns hier nicht weiter an. Nur in einem Fall kommt ihre innere Verwandtschaft mit der der Strafe dadurch zur Geltung, daß sich beides verschmilzt. Das ist der Fall bei der Hinterziehungsstrafe, die, wie wir sahen, zugleich Schadensersatz bedeutet, Schadensersatz für unerlaubte Handlung in öffentlichrechtlicher Form[6].

2. Eine erlaubte Einmischung der Einzelnen in Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung gibt es nicht. Öffentlichrechtliche Gegenstücke zu dem so Bezeichneten liefert nur die andere Seite, die handelnde öffentliche Verwaltung, und zwar dieses wiederum auf zweierlei Art:

— Zwischen verschiedenen Trägern öffentlicher Verwaltung kann eine Gemeinsamkeit der Aufgaben bestehen, vermöge deren der eine berufen ist, Leistungen zu machen, die in erster Linie einem anderen obliegen sollen. Das gibt dann zugunsten des Leistenden einen öffentlichrechtlichen Ersatzanspruch in Höhe seiner Aufwendungen gegen den zunächst Berufenen. Man mag das eine öffentlichrechtliche Geschäftsführung

---

[4] Über solche Fälle oben § 52, III n. 1. Die Selbständigkeit des Bereicherungsanspruches gegenüber der rechtlichen Natur des Verhältnisses, das die Bereicherung zurückließ, ergibt sich aus der römischen Formel l. 66 D. 12, 6: „quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit".

[5] Soll freilich die Schadensersatzpflicht dabei auf die öffentliche Verwaltung fallen, so werden wir allerdings auf der Hut sein müssen, daß uns nicht eine andere Art von Entschädigung darunter gebracht wird. Denn jenes Deliktsrecht ist hier grundsätzlich nur auf den Einzelnen anwendbar, der ihr gegenübersteht. Sogar wenn das Gesetz es anders meint, wird das noch bedeutsam; vgl. unten S. 534 f. zu E.G. z. B.G.B. Art. 77.

[6] Vgl. oben Bd. I S. 384 ff.

ohne Auftrag nennen. Das Rechtsinstitut beschränkt sich aber auf diesen eng umschriebenen Fall[7].

— In die Angelegenheiten des Einzelnen mischt sich die öffentliche Verwaltung fortgesetzt ganz gewaltig ein und zwar zu ihrem eigenen Vorteil; das ist ihre Aufgabe und ihr Recht. Mit den Ausnahmsfällen des zivilrechtlichen Notstandes (oben Note 3) läßt sich das nicht vergleichen, und die Entschädigung, die etwa von der Verwaltung zu leisten ist, hat eine ganz andere Art, als jene an Stelle vertragsmäßiger Vergütung geordnete; wir werden jetzt sofort damit zu tun bekommen. Dagegen ergibt sich auch hier unter Umständen eine gewisse Ähnlichkeit mit der Geschäftsführung ohne Auftrag, insofern die staatliche Tätigkeit zugleich durch den Beteiligten veranlaßt wurde, seinem Wunsch entsprechend oder ohne ihn, der vom Staate hier gemachte Aufwand also dafür angesehen werden kann, daß er für ihn gemacht worden sei. Der einzige „Auftrag", der hier erscheint, ist der, den der handelnde Beamte von seinem Dienstherrn erhält, vom Staate. Gleichwohl knüpft sich dann an diese Art von Geschäftsbesorgung eine Forderung des Staates gegen den Beteiligten auf Erstattung der Kosten, entsprechend dem „Ersatz der Aufwendungen", den das B.G.B. dem Geschäftsführer ohne Auftrag gewährt. Diese Kosten bestehen teils in einem Beitrag zu dem Aufwand der in Anspruch genommenen Einrichtung überhaupt, Amtsgebühr, teils in dem besonderen Aufwand, den der Einzelfall verursacht hat, den Auslagen[8].

---

[7] Die wichtigsten Beispiele bieten die Erstattungsansprüche zwischen Armenverbänden; vgl. unten § 60, II u. III. — Grundsätzliches zu dieser „Geschäftsführung ohne Auftrag" Sächs. O.V.G. 4. Nov. 1903 (Jahrb. V S. 55), 26. Okt. 1907 (Jahrb. XI S. 197).

[8] Vgl. oben § 52 Note 12. v. Bitter, Handwörterb. I S. 1077 ff. Die Erhebung der Kosten, Amtsgebühren wie Auslagen, bedient sich der gleichen Rechtsformen wie die der Gebühren für die Anstaltsnutzung; vgl. oben § 52, II n. 2 u. 3. Nur wird hier die Zulässigkeit der administrativen Zwangsbeitreibung von größerer Wichtigkeit, sofern das Zwangsmittel der Vorenthaltung der Anstaltsnutzung fehlt. Die Rechtsgrundlage geben Gesetze und Verordnungen, die das Verfahren regeln. Wenn man diese Kostenerstattung auch ohne das als selbstverständlich ansieht, rechnet man, sofern man überhaupt an etwas denkt, mit zivilrechtlichen Konstruktionen oder mit Gewohnheitsrecht oder mit allgemeinen Grundsätzen. Es wirkt hier offenbar schon ein Gedanke natürlicher Billigkeit mit, der verlangt, daß jeder den besonderen Aufwand trage, den er dem Gemeinwesen verursacht. Wir werden die Bedeutung solcher Gedanken für die Rechtsgestaltung jetzt in anderer Richtung genauer zu betrachten haben.

3. Der Grundsatz der Bereicherungsklage, den die natürliche Billigkeit auf dem Boden des Zivilrechts entstehen ließ, kann bei uns regelmäßig nicht in der nämlichen Weise zum rechtlichen Ausdruck kommen wie dort[9]. Die Voraussetzungen sind andere.

Dort standen sich die Beteiligten gegenüber in dem Verhältnisse von gleich zu gleich. Die auf diesem Boden zwischen ihnen stattgehabte Berührung soll nun im bestimmten Falle als Ergebnis zurückgelassen haben eine Vermögensverschiebung, die nichts Unerlaubtes, noch Rechtswidriges an sich trägt und deshalb mit den ordentlichen Mitteln des Rechtsverkehrs nicht rückgängig zu machen ist. Aber sie verletzt die natürliche Ordnung der Privatwirtschaft und des bürgerlichen Rechtsverkehrs, wonach dabei keiner zugunsten eines anderen einen Vermögenswert einbüßen soll, ohne dafür einen entsprechenden Ausgleich oder was er dafür nehmen will, zu empfangen, ohne, wie B.G.B. § 812, sehr unvollkommen freilich, es ausdrückt, einen rechtlichen Grund. Hier hilft dann das aus Rücksichten der Billigkeit geschaffene Recht aus und gewährt die Bereicherungsklage[10].

---

[9] Über die Nichtanwendbarkeit der condictio indebiti bei geleisteter Steuerzahlung vgl. oben Bd. I S. 347 ff. Die Rechtsformen, welche sie dort ersetzen, werden auch in anderen Fällen aushelfen, wo von der öffentlichen Verwaltung eine Zahlung erhoben oder geleistet worden ist, die nicht oder nicht in dieser Höhe geschuldet war. Es handelt sich um die Ungültigerklärung des Vollzuges eines Gesetzes oder Verwaltungsaktes durch die dafür zuständige Behörde, woraus dann auch die entsprechenden Folgerungen wegen Erstattung des Bezahlten zu ziehen sind. Das mag man eine „sinngemäße" Anwendung der Grundsätze der Bereicherungsklage nennen: Sächs. O.V.G. 13. Mai 1903 (Jahrb. IV S. 231); 4. März 1905 (Jahrb. VII S. 117); 19. Juli 1906 (Jahrb. IX S. 236). Dazu Ztschft. f. Bad. Verw. XXXV n. 10; v. Mayr, Bereicherungsanspr. S. 54 ff. — Echtere Seitenstücke des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruches unten § 60, III n. 1—3. Dort liegt eben der besondere Fall vor, daß die Beteiligten sich auf dem Boden des öffentlichen Rechts als Gleiche gegenüberstehen.

[10] Es hat keinen Wert, die germanischen Wurzeln des Wortes „Billigkeit" zu erforschen. Wenn wir Juristen das Wort gebrauchen, so ist es uns die Übersetzung von aequitas, und wir meinen es in dem Sinne, den die Römer mit diesem Worte verbanden. Danach steht die Billigkeit neben dem jeweils geltenden Recht mit gewissen Forderungen, denen das Recht nicht notwendig von selbst entspricht. Sie vertritt das „utile, humanum und benignum" (O. M. Justa causa bei Trad. u. Usukap. S. 6), hat „die Richtung auf das Milde, Schonende, Humane" (Regelsberger, Pand. I S. 64) und bezeichnet so ein „Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht zu streben hat" (Windscheid-Kipp, Pand. I § 28). „Naturrecht", „richtiges Recht" sind verwandte Begriffe. Das gibt natürlich wenig Greifbares, sondern läuft, wie Regelsberger und Windscheid nicht

Das öffentliche Recht hat zur Grundlage die Ungleichheit der Rechtssubjekte, zwischen die es seine Ordnung stellt. Ihr entspricht auch eine andere Grundauffassung von dem, was der natürlichen Gerechtigkeit angemessen ist in ihren wirtschaftlichen Beziehungen. Das kommt wieder in doppelter Richtung zur Geltung:

— Es ist recht und billig, daß der Staat Einrichtungen treffe und Tätigkeiten übe, die seinen Untertanen zugute kommen, ihnen mit eigenem Aufwand Vorteile bereite, in ihrer Gesamtheit wie als Einzelnen. Dazu ist er da. Es bedarf nicht erst eines rechtfertigenden Grundes, damit das der wirtschaftlichen Natur des gegenseitigen Verhältnisses angemessen sei. Aber der Staat muß die Mittel, deren er bedarf, um solche Vorteile gewähren zu können, seinerseits wieder aufbringen dadurch, daß er seine Untertanen belastet mit Abgaben aller Art, die, wenn sie gerecht sein sollen, möglichst nach der Leistungsfähigkeit bemessen sind.

Mag er das noch so schön eingerichtet haben, immerhin wird

---

verhehlen, auf eine Gefühlssache hinaus. Das aequum, das Billige, oder wie man auch sagt, Gerechte, kann aber zu bestimmten Sätzen sich verdichten, die gelten wollen für ein gewisses Gebiet menschlicher Verhältnisse. Die eignen sich dann unmittelbar, zu einem Rechtssatz den Stoff zu liefern, und liefern ihn auch. Wie? Das ist natürlich zu untersuchen. Damit sind wir aus dem Gefühlsleben heraus und auf dem Boden der Rechtswissenschaft angelangt. Die Billigkeitsforderung wird Billigkeitsrecht. Um einen solchen „praktischen" Billigkeitssatz handelt es sich hier.

Die grundlegende Regel der l. 206 D. 50, 17: „hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem", ist von Haus aus ein Billigkeitssatz, kein Rechtssatz; es entspricht nur den besonderen Lebensbedingungen des römischen Rechts, daß sie dort mit Leichtigkeit zu rechtlicher Geltung gebracht werden konnte. Damit wirkt in das reine Spiel der rechtlichen Willensmacht eine andere Rücksicht hinein. Man drückt den Gegensatz gern so aus, daß der Erwerb selbst, die „Rechtsänderung", wohl rechtsbeständig sei, aber die darin liegende „Vermögensverschiebung" nicht (v. Mayr, Bereicherungsanspr. S. 422), daß es sich um „formal", „an sich", „äußerlich" Gültiges handle, das aber „materiell", „innerlich", „wirtschaftlich" ungerechtfertigt ist (Zusammenstellung bei Jung, Bereicherungsansprüche S. 22 ff.). Gegen Jung, der diese Zwiespältigkeit der Gesichtspunkte verneint und alles auf rein Juristisches (Mangel der „obligatorischen Unterlage": a. a. O. S. 25 Note, S. 139 ff.) zurückführen möchte, betont Stammler, in Festgabe f. Fitting S. 151 ff., wiederum jene Unterscheidung: „Die nach technisch geformtem Rechte eingetretene Rechtsveränderung läßt sich in ihrem sachlichen Bestande als richtiges Recht nicht behaupten" (a. a. O. S. 161). Was wir Billigkeitsrecht nennen, ist aber gerade berufen, an seinem Teile solches richtige Recht herzustellen.

Diese Ausführungen haben für uns natürlich nur den Zweck, unser nun zu behandelndes öffentlichrechtliches Institut von außen her zu beleuchten.

die wirtschaftliche Gerechtigkeit wieder gestört, wenn nur Einzelnen aus dem, was alle gleichmäßig aufgebracht haben, besondere Vorteile zufließen ohne rechtfertigenden Grund. Zur Belohnung besonderer Dienste, zur Förderung von Unternehmungen, die dem Staate selber wichtig sind, und aus anderen Ursachen dieser Art mag eine solche Bevorzugung zulässig sein. Sonst aber fordert die Billigkeit den Ausgleich zwischen dem Bevorteilten und seinen Lastgenossen. Und dieser wird, soweit die Forderung rechtliche Verwirklichung findet, hergestellt durch besondere Vergütungen, die den Bevorteilten wieder auferlegt werden. Wir haben solche kennen gelernt als Abgaben für Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen, Beiträge für besondere Beteiligtheit am Bestande einer öffentlichen Anstalt oder Einrichtung und Gebühren für Anstaltsnutzung[11].

— Es ist andererseits auch recht und billig, daß der Staat seine Untertanen belaste und ihnen Vermögensnachteile bereite, soweit es sein eigener Vorteil erheischt, sei es, daß er Werte zerstört, sei es, daß er sie geradezu an sich zieht, um seine verfügbaren Mittel, seinen Besitz und seine Kasse dadurch zu stärken, sich zu bereichern also. Als rechtfertigender Grund genügt hier ein für allemal, daß er der Staat ist, der dessen zum allgemeinen Besten bedarf. Aber wenn wir die Steuer als unbillig empfinden und dem natürlichen Gesetze des wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen Staat und Untertan widersprechend, sofern sie ungleich belastet, nicht nach einem allgemeinen Maßstabe, der der Leistungsfähigkeit sich anpaßt[12], so gilt das schlechthin von allen besonderen Inanspruchnahmen für den Einzelfall: sie sollten eigentlich überhaupt nicht sein; aber tatsächlich sind sie eben nicht zu vermeiden. Es kann sich nur um eine Gutmachung handeln, um eine Wiederherstellung der Gerechtigkeit.

Bei der Steuer wird die Gerechtigkeit vom allgemeinen Gesetz wieder hergestellt durch geeignete Änderung des Maßstabes oder durch eine ausgleichende Ergänzung mittels anderer Steuern, die das Gesamtergebnis gerecht machen. Bei der Belastung im Einzelfall ist das gegebene Mittel die Gewährung einer ausgleichenden Entschädigung an den so Be-

---

[11] Vgl. oben § 37, IV; § 38, IV; § 39, III n. 4; § 48, I n. 1; § 52, III. Fleiner, Öffentl.rechtl. Vorteilsausgleichung in Festgabe f. Heusler S. 92 ff.; Dierschke in Verw.Arch. XVII S. 463 ff., S. 481 Note 6.

[12] Vgl. oben Bd. I S. 331.

troffenen. Ausgleichend in dem hier eingangs bezeichneten Sinn[18].

Daß solche Entschädigung stattfinde, ist zunächst nur eine Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit. Soweit sie sich im geltenden Recht erfüllt und verwirklicht, ist das Rechtsinstitut gegeben, das hier zu betrachten sein wird[14].

---

[18] Ausgleichende Entschädigung wie Bereicherungsanspruch sollen also beide einer Vermögensveränderung entgegentreten, die den angenommenen natürlichen Gesetzen der Gestaltung wirtschaftlicher Beziehungen widerspricht. Dabei ist hier wie dort die Erscheinung zu beobachten, daß ein Vorgang doppelter Beurteilung unterliegt: er ist zunächst vollgültig, um die Rechtsveränderung hervorzubringen, stellt aber zugleich, in seinem weiteren Zusammenhang betrachtet, eine Unbilligkeit dar, um derentwillen ihm durch den Ausgleichsanspruch entgegengewirkt wird. Das faßt man bei der Bereicherungsklage gern zusammen in die unzutreffende Formel, wonach eben die Rechtsordnung selbst von vornherein an ihm nur die Rechtsveränderung gewollt habe, nicht auch die Vermögensveränderung; nur jene also ist rechtmäßig und gerechtfertigt (Windscheid-Kipp, Pand. II § 422, 2a; v. Mayr, Bereicherungsanspr. S. 422). Als ob sich das so scheiden ließe! Es ist das ganz die gleiche Formel, die auch bei dem wichtigsten Fall unserer ausgleichenden Entschädigung zur Anwendung kommt: der Staat, sagt man, will in der Enteignung nur die Sache wegnehmen, nicht auch deren Wert (vgl. oben § 34 Note 26). Nichts beweist mehr die innere Zusammengehörigkeit unserer beiden Billigkeitsrechtsinstitute, Bereicherungsklage und ausgleichende Entschädigung, als die Gemeinsamkeit dieser schiefen Konstruktion!

[14] Wenn geschrieben worden ist: „O. M. muß selbst zugeben, daß Billigkeitsforderungen für sich noch keine Rechtssätze sind", so verdunkelt das die Sachlage. Auf dieser Unterscheidung beruht ja vielmehr meine ganze Lehre. Ich habe das Verhältnis in dem Vortrag: „Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht" (1904), genauer hervorgehoben. Die Billigkeitsforderung ist deshalb keineswegs gleichgültig für das sich bildende Recht. Sie drängt, auch ohne klar erkannt zu sein, mächtig auf ihre Verwirklichung, liefert die innere Einheit für alle daraus fließenden, wenn auch scheinbar auseinanderfallenden Erscheinungen des geltenden Rechts und hilft zu ihrem rechten Verständnis.

Man kann sich ja auch von vornherein ablehnend gegen sie verhalten. Besonders lebhaft ist in diesem Sinne Anschütz, Der Ersatzanspr. aus Vermögensbeschäd. durch rechtm. Handh. d. Staatsgewalt (1897), aufgetreten. Er sieht hier nur das schnöde Bestreben der Einzelnen, sich einer „allgemeinen Bürgerpflicht" zu entziehen (S. 61), einen „unüberwundenen Rest natürlicher Voreingenommenheit" (S. 63), ihm kommt darin eine „Parteiauffassung" zur Geltung, die ein staatstreuer Mann nur schmerzhaft empfinden kann, „die Auffassung des politischen Individualismus" (S. 5). Von anderer Seite hat man sogar schon den lebendigen Gottseibeiuns herausgewittert, den „Kapitalismus"! Von diesem Standpunkte aus muß man es sich natürlich angelegen sein lassen, die Spuren, welche der mißbilligte Grundsatz im geltenden Rechte gelassen hat, mit juristischer Kritik und Auslegungskunst möglichst zu verleugnen und zu vermindern. Der wissenschaftlichen Arbeit aber, welche diese Wirklichkeiten pflegen und ordnen will, wird ihr Urteil gesprochen mit dem Worte „juristische Luftgebilde" (Anschütz a. a. O. S. 63).

II. Die Billigkeitsforderung wird im Volksbewußtsein immer erst entstehen mit einer größeren Lebendigkeit der Staatsverwaltung, welche die Untertanen in gesteigertem Maße so in Anspruch nimmt und belastet. Sie kann dann ihre Befriedigung auch wohl erhalten durch den guten Willen der Regierenden und ihrer Behörden, die sich dabei von gewissen selbstgemachten Grundsätzen leiten lassen [15].

Eine höhere Stufe bedeutet es, wenn die zu gewährende Entschädigung durch Rechtsregeln bestimmt und ein Rechtsanspruch darauf für den Betroffenen begründet wird. Die Entwicklung in diesem Sinne hat sich aber bei uns keineswegs gleichmäßig vollzogen. Nicht bloß wurden die nötigen Rechtssätze auf sehr verschiedenen Wegen gewonnen. Solche wurden auch mit Vorliebe nur gelegentlich und für begrenzte Zwecke aufgestellt. Wo dann Theorie und Praxis Lücken empfanden — das konnte ja nicht ausbleiben —, da stopfte man sie mit dem nächsten Material, das man zur Hand hatte: zivilrechtliche Konstruktion muß an vielen Stellen wieder aushelfen. Öfters kann man beobachten, daß für die nämliche Art von Entschädigungsfall bald die eine, bald die andere Rechtsgrundlage Verwendung findet, oder auch mehrere zugleich nebeneinander. Das kennzeichnet den Notbehelf.

Ihren Ursprung nimmt auch diese Rechtseinrichtung im Natur-

Dazwischen rächen sich dann freilich die verkannten Luftgebilde. So bei Anschütz, wenn er (a. a. O. S. 55 ff.) aufstellt: die Entschädigungspflicht des Staates habe mit der Durchführung des Rechtsstaates und der Ordnung des Verwaltungsrechts ihre „Daseinsberechtigung eingebüßt"; wenn der allgemeine Entschädigungsanspruch im Polizeistaat „tatsächlich die Funktion einer Rechtsschutzeinrichtung versah", so seien jetzt wirkliche Rechtsschranken da, durch Verwaltungsgerichtsbarkeit „wirksam gesichert". Und deshalb soll man jetzt nichts mehr kriegen, falls man neben diesen Schranken oder über sie hinweg ungerecht benachteiligt wird? Mir scheint das eine furchtbar blutleere Anschauungsweise zu sein. Die praktischen Römer haben auch bei „wirksamst gesichertem" Zivilrecht ihre condictiones sine causa nicht für überflüssig gehalten. Vgl. darüber auch Perlmann in Grünh. Ztschft. XXXIV S. 103 f.

[15] Das modicum honoris gratia possessori datum in l. 15, 2 D. VI, 1 ist eine Enteignungsentschädigung, die Anstands halber gegeben wird, ohne Rechtsanspruch darauf. — Unter Friedrich dem Großen wurden die Manöverschäden amtlich bezeichnet als „Nachteile, welche S. Majestät den Untertanen zu vergüten pflegen". — Ähnlich steht es jetzt noch mit der Entschädigung für vorzeitige Zurückziehung des überlassenen Postschließfaches nach Postord. § 42 Abs. III: „alsdann wird die erhobene Gebühr unter Umständen anteilmäßig zurückgezahlt".

recht[16]. Die Staatsgewalt kann dem Untertan, wenn sie es für erforderlich hält zur Erfüllung ihrer Aufgaben, das Seinige wegnehmen oder zerstören, oder ihn sonst ungleich belasten, aber sie unterliegt dann der Verpflichtung ihn zu entschädigen[17]. Der

---

[16] Geschichtliches bei Gierke, Althusius S. 291 ff.; G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte S. 7 ff.; Anschütz, Ersatzanspr. S. 43 ff.

[17] Man darf nicht glauben, daß der naturrechtliche Gedanke von Anfang an immer schon die gleiche Gestalt gehabt hätte. Die Entwicklung beginnt für uns mit der Lehre vom jus quaesitum, das ordentlicherweise auch der ganzen Staatsgewalt gegenüber sakrosankt ist und nur in schweren Ausnahmsfällen (si urget publica necessitas) vermöge des jus eminens beseitigt werden kann, dieses selbstverständlich nur gegen vollen Ersatz des dadurch angerichteten Schadens (vgl. oben Bd. I S. 19 u. 34). Jene Unantastbarkeit des jus quaesitum beruht auf dem obersten Berufe des Fürsten, das Recht der Untertanen zu schützen (oben Bd. I S. 33); sie erstreckt sich nur auf Werte, die durch einen bestimmten Rechtstitel der zu schützenden Art erworben sind (speciali titulo acquisitum), nur ihre Entziehung kommt bei dem Eingriff mit dem jus eminens in Betracht und ist durch Schadensersatz auszugleichen. In diesem Sinne ist es richtig, was Anschütz, Ersatzanspr. S. 48 ff., bemerkt: daß Hugo Grotius die Grenze der schadensersatzpflichtigen Eingriffe dem Gegenstande nach enger zieht als die späteren; er nennt (jus belli et pacis II, 14 §§ 7 u. 8) außer dominium nur noch das jus quod ex promisso aut contractu quaeritur.

Anschütz (a. a. O. S. 23 Note 58) spricht auch, was die Natur der Schadensersatzpflicht anlangt, nicht unzutreffend von einer „uneingestandenen Konstruktion des jus eminens als Delikt". Das ist wohl die Auffassung von Hugo Grotius: Ubi enim dominium aut jus aliud alicui legitimo modo partum est, id ne sine causa ei auferatur juris est naturalis. Contra si rex faciat, haud dubie tenetur reparare damnum datum; facit enim contra verum jus subditi. Das jus eminens ist nicht als eine ordentliche causa auferendi angesehen; daher die Entschädigung: der Fürst erfüllt dem Berechtigten gegenüber seine Pflicht nicht, wenn auch aus höheren Gründen. Diese Auffassung ist, wie wir sehen werden, längst überwunden; aber sie klingt immer noch nach zum Zeugnis, daß sie früher bestand. So bei Schwab, in Arch. f. ziv. Prax. XXX S. 177 Note 186, wenn er sagt: Das Expropriationsrecht beruht allerdings auf Gesetz, aber ist seiner Natur nach ein „gesetzliches Unrecht"; daher die Entschädigungspflicht (Anschütz a. a. O. macht mich irrtümlicherweise für diesen veralteten Ausspruch des von mir angezogenen Schwab verantwortlich). In derselben Linie liegt es, wenn Klüber, Öff. R. § 552, das jus eminens bezeichnet als „dieses traurige sogenannte Recht". Und sogar aus neuerer Zeit tritt uns die alte Lehre noch einmal entgegen bei R.G. 7. Dez. 1898 (Entsch. XLIII S. 15), wo es von der Rayonentschädigung heißt: „Daß es sich bei der Entschädigung des von Rayonbeschränkungen betroffenen Grundbesitzers um einen Schadensersatz im Sinne des gemeinen Zivilrechts handle, also für das landrechtliche Gebiet um einen Schadensersatz im Sinne des Tit. 6 Tl. 1 A.L.R." (überschrieben: „Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen"). Das ist heller Atavismus.

Im Gegensatze zu dieser ursprünglichen Auffassung setzt die spätere das unantastbare jus quaesitum sachlich außer Spiel (wenn auch der Aus-

druck noch gebraucht wird) und läßt die besondere Belastung des Einzelnen genügen; andererseits fällt das deliktische jus eminens weg und tritt an seine Stelle die Staatsgewalt schlechthin, die nach natürlicher Billigkeit für den Ausgleich in Geld zu sorgen hat. Es ist ein ganz anderes Rechtsinstitut geworden.

So schon Pufendorff, Jus nat. et gent. L. VIII t. V § VII: „Naturalis est aequitas, ut si ad communem quampiam rem conservandam ab iis, qui de eadem participant, conferendum quid sit, singuli ratam dumtaxat partem conferant, nec unus supra ceteros graviter oneretur". Unter Umständen ist es wegen des unmittelbaren Bedürfnisses der res publica nicht möglich, eine solche Verteilung der Last zu machen; dann gilt: „iis, qui hoc modo sua publico impenderunt aut perdiderunt, a tota civitate, quantum fieri potest ea restitui aut pensari, manifestissima aequitate nititur".

Moser, Landeshoh. in Ans. d. Untertanen Personen und Vermögen, handelt zunächst, Cap. XV, von der „obristen Herrschaft" über der Untertanen Personen. Sie bedeutet die Befugnis des Landesherrn, ihre Freiheit und ihre Tätigkeit „um des gemeinen Besten willen außerordentlicherweise in Anspruch zu nehmen", d. h. über bestehende besondere Verbindlichkeiten und geordnete Lastenverteilung hinaus: für Militärzwecke oder wenn fronfreie Personen im Notfalle zu Diensten angehalten werden, wenn man „Personen zu Ämtern nötigt, die sie nicht annehmen wollen", wenn man „vorhin erlaubt gewesene, auch in anderen Ländern nach der natürlichen Freiheit erlaubte, an sich unverwerfliche Handlungen oder Lebensarten einschränket" (Cap. XV § 7 Abs. 4). Aber „die natürliche Billigkeit erfordert es auch, daß, wenn eine solche Person auf irgend einige Weise Schaden leidet, derselbige ihro möglichst ersetzt werde, es sei denn, daß ihrer mehrere auf einerlei Art darunter leiden und es nun einmal üblich sei, daß sie es auf sich selber tragen müssen". Auf die „obriste Herrschaft" über das Vermögen „paßt das meiste", was bezüglich der Personen gesagt wurde (Cap. XX § 2). Beispiele liefert die Enteignung und das Einreißen von Häusern, „um dem ferneren Lauf des Feuers Einhalt zu tun" (§ 3 Abs. 6 u. 7). Aber auch hier heißt es wieder: „Auf der anderen Seite erfordert die natürliche Billigkeit, daß dem- oder denenjenigen, so um des gemeinen Bestens willen einen besonderen Schaden leiden, derselbige ersetzet werde" (§ 5).

Pütter, Beiträge I S. 351 ff., unterscheidet „Opfer", die gebracht werden müssen an natürlicher Freiheit, und „Opfer an dem, was ein jeder an besonderen Gütern oder Gerechtsamen als sein erworbenes Eigentum sich zuzueignen berechtigt ist". Hier fließt wieder das alte jus quaesitum ein. Aber das bedeutet jetzt keine grundsätzliche Unantastbarkeit, sondern nur, daß es „allzeit unrecht" wäre, „einem allein ... eine Last aufzulegen, die allen insgesamt zukäme oder auch in unverhältnismäßiger Ungleichheit einem mehr als dem anderen aufzubürden" (S. 356). Daher „erfordert Recht und Billigkeit", den Betroffenen schadlos zu halten. Darin allein besteht der besondere Schutz, der diesen „Gütern und Gerechtsamen", dem erworbenen Eigentum in dem weiten Sinne, wie es hier gemeint ist, zuteil wird. Das gilt auch für die Freiheit. Darum faßt dann Pütter beides noch einmal zusammen und verweist auf „den Engländer, der liberty und property für unverletzliche Heiligtümer hält". Er meint, die von ihm dargestellte Schutzeinrichtung sei wohl gleichwertig; falsch sei es, „daß unter keinerlei Umständen

Polizeistaat bildete diesen Rechtsanspruch gegen den Fiskus immer weiter aus und stellte ihn unter den Schutz der bürgerlichen Gerichte[18]. In seinem Sinn hat das A.L.R. Einl. § 75 unsere Billigkeitsforderung in vollem Umfange zu klarem Gesetzesrechte erhoben und ihre Rechtsverwirklichung gesichert auch über den Untergang des Naturrechts hinaus[19].

---

von Eigentum und Freiheit ein Beitrag oder Opfer fürs gemeine Beste begehrt werden könnte" (S. 362). Hier erscheint also schon die Formel unserer Grundrechte: in diesen sind „Freiheit und Eigentum" (im weitesten Sinne gemeint; vgl. oben Bd. I S. 71 ff.) verfassungsmäßig geschützt durch den Vorbehalt des Gesetzes; bei Pütter, dem diese Bedeutung der Herrschaft des Gesetzes noch fernliegt, sind sie geschützt durch den Grundsatz der Entschädigung bei „unverhältnismäßiger Ungleichheit" der „Aufbürdung" (vgl. auch oben Bd. I S. 55 Note 29). Vom jus quaesitum im alten Sinne und Entschädigung wegen Unrechtmäßigkeit eines Eingriffs darein ist keine Rede mehr.

[18] Vgl. oben Bd. I S. 54 Note 29.

[19] A. L.R. Einl. enthält unter der Rubrik: „Verhältnis des Staates gegen seine Bürger" zwei zusammengehörige Bestimmungen. § 74: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen". § 75: „Dagegen ist der Staat denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten."

Anschütz, Ersatzanspr. S. 67 ff., gibt sehr verdienstliche Untersuchungen zur Entstehungsgeschichte des § 75. Die „besonderen Rechte und Vorteile" können natürlich nicht schlechthin alles begreifen, was dem Betroffenen irgendwie von Wert ist. Eine Begrenzung ist nötig. Wir werden unten III n. 2 darauf zurückkommen. Anschütz a. a. O. S. 104 will die notwendige Abgrenzung erzielen, indem er aufstellt: „Die ‚besonderen Rechte' des § 75 (die Hinzufügung ‚und Vorteile' erklärt er für bedeutungslos) sind die jura quaesita der naturrechtlichen Tradition". Aber gerade für die Frage der Entschädigung hatte sich ja die naturrechtliche Tradition von den jura quaesita in der ursprünglichen Bedeutung losgelöst, selbst wo man den Namen beibehielt (vgl. oben Note 17). Anschütz berichtet selbst (a. a. O. S. 68), wie der § 75 nachträglich in den Entwurf des Gesetzbuchs kam. Der Reichsgraf v. Finkenstein hatte für die Lebusser Stände moniert: es seien gewisse Regeln zu etablieren, „daß der Landesherr seinen Untertanen ihre jura quaesita unter keinerlei Vorwand nehmen könne". Das waren die echten alten jura quaesita! Nun ist allerdings, wie Anschütz berichtet, aus den Materialien nicht zu ersehen, daß man dieses monitum besonders berücksichtigt hätte. Bei der neuen Abfassung des Gesetzbuchs wurde aber dann eine den Fall der Enteignung allein betreffende Bestimmung weggelassen und dafür der nachmalige § 75 eingefügt. Darin sieht Anschütz einen Sieg der „Herrn Stände"; das „Postulat der Unverletzlichkeit des erworbenen Rechts" sei wenigstens insoweit verwirklicht, als „der Wert des aktuellen Rechtsbestandes nicht beeinträchtigt werden darf". „Insoweit" — aber in der Sache will der § 75 doch etwas anderes als Graf Finkenstein, und in der Form sagt er statt wohl-

erworbene Rechte „besondere Rechte und Vorteile", also auch etwas anderes! Mir scheint demnach Graf Finkenstein an dem wirklichen Inhalt des § 75 ganz unschuldig zu sein. Es handelt sich hier ganz deutlich um den oben Note 17 geschilderten Gegensatz zwischen der ursprünglichen Form der Entschädigung für deliktsartigen Eingriff in das „Unverletzliche" und der späteren Form des billigen Ausgleichs durch die schrankenlose Staatsgewalt. Die „besonderen Rechte und Vorteile" in § 75 sind nicht mehr die strengen unverletzlichen jura quaesita des älteren Naturrechts. Sie werden wohl das gleiche bedeuten wie die „einzelnen Rechte und Vorteile" in § 74.

Anschütz findet immerhin, daß das A. L.R. hier den „individualistischen Forderungen" zu weit entgegengekommen war und freut sich der „harten Hand", mit welcher der Staat nachher doch noch „in das abstrakte Prinzip der besonderen Rechte und Vorteile" eingriff. Das wäre geschehen durch die vielumstrittene Kabinettsordre v. 4. Dez. 1831.

Auf die Anzweifelungen ihrer „Gesetzeskraft" gehen wir nicht ein, sondern nehmen sie mit Anschütz unbedingt als rechtsverbindlich in dem, was sie will. Sie beansprucht aber ihrerseits nichts Neues zu schaffen, sondern will, wie sie sagt, lediglich sein eine „für die Gerichte abgefaßte Belehrung über den Unterschied zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen". Das ist sie auch, und zwar eine durchaus richtige Belehrung. Sie ist ganz und gar zugespitzt auf einen bestimmten einzelnen Rechtsfall, der sie veranlaßt hat. Im Kriege von 1806 hatte nämlich der Festungskommandant von Breslau die Vorstädte niederbrennen lassen. Daraus wurden Ersatzansprüche gegen den Staat vor Gericht geltend gemacht, und es kam in Frage, ob sie nicht auf A. L.R. Einl. § 75 gegründet werden könnten. Hier greift nun die „Belehrung" ein. Der Fiskus, sagt sie, ist nicht verpflichtet, weil er „die Akte des Souveräns nicht zu verantworten hat", noch die fiskalische Behörde zum Prozeß legitimiert, „weil sie nicht zur Vertretung der Hoheitsrechte des Souveräns bestellt ist". Diese Hoheitsrechte des Souveräns sind in Frage, wenn es sich handelt um Ansprüche aus den „Zufällen des Krieges", „aus dem Besteuerungsrechte", um den „Abschluß von Verträgen mit fremden Staaten". Zivilrecht und Ziviljustiz gelten hier nicht. Alles auch von unserem heutigen Standpunkte aus vollkommen zutreffend! Die ausgleichende Entschädigung, die natürlich hier noch unter zivilrechtlichem Namen geht, ist ein Verwaltungsrechtsinstitut, und Kriegführung insbesondere ist keine Verwaltung; vgl. oben Bd. I S. 10, hier unten § 54 Note 24. Der völkerrechtliche Vertrag steht auf demselben Blatt; wegen des Besteuerungsrechts vgl. unten § 54 Note 3.

Nun folgt in der Kabinettsordre eine Auseinandersetzung über die Entschädigung infolge landesherrlicher Gesetzgebungsakte insbesondere. Wenn in §§ 73—75, heißt es, verfügt wird, „daß das Privatinteresse der Einzelnen (also was das Gesetz deren besondere Rechte und Vorteile nennt) dem Gemeinwohl aufgeopfert, der Einzelne dagegen vom Staate entschädigt werden müsse", so hat das nicht den Sinn, „als ob der Landesherr (der Souverän) sich verpflichtete, diejenigen zu entschädigen, deren Privatinteresse durch die Ausübung seiner Hoheitsrechte gefährdet wird". Er „spricht als Gesetzgeber zu seinen Untertanen", um zu bestimmen, „daß, wenn das Interesse der Gesamtheit der Einwohner eine Einrichtung in der Verwaltung erfordert, die das Privateigentum des Einzelnen gefährdet (wenn also nicht das Gesetz, sondern die Verwaltung den Schaden zufügt), die Entschädigung aus dem Gesamtvermögen (also von dem

Wo anderwärts eine solche feste Grundlage fehlte, half sich die Rechtshandhabung später gern mit einer Berufung auf „allgemeine Rechtsgrundsätze", „unzweifelhafte Rechts-

---

Untertan Fiskus) zu leisten sei". Jederzeit dagegen, wenn der Landesherr erforderlich gefunden hat, eine Maßregel der inneren Verwaltung unmittelbar durch einen Akt der Gesetzgebung anzuordnen (wenn also der Eingriff durch das Gesetz selbst bewirkt wird), und wenn hierbei ein Bedürfnis vorhanden gewesen ist, dem Privatinteresse vorzusehen, ist die Verpflichtung zum Schadensersatze aus dem Staatsvermögen (geltend zu machen „im fiskalischen Zivilprozesse wider die betreffende Vollzugsbehörde") besonders vorgesehen worden." Mangels einer solchen besonderen Bestimmung wird hier überhaupt nicht gehaftet. Auch dieser Ausschluß der Entschädigung gegenüber einer unmittelbaren Anordnung des Gesetzes stimmt überein mit dem allgemeinen Wesen unseres Rechtsinstituts und bedeutet keineswegs eine besondere Einschränkung. Vgl. unten § 54, I und Note 2. Auch der „Akt der Gesetzgebung" gehört in dieser Hinsicht zu den „Akten des Souveräns", wie die Kriegführung und die Verhandlungen mit fremden Staaten, zu der Gruppe der „unmittelbaren Majestätsrechte", wie man sie wohl bezeichnet (Kraft, in Gruchot Beitr. LX S. 285). Das französische Recht faßte diese Dinge damals schon zusammen unter den Namen „actes de gouvernement", „actes de souveraineté" und verweigerte hier gleichfalls Entschädigung (Dufour, Droit adm. IV n. 563 ff., n. 570). Die Kabinettsordre hat offenbar mit ihm Fühlung gehabt. Dafür spricht auch der Gebrauch des Wortes „Verwaltung" und „innere Verwaltung", der gerade damals, nach französischem Vorbild, in Deutschland aufgekommen war (vgl. oben Bd. I S. 9): es bezeichnet ja eben, im Gegensatz zu jenen Souveränitätsakten, das staatliche Tätigkeitsgebiet, für welches das Rechtsinstitut der ausgleichenden Entschädigung gilt.

Es ist also gar nicht nötig, irgend etwas Umwälzendes aus der „Belehrung" zu machen. Sie entspricht dem geradlinigen Entwicklungsgang. Was sie zurückweist, sind Übertreibungen der Entschädigungsansprüche, wie sie ebenso auch in Frankreich vorgekommen sind. Dort hat sie der Staatsrat zurückgewiesen.

Am allerwenigsten sollte aus dem Gebrauch des Wortes „Privateigentum" dem § 75 ein Strick gedreht werden können. Anschütz a. a. O. S. 78 hebt den Satz, in welchem das Wort vorkommt, durch Sperrdruck hervor und behauptet: dadurch habe die Belehrung den gefährlichen § 75 gründlich abgeändert und die Entschädigungspflicht „auf den Fall der Aufopferung von Privateigentum beschränkt" (S. 81 u. 105), „die ‚Rechte und Vorteile' des § 75 durch das unzweideutige ‚Privateigentum' ersetzt" (S. 106). Aber das Wort diente ja damals gern zur Bezeichnung privatrechtlicher Beziehungen überhaupt: A.G.O. § 1 (Loening, Ger. u. Verw.-Beh. S. 155), Ges. 11. Mai 1842 § 1 (Oppenhoff, Ress.Verh. 1. Aufl. S. 348). Die Kab.Ord. gebraucht es ganz ruhig abwechselnd mit „Privatinteresse". Sie hatte auch gar keinen Anlaß, zu genauerer Abgrenzung der Gegenstände des zugemuteten Opfers Vorkehr zu treffen: handelte es sich doch im Breslauer Fall, der die Belehrung notwendig gemacht hat, klärlich um nichts anderes als um zerstörtes Privateigentum im strengsten Sinne. „Mißverständnisse" bestanden lediglich wegen der nach § 75 die Entschädigungsfolge begründenden Art von Staatstätigkeit. Darüber allein hat sie dann auch „belehrt".

sätze" und dergleichen, worin das alte Naturrecht nachklang[20]. Vielfach steckt auch noch der Gedanke eines Gewohnheitsrechts dahinter. Das Reichsgericht hat ihn noch neuerdings in

---

[20] So die Literatur: Pfeiffer, Prakt. Ausf. III S. 288; Goenner, Staatsdienst S. 101 f.; F. F. Mayer, Grunds. d. Verw.R. S. 433 f.; Haus, in Lotz Nachrichten S. 338; Bähr, Rechtsstaat S. 163. Neuerdings Dernburg, Pand. I S. 72 n. 3; ihm zustimmend Regelsberger, Pand. I S. 423 („Es ist ein Grundsatz des heutigen Rechts, daß Schädigungen der Privatrechtssphäre durch Maßregeln, die von den Behörden im Interesse der Gesamtheit getroffen werden, von der Gesamtheit zu vergüten sind." Auch hier wird zugleich die Billigkeit angerufen. Es sind immer noch die Ideen von Moser, Pütter und ihrer Zeit). — Auch die ältere Rechtsprechung erkannte solche Entschädigungsansprüche in verschiedenem Umfange an, ohne eigentliche Rechtsquelle, auf Grund solcher Allgemeinheiten. So O.A.G. Darmstadt 6. Okt. 1848: „aus staatsrechtlichen Gesichtspunkten" (Benachteiligung durch Straßenbauten); O.Tr. 28. Nov. 1859 (Str. XXXV S. 315): „nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts" (Erdentnahme zur Dammarbeit); Erk. der Juristenfakultät Jena v. 14. Juni 1874: „ein gewisser und unzweifelhafter Rechtssatz der Gegenwart" (Enteignung); R.G. 13. Jan. 1883 (Entsch. XII S. 3): im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts besteht nach gemeinem Recht „ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Entschädigung"; R.G. 29. Juni 1886 (Entsch. XVI S. 161): „nach allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen" (Aufhebung eines Kirchstuhlrechts). In neuerer Zeit werden dabei noch naturrechtliche und Billigkeitsgedanken mehr betont. So Bayr. Oberst.G.H. 11. Juni 1898 (Seuffert, Arch. LIII S. 439 ff.): „Es ist im allgemeinen als leitender Grundsatz anzunehmen, daß der Staat, wenn er aus Gründen des öffentlichen Wohles in Privatinteressen eingreift, Ersatz zu leisten verpflichtet ist". R.G. 11. Mai 1904 (Entsch. LVIII S. 130) gewinnt einen „allgemeinen Rechtsgrundsatz" für die Entschädigungspflicht einer Kleinbahn, die durch Funkenflug Schaden anrichtet, daraus, daß „dem Grundeigentümer durch die Konzessionserteilung das so wesentliche Recht entzogen ist, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren . . . unbillig wäre es, wenn er ohne den oft schwierigen oder unmöglichen Verschuldungsnachweis gänzlich schutzlos bliebe". Ebenso R.G. 11. Mai 1907 (Eger, Eisenb.Entsch. XXIV S. 54).

In der ersten Auflage (Bd. II S. 349) meinte ich, solches Anrufen von „Rechtsgrundsätzen" müsse als Bezeugung eines Gewohnheitsrechts aufgefaßt werden; denn nur so habe es einen Sinn. Da ich es ja mit dem öffentlichen Gewohnheitsrecht strenger nehme als andere (vgl. oben Bd. I S. 91, 1. Aufl. S. 131), konnte ich nur dann etwas damit anfangen, wenn es sich um altes Gewohnheitsrecht handeln sollte aus der Zeit vor der Verfassung (1. Aufl. Bd. II S. 349). Es scheint mir aber jetzt, daß diese „Rechtsgrundsätze" unserer Gerichte, auch ohne den Titel Gewohnheitsrecht, geltendes Recht vorstellen, solange wenigstens, als sie von diesen aufrechterhalten und gehandhabt werden. Eine ordentliche Rechtsquelle ist das nicht, tut aber in der Wirklichkeit den Dienst einer solchen. Namentlich wird es stets sehr geeignet sein, dem Billigkeitsrecht zu seiner Durchsetzung zu dienen. Allerdings wären die Verwaltungsgerichte zu dieser Wirksamkeit wohl noch eher berufen. Daß die Sache stark an das alte Naturrecht erinnert, darf uns nicht stören.

sehr weitem Umfang zur Begründung unseres Entschädigungsanspruchs verwendet. Insofern altes, vor den Verfassungen entstandenes Gewohnheitsrecht behauptet wird, läßt sich grundsätzlich nichts dagegen einwenden[21].

---

[21] Hier ist vor allem wichtig die grundsätzliche Stellungnahme in R.G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 142): Ein Fischereirecht an der Elbe war durch Strombauten beeinträchtigt worden; Schadensersatzklage. Das Gericht erwägt den Unterschied, daß ein Eingriff, der unmittelbar durch die Gesetzgebung erfolgt, „direkt in alle Rechte eingreift" (also gleichmäßig), während eine Verwaltungsmaßregel sich „gegen die Sonderrechte Einzelner richtet und damit diese um so unbilliger zu belasten scheint". Obgleich demnach „die Billigkeit zugunsten der Entschädigung spricht", wird doch noch gefragt: wo ist aber der Rechtssatz dafür? Er ist „aus dem für das öffentliche Recht (um solches handelt es sich also doch bei dieser Entschädigung!) überhaupt wenig anwendbaren römischen Recht nicht zu entnehmen". Der „Grundsatz" von Dernburg und Regelsberger „wird mehr behauptet als bewiesen". Schließlich greift das Gericht zur Annahme eines „wahren Gewohnheitsrechts", das allgemein gilt „mindestens in den Grenzen des heutigen Begriffes der Enteignung"; aber auch darüber hinaus. Das Ergebnis ist (S. 146): „Mag der sachliche Umfang des Gewohnheitsrechts zweifelhaft sein, so ist doch jedenfalls anzunehmen, daß der Rechtsentwicklung eine analoge Anwendung der für die Enteignung feststehenden Entschädigungspflicht auf die Fälle entspricht, in denen unmittelbar die Enteignung des Eigentums oder die Aufhebung oder tatsächliche Beseitigung anderer dinglicher Rechte im Staatsinteresse erfolgt". Deshalb wurde für die Störung des Fischereirechts durch die Strombauten Entschädigung zugebilligt. Es war nicht einmal ganz „tatsächlich beseitigt", sondern nur stark eingeschränkt und auch das nur etwas früher, als es nach der natürlichen Stromentwicklung von selbst geschehen wäre (S. 143). Alle Arten von Sachbeschädigungen ließen sich unter diesen Gewohnheitsrechtssatz bringen. R.G. 28. Juni 1898 (Entsch. XLI S. 191) hat ihn aber alsbald noch ausgedehnt auf Beeinträchtigung eines „obligatorischen Privatrechts" (die Verwaltungsbehörde verbietet der Eisenbahnverwaltung im öffentlichen Interesse, einen Vertrag über das Anhalten von Zügen an einer bestimmten Station zu erfüllen). Es erklärt: in der Entscheidung v. 1. Febr. 1898 (hier oben) sei „eine grundsätzliche Beschränkung des Ersatzanspruchs auf die Aufhebung dinglicher Rechte nicht ausgesprochen". Das Gewohnheitsrecht würde danach so ziemlich für den ganzen Bedarf von Rechtsgrundlage aufkommen, der nicht durch die sogleich zu erwähnenden Konstruktionen von Vertrags- oder Deliktshaftungen gedeckt wird. Ja, wenn man das Gewohnheitsrecht so weit gehen lassen will, als die Rechtsähnlichkeit der Enteignungsentschädigung reicht, würden auch diese Fälle sich mit umfassen lassen. Wird doch sogar die Entschädigung für unschuldig erlittene Strafhaft in solcher Weise zu begründen versucht; vgl. unten § 54 Note 7. Es würde sich einfach um eine Zusammenfassung unseres ganzen Rechtsinstituts handeln.

Freilich wird es sich mit diesem Gewohnheitsrecht nicht viel anders verhalten als mit dem „allgemeinen Rechtsgrundsatz" Dernburgs und Regelsbergers, zu dem das Reichsgericht kein großes Vertrauen hat: wer nicht daran glauben will, ist schwerlich zu überzeugen. Wenn Anschütz bei seinem Satze bleiben will:

Gern sucht man nach Herleitungen aus dem bestehenden Staatsrecht, wobei in Auslegungskunst ziemlich viel geleistet wird[22].

Daß daneben auch das Bürgerliche Recht und seine Formen herangezogen wurden, um die von der Billigkeit geforderte und gern gewährte Entschädigung rechtlich zu begründen, lag besonders nahe. Handelt es sich doch um einen vermögensrechtlichen Anspruch, der nach alter Auffassung eigentlich zivilrechtlich zu behandeln war; die Möglichkeit von öffentlichrechtlichen Entschädigungsansprüchen, die es auch geben könnte, pflegte man sich nicht vorzustellen. Wenn die zivilrechtlich konstruierte Entschädigungspflicht sachlich dem nicht recht entsprach, was dabei herauskommen sollte, so wußte man das Ergebnis durch die Annahme zivilrechtlicher Besonderheiten zurechtzurücken.

So konstruierte man sich von jeher zivilrechtliche Verträge oder vertragsartige Verpflichtungen, um die Entschädigung herauszubringen, auch wo es sich um rein öffentlichrechtliches Gebiet handelte[23]. Vor allem aber die zivilrechtliche Haftung

---

„die Bildung eines deutschen Gewohnheitsrechts ist mit Sicherheit nachgewiesen nur für den Fall der Expropriationsentschädigung" (Ersatzanspr. S. 54), so wird man ihm das lassen müssen. Uns mag es genügen, daß der viel weitergehende Satz des Reichsgerichts geltendes Recht ist, so oder so — entweder als Gewohnheitsrecht oder, was wir vorziehen würden, als „Rechtsgrundsatz", den die Justiz in Geltung hält — solange es ihr richtig zu sein scheint! In dieser keineswegs unvorteilhaften Befristung liegt ja der einzige Wertunterschied gegenüber einem Gewohnheitsrecht, dem sich der Richter nicht wieder entziehen kann, bis er sich ein neues, derogierendes Gewohnheitsrecht geschaffen hat.

[22] So findet z. B. der Französische Staatsrat den erforderlichen allgemeinen Rechtssatz in der Erklärung der Menschenrechte Art. 13, wonach die Staatslasten gleich verteilt werden sollen: Theorie des Franz. Verw.R. S. 348. Nach Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 345 würde der Entschädigungsanspruch, außer durch die Analogie des Enteignungsgesetzes, gerechtfertigt sein „auch durch die Verfassungsbestimmung, wonach der Fiskus vor den Gerichten Recht nimmt". Mittermaier, in Arch. f. ziv. Pr. IV S. 330, meint einfach, die Justiz dürfe „voraussetzen", daß der Regent in solchen Fällen Entschädigung gewähren wolle.

[23] Hierher gehört die Annahme einer vertragsmäßigen Haftung der öffentlichrechtlich betriebenen Anstalt (vgl. oben § 52 Note 35). Wo man die Enteignung als Zwangskauf auffaßt, hat man die zivilrechtliche Begründung des Anspruchs auf die Entschädigung, die ein Kaufpreis ist, von vornherein in der Hand. Früher zog man wohl auch noch andere zivilrechtliche Institute hier heran. Weber, in Lotz Nachrichten S. 504 beruft sich auf l. 52, 4 D. pro socio. Lauterbach, comp. jur. XIV, 2, Bocer, de regal. cap. III n. 249 ff., Kreittmayr, Cod. Max. IV cap. 13 § 4 n. 2, wollen die l. 21 D. de lege Rhodia de jactu auch der Entschädigung für Enteignung zugrunde legen.

für unerlaubte Handlungen mußte vielfach das unbekannte öffentlichrechtliche Institut ersetzen. In dieser Weise wurde in den Gebieten des französischen Rechts der Art. 1384 c. c. benutzt, um den Staat als „commettant" haftbar zu machen für den durch seine Beamten rechtswidrigerweise angerichteten Schaden mit der unbegründeten Annahme, daß der Staat überall unter der Herrschaft dieser Gesetzesbestimmung stehe, insbesondere auch auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung, bei Ausübung der öffentlichen Gewalt[24]. Als dann im Anschluß an E.G. z. B.G.B. Art. 77 die besonderen Gesetze ergingen, welche die Haftung des Staates auch auf diesem Gebiete ordnen sollten, da geschah es mit gebundener Marschrichtung: in Art. 77 selbst wie in der Resolution des Reichstags, welche auf die Erlassung solcher Gesetze drang, war diese Ordnung gedacht als ein Seitenstück zu der Haftung des Geschäftsherrn nach B.G.B. § 831, selbstverständlich auch wieder zivilrechtlicher Natur. Der Zusammenhang mit der allgemeinen Rechtsidee der ausgleichenden Entschädigung war damit aus den Augen verloren — man hatte ihn nie recht vor Augen gehabt[25]. Nichts-

---

[24] Dreyer, in Puchelt Ztschft. III S. 383 ff. R.G. 16. Febr. 1903 (Entsch. LIV S. 19); hier wird geradezu hingewiesen auf die in den Verhandlungen über das B.G.B. betonte „öffentlichrechtliche Natur dieses Artikels" (1384 c. c.!) — In Frankreich wurde von jeher durch den Kassationshof der gleiche Standpunkt vertreten. Der Staatsrat hielt im Gegenteil das für unzulässig und gewährte Entschädigung nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen gemäß dem bekannten französischen „droit prétorien". Der Kompetenzkonfliktshof hat ihm Recht gegeben. Das ist entscheidend. Theorie d. Franz. Verw.R. S. 345 ff.

[25] Vgl. oben Bd. I S. 199 f. Daß hier eine Herausreißung des Rechtsinstituts aus seiner natürlichen Umgebung vorliegt, erkennen auch Dock in Arch. f. öff. R. 16 S. 256 f., Perlmann, in Grünhut Ztschft. XXXIV S. 115 f. Innerlich besteht der Zusammenhang fort, gleichwohl, und wenn ich ihn betone, so ist das keine mehr oder weniger müßige „Betrachtung de lege ferenda", wie Gierke, Verh. d. 28. d. J.T. I S. 119 Note 70 es bezeichnet. Die Gesetze mögen von mir aus bleiben, wie sie sind. Mit der Erkenntnis, daß es sich auch hier um Bekundungen der rechterzeugenden Kraft der Billigkeitsforderungen handelt, die nur unter der Ungunst der Umstände in das falsche Geleise geraten ist, wird wenigstens eine richtige Handhabung erleichtert sein.

Die Organtheorie freilich mit ihrer scheinbar so glatten Formel (vgl. unten § 59 Note 2) würde von solcher Betrachtungsweise weit abführen. Wenn in dem Beamten der Wille des Staates lebendig ist, so bedarf es überhaupt keines inneren Grundes mehr, weshalb dieser hafte; dann ist auch seine Haftung gleichmäßig zivilrechtlicher Natur, wie die des Beamten selbst; dann gehört dazu aber auch eine Ergänzung nach der anderen Seite hin, wie das bei R.G. 25. Sept. 1905 (Entsch. LXI S. 293) zur Geltung gebracht wurde: der Postschaffner W. ist überfahren worden von einem Privatfuhrwerk, und der Reichspostfiskus klagt gegen den

destoweniger trägt auch das so entstandene zivilrechtliche Rechtsinstitut Besonderheiten an sich, die deutlich bekunden, daß in Wahrheit doch nicht eine Haftung für unerlaubte Handlungen in Frage stand, sondern etwas anderes, Unbekanntes, wofür diese Haftungsbestimmungen nur das Verlegenheitskleid sind[26].

Zu dem allen trat nun, an Umfang mehr und mehr alles überragend, die neuzeitliche Sondergesetzgebung über staatliche Entschädigungen. Bei jeder Gelegenheit, wo das Gesetz staatliche Geschäfte ordnete, die geeignet waren, zu ungerechter Schädigung der Einzelnen auszuschlagen, und wo dieser Fall so

---

Eigentümer auf Ersatz seiner Kosten für Stellvertretung, da „auch er selbst in der Person des W. als seines Organs verletzt (überfahren!) sei". Klingt es gleich seltsam, hat es doch Methode! Es beruht jedoch weniger auf der Organtheorie, wenn jetzt die Entschädigungspflicht des Staates so gleichmäßig in zivilrechtlicher Form ausgedrückt ist. Diese Gesetzgebung, was auch nebenbei theoretisiert worden sein mag, knüpft doch tatsächlich eher an das französische Recht an. Es ist ja bekannt, welches Ansehen das einfache und ausgiebige Deliktsrecht des code civil bei uns genossen hat; die Haftung des Geschäftsherrn, commettant, galt dort schlechthin; die französischen Gerichte haben den Staat auch in seiner öffentlichen Verwaltung — unter dem Widerspruch der Verwaltung freilich und des Kompetenzkonfliktshofes — als commettant behandelt (vgl. oben Note 24). Daß die vom B.G.B. ausgehende Ordnung der Frage sich dem Standpunkt der Justiz und nicht der Verwaltung anschloß, ist erklärlich.

[26] Mit dem Gedankenkreise der ausgleichenden Entschädigung hängt zusammen vor allem die unmittelbare Haftung des Staates, welche in den meisten Gesetzen durchgeführt ist, unter Befreiung des Beamten selbst (vgl. oben Bd. I S. 199 f.). — Dann gehört dahin die Versagung des Entschädigungsanspruches für Ausländer, sofern die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist (so unter andern das Preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 § 7). Ein richtiger zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung widerstrebt solcher Unterscheidung. Hier aber wird eben wieder der Gedanke eines besonderen Ausgleichs lebendig, der zwischen dem Betroffenen hergestellt werden soll und seinen Staatsgenossen. Der schuldige Beamte selbst haftet unbedingt. Bezeichnend ist die Formulierung, wie sie unter andern das Badische Ges. v. 17. Juni 1899 Art. 5 gibt: „Ausländern kann die Entschädigung verweigert werden." Damit ist einer Gewährung aus Billigkeit Raum gelassen. — Das Bayrische Ges. v. 9. Juni 1899 Art. 61 bestimmt überdies: „Ist ein Beamter für den Schaden nicht verantwortlich, weil er sich in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat, so kann der Beschädigte von dem Staate Schadensersatz verlangen." Hier fällt also Niemandem ein Verschulden zur Last. Anlehnung findet diese Bestimmung nicht an B.G.B. §§ 823 oder 831, sondern nur an § 829, der einen Schadensersatz des Unverantwortlichen insoweit vorschreibt, „als die Billigkeit es erfordert". Die Billigkeit bemißt sich aber natürlich hier nicht „nach den Verhältnissen der Beteiligten", sondern nach jener bestimmten Art von Billigkeit, die zwischen dem Staat und dem von ihm besonders getroffenen Untertan gilt.

nahe lag, daß man bei der Schaffung des Gesetzes daran dachte, wurde die Entschädigung besonders vorgesehen, manchmal auch wohl für sich allein, wenn man gerade aus anderem Anlaß dazu kam. So ist nach und nach ein reicher Vorrat von Sonderbestimmungen zusammengekommen, die ihren Zweck erfüllen, allerlei Abweichungen unter sich aufweisen und irgendwelchen Zusammenhang miteinander kaum betonen[27].

Planlos ausgestreut über alle Zweige der Verwaltung, liefern sie doch einen festen Bestand von Rechtsverwirklichungen unserer Billigkeitsidee. Alles andere ist bestritten in seinem Umfang, zum Teil auch bestritten in seinen Grundlagen oder versteckt sich in den unangemessenen Formen des bürgerlichen Rechts. Dieses bunte Konglomerat ist überdies, vermöge der Herrschaft der Einzelstaaten über ihr öffentliches Recht und was dazu gehört, nicht allenthalben in der gleichen Weise zusammengesetzt; das Partikularrecht bringt auch noch seine Mannigfaltigkeiten hinein.

Vorsichtige Leute entgehen hier allen weiteren Schwierigkeiten durch den Spruch: Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich nicht aufstellen, und behalten die Teile in ihrer Hand. Es ist aber wieder die gleiche Lage wie die, welche sich seinerzeit der Wissenschaft des deutschen Privatrechts überhaupt darbot. Indem sie, ohne

---

[27] Enteignung, Materialienentnahme, Rayonservituten, Manöverschäden, Quartierleistungen, Pferdeaushebung, Zeugengebühren, Schöffen- und Geschworenenentschädigung — es wäre sehr vielerlei aufzuzählen, was hierher gehört.

So wertvoll diese Fürsorge der gesetzlichen Einzelbestimmungen sein mag, wird es doch nicht angehen, uns ganz nur auf sie zu verweisen. Anschütz, Ersatzansprüche S. 56, entsprechend seiner Tendenz, die öffentlichrechtliche Entschädigung möglichst einzuschränken (vgl. oben Note 14), möchte es wieder als eine Folgerichtigkeit der „modernen Entwicklung des öffentlichen Rechts“ in Anspruch nehmen, daß solche Ersatzansprüche nur soweit in Frage kommen dürften, als sie durch ein besonderes Gesetz bewilligt wären. Hat man nicht durch eine „feingegliederte Verwaltungsrechtsordnung“ Recht und Pflicht der Verwaltung genau vorgesehen? „Fordert nicht die Spezialisierung der administrativen Eingriffsrechte auf der andern Seite eine Spezialisierung der Voraussetzungen und Fälle der öffentlichrechtlichen Entschädigung?“ Diese zwingende „Architektonik des heutigen Staatswesens“, wie es hier genannt wird, dürfte sich aber den Bedürfnissen des Rechtslebens gegenüber eher als eine unzulängliche Schablone erweisen. Niemals werden die wirklich vorkommenden „administrativen Eingriffe“ ganz spezialisiert werden können. Niemals werden Sondergesetze die Fälle erschöpfen, in welchen die Billigkeit Entschädigung verlangt. Und gar jetzt schon behaupten zu wollen, diese Gesetze hätten genug getan, hieße doch die Augen zudrücken vor schreienden Ungerechtigkeiten, welche das Zufallsmäßige ihres Eingreifens daneben erst recht fühlbar machen muß. Ehre dem Richter, der die Lücken durch noch so gewagte Konstruktionen ausfüllt!

sich beirren zu lassen, aus dem scheinbaren Wust die einheitlichen Bilder ihrer Rechtsinstitute heraushob, hat sie eine Aufgabe für ihre Gegenwart erfüllt und der Zukunft den Weg bereitet.

III. Wir haben vor uns die Tatsache einer geordneten Entschädigung, die den Einzelnen zustehen soll, wenn sie durch die Einwirkung der öffentlichen Verwaltung Nachteil erleiden. Bei allen Verschiedenheiten und Abweichungen, die an den Grenzlinien sich ergeben, sind doch die großen Züge eines einheitlichen Rechtsinstituts erkennbar, insofern es überall jene sichere, den öffentlichrechtlichen Verhältnissen eigentümliche Billigkeitsidee ist, die ihre Verwirklichung darin erhalten will und nach der Voraussetzungen und Wirkungen des Anspruchs sich bestimmen. Selbstverständlich enthält die Feststellung dieses Ergebnisses auch die Forderung, daß die vorhandenen Zweifelspunkte und Unklarheiten sich danach richten, enthält unter Umständen auch die Kritik einer mißlungenen Gesetzesformulierung. Bei der ausgeprägten Eigenart dieses Gebietes brauchen wir uns davor hier noch weniger zu scheuen, als anderwärts.

1. Vorausgesetzt ist, daß dem Einzelnen ein wirtschaftlicher Nachteil zugefügt wird durch die öffentliche Verwaltung.

Es muß sich handeln um eine Lebensäußerung des Staates (oder dessen, was ihm gleichsteht), in welcher er als Träger öffentlicher Gewalt erscheint. Und zwar ist das zu nehmen in dem weiten Sinne, den wir hier immer festhalten: es genügt, daß die Einwirkung ausgehe vom Staate, der nicht seine eigene Natur verleugnet und sich begeben hat auf den Boden privatwirtschaftlichen Verkehrs. Unsere ausgleichende Entschädigung findet nicht statt bei fiskalischen Betrieben, bei privatrechtlich geordneter Anstaltsnutzung, in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen, aus Anlaß der Besorgung privatrechtlichen Eigentums[28]. Überall wo der Staat nicht in solcher Weise als „gewöhnlicher Privatmann" handelt, ist er die öffentliche Gewalt und steht sein Einwirken auf den Einzelnen unter den Regeln des öffentlichen Rechts. Insbesondere kommt dann die Anwendung der öffentlichrechtlichen Ausgleichsentschädigung in Frage.

---

[28] Vgl. oben Bd. I S. 118 f. Insbesondere wird die hier oben § 51, II vorgenommene Ausscheidung der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung von Wichtigkeit. Störende Nachwirkungen des Fiskuslehre bei Kraft, in Gruchot, Beitr. LX S. 274 f.

Die Form der Einwirkung selbst mag dabei sehr verschieden sein.

Sie kann sich darstellen als eine obrigkeitliche Willenserklärung, die über den Einzelnen ergeht, um rechtlich bestimmend für ihn zu sein, als Verwaltungsakt, der einen Befehl, eine Belastung mit einer Leistungspflicht, eine Rechtsentziehung bedeutet. Der Enteignungsausspruch ist das nächstliegende Beispiel. Ihm schließen sich an die Belastung von Grundstücken mit zeitweiliger Benutzung oder mit Entnahme von Straßenbaumaterial[29], die Einberufung zum Schöffen- und Geschwornendienst[30], die Zurücknahme einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis[31].

Sie kann auch in einer an sich rechtlich gleichgültigen Handlung bestehen, die selber den Geschädigten gar nicht oder nur sehr unwesentlich berührt, an welche aber das Gesetz die Wirkung knüpft, ihn rechtlich zu belasten: Schiffbarmachung eines Flusses mit der Wirkung der Entstehung der Leinpfadlast, Aussteinung der Rayonservitut, Aufstellung eines städtischen Bebauungsplanes, der das gesetzliche Bauverbot in Kraft treten läßt[32]. Sie kann erscheinen als eine einfache Anforderung, welche gesetzlich die Pflicht zu Sachleistungen und Diensten erzeugt: Naturalleistungen für das Heer, Quartierleistung, Zeugen- und Sachverständigenpflicht[33].

Auch ohne alle vorausgehende rechtliche Bestimmtheit des Eingriffs wird unter Umständen mit der Tat vorgegangen gegen Privateigentum, um es für die Verwaltung zu benutzen mit der dieser eigentümlichen Unwiderstehlichkeit[34]: der Postwagen, die Feuerwehr, vor allem die übenden Truppen vollziehen solche Eingriffe. Oder auch bloß um zu zerstören: so gegen den Weinberg, in welchem ein Reblausherd entdeckt worden ist, gegen die Gebäude vor der freizulegenden Festung, gegen seuchenverdächtiges Vieh. Wenn man die Entschädigung, die hier geleistet wird, noch einigermaßen mit der bei der Enteignung vergleichen kann, weil auch hier der Eingriff absichtlich geschieht, so trifft das schon bei den Manöverschäden nicht ganz zu: es wird einfach rücksichtslos vor-

[29] Vgl. oben § 40 bei Note 16 u. 18, Note 22.

[30] R.Ges. 29. Juli 1913.

[31] Gew.Ord. § 51.

[32] Vgl. oben § 40 Note 7, Note 27 (wo die Entschädigung für Vorschiebung des Leinpfades als zivilrechtliche Schadensersatzpflicht ex delicto konstruiert werden soll); hier oben Note 17 (R.G. 7. Dez. 1898).

[33] Vgl. oben § 47, I n. 1, II n. 5.

[34] Vgl. oben § 41, II n. 1—4.

gegangen mit dem öffentlichen Geschäft, nicht um bestimmtes Eigentum zu treffen, sondern gleichgültig dafür; das Geschäft muß auf alle Fälle getan sein. Das ist in noch erhöhtem Maße bei den militärischen Schießständen der Fall: man will nicht, daß die Kugeln überfliegen nach dem zu bestellenden Acker, aber man läßt schießen auf die Gefahr hin, daß das geschieht und die Leute verletzt werden; ebenso wie die Patrouille auf den entfliehenden Arrestanten schießt, obwohl es naheliegt, auf der belebten Straße einen Vorübergehenden zu treffen; wie die Eisenbahnlokomotive es nicht unterlassen kann, die benachbarten Gebäude im Vorbeifahren gelegentlich mit Funken zu besprühen, der Schiffahrtskanal den tiefer liegenden Grundstücken durch unvermeidliches Undichtwerden dazwischen Versumpfung bereitet. Überall trägt die öffentliche Verwaltung die Gefahr ihrer gefährlichen Unternehmungen, indem sie für den durch ihre Einwirkung angerichteten Schaden ausgleichende Entschädigung leistet. Von dem Nachweis irgendeines Verschuldens, einer Rechtswidrigkeit ist sie nicht bedingt. Die Verursachung genügt[85].

---

[85] Wegen der Entschädigungspflicht in solchen Fällen der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung vgl. oben § 41 Note 31 u. 32. Insofern Grundeigentum benachteiligt erscheint, kann man wenigstens eine Strecke weit seinen Gedanken über die selbstverständlich zu gewährende Entschädigung eine Stütze geben durch einen gewissen Anschluß an die Enteignung. Da mag man sich also noch trösten mit der „vorhandenen Rechtsähnlichkeit", mit dem „expropriativen Charakter" der Beeinträchtigung. Das hört aber doch allmählich auf; dann geht man einfach zu einer anderen Formel über, obwohl der Entschädigungsanspruch seinem Wesen nach der gleiche bleibt: bei Stromarbeiten, welche die dort bestehenden Fischereirechte „weniger ergiebig" machen, deckt man ihn noch mit einem die Enteignungsentschädigung erweiternden Gewohnheitsrecht (R.G. 1. Febr. 1898; oben Note 21) oder mit A. L.R. Einl. § 75, der solches der Enteignung „im Grundsatze gleichachte" (R.G. 3. April 1903; Entsch. 54 S. 260). Mit einem ähnlichen Gewohnheitsrechte hilft man aber auch dann, wenn Kanalbauarbeiten die Fische hindern, zu dem oberhalb gelegenen Gewässer des Fischereiberechtigten aus der See, Laichens halber, hinaufzugehen (R.G. 24. Mai 1901; Entsch. XLIX S. 241). Das ist aber doch schon Enteignung sehr im weiteren Sinne! Bei dem störenden Funkenflug der Eisenbahn hört das ganz auf; hier hilft dann ein aus Billigkeitsrücksichten angenommener „allgemeiner Rechtsgrundsatz" (R.G. 13. April 1904; vgl. oben Note 20). Ebenso bei Schädigung der angrenzenden Häuser durch Kanalisationsarbeiten in der Straße (R.G. 13. Dez. 1904; Eger, Eisenb.Entsch. XXII S. 25). Wegen Felssprengungen der Eisenbahn hat der Nachbar, auf dessen Grundstück Brocken fallen, die „negatoria" nach B.G.B. § 1004, § 906, gegen den Fiskus, dazu Schadensersatzklage nach § 831 — schlimmstenfalls, wenn das nicht zutrifft (was uns sehr wahrscheinlich dünkt!). hilft A. L.R. Einl. § 75, sichtlich über die ihm von Anschütz (vgl. oben Note 19)

Unter Umständen wird diese Verursachung auch angenommen, wo ein eigentlicher Eingriff nicht vorliegt; ein Unter-

gesteckten Grenzen hinaus: R.G. 29. Febr. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXIV S. 399). Auch die geräuschvolle Rohrpostanlage gibt dem Nachbar Anlaß Entschädigung zu fordern nach diesem § 75 (R.G. 16. April 1910; vgl. oben § 41 Note 11). — Der Eisenbahnbau hat den Ablauf des Flusses ungünstig beeinflußt; Preuß. Eisenb.Ges. § 14 sieht den Fall nicht vor; R.G. 7. Nov. 1902 (Entsch. LIII S. 23) spricht gleichwohl Entschädigung zu für Hochwasserschaden, den ein Müller erleidet, wegen einer „aus dem Gesetze sich ergebenden Haftbarkeit" ohne Nachweis eines „Verschuldens", da es „dem zugrunde liegenden Standpunkte des Gesetzes entspricht, daß die mit der Anlage verbundenen besonderen Gefahren für die an dieselben angrenzenden Grundstücke der Unternehmer zu tragen hat". Das ist in der Tat der Standpunkt, der der ganzen Rechtsordnung zugrunde liegt gegenüber allen öffentlichen Unternehmungen. Man gibt ihm nur verschiedene Namen und Anlehnungen; es ist auch von Haus aus kein Rechts-, sondern ein Billigkeitsstandpunkt.

Wo es nun keine Grundstücke sind, die so beeinträchtigt werden, sondern bewegliche Sachen oder die leibliche Unversehrtheit von Menschen, da kommt man natürlich mit diesem „Standpunkte des Gesetzes" nicht mehr aus und mit der entfernten Erinnerung an die Enteignungsentschädigung auch nicht. Eine gesunde Folgerichtigkeit und damit hier übereinstimmend unser Billigkeitsgrundsatz verlangen aber, daß hier ebensogut entschädigt werden müsse. Tatsächlich wird das auch anerkannt und durchgeführt, nur eben muß es sich gefallen lassen, jetzt wieder in das Kleid einer anderen juristischen Konstruktion gesteckt zu werden, als wäre es wirklich etwas anderes: in solchen Fällen läßt man mit Vorliebe eine obligatio ex delicto entstehen. An Stelle der negatoria des durch die überfliegenden Kugeln des Militärschießplatzes gekränkten Grundbesitzers tritt bei Gefechtsschießübungen, wobei eine verirrte Kugel einen Mann auf dem Strome verletzt, eine Schadensersatzklage gegen den Reichsfiskus wegen Fahrlässigkeit „der zuständigen Kommandostellen", in der Unterlassung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zu finden: R.G. 30. März 1903 (Entsch. LIV S. 198). Ebenso zahlt der Fiskus Schadensersatz gemäß art. 1384 code civil, wenn die reglementsmäßig feuernde Militärpatrouille einen Unbeteiligten traf: O.L.G. Colmar 9. Jan. 1888 (Jur.Ztschft. f. E.-L. XIII S. 123 ff.). Eine Telegraphenstange, welche die übenden Truppen an einer Mauer befestigt hatten, fällt um; das Reich haftet für die Verletzung des Vorübergehenden aus B.G.B. § 837 (!) oder § 831, weil „ein Offizier oder Beamter" es offenbar an der nötigen Sorgfalt bei Überwachung der Leitung habe fehlen lassen: R.G. 19. März 1903 (Entsch. LIV S. 158 f.).

Diese Anwendung des Deliktsrechts führt dazwischen auch zu Unbilligkeiten. R.G. 2. Juli 1903 (Entsch. LV S. 163): Dem Gendarmen geht bei einem Dienstritt das Pferd durch; er haftet dem Verletzten persönlich aus § 833 B.G.B., da er nach der Dienstinstruktion sein Dienstpferd selbst anzuschaffen hat, welches auch sein Eigentum bleibt; der Staat haftet nicht. Wäre der Gendarm bei Verfolgung eines Verbrechers über den Krautacker geritten, so würde der Staat nach dem Grundsatz in R.G. 1. März 1902 (Eger, Eisenb.Entsch. XIX S. 52) durch ihn „in privatrechtliche Beziehungen getreten sein" und müßte zahlen. Das wäre am Ende auch hier juristisch möglich zu machen. Aber es handelt sich eben um kein verletztes Grundstück!

lassen kann genügen. Wo nämlich die öffentliche Verwaltung die Einzelnen in ein solches Verhältnis zu ihren Einrichtungen treten läßt, daß sie diesen Personen und Sachen anvertrauen müssen, deren Unversehrtheit dann davon abhängig wird, daß dort alles gut besorgt sei, da muß sie ihnen auch dafür einstehen. Es wird z. B. eine Straße, eine Brücke dem öffentlichen Verkehr übergeben oder die Obrigkeit nimmt fremde Sachen in ihren Gewahrsam. Wir mögen das als Fälle der übernommenen Gefahr bezeichnen. Das bedeutet keinen Vertrag oder ein Schuldverhältnis irgend welcher Art. Aber wenn nun ein Schaden eintritt, der durch richtigen Stand und Betrieb des Unternehmens hätte verhütet werden können, so gilt er unter solchen Umständen als von ihm verursacht, und ein Entschädigungsanspruch ist die Folge. Rechtswidrigkeit und Verschulden brauchen auch hier nicht nachgewiesen zu werden[36].

---

[36] Die Pflicht, welche A. L.R. II, 15 § 11 dem Staat auferlegt, für die Unterhaltung der Sicherheit und Bequemlichkeit der Landstraßen zu sorgen. kann hier nicht in Betracht kommen; das bedeutet eine Verteilung der Lasten, aber keine Haftung den Einzelnen gegenüber, die zu Schaden kämen; diesen haften nur die Beamten (a. a. O. § 12). Bei Strömen (a. a. O. § 79) gilt das gleiche. Die Gerichte haben aber einen allgemeinen „Satz" aufgestellt, den R.G. 23. Febr. 1903 (Entsch. LIV S. 57) als fortgeltend anerkennt: „wer immer, sei es Staat, Gemeinde oder Privater sich dem Publikum gegenüber zu einer Leistung, welche dessen Wohlfahrt fördern solle, verbunden und eine entsprechende Einrichtung — wie durch den Bau einer Straße — getroffen habe, der sei fortan nicht mehr pflichtenlos . . . sein fehlerhaftes Handeln oder Unterlassen, stelle die Übertretung jener Pflicht, eine injuria im Sinne des Aquilischen Gesetzes vor." Die Haftung gegenüber den Beschädigten bedeute daher „nach § 823 B.G.B. eine außerkontraktliche Schadensersatzpflicht auch für rechtswidrige Unterlassungen" (S. 58). Ebenso R.G. 26. Nov. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 29). Die Gleichstellung des Staates und der Privatperson, welche „ihr Grundstück zum öffentlichen Verkehr bestimmt und einrichtet", ist auch nach unserer Auffassung gerechtfertigt, insofern jener „Satz" im wesentlichen die Annahme einer Verursachung des eingetretenen Schadens bedeutet, die bei Nichterfüllung der übernommenen Fürsorge Platz greifen soll. Daraus wird dann bei dem Privaten mit Hilfe des B.G.B. eine Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung; beim Staate, auf den hier bürgerliches Recht nicht Anwendung findet, wird jedenfalls die Billigkeitsforderung in Frage kommen, wonach er hier ausgleichende Entschädigung zu gewähren hätte. Wenn man diese durch Anwendung der bürgerlichrechtlichen Bestimmungen zu befriedigen sucht, so ist das eben ein Auskunftsmittel wie ein anderes. Man hätte ebensogut den angenommenen „Satz" der Pflicht, welche er aufstellt, auch die Haftung hinzufügen lassen können; dann wäre der Mißbrauch des § 823 entbehrlich. — O.L.G. Kiel 30. Sept. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 18) spricht den nämlichen Grundsatz aus, wie das Reichsgericht: der Eigentümer einer Anlage, die dem öffentlichen Verkehr freigegeben

ist, insbesondere der Staat, haftet, wenn eine Schadenszufügung vorliegt, „die sich bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitmenschen (Mitmenschen des Staates!) hätte vermeiden lassen". R.G. 22. März 1809 (Reger, XXX S. 297) betont das grundlegende Vertrauensverhältnis: die Straße war mit einer Sandschicht bedeckt worden, ausbesserungshalber; ein Radfahrer kommt darin zu Falle; er durfte „die Landstraße ohne weiteres als hindernisfrei ansprechen". Also Entschädigung. Vgl. auch R.G. 26. Febr. 1897 (Entsch. XXXVIII S. 220): Entschädigung für Beinbruch in Wasserdurchlaßöffnung. R.G. 18. Mai 1903 (Entsch. LV S. 24): Geländeloser Steg, von welchem ein alkoholischer Bauer abstürzt; Entschädigung. R.G. 13. Febr. 1905 (Preuß. Verw.Bl. XXVII S. 208): Eis am Gemeindebrunnen, Verletzung durch Sturz; Stadt war verpflichtet, die Gefahr zu beseitigen und haftet, „ohne daß es auf die Feststellung ankommt, welchen einzelnen Vertreter der Stadtgemeinde der Vorwurf des Verschuldens trifft". R.G. 8. Nov. 1909 (Eger, Eisenb.Entsch. XXVI S. 397): Glatter Gang im Regierungsgebäude; Fiskus haftet für den Unfall. „Ganz dahingestellt kann es unter diesen Umständen bleiben, welche Person durch ihre Unterlassung den Unfall verschuldet hat". Das wird bei dieser Entschädigungspflicht des Staates immer so gemacht, weil es eben in Wahrheit auf das Verschulden einer solchen Person gar nicht ankommt.

Die besondere Entschädigungspflicht des Staates für Sachen, die er in seinen Gewahrsam genommen hat, wird natürlich wieder auf bürgerliches Recht zurückgeführt, auch wo er dem bürgerlichen Recht gar nicht unterläge. Das geschieht mit vollem Bewußtsein in R.G. 14. Febr. 1901 (Entsch. XLVIII S. 255): Ein eingeschriebener Brief aus dem Ausland war wegen Übergewichtes von der Post an die Zollverwaltung abgegeben worden und dort weggekommen. Schadensersatzklage gegen den Zollfiskus. Transportvertrag gilt für ihn nicht, ebensowenig ist der Fall „bloß nach Grundsätzen der außerkontraktlichen Schadenshaftung" zu beurteilen; „es gilt hier re contrahitur". Dem steht nicht im Wege, daß diese obligatio quasi ex contractu in den Quellen des gemeinen Rechts nicht besonders erwähnt ist; denn „für neue öffentlichrechtliche Verhältnisse, die jenen unbekannt sind, müssen die privatrechtlichen Konsequenzen nach Analogie der in jenen geregelten Tatbestände gezogen werden". Das sind bekannte Redewendungen: Eigentlich sollte die Sache öffentlichrechtlich sein; aber da man den von der Gerechtigkeit geforderten Erfolg auf diesem Boden nicht erreichen kann, wird sie ins Privatrechtliche hinübergequält. R.G. 22. April 1902 (Entsch. LI S. 219): Eine Gutskarte war gelegentlich des Prozesses dem Gericht übergeben worden und dort verschwunden. Schadensersatzklage ist „nur haltbar, wenn durch Hingabe und Empfang unmittelbar zwischen Kläger und Staat ein derartiges Rechtsverhältnis entstanden ist, daß auf Grund desselben der Staat nach privatrechtlichen Grundsätzen dem Kläger für Zurückgabe und eintretendenfalls für Verlust haftbar ist". Hier ist nun freilich alles Handlung der Staatsgewalt, auch Hingabe und Rückgabe. Aber: „Indem der Kläger sich zu jenem Zwecke dem Staate gegenüber des Besitzes und der Aufsicht über die Karte entäußerte, erwuchs hieraus für den Staat die nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilende Verpflichtung, über die Karte, die er in seinen Gewahrsam genommen hatte, auch die erforderliche Obhut zu führen." Was für eine Art von Verpflichtung das sei, ist nicht genau zu sagen; das Urteil spricht wieder von „vertragsartiger", „quasikontraktlicher". Warum

Den Eingriffen der rücksichtslosen Unternehmungen und den Fällen der übernommenen Gefahr reiht sich endlich noch an die Schädigung durch unerlaubte Handlungen. Sie beruhen selbstverständlich nie auf dem Willen des Staates, also hier der öffentlichen Verwaltung, sondern sind ihrem Wesen nach Sache der für ihn handelnden Menschen. Insofern diese aber wieder anzusehen sind als die Mittel, durch welche die öffentliche Verwaltung tätig wird, ist es wiederum diese selbst, die dem Einzelnen den Nachteil verursacht. Sie verursacht ihn durch das Fehlgehen ihrer Mittel, geradeso wie durch das Funkensprühen ihrer Lokomotiven und das Überfliegen ihrer Kugeln. Zum Unterschied von den zuletzt betrachteten Schädigungen ist aber diese Möglichkeit nicht beschränkt auf einen gewissen Kreis von rücksichtslosen Unternehmungen oder von übernommener Gefahr; sie kann, der menschlichen Gebrechlichkeit halber, überall auftreten, beim obrigkeitlichen Ausspruch wie bei der einfachen Tat. Die wohltätigsten Einrichtungen werden dazwischen durch sie entstellt, aus der unverfänglichsten Geschäftsbesorgung wird ein Angriff, und was geradezu bestimmt ist, nur der Gerechtigkeit zu dienen, wie die Justiz und die Polizei, schlägt zu der unbilligsten Schädigung um[87].

---

die Sache überhaupt auf einmal ins Privatrechtliche umschlagen muß, ist wieder nur durch Notstand erklärlich. — R.G. 10. Nov. 1907 (Entsch. LXVII S. 117): Ein Bürgermeister in der Rheinprovinz hatte im Auftrag des Untersuchungsrichters Gemälde beschlagnahmt und versandt; dabei kamen sie wegen schlechter Verpackung zu Schaden; der Staat haftet; aber diesmal nicht, wie in den vorigen Fällen quasi ex contractu, was hier doch ebensogut verwendbar war, sondern nach A.G. z. B.G.B. Art. 89 n. 2 gemäß code civil art. 1384 wegen unerlaubter Handlung seines préposé, seines zur Verrichtung Bestellten. — Mit anderem Ergebnis O.L.G. Rostock 12. März 1902 (Reger, XXIII S. 299): Einem Schüler des staatlichen Realgymnasiums ist sein Überzieher weggekommen, den er vorschriftsmäßig an einen Flurhaken gehängt hatte. Das Gericht erklärt: Schulvertrag ist Dienstvertrag nach B.G.B. § 611 (!), die Schulbehörde hat die erforderliche Sorgfalt geübt, also haftet Fiskus nicht. Dabei wird noch ausgeführt, ein besonderer Verwahrungsvertrag bestehe hier nicht: „Die Schulverwaltung stellt lediglich einen bestimmten Raum für die Ablegung der Sachen zur Verfügung. Dieselben werden ihr nicht übergeben." Das würde nach dem Obigen die Entscheidung auch vom Standpunkte der öffentlichrechtlichen Entschädigung aus rechtfertigen. Aber der „Schulvertrag" kann uns nun einmal nicht erspart werden!

[87] Hier hat nun die an E.G. z. B.G.B. Art. 77 anschließende Gesetzgebung einem Bedürfnis entsprochen. Schädigende Verwaltungsmaßregeln, denen man früher nur mit vieler Mühe eine privatrechtliche Seite abgewann, um den Staat als Geschäftsherrn für das Delikt seines Beauftragten nach den Regeln des bürgerlichen Rechts haftbar zu machen, können jetzt bei ihrer eigenen öffentlich-

rechtlichen Natur belassen werden. So R.G. 29. Juni 1903 (Entsch. LV S. 171): Ein Leutnant läßt Glühzünder auf ihre Brauchbarkeit prüfen und die dabei verbrauchten von den Pionieren wegwerfen; spielende Kinder finden einen noch nicht explodierten und werden verletzt. Damals mußte das Gericht noch mit B.G.B. auskommen, deshalb wurde ausgeführt: B.G.B. §§ 31 u. 89 kommen bei Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt nicht in Betracht, der Leutnant sei nicht „verfassungsmäßiger Vertreter" des Fiskus. Wegen B.G.B. § 831 sei zu unterscheiden: Schießübungen, militärische Ausbildung überhaupt, auch Betrieb der Artilleriewerkstätten, das gehöre noch zur „Ausübung des Hoheitsrechts", nicht dagegen „Handlungen, die lediglich aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechts stattfinden, soweit der Staat dabei in privatrechtliche Beziehungen tritt". Hier nun ging „der ganze Auftrag des Leutnants auf Ausführung einer militärfiskalischen Anordnung". Sehr bedenklich! Jetzt würde ohne weiteres R.Ges. v. 22. Mai 1910 § 1 angewendet werden. Ähnlich der Fall R.G. 30. Juni 1903 (LV S. 232): Ein Pferd wird vom Zollamt beschlagnahmt wegen Verdachtes der Einschwärzung; als sich herausstellt, daß es verzollt war, wird es gleichwohl erst sechs Tage später zurückgegeben; durch diese widerrechtliche Vorenthaltung hat der Eigentümer die Nutzung so lange eingebüßt und der preußische Zollfiskus schuldet ihm Ersatz nach code civil art. 1384. — Für manche Tatbestände, die man früher dem Privatrecht überließ, findet man jetzt gern den Anschluß an E.G. Art. 77 mit Hilfe eines polizeilichen Gepräges, das man ihnen aufdrückt; dann ist die „Ausübung öffentlicher Gewalt" ja zweifellos. So R.G. 11. Mai 1904 (Fischer Ztschft. XXVIII S. 210): Eine Frau ist auf der schlechten Straße gestürzt; Gemeinde zu Entschädigung verurteilt; nicht als Unterhaltungspflichtige; das ginge nach B.G.B. § 89 (und man käme in die Schwierigkeit, den schuldhaften verfassungsmäßigen Vertreter aufzuweisen); sondern nach E.G. art. 77, weil „die mit Ausübung der Wohlfahrtspolizei betraute Behörde es unterlassen hat, die nötige Aufsicht zu führen und den Wegebaupflichtigen (ihre eigene Dienstherrin, die Gemeinde) zur Instandsetzung des Weges zu nötigen". O.L.G. Dresden 7. April 1905 (Fischer Ztschft. XXIX S. 316): Leitungsdraht der elektrischen Straßenbeleuchtung zerreißt und beschädigt den Mann auf der Straße; nicht B.G.B. § 89 anwendbar, sondern E.G. art. 77; denn „die Straßenbeleuchtung ist lediglich vom Gesichtspunkte der öffentlichen Sicherheit zu beurteilen und infolgedessen Sache der Verwaltung der Ortspolizei". Im Ernste ist von einer Schädigung durch die Ausübung der Polizeigewalt hier keine Rede; aber diese ganze Gewaltsamkeit ist ja überflüssig.

Wenn die Gesetze über die Haftung des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt insofern befreiend wirken, als sie zivilrechtliche Konstruktionen des Grundverhältnisses ersparen, so haben sie doch ihrerseits die Befriedigung der in Frage stehenden Billigkeitsforderung wieder in der unangemessenen zivilrechtlichen Form einer Haftung des Staates für die selbständig zu beurteilende unerlaubte Handlung des Beamten gegeben. Das läßt die alte, innerlich falsche Unterscheidung bestehen, wonach die Haftung auf öffentlichrechtlichem Gebiete eine andere wäre bei rechtmäßigen und bei unrechtmäßigen Eingriffen der Staatsgewalt. Vor allem aber führt es auch weiter, als der Natur der Sache entspricht und als man ursprünglich gewollt hat. Sobald man den Staat für den Beamten schlechthin haften läßt auch auf öffentlichrechtlichem Gebiet, bringt man nämlich die bedeutsame Erweiterung mit hinein, die hier für diesen besteht kraft der

Sonderbestimmung des B.G.B. § 839: der Staat haftet dem Dritten jetzt auch für die Verletzung der ihm, dem Staate selbst, geschuldeten Amtspflicht, sobald nur der Dritte seinerseits mit seinem Vermögen an der Erfüllung beteiligt gewesen wäre (vgl. oben Bd. I S. 192ff.). Das verliert aber bei dieser Wendung seinen Sinn. Denn je sorgfältiger und genauer der Staat jetzt durch seine Aufsichtsbehörden die Amtspflicht bestimmen läßt, desto leichter wird diese ihm gegenüber verletzt, und desto leichter muß er selber dann dafür zahlen! — Die alten zivilrechtlichen Konstruktionen haben, abgesehen von den Note 36 erwähnten Fällen der öffentlichen Verkehrsorte und des übernommenen Gewahrsams, den Staat nicht haftbar gemacht für Unterlassungen seiner Beamten, sondern nur für wirkliche Eingriffe, wodurch man noch Fühlung behielt mit der Enteignung. Jetzt wird das in weitestem Umfange ermöglicht. R.G. 1. Mai 1907 (Entsch. LXVI S. 107): Der Amtsrichter, der zugleich Grundbuchrichter ist, fälscht einen Grundschuldbrief mit Unterschrift seines Stellvertreters unter Benutzung eines Grundbuchformulars und des Gerichtssiegels und erhält darauf von einer Bank ein Darlehen. Der Staat wird verurteilt, diese zu entschädigen. Die Fälschung selbst und die Täuschung der Bank damit können vielleicht „als Handlungen erachtet werden müssen, die außerhalb des Amtsbereiches des Grundbuchrichters lagen“ (S. 112). Aber: „Zu den ihm in dieser Eigenschaft obliegenden amtlichen Pflichten gehörte zweifellos die Verwahrung der Grundbuchformulare und die Obhut des Gerichtssiegels“ (S. 111). Die Schädigung der Bank ist erst ermöglicht worden durch „die hier verletzte Überwachungspflicht des Grundbuchrichters“. Um zur Haftung des Staates nach B.G.O. § 12 (B.G.B. § 839) zu gelangen, unterstellt man also bei dem verbrecherischen Grundbuchrichter noch eine besondere Verletzung der Amtspflicht, die Grundbuchformulare und das Siegel zu hüten vor sich selbst! Die Tragweite der ganzen Auffassung enthüllt sich aber erst, wenn man den Tatbestand von dieser Seltsamkeit befreit denkt und annimmt, ein Dritter hätte das Formular und das Siegel unter Unaufmerksamkeit des Amtsrichters so benutzt. Daß der Staat dann für die Schandtaten dieses Dritten hafte, geht immer noch weit über das ursprünglich Erstrebte hinaus und mit der Enteignungsentschädigung fehlt jeder geistige Zusammenhang, den wir hier doch immer aufrechterhalten haben. R.G. 15. Okt. 1903 (Entsch. LV S. 365): Der städtische Gasinspektor wird benachrichtigt, daß in einem Hause Gasgeruch wahrgenommen werde; er geht dort hin, meint nichts Erhebliches wahrzunehmen, in der Nacht aber stirbt im Nachbarhaus ein Bewohner an Vergiftung durch ausströmendes Gas. Das Gericht nimmt an, daß es sich um Ausübung der öffentlichen Gewalt (Wohlfahrtspolizei) handle, wofür die Stadt gemäß einem den neuen Gesetzen zu E.G. Art. 77 entsprechenden (sächsischen) Gewohnheitsrecht haftet; der Inspektor wäre „in seiner Eigenschaft als Polizeiorgan verpflichtet gewesen als solches die erforderlichen Maßregeln zu treffen, um die Gefahren abzuwenden“, welche das ausströmende Gas für die Bewohner der Wohnhäuser „mit sich bringen konnte“. Auf solche Weise wird das Gemeinwesen überall haftbar gemacht werden können, wo die von ihm bestellten Schutzengel ihrem Zwecke nicht genügen. Da die Ausübung der öffentlichen Gewalt die ganze öffentliche Verwaltung bedeutet (vgl. oben § 52 Note 32) und überall, wo durch Amtspflichtversäumnis der Beamten ihre Wohltaten den Einzelnen nicht voll zuteil werden, das Gemeinwesen zahlen muß, so kann der mehrfach beklagte „Individualismus“ und „Kapitalismus“ hier noch wahre Orgien feiern.

Hier wird dann der Nachweis einer Rechtswidrigkeit und eines Verschuldens von Wichtigkeit in doppelter Richtung:

— Einmal enthält er zugleich den Nachweis der entscheidenden Verursachung in den Fällen, in welchen hierfür verschiedene Ausgangspunkte in Betracht kommen können, insbesondere auch der Beschädigte selbst oder reiner Zufall[38].

— Sodann aber stellt er fest, daß der belastende Eingriff nicht zu denen gehört, die der Staat als der Gerechtigkeit entsprechende und folglich entschädigungsfreie hat auflegen wollen. In dieser Beziehung erfüllt der Nachweis des Verschuldens und der Rechtswidrigkeit eine Voraussetzung, die außer der Verursachung noch gefordert wird und von der nun unter N. 2 die Rede sein soll.

Gerade die Haftung für Schadensverursachung durch unerlaubte Handlungen der verwendeten Menschen macht es aber auch notwendig, eine Grenze besonders sorgfältig zu wahren: die ausgleichende Entschädigung deckt bloß den Schaden, der von der öffentlichen Verwaltung ausgeht, also auch die unerlaubte Handlung nur, soweit der Handelnde dabei noch als ihr Vertreter, als ihr Mittel, wenn auch ein fehlgehendes erscheint. Nun kann aber

---

Andererseits ist nicht zu übersehen, daß die Gründe, die beim Beamten eine Amtspflichtwidrigkeit verneinen lassen, Befehl und Irrtum (vgl. oben Bd. I S. 194 ff), auch wieder dem Staate zugute kommen müssen. Der Geschädigte erhält dann häufig eine Entschädigung von ihm nicht, die ihm eigentlich gebührte, namentlich beim Irrtum ist das einleuchtend.

Es stimmt nach keiner Seite hin. Geltendes Recht ist es deshalb doch, nur kein wohlgelungenes. Die Gerichte werden sich ein Verdienst erwerben, wenn sie es durch zielbewußte Handhabung zurechtrücken. Und insoweit das alles nur auf Interpretation, Konstruktion und selbst zurechtgemachten „Rechtsgrundsätzen" beruht, sind sie glücklicherweise wohl dazu imstande.

[38] R.G. 5. Juni 1910 (Entsch. LXXII S. 347): Im Kieler Hafen stößt ein Kriegsschiff mit einem Frachtdampfer zusammen und schädigt ihn. Entscheidend ist, auf welcher Seite das Verschulden liegt, die hat den Schaden „verursacht". Es handelt sich aber nicht um das Reich als Privatrechtssubjekt, sondern um die Ausübung öffentlicher Gewalt, und Preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 § 1 ist anwendbar. In einem ganz ähnlichen Falle, wo der Lotsendampfer der Kanalverwaltung (die doch auch öffentliche Verwaltung ausübt) den Zusammenstoß verschuldet hatte, war vorher der Reichsfiskus nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Privatrechts als „juristische Person gleich den physischen Personen" verurteilt worden: R.G. 29. Sept. 1897 (Entsch. XXXIX S. 183). Der Unterschied liegt wohl hauptsächlich darin, daß es damals noch keinen anderen Rechtsgrund zu geben schien, um dem Fiskus die von der Billigkeit geforderte Entschädigungspflicht aufzulegen. Vgl. noch R.G. 24. Mai 1902 (Entsch. LI S. 330); auch hier wäre die Lösung auf öffentlichrechtlichem Boden zu suchen gewesen.

die Rechtswidrigkeit ganz aus diesem Rahmen herausfallen und als ein reines Privatunternehmen des Schuldigen erscheinen, das er nicht als Beamter oder Angestellter ausführt, mag ihm auch der Dienst den Gedanken und die Möglichkeit gegeben haben. Da findet alsdann unsere Entschädigungspflicht des Staates nicht statt[39]. Die Verursachung des Schadens durch seine Verwaltung gehört in erster Linie zu ihrem Rechtsgrund.

2. Es genügt nicht, daß der Nachteil dem Einzelnen durch die öffentliche Verwaltung verursacht worden sei, er muß sich auch darstellen als eine ungleiche Belastung, welche ihm auferlegt wird. Das soll ausgedrückt sein, wenn wir den entschädigungsbedürftigen Nachteil bezeichnen als ein besonderes Opfer, das dem Einzelnen zugemutet worden ist[40]. Damit ist zweierlei gesagt[41].

---

[39] Vgl. R.G. 1. Mai 1907 (Entsch. LXVI S. 107), oben Note 37. Die Grenze wird ungefähr geradeso laufen wie für die „Ausführung der Verrichtung" nach B.G.B. § 831.

[40] Diese Bezeichnung erscheint schon bei älteren Schriftstellern. So bei Pütter, Beiträge I S. 351 ff. (oben Note 17); Pfeiffer, Prakt. Ausf. I S. 245: „Zu einem verhältnismäßig größeren Opfer als seine Mitbürger genötigt". Sie ist gebräuchlich geworden in Anschluß an die „Aufopferung besonderer Rechte und Vorteile" in A. L.R. Einl. § 75 und Preuß. Polizeiges. v. 11. Mai 1842 § 4. Da sie sehr geeignet ist, den Begriff wiederzugeben, um den es sich hier handelt, hat sie weitere Verbreitung gefunden: Goez, Württ. Verw.R.Pfl. S. 477; Ulbrich, Österr. Verw.R. S. 269 ff.; Kisch, Els.-Lothr. LandesPriv.R. § 63; Heilfron, Kriegsschäden I S. 195; Pasquay, Elektr. Starkstromanl. S. 73. — Anschütz, Ersatzanspr. S. 61 ff., bekämpft den Ausdruck, der ihm wieder einen bedenklichen Mangel an rechter Staatsgesinnung zu bekunden scheint: „Was heißt ‚besonderes Opfer'? ... Die Wirkungen der rechtmäßigen Handhabung der Staatsgewalt (auf diese beschränkt er sich), auch der schadenbringenden, über sich ergehen zu lassen, ist nicht Darbringung eines besonderen Opfers, sondern allgemeine Bürgerpflicht". Allein über diese wird ja nicht gestritten; von der ungleich treffenden Anwendung, die davon gemacht worden ist, ist die Rede. Es handelt sich auch nicht um eine „Darbringung" des Opfers — das würde die Sache allerdings ganz verschieben —, sondern um eine Aufnötigung, Auferlegung, Zumutung. Durch die „Opfertheorie" verflüchtigen sich keineswegs die Grenzen der staatlichen Entschädigungspflicht „ins Uferlose", sondern, im Gegenteil, wir gewinnen erst aus ihr die nötigen Gesichtspunkte, um sie wirksam abzugrenzen. Mit der Verweisung auf den Eingriff ins „Privateigentum", das von vornherein nicht im eigentlichen Sinne gemeint ist, im uneigentlichen keinen festen Umfang hat und auch im weitesten Sinne die hierher gehörigen Fälle nicht erschöpft, ist uns gar nicht geholfen.

[41] Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 373, führt ungefähr in der gleichen Weise die Gründe auf, welche die von der „materiellen Gerechtigkeit" geforderte Entschädigung „für die zugehenden Nachteile" ausschließen würden. — Daß unsere Lehre der ausgleichenden Entschädigung für jede Last, die der Staat auferlegt,

— Einmal sind ausgeschlossen von der Entschädigungsfolge alle Nachteile, welche der Staat zufügt gerechterweise, so daß sie ihre Rechtfertigung vor den Forderungen der Billigkeit schon mitbringen. Sie stellen dann von vornherein keine ungleiche Belastung vor, kein besonderes Opfer. Dahin gehören alle allgemeinen Abgaben, Lasten und Dienstpflichten, welche der Staat planmäßig auferlegt, um damit die Bestimmung der Untertanen geltend zu machen, wonach sie allesamt gemäß ihrer Leistungsfähigkeit aufzukommen haben für seinen Bedarf[42].

Desgleichen alle Gebühren, Beiträge und besonderen Belastungen anderer Art, welche nur die Natur von Gegenleistungen haben wollen für besondere Vorteile, die empfangen werden (vgl. oben Note 11).

Endlich alle selbstverschuldeten Nachteile: Strafen, Kostenersatzpflichten, Polizeimaßregeln zur Bekämpfung dargebotener Polizeiwidrigkeiten[43].

Vergütung fordern müsse, sollte demnach kein denkbarer Einwurf sein. Er ist gleichwohl erhoben worden.

[42] Wo das Gesetz in allgemeiner Weise alle Fähigen zu persönlicher Dienstpflicht heranziehen läßt, ist eine Entschädigung ausgeschlossen; die Meinung des Gesetzes ist hier, keine ungleiche Last aufzulegen, und die ist maßgebend. So bei der Steuer; die preußische Kab.Ordre v. 4. Dez. 1831 (oben Note 19) führt das nur auf den „Akt der Souveränität" zurück, vgl. aber unten § 54 Note 3. So bei der Heerdienstpflicht. Insofern die Dienstunfähigen dabei doch einen gewissen Vorteil haben können, regt sich sofort wieder der Billigkeitsgedanke, um einen Ausgleich in Wehrsteuer u. dergl. zu verlangen. Geschworenen- und Schöffendienst lassen dem Zufall mehr Spiel; doch treffen sie nicht schwer und bereiten auch eine Genugtuung, die das Gesetz zunächst für ausreichend hielt; nur die Reisekosten wurden vergütet (G.V.G. §§ 55 u. 96). Dazu die Motive (Hahn, Mot. I S. 62): „Eine Härte aber wäre es und würde zu erheblicher Ungleichheit der Belastung führen, wenn diese Personen die Reisen zum Gerichtsort auf ihre Kosten machen müßten". Inzwischen hat sich ja aber auch hier die ausgleichende Entschädigung noch weiter durchgesetzt; vgl. oben § 46 Note 34.

[43] Anschütz, Ersatzanspr. S. 62, der behauptet, daß die Lehre von der Entschädigung für das zugemutete besondere Opfer dahin führen müsse, bei „jeder dem Einzelnen nachteiligen Reflexwirkung obrigkeitlicher Tätigkeit" Entschädigung zu fordern, hält mir in diesem Sinne vor: „Es ist nicht einzusehen, warum — wenn man diese Dinge einmal gleichmäßig vom individualistischen Standpunkte aus betrachtet — die Räumung des baufälligen Hauses, über welches die Polizei ein Bewohnungsverbot verhängt hat, in minderem Sinne ein ‚Opfer' enthalten soll, wie die Hergabe desselben Hauses nach erfolgter Expropriation". Das Beispiel scheint mir aber im Gegenteil sehr geeignet zu sein, den Unterschied einleuchtend zu machen, ohne daß es dazu einer weiteren Erläuterung bedürfte. Ein blindwütiger Individualismus, wie ihn Anschütz sich vorstellt, wird

Hier ist überall kein Bedürfnis nach einer Gutmachung im Namen der natürlichen Billigkeit und nach einem wirtschaftlichen Ausgleiche.

— Sodann fällt, auch abgesehen von solchen deckenden äußerlichen Zusammenhängen, schon *für sich betrachtet* nicht jede Schädigung, die dem Einzelnen durch den Staat bereitet wird, unter den Begriff der ungleichen *Belastung*, des besonderen *Opfers*. Es verhält sich hier ebenso wie mit dem Gegenstück, dem *Vorteilsausgleich durch Gebühr und Beitrag*: das knüpft sich nicht an die weitgehenden Gewinne, durch welche oft Einzelne sich bevorzugt sehen infolge staatlicher Maßnahmen der Zoll- und Eisenbahnpolitik und des Kolonieerwerbs, nicht an die geschaffene günstige „Konjunktur". Nur der *unmittelbare Vermögensvorteil*, dem bestimmten Einzelnen in greifbarer Gestalt zugewendet, bildet genügende Grundlage für einen solchen allgemein und durch ein ständiges Rechtsinstitut vorgesehenen Ausgleich[44]. Dementsprechend kommt auch für unsere ausgleichende Entschädigung nur der Fall in Betracht, wo der Einzelne durch die der Verwaltung zuzurechnende Einwirkung nachteilig getroffen wird an dem, *was an Werten schon sein ist und ihm rechtmäßig zugehört*. Nur was er schon hat, kann er gezwungen werden „aufzuopfern"[45].

---

hier keineswegs vertreten. — Über die Stellung, welche die Polizeimaßregel überhaupt hier einnimmt, wird weiter unten (§ 54, III) noch zu sprechen sein.

[44] Vgl. oben § 48, I n. 1. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß das Gesetz die Billigkeit auch in entfernteren Zusammenhängen der besonderen Vorteile berücksichtigte, um einen Ausgleich durch besondere Auflagen anzuordnen. Eine Besteuerung der „Kriegsgewinne" der Heereslieferanten, wie man sie gedacht hatte, wäre solch ein Fall gewesen. Von unseren Gebühren und Beiträgen, die auf unmittelbarer, als solche kenntlicher Vorteilszuwendung ruhen, scheidet derartiges sich deutlich.

[45] Das ist vernünftigerweise nur gemeint, wenn auch jetzt noch immer wieder gesagt wird, die Entschädigung setze voraus einen Eingriff in „erworbene Rechte", „wohl erworbene Rechte" (vgl. oben Note 17), und ebenso dient dazu der Hinweis auf „individuelle Rechte", „Privatrechte": *Zachariae*, St.R. II §§ 152 u. 153; *Pfeiffer*, Prakt. Ausf. III S. 258; *Sarwey*, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 373; *Grünhut*, Entsch.R. S. 10; *Oppenhoff*, Ressortverh. zu Preuß. Ges. v. 11. Mai 1841 § 4, Note 101 ff.; Bayr. Obst.G.H. 27. Okt. 1877 (Samml. VII S. 50). — Neuerdings spricht man wohl auch von dem Eingriff in die „Rechtssphäre", den „Rechtskreis"; besonders zutreffend die Ausdrucksweise in R.G. 28. Mai 1880 (Entsch. II S. 358): Vorausgesetzt ist, „daß *ein zugunsten der Klägerin bestehender rechtlicher Zustand verletzt sei*". Durch Eisenbahnbau waren dem Privatgrundstück die nützlichen Überschwemmungen des Flusses versperrt worden; das genügt nicht. Ähnlich R.G. 3. Juli 1906 (Entsch. LXIV S. 24): Wasserstand

Demnach ist der Gegenstand der entschädigungspflichtigmachenden Verletzung hier anders bestimmt als bei der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht. Bei der letzteren kommt es darauf an, in welcher Weise das Erfordernis der Rechtswidrigkeit geliefert wird: je nachdem ist der Kreis des so Geschützten enger oder weiter gezogen. Den festen Kern bilden die Rechtsgüter, welche B.G.B. § 823 Abs. 1 gegenüber jeder widerrechtlichen Verletzung schützt. Viel weiter geht der Kreis der geschützten Interessen gegenüber der strafbaren Handlung, der unsittlichen Arglist, der Nichterfüllung einer geschuldeten Leistung (§ 823 Abs. 2, § 826, § 280). Bei der öffentlichrechtlichen Entschädigung sind solche Verschiedenheiten nicht zu beachten; denn die Rechtswidrigkeit gehört überhaupt nicht zu ihren Voraussetzungen, die Verursachung tut es allein, die Rechtswidrigkeit wird nur dahinter und mittelbar von Bedeutung[46]. Darum ist dieser Entschädigung gegenüber der Kreis der geschützten Seiten des Einzeldaseins überall gleichmäßig weit gesteckt, nicht verschieden nach der rechtlichen Beurteilung der Schwere des Eingriffes. Zwischen den Arten des Eingriffes besteht nur ein tatsächlicher Unterschied, sofern nicht jedem dieser Werte in gleicher Weise beizukommen ist.

Und diese einheitliche Ordnung des Gegenstandes umfaßt nur bestimmte greifbare Rechtsgüter, deren Verlust ein „Opfer" darstellt. Sie dann allerdings mit all den Wahrscheinlichkeiten von Gewinn, der sich in ihnen verkörpert, und von entfernteren Nachteilen, die ihr Verlust mit sich bringt. Das wird bei der Berechnung des Schadens in Ansatz kommen. Für sich allein bilden diese anderen Dinge keinen Gegenstand einer entschädigungspflichtigen Belastung. Insofern findet also unsere ausgleichende Entschädigung ihr zivilrechtliches Gegenstück ausschließlich in B.G.B. § 823 Abs. 1 mit seiner Aufzählung der geschützten Werte. Der Kreis erhält nur von selbst eine Erweiterung dadurch, daß in größerem Umfange Rechtsgüter in Betracht kommen, welche die rechtswidrige Handlung nicht fassen könnte, deren Aufopferung aber hier in Form Rechtens von der Verwaltung gefordert wird. In erster Linie steht

---

eines öffentlichen Flusses gesenkt, Wiesen nicht mehr befruchtet, Klage aus A. L.R. Einl. § 75 abgewiesen, da kein Recht der Anlieger auf Fortbestehen des Staues begründet war.

Die französischen Juristen fordern in diesem Sinne für ihre öffentlichrechtliche Entschädigung ein dommage directe et matériel (Theorie d. Franz. Verw.R. S. 356).

[46] Vgl. oben S. 546.

also „das Eigentum oder ein sonstiges Recht", gleichviel, ob zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur[47]. Auch obligatorische Rechtsansprüche vermag der Eingriff der Verwaltung zu zerstören[48] oder Leistungspflichten, deren Erfüllung mit Vermögensaufwand verbunden ist, zu begründen[49]. „Leben, Körper und Gesundheit" fallen hier doch nur ausnahmsweise zum Opfer, wohl aber die Freiheit in mancherlei Weise: Verhaftung und Gefangenhaltung, Befehl zur Überlassung des Besitzes, Auferlegung von Diensten und Arbeitsleistungen, Untersagung des Fortbetriebes gewinnbringender Unternehmungen[50].

[47] Es darf behauptet werden, daß auch B.G.B. § 823 die Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte, sofern sie nur überhaupt einen Vermögenswert haben, von der Schadensersatzfolge nicht ausschließen will. — Anschütz, Ersatzanspr. S. 105 f., hält daran, daß nach A. L.R. Einl. § 75 der Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht einen Ersatzanspruch nicht begründe, weil glücklicherweise die „Belehrung" von 1831 befohlen hat, daß nur bei Eingriff in das Privateigentum Entschädigung stattfinde. Das ist aber doch wieder nur eine Überschätzung der Tragweite dieses Ausdruckes; vgl. oben Note 19 a. E. Privateigentum ist hier Recht eines Privaten. An öffentliche Rechte der Untertanen hat ja der Gesetzgeber damals sicher nicht gedacht; er hat aber auch nicht daran gedacht, sie mit diesem Ausdruck auszuschließen. Wenn man Wasserentnahmerechte an einem öffentlichen Flusse oder Schiffahrtskanal ehemals für Rechte zivilrechtlicher Natur ansah und für ihre Beseitigung Entschädigung nach § 75 zusprach, sollte das aufhören, sobald man mit dem Fortschreiten der Verwaltungsrechtswissenschaft gelernt hat, sie als öffentlichrechtlich zu erkennen? Anschütz selbst entgeht allerdings den schlimmsten Folgerungen aus seiner Behauptung dadurch, daß er auch die durch Verleihung begründeten Rechte an öffentlichen Straßen und Strömen — trotz der „publizistischen Natur des Begründungsaktes" — für „privatrechtlichen Charakters" erklärt (a. a. O. S. 110). Der zweite Fehler macht den ersten äußerlich wieder gut.

[48] Gegenstand der Verletzung durch eine Rechtswidrigkeit im Sinne von B.G.B. § 823 Abs. 1 werden sie nicht leicht sein. Oertmann, Kom. zu § 823 Anm. 3d: „Die Verletzung eines obligatorischen Rechts als solche ist niemals deliktischer Natur". Die Enteignung aber wirkt zerstörend auch auf vorhandene Pacht- und Mietverträge. Preuß. Ent.Ges. v. 1874 § 11 läßt dafür eine besondere Entschädigung für den Gläubiger festsetzen. O.Tr. 3. Mai 1872 (Str. XLVIII S. 352) hatte für das ältere Recht diesen Anspruch auf den allgemeinen Grundsatz von A. L.R. Einl. § 75 gegründet. — Das oben Note 21 angeführte Urteil R.G. 28. Juni 1898 (Entsch. XLI S. 191) gewährt Entschädigung wegen „zwangsweiser Aufopferung des Einzelrechts im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt", weil die Behörde die Erfüllung eines Vertrags über Anhalten von Eisenbahnzügen bei der Station der klägerischen Gemeinde verboten hat; das wird als ein Eingriff in ein „obligatorisches Privatrecht" bezeichnet. Der Anspruch wie sein Begründungsakt werden wohl als öffentlichrechtlich anzusehen sein.

[49] Als öffentliche Lasten mit Entschädigungsfolge; vgl. oben § 47 n. 5.

[50] Vgl. unten § 54, II; III n. 1; oben § 34, II n. 3 (R.G. 1. Febr. 1893; Entsch. XXXI S. 215).

Für die selbständige Verletzung entfernterer Interessen ist in der Ordnung unserer öffentlichrechtlichen Billigkeitsentschädigung nichts vorgesehen. Daraus folgt aber die große Unstimmigkeit, welche entstehen kann, wenn für den einen oder anderen Fall dieser Art statt durch sie die Befriedigung der Billigkeitsforderung erfolgen soll durch entsprechende Verwendung der zivilrechtlichen Schadensersatzordnungen, welche auch solchen entfernteren Interessen dienen. Die Hauptbeispiele bietet einerseits die Benutzung öffentlicher Anstalten, insofern der Staat dabei haftbar gemacht wird wegen Nichterfüllung eines zivilrechtlichen Vertrages, in welchen man das Verhältnis hineinzwängt, andererseits die Haftung des Staates für seine Beamten, die ihrenteils gemäß B.G.B. § 839 dem Dritten haftbar sind für Nichterfüllung ihrer Amtspflichten[51].

3. Die zu leistende Entschädigung selbst erhält ihre näheren Bestimmungen aus dem Zusammenhang mit ihren Voraussetzungen und ihrem Zweck:

— Wie die Entstehung einer Entschädigungspflicht überhaupt bedingt ist davon, daß eine ungleiche Belastung des Einzelnen zum Vorschein kommt durch Eingriff in seinen rechtlich bestimmten Machtkreis, so wird grundsätzlich auch das Maß des zu Zahlenden nach diesem Gesichtspunkte sich richten. Es kommt nur in Berechnung, was in dem getroffenen Punkte an Werten verkörpert war. Die Nachteile, die erst im Zusammenhang der besonderen Beziehungen des Belasteten mittelbar noch erwachsen können, werden nicht vergütet[52].

Soweit zivilrechtliche Konstruktionen für die Verwirklichung der Entschädigungspflicht zur Geltung kommen, wird sich naturgemäß eine größere Freigebigkeit einstellen. Die Haftung aus verletzter Vertragspflicht und ebenso die wegen rechtswidrig zugefügten außervertraglichen Nachteils zieht gerne alles sonst noch in die Berechnung hinein, was berücksichtigt werden muß, damit dem Beleidigten volle Genugtuung zuteil geworden sei. Das Odium, das der zunächst Schuldige hier auf sich geladen hat, wirkt durch die Vermittlung des freien Ermessens, mit welchem der Schaden berechnet wird, auch gegen den Staat, den diese Konstruktionen mit jenem oder statt seiner auf der Angeklagtenbank sitzen lassen[53].

---

[51] Vgl. hier oben Note 37 und § 52, III n. 2.

[52] Vgl. oben Note 45. Es gilt ganz allgemein der „objektive" Maßstab der Enteignungsentschädigung; vgl. oben § 34 Note 28 u. 29.

[53] Vgl. hier oben Note 23, 34, 25 und § 34, II n. 1. Auch deshalb bedeuten

Andererseits haben hier die Sondergesetze, welche für gewisse Fälle Entschädigung zusagen, gern das Maß noch genauer bestimmt. Das geschieht namentlich da, wo die Belastung in einer Art Großbetrieb zugefügt wird: Normalsätze werden für die zu gewährende Entschädigung aufgestellt, die meist das zugemutete Opfer nicht voll aufwiegen, dafür aber auch ohne genaueren Nachweis der Höhe des Schadens ohne weiteres zu erhalten sind[54].

— Die öffentliche Verwaltung legt dem Einzelnen das Opfer auf, der Träger dieser öffentlichen Verwaltung schuldet die Entschädigung. Das ist in erster Linie der Staat selbst. An seiner Stelle möglicherweise die Gemeinde oder sonst ein Verwaltungskörper oder auch ein beliehener Unternehmer.

Die Pflicht verteilt sich unter ihnen so, daß jeder einsteht für den Schaden, der aus seinen Unternehmungen, Anstalten und Einrichtungen hervorging. Das wird regelmäßig äußerlich schon daran erkennbar sein, daß es seine Behörden, Beamten und Leute sind, die ihn zufügen. Es gibt aber doch Fälle, in welchen genauer zu prüfen ist. Staatliche Behörden können berufen sein, ihre obrigkeitliche Tätigkeit zu leihen für die Zwecke eines Unternehmens, das nicht des Staates ist; dann ist der obrigkeitliche Eingriff dem Geschädigten gegenüber zu vertreten von dem Herrn des Unternehmens, welchem das behördliche Vorgehen dient: für den wirtschaftlichen Billigkeitsstandpunkt ist hier der sachliche Zusammenhang maßgebend, nicht der Name, unter welchem gehandelt wird. Das war ja auch schon der Fall bei der Enteignung, die immer ausgesprochen wird von der staatlichen Behörde und im Namen des Staates, sachlich aber das Stück Verwaltung zu der ihm gebührenden Wirkung bringt, das der betreibende Teil vertritt: Reich, Staat, Gemeinde, beliehener Unternehmer[55]. Ähnlich sind allgemeine Verwaltungsbehörden des Staates („Polizeibehörden") zuständig gemacht, daß sie mit ihren Anordnungen Dinge wahrnehmen, die sachlich zu den der Gemeinde obliegenden Angelegenheiten zu rechnen sind: die Entschädigung für die dabei auferlegten besonderen Opfer trifft die Gemeinde[56].

---

eben solche Konstruktionen, auch wenn das Gesetz sie macht, eine Verkümmerung der natürlichen Einheit unseres Rechtsinstituts.

[54] Vgl. oben Note 27. Auch privatrechtlich geordnete Großbetriebe, wie die Eisenbahnen, verwenden ja solche Normalsätze für die zu gewährenden Entschädigungen: H.G.B. § 461 ff.

[55] Vgl. oben § 34, II n. 1.

[56] O.Tr. 14. Juli 1859 (Str. XXXIV S. 180): Die Bezirksregierung hat im

Umgekehrt kann der Staat sich gemeindlicher Behörden und Ämter bedienen, damit diese die nötigen Maßregeln treffen, deren seine Anstalten und Unternehmungen bedürfen. Sie können das im Namen und Auftrag des Staates selbst tun; dann hat es nichts Besonderes, daß dieser auch die etwa erforderliche Entschädigung trägt. Sie können es auch tun im Namen der zu solcher Besorgung verpflichteten Gemeinde; dann wird der Entschädigungsanspruch gleichwohl gegen das höhere Gemeinwesen gehen, das *sachlich* die Einzelnen auf diesem Wege für sich in Anspruch nimmt[57].

Interesse zweier Gemeinden einen Weg als öffentlichen in Anspruch genommen; die Gemeinden haben nach A. L.R. Einl. § 75 den Eigentümer zu entschädigen. O.Tr 1. Juli 1869 (Str. LXXV S. 217): Polizeipräsidium zu Berlin hat die Bebauung eines Grundstücks verboten; die Stadt, für deren Straßenwesen es geschah, ist entschädigungspflichtig: „es ist auf *das aus der Sache selbst hervorgehende natürliche Verhältnis zurückzugehen*, daß derjenige zu entschädigen hat, dem infolge der polizeilichen Anordnung ein Schade abgewendet oder ein Vorteil zugewendet wird". R.G. 24. Jan. 1908 (Entsch. LXIX S. 152): Amtsvorsteher erzwingt Beseitigung eines Zaunes zur Verbreiterung der Dorfstraße; Gemeinde entschädigungspflichtig nach A. L.R. Einl. § 75. Aber O.Tr. 28. Okt. 1869 (Str. LXXVII S. 1): Berliner Polizeipräsidium verbietet Bau am Königsplatz, damit das Alsen-Denkmal ordentlich hervortrete; das ist ein nationales Interesse, deshalb entschädigt nicht die Stadt, sondern der Fiskus. In dem gleichen Sinne wird in gewissen Rechtsgebieten die Entschädigung für die behördliche Unterdrückung gewerblicher Anlagen nach Gew.Ord. § 51 unmittelbar von der dadurch zu schützenden Gemeinde oder öffentlichen Eisenbahnunternehmung getragen: R.G. 30. Okt. 1912 (Entsch. LXXX S. 305). Ausdrücklich Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 38 Abs. 2: Entschädigungspflicht der Gemeinde bei Aufhebung einer Wasserbenutzung wegen überwiegender Nachteile für das Gemeinwohl. Ebenso ist die Entschädigung, welche nach A. L.R. Einl. § 75 einem Bergwerksbesitzer dafür gebührt, daß ihm zum Schutze eines gemeindlichen Wasserwerkes die Ausübung seines Rechts obrigkeitlich beschränkt wird, von den geschützten Eigentümerinnen des Wasserwerkes zu tragen: R.G. 12. März 1909 (Entsch. LXX S. 387; die Frage ist dort allerdings noch dahingestellt worden).

Nicht hierher gehört der Fall in R.G. 13. Jan. 1905 (*Eger*, Eisenb.Entsch. XXIII S. 233), obwohl dort unser Grundsatz sehr deutlich ausgesprochen wird: Ein Grundstück wird durch die Einwirkungen einer Kleinbahn benachteiligt; Entschädigungsklage nach A. L.R. Einl. § 75. Das Urteil sagt (wie in den bisher angeführten Fällen), der Schaden sei zwar auf die Anordnung der staatlichen Behörde zurückzuführen, welche die Eisenbahnkonzession erteilt hat, allein nach bekannten Grundsätzen habe diejenige Person den Schaden zu ersetzen, der „infolge dieser Anordnung ein Vorteil zugewendet worden ist"; das sei in diesem Falle der Eisenbahnunternehmer. Allein der Umweg ist unnötig: der Schaden ist nicht durch die Konzession entstanden, sondern durch das konzessionierte öffentliche Unternehmen; der Unternehmer ist unmittelbar Verursacher und als solcher entschädigungspflichtig.

[57] Jedenfalls haftet nicht das vermittelnde. So geht der Anspruch auf Ent-

— Insofern die Entschädigungsleistung für das besondere Opfer auf einen Rechtssatz zurückgeführt wird, wo man ihn auch herholen mag — von angenommenen Vertragspflichten sehen wir ab —, bedeutet das gegebenenfalls einen Rechtsanspruch des Betroffenen gegen das so bezeichnete Subjekt öffentlicher Verwaltung.

Wer diesen Rechtssatz gefunden zu haben glaubt in einer Bestimmung des bürgerlichen Rechts, die er auf irgendeine Weise heranzuziehen wußte, handelt folgerichtig, wenn er auch den Anspruch daraus als einen bürgerlichrechtlichen behandelt. Seine Geltendmachung ist dann auch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, die vor die ordentlichen Gerichte gehört.

Soweit aber die zivilrechtliche Auffassung nicht dafür angesehen werden kann, daß sie festgelegt ist durch den Willen des Gesetzes (oben Note 25), muß jetzt der ganzen Natur des Rechtsinstituts nach der hier begründete Anspruch vielmehr aufgefaßt werden als ein subjektives öffentliches Recht.

Für seine Geltendmachung haben die Sondergesetze häufig geeignete Rechtsschutzeinrichtungen ausdrücklich vorgesehen. Einer allgemeinen Übertragung der Zuständigkeit dafür auf die ordentlichen Gerichte steht nichts im Wege; nur muß es aber durch Reichs- oder Landesgesetz nachweislich geschehen sein. Von selbst versteht sich diese Zuständigkeit nicht. Vielmehr wären mangels anderweiter Bestimmung stets die leitenden Behörden des Verwaltungszweiges berufen, aus welchem der zu ersetzende Nachteil dem Einzelnen erwachsen ist, vielleicht mit einem Nachprüfungsrecht der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

§ 54.

Fortsetzung; Entschädigungsfälle unregelmäßiger Art.

Die Frage der Entschädigung stellt sich uns manchmal unter besonderen Bedingungen dar. Es kann sein, daß zunächst die Voraussetzungen, unter welchen Entschädigung zu gewähren ist, in Gestalt ungleich belastender staatlicher Eingriffe gegeben erscheinen und gleichwohl wegen der rechtlichen Eigenart des staatlichen Eingriffes eine Entschädigungspflicht zweifelhaft wird. Und es kann umgekehrt sich ereignen, daß, wo nach den gewöhnlichen Regeln

---

schädigung für die Einquartierungslast nicht gegen die Gemeinde, deren Behörde im „übertragenen Wirkungskreise“ das Quartier anweist: Bad. V.G.H. 10. Jan. 1882 (Reger III S. 68).

unsere Entschädigung nicht Platz griffe, um besonderer Umstände willen gleichwohl eine solche geordnet ist.

I. Der Staat handelt und verfolgt seine Zwecke, auch wo er in Form eines Gesetzes spricht. Denkbar ist, daß er auch so die Einzelnen ungleich trifft und ungerecht belastet. Die allgemeine Forderung eines billigen Ausgleichs könnte sich hieran wieder knüpfen. Allein das Gesetz hat seine Besonderheit, durch die es sich der einfachen Anwendung jenes Grundsatzes entzieht. Und zwar kommt die in zweifacher Hinsicht zur Geltung.

Einmal bedeutet der auf dem Wege der Gesetzgebung erzeugte Staatswille die rechtliche Ungebundenheit[1]. Die Bedingtheiten und Vorbehalte, denen durch die bestehenden Ordnungen die vollziehende Gewalt unterstellt ist, gelten daher für ihn nicht von selbst, insbesondere auch nicht die Rechtsverbindlichkeiten, welche die bestehende Ordnung an obrigkeitliche Handlungen solchen Inhalts knüpft. Es kommt vielmehr alles darauf an, inwieweit er in dem bestimmten Falle sich daran zu halten beliebt hat. Das ist jedesmal eine Auslegungsfrage. Mit allgemeinen Vermutungen für die Absicht, sich zu binden, darf hier nicht gearbeitet werden. Im Gegenteil spricht die Wahl der Form des Gesetzes für die Absicht auf volle Freiheit von dem Gewöhnlichen[2].

Daneben kann ein zweiter Grund herlaufen: wenn nämlich das Gesetz zugleich in Form eines Rechtssatzes spricht. Im Wesen des Rechtssatzes liegt die gleiche Belastung aller, bei welchen seine Voraussetzungen zutreffen. Es könnte allerdings eine ungleiche Belastung vorliegen im Verhältnisse zwischen den in diesem Kreise Begriffenen und den Außenstehenden. Allein die rechtssatzmäßige Regelung hat auch in dieser Hinsicht die Vermutung der

---

[1] Vgl. oben Bd. I S. 69. Der Staatswille als „Gesetz im formellen Sinne" ist legibus solutus und nur er.

[2] Solange die potestas legislatoria nur eine Nummer in der Liste der jura majestatis bedeutet, ist es selbstverständlich, daß auch ihr Gebrauch an die nämlichen Bedingungen geknüpft wird, wie der übrigen. Der souverän gewordene Staat aber spricht von „wirklichen Majestäts- und Hoheitsrechten" bei solchen Äußerungen seiner Gewalt, für die keine rechtliche Bedingtheit mehr anerkannt wird (Pr. Verord. v. 26. Dez. 1808 § 36). In diesem Sinne bezeichnet dann die Kab.Ordre v. 4. Dez. 1831 die Gesetzgebung als Ausübung eines landesherrlichen Hoheitsrechts, die nicht von selbst mit Entschädigungsfolge verbunden sein kann. Oppenhoff, Ress.Verh. zu Verord. v. 1808 n. 111; Anschütz, Ersatzanspr. S. 93. Unter Gesetzgebung war damals die Aufstellung rechtlicher Ordnungen durch den Landesherrn verstanden. Jetzt ist das verfassungsmäßige Gesetz an die Stelle getreten. Vgl. oben Bd. I S. 43 u. 58.

Planmäßigkeit und Gerechtigkeit für sich: die Getroffenen finden in dieser Ordnung selbst wieder ihre Vorteile oder sind dafür anzusehen, daß sie besonders berufen sind, dem Gemeinwesen solche Opfer zu bringen; die Außenstehenden sind dafür wieder mit anderen Lasten belegt. Deshalb ist dem Rechtssatz gegenüber der allgemeine Billigkeitsgrundsatz nicht von selbst bestimmt, den Ausgleich zu liefern durch Gewährung eines Rechtsanspruchs an das belastende Gemeinwesen.

Das gilt aber dann nicht bloß gegenüber dem gesetzlichen Rechtssatz, sondern ebenso für die Verordnung und die Satzung[3].

Diese Freiheit des Rechtssatzes von der Entschädigungspflicht erstreckt sich auch auf Anordnungen und Maßregeln, die von der Verwaltung getroffen werden für den Einzelfall, sofern es sich lediglich um Anwendung des Rechtssatzes handelt, nur durchzuführen ist, was dieser schon fertig gewollt und bestimmt hat. Das ist gedeckt. Sobald die Verwaltung vorgeht mit eigenem Entschluß, wenn auch auf Grund des ermächtigenden Rechtssatzes, fällt dessen deckende Besonderheit weg und die Frage der ausgleichenden Entschädigung erhebt sich gemäß den allgemeinen Grundsätzen[4].

Damit ist nicht gesagt, daß niemals Entschädigung stattfindet, wo Gesetz und Rechtssatz die wirtschaftliche Benachteiligung bewirkt haben. Nur etwaige allgemeine Gesetzesbestimmungen, die solches verheißen, allgemeine Rechtsgrundsätze, Gewohnheitsrecht und was sonst noch zur Rechtsverwirklichung der Billigkeit zu dienen pflegt, das versagt hier. Das Gesetz kann aber auch für diese Fälle nach Würdigung der Umstände eine ausgleichende Entschädigung angemessen finden und sie durch besondere

---

[3] Vgl. oben § 53, III n. 2. R.G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 143); 29. Dez. 1899 (Entsch. XLV S. 251). 20. Okt. 1909 (Entsch. LXXII S. 85). Anders R.G. 18. Mai 1905 (Entsch. LXI S. 10); hier erscheint noch einmal das alte wohlerworbene Recht, an das auch die Gesetzgebung nur gegen Entschädigung rühren darf. — Wenn die Pr. Kab.Ordre von 1831 den „Ersatz eines Schadens aus dem Besteuerungsrechte“ noch besonders ablehnt, so entspricht das der älteren Auffassung, wonach die allgemeinen Steuerverordnungen nicht als Gesetze behandelt wurden (vgl. oben Bd. I S. 47 Note 18). Unsere heutigen Steuergesetze begründen aus doppelter Rücksicht keinen Entschädigungsanspruch: weil sie unmittelbare Einwirkungen des souveränen Staatswillens bedeuten und weil sie sachlich in ihrer Rechtssatzform die Ausgleichung in sich tragen. Bei Anordnung von Gemeindeabgaben durch Ortsstatut wirkt nur der letztere Gesichtspunkt.

[4] Vgl. oben § 40, II n. 3.

Bestimmung gewähren. Das geschieht dann je nachdem durch den gesetzlichen Einzelakt selbst, der den Eingriff macht, oder rechtssatzmäßig, wo der Rechtssatz in solcher an sich befreiten Weise eingreift[5].

II. Die Handhabung der Zivilrechtspflege und noch mehr die der Strafrechtspflege ist imstande, dem Einzelnen die schwersten Nachteile zu bereiten. Das soll nur geschehen, sofern er es verdient hat, also gerechterweise[6]. Aber die Justiz kann fehlgehen, ungerecht treffen; der Justizmord ist der schrecklichste Beleg dafür. Die Justiz muß gleichwohl stattfinden auf diese Gefahr hin. Der Einzelne, den es gerade trifft, wird ein Opfer der staatlichen Notwendigkeiten. Die Voraussetzungen der ausgleichenden Entschädigung sind hier gegeben[7]. Gleichwohl hat sich die Justiz lange Zeit unzugänglich erwiesen für die Anwendbarkeit solcher Grundsätze, auch nachdem sie sich für die Verwaltung schon im breitesten Maße durchgesetzt hatten.

Der Grund dieser Besonderheit liegt wohl in der eigentümlichen Art, wie man die Justiz und ihr Werk zu betrachten gewohnt ist. Das öffentliche Gewissen würde schwer bedrückt sein, wenn man nicht annähme, daß hier, wo alles auf die Durchsetzung des Rechts gerichtet ist, das Recht auch wirklich seine volle Befriedigung findet. Gelingt es an den unteren Stellen nicht gleich, so sind die oberen dazu da, die Sache wieder einzurenken. Ist

---

[5] Für die Rayonservituten wurde vor dem Ges. v. 21. Dez. 1871 Entschädigung nicht gewährt; sie entstehen unmittelbar aus dem Rechtssatz, die Aussteinung ist bloß die Anwendung davon ohne Zutat eigenen Ermessens (vgl. oben § 40 Note 7). Das Reichsgesetz, das damals große Festungsneubauten im Auge hatte, hielt es für billig, Entschädigung zu gewähren. — Den rechtssatzmäßig unterdrückten Privatpostanstalten sprach das Gesetz v. 20. Dez. 1899 Art. 4 Entschädigung zu. Von selbst hätte sich diese nicht verstanden.

[6] Also keine Entschädigung; vgl. oben § 53, III n. 2.

[7] Vgl. oben § 53 S. 539, 543. Merkel, Enzykl. § 708 Note, bezeichnet ganz richtig die Gesichtspunkte, die in solchen Fällen bei der Verwaltung für die ausgleichende Entschädigung maßgebend sind: „Der Staat kann die ihm in bezug auf die Bestrafung der Verbrecher gestellte Aufgabe nicht lösen, ohne daß vielfach die gegen diese gewendeten Waffen Schuldlose treffen. Die letzteren tragen hier unfreiwillig einen Teil der Unkosten, von deren Bestreitung die Erreichung der staatlichen Zwecke abhängt. Ganz ähnlich wie derjenige, der sein Gut hergeben muß, weil der Staat es für seine Zwecke braucht.“ Die Analogie der Enteignungsentschädigung wurde bei der lebhaften literarischen Bewegung für die Opfer der Justiz besonders gern angerufen: Kronecker, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter S. 17; Verh. d. 1C. D. Jur.Tages II S. 241 ff., 345 ff., namentlich S. 265 (Jaques).

die Sache irgendwie bei der Justiz endgültig erledigt, so muß sie dafür angesehen werden, gut erledigt zu sein. Tatsächlich ist das ja, menschlicherweise, keineswegs immer der Fall. Aber der Jurist drückt die Augen zu, das Volk läßt es gefühlsmäßig so gelten, und diese Selbsttäuschung ist eine sehr segensreiche Einrichtung. Nichts wäre aber mehr geeignet, den wohltätigen Schleier zu zerreißen als die Zulassung von Entschädigungsklagen gegen den Staat wegen schlechter und schadenstiftender Urteile seiner Zivil- und Strafgerichte[8].

Dazu kommen noch Gründe mehr äußerlicher Art. Vor allem sind es ja die ordentlichen Gerichte selbst, die über die Haftungen des Staates für derartiges Fehlgehen seiner Einrichtungen erkennen. Das tun sie leicht, sogar mit einer gewissen Befriedigung, wenn es die Verwaltung ist, die fehlgegangen sein soll; für die Behauptung, daß auch der Justiz Menschliches unterlaufen sei, wären sie von vornherein nicht so leicht zugänglich. Dann aber versagt hier auch sachlich das Mittel, mit welchem man in derartigen Fällen die Entschädigungspflicht des Staates zu begründen wußte: er soll einstehen für das Verschulden seines bestellten Geschäftsführers, der in erster Linie selbst haftete, beim Richter aber ist ja von jeher diese Haftung aus guten Gründen auf das äußerste beschränkt: sie tritt nur ein, wo er eigentlich aufhört Richter zu sein und den Staat als solcher vertreten zu wollen.

Es ist bezeichnend für die zunehmende Kraft der Billigkeitsforderung, daß sie in neuerer Zeit auch diesen um die Justiz gezogenen Schutzwall durchbrechen konnte. Das beschränkt sich allerdings auf die Strafrechtspflege. Bei der Zivilrechtspflege fallen die Mißstände nicht in solchem Maße auf das öffentliche Gewissen. Schon die Grundrechte von 1848 § 8 hatten staatliche Schadloshaltung für „widerrechtliche“ Gefangenhaltung verlangt. Einzelne Staaten hatten in ihren Strafprozeßordnungen dem entsprochen. Jetzt hat sich auch die Reichsgesetzgebung der Sache angenommen. Das geschah nicht in Form einer Anwendbarerklärung der aus jener Forderung sich ergebenden allgemeinen Entschädigungspflicht. Nur die gröbsten und augenfälligsten Beispiele hat man herausgegriffen. Es kommen in Betracht die Reichsgesetze vom 20. Mai 1898, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahme-

[8] Über die verschiedenen Argumente, mit welchen man diesen merkwürdigen Ausschluß der Entschädigung zu rechtfertigen bemüht war: Pfeiffer, Prakt. Ausf. II S. 361; Sundheim, Schadensstiftung durch Staatsbeamte § 12; Loening, Haftung des Staates S. 98.

verfahren freigesprochenen Personen, und vom 14. Juli 1904, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

Sie geben übereinstimmend das ausgeprägte Bild unseres Rechtsinstituts:

— Der Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den Staat ist überall unabhängig von dem Verschulden eines Beamten.

— Die Zuerkennung der Entschädigung erfolgt nicht in der Weise, wie es die Gerichte eingerichtet haben für die Fehler der Verwaltung, wo der Staat dafür verurteilt wird wie ein Privatmann wegen der Missetaten seines Personals. Sondern die Justiz, die gefehlt hat, bewilligt selbst den versöhnenden Ausgleich[9].

III. Die Polizei entschädigt nicht für die Nachteile, die sie dem Einzelnen so mannigfach bereiten muß, sowenig wie die Strafrechtspflege. Dieser Grundsatz ergibt sich von selbst aus dem Wesen der Polizei einerseits, der ausgleichenden Entschädigung andererseits. Die notwendigen Eingriffe zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens bedeuten für den, gegen welchen sie sich richten mußten, kein besonderes Opfer, das ihm auferlegt worden wäre[10].

---

[9] In der gleichen Weise müßte folgerichtig auch die Verwaltung die bei ihr entstandenen Schäden durch Bewilligung eines Ausgleiches selber heilen; vgl. oben S. 555. — R.G. 11. Dez. 1905 (Entsch. LXII S. 158) hebt mit Recht hervor, daß diese Gesetze zur Gutmachung von Justizschäden „im wesentlichen auf Billigkeitserwägungen beruhen". Sobald man sich aber unter Billigkeit etwas Bestimmtes denken will, kommt man notwendig auf unsere Lehre von der ausgleichenden Entschädigung. J. Goldschmidt, Rechtsgrund d. Entsch. g. unschuld. Verhaft. S. 153, möchte dafür die Idee des für sein Unrecht haftenden Staates setzen. Vielleicht aber wäre auch dieses eigentlich nur wieder die Billigkeitsidee in anderem Gewande?

[10] Vgl. oben S. 548. Oppenhoff, Ressortverh. (1. Aufl. S. 355 n. 106): Ein Entschädigungsanspruch wird nicht begründet durch „Vorschriften, welche lediglich die allgemeinen Grundsätze von der Polizei aufrechterhalten". Aus Anlaß der Berliner Polizeiverordnung, welche die gefährlichen Ofenklappen verbot (vgl. oben Bd. I S. 226 Note 6), klagten die Eigentümer auf Entschädigung wegen der „besonderen Opfer", die ihnen zugemutet worden seien; O.V.G. 5. Dez. 1881 (Entsch. VIII S. 327) weist ab; denn „die Interessen des Gemeinwohles darf der Eigentümer ohnehin nicht gefährden; es wird also kein Mehreres von ihm verlangt, keine neue Beschränkung auferlegt". Vgl. auch R.G. 12. Nov. 1887 (Entsch. XIX S. 353), 20. Sept. 1890 (Entsch. XXVI S. 339), 24. Jan. 1895 (Entsch. XXXIV S. 293), 24. März 1905 (Entsch. LX S. 326); Württ. V.G.H. 16. Dez. 1903 (Jahrb. f. Württ. Rechtspfl. XVI S. 89). — Anschütz, Ersatzanspruch S. 29 Note 6 und dann noch einmal ebenso S. 101 Note 93, bemerkt zu meinem Satz

Wie bei der Strafrechtspflege müßte auch hier die Entschädigung wieder Platz greifen, wenn die Verletzung die Folge ist eines *Fehlgehens* der Polizeigewalt. Zum Unterschied von dort bestehen hier keine besonderen Hinderungsgründe für die Durchführung des Billigkeitsgrundsatzes. Er bekommt jetzt seine Verwirklichung in der Form der allgemeinen gesetzlichen Haftbarkeit des Staates für die Verletzung der Amtspflicht bei Ausübung der öffentlichen Gewalt[11].

Überdies findet unter Umständen doch Entschädigung auch statt für die rechtmäßige Ausübung der Polizeigewalt, sofern eben das Gesetz solches *besonders vorsehen* wollte. Es handelt sich wesentlich um dreierlei Fälle.

1. Bestehende *gewerbliche Anlagen* können aus Rücksichten der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit und Ordnung, denen sie Störung bereiten, polizeilich unterdrückt werden. Das würde an sich einen Entschädigungsanspruch nicht begründen. Anders, wenn die Anlage zu denen gehörte, welche nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung nur nach polizeilicher Prüfung und Genehmigung errichtet werden durften, und diese Voraussetzungen gehörig erfüllt hatte. Auch dann kann gemäß Gew.Ord. § 51 eine nachträgliche Unterdrückung erfolgen, wenn sich „überwiegende Nachteile für das Gemeinwohl" ergeben; dieses aber jetzt nur gegen Entschädigung. Der Gedanke ist der, daß die Prüfung und Ge-

---

in 1. Aufl. Bd. I S. 351, daß ausgeschlossen seien von dem Begriff des „besonderen Opfers" alle selbstverschuldeten Nachteile, also namentlich auch solche aus Polizeimaßregeln jeder Art: „Für das Preußische Recht ist das in dieser Allgemeinheit nicht richtig." Es geschieht dort allerdings häufig — früher noch mehr als jetzt — und so auch in den von *Anschütz* in Note 126 u. 143 angerufenen Beispielen, daß man allerlei schädigende Verwaltungsmaßregeln noch als *polizeiliche* Anordnung, *polizeiliche* Verfügung bezeichnet, die wir nicht so nennen würden, als da ist: Brücken verlegen, Wege aufheben und Rechte daran unterdrücken, Privatgrundstücke für die Straße in Anspruch nehmen, fremdes Wasser für gemeinnützige Zwecke in Anspruch nehmen, Gemeinden von Aufsichts wegen zur Erfüllung ihrer Aufgaben anhalten, sogar Ausblicke auf ein Denkmal durch Bauverbot sichern (vgl. oben § 53 Note 56). Darauf habe ich a. a. O. Note 8 hingewiesen und hervorgehoben: der letzte Beweis, daß das keine Polizei ist, liege darin, daß hier ein Entschädigungsanspruch anerkannt wird. Diesen Sprachgebrauch darf man mir also nicht vorhalten wollen. Mein Satz ist gerade in seiner Allgemeinheit richtig. Daß Ausnahmen bestehen, tut dem keinen Eintrag, da wir jedesmal die besonderen Gründe aufweisen können, auf denen sie beruhen. Vgl. hier unten n. 1 u. 2.

[11] Vgl. oben § 53 Note 37.

nehmigung einen gesicherten Besitzstand verleihen soll, ohne den man sich auf kostspielige Anlagen nicht wohl einlassen und der Unternehmungsgeist zum Nachteil der Gesamtentwicklung gelähmt würde. Der Genehmigungsausspruch bedeutet also einen Verbrauch des Rechts der Polizeigewalt, ähnlich der Steuerveranlagung. Von Rechtskraft ist keine Rede (Bd. I S. 343 f.). Ist aber das Recht der Polizei hier verbraucht, so ist der auf ihren Namen gehende Eingriff nur kraft besonderer Zulassung des Gesetzes möglich, also ohne jene Deckung durch das polizeiliche Verschulden des Betroffenen, und die Billigkeitsforderung wird frei[12].

Auf gewerbliche Anlagen, die keine Genehmigung erhalten haben, obwohl sie einer solchen bedurften, findet das keine Anwendung. Ebensowenig aber auch auf Anlagen, die einer solchen nicht bedurften: falls sie sich als polizeiwidrig erweisen, kann gegen sie vorgegangen werden nach gemeinem Polizeirecht, ohne Entschädigung[13].

2. Die polizeiliche Maßregel kann unter Umständen über das ihr eigentümliche natürliche Maß hinausgehen. Das kann rechtlich gedeckt sein durch einen sogenannten polizeilichen Notstand oder durch ausdrückliches Gesetz. In beiden Fällen knüpft sich an den Übergriff, sofern er eben durch die Schuld des Betroffenen nicht voll gedeckt ist, die Forderung einer Entschädigung.

Für die erstere Art hat die Lehre von der öffentlichen Not (oben Bd. I S. 310 u. Note 19) Beispiele geliefert.

In der zweiten Weise knüpft sich die Entschädigung an die Einführung des Schlachthauszwanges gemäß Gew.Ord. § 23 Abs. 2. Alle bestehenden Privatschlächtereien können zu diesem Zwecke unterdrückt werden, ob genehmigt gemäß Gew.Ord. § 16 oder noch aus älterer Zeit herrührend ohne Genehmigung.

---

[12] R.G. 12. Nov. 1887 (Reger IX S. 1 ff.): Gew.Ord. § 51 ist „nicht Konsequenz allgemeiner Rechtssätze, sondern beruht auf Erwägungen der Billigkeit". Aber auch „allgemeine Rechtssätze" können selber auf Erwägungen der Billigkeit beruhen, wie z. B. A. L.R. Einl. § 75; der § 51 beruht nur auf besonderen Erwägungen der Billigkeit.

[13] O.V.G. 16. April 1891 (Reger XI S. 361), 12. Nov. 1891 (Reger XII S. 254). Die Rechtsprechung des O.V.G. ist in diesem Sinne auch bisher gleichgeblieben. Anderer Meinung Landmann, Kom. zu Gew.Ord. § 51 Anm. 2 (6. Aufl. I S. 514), der die nach § 51 zu leistende Entschädigung auch gewährt, wenn es sich um eine nicht genehmigungspflichtige Anlage handelt. Aber um diese zu unterdrücken, falls sie „überwiegende Nachteile für das Gemeinwohl" entwickelt, folglich als polizeiwidrig sich erweist, braucht man ja den § 51 überhaupt nicht, folglich kommt auch die von ihm zugesagte Entschädigung nicht in Betracht. Ebenso v. Rohrscheidt, Kom. zu Gew.Ord. § 51 Anm. 1.

Hier handelt es sich aber nicht um „überwiegende Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl". Eine gewisse Gefährlichkeit ist bei diesen Einrichtungen ja immer gegeben. Aber die einzelne Schlächterei kann den polizeilichen Anforderungen zurzeit vollkommen entsprechen. Der Schlachthauszwang bedeutet nur eine erhöhte Sicherheit der polizeilichen Zwecke und eine erleichterte Überwachung. Deshalb geht diese einschneidende Maßregel über das der Polizeigewalt gesetzte natürliche Maß hinaus; der Eingriff ist ein unverhältnismäßiger und deshalb von zweifelhafter Zulässigkeit[14]. Das Gesetz kann ja auch hierzu ermächtigen; aber sofort wird dabei die Billigkeitsforderung wieder frei. Das Reichsrecht hat es der Landesgesetzgebung überlassen, inwieweit sie für ihre Befriedigung sorgen will[15].

3. Eine Entschädigung ganz besonderer Art findet statt bei der polizeilichen Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, Vieh-, Pflanzen- und Menschenseuchen. Hier wird in der einschneidendsten Weise vorgegangen namentlich gegen die Sachen, welche geeignet sind, die Seuche weiterzuverbreiten. Nach allgemeinen Grundsätzen würde für die polizeiliche Vernichtung solches nachweisbar das Gemeinwohl gefährdenden Eigentums nicht zu entschädigen sein. Allein es kommt in Betracht, daß all diese umfassend gedachten Maßregeln ihres Erfolges nur dann sicher sind, wenn es gelingt, die Mitwirkung der Beteiligten selbst, der Eigentümer also, zu gewinnen. Zu dem Ende werden ihnen Vorschriften gegeben über ihr Verhalten, namentlich wegen zu erstattender Anzeigen. Auf die Nichterfüllung sind Strafen angedroht. Dazu fügt aber das Gesetz als weiteren Antrieb noch die Zusage reichlicher Entschädigung, die hier den Sinn annimmt einer Belohnung für ordnungsmäßiges Verhalten. Daher wird die Entschädigung hier bemessen nicht nach dem wirklichen Wert der von der Seuche erfaßten oder berührten Stücke — die das Gegenteil eines Vermögenswertes, eine gefährliche kostspielige Last darstellen können —, sondern einfach nach dem gemeinen Wert solcher Sachen.

Daher auch geht der Anspruch verloren, wenn der Betroffene

---

[14] Vgl. oben Bd. I S. 231.

[15] Preuß. Ges. v. 18. März 1868 § 7 (Ersatz für den „erweislichen wirklichen Schaden"). Der Schlachthauszwang, indem er über das naturgegebene polizeiliche Machtgebiet hinausgeht, berührt sich mit Monopolen und Regalien (oben Bd. I S. 366 und hier § 51 Note 51): er dient wesentlich zur Förderung des öffentlichen Unternehmens Schlachthaus.

den für solchen Fall gegebenen Vorschriften nicht nachkommt, insbesondere die Anzeige nicht erstattet[16].

IV. Das öffentliche Straßenwesen läßt eigentümliche Entschädigungsfragen entstehen aus den Einwirkungen, von welchen die Baugrundstücke der Einzelnen betroffen werden.

Das Verbot des Bauens ohne fertige Straße ist polizeilich-fürsorgender Art, daher ohne Entschädigungsfolge[17].

Das Verbot des Bauens auf dem durch den Bebauungsplan in Aussicht genommenen künftigen Straßengelände wird wirksam durch die Verweigerung der erforderlichen Bauerlaubnis. Das ist seinerseits ein polizeilicher Akt der Abwehr von Störungen der gemeindlichen Straßenentwicklung. Allein, daß eine abzuwehrende Störung hier angenommen werden kann und folglich der polizeiliche Akt zulässig ist, beruht erst wieder auf der öffentlichen Grunddienstbarkeit, die das Gesetz an den aufgestellten Bebauungsplan knüpft. Und hierfür ist die ausgleichende Entschädigung billigkeitshalber gefordert[18].

Die fertig gestellte Straße gewährt den daran errichteten Wohngebäuden und ihren Insassen nicht bloß den jedermann zugänglichen, sondern auch jenen bevorzugten Gemeingebrauch, auf den sie angewiesen sind[19]. Das hindert die Verwaltung nicht, über die Straße auch fernerhin so zu verfügen, wie das Gemeinwohl verlangt, dem sie zu dienen bestimmt ist. Sie kann diese ganz unterdrücken, verlegen, erhöhen, vertiefen ohne rechtliches Hindernis. Der Gemeingebrauch wird dadurch entsprechend aufgehoben oder beschränkt und erschwert sein. Eine polizeiliche Maßregel in unserem Begriffe ist das nicht. Die Frage der Entschädigung taucht auf, und zwar unter Umständen, die von vornherein eine gewisse Geneigtheit begründen können, sie zugunsten des Straßeneigentümers, der doch nur über seine Sache verfügt, zu verneinen. Sie spitzt sich lediglich darauf zu, inwiefern hierin ein Eingriff in den Rechtskreis des Privaten, Eingriff in das Privateigentum in diesem weiteren Sinne zu finden ist.

Das ist jedenfalls nicht der Fall, soweit es sich nur darum handelt, daß die Straße wohl nach wie vor zu dem Hause führt und vor ihm bestehen bleibt, aber die weitere Fortsetzung, die ihm den Verkehr erleichterte, unzugänglich oder schwerer zugänglich

[16] Viehseuchenges. v. 26. Juni 1909 § 66 ff.; Reblausges. v. 6. Juli 1904 §§ 6 u. 7; Ges. betr. d. Bekämpfung gemeingef. Krankheiten v. 30. Juni 1900 § 28 ff.

[17] Vgl. oben § 40 Note 13 u. 24.

[18] Vgl. oben § 40 Note 25 u. 26.

[19] Vgl. oben S. 145 f.

gemacht wird. Solche entferntere Vorteile kommen ja auch anderen in nicht viel geringerem Maße zugute und werden nicht von selbst zum Gegenstand eines besonderen rechtlichen Anspruchs[20].

Das gleiche gilt auch von solchen Benutzungen der öffentlichen Straße, die gerade nur dem angrenzenden Hausbesitzer dienen, wie das Abladen von Waren, das Aufstellen von Fuhrwerken, die Vornahme gewerblicher Verrichtungen, das Niedersitzen auf herausgetragenen Stühlen und Bänken, wie das in ursprünglicheren Verhältnissen der Gemeingebrauch noch mit sich bringt. Das kann, wenn das Gemeinwohl es erfordert, jederzeit beseitigt werden und Entschädigung wird dann nicht geschuldet sein. In den Rechtskreis der Hausbesitzer ist hier nicht eingegriffen; die Wirkung der Maßregel beschränkt sich auf den Herrschaftsbereich der öffentlichen Verkehrsstraße selbst[21].

---

[20] Gegen Dernburg, der in Pand. I § 72 Entschädigungsansprüche der Straßenanlieger bejaht, für den Fall ihnen durch Verlegung, Erhöhung oder Erniedrigung „die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird", erhebt Ubbelohde, Forts. zu Glück, Pand. Bd. 43 u. 44, IV, 1 S. 187 lebhaften Widerspruch. Er weist warnend darauf hin, welche gefährlichen Folgerungen solche Grundsätze haben müßten. Die Frachtfuhrleute, meint er, welche durch Eröffnung der Eisenbahn, die Eigentümer und Hypothekare der Häuser an der alten Straße, welche durch Ablenkung des Verkehrs nach der neuen Straße Schaden leiden usw., alles das könnte kommen und dem Gemeinwesen seine Rechnung präsentieren! Das ist aber ein Irrtum. Unsere ausgleichende Entschädigung, wie sie auch Dernburg meint, umfaßt solche entferntere Vorteile nicht. Das ergibt sich uns aus ihrem Begriff und Wesen, wonach sie nur das besondere Opfer vergütet. Tatsächlich hat auch die Rechtsprechung, die sonst so gern nach Formen greift, in welchen sie den benachteiligten Hausbesitzern zu Hilfe kommen könnte, vor derartigen Fällen immer Halt gemacht. R.G. 16. Nov. 1880 (Entsch. III S. 171): Eine Straßenstrecke wird unterdrückt bis an das Grundstück, auf welchem die Häuser des Entschädigungsklägers stehen; dieser beschwert sich über „die Beschränkung der Zuwegung seines Grundstücks", er hat aber noch anderen Zugang, die Bequemlichkeit ist nur vermindert; die Zurückweisung des Entschädigungsanspruches war also gerechtfertigt. R.G. 13. Jan. 1882 (Entsch. VI S. 159 ff.): Ein Weg wird aufgehoben; Entschädigungsklage eines Grundbesitzers wegen der Umwege, die er deshalb machen muß; als unbegründet abgewiesen. R.G. 4. Nov. 1881 (Entsch. VII S. 173): Keine Entschädigung, wenn ein (nicht zugleich auch enteigneter) Grundbesitzer infolge einer Bahnanlage Vorteile verliert, deren Ausnutzung ihm seither durch die bloße Tatsache des Bestehens des öffentlichen Weges möglich war; es handelt sich um „zufällige Vorteile", nicht um „bestehende Privatrechte", in welche eingegriffen wurde. Vgl. auch Bayr. Ob.G.H. 27. Okt. 1877 (Samml. VII S. 50), 12. Mai 1878 (Samml. VII S. 842); Sächs. Min. d. I. 9. Aug. 1881 (Sächs. Ztschft. f. Pr. II S. 319).

[21] Vgl. oben S. 146 f. Die Entziehung solcher bevorzugter Benutzung der Straße geschieht regelmäßig auf dem Wege straßenpolizeilicher Anordnung

Es gibt aber gewisse Stücke des Gemeingebrauchs, deren Vorteile für den Bestand des Wohngebäudes selber von wesentlicher Bedeutung sind, so daß es für seine eigene Benutzbarkeit darauf angewiesen und eingerichtet ist: Zugänglichkeit durch die Haustür, Licht und Luft durch die Fenster, Wasserablauf, alles mit den notwendigen und üblichen Vorsprüngen. Wer an diesen Zustand rührt, greift das Haus selbst an in seinem rechtlich geordneten und geschützten Dasein, verletzt den Rechtskreis des Eigentümers. Das gilt, solange die Straße besteht, gegenüber jedermann, einzelnen Mitbürgern oder der Verwaltung selbst. Allerdings: die Verwaltung kann, wenn das öffentliche Wohl es verlangt, die Straße verändern oder beseitigen. Dann muß auch der Eigentümer solchem Eingriff sich fügen; er ist nicht etwa in seinen Rechten verletzt, sondern seine Rechte weichen. Aber gerade das ist der Fall des besonderen Opfers, das für das Gemeinwohl dem Einzelnen zugemutet wird. Die Billigkeitsforderung greift Platz[22].

Wie sie befriedigt wird, durch A.L.R. Einl. § 75, durch Gewohnheitsrecht, durch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, durch rechtsähnliche Anwendung der Enteignungsentschädigung, das ist dann die zweite Frage, mit deren Lösung die Rechtshandhabung fertig werden kann und muß ohne alle Zuhilfenahme zivilrechtlicher Konstruktionen, für welche hier kein Platz ist[23].

(vgl. oben § 37 II n. 2); dann ist nach dem hier oben III Ausgeführten von Entschädigung ohnedies nicht die Rede.

[22] Wenn die Rechtsprechung sich so viel Mühe gegeben hat, die Entschädigung anzuknüpfen an eine zugunsten des Wohnhauses begründete Servitut (vgl. oben § 37 Note 43 u. 44), so hatte das insofern einen guten Sinn, als dadurch eine feste Abgrenzung gewonnen wurde gegenüber allen anderen Arten von Benutzungen der öffentlichen Straße, deren Entziehung einen Entschädigungsanspruch nicht begründen soll. Bei genauerer Betrachtung der besonderen Art des dem Hause unmittelbar dienenden Gemeingebrauchs, der sich mit dessen Werte selbst verbindet, erhalten wir aber diese Abgrenzung, ohne derartige rechtliche Unmöglichkeiten zu Hilfe zu rufen. — Das Odium der städtischen Hausbesitzer (Anschütz, Ersatzanspr. S. 112) scheint mir kein genügender Gegengrund zu sein; ebensowenig der Umstand, daß A. L.R. II, 15 § 7 den „freien Gebrauch" der Straße einem jeden nur „gestattet", also wie Anschütz S. 109 Note 117 und Seite 110 Note 120 hervorhebt, durch „positiven Ausspruch" ein Recht auf den Gemeingebrauch verneint: es spricht ja auch nicht von Gemeingebrauch überhaupt, sondern nur vom „Reisen und Fortbewegen von Sachen".

[23] Ausdrückliche Bestimmungen im Sinne der hier entwickelten Billigkeitsforderung geben neuerdings: Bad. Ortsstraßenges. v. 6. Juli 1896 Art. 29; Els.-Lothr. A.G. z. B.G.B. v. 17. April 1899 § 40a Abs. 2; Sächs. Bauges. v.

V. Soweit die Einzelnen in Friedenszeiten in Anspruch genommen werden für die Zwecke und Bedürfnisse der Landesverteidigung, regelt sich die Frage der etwa zu leistenden Entschädigung nach den allgemeinen Grundsätzen, die auch sonst hierfür gelten.

Im Kriegsfalle aber ist eine Unterscheidung zu machen.

Was unser Staat zur letzten Vorbereitung der eigentlichen Kriegsführung bedarf, für Ausrüstung und Unterhalt des Heeres, für vorsorgliche Anlage von Befestigungen und Freilegung des Vorgeländes, fällt noch unter die Regeln des Friedensrechts, auch wenn es „Kriegsleistung" heißt. Die Entschädigung für die dadurch zugemuteten besonderen Opfer richtet sich stets nach den allgemeinen Grundsätzen des friedlichen Verwaltungsrechts. Anders steht es mit solchen Eingriffen, welche vorgenommen werden im Drange des Kampfes selbst, durch den Kampf oder in unmittelbarem Zusammenhange mit ihm. Das sind die Kriegsschäden im eigentlichen Sinne. Es ist nicht mehr die geordnete Verwaltung, was so wütet, sondern die entfesselte Kriegsfurie. Der im Verwaltungsrechte vorgesehene Ausgleich der im ordentlichen Gang der Dinge den Einzelnen zugemuteten besonderen Opfer gilt hierfür nicht[24].

Das gleiche ist zu sagen von allen Schäden, die der eingedrungene Feind bei uns anrichtet oder die er sonst unserem Volksvermögen zu bereiten weiß, im Kampfe oder außer ihm. Sein Tun steht nicht unter unserem Verwaltungsrecht; dessen Rechtsfolgen knüpfen sich nicht daran, und selbstverständlich hat unser Staat nicht dafür einzustehen.

Auch hier wird ja die Billigkeitsforderung entstehen, daß schließlich durch Ersatzleistung aus den gemeinsamen Mitteln ein Ausgleich stattfinde, ähnlich wie bei den besonderen Opfern, welche für die Verwaltung gebracht werden müssen. Dafür aber ist ein ständiges Rechtsinstitut nicht zur Ausbildung gelangt. Es ist jedes-

---

1. Juli 1900, §§ 33, 24. — Vgl. zur ganzen Frage: Dreyer, in Verw.Arch. XX S. 161 ff. Mit der Verneinung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts ist aber meine Lehre nicht erledigt.

[24] Vgl. oben Bd. I S. 10. Das gilt auch für den Kampf zur Niederwerfung eines inneren Aufruhrs. O.A.G. Dresden 18. Mai 1852 (Seuff. Arch. V N. 288) verweigert für die Verwüstungen, welche die Truppen bei solcher Gelegenheit angerichtet haben, jede Entschädigung. — Das Wesen der Kriegsschäden wird im obigen Sinne verstanden von Kab.Ordre v. 4. Dez. 1831, wenn sie Klagen gegen den Fiskus „auf Ersatz eines Schadens aus den Zufällen des Krieges" übereinstimmend mit der bestehenden Gesetzgebung für unzulässig erklärt.

mal der Staatsgewalt zu freier Erwägung vorbehalten, ob und in welchem Maße sie Vorkehrungen treffen kann und will, um jener Forderung Genüge zu tun. Unbeschadet vorläufiger Hilfen und Feststellungen wird das erst nach Beendigung jedes Krieges, wenn die Sachlage sich voll übersehen läßt, zum Gegenstand einer durchgreifenden Regelung gemacht werden können[25].

VI. Ausnahmsweise werden auch zwischen Einzelnen, die sich auf privatrechtlichem Boden gegenüberstehen, Entschädigungsansprüche begründet sein, die eine gewisse Ähnlichkeit mit unserer ausgleichenden Entschädigung nicht verkennen lassen, namentlich sofern auch sie auf eine Forderung der Billigkeit zurückzuführen ist.

So nach B.G.B. § 829 die Schadensersatzpflicht des Geisteskranken oder Jugendlichen, der einem anderen Schaden zugefügt hat, ohne, seines Zustandes der Unvollkommenheit halber, nach dem Gesetze dafür verantwortlich zu sein: er haftet wenigstens insoweit, „als die Billigkeit nach den Umständen es erfordert".

Hierher gehören ferner die Entschädigungsansprüche für Ausübung der Notstandsbefugnisse nach B.G.B. § 904, des Not-

---

[25] Nach den Napoleonischen Kriegen wurden in Preußen besondere „administrative Kommissionen" eingesetzt, um über die angemeldeten Kriegsschäden zu erkennen und Entschädigung dafür zu gewähren. Ein vor den Gerichten geltend zu machender Anspruch (gleichbedeutend mit Rechtsanspruch überhaupt) wurde selbst dann nicht anerkannt, wenn behauptet wurde, der Preußische Staat habe diese Ersatzansprüche „gegen ein anderes Gouvernement liquidiert" (zu der französischen Kriegsentschädigung): Oppenhoff, Ressortverh. S. 85 n. 251. Vgl. auch v. Roenne, St.R. d. Pr. Mon. I S. 706 Note 4; Heilfron, Kriegsschäden I S. 35 ff. Wenn hierbei immer von „Ausgleichung der Kriegsschäden", „Repartition" oder „Peräquation" derselben gesprochen wird, so kommt darin der Gedanke zum Ausdruck, der unserem ganzen Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Billigkeitsentschädigung überhaupt zugrunde liegt.

Zurzeit ist maßgebend für diese Dinge Kriegsleistungsges. v. 13. Juni 1873 § 35: „Für Leistungen, durch welche einzelne Bezirke, Gemeinden oder Personen außergewöhnlich belastet werden, sowie für alle durch den Krieg verursachten Beschädigungen an beweglichem und unbeweglichem Eigentum, welche nach den Vorschriften dieses Gesetzes nicht oder nicht hinreichend entschädigt werden, wird der Umfang und die Höhe der etwa zu gewährenden Entschädigung und das Verfahren bei Feststellung derselben durch jedesmaliges Spezialgesetz des Reichs bestimmt". Das bedeutet die Verneinung eines Rechtsanspruches mit Eröffnung der Aussicht auf Gewährungen im gegebenen Fall durch den selbstverständlich freibleibenden Gesetzgeber. Die zuerst erwähnten Leistungen werden schon nach Kriegsleist.Ges. vergütet; sofern das nicht ausreicht, wird hier ein zweites Stockwerk von Billigkeitsrecht aufzusetzen geplant. — Zur vorläufigen Feststellung der Schäden des jetzigen Krieges ist das R.Ges. v. 15. Juli 1916 ergangen.

wegrechts nach § 917, für die notwendige Duldung des Überbaues nach § 912. Verwandt sind damit die Vergütungen nach § 951 für Verbindung, Vermischung, Verarbeitung. Hier läßt überall das Gesetz Erwägungen des Gemeinwohls in die Ordnungen des Privatrechts hineinfließen — ne urbs ruinis deformetur —, und der dabei zu Nachteil kommt, erhält die Entschädigung zuerkannt.

Die Ähnlichkeit mit unserer Entschädigung tritt noch deutlicher hervor, wenn diese Rücksicht auf das Gemeinwohl von der Verwaltungsbehörde, statt durch das Zivilgericht, gehandhabt werden soll und von dieser auch die Entschädigung festgestellt wird.

In dieser Weise ist bei Ablösung der Grundlasten verfahren worden: es handelt sich um Privatrechte zwischen Privaten; der Staat tritt zur Förderung der bäuerlichen Wirtschaft dazwischen und führt die Änderung durch gegen eine von dem bisherigen Lastträger an den bisherigen Berechtigten zu leistende Entschädigung.

Die Wassergesetze geben den Grundbesitzern übereinstimmend gewisse „Zwangsrechte“ behufs besserer Ausnutzung der vorhandenen Wasserläufe, gegen Entschädigung; die Verwaltungsbehörden entscheiden[26].

Ähnliches auf dem Gebiete des Bergwesens[27], des Forstwesens[28]; auch die Baupolizeibehörde begründet für den Bauenden Rechte zu vorübergehender Benutzung des Nachbargrundstücks und legt ihm dafür die gebührende Entschädigung auf[29].

Zu den Fällen dieser letzteren Art ist nun zu bemerken: Es handelt sich allerdings um einen Verwaltungsakt, der den Eingriff in das Recht des Eigentums des Dritten vornimmt und auch die Entschädigung zubilligt. Allein diese Entschädigung ist nicht von derselben Natur wie unsere ausgleichende Entschädigung: sie gleicht nur aus für den Geschädigten, wie der Schadensersatz für rechtswidrige Schädigung den Vermögensunterschied vor- und nachher ausgleicht, aber sie gleicht nicht aus in dem Sinne, daß sie den Schaden auf die Gesamtheit übernimmt und von allen nach ihrer Pflicht, für das Gemeinwesen aufzukommen, tragen läßt. Diese

---

[26] Pr. Wasserges. v. 7. April 1913 §§ 330—341. Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 §§ 157—165; Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 §§ 151—152; Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 §§ 26—39.

[27] Pr. Bergges. v. 24. Juni 1892 §§ 135 ff.

[28] Pr. Schutzwaldungenges. v. 6. Juli 1875 §§ 2 ff.

[29] Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 89.

Entschädigungspflicht bleibt an dem Leistenden hängen, wie jene Schadensersatzpflicht. Und vor allem: der Eingriff, den der Verwaltungsakt macht, wie die Entschädigung, die er zuspricht, bedeuten hier lediglich privatrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Diese sind beiderseits Einzelne, gewöhnliche Privatleute, keine Träger öffentlicher Verwaltung; daher können öffentlichrechtliche verwaltungsrechtlich zu beurteilende Verhältnisse zwischen ihnen nicht bestehen.

Wir haben hier den Fall vor uns von Verwaltungsakten mit privatrechtlicher Wirkung. Es handelt sich um Hilfsinstitute des bürgerlichen Rechts, für welche die Verwaltung ihre Behörden stellt, die hierzu durch ihre besondere Sachkunde besser empfohlen sind als die der allgemeinen Zuständigkeit nach eigentlich berufeneren ordentlichen Gerichte[30]. Diese Erscheinungen fallen demnach, trotz der äußerlichen Verwandtschaft, aus dem Rahmen unseres Rechtsinstituts völlig heraus.

[30] Vgl. oben Bd. I S. 121 u. Note 11 daselbst und hier S. 2 f.

Dritter Abschnitt.

Die rechtsfähigen Verwaltungen.

§ 55.

Die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts.

Unter einer rechtsfähigen Verwaltung verstehen wir ein abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung, das da ausgestattet ist mit eigener Persönlichkeit. Die Rechtserscheinung, die sich uns darbietet, entspricht dem, was das bürgerliche Recht ausgebildet hat unter dem Namen der Juristischen Person. Nur handelt es sich eben wieder um eine juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts[1].

[1] Der Ausdruck „rechtsfähige Verwaltungen", nach dem Vorbild des „rechtsfähigen Vereins" und der „rechtsfähigen Stiftung" des B.G.B. geprägt, scheint mir gut zu sagen, was hier gemeint ist. — Wir werden dafür als kürzere Bezeichnung auch das Wort „Verwaltungskörper" gebrauchen, dessen man sich ja schon mehrfach in diesem Sinne bedient hat. Der Körper bedeutet die juristische Person; man wird sich dafür auf die entsprechende Verwendung des Wortes corpus berufen dürfen. Verwaltungskörper würde dann eine für die Führung öffentlicher Verwaltung eigens geschaffene juristische Person bedeuten. — In der 1. Aufl. S. 371 u. 372 habe ich vorgeschlagen, mir für den gleichen Zweck den Gebrauch des Wortes „Selbstverwaltungskörper" zu gestatten, wohlwissend, daß es eigentlich nur die Gemeinden bezeichnen soll und was ihnen gleichsteht. Ich halte aber jetzt doch für besser, es in diesem eigentlichen Sinne zu belassen, wo es mit seinem trotzigen „Selbst" sehr geeignet ist, die Besonderheit dieser Art von Verwaltungskörpern zu betonen (vgl. unten § 58 Note 13, § 61 Note 3). — „Körperschaft" soll daneben in dem üblichen Sinne verbleiben, wonach nur solche juristische Personen damit gemeint sind, hinter denen ein zugehöriger Verband von Menschen, eine Mitgliederschaft steht (vgl. unten Note 24). — In der Abneigung gegen den Ausdruck „juristische Person" stimme ich mit Gierke überein, der ihn Deutsch. Priv.R. I S. 469 „nichtssagend oder irreführend" nennt; er ist jedenfalls unter unseren gelehrten Fremdwörtern ein besonders häßliches. Aber ganz kommen wir eben doch nicht darum herum. — Die Ausdrücke „rechtsfähige Verwaltungen" oder „Verwaltungskörper" sollen den Staat nicht

I. Worin das Wesen der juristischen Person bestehe, darüber ist unter den Schriftstellern des bürgerlichen Rechts sehr viel gestritten worden. Wir müssen in Kürze darlegen, von welcher Auffassung wir bei unseren weiteren Erörterungen ausgehen werden[2].

1. Das Recht ist die Ordnung von Machtverhältnissen. Es setzt also unterschiedene Einheiten voraus, zwischen welchen solche zu ordnende Verhältnisse entstehen können. Die Einheit, mit welcher das Recht rechnet, ist die Person. Persönlichkeit ist die Fähigkeit, in rechtlich geordneten Verhältnissen zu anderen Personen zu stehen. Sie ist gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit, insofern darin die Kehrseite, die Pflichtfähigkeit, stillschweigend mit begriffen wird; sie bedeutet allgemein Empfänglichkeit für die Wirkungen der Rechtsordnung.

Die Rechtsordnung ist um der Menschen willen da. Die von selbst gegebene Einheit, mit der sie rechnet, ist darum der Mensch. Der Mensch ist die natürliche Person. Nicht als ob er von Natur Person wäre. Persönlichkeit entsteht immer erst mit der Rechtsordnung. Aber es ist naturgemäß, daß sie bei dem Menschen entsteht; es ist gegen die Natur, sie ihm zu versagen, und nicht von der Natur gefordert, daß sie sonst noch entstehe. Diese natürliche Person trägt zugleich etwas in sich, an dessen Erscheinungen die Rechtsordnung ihr Kunstgewebe zum großen Teile geknüpft hat, indem sie ihnen die Wirkung bestimmt und ihnen Richtung zu geben sucht; das ist der Wille. Damit die Person ihre Stellung in der Rechtsordnung, wie diese nun einmal gestaltet ist, behaupte, muß sie rechtsordnungsmäßig wollen können; nötigenfalls wird ihr für eine Vertretung im Wollen gesorgt, der erforderliche Sachwalterwille ihr so gestellt. Es handelt sich dabei um eine unentbehrliche Ausrüstung, nicht um die Grundlage der Persönlichkeit: nicht weil er willens-

---

mit begreifen. Sie schließen ihn aus, sofern sie eben auf eine juristische Person hinweisen, was der Staat unserer Auffassung nach nicht ist; vgl. unten III n. 1. Aber auch wenn man ihn für eine solche ansehen will, ist er als der Träger aller Art Verwaltung zu diesen einzelnen Verwaltungen oder gesonderten Verwaltungskörpern genügend in Gegensatz gestellt.

[2] In der Hauptsache habe ich mich, wie in 1. Aufl., angeschlossen an G. Rümelin, Methodisches über die juristischen Personen. Seitdem ist es mir aber, im Zusammenhang mit der Bewegung, die sich ja in unserer Wissenschaft hier geltend gemacht hat, notwendig erschienen, das innere Verhältnis stärker zu betonen. Darüber die Abhandlung: Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht, in Festgabe für Laband, I S. 1 ff.

fähig ist, ist der Mensch Person, sondern weil er *lebt*. Die Philosophie freilich spricht vom Willen in einem anderen als in unserem bestimmten Sinne; für sie kann Wollen und Leben zusammenfallen; Leben ist dann sein Dasein wollen und alles, was daran hängt und hängen soll, seine Angelegenheiten wahrnehmen, seine Zwecke verfolgen, gleichviel, ob das mit rechtlich bedeutsamem Willen geschieht oder im Unbewußten. In diesem Sinne wäre dann allerdings der menschliche Wille die Grundlage der menschlichen Persönlichkeit; denn dieses lebendige Menschendasein soll gerade durch sie vor der Rechtsordnung zur Geltung kommen. Ohne diesen Willen ist kein Mensch, keine natürliche Person da. In der Sprache unserer Rechtswissenschaft aber ist der Wille nur das, was die Rechtsordnung als wirksame Betätigung der Person anerkennt, nur der zu ihr gehörige *wehrhafte Wille*, oder wie Mot. zu B.G.B. I S. 129 u. 131 es bezeichnen, „die erforderliche Willenskraft". *Die* kann fehlen, deshalb gibt es rechtswissenschaftlich willensfähige und willensunfähige Personen. Und für die letzteren wird dann eben jene Fürsorge getroffen, um die ihnen für den Rechtsverkehr erforderliche Ausrüstung zu bereiten. Wenn man den anderen Willensbegriff der Philosophie hier hereinspielen läßt, kann nur Verwirrung angerichtet werden. Wir werden das sogleich darzutun haben.

2. Der Mensch hat aber auch Anliegen und Zwecke, deren Verfolgung und Befriedigung nicht in diesem Einzeldasein beschlossen ist, sondern die *darüber hinausreichen*, sei es, daß sie ihm *gemeinsam sind mit Nebenmenschen*, sei es, daß sie nach ihm sollen übernommen werden können von anderen Menschen, die an seine Stelle treten, auch dieses eine *Gemeinsamkeit, aber in zeitlicher Folge*. Die Rechtsordnung gewährt mancherlei Formen, um von der natürlichen Person aus solche Gemeinsamkeit der Zwecke zu ermöglichen und zu sichern: Gesellschaft, Handelsgeschäft und Firma, Erbfolge, Auflage bei letztwilliger Verfügung. Dabei kann die Einrichtung getroffen sein, daß das gemeinsame Unternehmen im Verkehre auftritt unter einem *einheitlichen Namen*, der gleichmäßig und dauernd die Beteiligten umfaßt, für welche so gehandelt wird. Das bietet dann *nach außen* und solange alles glatt geht, *das Bild einer besonderen Person*, der das Unternehmen angehört und die darin die Zwecke der Beteiligten verfolgt, während diese zunächst ganz hinter ihr verschwinden. Da diese Person nicht zugleich ein Mensch ist, so würde sie unter die Art von Personen zu rechnen sein, die das Gegenteil bilden

von den natürlichen, also unter die juristischen Personen. Allein in Wahrheit ist es überhaupt keine eigene Person, was hier unter diesem Namen erscheint, sondern die Träger des Unternehmens bleiben nach wie vor die einzelnen Menschen, welche sich dafür des gemeinsamen Namens bedienen; sie verfügen frei darüber und sie haften dafür[3].

[3] Die Hauptbeispiele bieten hier offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, dazu die kaufmännische Firma. Überall ist hier die Behauptung einer juristischen Person aufgetreten: Behrend, Lehrb. d. H.R. I S. 251 u. 443. O.V.G. 26. Jan. 1909 (Entsch. LIV S. 5) unterscheidet „physische" und „nicht physische" Personen; zu letzteren sollen „auch solche selbständige Rechtsträger" gehören, die nicht unter den Begriff der juristischen Person fallen; als Beispiel wird die Kommanditgesellschaft auf Aktien genannt. — In der wissenschaftlichen Darstellung unserer Lehre werden solche unvollkommene, unechte juristische Personen sehr deutlich den echten gegenübergestellt durch die Betonung des bloß Äußerlichen, das sie vorstellen. So Unger, Österr. Priv.R. I § 43: nicht eine wirkliche, materielle Rechtssubjektivität, sondern bloß „eine scheinbare formelle". Stobbe, Deutsch. Priv.R. II S. 65: Verbände, die keine juristische Personen sind, wohl aber „wie solche gelten". Meurer, Jurist. Pers. nach D. Reichsrecht S. 79 ff.: Vereinigung, die „nach außen wie eine juristische Person funktioniert, doch keine juristische Person ist". Umgekehrt hatte Salkowski, Zur Lehre v. d. jurist. Personen S. 66 ff., auf die Unterscheidung ganz verzichtet, wenn er aufstellte: „Die juristische Person eines Personenvereins betrifft nur sein Erscheinen nach außen . . Alle inneren Verhältnisse sind für die juristische Person gleichgültig." Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 480 ff., sieht die Grenzlinie wohl; nur, gemäß seiner grundsätzlichen Abneigung gegen allzu scharf umrissene juristische Begriffsbilder, geht ihm wieder über alles „die durch keinen juristischen Machtspruch wegzuschaffende innere Verwandtschaft zwischen Gebilden diesseits und jenseits der Grenze". Das ist gewiß auch ein Gesichtspunkt; aber Klarheit schaffen doch nur juristische Reinkulturen. Auch Dernburg, Pand. I S. 140, ist der Unterschied nicht entgangen; aber er legt seine juristische Person gerade auf die falsche Seite: „Die juristischen Personen sind freilich nichts Körperliches, aber keineswegs etwas Unwirkliches; sie sind Vorstellungen, aber um deswillen nicht Fiktionen. Beides ist nicht identisch. Denn die Fiktion denkt etwas einem Tatbestand hinzu oder von ihm weg, was nicht ist, im Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das Wirkliche einen ihm entsprechenden Begriff". Diese Vorstellung ist tatsächlich der bloße Gesamtname, unter welchem man sich die dahinterstehenden wirklichen Berechtigten „vorstellt", das Gegenteil also der juristischen Person. Diese letztere bedeutet allerdings einen „Widerspruch mit der Realität der Dinge", insofern durch ihre Entstehung die nicht mehr unmittelbar berechtigt sind an dem Unternehmen und was dazu gehört, die es ohne sie waren. Davon soll jetzt sogleich die Rede sein (vgl. unten Note 4 u. 5). Ist sie einmal da, so ist sie für das zu handhabende Recht und für die Rechtswissenschaft eine Wirklichkeit wie eine andere. Daß sie für den Anthropologen keine ist, geht uns nichts an. Fiktion ist demnach auch keine zutreffende Bezeichnung.

Damit eine wirkliche juristische Person entstehe, muß noch ein weiterer Schritt getan werden. Was hinzukommt, bezieht sich in erster Linie nicht auf das Verhältnis nach außen, dem Dritten gegenüber, sondern hat seine Spitze gegen die Beteiligten, deren Zwecken und Anliegen das Unternehmen dient, das hier betrieben werden soll. Von ihnen ist dieses Unternehmen mit allen dazu bestimmten Vermögenswerten rechtlich zu lösen, so daß es ihnen nicht mehr gehört[4]. Da es aber nicht ins Leere fallen soll, läßt das Gesetz für das Unternehmen eine eigene juristische Person entstehen, die es tragen soll und kann. Nur hier ist eine solche am Platze und notwendig. Die ursprünglich Berechtigten stehen nicht mehr als die eigentlichen Rechtsträger hinter dem gemeinsamen Namen, jenem Schein einer Person, sondern stehen einer neuen Person gegenüber, auf deren Schicksal und Vermögen ihnen allerdings dann ein gewisser Einfluß zukommt, gerade soviel als das Gesetz oder was hier an seine Stelle tritt, vorsichtig ihnen gewährt. Das sind dann immer nur Rechte gegen diese Person, die erst mittelbar und durch sie hindurch wirksam werden auf das Ihrige. Diese Absonderung nach innen ist das Entscheidende für die echte juristische Persönlichkeit[5].

3. Während demnach die natürliche Person sich einfach verwirklicht an dem lebendigen Einzelwesen, das hinter ihr steht, kann die juristische Person die bestimmte Gestalt, in der sie erscheinen soll, erst gewinnen durch eine besondere Ordnung, die ihr gegeben wird; ihr Dasein beruht auf ihrer Verfassung.

Die natürliche Person erhält ihre Eigenart, mit der sie sich von anderen unterscheidet, durch die Leiblichkeit des Menschen, dessen Zwecken sie umfassend dient, die juristische durch die Be-

[4] Prot. d. Kom. f. B.G.B. II. Lesung, Bd. II S. 457: Es ergibt sich „aus dem Wesen der juristischen Persönlichkeit", daß das Vermögen „in Wirklichkeit von dem Vermögen der Mitglieder völlig getrennt und ausschließlich für die Vereinszwecke bestimmt sei". — Manchmal besteht das Gesetz auch auf einer sofortigen tatsächlichen Lösung: B.G.B. § 82 (Stiftung); H.G.B. § 195 Abs. 3 (Aktiengesellschaft).

[5] Laband, in Ztschft. f. H.R. XXX S. 499, kommt zu diesem Ergebnis auf dem Wege, daß nur so die Mitglieder des Vereins von der Haftung für Vereinsschulden befreit sein können: diese Befreiung „hat ihre Kehrseite daran, daß ihnen das Vereinsvermögen nicht gehört". Besonders klar Rümelin, Methodisches über d. jurist. Pers. S. 63: „Mit der Annahme der juristischen Person ist zunächst die Loslösung des Vermögens von den beteiligten Menschen statuiert." Zu diesem Vermögen werden die Zivilisten auch das Unternehmen selbst rechnen, das den Zweck der juristischen Person bildet, das Geschäft; auch dieses gehört nicht den beteiligten Menschen, wird nicht in ihrem Namen geführt und nicht mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung für sie.

zeichnung ihres Zweckes, d. h. des Ausschnittes von gemeinsamen Zwecken eines gewissen Kreises von Menschen oder eines zu dauernder Verwirklichung bestimmten Zweckes Einzelner. Der Zweck der juristischen Person ist immer der gewisser mehr oder weniger genau bezeichneter Menschen; einen ihr selbständig eigenen hat sie nicht. Jene Menschen aber sind die Beteiligten, für deren Zwecke sie mit ihrem Zwecke da ist[6].

Die natürliche Person erhält den für sie wirkenden wehrhaften Willen, naturgemäß und falls nicht besondere Mangelhaftigkeiten vorliegen, von dem Menschen, der sie darstellt; dessen Wille gibt ohne weiteres ihren eigenen Willen. Die juristische Person bekommt einen Willen, der für sie zählt als ihr wehrhafter Wille, immer nur durch Vertretung, und diese Vertretung kann nicht so von selbst und in gleichmäßiger Weise anknüpfen an die wechselnden oder ganz verschwindenden und mehr oder weniger unbestimmten Menschen, für deren Zwecke sie dient; es bedarf besonderer Vorkehrung dafür[7].

Zweckbestimmung und Vertretungsordnung sind daher wesentliche Stücke der Verfassung.

---

[6] Rosin, in Annalen 1883 S. 289 ff. Bernatzik, in Arch. f. öff. R. V S. 232 ff. — Ein „Zweckvermögen" im Sinne der bekannten Theorie von Brinz soll damit nicht an die Stelle der juristischen Person gesetzt sein. Es ist ein Irrtum, wenn Waldecker, Öff. Körpersch. S. 23 Note, behauptet, ich „wolle auf die Brinz-Bekkersche Theorie des Zweckvermögens hinaus". Ich habe an der gemeinten Stelle (Festgabe f. Laband I S. 22) das, worin ich mit dieser Theorie übereinstimme, ersichtlich nur hervorgehoben, um den Gegensatz, die richtige juristische Person, desto schärfer zu betonen.

[7] Die „Willensorganisation" gehört zur Ausstattung der juristischen Person, nicht aber bildet ein gegebener Wille ihre Grundlage: Bernatzik in Arch. f. öff. R. V S. 232 ff. — Rosin, R. d. öff. Genossensch. S. 92, bestimmt die Person, natürliche wie juristische, als ein Wesen, „welchem das Recht einen eigenen Lebenszweck und zu dessen Realisierung einen eigenen Willen zuerkennt." Hier sind unsere beiden Bestandteile der Verfassung der juristischen Person gut hervorgehoben. Nur ist eben dieser „zur Realisierung ihres Lebenszweckes" dienliche Wille, sagen wir ihr wehrhafter Sachwalterwille, bei der juristischen Person, nie ein „eigener" wie bei der natürlichen ordentlicherweise. Er wird ihr denn auch in ganz anderer Weise „zuerkannt" wie der natürlichen Person der ihrige: bei dieser paßt ja der Ausdruck gar nicht; nur der juristischen Person wird der ursprünglich fremde Wille durch das Recht stets erst beigegeben und zugerechnet, „zuerkannt", wenn man will. Die gezwungene Erstreckung des Ausdrucks erklärt sich aber aus dem Bestreben, die Übereinstimmung zwischen natürlicher und juristischer Person in diesem Punkte größer erscheinen zu lassen als sie ist. Und das hängt zusammen mit dem mächtigen Einfluß Gierkes, unter welchen Rosin ja ganz unverhohlen sich gestellt hat.

Hier begegnen wir nämlich einer sehr wichtig gewordenen Lehre, welche dem Willen für die Person einen anderen Sinn und eine andere Bedeutung zuschreibt, als wir hier getan haben. Es ist, wie sie sich selbst nennt, die „Theorie der realen Gesamt- oder Verbandspersönlichkeit“ oder auch kurz „Willenstheorie“. Danach wäre der Wille nicht bloß eine Ausrüstung der Person, die sie nötig hat, um im Rechte zu stehen, sondern der Wille bildet ihren Kern, ihr inneres Wesen, ihre nicht vom Recht erst geschaffene, sondern vorher schon bestehende „Realität“. Das wird zunächst von der „natürlichen“ Person, vom einzelnen Menschen behauptet: jeder Mensch ist Person und Rechtssubjekt deshalb, weil ein Wille in ihm ist. Darunter ist selbstverständlich nicht der Wille verstanden, den wir meinen, wenn wir von Willensfähigkeit sprechen; jeder Mensch hat diesen Willen, darum ist eben auch jeder ein Rechtssubjekt; dieser Wille ist also einfach der allgemeine Wille zum Leben, wie man früher wohl sagte: die Lebenskraft, die Seele. Gierke, Genossensch.R. II S. 33: „Es war (im germanischen Recht) der freie, aber sittlich gebundene, der sittlich freie Wille, welcher die Seele der germanischen Persönlichkeit bildete“; S. 36: Das Rechtssubjekt ist „verkörperter Wille“; S. 40: Der „Einzelwille ist Person“; S. 475: „Der Wille ist im Gebiet des Rechts die Seele der Persönlichkeit“.

Wenn wir sagen: der Mensch ist Persönlichkeit, weil er lebt, und Gierke sagt: weil er einen Willen hat, so wird hier kein Widerspruch fühlbar. Denn dieser Wille ist eben nichts anderes als der lebendige Odem, der dem Adam in seine Nase geblasen wurde. Beim Kind würden nach dieser Ausdrucksweise zweierlei Willen rechtlich relevant: sein eigener, wegen dessen es allerdings willensunfähig genannt wird, aber doch Person ist, und der ihm aushelfende Wille seines Vormundes, der allein wirkungskräftig ist und zu seiner Ausstattung mit dem nötigen Sachwalterwillen dient.

Aber tiefgehende Gegensätze werden kund, sobald wir nun von der natürlichen zur juristischen Person übergehen: Wenn der Wille das Wesen der Person ausmacht, so muß auch die juristische Person einen solchen haben, nicht von außen beigegeben, wie der des Vormundes für das Kind, sondern ihr innewohnend, wie dem Kinde die Seele. Und dieses wird von der hier besprochenen Theorie bejaht. Darin besteht eben die „Realität der Verbandspersonen“. Gierke, Genossensch.R. II S. 40: Die Verbandspersonen, Anstalt wie Körperschaft, heben aus den ihnen zugehörigen „Willenssphären“ (= Rechtssubjekten = Menschen) eine zur Einheit verbundene Willensmacht heraus. „Indem der so gebundene und belebte Einheitswille vom Recht als Subjekt anerkannt wird, ist er genau in demselben Sinne wie der Einzelwille Person.“ Gierke, D. Pr.R. I S. 640: Die rechtsfähige Anstaltspersönlichkeit entsteht dadurch, „daß der Träger eines öffentlichen Willens von seinem eigenen Verbandsorganismus einen zu selbständigem Leben befähigten gesellschaftlichen Organismus abzweigt und durch Einstiftung eines einheitlichen Willens beseelt“ (der lebendige Odem!). I S. 647: Die rechtsfähige Stiftung „ist ein selbständiger gesellschaftlicher Organismus, dessen Seele der in ihm fortwirkende Wille des Stifters und dessen Körper der zur Verwirklichung dieses Willens hergestellte Verband von Menschen bildet.“ Was hier Gierke sagt, kann als die maßgebende Formulierung der Lehre von der Realität der Verbandsperson angesehen werden, um die heutzutage eine so bedeutsame Anhängerschaft sich versammelt findet. Niemand, der sich nicht an Worten berauscht, wird sich freilich verhehlen, daß der Lebenswille, der hinter der natür-

lichen Person Mensch steht, nicht ganz so einfach und selbstverständlich auch hinter der juristischen Person aufzuweisen sein wird.

Je weniger man mit der natürlichen Anschauung hier auskommt, desto mehr liegt es nahe, auf allgemein *philosophische Ideen* zurückzugreifen. *Hegel*, dessen Rechtsphilosophie ganz auf der Idee des Willens aufgebaut ist, hat sichtlich auch für diese Verwertung des Willens Anregungen gegeben. *Zitelmann*, Jurist. Personen S. 97, beruft sich denn auch auf ihn. Die Korporation eint die Willen ihrer Mitglieder zu einem „unkörperlichen Willen" (S. 93 u. 112); sie hat also „dieselbe Qualität an sich wie die Einzelnen, nämlich die, Wille zu sein" (S. 94). Dieser Wille kann noch eine besondere Bedeutung haben, die das bekräftigt: „Wie jeder Verband, der eine natürlich-sittliche Basis hat, zugleich Verwirklichung des Allgemeinwillens, des metaphysischen Willens ist, so auch der Staat insbesondere". Dazu wird S. 97 Note 158 auf „*Hegel*, Philosophie der Geschichte S. 37—72 passim" verwiesen. — Ähnlich *Meurer*, Heil. Sachen S. 74: „Rechtssubjekt ist der menschliche Wille"; *Hegel*, Rechtsphilosophie §§ 34 u. 38, soll nach Note 1 daselbst eine Erläuterung geben. Und gerade solch einen Willen hätte dann auch die Stiftung und die Korporation. — *Preuß*, Gem., Staat, Reich S. 156 Note 58, hat es mit einem anderen Philosophen zu tun, bei dem der Wille von besonderer Bedeutung geworden ist, mit *Schopenhauer*. Der sagt einmal: Nicht im Leben der Völker sei Plan und Ganzheit, sondern in dem der Einzelnen, die allein das Reale seien, und da wird ihm denn vorwurfsvoll bemerkt: „So vertritt der Verfasser der ‚Welt als Wille und Vorstellung' gegenüber der Persönlichkeit als Wille die romanistische Person als Vorstellung". Er erkenne also sein eigenes Kind nicht!

Wir können darauf verzichten, darzulegen, mit wie wenig Recht man sich auf diese philosophischen Ideen beruft. Denn das ist doch alles nur Beiwerk, das die Richtung im allgemeinen kennzeichnen mag; der Schwerpunkt liegt bei einer ganz bestimmten, man darf sagen „offiziellen" Lösung, welche die Anhänger der realen Verbandsperson der schwierigen Frage geben, wie der erforderliche Wille, der in dieser Person leben soll, zustande kommt. Er wird nämlich abgeleitet von dem Willen der einzelnen Menschen, die dabei beteiligt sind. Wie das zugeht, auch dafür hat *Gierke* die maßgebende Formel gegeben. Sie ist den Anhängern der Lehre so selbstverständlich geworden, daß ohne weiteres damit gerechnet wird, oft freilich so, als handle es sich bloß um eine poetische Ausdrucksweise. Man darf sich aber durch diesen harmlosen Schein nicht berücken lassen. Es ist notwendig, sie bitter ernst zu nehmen, denn so ist sie gemeint; es werden wichtige Folgerungen daraus gezogen, die uns auch später noch beschäftigen werden.

Die Grundlage bildet „der deutsche Personenbegriff" im Gegensatz zum römischen: *Gierke*, Genossensch.R. II S. 25 ff. Die *römische Persönlichkeit* „ist der vom Recht anerkannte Individualwille"; daher absolut, unteilbar, unübertragbar (S. 29) — was uns ja ohne Schwierigkeit einleuchtet. Die *germanische Persönlichkeit* dagegen ist „sittlich freier Wille" (S. 33), um deswillen sie sehr merkwürdige Eigenschaften mitbringt: Sie ist *nicht absolut*, vielmehr ist es „für seinen (des Rechtssubjektes) Begriff wesentlich, daß der in ihm verkörperte Wille in sich beschränkt und gebunden ist". „Die deutsche Persönlichkeit ist *teilbar*, indem . . . Stücke der Persönlichkeit, einzelne Willenssplitter abgetrennt werden können" (S. 36). „Die deutsche Persönlichkeit ist aber auch *übertragbar* . . . deshalb völlige oder doch teilweise Selbstentäußerung des

II. Das bürgerliche Gesetzbuch handelt unter dem Titel „Juristische Personen" ausführlich von rechtsfähigen Vereinen und Stiftungen und erklärt dann in § 89 ganz kurz zwei der gegebenen Bestimmungen auch anwendbar auf „Juristische Personen des öffentlichen Rechts". Die vorher von ihm eingehend geordneten sind im Gegensatze dazu gedacht als Juristische Personen des bürgerlichen Rechts. Die Ordnung der Juristischen Personen des öffentlichen Rechts erwartet es von diesem letzteren und ebenso die Bestimmung ihres Begriffes.

1. Worin das Besondere einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu finden sei, das wird in der herrschenden Lehre

---

Willens (also der Persönlichkeit) ein vollkommen bindendes Rechtsgeschäft . . ., so daß (im Mittelalter) der öffentliche wie der individuelle Wille in zahllosen Splittern den Gegenstand des Rechtsverkehrs bildete" (S. 37).

Mit einem so beschaffenen Willen läßt sich erklärlicherweise viel anfangen. „Ist die deutsche Persönlichkeit reich genug, um ohne Selbstzerstörung einen Teil ihrer selbst zugunsten einer neuen Willenseinheit aufzugeben, so folgt die Existenz der Verbandspersonen aus der Natur der Dinge" (S. 40). Dieser Wille ist offenbar gedacht als eine tropfbar-flüssige, vielleicht besser: eine knetbare Masse: man nimmt von mehreren Menschen je einen „Willenssplitter", ballt diese zusammen, ein „Einheitswille" entsteht und die Körperschaft ist da; oder man nimmt den Splitter von einem einzelnen Menschen, macht damit eine „Einstiftung" in einen Organismus und sofort wird eine „reale Persönlichkeit" daraus. Die Anhänger der Lehre haben einen Überfluß von Ausdrücken zur Verfügung, um den Vorgang anschaulich zu machen. Jellinek läßt den Willen der juristischen Person nach Bedarf aus dem Einzelmenschen „herausdestillieren"; nach Regelsberger fließen die Einzelwillen zu dem Gesamtwillen der Körperschaft zusammen „wie aus vielen Rinnsalen der Strom"; nach Zitelmann „kristallisiert" sich der Wille des Stifters in der rechtsfähigen Stiftung; nach Meurer „objektiviert" er sich darin, „der Stifter setzt einen Teil seines Willens außer sich"; die Stiftung hat dann „ein eingehauchtes Leben" (der lebendige Odem!); der Wille des Erblassers ist darin „gleichsam erstarrt" und „verewigt" — er nimmt offenbar eine Dauerform an gleich den Sporen. —

Der Ordnung halber wäre nur noch festzustellen, daß es sich hier nicht so sehr um eine Besonderheit des „deutschen Personenbegriffs" handelt, wie Gierke meint (Genossensch.R. II S. 30 ff.). Denn der Personenbegriff wäre ja überall der gleiche, nämlich „Willensverkörperung" (Genoss.R. II S. 25). Der Unterschied liegt bei dem zu verkörpernden Willen selbst, dem psychologischen Phänomen, das den „realen" Kern der Persönlichkeit bilden soll. Von diesem wird behauptet, daß er bei den Germanen dank seiner „sittlich-freien" Natur solche Operationen mit sich anfangen lasse und eben dadurch die Realität der Verbandspersonen ermögliche (a. a. O. S. 33 ff.). Ob er wirklich so geeigenschaftet sei, das ist keine Frage der juristischen Begriffsbildung mehr, sondern betrifft die Psychologen, vielleicht auch die Physiologen. Die müßten das klarstellen. Einstweilen vermag ich nicht daran zu glauben.

mehr oder weniger deutlich, aber wenigstens in der Hauptrichtung übereinstimmend zum Ausdruck gebracht.

Ganz beiseite zu lassen ist nur das allzu äußerliche Verfahren, das die juristische Person des öffentlichen Rechts einfach dadurch kennzeichnen zu dürfen glaubt, daß auf ihre Verhältnisse zu anderen Rechtssubjekten öffentliches Recht zur Anwendung kommt. Das führt dazu, daß eine und dieselbe juristische Person abwechselnd als eine juristische Person des bürgerlichen Rechts und dann wieder als eine solche des öffentlichen Rechts angesehen werden muß. Die ganze Unterscheidung, von der unser B.G.B. ausgeht, würde damit aufgehoben[8].

Es handelt sich hier doch in erster Linie nicht um die Frage, nach welchem Rechte die Verhältnisse der juristischen Person geordnet werden sollen, in die sie bei ihrer Lebenstätigkeit zu anderen Personen treten wird, sondern von welcher Art von Recht sie selber die Ordnung ihres Daseins erst erhält, deren sie ja als juristische Person bedarf (vgl. oben S. 575 n. 3). Das hängt aber ab von der Art von menschlichen Zwecken, denen sie als rechtliche Hilfseinrichtung zu dienen bestimmt ist.

Sind es Zwecke, welche die Menschen, die es angeht, für sich als Einzelne verfolgen, als „Private", gleichviel ob einer allein oder zu mehreren verbunden, gleichviel ob Zwecke „wirtschaftlicher" oder „idealer" Art, so gibt das eine juristische Person des bürgerlichen Rechts; das bedeutet dann, daß sie nach den Regeln des bürgerlichen Rechts entsteht, innerlich geordnet wird und untergeht. Das bestimmt alles das B.G.B. in §§ 21—88. Das H.G.B. und verschiedene Sondergesetze fügen noch weitere Fälle hinzu.

Sind es dagegen Zwecke, die über die von Einzelmenschen, auch in Mehrzahl verbundenen, hinausgehen, mit einem Worte Zwecke der öffentlichen Verwaltung, dann ist die dafür

---

[8] Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 467, sagt ganz richtig: „Privatrechtliche und öffentlichrechtliche Fähigkeit sind bei Verbänden wie bei Einzelmenschen nur zwei Seiten einer einzigen Persönlichkeit". Nachher, a. a. O. S. 619 ff., unterscheidet er ebenso richtig die „öffentliche Körperschaft" nach einem Maßstabe, der dem hier angewendeten nahesteht. Bornhak dagegen, in Ztschft. f. H.R. XXXIX S. 22, kommt geradewegs auf eine juristische Person mit wechselnder Natur hinaus: „Beantwortet sich doch die Frage, ob eine Person eine öffentlichrechtliche oder eine privatrechtliche ist, lediglich nach den Rechtsverhältnissen, bei welchen sie beteiligt ist". Ihm hat sich Schuler, Öffentl. Körpersch. S. 54, angeschlossen. Auch Meissinger, in Fin.Arch. XXX S. 557, spricht in diesem Sinne von der „Doppelstellung der Gemeinde als juristischer Person des öffentlichen und des Privatrechts". So noch manche.

einzurichtende juristische Person eine solche des öffentlichen Rechts, insofern sie berufen ist, ihren rechtlichen Aufbau durch dieses zu erhalten. Das B.G.B. erkennt das an, indem es sich grundsätzlich mit dieser Ordnung nicht befaßt[9].

2. Die Unterscheidung gehört ganz dem neueren Rechte an.

Im alten Rechte war ja öffentliches und bürgerliches Recht überhaupt nicht getrennt.

Der absolutistische Polizeistaat, der zuerst hier eine Scheidung durchführt, tut das freilich gerade in dem Sinne, daß er für das Gebiet des sogenannten öffentlichen Rechts alle Rechtsformen zerschlägt. Recht gibt es zwischen Staat und Untertan nur auf dem Gebiete des Zivilrechts. Ganz folgerichtig gibt es auch nur für dieses juristische Personen, die ja Recht und Rechtsschutzanspruch auch gegenüber dem Staate bedeuten. Juristische Person und juristische Person des bürgerlichen Rechts ist gleichbedeutend.

Der Polizeistaat weiß aber diese juristische Person des bürgerlichen Rechts auch den Bedürfnissen seiner Tätigkeit nutzbar zu machen in der bekannten Weise[10]. Träger der öffentlichen Gewalt sind allemal nur natürliche Personen, Menschen: der Landesherr an der Spitze und unter ihm in seinem Auftrag die bestellten Obrigkeiten, Einzelbeamte oder Kollegia. Sofern die öffentlichen Angelegenheiten, welche von diesen wahrzunehmen sind, eine Vermögensverwaltung mit sich bringen, wird hierfür eine juristische Person neben sie gestellt und zwar, damit sie festen rechtlichen Boden habe, eine juristische Person des Zivilrechts. Das ist der landesherrliche Fiskus, der „gewöhnliche Privatmann“[11].

---

[9] Über den Zusammenhang der Art des verfolgten Zweckes mit öffentlicher Gewalt und öffentlichem Rechte vgl. oben Bd. I S. 15. Ob die einzelne Art juristischer Person nun als Trägerin öffentlicher Verwaltung anzusehen sei oder nicht, dafür gibt es kein einheitlich durchschlagendes äußerliches Merkmal, sowenig wie für die Abgrenzung der öffentlichen Verwaltung selbst. Es kommt auf das Gesamtbild an, von dem wir nunmehr die Grundlinien zeichnen werden. In diesem Sinne Gierke, Genossensch.Theorie S. 167; Regelsberger, Pand. I S. 318; Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 44; Jacobi, Träger der Soz.Vers. S. 18 und die dort Angeführten. — Eine ziemlich unvollkommene Zusammenstellung von Meinungen bei Friedrichs, Verw.Arch. XXIII S. 8 ff. Sein eigenes Kriterium, wonach der Unterschied von notwendiger Mitgliedschaft und freiwilligem Eintritt entscheide, entspricht dem Merkmal, das man auch bei der Anstaltsnutzung durchzuführen versucht hat (oben § 51 Note 10), scheitert hier aber sofort bei der Preußischen Wassergenossenschaft (a. a. O. S. 11 Note 26).

[10] Vgl. oben Bd. I S. 48 u. 50 ff.

[11] Nur soweit der Staat in privatrechtlichem Verkehr steht, ergab sich ein

Der Fiskus hat die Neigung, sich zu vermehren, durch Abschnürung von Zellen, möchte man sagen: jeder einzelne Zweig der Verwaltung bekommt allmählich seinen eigenen Fiskus neben sich, jede Behördenstufe wird damit ausgestattet. Die inneren Reibungen der Bureaukratie werden von den beiderseitigen Fisci vor Gericht ausgefochten [12].

Andererseits entwickeln sich ähnliche Gebilde auch neben den stark verkümmerten Gemeindeobrigkeiten, um die Mittel der Ge-

---

Bedürfnis, ihn den anderen Rechtssubjekten, denen er dort begegnet, gleich und als Rechtssubjekt wie diese zu behandeln. Vgl. oben Bd. I S. 52, ebenda Note 26, S. 122 Note 14. Das Sächs. B.G.B. v. 1863 § 52 steht noch auf diesem Standpunkt: „Das Recht der Persönlichkeit steht dem Staate, sofern er in Verhältnisse des bürgerlichen Rechts eintritt, ... zu". Andererseits nur das Privatrecht kann juristische Personen schaffen; das tut es hier dadurch, daß es vom Staate, wie er sich drüben auf außerprivatrechtlichem Gebiete eingerichtet hat, anerkennt und übernimmt, was es für eine juristische Person brauchen kann, absehend von dem, was er sonst noch ist. Das wird dann eine juristische Person des bürgerlichen Rechts.

Wenn Hatschek, in Verw.Arch. VII S. 427, vom Fiskus sagt: er sei „als ein für die Zwecke des Privatrechtsverkehrs von der Landesgesetzgebung gehörig ausgestaltetes Privatrechtssubjekt, als eine juristische Person des Zivilrechts" vom Gesetzgeber gedacht, so trifft das zu für die Zeit des Polizeistaates und ihre Auffassungsweise, nicht aber, wie Hatschek meint, auch für die Zeit des B.G.B.; dieses rechnet den Fiskus ja ausdrücklich zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts; vgl. hier unten n. 3. Die Erkenntnis, daß der Staat überhaupt keine juristische Person sei im strengen Begriffe, wäre der weitere Schritt, der noch zu machen ist.

[12] Koch, Preuß. Priv.R. I S. 171: Wenn der Staat „als Erwerbsgesellschaft" Fiskus ist, so werden die einzelnen Zweige der Staatsverwaltung dann „weiter personifiziert", Militärfiskus z. B. und Justizfiskus. Noch in neuerer Zeit v. Bismarck, Verw.Ger.Ges. S. 121: „Jede einzelne (fiskalische Kasse) bildet aber vermöge einer Rechtsfiktion ein besonderes Rechtssubjekt; sie können Rechte und Forderungen gegeneinander erwerben" (!).

Die Gerichte lassen jetzt allerdings die alten Gepflogenheiten nicht mehr gelten. O.V.G. 22. Juni 1899 (Entsch. XXXV S. 293): Der Regierungspräsident zu P., in Vertretung des Wasserbaufiskus, klagt gegen die Regierung zu F., in Vertretung des Forstfiskus; Klage wird abgewiesen, weil Kläger und Beklagter keine verschiedenen Rechtssubjekte sind. Entsprechend O.V.G. 21. Nov. 1899 (Entsch. XXXVI S. 18): „Der Staatsfiskus als der Inbegriff des ganzen Vermögens des Staates bildet nur eine juristische Person." Hinter diesem „Vermögensinbegriff" steckt deutlich noch der alte Fiskus. — Wenn jetzt noch von verschiedenen Fisci ein und desselben Staates die Rede ist, so geschieht es bloß der abkürzenden und anschaulichen Vorstellung halber; es sind wieder „Scheinpersonen"; vgl. oben Note 3. In diesem Sinne O.V.G. 14. Febr. 1881 (Entsch. VII S. 6): Brücke über den öffentlichen Fluß, wobei „unten der Stromfiskus wirtschaftet und oben der Chausseefiskus".

meinde zusammenzuhalten, geschützt vor dem Staatsfiskus, wie vor dem Zugriff der Gemeindeglieder, ein Gemeindefiskus wird anerkannt. Auch die Lastenverbände bekommen etwas wie einen Fiskus beigegeben, damit das Aufgebrachte nicht verloren geht. Schulverwaltungen, Armen- und Krankenhausverwaltungen, Kirchenvorstandschaften werden in entsprechender Weise durch besondere Stiftungspersönlichkeiten gestützt. Alles privatrechtlich gedacht[18].

---

[18] Über diese mit der Rezeption des römischen Rechts einsetzende Entwicklung Gierke, Genoss.R. III S. 796: „Tendenz, das Korporationsvermögen im Sinne eines personifizierten Stiftungsfonds aufzufassen"; S. 798: eine Auffassung bricht sich Bahn, „für welche die juristische Persönlichkeit der Korporation nur dem Begriff eines personifizierten Zweckvermögens entspricht". Carpzov, Jurisprud. consistorialis II 329 § 1 spricht bei einem behördlich genehmigten Verein von Pfarrern zur Bildung einer Witwenkasse von einem fiscus confraternitatis. Das Vermögen der Leipziger Juristenfakultät heißt von alters her „Fakultätsfiskus". — Wegen der den Lastverbänden beigegebenen juristischen Personen und der Kirchengemeinden vgl. oben § 48 Note 40. Wegen der politischen Gemeinden: Keil, Landgem. i. d. östl. Prov. Preuß. S. 41 ff.; Ebner, in Verw.Arch. VIII S. 285; Gierke, Genossensch.R. I S. 764, IV S. 269 (Herabminderung der Gemeinde auf eine „vermögensrechtliche Person"). — A. L.R. II, 6 stellt auch die „Korporationen und Gemeinen" unter die Rubrik: „Von Gesellschaften überhaupt" und bestimmt: „§ 81. Korporationen und Gemeinen stellen in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person vor. § 82. Sie werden in Rücksicht auf ihre Rechte und Verbindlichkeiten gegen andere, außer ihnen, nach eben den Gesetzen, wie andere einzelne Mitglieder des Staates, beurteilt". Wieder der „gewöhnliche Privatmann"! — Hubrich, in Arch. f. bürgerl. R. XXX S. 29 ist dieser Auffassung entgegengetreten. Er stellt auf: „Obwohl in der Fassung der Normen von II, 6 die Unterscheidung der neueren Zeit zwischen den Korporationen des Privat- und öffentlichen Rechts nicht ausdrücklich hervortritt, liegt bei genauerem Zusehen diese Unterscheidung sehr wohl im Gedankenkreise des A. L.R." (S. 31), und betont nachher nochmals, daß dem A. L.R. „die neuere Unterscheidung von Körperschaften des öffentlichen Rechts und des Privatrechts im Grunde wohl bekannt ist" (S. 37). Nun ist es ja richtig, was er hervorhebt, daß der Staat sich um gewisse „Korporationen" mehr als um andere „kümmert", insbesondere also um die Kirchen, Universitäten und Stadtgemeinden. Dazu brauchen aber diese „Gesellschaften" nicht notwendig juristische Personen zu sein, und wenn sie mit einer solchen ausgestattet sind, so ist es deshalb doch eine juristische Person des Zivilrechts, gerade wie der Fiskus neben der „Staatsgesellschaft" und ihren eigentlichen Angelegenheiten des Staates, um die dieser sich doch auch kümmert. Daß ein innerer Unterschied bestand bei den neben die Staatsgeschäfte gestellten fisci gegenüber den damit nachgeahmten juristischen Personen des gemeinen Privatrechts, ist ja auch wahr; vgl. oben Note 11. Aber das kam doch erst zum Bewußtsein mit der Entstehung richtiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Insbesondere scheint mir ohne Bedeutung für unsere Frage zu sein, worauf Hubrich a. a. O. S. 32 ff. das Hauptgewicht legen

Die Idee der Verwertung der juristischen Person für die Zwecke der öffentlichen Verwaltung war also reichlich zur Durchführung gebracht. Aber diese juristische Person stand selbständig neben der öffentlichen Verwaltung und erhielt durch diesen Zusammenhang keine Bestimmtheit ihrer eigenen rechtlichen Natur. Sie blieb, für sich betrachtet, dem bürgerlichen Rechte zugehörig.

3. Wenn jetzt das B.G.B. § 89 den Fiskus aufführt an der Spitze der von ihm so bezeichneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, so ist das das Ergebnis eines großen Umschlages, der sich vollzogen hat. Er beruht auf der Einbeziehung der öffentlichen Gewalt in das, was der juristischen Persönlichkeit zugehören kann. Zunächst bildete sich die Lehre aus von den zweierlei juristischen Personen, mit denen man hier zu tun hätte: die eine die Staatsgesellschaft mit ihren Majestäts- und Hoheitsrechten, die andere die dazu gehörige Erwerbsgesellschaft, der Fiskus, jene bestimmt, diese öffentliche Gewalt zu tragen und daher juristische Person des öffentlichen Rechts, diese wie bisher juristische Person des Privatrechts[14]. Im weiteren Fortgang vollzieht sich dann die Verschmelzung: der Staat ist die einheitliche juristische Person, die alles umfaßt, öffentliche Gewalt und privatrechtliche Rechtsfähigkeit; der Fiskus bedeutet fortan nur eine Seite von ihm, gekennzeichnet durch die Richtung auf Vermögen und Vermögenswert und damit auch durch die Geneigtheit, privatrechtlich beurteilt zu werden. Dieser einheitliche Staat ist trotz dieser geringeren Seite, die er dazwischen bietet als berufener Sitz und Ausgangspunkt öffentlicher Gewalt durchweg und einheitlich juristische Person des öffentlichen Rechts[15].

---

möchte: daß Gemeindebeamte, Universitätsbeamte, Kirchenbeamte, zu den „mittelbaren Staatsbeamten" gerechnet werden. Gerade für die Geschäfte, um derentwillen ihren Beamten diese Bevorzugung zuteil wird, sind ja die Kirchengesellschaften usw. überhaupt keine juristische Person nach II, 6 § 81, weil es keine Geschäfte des bürgerlichen Lebens sind. Vgl. auch Hatschek, in Verw.Arch. XVII S. 114; Waldecker, Korp. d. öff. R. S. 61 ff.

[14] So vor allem Koch, Preuß. Priv.R. I S. 170; vgl. oben Bd. I S. 52 Note 26.

[15] Über diesen Umschwung vgl. oben Bd. I S. 121. — Die Zivilrechtswissenschaft hat den Fiskus als eine juristische Person für sich, neben welcher der Staat ein juristisch nicht weiter faßbares „politisches Wesen" vorstellt, noch eine Zeitlang festgehalten: Arndts, Pand. § 41; Stobbe, Deutsch. Priv.R. I § 49, IV, 1. Auch Laband, St.R. (4. Aufl.) II S. 214, hat für Elsaß-Lothringen zunächst einen selbständigen Reichsfiskus angenommen: „Der Landesfiskus von Elsaß-Lothringen ist ein abgesonderter mit eigener vermögensrechtlicher Rechtsfähigkeit ausgestatteter und als besonderes Rechtssubjekt konstituierter Spezial-

Weiter unterhalb führt dann die Entwicklung, ohne eine solche Zwischenstufe, unmittelbar zu dem gleichen Ergebnis[16]. Hier ist es der neue Gedanke des subjektiven öffentlichen Rechts als eines abgegrenzten Stückes Macht über die öffentliche Gewalt, der die Entwicklung vorwärts trägt. Das Stück öffentlicher Verwaltung, dem die bürgerlichrechtliche juristische Person hier diente als Gemeindefiskus, Verbandspersönlichkeit, Stiftungspersönlichkeit, wächst jetzt selbst als Gegenstand ihres Rechts dieser juristischen Person zu, die nun, wie der Staat, als einheitliche juristische Person des öffentlichen Rechts erscheint[17]. Wenn

---

fiskus des Reiches." In der 5. Aufl. II S. 216 ist jetzt „der Landesfiskus von Elsaß-Lothringen das Reichsland als vermögensrechtliches Rechtssubjekt". Im übrigen bietet dieses Land keine Trägerschaft eigener öffentlicher Verwaltung, selbst seine Beamten sind Reichsbeamte (a. a. O. S. 219). Das ist die oben geschilderte Auffassung der Polizeistaatszeit. Das neuere Recht kennt keine mehrfachen Fisci desselben Gemeinwesens und keine von jedem Gemeinwesen mit eigener öffentlicher Verwaltung losgelösten selbständigen Fisci mehr.

[16] Versuche, eine ähnliche Zwischenstufe auszuscheiden, wie sie beim Staat durch das Nebeneinander der zweierlei Staatspersönlichkeiten gebildet wurde, erscheinen allerdings auch hier. So bei Weiske, Samml. d. neuen deutschen Gem.Ges. (1848). Einl. S. X wird zunächst hervorgehoben, gemäß der ersten Entwicklungsstufe, daß wir die Gesamtheit der Gemeinde „nur auf dem Gebiete des Privatrechts, für Vermögensrechte, als eine Person oder juristische Einheit aufzufassen haben", während die Gemeindegewalt schlechthin auf dem Verein ruht. S. XI geht es dann weiter: „Will man die Gemeindegewalt auf das Verhältnis einer Persönlichkeit zurückführen, so könnte man in der Korporation eine öffentliche und eine privatrechtliche Persönlichkeit unterscheiden; die letztere bestünde für die Vermögensrechte. Beide Persönlichkeiten werden aber durch denselben Vorsteher vertreten." Das wäre also eine vorsichtige Andeutung der zweiten Stufe; unsere dritte ist Weiske noch verborgen.

[17] Über diese „abgesonderten öffentlichen Rechte in Form des Besitzes" vgl. oben Bd. I S. 114 ff. — Die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten ist ja oft und auf mancherlei Weise behandelt worden. Wir haben uns begnügt, ohne kritische Auseinandersetzungen all dem unseren eigenen Begriff dort möglichst klar gegenüberzustellen. Er wollte aus der Anschauung der Wirklichkeit gewonnen sein. Jetzt, wo es dem Schlusse zugeht, darf wohl darauf hingewiesen werden, daß dieser Begriff für eine ganze Reihe der inzwischen vorgetragenen Rechtsinstitute, so wie ich sie verstehe, brauchbar und unentbehrlich gewesen ist. Darin liegt seine Rechtfertigung. Bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts wiederholt sich das noch einmal. Namentlich ist er bei diesen auch geeignet, deren Wert gegenüber der vorausgehenden Entwicklungsstufe verständlich zu machen. Alle juristischen Personen sind ja um der Menschen willen da, deren Zwecken sie dienen und mit einer gewissen Sicherstellung versehen. Die privatrechtlichen Stiftungspersönlichkeiten z. B., welche man den öffentlichen Krankenhäusern und sonstigen gemeinnützigen Anstalten früher beigab, sicherten die Absichten ihrer Spender, indem das so gesondert gehaltene Vermögen nicht für andere Zwecke verwendet werden konnte;

man jetzt noch, wie beim Staate, von einem Fiskus der Gemeinde spricht, von einer privatrechtlichen Persönlichkeit der öffentlichen Körperschaft oder Stiftung, so bedeutet das, wie dort, keine besondere juristische Person neben jener Trägerin öffentlicher Verwaltung, sondern nur eine Seite von ihr, gekennzeichnet durch die eigentümliche Richtung auf Vermögen und Vermögenswert, welche jene eine einheitliche juristische Person dabei betätigt.

So entsteht das, was wir *rechtsfähige Verwaltungen* nennen: juristische Personen, die dazu geschaffen und da sind, daß sie ein bestimmtes Stück öffentlicher Verwaltung als ihnen rechtlich zugehörig besitzen und in ihrem Namen führen und wahrnehmen lassen.

Daraus ergibt sich unmittelbar die Forderung: Wenn für jede juristische Person die Ordnung ihrer Gestalt und ihres inneren Aufbaues, ihrer *Verfassung* mit einem Wort, Gegenstand rechtlicher Bestimmungen ist, so erhalten sie diese geborenen Trägerschaften öffentlicher Verwaltung naturgemäß durch das *öffentliche Recht*[18].

Daraus ergibt sich weiter für ihre *Verhältnisse nach außen* ein Doppeltes:

— Bezüglich der *Wirksamkeit Dritten gegenüber* gilt, was für die des Staates selbst gilt: als *öffentliche Verwaltung* unterliegt sie durchweg für alle Beziehungen, in welche sie tritt, dem öffentlichen, dem Verwaltungsrecht; dieses jedoch, wie ja beim Staate auch der Fall ist, nur soweit, als nicht Ausnahmen begründet sind, die einer Anwendung des bürgerlichen Rechts Raum geben. Es kann eine gewisse Art von Tätigkeit ganz aus dem Rahmen der öffentlichen Verwaltung herausfallen, so daß sie für sich betrachtet wie ein privatwirtschaftlicher Betrieb erscheint, entsprechend dem, was man beim Staate als fiskalische Verwaltungen bezeichnet; der Zusammenhang mit der öffentlichen

---

man konnte es höchstens brach liegen lassen. Die neue öffentlichrechtliche Person mit ihrem Rechte an dem öffentlichen Unternehmen selbst sichert dadurch geraden Wegs die Verwendung für diesen Zweck. Das ist gewiß ein bedeutsamer Fortschritt.

[18] *Gierke*, Deutsch. Priv.R. I S. 619 f.: „Das Wesen der öffentlichen Körperschaft beruht in der Erhebung ihres Sozialrechts zu einem Bestandteile der öffentlichen Rechtsordnung. Der Staat unterstellt ihr Gemeinleben ... gleichartigen Normen, wie sie sein eigenes Gemeinleben beherrschen. Darum gilt im Verhältnis der Körperschaft zu ihren Gliedern eine Ordnung, kraft deren das Ganze und der Teil auch für den Staat nicht gleichwertig sind, sondern der höhere Rang des über dem Einzelleben verlaufenden Gemeinlebens zu rechtlichem Ausdruck gelangt." Ähnlich *Jellinek*, Subj. öff. Rechte S. 263 ff.

Verwaltung besteht dann nur darin, daß das Erträgnis dieser Mittel zu liefern bestimmt ist. Es kann auch im Betriebe der dieser juristischen Person zustehenden öffentlichen Verwaltung eine Betätigung unterlaufen, die trotz dieser Zugehörigkeit die Anwendung des bürgerlichen Rechts herausfordert, wie ja auch die öffentlichen Anstalten und Unternehmungen des Staates sich mannigfach selbst bei Verfolgung ihrer eigentlichen Aufgaben der Formen des Privatrechts bedienen (oben Bd. I S. 118 ff.; hier § 51, II). Das bleibt die Ausnahme, mag es auch äußerlich einen großen Raum füllen.

— Sodann aber folgt daraus für ihre Stellung zum Staate, daß sie mit diesem notwendig in einem nahen inneren Zusammenhange stehen. Der Staat ist nun einmal der oberste Ausgangspunkt aller öffentlichen Verwaltung, von der sie selbst ein Stück zu tragen und zu führen haben. Ihre Tätigkeit gehört deshalb immer zugleich ihm an. Das kommt zum Ausdruck in der entscheidenden Mitwirkung, die ihm zusteht bei der Begründung wie bei der Endigung solcher juristischen Personen und ebenso bei allen wesentlichen Änderungen, die mit ihnen vorgehen sollen. Aber auch während ihres Lebenslaufes in einem besonderen rechtlichen Anteil an ihren Geschäften, der ihm vorbehalten ist, sei es, daß er unmittelbar solche besorgen läßt, sei es, daß er nur darüber wacht, daß die berufenen Vertreter dieser rechtsfähigen Verwaltung ihre Schuldigkeit tun und sie bei der richtigen Erfüllung ihrer Aufgaben hält; das geschieht durch Geltendmachung des ihm überall vorbehaltenen, seinem Inhalt nach ausdrücklich bestimmten oder stillschweigend sich von selbst verstehenden Aufsichtsrechts[19].

---

[19] Darüber unten § 61. — Rosin, Öff. Genossensch. S. 18: Öffentlichrechtlich ist diejenige Genossenschaft, „welche kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist". Das findet eben seinen Ausdruck in dem staatlichen Aufsichtsrechte, das gegenüber den rechtsfähigen Verwaltungen besteht, auch wenn nichts ausdrücklich vorgesehen ist in dieser Richtung; es ergibt sich aus ihrem Wesen. — Gegen diese Formel Rosins ist viel Widerspruch erhoben worden: Gierke, Genossensch.Theorie S. 657 Note 1; derselbe, Deutsch. Priv.R. I S. 621 Note 18; Jellinek, Subj. öff. Recht S. 264 ff.; Regelsberger, Pand. I S. 319 Note 4. Wenn sein Merkmal, wie namentlich geltend gemacht wird, nicht zutrifft bei den „anerkannten Kirchen", so liegt das eigentlich nicht an der mangelnden Absicht der staatlichen Gesetzgebung; es beweist nur, daß der staatliche Standpunkt, der die Kirche nach Art eines Selbstverwaltungskörpers behandeln möchte, der Macht der Wirklichkeit gegenüber nicht so ohne weiteres durchführbar ist. Vgl. darüber auch Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 45 ff. Wir lassen deshalb die juristischen Personen des

III. Für die Ordnung unseres Stoffes im allgemeinen werden hier folgende Ausscheidungen und Unterscheidungen zu machen sein.

1. Wenn bei unseren bisherigen Erörterungen ganz naturgemäß der Staat an der Spitze stand, weil er geschichtlich eine Art Vorbild geliefert hat für die Entwicklung, die sich auf den unteren Stufen vollzog, so kommt er des weiteren hier nicht mehr in Betracht. Als Grund könnte genügen, daß die Lehre von dem inneren Aufbau des Staates und der Staatsgewalt nicht in das Verwaltungsrecht gehört, sondern im Staatsrecht, insbesondere seinem ersten und wichtigsten Teil, dem Verfassungsrecht, zu behandeln ist. Es wird aber zur Klarheit der Auseinandersetzung beitragen, wenn wir es aussprechen, daß für uns zwischen dem Staate und den hier darzustellenden rechtsfähigen Verwaltungen auch ein innerer Gegensatz besteht. In diesen letzteren nämlich erkennen wir ja juristische Personen des öffentlichen Rechts im echten strengen Sinne des Begriffes, und als solche treten sie den juristischen Personen des bürgerlichen Rechts gleichartig zur Seite. Der Staat aber ist uns überhaupt keine juristische Person; der Begriff einer solchen, wie wir ihn festhalten müssen, paßt nicht auf ihn. Wer ihm in wissenschaftlichen Schriften den Titel einer juristischen Person beilegt, meint das zu allermeist auch gar nicht in diesem Sinne, sondern versteht darunter nur jene handliche Zusammenfassung der mehrfachen und wechselnden Trägerschaft der Staatsgewalt unter einem einheitlichen Dauernamen. Das, was man als „äußerliche juristische Person“ bezeichnet, wäre allein in Frage (vgl. oben I n. 2). Der Schwerpunkt unseres Rechtsbegriffes liegt aber, wie oben ausgeführt, gerade im inneren Verhältnis: die Loslösung des Unternehmens und der dazu dienenden Machtmittel von dem ursprünglich Berechtigten, um ihr das zu überweisen an seiner Statt, das macht das Wesen der juristischen Person aus. Hier nun handelt es sich um die Verfolgung des Staatszweckes und um die dazu dienende Staatsgewalt. Daß diese durch die theoretische Entdeckung, die im Laufe des vorigen

---

Kirchenrechts hier ganz außer Spiel. Dagegen ist es richtig, daß eine staatliche Aufsicht auch gegenüber privatrechtlichen juristischen Personen geübt wird: polizeilicher Art gegen Versicherungsaktiengesellschaften oder Hilfskassen, oder kraft der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens über Eisenbahnaktiengesellschaften. Da muß also doch noch der genauere Grund der Aufsicht und der durch sie geltend gemachten Pflicht untersucht werden, bevor man sagen kann, daß es sich um eine öffentlichrechtliche Körperschaft handle. Insofern sind jene Einwendungen berechtigt.

Jahrhunderts gemacht worden ist, der Staat sei eine juristische Person, dem König oder in der Republik dem souveränen Volke entzogen worden wäre, um auf das persönlich gedachte Ding überzugehen, als welches man jetzt die alte Einrichtung Staat auffaßt, ist eine unberechtigte Gewaltsamkeit. Da der Souverän, Fürst oder Fürst und Volk oder Volk allein, durch diese theoretische Degradierung keineswegs gebunden ist, widerspricht eine solche Auffassung auch der einfachen Wahrheit der Sachlage. Der Souverän ist nach wie vor Träger der Staatsgewalt zu eigenem Rechte, folglich ist es der Staat nicht, folglich hat es keinen Zweck ihn eine echte juristische Person zu nennen[20].

2. Wir haben es demnach lediglich mit untergeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu tun. Sie allein bieten die entsprechenden Wirklichkeiten. Der Name „rechtsfähige Verwaltungen", den wir gewählt haben, schließt auch von vornherein den Staat nicht mit ein; er weist auf besondere Verwaltungen, begrenzte Stücke öffentlicher Verwaltung hin; für die Fülle öffentlicher Verwaltung, die beim Staate liegt — genauer gesagt: beim Träger der Staatsgewalt, beim Souverän —, paßt der Ausdruck nicht.

Diese rechtsfähigen Verwaltungen, als untergeordnete juristische Personen des öffentlichen Rechts, bedeuten die selbständige Trägerschaft eines bestimmten Teiles öffentlicher Verwaltung, losgelöst von der einheitlichen Staatsgewalt, in der das alles sonst zusammenlaufen würde. Wir sprechen deshalb von einer Abzweigung öffentlicher Verwaltung. Indem an dem so Abgezweigten für die juristische Person ein subjektives öffentliches Recht sich begründet, bedeutet das eine rechtliche Gebundenheit der Staatsgewalt. Während es unrichtig wäre, an eine alles aufzehrende juristische Persönlichkeit des Staates zu denken, die sich an die Stelle setzt des wirklichen Trägers der Staatsgewalt, sind solche begrenzte Ab-

[20] Darüber ausführlicher in Festgabe für Laband, I S. 46 ff. Mehr vom Gefühlsstandpunkte aus Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 467, gegen die Leute, „die in mutiger Folgerichtigkeit das Gespenst einer fingierten Person zum Subjekte der Staatsgewalt erhoben haben. Eine juristische Konstruktion aber, die das Recht über Leben und Tod der Menschen einem so schattenhaften Wesen verleiht, richtet sich selbst". Wir möchten demgegenüber nur den Vorbehalt machen, daß unterhalb der Staatsgewalt allerdings echte juristische Personen des öffentlichen Rechts möglich sind, nicht als Fiktionen, sondern als juristische Wirklichkeiten. Und sodann möchten wir auch beim Staate das Gespenst einer fingierten Person nicht austreiben lassen durch das ärgere Gespenst des in der „realen Verbandspersönlichkeit" sich verkörpernden Gesamtwillens.

zweigungen und Gebundenheiten für unseren Rechtsstaat allerdings möglich: auf sie läuft ja seine ganze künstliche Einrichtung hinaus und das Verwaltungsrecht ist voll davon.

Der gemeinsame Grundgedanke verwirklicht sich wieder auf zweierlei Art[21].

— Die Abzweigung erscheint in der einfachsten Form da, wo sie unmittelbar zugunsten einer zu schaffenden juristischen Person des öffentlichen Rechts erfolgt. Dabei ergibt sich ein Unterschied, insofern es nicht notwendig der Staat selbst ist, der aus der Fülle seiner Zuständigkeit das erforderliche Stück öffentlicher Verwaltung abgibt. Der gleiche Vorgang kann sich auch unterhalb des Staates noch einmal wiederholen. Es sind nämlich in gleicher Weise wie dieser auch die Gemeinden jeder Stufe ausgestattet mit umfassender Zuständigkeit, die sich nicht auf ein bestimmtes einzelnes Unternehmen beschränkt; deshalb werden sie ja mit dem Staate unter dem Namen Gemeinwesen zusammengefaßt[22]. Auch von ihnen kann also wieder eine solche Abzweigung eines Stückes daraus, einer einzelnen öffentlichen Anstalt mit eigener juristischen Person ausgehen. Die neue juristische Person des öffentlichen Rechts, die auf diese Art zur Entstehung kommt, nennen wir eine Anstaltspersönlichkeit und die ganze Einrichtung eine rechtsfähige öffentliche Anstalt (vgl. unten § 56).

Dem Gemeinwesen aber, Staat oder Selbstverwaltungskörper, von dem sie so unmittelbar abgezweigt ist, ihrem Muttergemeinwesen, verbleibt alsdann gegenüber dem neuen Verwaltungskörper ein bestimmter Machteinfluß (vgl. unten § 56, II n. 2), der vom Staatsaufsichtsrechte (oben S. 587) wohl zu unterscheiden ist. Der Staat, dem dieses überall zusteht, kann zugleich das Muttergemeinwesen sein. Es kann aber auch eine Gemeinde das Recht des Muttergemeinwesens besitzen und der Staat daneben das Aufsichtsrecht.

---

[21] Es ist nicht richtig, hier zwei gleichwertige Einteilungen aufzustellen, die sich kreuzen. So Friedrichs, in Verw.Arch. XXIII S. 7: „Neben der Einteilung der juristischen Personen in Körperschaften und Stiftungen geht die in öffentliche und private her." Dadurch geraten die Arten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts in die Gefahr, von vornherein in eine allzu enge Übereinstimmung mit dem der privatrechtlichen gezwängt zu werden. Erst die zwei Grundgegensätze, dann auf jeder Seite selbständig deren besondere Arten aufgebaut! Dabei mögen sich ja Ähnlichkeiten ergeben, auf welche auch die Namen manchmal schon hinweisen. Aber wir behalten ganz freie Hand, zu würdigen, wie weit die gehen. [22] Vgl. unten § 58 Note 10 u. 11.

— Es kann aber auch sein, daß das Ergebnis, das Selbständigwerden einer besonderen juristischen Person, auf einem Umwege erreicht wird. Hier steht das Gemeinwesen, von welchem das Stück öffentlicher Verwaltung losgelöst erscheint, der dafür neu entstandenen juristischen Person nicht ganz so nahe. Es ist auch stets nur der Staat selbst, der es abgibt. Aber seine Loslösung geschieht nicht unmittelbar zugunsten der neuen juristischen Person; vielmehr nimmt die Ausstattung damit ihren Weg über eine Mehrheit von Einzelmenschen, die zum Zwecke dieses ausgelösten Teiles öffentlicher Verwaltung rechtlich verbunden sind und so dafür einen öffentlichen Verband bilden[28]. Sie gelten als die ursprünglich Berechtigten daran. Nur bleibt das Recht nicht einfach bei ihnen und ihrem Verband, sondern geht durch sie hindurch auf die dafür gebildete besondere juristische Person über. Das ist dann der zweite Schritt. Das Recht an dem abgesonderten Stück öffentlicher Verwaltung steht damit endgültig nur dieser letzteren zu. Der Verband geht nicht unter, sondern bleibt aufgenommen in die Verfassung der juristischen Person. Das Recht seiner Mitglieder aber an dem überwiesenen Stück öffentlicher Verwaltung verwandelt sich in ein verfassungsmäßiges Recht an der Verwaltung der zu seiner Trägerin bestimmten juristischen Person, zu einem Mitgliedsrechte. Wir bezeichnen diese Art von juristischen Personen als Verbandspersönlichkeiten und die ganze Einrichtung als eine öffentliche Körperschaft. Es gehören dazu, unterschieden nach der Gestaltung des Verbandes und dem Umfang der Zuständigkeit, einerseits die öffentliche Genossenschaft (vgl. unten § 57) andererseits die Gemeinden oder Selbstverwaltungskörper (vgl. unten § 58).

Bei dieser zweiten Art von Abzweigung besteht ein Recht des Muttergemeinwesens nicht. Das Verhältnis zu dem Gemeinwesen, dem dieses Stück öffentlicher Verwaltung zukäme, wenn nichts Besonderes dafür eingerichtet wäre, ist kein unmittelbares: die Loslösung gilt zunächst zugunsten des Verbandes und erst von diesem aus zugunsten der dazu gehörigen juristischen Person.

[28] Das Wort „Verband" wird ja mit einer gewissen Absichtlichkeit in flüssigem Zustand erhalten, damit es nur ja nichts bedeute, woran man gebunden wäre. Vgl. unten § 56 Note 4. Wir gebrauchen es im Sinne einer Mehrheit von Menschen, die für gemeinsame Zwecke rechtlich verbunden sind. Auch so hat der Begriff einen weiten Umfang, aber doch noch Grenze genug, um brauchbar zu sein.

So besteht hier nur das andere Abhängigkeitsverhältnis, das dem Staatsaufsichtsrechte entsprechende. Es tritt dafür hier desto kräftiger hervor[24].

IV. Bedeuten Staatsaufsichtsrecht und Recht des Muttergemeinwesens besondere Abhängigkeiten des Verwaltungskörpers gegenüber einem höheren Gemeinwesen, so erscheinen andererseits an ihm auch besondere rechtliche Bestimmtheiten zugunsten von Privaten, von Einzelmenschen. Dabei können selbstverständlich auch Staat, Gemeinden usw. noch einmal sein, insofern sie eben einem Privaten gleichgestellt sind, als „Fiskus" auftreten.

Die Menschen, denen die Einrichtungen des Verwaltungskörpers zugute kommen sollen, nennen wir seine Beteiligten. Die Bezeichnung ist von einer gewissen Dehnbarkeit und muß es sein. Denn die Beteiligung ist verschiedener Art, nicht bloß nach Inhalt und Rechtsgestalt, sondern vor allem nach den verschiedenen Seiten des Daseins des Verwaltungskörpers, an welchen sie einsetzt. Wir unterscheiden demnach dreierlei Kreise von Beteiligten.

---

[24] So stimmt unsere Einteilung äußerlich mit der des B.G.B. überein: rechtsfähiger Verein und rechtsfähige Stiftung dort, öffentliche Körperschaft und rechtsfähige öffentliche Anstalt hier. Die Aufzählung der Juristischen Personen des öffentlichen Rechts in B.G.B. § 89 verdoppelt unsere zweite Rubrik zu „Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts". Ursprünglich sollte es nur heißen „Stiftungen". Man fügte die Anstalt hinzu, weil man der Meinung war: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts erhebe sich nicht selten Zweifel darüber, ob eine Anstalt den Körperschaften oder den Stiftungen zuzurechnen sei" (Prot. 2. Les. I S. 611). Das scheint aber eher zu beweisen, daß man sich der Sache nicht recht klar war. Vgl. auch unten § 56 Eing. — Dafür wollte man in der Körperschaft des öffentlichen Rechts einfach das Gegenstück des rechtsfähigen Vereins sehen. Es handle sich um „öffentlichrechtliche Vereine". Zu diesen Körperschaften rechnete man aber auch den Staat, die Kirche, die Gemeinden (Prot. 2. Les. I S. 407 u. 610). Das sind nun zweifellos keine Vereine. Zu den Körperschaften in unserem weitergefaßten Sinne kann man die Gemeinden und was ihnen gleichsteht, rechnen. Auch der Staat wäre eine Körperschaft, wenn er überhaupt juristische Person wäre. Der 1. Entw. des B.G.B. hatte Zweifel. Er bestimmte in § 63, daß die Landesgesetze ungehindert bleiben sollen. dem Fiskus juristische Persönlichkeit zuzuerkennen, und bemerkte dazu in den Motiven (I S. 124): „Der Entwurf kennt zwei Arten von juristischen Personen, Körperschaften und Stiftungen. Ob der Fiskus zu der einen oder der anderen Art gehört, wird verschieden beantwortet. Vielfach findet sich auch die Meinung, daß der Fiskus eine juristische Person eigener Art sei, die sich weder als Körperschaft noch als Stiftung betrachten lasse." — Jedenfalls ist es ein Glück, daß das B.G.B. sich mit genaueren Bestimmungen über die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht zu befassen hatte.

1. Die juristische Person kann bedeuten, daß gewisse Angelegenheiten als die ihrigen besorgt werden, die zunächst und ursprünglich Angelegenheiten hinter ihr stehender *Menschen* sind. Von diesen bezieht sie ihren verfassungsmäßigen Zweck, bezieht sie auch die Mittel, ihn zu erfüllen. Sachlich bleibt das Unternehmen immer noch deren Unternehmen; die juristische Person liefert nur eine bestimmte Form, in welcher es für sie zur Durchführung kommt. Und wenn sie rechtlich durch sie in den Hintergrund geschoben sind, so bleiben sie dafür naturgemäß berufen, einen rechtlichen Machteinfluß zu üben auf diese selbst: die Verfassung, welche die juristische Person mitbekommt, soweit das Gesetz sie nicht schon geordnet oder seinen Behörden vorbehalten hat, ist ihr Werk und an der Bildung ihrer Vertreterschaft nehmen sie hervorragenden Anteil. So verwandelt sich ihr ursprüngliches Unternehmerrecht in ein Recht an der neuen Unternehmerin, die verfassungsmäßig für sie da ist und ihre Zwecke verfolgt. Sie haben ein Recht auf Anteilnahme an ihr, sind anteilsberechtigt. Die also Beteiligten mag man, nach dem Vorbild des Sprachgebrauches der öffentlichen Gemeinwesen, von den anderen unterscheiden als die *Angehörigen* der juristischen Person[25].

Bei der juristischen Person des *bürgerlichen Rechts* begegnen wir zweierlei Arten solcher Berechtigten. Das sind für die rechtsfähigen Vereine die *Mitglieder*, für die rechtsfähigen Stiftungen die *Stifter*. Ihre Eigenschaft als ursprüngliche Träger des zu verwirklichenden Unternehmenszweckes und der dafür bestimmten Mittel gibt sich hier auch der Zeitfolge nach deutlich zu erkennen.

Bei unserer *rechtsfähigen Verwaltung* findet sich ein Seitenstück nur in den *Mitgliedern der öffentlichen Körperschaft*, also der öffentlichen Genossenschaft und der Gemeinde (vgl. unten § 59, I Eing.). Die rechtsfähige öffentliche Anstalt hat naturgemäß solche Anteilsberechtigte nicht. Denn bei ihr steht ja das ursprüngliche Unternehmerrecht nicht einzelnen Menschen zu, Stiftern vergleichbar, sondern dem Muttergemeinwesen, das sein Recht in anderer Form zu wahren hat (vgl. oben S. 590).

2. Im Gegensatze zu diesen Angehörigen der juristischen Person gibt es dann solche Beteiligte, die als *Außenstehende*

[25] Reichsangehörige, Staatsangehörige, Gemeindeangehörige; der letztere Fall trifft nach unserer Auffassung allein völlig zu. Das Wort ist immerhin weit genug, um den Oberbegriff zu bezeichnen, dessen wir hier bedürfen.

aus ihrem Dasein einen rechtlichen Vorteil ziehen sollen. Der Vorteil besteht aber nicht darin, daß sie verfassungsmäßig das Unternehmen als das ihrige führt und dadurch auch den Zweck dieser Beteiligten erfüllt. Vielmehr liegt für diese Außenstehenden der Schwerpunkt in der Bedeutung der juristischen Person, das Unternehmen von den ursprünglichen Unternehmern, Angehörigen oder Muttergemeinwesen, loszulösen und dadurch das ihm gewidmete Vermögen rechtlich sicherzustellen gegenüber den Verfügungen, mit welchen es von diesen seinem Zwecke entfremdet werden könnte. Diese Beteiligten wären demnach zu bezeichnen als die Drittgesicherten der juristischen Person.

Es kommen hier vor allem in Betracht die Gläubiger des Unternehmens, deren Forderungen in seinem Vermögen eine rechtlich gesicherte Deckung finden sollen. In diesem Sinne wirkt zu ihren Gunsten die juristische Persönlichkeit des rechtsfähigen Vereins, der Aktiengesellschaft (vgl. oben Note 5). In gleicher Weise gilt das von den Gläubigern der öffentlichen Körperschaft, Genossenschaft oder Gemeinde.

Darüber hinaus wirkt diese Sicherung zugunsten aller, welche der juristischen Person Vermögenswerte anvertrauen, um ihrem verfassungsmäßigen Zwecke gemäß damit zu verfahren. Das kann bei der rechtsfähigen Stiftung des Zivilrechts zutreffen, sofern es sich handelt um nachträgliche Zuwendungen, die ihr gemacht werden für den Stiftungszweck, aber von anderen als dem Stifter. Die juristische Persönlichkeit sichert die dadurch gewollte Verwendung in dauernder Weise. In viel mannigfältigerer Ausprägung erscheint aber dieser Rechtsgedanke bei den rechtsfähigen öffentlichen Anstalten. Freigebige Spenden, welche den öffentlichen Krankenhäusern, Armenanstalten, Schulen zugewendet werden, erhalten auf diese Weise gegenüber dem Muttergemeinwesen die Sicherheit, bei ihrem Zwecke zu verbleiben. Die juristische Person bedeutet geradezu ein Lockmittel für derartige Zuwendungen. Auch wo das Empfangene für die Geber selbst verwaltet werden soll, um es nachher zurückzuerstatten oder zu entsprechenden Gegenleistungen zu verwenden, kann es von Vorteil für die Anstalt sein, die Geber anzuziehen durch die Sicherheit, welche eine rechtliche Verselbständigung dieser Verwaltung ihnen bietet. Zu diesem Zweck sind Leihhaus, Sparkasse, Invaliden- und Hinterbliebenenversicherungsanstalt mit besonderer juristischer Persönlichkeit ausgestattet worden.

Das Recht der gesicherten Dritten ist erfüllt durch den Bestand der juristischen Person selbst, die durch ihre eigene Schwere auch ihr Anliegen schützt. Möglicherweise verstärkt das Gesetz diese Sicherheit durch Ansprüche, die es ihnen gewährt gegen die, welche durch Nichtachtung der Rechte der juristischen Person im Erfolge auch ihnen Nachteil bringen[26]. Möglicherweise wird ihnen durch Zuziehung von Vertretern bei der Verwaltung eine Überwachung und Einflußnahme gewährt[27]. Doch tut das Rechtsinstitut seinen Dienst auch ohne solche besondere Vorkehrungen.

3. Die dritte Art von Beteiligten hat mit dem Bestand der juristischen Person gar nichts zu tun. Was sie angeht, ist das Unternehmen selbst, insofern sie eben berufen sind, gewisse Leistungen von ihm zu genießen. Man spricht hier von „Anstaltsinteressenten", „Benefiziaren der Anstalt", „Genußdestinatären". Wir wollen sie die Leistungsempfänger nennen. Sie können zugleich Angehörige der etwa beigegebenen besonderen juristischen Person sein (Krankenkassengenossenschaft) oder ihre Gesicherten (rechtsfähige Sparkasse). Darauf kommt es hier nicht an. Die leistende Anstalt mag solcher Zutat ganz entbehren als unmittelbare Staatsanstalt, Gemeindeanstalt. Immer ist die rechtliche Stellung der Leistungsempfänger als solcher vollkommen die nämliche. Sie richtet sich nach den allgemeinen Regeln der Benutzung öffentlicher Anstalten (oben § 51). Deshalb gehört die Lehre von dieser Art Beteiligter überhaupt nicht mehr in diesen Zusammenhang[28].

V. Die juristische Person bringt die Gestalt ihres äußerlichen Daseins in der Welt des Rechts nicht von Natur schon mit, sondern erhält sie bestimmt in Form Rechtens durch menschliche Ordnungen. Diese Ordnungen bilden ihre Verfassung.

1. Die Verfassung der juristischen Person hat zum wesentlichen Inhalt die Bestimmung ihres Zweckes und ihrer Vertretung; vgl. oben I n. 3.

---

[26] Vorbildlich H.G.B. § 241 Abs. 4. Mit Hilfe des B.G.B. § 823 Abs. 2 werden sich zugunsten unserer Gesicherten in weitem Maße Schadensersatzansprüche gestalten lassen. Für die „Leistungsempfänger", von welchen unter n. 3 im Texte die Rede sein wird, bedeuten Strafbestimmungen gegen den, der sich am Vermögen der juristischen Person vergreift, kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2.

[27] Vgl. unten § 56 Note 15, § 59 Note 25.

[28] Über die künstlichen Versuche, sie dennoch hier hereinzuziehen, vgl. unten § 56 Note 11.

Bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist der Zweck immer bestimmt als ein Stück öffentlicher Verwaltung, ein einzelnes öffentliches Unternehmen oder ein mehr oder weniger umfassender Kreis solcher Wirksamkeiten. Die genauere Bezeichnung geschieht nach der Art der zu entwickelnden Wirksamkeit, nach den örtlichen Zusammenhängen (Bezirk, Sitz) und nach den ursprünglich Berechtigten, deren Sache durch die juristische Person übernomen wird (Muttergemeinwesen, Angehörige).

Die Regelung der Vertretung erhält ihre Grundlinien von diesem letzteren Punkte aus: der Verwaltungskörper bezieht seine Vertreterschaft von seinen ursprünglich Berechtigten. Das Staatsaufsichtsrecht fügt möglicherweise noch andere Bestandteile hinzu.

2. Da die juristische Person ohne Verfassung nicht bestehen kann, verbindet sich deren Festsetzung mit ihrer Entstehung und mit dem Willensakt, der diese herbeiführt, der Gründung.

Den Willensakt, der die Festsetzung der Verfassung enthält, nennen wir das Statut der juristischen Person oder, wie man jetzt lieber sagt, ihre Satzung. Er wirkt mit derselben Kraft und in derselben Weise wie der Gründungsakt, zu dem er gehört. Dabei kommt wieder der Gegensatz von bürgerlichem und öffentlichem Rechte zur Geltung.

Die juristischen Personen des bürgerlichen Rechts erhalten ihre Satzung wie ihre Entstehung ordentlicherweise auf dem Wege eines Rechtsgeschäftes der gleichen Natur: Vertrag der Vereinsmitglieder oder Stiftungsgeschäft. Sie sind bedingt in ihrer Wirkung dadurch, daß ihnen eine behördliche Anerkennung zuteil wird in der Zulassung zur Eintragung und in der Genehmigung[29]. Die Wirkung aber, die durch Erfüllung dieser Bedingung frei wird, ist vom staatlichen Gesetz ihnen so beigelegt. Danach ist es müßig zu fragen, wie nun dieses Rechtsgeschäft anders genannt werden müsse als ein Vertrag, damit es solche Wirkung hervorbringen kann[30].

---

[29] Anders die Verleihung der Rechtsfähigkeit nach B.G.B. § 22: hier erfüllt der staatliche Willensakt nicht nur eine dem bürgerlichen Rechtsgeschäft gesetzte Bedingung, sondern trägt die Rechtswirkung allein. Vgl. unten § 57, I.

[30] Eher geht es noch an, wenn man im Staatsrecht und Völkerrecht den Gesamtakt oder die Vereinbarung vom Vertrag unterscheiden will, um das Zustandekommen von Verfassungen oder Völkerrechtssätzen begreiflich zu machen: darüber Triepel, Völkerrecht und Landesrecht S. 49 ff. Dort fehlt eben das darüberstehende Gesetz.

Bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts, dem Verwaltungskörper, tritt auch hier wieder an die Stelle des bürgerlichen das öffentliche Rechtsgeschäft, der Verwaltungsakt. Er bedarf, um diese Einrichtung zu schaffen und mit der nötigen Verfassung zu versehen, einer gesetzlichen Grundlage. Denn es sollen ja dadurch die aus der allgemeinen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsordnung sich ergebenden Rechte und Ansprüche der Untertanen gegenüber der öffentlichen Verwaltung beschränkt und anders bestimmt werden; es handelt sich um einen Eingriff von der Art, wie die Staatsverfassung sie dem Gesetze vorbehält. Dann aber bewirkt er die Gründung der juristischen Person und die Festsetzung ihrer Verfassung, nicht wie das bürgerliche Rechtsgeschäft durch die von ihm in Bewegung gesetzte Kraft des Gesetzes, sondern durch die ihm eigene, nach jener Ermächtigung nur freigewordene Kraft des obrigkeitlichen Aktes (vgl. oben Bd. I S. 100).

Statut oder Satzung haben wir kennen gelernt als Ausfluß des körperschaftlichen Selbstgesetzgebungsrechts (Autonomie), als Anordnung von Rechtssätzen (vgl. oben Bd. I S. 87 f.). Auf dem Gebiete der öffentlichen Genossenschaft dienen diese Ausdrücke auch zur Bezeichnung von Ausflüssen der Vereinsgewalt, als Verwaltungsvorschriften (vgl. oben Bd. I S. 89). Wenn wir jetzt in der Festsetzung der Verfassung eines Verwaltungskörpers einen einfachen Verwaltungsakt zu sehen haben, so erscheinen dabei jene Ausdrücke in einer dritten Bedeutung[31].

---

[31] Bolze, Begriff der jurist. Pers. S. 174, wirft diese Dinge durcheinander. Gierke hält ja die juristischen Personen des öffentlichen und des bürgerlichen Rechts grundsätzlich nicht streng auseinander; er bringt deshalb auch ein für beide anwendbares Schema der Entstehung: neben die lieber gesehene „genossenschaftliche Form" stellt sich (Genossensch.Theorie S. 140) „die anstaltliche Form der Erzeugung eines zu juristischer Persönlichkeit berufenen sozialen Willensträgers". Das wäre also unser Fall. Gierke nennt das a. a. O. Note 2 auch seinerseits einen Verwaltungsakt. — G. Meyer-Dochow, Verw.R. I S. 53 f., spricht hier von behördlicher Tätigkeit, ein Rechtssubjekt selbst zu schaffen. „Der Verein wird Korporation, die Vermögensmasse Stiftung durch einen rechtsbegründenden Verwaltungsakt." Hierbei scheint aber die juristische Person des bürgerlichen Rechts vorzugsweise ins Auge gefaßt zu sein.

§ 56.

Die rechtsfähige öffentliche Anstalt.

Die rechtsfähige öffentliche Anstalt bedeutet eine öffentliche Anstalt in dem oben § 51 Eing. festgestellten Begriffe, welche einer besonders dafür geschaffenen juristischen Person des öffentlichen Rechts, der Anstaltspersönlichkeit, zugehört[1].

Wenn das B.G.B. vorsichtigerweise spricht von „Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts", so weist doch in Wirklichkeit das heutige öffentliche Recht hier nur eine Art von Rechtsinstitut auf, die mit dem Namen der rechtsfähigen Anstalt ihrem Wesen nach sehr wohl gekennzeichnet ist, auf welche aber der Name „Stiftung" nicht paßt. Und umgekehrt gibt es ja auch

---

[1] Richtig Kormann, in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 1: „Unerheblich für den Begriff der öffentlichen Anstalt ist ihre Rechtsfähigkeit. Es gibt solche mit Rechtsfähigkeit und solche ohne Rechtsfähigkeit." Die ersteren nennt er „selbständige öffentliche Anstalten". Sartorius, in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 539, gebraucht dafür den Ausdruck: „öffentliche Anstalten i. e. S.".

Die öffentliche Anstalt, die hier namens der besonderen juristischen Person betrieben wird, steht so sehr im Mittelpunkte der ganzen Erscheinung unseres Rechtsinstituts, daß es sehr gebräuchlich ist, die ganze juristische Person selbst, um die es sich handelt, der Kürze halber mit „öffentliche Anstalt" oder „öffentlichrechtliche Anstalt" oder „Anstalt des öffentlichen Rechts" zu bezeichnen. So B.G.B. § 89; die Kommissionsverhandlung dazu, Prot. II Les. S. 611, sagt schlechthin „Anstalt" für Anstaltspersönlichkeit; S. 497 ebenda fragt man sich, ob nicht neben den juristischen Personen der Körperschaften und Stiftungen „auch mit dem Anstaltsbegriffe gerechnet werden müsse". In Elsaß-Lothringen, wo diese Ausdrucksweise in der Amtssprache wie in der Wissenschaft herrscht (Kisch, Els.-Lothr. Landespriv.R. S. 146 ff.; Molitor, A.G. z. B.G.B. S. 19 ff.), stützt sich dieser Gebrauch auch auf eine unrichtige Übersetzung der franz. Bezeichnungen für untergeordnete juristische Personen des öffentlichen Rechts, établissements publics und d'utilité publique (Theorie d. Franz. Verw.R. S. 433 f.).

Solcher Sprachgebrauch ist ja unschädlich, wenn man sich immer gegenwärtig hält, daß das Wort „öffentliche Anstalt", wo man ihm begegnet, nicht notwendig eine Anstalt mit einer juristischen Persönlichkeit des öffentlichen Rechts bedeutet, daß es öffentliche Anstalten gibt, die keiner besonderen juristischen Persönlichkeit gehören (wie die Staatseisenbahnen, die Reichspost, Gefangenenanstalten, gemeindliche Schulen und Schlachthäuser und so mancherlei andere öffentliche Anstalten, mit welchen die Stadt den Bedürfnissen der Bevölkerung entgegenkommt), und öffentliche Anstalten, die einer juristischen Person des Privatrechts gehören (wie das Eisenbahnunternehmen einer beliehenen Aktiengesellschaft). Hier wird aber eben nicht immer acht gegeben; das führt natürlich zur Verwirrung. Am meisten hat darunter die Reichsbank gelitten; vgl. oben § 49 Note 22.

keine entsprechende juristische Person des Privatrechts, die den Namen einer reinen, stifterlosen Anstalt rechtfertigen würde; dort gibt es bloß Stiftungen[2]. Denn dort entsteht das neue Unternehmen wesentlich durch den schöpferischen Willen des Mannes, der es sich ausdenkt und die erforderlichen Vermögensmittel dafür hergibt, stiftet.

Handelt es sich dagegen um eine öffentliche Anstalt, um ein Stück öffentlicher Verwaltung, das hier seine Gestalt bekommen soll, so läßt sich die Obrigkeit die Hand nicht führen. Krankenhäuser, Versorgungsanstalten, Sparkassen, Leihhäuser, Schulen, Armenhäuser und Unterstützungskassen werden gemacht, wenn es sein muß, auch wenn sich dazu kein Stifter findet, und wenn sich einer findet, werden sie so gemacht, wie sie um des öffentlichen Wohles willen sein müssen, ob er sie sich so denkt oder nicht. Regelmäßig kommen wohltätige Spender erst nachträglich in Betracht, wo sie mit ihren Gaben immer noch willkommen, aber auf die Art der rechtlichen und tatsächlichen Einrichtung der Anstalt ohne Einfluß sind. Stifter gibt es also hier nicht, wenigstens nicht in dem Sinne wie bei der privatrechtlichen Stiftung; es gibt nur Wohltäter[3].

---

[2] Die Scheidung: rechtsfähige Stiftung für das bürgerliche, rechtsfähige Anstalt für das öffentliche Recht findet denn auch mehr und mehr Anklang: Rosin, Öff. Genossensch. S. 21 u. 48: „die Anstalten (will sagen: rechtsfähigen Anstalten) des Privatrechts sind die Stiftungen". Ähnlich Gierke, D. Pr.R. I S. 645 Note; Hinschius, Verh. v. St. u. Kirche S. 250; Sternberg, Allg. Rechtslehre II S. 40; Sartorius, in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 539. Vgl. auch B.G.B. Prot. II Les. I S. 611. — Friedrichs, in Verw.Arch. XXIII S. 14 ff., will den Namen „öffentlichrechtliche Stiftung" für den Fall festhalten, wo die Stiftung von einer öffentlichen Behörde verwaltet wird. Allein falls es sich da wirklich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, also um ein öffentliches Unternehmen, das zu führen wäre, so haben wir eben unsere rechtsfähige Anstalt vor uns. Es kann aber möglicherweise auch eine rechtsfähige Stiftung des Privatrechts sein, die so verwaltet wird, wie ja auch B.G.B. § 86 das vorsieht; dann geht sie uns trotz dieser Verwaltung hier nichts an. Das gleiche gilt von privatrechtlichen Stiftungen, die man als „öffentliche" deshalb bezeichnen will, weil sie von einer gewissen „Gemeinnützigkeit" sind und deshalb besonderer staatlicher Aufsicht unterstehen (Sartorius, in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 539 f.). Es handelt sich hier wie dort um eine behördliche Fürsorge vormundschaftlicher Art, entsprechend der gemäß B.G.B. § 29 mit § 86 durch das Amtsgericht zu übenden. Der, dem sie zuteil wird, erhält dadurch nicht selbst öffentlichrechtliche Natur. Selbständige Stipendienstiftungen bei den Universitäten geben Beispiele.

[3] Der Name Stiftung wird für rechtsfähige öffentliche Anstalten gern dann gebraucht, wenn der Anstaltszweck in Geldleistungen (Unterstützungen, Preise, Belohnungen) besteht und beabsichtigt ist, das entsprechende Kapital ganz oder

Damit ist nicht bloß der Unterschied des Namens gerechtfertigt; auch die rechtliche Art unseres öffentlichen Rechtsinstituts erhält durch das Wegfallen des der privatrechtlichen Stiftung eigentümlichen Machteinflusses des Einzelnen, der als der ursprünglich Berechtigte anzusehen ist, und die einseitige Betonung der freien Verwaltungsmaßregel einen sehr scharfen Gegensatz. Er ist so groß, daß wir unsere rechtsfähige öffentliche Anstalt kaum mehr als das öffentlichrechtliche Seitenstück bezeichnen dürfen zu der privatrechtlichen Stiftung mit juristischer Persönlichkeit in der Art, wie öffentliches Eigentum, öffentliche Grunddienstbarkeit, Staatsdienstvertrag solche Seitenstücke bilden. Es führt hier kein Weg vom einen zum andern[4].

---

zu einem erheblichen Teil durch freigebige Zuwendungen, auf die man rechnet, zusammenzubringen. Spendungswillige werden dann durch die Bezeichnung als Stifter angelockt; der Landesherr macht vielleicht auch von seiner Eigenschaft als fons honorum zu ihren Gunsten Gebrauch; auch die Stadtgemeinde hat für ihre „Stiftungen" die Möglichkeit, in solcher Weise nachzuhelfen. In dieser Form kann gar manches Gute erreicht werden. Die Rechtsform, die der rechtsfähigen Anstalt eigentümlich ist, wird durch solche Äußerlichkeiten nicht berührt.

Es gibt allerdings Fälle von rechtsfähigen Anstalten mit richtigen Stiftern, die eine noch nachwirkende rechtliche Macht auf sie geübt haben. Die Besonderheit erklärt sich aus dem Grunde, der so oft Ausnahmserscheinungen erklärt: ältere Rechtsgedanken setzen sich darin fort. So bei den hier unten I n. 2 zu erörternden ehemals kirchlichen, jetzt vom Staat oder der Gemeinde übernommenen Anstalten. Auch die eigentümlichen Rechtsformen, in welchen die Gründung der Universität zu Frankfurt a. M. erfolgte, hängt einigermaßen mit solchen Dingen zusammen. Ursprünglich war sie denn auch geplant unter dem Namen „Stiftungsuniversität" (Heilbronn, Gründung d. Univ. Frankfurt a. M. S. 75). Vgl. unten S. 610.

[4] Die Lehre von der „realen Verbandspersönlichkeit" oder „die Willenstheorie" (vgl. oben § 55 Note 7) ist geeignet, von vornherein die hier notwendig gefundenen Unterscheidungen nach verschiedenen Seiten hin zu erschweren.

Wenn wir die rechtsfähige Anstalt von der Stiftung dadurch unterscheiden, daß bei dieser ein Einzelner (oder eine Mehrzahl von solchen) als Stifter auftritt und Mittel liefert, um das Unternehmen ins Werk zu setzen, besteht dort die Wohltat, welche der Stifter erweist, darin, daß er dem „Organismus" den Stiftungswillen (den bekannten „Willenssplitter") und damit die Persönlichkeit einpflanzt. Das kann er auch tun, ohne in die Tasche zu greifen. Ein solcher Stiftungswille findet sich bei dem, was man öffentliche Anstalten nennt, gerade so wie bei der privatrechtlichen Stiftung; beide werden gestiftet: Gierke, D. Priv.R. I S. 474, 635 u. 645.

Wenn uns die rechtsfähige Anstalt von der Körperschaft dadurch geschieden ist, daß nur die letztere einen menschlichen Verband hinter sich hat, eine Gesamtheit rechtlich verbundener Menschen, die ihr angehören (vgl. oben § 55, III n. 2), und deshalb eine Verbandsperson ist, so wird dort auch die Anstaltspersönlichkeit zur Verbandsperson erklärt: Gierke, D. Pr.R. I S. 474,

Innerhalb der so gezogenen Grenzen entfaltet sich nun unser Rechtsinstitut wie folgt.

I. Die Entstehung der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt erfolgt immer im Zusammenhang mit einem bestimmten öffentlichen Gemeinwesen, das dabei beteiligt erscheint. Denn alle Geschäfte der öffentlichen Verwaltung sind von vornherein irgendeinem dieser Gemeinwesen zugewiesen als zu seiner allgemeinen gesetzlichen Zuständigkeit gehörig. An der Spitze steht der Staat, darunter die Selbstverwaltungskörper der verschiedenen Stufen: Ortsgemeinde, Kreis, Provinz. Die letzteren haben jede ihren mehr oder weniger umfassenden Kreis von Angelegenheiten, zu deren Besorgung sie berufen ist; dem Staat gehört alles, was nicht in solcher Weise zu ausschließlicher Zuständigkeit weiter vergeben ist. Die Anstalt würde also, je nach ihrem Gegenstand, wenn sie ins Leben tritt, dem einen oder anderen dieser Gemeinwesen als ein Stück der ihm zustehenden Verwaltungstätigkeit angehören, als Staatsanstalt, Provinzial-, Kreis-, Gemeindeanstalt, — wäre sie nicht eben mit einer besonderen juristischen Person ausgestattet worden. Das dadurch bezeichnete Gemeinwesen nimmt dann der rechtsfähigen Anstalt gegenüber die Stellung des ursprünglich Berechtigten ein, es ist, wie wir das oben § 55, III n. 2 bezeichneten, für jene das Muttergemeinwesen, und das hat Folgen für ihre rechtlichen Beziehungen.

Es wird schon bei der Entstehung der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt wirksam. Die Entstehung selbst kann aber auf zweierlei Weise vor sich gehen.

1. Der ordentliche Fall für das heutige Recht ist die Entstehung durch Abzweigung der Anstalt aus der Fülle der Zuständigkeiten des beteiligten Gemeinwesens (vgl. oben § 55, III n. 2).

---

635 u. 647. Diesen Verband findet sie durch „eine organische Einrichtung, vermöge deren fort und fort Menschen diesem Willen (dem ‚eingestifteten') dienstbar werden". Der „dienstbare" Mensch ist der Anstaltsverwalter; „fort und fort" heißt es, weil immer wieder ein neuer ernannt wird. Also ein sukzessiver Verband, wie ihn der Amtsrichter mit seinen Vorgängern und Nachfolgern bildet. Bernatzik, in Arch. f. öff. R. V S. 241 ff., hat diesen Verbandsbegriff übernommen: „Wenn in einer Mehrheit von gleichzeitig oder nacheinander tätigen Menschen die Verfolgung eines Gesamtzweckes als bindende Norm anerkannt wird ... Ein derartiger menschlicher Verband ... ist ein Gemeinwesen" (S. 242). Das Gemeinwesen kann auch eine Anstalt oder Stiftung sein, auch diese haben „Genossen" (S. 250 u. 251). Das sind wahrscheinlich „dienstbare" Genossen, vielleicht auch Destinatäre? Die Begriffe „Verband" und „Genosse" würden nach unserer Auffassung in keinem Falle zutreffen.

Hierbei ist nun wohl zu unterscheiden. Eine neue öffentliche Anstalt zu gründen (Anstalt schlechthin, öffentliches Unternehmen), die ihrem Gegenstande nach zu den Angelegenheiten des Gemeinwesens gehört, steht diesem jederzeit frei. Es wird eine Frage des Bedürfnisses und der aufzuwendenden Kosten sein, nicht eine Rechtsfrage. Etwas anderes ist die Schaffung einer besonderen juristischen Persönlichkeit, der diese Anstalt zu eigenem Rechte gehören soll. Dieses letztere fällt als Ausnahmebestimmung gegenüber der bestehenden Rechtsordnung unter den Vorbehalt des Gesetzes und bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage. Die Gesetze könnten sie in der Form geben, daß sie selber die Entstehung der juristischen Person bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen rechtssatzmäßig anordnen[5]. Handelt es sich um eine öffentliche Anstaltspersönlichkeit, so ist statt dessen angemessen und üblich, daß sie den Behörden die Ermächtigung erteilen, durch ihren Verwaltungsakt die erforderliche Rechtswirkung im Einzelfalle hervorzubringen; dann knüpft sich die Entstehung an die mit freiem Ermessen erteilte Verleihung der Rechtsfähigkeit, meist kurz Genehmigung genannt[6].

---

[5] In dieser Weise hatte sich eine häufig vertretene Auffassung für das gemeine Recht die Entstehung privatrechtlicher Stiftungspersönlichkeiten gedacht ohne alle obrigkeitliche Mitwirkung; herrschend war sie nicht geworden: Windscheid-Kipp, Pand. I S. 281 Note 2.

[6] A. L.R. II, 19 § 42: „Die vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Armen- oder anderen Versorgungsanstalten haben die Rechte moralischer Personen". Stillschweigende Verwaltungsakte (als solcher muß die Genehmigung jetzt angesehen werden) sind allerdings im heutigen Rechtsstaate nicht mehr möglich; vgl. oben Bd. I S. 246. — Ebenso A. L.R. II, 12 § 54: „Schulen und Gymnasia, in welchen die Jugend zu höheren Wissenschaften ... vorbereitet werden soll, haben die äußeren Rechte der Korporationen." Gierke, D. Pr.R. I S. 640 Note 34, möchte daraus den Satz entnehmen: „Kraft allgemeiner Rechtsregel gelten die Universitäten und höheren Schulen, sobald sie gehörig errichtet sind, als Personen". Wir hätten also hier ein Beispiel der Entstehung juristischer Personen unmittelbar durch Rechtssatz nach der oben Note 5 erwähnten Art. Allein hinter diesem „sobald sie gehörig errichtet sind" verhüllt sich der eigentliche schöpferische Akt: nach A. L.R. II, 12 § 2 sollen nämlich „dergleichen Anstalten (Schulen überhaupt) nur mit Genehmigung des Staates errichtet werden", weil sie nach § 1 als „Veranstaltungen des Staates" betrachtet sind. Daraus werden dann allerlei Folgerungen gezogen; insbesondere, wenn es sich um eine höhere Schule handelt, hat die Genehmigung zugleich die Kraft, die juristische Persönlichkeit zu verleihen. Ähnlich verhält es sich mit den Sparkassen nach Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 1: Durch die behördlich erteilte Staatsgenehmigung erlangt die Sparkasse „als öffentliche Anstalt das Recht der juristischen Persönlichkeit".

Die Genehmigung ist stets den staatlichen Behörden vorbehalten. Ist für die in Frage kommende Anstalt die Ortsgemeinde oder ein anderer Selbstverwaltungskörper als Muttergemeinwesen anzusehen, so wird die Genehmigung nicht anders als auf Grund eines von dort ausgehenden Antrages erfolgen können. Nur wo das Gesetz einen staatlichen Zwang zur Gründung zuläßt, geschieht es auch ohne das. Die Genehmigung wird, wie jeder Verwaltungsakt, wirksam mit der Kundgabe. Diese richtet sich an das Muttergemeinwesen; ist das der Staat selbst, so ergeht sie an das mit der Durchführung der Sache betraute Amt, das dabei in vorläufiger Vertretung der zu schaffenden juristischen Person erscheint. Eine öffentliche Bekanntmachung, die außerdem noch stattfinden mag, ist Zweckmäßigkeitssache.

2. Juristische Personen sind von Natur langlebig. So entstammen viele der jetzt vorhandenen rechtsfähigen öffentlichen Anstalten älteren Rechtszuständen, unter denen sie in den damals gegebenen Formen zur Entstehung und Ausbildung gelangt sind. Sie haben sich dann, nicht ohne Schwierigkeiten und Rückständigkeiten, der neuen Zeit und ihren Rechtsanschauungen angepaßt.

Von besonderer Bedeutung ist der Fall ehemals kirchlicher Anstalten, die dem großen Zug der Verweltlichung gefolgt und rechtsfähige Anstalten der hier zu betrachtenden Art geworden sind durch Übernahme von seiten des dazu berufenen weltlichen Gemeinwesens, Staat oder Gemeinde. Diese sind aber ursprünglich entstanden in den dem Kirchenrechte eigentümlichen Formen und behalten diese Grundlage bei, soweit nicht infolge der Übernahme, schneller oder langsamer, bewußt oder unbewußt, eine Umbildung sich vollziehen mußte. In dieser Weise sind namentlich Wohltätigkeitsanstalten aller Art nach und nach zugunsten der Ortsgemeinden verweltlicht worden samt der dazu

---

Die Anhänger der „realen" juristischen Persönlichkeit haben gegenüber der Frage der Entstehung der rechtsfähigen Anstalt ihren besonderen Standpunkt. Danach ist die Anstalt als „Organismus", als „beseeltes", lebendiges, willensbegabtes Wesen schon da und bestimmt zur Rechtsfähigkeit ohne den Staat und seine Gesetzgebung. Diese haben die Rechtsfähigkeit nur anzuerkennen, damit alles in Ordnung sei; das ist aber geradezu ihre Schuldigkeit. In diesem Sinne Regelsberger, Pand. I S. 349: „Die Rechtsordnung würde mit ihrer Aufgabe in Widerspruch treten, wenn sie Lebewesen, gegen deren Unschädlichkeit. ja Nützlichkeit kein Zweifel obwaltet, durch Vorenthaltung der Rechtsfähigkeit das Dasein verkümmerte". Daraus ergibt sich mit Leichtigkeit die Vermutung. daß sie es überall habe tun wollen, und die Neigung, alles in diesem Sinne zurechtzurücken. Vgl. auch Gierke, Gen.Theorie S. 133.

gehörigen juristischen Persönlichkeit: Krankenhäuser, Versorgungshäuser, Armenanstalten[7]. Bezüglich der Schulen, die natürlich hier auch nur insofern in Betracht kommen, als sie eigene juristische Persönlichkeit besitzen, ist die Verweltlichung vorzugsweise zugunsten des Staates geschehen; das gilt namentlich von den Universitäten[8].

Das Neue in rechtlicher Hinsicht, was sich dabei ohne weiteres ergab, war das Eintreten eines anderen Muttergemeinwesens, der Gemeinde, des Staates, an die Stelle der Kirche. Überdies aber hatte das mittelalterliche Recht solche piae causae unter bestimmte Grundanschauungen gestellt, die zu denen, die das emporstrebende Staatsbewußtsein zur Geltung brachte, nicht mehr stimmten. Zwei Punkte machten vor allem den Unterschied aus:

— Die Kirche baute die Finanzierung ihrer Unternehmungen, statt auf die unverhüllte Steuerpflicht, auf die Lenkung der von ihr zum Gesetz gemachten christlichen Wohltätigkeit; um diese zu fördern, wird für ihre öffentlichen Anstalten die Sonderstellung und die Sicherheit reichlich benützt, welche die eigene juristische Persönlichkeit gab (vgl. oben § 55, IV n. 2), wird aber auch der Zusammenhang dieser Anstalten mit den Stiftern in möglichst eindrucksvoller Weise betont und hervorgehoben. Ohne Stifter kommt bei diesem System des „Voluntarismus" eine Anstalt überhaupt nicht leicht in Gang. Dieser Stifter wird dann als der eigentliche Urheber von Anfang an in den Vordergrund gestellt und er und seine Erben erhalten dauernden Machteinfluß in der Verfassung dieser gestifteten Anstalt[9]. Bei der Verweltlichung können nachher solche Anteilsberechtigungen beibehalten worden sein. Dann hat auch die rechtsfähige öffentliche Anstalt „Angehörige" (oben § 55, IV n. 1) wie die privatrechtliche Stiftung.

— Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hatte die Zugkraft der eigenen juristischen Persönlichkeit für die Wohltätigkeitsbezeigungen der Gläubigen noch dadurch erhöht, daß sie an-

[7] Gierke, D. Priv.R. I S. 645 f.; Meurer, Heil. Sachen II S. 254 ff.

[8] Vgl. unten II n. 3.

[9] Eine Anstalt, und zwar eine öffentliche Anstalt, durch welche die Kirche ein Stück ihrer öffentlichen Verwaltung führen läßt, bleibt diese pia causa gleichwohl. Die Kirche erweist sich gerade in diesen Dingen, dem Staate weit voraus, als die Trägerin öffentlichrechtlicher Gedanken. In der Linie dieser Rechtspolitik liegt namentlich auch die Ausbildung des Patronatrechts, des Urbilds eines subjektiven öffentlichen Rechts: Hinschius, Kirch.R. III S. 6 ff.; über die Art, wie diese Auffassung gegen die germanische privatrechtliche sich durchgesetzt hat, vgl. ebenda II S. 628 ff.

schaulichere Empfänger solcher Gaben in diese Persönlichkeit mit hinein verwebte. Hierfür diente einerseits der Heilige, unter dessen Namen das Unternehmen gestellt war, andererseits eine Zusammenfassung von Menschen, welchen diese Gaben dabei zugute kommen werden. In dem letzteren Sinne werden gerade die Stiftungen, welche nicht bloß den eigentlichen kirchlichen Zwecken, sondern der gesellschaftlichen Hilfstätigkeit und Kulturförderung dienen und deshalb besonders geeignet sind, nachher der Verweltlichung zu unterliegen, durchweg mit einer körperschaftlichen Grundlage ausgestattet: die Armen und Elenden, die zu pflegenden Kranken, die zu erhaltenden Professoren erscheinen als ein Verein, der die juristische Person trägt[10]. Das mußte von Einfluß bleiben, nicht bloß für die rechtliche Gestaltung dieser öffentlichen Anstaltspersönlichkeiten, die im einen oder anderen Fall immer noch entsprechende Stücke in ihrer Verfassung bewahrt hat, sondern vor allem auch für die Art, wie die Wissenschaft auf lange hinaus die juristische Person hier auffaßt und erklärt[11].

---

[10] Gierke, Genossensch.R. II S. 964 Note 8; III S. 361, S. 422 Note 16 u. 17; IV S. 74 ff. Die pauperes, denen die Armenanstalt, die Almosenstiftung zugute kommt, bilden das „collegium", welches der pia causa als Substrat dient. Hübler, der Eigentümer des Kirchengutes S. 16 ff.; Meurer, Heil. Sachen II S. 253.

[11] So Kreittmayr, Cod. Max. I cap. VII § 36 n. 8: „milde Stiftungen und causae piae z. E. Spitäler, Waisenhäuser, Almosenämter und in Summe alle andere approbierte Kommmunitäten, Corpora vel collegia". — Auch bei Gierke, Genoss.R. II S. 961, kommt diese Auffassung kräftig zum Ausdruck, wenn er als Ergebnis der Geschichte des Anstaltsbegriffes in Deutschland, neben den Verband der „fort und fort dem Anstaltswillen dienstbar werdenden Menschen" (oben Note 4) noch die „Personengesamtheiten" stellt, „welchen die Stiftung zugute kam", „als Destinatäre des Nutzens". Hier erscheint eine „Gesamtheit, welche durch die Anstaltsperson verbunden oder von ihr ergriffen wird", die aber „nicht Willensträgerin, sondern nur Willensobjekt" ist (S. 970). „Sie gehört dem Verbandskörper nur als passiver Bestandteil an. Die Anstaltsperson ist vielleicht für sie, aber nicht durch sie da" (S. 971). Also ein passiver Verband neben dem aktiven. — Jhering, Geist des röm. R. III S. 331 ff. u. 344 ff., hat mit seiner Gleichstellung von „Rechtssubjekt und Genußsubjekt" dieser Auffassungsweise neuen Antrieb gegeben. Merkel, Enzykl. § 190 erklärt demgemäß bei Korporation und Stiftung die „Interessenten" als die wahren Träger des Rechts; bei einer öffentlichen Armenanstalt sind es „die jetzigen und künftigen Armen". Durch die Vereinigung der beiden Fehler: laxer Verbandsbegriff und hereingezogene Destinatäre, kommt Meurer, Jurist. Pers. S. 34, zu dem Satze: „Also ich behaupte, daß auch bei den Stiftungen ein Verband, nämlich die Vereinigung der Genußdestinatäre, der Rechtsträger ist, und der begriffliche Unterschied von Korporation und Stiftung lediglich auf dem Verwaltungswege liegt." Im Anschluß an

II. Die rechtsfähige öffentliche Anstalt erhält durch die ihr mitgegebene Verfassung die Bedingungen ihres Sonderdaseins und ihrer rechtlichen Wirksamkeit bestimmt. Sie sind zum Teil rechtssatzmäßig vorgeschrieben, zum Teil in dem bei der Gründung aufgestellten und mit ihr rechtsgültig gewordenen Verfassungsstatut enthalten.

1. Um als rechtsfähiges Wesen im Verkehr stehen zu können, bedarf die Anstaltspersönlichkeit der Kenntlichmachung ihrer Einzelheit und ihres äußeren Daseins. Es muß ihr durch rechtliche Bestimmungen ersetzt werden, was die natürliche Person mitbringt in ihrer Leiblichkeit.

Die ältere Lehre von den juristischen Personen hat dieser Forderung genügen wollen durch Anknüpfung an etwas greifbares Äußerliches, das sogenannte Substrat, die „körperliche" Unterlage, die als solche der Leiblichkeit am nächsten zu stehen schien. Bei der Stiftung, worunter auch unsere Anstaltspersönlichkeit fiel, sollte das Substrat bestehen in einem Vermögensinbegriff, einer universitas bonorum. Es ist aber gar nicht nötig, daß die Wirklichkeit gleich so dick aufgetragen erscheine[12].

Andererseits ist es doch wieder zu wenig, wenn man eine genügende Wirklichkeit zu erzielen glaubt durch spekulative Verwertung des feineren Elementes in der Leiblichkeit, des Willens, der als Gesamtwille in dem Muttergemeinwesen Staat oder Gemeinde aus den darin verbundenen Einzelnen zusammenfließt und dann wieder der zu schaffenden Anstaltspersönlichkeit teilweise eingeflößt wird. Das ist ja doch im besten Falle nur ein poetisches Bild und Gleichnis; vgl. oben § 55 Note 7.

Das Wirkliche, das wir an der juristischen Person suchen wollen, muß ihrer Eigenart angemessen sein. Ihr Dasein gehört der Welt des Rechts allein an und erhält seine entsprechende Bestimmtheit ausreichend durch Rechtliches. Von dieser Art ist der besondere Zweck, für den sie geschaffen ist, die ihr mitgegebene Aufgabe, ein genauer bezeichnetes Unternehmen öffentlicher Ver-

---

Meurer billigt auch Waldecker, Korp. d. öff. R. S. 26, den Satz: „Die Körperschaft will handeln, die Anstalt (richtiger die Destinatäre) soll genießen." Aber die Anstalt ist keineswegs nur ein Name für die Destinatäre und sie selbst will nicht genießen, sondern spenden.

[12] Das Zuviel an der Lehre vom Substrat hat Rümelin, Methodisches über d. jur. Pers. S. 59 ff., treffend betont, wenn er sagt: es genüge, daß in der juristischen Person „das Vermögen an einen neuen Beziehungspunkt angeknüpft wird".

waltung zu führen, in eigenem Namen und an Stelle des nach seinen allgemeinen Zuständigkeiten zunächst dazu berufenen Gemeinwesens[13]. Freilich würden diese juristischen Bestimmtheiten im Verkehr das neue Rechtssubjekt nicht greifbar wahrnehmen lassen, wie es doch den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht. Aber in den Verkehr tritt ja dieses Rechtssubjekt erst dadurch, daß es das seinem Zwecke gewidmete Unternehmen ins Werk setzt und durchführt, und an diesem Kern seines äußerlichen Daseins wird es dann auch für das, worauf es hier ankommt, genügend erkennbar.

2. Die rechtsfähige Anstalt ist von Natur nicht ausgestattet mit einem rechtlich bedeutsamen Willen, durch den sie im Verkehr und vor der Rechtsordnung sich zur Geltung bringen könnte. Sie bedarf der Vertretung im Willen, die ihr durch ihre Verfassung bestimmt wird. Diese Bestimmung geschieht nicht beliebig; vielmehr ist es in ihrer rechtlichen Natur gegeben, woher ihr diese Vertretung kommen muß. Das öffentliche Unternehmen, das hier die juristische Person als ihr eigenes zu führen hat, ist zu diesem Zwecke der juristischen Form nach losgelöst von dem Muttergemeinwesen, dem es seiner allgemeinen Zuständigkeit nach gehörte und dessen Zwecken und Aufgaben es sachlich nicht aufhören soll auch in dieser neuen Form zu dienen. Daher diesem ein weitgehender Einfluß auf den neuen Verwaltungskörper verbleiben muß, keine bloße Aufsicht, sondern eine Leitungsgewalt. Es versteht sich von selbst, daß die Sorge für seine richtige Vertretung in erster Linie diesem Muttergemeinwesen, dem Staat also oder dem betreffenden Selbstverwaltungskörper, zufällt. Diese sind ja ihrerseits als fertig und handlungsfähig vorausgesetzt. Von dorther also werden der rechtsfähigen Anstalt die erforderlichen Vertreter bestellt. Die Verfassung pflegt das regelmäßig so zu ordnen. Wenn sie einmal versäumt hätte, etwas zu bestimmen, oder sich unklar ausgedrückt, ergänzt sie sich durch die Natur der Sache in gleicher Richtung[14].

---

[13] Der Zweck tritt hier um so mehr in den Vordergrund als eine Mitgliederschaft, welche bei der öffentlichen Körperschaft mit zur Kennzeichnung der Einzelheit der juristischen Person dient, hier nicht vorhanden ist. Daher mag man mit Friedrichs, in Verw.Arch. XXIII S. 3, diese Arten unterscheiden als „Zweckpersonen“ und „Verbandspersonen“.

[14] Pfeiffer, Jur. Pers. S. 127. Der Zusammenhang der Lebenstätigkeit der rechtsfähigen Anstalt, mit der des Muttergemeinwesens wird von Gierke, Genossensch.R. II S. 962 auf seine Art ausgedrückt, wenn er die erstere nennt

So versieht der Staat die an ihm hängenden rechtsfähigen Anstalten mit seinen Berufsbeamten, um ihrer juristischen Person als verfassungsmäßige Vertreter vorzustehen. Ähnlich verfährt die Gemeinde mit den von ihr abgezweigten und selbständig gewordenen Gemeindeanstalten. Das staatliche und gemeindliche Ehrenamt kommt gleichfalls so zur Verwendung, einzeln oder in Verwaltungsausschüssen zusammengefaßt, und überdies können auch Vertreter der Bürgerschaften jener Gemeinwesen dabei zu Worte kommen. Über die Stellung und Wirksamkeit dieser entlehnten „Vormünder" der rechtsfähigen Anstalt vgl. unten § 59 II n. 2.

3. Gegenüber dieser einfachen Grundform der Anstaltsvertretung weisen manche rechtsfähige Anstalten Abweichungen und Besonderheiten auf.

— Sie erscheinen vor allem in besonderen Zutaten, indem Angehörige des Kreises der an der rechtsfähigen Anstalt Beteiligten herangezogen werden. Es handelt sich überall dabei um rechtlich Beteiligte im Sinne der Gruppe der Gesicherten der juristischen Person, von denen oben § 55, IV n. 2 die Rede war, um solche also, deren Geldleistungen der Anstalt anvertraut sind und denen gerade die besondere juristische Persönlichkeit eine Sicherheit gewähren soll. Zur Erhöhung dieser Sicherheit kann ihnen eine beschränkte Mitwirkung bei der Anstaltsverwaltung eingeräumt werden [15].

„lediglich Verselbständigungen eines von dem höheren öffentlichen Willen abgezweigten Teilwillens". Was abgezweigt wurde, ist freilich nicht ein Stück Wille, sondern ein Stück Zuständigkeit, aber dieses Abgezweigte behält allerdings der Sache nach die Natur eines Teils von jenem größeren Ganzen, aus dem es stammt, und daraus fließt eine entsprechende rechtliche Zugehörigkeit und Abhängigkeit.

[15] So die Versicherungsausschüsse, welche nach R.Vers.Ord. § 1351 den Versicherungsanstalten beizugeben sind, bestehend aus Vertretern der Arbeitgeber und der Versicherten. Beide sind Gesicherte in dem allgemeineren Sinne, den wir in der Lehre von der juristischen Person mit diesem Worte verbinden: sie zahlen ja ihre Beiträge für die Zwecke der Anstalt. Ähnlich noch Bad. Sparkassenges. v. 9. April 1880 § 11, die Ausschüsse zur Vertretung der Einleger. Überall handelt es sich um keine Vertretung von Mitgliedern; solche haben diese Anstaltspersönlichkeiten nicht. — Unter dem Einfluß kirchenrechtlicher Ordnungen sind bei weltlichen öffentlichen „Stiftungen" noch vielfach „Beteiligte" anerkannt mit einem „Rechte auf die Verwaltung" oder „auf den Bestand" der Stiftung, der Stifter selbst, seine Erben oder wem sonst der Stifter einen Einfluß auf seine Stiftung eingeräumt hat. Seydel, Bayr. St.R. II S. 716 ff. Vgl. oben S. 604.

— Sodann beanspruchen eine Sonderstellung die Universitäten. Sie sind von Haus aus kirchliche Veranstaltungen mit eigener juristischer Persönlichkeit. Diese juristische Person ist aber, entsprechend der kanonistischen Person überhaupt, als Korporation gedacht, demnach aufgebaut auf der Grundlage eines Vereins. Vereinsmitglieder sind die Professoren [16].

Im Verfolg der großen Verweltlichung der Kultur- und Wohlfahrtsanstalten wurden die Universitäten Staatsanstalten, die Professoren Staatsbeamte. Die Universitäten behielten Rechtsfähigkeit und eigenes Vermögen, an dessen Verwaltung nach wie vor die Professoren beteiligt sind. Theoretisch wurden die Universitäten aber auch nach wie vor als Körperschaften angesehen. Und die praktische Gestalt des Verhältnisses entsprach der Art, wie der Polizeistaat überhaupt derartige Einrichtungen sich zurechtlegte: öffentliche Staatsanstalt, ausgestattet mit einer besonderen privatrechtlichen Persönlichkeit nach Art eines Fiskus, deren Vermögensverwaltung durch die Professoren in ihrer Eigenschaft als Beamte jener Staatsanstalt geführt wird [17].

Die Neuzeit hätte nun hier, wie überall, die einheitliche juristische Person des öffentlichen Rechts herstellen müssen, der die Anstalt (das Unternehmen) und das dafür bestimmte Vermögen gleichmäßig gehört. Allein das ist hier nicht so zur Durchführung gelangt. Es liegt wohl weniger an dem nicht zu leugnenden konservativen Zug, der den Universitäten eigen ist, als vielmehr daran, daß sie sehr viel kostspieligere Unternehmungen geworden sind, die regelmäßig mit ihren alten Stiftungsmitteln nicht entfernt ausreichen. Der Staat hilft wohl, aber nicht in der Weise, daß er diese Mittel entsprechend verstärkt, sondern so, daß er den wichtigsten Teil des Gesamtaufwandes ständig zur Deckung aus seinen allgemeinen Kassen übernimmt und ihn durch seinen regelmäßigen Staatshaushalt laufen läßt. Das eigene Vermögen der Universität dient nur noch zu Beiträgen für die Gehälter und zu allerlei Sonderzwecken, namentlich stiftungsgemäßer Stipendien-

[16] Vgl. oben Note 10 u. 11. Hinschius, Kirchen-R. IV S. 140 ff; Paulsen, in Hist. Ztschft. XLV S. 283 ff.; Friedberg, Kirchen-R. S. 546 ff.

[17] Für die Rezeptionszeit Gierke, Gen.R. III S. 818 Note 193: „Es wird bei den Universitäten mehr und mehr der Begriff der juristischen Person vermögensrechtlich aufgefaßt und in den Begriff eines fiscus verselbständigt." — A. L.R. II, 12 § 1: „Universitäten sind Veranstaltungen des Staates." § 67 „Universitäten haben alle Rechte privilegierter Korporationen". Demgemäß auch stellen sie nach II, 6 § 81 „in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person vor". Vgl. oben § 55 Note 13.

zahlung. Auf diese Weise stellt aber die Universität keine rechtsfähige Anstalt vor, die mit eigenen Mitteln und in eigenem Namen das wichtige öffentliche Unternehmen des akademischen Betriebes führt. Vielmehr ist sie in alter Weise der Polizeistaatszeit eine unmittelbare Anstalt des Staates, verbunden mit einer alten Stiftungspersönlichkeit zur Unterstützung ihrer Zwecke[18].

Die jüngste deutsche Universität, die zu Frankfurt a. M., weicht von diesem rechtlichen Bilde in der Hauptsache nicht ab. Sie ist unmittelbare Staatsanstalt. Juristische Persönlichkeit hat sie nur für das von der Stadt, von den verschiedenen älteren Stiftungen und aus der Bürgerschaft zusammengebrachte Vermögen[19]. Das Besondere ist, daß man vorerst beabsichtigt, den ganzen Aufwand aus diesem Vermögen zu decken; der Staat möchte sich hier nicht belasten. Sodann aber hat diese einseitige Aufbringung der Mittel eine Rückwirkung auf die Verfassung gehabt, indem die Stifter danach berufen sind, durch geeignete Vertreter einen gewissen Anteil zu nehmen an der Verwaltung der

---

[18] Ganz neuzeitlich Hoseus, Die Kaiser-Wilhelms-Universität S. 116 („Zweig der öffentlichen Verwaltung mit gesonderter Rechtspersönlichkeit"). — Dagegen G. Meyer-Dochow, Deutsch. Verw.R. § 90: „die Universitäten haben den Charakter öffentlicher Korporationen, . . . haben ein eigenes Vermögen". Meist sucht man mit irgendeiner Mischung auszukommen: Seydel, Bayr. St.R. III S. 688: „die Universitäten sind mit einem Zweckvermögen ausgestattete Körperschaften"; Jolly, in Wörterb. d. Verw.R. II S. 646: „öffentliche Korporationen von Lehrern und Studierenden . . . zugleich Korporationen des Privatrechts"; Hatschek, in Verw.Arch. XVII S. 316 ff. u. 320: „öffentliche Stiftungen, welche die Rechte privilegierter Korporationen haben". Bornhak, in Wörterb. d. St.- u. Verw.R. III S. 635: „Nach Ursprung und geschichtlicher Entwicklung sind die Universitäten Genossenschaften und haben die äußeren Formen solcher bis in die Gegenwart behauptet. Auf privatrechtlichem Gebiete für die Vertretung vermögensrechtlicher Interessen hat aber die Verw.Praxis des 19. Jahrhunderts die Universitäten zu Anstalten herabgedrückt." Derselbe in Verw.Arch. XVIII S. 28: „als Vermögenssubjekte nicht Korporation, sondern Anstalt". Aber für ihre eigentlichen Leistungen, die ein Stück öffentlicher Verwaltung bilden wie die Leistungen der anderen Schulen, sind die Universitäten doch erst recht Staatsanstalten! — Richtiger ausgedrückt Gierke, Gen.Theorie S. 671 Note 3: „deshalb erscheinen die Universitäten nach heutigem Recht auch dann, wenn sie als Korporationen gelten, in wesentlichen Punkten als Staatsanstalten". Das ist aber nicht bloß ein „erscheinen", sondern sie sind es, und nicht bloß „in wesentlichen Punkten", sondern ganz.

[19] Satzung v. 1. Aug. 1914 § 1: „die Universität ist eine Veranstaltung des Staates und hat zugleich nach Maßgabe der Landesgesetze alle Rechte einer privilegierten Korporation". Das ist der Standpunkt des A.L.R. Vgl. oben Note 17.

Universität, vor allem natürlich an der Verwaltung der gestifteten Mittel [20]. Das ist nicht die Mitwirkung von Körperschaftsmitgliedern, noch auch die vorhin besprochene Mitwirkung an der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt, welche ausnahmsweise Außenstehenden, durch die juristische Person „Gesicherten" zugestanden wird (vgl. oben Note 15); denn eine juristische Person des öffentlichen Rechts liegt auch hier nicht vor. Es ist ein Recht an der Vertreterschaft der mit einer nichtrechtsfähigen Staatsanstalt verbundenen, privatrechtlich gedachten juristischen Person, des besonderen Universitätsfiskus.

— Es pflegt noch gern hier erwähnt zu werden als Beispiel einer abweichend geordneten rechtsfähigen öffentlichen Anstalt: die Reichsbank. Allein das beruht auf Mißverständnis. Die Reichsbank ist allerdings eine öffentliche Anstalt des Reiches. Aber die juristische Person, der sie angehört, ist wieder keine juristische Person des öffentlichen Rechts, sondern eine solche des Privatrechts nach dem Muster der Aktiengesellschaft.

Es ist schon hingewiesen worden auf die Verwandtschaft der Reichsbank-Gesellschaft mit einer Aktiengesellschaft, die vermöge ihr erteilter Konzession eine öffentliche Eisenbahn betreibt (oben S. 443 ff.). Die Aktiengesellschaft wird durch diesen Zusammenhang dort nicht zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. Sie ist nicht dazu geschaffen und auf die Welt gebracht worden, um als berufene Trägerin öffentlicher Verwaltung dem Gemeinwohl zu dienen. Ihr unverhohlener Zweck ist der Geldgewinn ihrer Mitglieder. Daß sie das vereinbart mit dem, was das öffentliche Wohl von der zu betreibenden Eisenbahn verlangt, dafür sorgen die ihr durch die Verleihung äußerlich auferlegten Verpflichtungen. Das öffentliche Recht dringt denn auch nicht in ihr Inneres ein: die Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern, wie zwischen den Mitgliedern als solchen richten sich ausschließlich nach Privatrecht. Das gleiche trifft auch zu bei der Gesellschaft der Reichsbankanteilseigner. Daß die öffentliche Anstalt Reichsbank, die für sie und mit ihrem Gelde betrieben wird, so betrieben werde, wie das Wohl des Reiches es verlangt, dafür sorgt das Reich, indem es selber die Verwaltung übernommen hat [21].

---

[20] Satzung §§ 8—12 (Großer Rat und Kuratorium der Universität, wesentlich für Vermögensangelegenheiten).

[21] Vgl. hier oben Note 1 u. § 49 Note 21—24. — Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 635 ff. rechnet zu den „öffentlichen Anstalten" („ein als Verbandsperson anerkannter Organismus, den fort und fort ein ihm von außen eingepflanzter einheit-

III. Die Endigung der öffentlichen Anstaltspersönlichkeit und was sich daran schließt, läßt wieder die an ihr wirkenden Machtverhältnisse in ihrem verschiedenen Range zutage treten. Obenan die staatliche Behörde, dann das Muttergemeinwesen, in gewissem Maße vielleicht auch noch beteiligte Einzelne (Stifter, Gesicherte). Ihr eigener Wille, besser gesagt der ihrer bestellten Vertreter, hat nur ganz nebensächliche Bedeutung.

1. Der einzige vorgesehene Endigungsgrund ist die staatliche Aufhebungserklärung. Sie kann in Form des Gesetzes jederzeit erfolgen, ohne daß es hierfür einer besonderen Rechtfertigung bedürfte[22]. Sonst ist der darauf gerichtete obrigkeitliche Ausspruch rechtlich nur zulässig auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung: der zerstörende Eingriff in eine gesetzmäßig geschaffene rechtliche Ordnung gehört zum Vorbehalte des Gesetzes. Die Ermächtigung wird dann auch, ausdrücklich oder stillschweigend,

---

licher Stiftungswille durchherrscht") auch die Reichsbank (a. a. O. S. 640 Note 34, S. 641 Note 37 u. 40): Ihrem Wesen nach „kann die Anstalt Mitglieder im technischen Sinne nicht haben . . . Wenn freilich verfassungsmäßig ein fester Kreis von ‚Beteiligten' abgegrenzt ist, die nicht nur bestimmte Rechte und Pflichten gegen die Anstalt haben, sondern auch zur Organbildung mitberufen sind, ähnelt ihr Verhältnis stark einer Mitgliedschaft". Die Reichsbank soll ein Beispiel darbieten für diese merkwürdige Erscheinung. Wir kommen aus der Sackgasse nur wieder heraus, wenn wir ordentlich scheiden. Der von außen eingepflanzte Wille „durchherrscht" nur die Geschäftsführung der Anstalt, nicht die dazu gehörige juristische Person. Und die Anteilseigner sind Mitglieder der mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gesellschaft, die hinter der Anstalt steht, nicht aber Mitglieder der Anstalt selbst; das können sie ja gar nicht sein. — Friedrichs, in Verw.Arch. XXIII S. 51, erklärt die Reichsbank gar für eine öffentlichrechtliche Stiftung. Das ist doch bloß möglich, wenn man, wie er das ja auch getan hat, den Begriff einer solchen Stiftung vorher ganz wertlos macht.

[22] Auch dieses allerdings nur, wenn nicht die Verfassungen ein solches Vorgehen untersagt oder an besondere Bedingungen geknüpft haben. Das ist namentlich zugunsten von kirchlichen und Wohltätigkeitsstiftungen häufig geschehen und zwar in verschiedenem Umfang: Bayr. Verf.Urk. Tit IV § 10; Sächs. Verf.Urk. § 61; Bad. Verf.Urk. § 20; Hess. Verf.Urk. Art. 43 u. 44; Oldenb. Verf.Urk. Art. 80 u. 216; Braunschw. Verf.Urk. §§ 216 u. 217. Soweit hier die Verfassung einen Riegel vorgeschoben hat, ist auch im Wege der Gesetzgebung ein Eingriff nur möglich unter Wahrung der für eine Verfassungsänderung vorgeschriebenen Formen. Soweit das nicht der Fall ist, versteht sich diese Möglichkeit ohne weiteres von selbst; hier ist sie nur besonders erwähnenswert, weil die planmäßige Aufhebung kirchlicher Stiftungen auf dem Wege der Gesetzgebung in der Geschichte bedeutsam geworden ist. Ob der Staat „durch den Mißbrauch der Gesetzesform zugleich seine eigenen Fundamente untergraben würde" (Gierke, Genossensch.-Theorie S. 846), können wir hier unberücksichtigt lassen.

an gewisse Voraussetzungen geknüpft sein, die geeignet sind, den Eingriff zu rechtfertigen.

Wegfall des Anstaltsvermögens und Undurchführbarkeit des Anstaltszweckes, die früher gern in diesem Zusammenhang genannt wurden, sind keine selbständig wirkenden Endigungsgründe. Wohl aber bilden sie nach der Natur der Sache die wichtigsten Rechtfertigungsgründe für einen Aufhebungsbeschluß der Behörde[23].

Der Beschluß kann hervorgerufen werden durch Anträge der Anstaltsverwaltung und des Muttergemeinwesens. Jedenfalls wird er ordentlicherweise nicht ergehen, ohne daß diese gehört sind. Aber der Schwerpunkt liegt immer bei der staatlichen Behörde[24].

2. Wenn die Anstaltspersönlichkeit in solcher Weise zum Untergange gebracht worden ist, erhebt sich die Frage, was aus den Dingen wird, für welche sie bisher den rechtlichen Mittelpunkt gebildet hatte. Man bezeichnet das wohl auch als die Frage nach dem rechtlichen Schicksal ihrer Hinterlassenschaft[25]. Das Wort möchte erinnern an die Bestimmungen der §§ 45, 46 B.G.B., wonach das Vermögen eines rechtsfähigen Vereins, der untergegangen ist durch Auflösung oder nur die Rechtsfähigkeit verlor, an den Fiskus fällt, der dann wie ein Erbe zu behandeln ist. Allein die rechtsfähige öffentliche Anstalt ist kein Verein. Sie ähnelt auch nicht der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts, bei

---

[23] Der Vermögensverlust mußte nach der Lehre vom Substrat von selbst zerstörlich wirken auf die juristische Persönlichkeit der Stiftung. Die herrschende Meinung der älteren Privatrechtslehrbücher war geneigt das anzuerkennen. Nach B.G.B. § 87 ist es jetzt immer Sache der Behörde, zu prüfen, ob die Erfüllung des Stiftungszweckes unmöglich geworden ist, und je nachdem die Aufhebung zu erklären. Verlust des Vermögens wäre nur ein Unterfall solcher Unmöglichkeit.

Für das öffentlichrechtliche Gegenstück, die rechtsfähige Anstalt, folgte schon immer aus der Natur der Sache, daß, soweit derartige Endigungsgründe überhaupt gesetzlich anerkannt sind, es ganz von der Würdigung der Aufsichtsbehörde abhängt, ob ein gedeihliches Fortbestehen noch als möglich anzusehen sei oder nicht. Bei öffentlichen Anstalten, die vom Staate selbst ausgehen, entscheidet die leitende Behörde des Verwaltungszweiges. Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 643.

[24] Ein „Recht der Selbstauflösung" mag bei privatrechtlichen Stiftungen gegeben sein; bei öffentlichen Anstaltspersönlichkeiten gibt die staatliche Einwilligung stets das entscheidende Wort. Das Beispiel eines Selbstauflösungsrechts, das Gierke, Genossensch.Theorie S. 850 Note 2, in Bad. Sparkassenges. v. 9. April 1880 § 9 findet, stimmt nicht: auch hier tritt der Erfolg erst ein durch die „Genehmigung der Staatsregierung".

[25] Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 644; ders., Genossensch.Theorie S. 654 ff.

welcher nach B.G.B. § 88 die Verfassung frei entscheidet, an wen das Vermögen fällt. Diese bürgerlichrechtlichen Bestimmungen sind von vornherein hier ausgeschlossen, wo nur öffentliches Recht zur Anwendung zu kommen hat und der Gedanke des inneren Zusammenhanges mit der öffentlichen Gewalt alles beherrscht[26].

Es ist davon auszugehen, daß es sich in erster Linie nicht um eine Hinterlassenschaft von Vermögenswerten handelt. Die Hauptsache, die der juristischen Person hier bei Lebzeiten gehört hatte, war ihr Stück öffentlicher Verwaltung, das öffentliche Unternehmen, für das sie geschaffen worden war. Daran hing erst das Vermögen, mit welchem sie sich für diesen Zweck ausgestattet fand, als Nebensache und Mittel für diesen Zweck.

Bezüglich des ersteren nun kann nicht wohl ein Zweifel bestehen über den Weg, welchen diese Hinterlassenschaft zu nehmen hat. Die Macht, dieses Stück öffentlicher Verwaltung zu führen, ist seinerzeit bei Gründung der rechtsfähigen Anstalt losgelöst worden aus dem Kreise der Zuständigkeiten des bestimmten Muttergemeinwesens[27]. Diesem hörte es auch nachher nicht auf sachlich zuzugehören; es bedeutete immer noch einen seiner Zwecke, nur die besondere juristische Persönlichkeit hielt es der Form halber von ihm getrennt. Jetzt, wo diese Gebundenheit wegfällt, muß es von selbst zurückkehren zu seinem natürlichen Ausgangspunkt.

Das Zubehör, die Gesamtheit der dem Unternehmen dienenden Vermögenswerte, kann ein selbständiges Schicksal nicht beanspruchen, sondern folgt dem der Hauptsache. So ist der sogenannte Heimfall des Anstaltsvermögens nicht ein selbständiges Rechtsinstitut für sich, sondern nur eine untergeordnete Seite des Vorganges, der sich infolge der Aufhebung der Anstaltspersönlichkeit vollzieht[28].

---

[26] Daher insbesondere auch die landesrechtlichen Bestimmungen über ein allgemeines Recht des Fiskus auf bona vacantia keine Anwendung finden. Roesler, Verw.R. I S. 218: „Es ist dies ein privatrechtliches Argument, das mit dem öffentlichen Charakter der Stiftungen (Anstalten) unverträglich ist". Wo man an solche Dinge gedacht hat, beruhte das zumeist auf einer Verwechslung mit dem hier zu erörternden Heimfallsrecht.

[27] Vgl. hier oben I n. 1; § 55, III n. 2.

[28] Gierke, Genossensch.Theorie S. 868, drückt den gleichen Gedanken auf seine Weise aus. Nach ihm wird ja nicht die Anstalt, das öffentliche Unternehmen, vom Muttergemeinwesen abgezweigt, sondern ein Stück Wille und damit Persönlichkeit (vgl. oben § 55 Note 7 und hier Note 21). Der Heimfall vollzieht sich folgerichtig dann so, daß die abgezweigte juristische Person selbst „in das

Was aus der Anstalt selber wird, ist durch diese nur insoweit bestimmt, als es jetzt ganz auf den Entschluß des Muttergemeinwesens ankommt. Die Vertretung der Anstaltspersönlichkeit, die als solche nur zur Fortführung dieser Anstalt berufen ist, konnte sie weder aufgeben noch verändern[29]. Das Muttergemeinwesen kann sie mit den bisherigen Mitteln in eigenem Namen fortführen, wobei es regelmäßig darauf ankommen wird, daß es diese Mittel zugleich aus Eigenem verstärkt. Es kann auch den Zweck des Unternehmens angemessen verändern oder es verbinden mit anderen Unternehmungen, die es führt. Das sind überall keine Rechtsakte, sondern innere Verfügungen über das Seinige, die es vornimmt; rechtliche Wirkung nach außen und Gebundenheiten anderen gegenüber erzeugt es unmittelbar dadurch nicht. Dieselbe Natur hat auch das einfache Fallenlassen des Unternehmens. Das kann ausdrücklich geschehen, namentlich auch schon gelegentlich des Verfahrens zur Aufhebung der selbständigen Persönlichkeit. Es kann auch stillschweigend geschehen durch einfaches Nichtaufnehmen des Betriebes und anderweite Verwendung der bisher dafür dienenden Mittel.

Die Verbindlichkeiten, welche die erloschene Anstaltspersönlichkeit Dritten gegenüber eingegangen war, sind von dem heimfallsberechtigten Muttergemeinwesen zu tragen. Dieses jedoch grundsätzlich nur, soweit das übernommene Vermögen reicht. Es ist also gegebenenfalls ein Auseinandersetzungsverfahren durchzuführen nach Art der Nachlaßverwaltung.

In manchen Fällen hat jedoch das Gesetz eine unbedingte Haftung des übernehmenden Gemeinwesens vorgeschrieben[30].

---

größere Ganze, dessen Glied sie war, aufgeht" und ihr Vermögen nach sich zieht. In deutsch. Priv.R. I S. 644 geht ebenso das Vermögen der beendigten rechtsfähigen Anstalt „an den Verband, dem ihr Leben (der Wille!) entstammt".

[29] Und demgemäß auch nicht über die sonstige Hinterlassenschaft verfügen. Gierke, Genossensch.Theorie S. 860. bezeichnet das als eine „mangelnde Testierfähigkeit dieser juristischen Personen".

[30] Bei Sparkassen pflegt die Gemeinde oder der Gemeindeverband eine Bürgschaft den Einlegern gegenüber schon von vornherein zu übernehmen (Mathias in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 446 ff.). Diese Haftung wird bei Aufhebung der Sparkasse erst recht lebendig. — R.Vers.Ord. § 1335 läßt das Vermögen der aufgelösten Versicherungsanstalt den „aufnehmenden" Anstalten mit allen Rechten und Pflichten übertragen. Wenn keine Übernahme erfolgt, fällt das Vermögen „den beteiligten Gemeindeverbänden" zu; nach § 1402 haften sie eben für die Verbindlichkeiten der aufgelösten Anstalt und sollen deshalb auch die vorhandene Deckung haben.

3. An die Stelle einer einfachen Unterdrückung der Anstaltspersönlichkeit läßt das Gesetz unter Umständen Veränderungen treten, welche geeignet sind, dem ursprünglichen Zwecke noch eine gewisse Berücksichtigung zu sichern.

Das kann geschehen durch Einverleibung der rechtsfähigen Anstalt in eine andere, zweckverwandte. Die aufgenommene Anstalt geht unter, die aufnehmende erweitert ihre Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten um alles, was dieser zukam. Es kann auch geschehen durch Zusammenlegung zweier solcher Anstalten: beide gehen unter und an ihre Stelle tritt eine neue, ausgestattet mit der Gesamtheit ihrer Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten. Umgekehrt ist auch eine Teilung möglich, wobei eine rechtsfähige Anstalt untergeht zugunsten zweier, die an ihre Stelle treten und sich teilen in das, was ihr zukam[31].

Eben dieses Ergebnis könnte auch auf Grund der allgemeinen Befugnis, Anstalten dieser Art aufzuheben und neu zu gründen, erreicht werden. Nur vollzieht sich hier alles in einem Akte, wodurch der Zusammenhang gewahrt und der Erfolg gesichert wird.

Das gleiche gilt von einer bloßen Änderung des Zweckes der Anstalt. Auch das ließe sich durch Aufhebung der alten und Wiederaufrichtung einer entsprechenden neuen Anstalt in den oben beschriebenen Formen erreichen. Als selbständige Form findet sich diese Maßregel vor allem da ausgebildet, wo das Gesetz einer Aufhebung grundsätzlich abhold ist und deshalb den Weg, der über sie zu nehmen wäre, vermeidet. Die unmittelbare Sicherung der Fortdauer ist auch hier das Wesentliche[32].

Keine besondere Ordnung der Hinterlassenschaft einer rechtsfähigen Anstalt gibt die von Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 644 Note 55, angezogene Bestimmung des Reichs-Bankges. v. 14. März 1875 § 41: das ist einfach ein Rückkaufsrecht von derselben Art, wie der Staat es sich gegenüber beliehenen Eisenbahngesellschaften auszubedingen pflegt. Vgl. oben § 50, III n. 4.

[31] Die im kanonischen Recht so liebevoll ausgebildeten Änderungsarten der beneficia liefern hier Vorbilder: divisio, unio per subjectionem, per aequalitatem usw. Vgl. Hinschius, Kirchenrecht II S. 397 ff.

[32] Das Bayrische Recht hat dieses Verfahren mit besonderer Genauigkeit behandelt; namentlich ist auch die Zuziehung aller irgendwie „Beteiligten" vorgesehen. Seydel, Bayr. St.R. II S. 716 ff.

§ 57.

Die öffentliche Genossenschaft.

Die öffentliche Genossenschaft ist ein Verein der an einem öffentlichen Unternehmen Beteiligten, ausgestattet mit einer besonderen juristischen Persönlichkeit, der dieses Unternehmen zugehört[1].

Als die wichtigsten Anwendungsfälle dieses Rechtsinstituts liefert die Gesetzgebung des Reiches die Berufsgenossenschaften und die Krankenkassen der Reichsversicherungsordnung, sowie die Innungen der Gewerbeordnung[2]. Aus dem Bereiche der Landesgesetzgebung sind vor allem zu erwähnen die öffentlichen Wassergenossenschaften[3].

Wiederum steht hier im Mittelpunkte das abgesonderte Stück öffentlicher Verwaltung, ein einzelnes Unternehmen oder ein umschriebener Kreis von solchen, die durch einen übereinstimmenden Zweck zusammengehalten werden.

Im Gegensatze zu dem Fall der rechtsfähigen Anstalt ist aber hier dieses Unternehmen nicht einfach losgelöst von den ordentlichen Trägern öffentlicher Verwaltung, um selbständig gemacht und mittels einer hinzugeschaffenen Anstaltspersönlichkeit auf eigene Füße gestellt zu werden. Vielmehr hat diese Rechtseinrichtung hier vor allem die Bedeutung, die besondere Beteiligung der zum Verein verbundenen Einzelnen an diesem Unternehmen zu rechtlicher Anerkennung und Wirksamkeit zu bringen. Es dient den Zwecken des Gemeinwesens; sonst wäre es kein Stück öffentlicher Verwaltung. Aber es dient zugleich den besonderen Zwecken dieser Beteiligten, oder wird gesetzlich dafür angesehen, ihnen zu dienen, was für uns dasselbe sagt[4].

---

[1] Die öffentliche Körperschaft ist demgegenüber der weitere Begriff; sie umfaßt auch die Gemeinde, deren Angehörige keinen Verein bilden. Vgl. oben § 55 Note 24; unten § 58, I. Rosin, Öff. Genossensch. S. 40. — Die Gesetze bedienen sich des Ausdruckes „Genossenschaft" für wichtige Anwendungsfälle unseres Rechtsinstituts; deshalb behalten wir ihn hier bei. Irgendwelche Zustimmung zu der sogenannten Genossenschaftstheorie ist damit noch ebensowenig ausgesprochen wie in jenen Gesetzen.

[2] R.Vers.Ord. §§ 225 ff. u. 623 ff.; Gew.Ord. §§ 81 ff.

[3] Pr. Wasserges. v. 7. April 1913 §§ 206 ff.; Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 110 ff.; Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 §§ 99 ff.; Württ. Wasserges. v. 1. Jan. 1900 Art. 80 ff.; Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 §§ 58 ff.

[4] Jene oben § 56 Note 10 u. 11 besprochene Auffassungsweise, die aus den „Genußdestinatären" der öffentlichen Anstalt Mitglieder einer Art Verband oder

In dieser Gestalt ist die öffentliche Genossenschaft ein Gebilde des neuzeitlichen öffentlichen Rechts. Gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigte die ältere Zeit durch die natürlichen Zusammenschlüsse, welche gemeinsame Not oder gemeinsame Bestrebungen von selbst erzeugten; die Obrigkeit half vielleicht dazu, suchte vor allem Auswüchse zu beseitigen. In der Hauptsache waren es wildwachsende Einrichtungen, zu welchen man sich verbunden fand: Deichverbände, Zünfte, Wegeverbände, Schulsozietäten. Der Polizeistaat kam darüber auf seine Art, ließ alle selbständigeren Regungen verkümmern und machte, soweit ihm die Angelegenheit beachtlich schien, obrigkeitlich geleitete Lastenverbände daraus, passive Verbände, wie man es wohl genannt hat, manchmal mit einer Art Fiskus daneben, um das Geld zusammenzuhalten[5]. Im Gegensatze dazu weckt ja der Staat der Gegenwart auch für solche besondere Angelegenheiten, deren er sich als öffentlicher angenommen hatte, überall, wo es sich machen läßt, eigenes Leben und eigenes Recht derer, die es am nächsten angeht. Das Ergebnis ist auf diesem Gebiete die Erhebung jener nebengeordneten juristischen Person zur Trägerin des öffentlichen Unternehmens selbst und die Anerkennung des Rechts der Beteiligten als verfassungsmäßiger Mitglieder der neuen öffentlich-

---

Korporation macht, wird auch bei der Genossenschaft wieder störend bemerkbar. Danach sollen hier die Mitglieder des Vereins dadurch gekennzeichnet sein, daß ihnen die Vorteile aus den Leistungen des Unternehmens zugute kommen, daß sie seine Genußdestinatäre sind. So E. Mayer in Wörterb. d. V.R. I S. 363: Der Gegensatz der Korporation und der Stiftung (Anstaltspersönlichkeit) beruht einfach darauf, daß bei jener „Verwalter und Destinatär zusammenfällt, bei der Stiftung nicht". Ähnlich Meurer, Die jurist. Pers. S. 34. Rosin, Öff. Gen. S. 60, kommt auf diesem Wege zu dem Schluß, daß bei den Krankenkassen nur die versicherten Arbeiter als Mitglieder der Genossenschaft anzusehen sind, nicht aber auch die Arbeitgeber, und zwar wegen „ihres verschiedenartigen Interessenstandpunktes". Die Arbeitgeber allerdings sind keine „Genußdestinatäre"; sie kriegen nichts aus der Kasse. Wenn sie aber deshalb nicht Mitglieder sind, dann hat die Berufsgenossenschaft überhaupt keine Mitglieder. Allein hier kann doch nicht der materielle Vorteil allein der entscheidende Standpunkt sein. Das Unternehmen dient meinen Zwecken nicht bloß, wenn ich Geld damit verdiene, sondern auch wenn meinen, freiwillig anerkannten oder auferlegten, sozialen Pflichten dadurch Erfüllung bereitet wird oder wenn es meinem Wohltätigkeitssinn, meinen wissenschaftlichen, kirchlichen, standesbewußten, vaterländischen Bestrebungen dienlich sein will. Wir können sagen: es ist immer dafür anzusehen, daß es meinen Zwecken dient, wenn ich Mitglied des Vereins bin, der es betreibt; sonst wäre ich nicht Mitglied.

[5] Über diesen Entwicklungsgang vgl. oben S. 415 ff.

rechtlichen Körperschaft mit bestimmendem Einfluß auf ihre Lebensäußerungen und ihre Schicksale.

So entspricht dem zweifachen Zweck, dem der Verwaltungskörper der öffentlichen Genossenschaft zu dienen hat, eine zweifache rechtliche Macht, unter der sie steht: das Mitgliedschaftsrecht und das dem Staate auch an dieser öffentlichen Verwaltung naturgemäß immer noch zustehende.

Das erstere tritt äußerlich stark in den Vordergrund. Die Sache stellt sich überall dar als eine eigene Angelegenheit der Mitglieder, die sie nur eben durch das Mittel der Genossenschaftspersönlichkeit besorgen, und die Vertretung, mit welcher diese von ihnen ausgestattet wird, scheint für sich allein zu genügen, um sie lebensfähig zu erhalten[6].

Es besteht die Möglichkeit, ganz ähnliche Unternehmungen im Wege der freien Vereinstätigkeit zu verfolgen nach den Ordnungen des bürgerlichen Rechts, wobei ja die Staatsverwaltung jetzt grundsätzlich keine Hindernisse mehr bereitet. Es kann eine juristische Persönlichkeit des Privatrechts sich damit verbinden. Auch eine Genehmigung und Beaufsichtigung durch die Verwaltungsbehörden kann vorbehalten sein; namentlich die Gewerbepolizei und die Sicherheitspolizei mögen sich so betätigen. Also kommt alles darauf an, daß die besondere Zugehörigkeit der Genossenschaft zum Staat und zur öffentlichen Verwaltung sich jedesmal erst noch kenntlich mache, wenn es sich um eine öffentliche Genossenschaft handeln soll.

Auch hier wieder wird es meist vergeblich sein, ein formales Merkmal zu suchen, an welches man sich ohne weitere Prüfungsschwierigkeiten halten könnte; vgl. oben § 51, II und § 55 Note 9. Es muß vor allem das Unternehmen der Genossenschaft zugleich als öffentliche Verwaltung anzusehen sein. Dafür spricht, daß die Verhältnisse der Genossenschaft, in welche sie bei Verfolgung ihrer

[6] Im französischen Recht entsprechen unseren öffentlichen Genossenschaften die associations syndicales autorisées und die syndicats forcés. Sie bilden ebenfalls juristische Personen des öffentlichen Rechts, werden aber den établissements publics (Gemeinden, Departements und öffentlichen Stiftungen) gegenübergestellt als établissements d'utilité publique, womit ein entfernteres Verhältnis zum Staate und ein Vorwiegen der Beteiligtheit der Mitglieder angedeutet sein soll. Gauthier, Précis de dr. adm. dans leurs rapp. avec le dr. publ. p. 178: „Établissements, qui ne poursuivent directement que la satisfaction d'intérêts privés, mais qui néanmoins rendent indirectement des services au public." O. M., Theorie d. Franz. V.R. S. 433 f. u. 519 ff. Hier kommt also das Überwiegen der Mitgliederschaft sehr deutlich zum Ausdruck.

Zwecke nach außen, Dritten gegenüber tritt, wie die des Staates selbst und in dem Maße wie diese nach Grundsätzen des öffentlichen Rechts sich geregelt zeigen und daß der Staat an dieser Tätigkeit verschiedentlich sich beteiligt, nicht bloß äußerlich und polizeilicherweise, sondern in dem Sinne, daß die Sache und ihr Wohlgelingen auch ihn angeht. Das genügt aber nicht; denn das könnte ja ebenso eine mit dem öffentlichen Unternehmen beliehene juristische Person des Privatrechts bedeuten, wie die Eisenbahnaktiengesellschaft oder die Reichsbank. Es muß dazu kommen, daß diese Körperschaft selbst ihrem rechtlichen Wesen nach nur dafür bestimmt und da sei, dieses öffentliche Unternehmen zu tragen, und das an ihrer eigenen Gestaltung und inneren Ordnung bekunde, die öffentlichrechtlicher Art sind. Und das erkennen wir vor allem daran, daß diese Dinge den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts entzogen und wieder Gegenstand sind einer besonderen Anteilnahme des Staates, nicht polizeilicher Art, noch nach Art einer Hilfstätigkeit für privatrechtliche Ordnung, sondern weil die Körperschaft zugleich einen Bestandteil seiner eigenen Verwaltung bilden soll, es für diese von Wichtigkeit ist, daß sie in gutem Stande sei[7].

I. Die Entstehung der öffentlichen Genossenschaft ist bedingt, wie die des rechtsfähigen Vereins nach B.G.B., durch das Zustandekommen des Vereins, der die juristische Person tragen soll.

Nach B.G.B. §§ 21 u. 22 findet zudem noch eine Mitwirkung des Staates statt, durch welche der rechtsfähige Verein sich erst vollendet. Sie besteht entweder in einer gerichtlichen Beurkundung (Eintragung in das Vereinsregister), durch die zugleich die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen festgestellt wird. Oder, bei den nicht besonders geregelten Vereinen mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb, in staatlicher Verleihung der Rechtsfähigkeit; das sogenannte Konzessionssystem wurde hier angenommen. Dabei handelt es sich nicht um unser Rechtsinstitut der Verleihung oder Konzession, den Verwaltungsakt, durch den der Staat über das Seinige verfügt, um öffentliche Rechte der Einzelnen zu begründen, für die der Akt ergeht[8]. Es ist viel-

[7] Vgl. oben § 55, II n. 3; unten § 61. Begriffsbestimmungen der öffentlichen Genossenschaft in O.V.G. 28. Nov. 1902 (Entsch. XLII S. 74), 2. Jan. 1903 (Entsch. XLIII S. 79); C.C.H. 17. April 1909 (Reger XXX S. 171). Alles auf die Zwangsmitgliedschaft zu stellen, wäre viel zu eng; so Bornhak in Verw.Arch. VIII S. 15.

[8] Vgl. oben § 39 Eing.

mehr eine Äußerung der Ordnungsgewalt, mit welcher der Staat für Außergewöhnliches der bürgerlichen Rechtsordnung zu Hilfe kommt, Justizpolizei, wie man es früher wohl nannte, dem inneren Wesen nach der richterlichen Mitwirkung zur Entstehung des „idealen Vereins" nach B.G.B. § 21 verwandt[9]. Der Staat, wie überall in der Justiz, wirkt hier nicht sein eigenes Leben aus, sondern umgibt als die reine obrigkeitliche Macht das auf dem Boden des Privatrechts sich auswirken wollende Leben der Einzelnen[10].

Ganz anderer Art ist die Mitwirkung des Staates bei der Entstehung der öffentlichen Genossenschaft. Sie beruht auf dem Gedanken, daß die Sache, welche diese betreiben will, zugleich seine Sache ist, ein Teil der öffentlichen Verwaltung, die ihn immer selbst angeht. Er *verwaltet* schon in dieser Hervorbringung und Fertigstellung ihrer neuen Trägerschaft[11].

Das Maß seiner Wirksamkeit bemißt sich nach dem freien Spielraum, der der anderen Mitarbeiterschaft an dem Werke gesetzmäßig gelassen werden soll, dem sich bildenden Verein nämlich und seinen Mitgliedern. Immer gehört der staatlichen Behörde das letzte Wort, indem die *juristische Persönlichkeit* jedesmal erst entsteht auf ihr „Es werde". In welcher Form dieses aber zum Ausdruck kommt, das richtet sich eben vor allem danach, ob schon eine Grundlage geboten ist durch Anträge und Vorschläge der künftigen Mitglieder der Genossenschaft und wieweit demnach Eigenes noch dazu getan werden muß[12].

---

[9] Das ältere Zivilrecht kannte solcher „Verleihungen" noch mehr: venia aetatis, legitimatio per rescriptum usw. Es sind Gnadenakte, die in den ordentlichen Gang des bürgerlichen Rechts eingreifen.

[10] Vgl. oben Bd. I S. 16; hier S. 3 u. 570.

[11] *Pfeiffer*, Jur. Pers., der das Verdienst hat, den Gegensatz zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Körperschaften besonders sorgfältig wahrzunehmen, gelangt alsbald zu der Erkenntnis, daß auch bei ihrer Entstehung die beiden „anderen Regeln folgen" (S. 51). Der Unterschied liegt aber ganz in der Rolle des Staates. — Die Unterscheidung, welche *Gierke*, Genossensch.-Theorie S. 21 ff., durchführt zwischen den zwei „ungleichartigen Funktionen" des Staates, die bei der Entstehung der juristischen Personen vorkommen, der als „Rechtsorgan" und der als „lebendiges Machtwesen", würden wir sehr wohl verwerten können zur Bezeichnung unseres Gegensatzes zwischen seinem Auftreten bei Entstehung juristischer Personen des Privatrechts und bei Entstehung öffentlicher Genossenschaften — mit dem Vorbehalt, daß doch auch der Wille dieses „lebendigen Machtwesens" rechtlich sehr bedeutsame Wirkungen hervorbringt, gleich denen des „Rechtsorgans". — *Gierke* meint es freilich nicht ganz so.

[12] Zusammenstellung der verschiedenen Entstehungsarten bei *Gierke*, Genossensch.Theorie S. 114 ff. Dort verschwindet aber jede andere Unterscheidung

Am weitesten geht die schöpferische Tätigkeit der Behörde, wenn ihr durch das Gesetz Macht gegeben ist, auch den Verein zustande zu bringen, der zur öffentlichen Genossenschaft gehört, dieser also ihre Mitglieder zu stellen. Das Gesetz bestimmt die Merkmale, nach welchen für eine Genossenschaft mit dem in Frage stehenden Unternehmen die Zugehörigkeit als Mitglied sich richten soll, bestimmt auch, daß für dieses Unternehmen die Genossenschaft behördlich geschaffen werden soll oder kann. Die Behörde erklärt danach — je nachdem weil sie muß oder weil sie es für gut findet — die Genossenschaft für begründet mit allen denen als Mitgliedern, welche die Merkmale aufweisen. Soweit das Gesetz die Verfassung der Genossenschaft nicht selbst schon vorgeschrieben hat, gibt ihr die Behörde zugleich die notwendigen Bestimmungen in einer von ihr aufgestellten Satzung mit. Das ist der Fall der Zwangsgenossenschaft, geschaffen durch Zwangsvereinigung[18].

---

vor dem großen Gegensatz in „der Erzeugung des sozialen Lebewesens", ob es dabei „genossenschaftlich" oder „anstaltlich" hergeht. — Für unsere öffentlichen Genossenschaften allein gilt die Einteilung bei Rosin, Öff. Genossensch. S. 129 ff. Er bildet zwei Hauptgruppen, je nachdem der Anstoß ausgeht von der Behörde oder von den künftigen Mitgliedern. Fertig wird die Sache aber doch immer erst durch „eine Aktion des Staatswillens". Danach scheint uns die Frage nach der juristischen „causa efficiens" (a. a. O. S. 138 Note 37) in einheitlichem Sinne beantwortet zu sein. Rosin kennt allerdings noch eine dritte Gruppe, umfassend zwei Fälle, wo „dritte Persönlichkeiten" bei der Entstehung durch ihren Willensentschluß maßgebend eingreifen. Bei der Begründung der Ortskrankenkasse wäre das die Gemeinde (a. a. O. S. 140): die vertritt aber hier die staatliche Behörde (vgl. unten Note 13). Bei der Errichtung der Betriebskrankenkassen wäre es der Unternehmer (a. a. O. S. 141 Note 50): der ist aber Mitglied (vgl. unten Note 14). In beiden Fällen handelt es sich also um keine „dritte Persönlichkeit".

[18] Es macht für den Erfolg der Entstehung der Genossenschaft keinen rechtlich beachtenswerten Unterschied, ob das Gesetz sagt: durch den Beschluß der Behörde „wird die Genossenschaft errichtet", „werden die Besitzer zum Deichverband vereinigt", oder ob das Gesetz sagt: die Behörde könne ein Gewässer als „ein zusammengehöriges Fischereigebiet erklären", und die Beteiligten „bilden dann (ipso jure) eine Genossenschaft" (Rosin, Öff. Genossensch. S. 129). Richtig bemerkt Rosin a. a. O. S. 130: auch in den letzteren Fällen „ist der Beschluß des Verwaltungsorgans die wirkende Ursache für die Entstehung der Genossenschaft".

Diese reine Zwangsgenossenschaft, besser „notwendige" Genossenschaft, vereinigt sich nicht gut mit dem Gedanken des eigenen Rechts der Beteiligten, der in der Genossenschaft zur Geltung kommen soll. Sie hat ihren Platz jetzt vor allem in den planmäßigen Ordnungen sozialer Fürsorge, die das Reich eingerichtet hat und in denen keine Lücke bleiben darf. Auch hier wird mit einer gewissen Schonung vorgegangen. So Unf.Vers.Ges. v. 6. Juli 1884 § 15: Bildung der Berufs-

In gelinderer Form erscheint diese Einrichtung, wo die Fertigstellung des Vereins bedingt ist durch die freiwillige Mitwirkung eines gewissen Teiles der zu der Genossenschaft Berufenen. Sobald diese ihre Zustimmung erklärt und die erforderliche Satzung beschlossen haben, wird die Behörde durch das Gesetz ermächtigt sein, die Übrigen, die dazu gehören, zwangsweise zu Mitgliedern zu erklären. Ob sie davon Gebrauch machen will, steht in ihrem Ermessen. Bejahendenfalls legt sie den Widerstrebenden diese Mitgliedschaft auf, genehmigt die Satzung, über welche sie sich mit dem zustimmenden Teile geeinigt hat, und erklärt die Genossenschaft für begründet. Wir nennen das die öffentliche Genossenschaft mit Beitrittszwang und die Form des halben Zwanges[14].

---

genossenschaft durch den Bundesrat nur, wenn die in erster Linie vorgesehene freiwillige Bildung nicht gelungen ist. — Ortskrankenkassen werden nach R.Vers.-Ord. § 231 durch Beschluß des Gemeindeverbandes errichtet, bei seiner Säumnis durch Anordnung des Oberversicherungsamtes (§ 232). Auch die Errichtung durch den Gemeindeverband (unter Umständen durch die Gemeinde: § 111 Ziff. 2) bedeutet schon eine Zwangsgenossenschaft; der Selbstverwaltungskörper handelt dabei im übertragenen Wirkungskreis; vgl. unten § 58, III n. 1. —

Das Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 245 gestattet die Zwangsgenossenschaft nur für mehrere Aufgaben wasserpolizeilicher Art, wo also früher mit Lastenverbänden gearbeitet wurde. Vgl. auch Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 111, 112 u. 135.

[14] So die Zwangsinnungen nach Gew.Ord. § 100; die Genossenschaften mit Zulässigkeit des Beitrittszwangs nach Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 238. Diese Form ist in den meisten Wassergesetzen verwendet: Bayr. Wasserges. Art. 111 u. 112; Sächs. Wasserges. § 129; Württ. Wasserges. Art. 84; Bad. Wasserges. § 76. — Eine eigentümliche Art des Beitrittszwanges stellt sich dar in der Gestalt, daß nicht die Zahl der Zustimmenden entscheidet, sondern das Gewicht ihrer Stellung in dem geplanten Genossenschaftsunternehmen. So die Errichtung einer Betriebskrankenkasse durch den Betriebsunternehmer nach R.Vers.Ord. § 245; sie bedarf nach § 253 der Genehmigung des Oberversicherungsamtes, und in dieser liegt der Schwerpunkt. Der Unternehmer ist nur ein bevorrechtetes Mitglied, das die anderen nach sich zieht, wie ein Mehrheitsbeschluß beim halben Zwang. Er ist aber nicht mit Rosin, Öff. Genossensch. S. 140 u. 141 Note 50, der Genossenschaft gegenüber „eine dritte Persönlichkeit" zu nennen. Vgl. oben § 57 Note 4. — Ein anderer Fall dieser Art in Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 89 Abs. 4: Gemeinsame Anlagen von mindestens dreien der beteiligten Eigentümer ausgeführt und in Betrieb genommen, eine Genossenschaft für den Weiterbetrieb kann auf ihren Antrag auch ohne Mehrheit der Beteiligten angeordnet werden. — Hierher wird auch zu rechnen sein der Fall der Preußischen Handelskammern nach Ges. v. 24. Febr. 1870 (Fassung des Ges. v. 19. Aug. 1897). Das Verständnis wird nur erschwert durch die unzutreffende Ausdrucksweise. Die dem Französischen entnommene Bezeichnung weist ursprünglich auf eine beratende Versammlung aus dem Handelsstande, die den Verwaltungsbehörden mit ihren Berichten und Gutachten zur Seite steht, eine „Interessen-

Die nächste Stufe bildet die freie Vereinsbildung, zu welcher die Beteiligten sich zusammentun. Das gibt natürlich noch keine öffentliche Genossenschaft. Das Gesetz kann aber angeordnet haben, daß für einen Zweck wie der vorliegende die Behörde eine solche daraus machen kann, wenn sie es für gut findet. Zu dem Ende sind ihr die entworfenen Satzungen und das Mitgliederverzeichnis vorzulegen. Sie prüft den Fall, verlangt vielleicht zuvörderst noch gewisse Änderungen an den Satzungen

---

vertretung", wie L. Stein das genannt hat (Vollz.Gewalt 1. Aufl. S. 373 ff.). So auch nach Pr. Handels-K.Ges. § 1: „Die H.K. haben die Bestimmung, die Gesamtinteressen der Handels- und Gewerbetreibenden ihres Bezirks wahrzunehmen, insbesondere die Behörden in der Förderung des Handels und der Gewerbe durch tatsächliche Mitteilungen, Anträge und Erstattung von Gutachten zu unterstützen". Sie haben aber dazu noch eine bedeutsame Verwaltungstätigkeit entwickelt (H.K.-Ges. § 38 Abs. 2), die als öffentliche Verwaltung anzusehen ist. Ihnen gehören zu die Kaufleute und Gewerbetreibenden dieses Bezirks; diese sind beitragspflichtig für sie und wahlberechtigt. Es handelt sich also um eine öffentliche Genossenschaft; die Handelskammer ist der Vorstand, die Wahlberechtigten und Beitragspflichtigen sind die Mitglieder. Wenn nun das Gesetz sagt (§ 35): „Die Handelskammer hat die Rechte einer juristischen Person", so ist das ebenso schief, wie wenn man sagen wollte: der Innungsvorstand habe die Rechte einer juristischen Person. Lusensky, Kom., bemerkt zu diesem § 35 Anm. 1 (S. 179): „Vom juristischen Standpunkte aus erscheint es nicht ganz richtig, die Handelskammer, die doch eine Vertretung eines weiteren Kreises, der Gesamtheit der Wahlberechtigten, ist, zum Träger von Vermögensrechten zu machen, die streng genommen eben dieser Gesamtheit zustehen müßten". Aber es handelt sich nicht bloß um Vermögensrechte, sondern um die ganze Verwaltung, die hier geführt wird und für welche die öffentlichrechtliche juristische Person die Trägerin sein soll; diese und an ihrer Stelle weder die Gesamtheit noch ihre Vertretung. Sie kann nicht als rechtsfähige Stiftung oder Anstalt aufgefaßt werden, sondern nur als rechtsfähiger Verein oder Genossenschaft. Diesen Verein liefert aber doch nicht der Vertretungsausschuß, Handelskammer genannt, durch seine Mitglieder, sondern die Gesamtheit der Vertretenen, welche die richtigen Mitglieder der öffentlichen Genossenschaft sind. Das Gesetz hat auch gar nicht die Absicht, jenen Ausschuß „nicht ganz richtiger" Weise an die Stelle zu setzen; es drückt sich nur schlecht aus.

Die Errichtung einer solchen Handelskammer soll wie bei der Zwangsinnung, wenn überhaupt, so für alle dazugehörigen Kaufleute und Gewerbetreibende des Bezirks geschehen. Sie geschieht durch Genehmigung des Ministers für Handel und Gewerbe (H.K.Ges. § 2). Das wird aber nicht so aufgefaßt, daß der Minister ganz nach freiem Ermessen damit vorgehen könnte („Genehmigung"!); Lusensky a. a. O. zu § 2 Anm. 1 (S. 66): „Voraussetzung ist, daß der Wunsch nach Errichtung einer Handelskammer aus dem Kreise der in der Handelskammer zu vertretenden Berufsstände den Behörden gegenüber zum Ausdruck gelangt." Also zwar kein förmlicher Beschluß der Mehrheit der künftigen Mitglieder der Genossenschaft, aber doch eine gewisse Berücksichtigung dieser letzteren im Sinne des „halben Zwanges".

und bringt je nachdem durch ihren Beschluß die öffentliche Genossenschaft auf diesen Grundlagen zur Entstehung[15].

Am weitesten endlich geht die Selbständigkeit der Mitglieder, wenn sie nicht bloß ihren Verein selber bilden und mit Satzungen ausstatten dürfen, sondern auch Anspruch darauf haben, daß er zur öffentlichen Genossenschaft durch die Behörde erhoben werde. Niemals können sie dieses Schlußergebnis allein herbeiführen. Sie können auch Art und Gegenstand des Vereins nicht beliebig gestalten. Das Gesetz schreibt ihnen vielmehr Normativbedingungen vor, bei deren Erfüllung allein die Behörde *gebunden ist, die Anerkennung auszusprechen*, durch welche die Begründung der öffentlichen Körperschaft sich vollzieht[16].

In allen Fällen bedarf der entscheidende Beschluß einer gehörigen *Kundgabe*. Wenn nichts anderes bestimmt ist, wird sie durch Eröffnung an die Beteiligten zu geschehen haben nach den gewöhnlichen Regeln des Verwaltungsaktes[17]. Sie richtet sich an die Antragsteller oder, soweit Zwang stattfinden soll, an die Gezwungenen. Öffentliche Bekanntmachungen und Eintragungen in öffentliche Register können außerdem zweckmäßig sein. Gültigkeitsbedingung wird das nur, soweit das Gesetz es besonders vorschreibt. Der Zeitpunkt des Ins-Leben-Tretens der öffentlichen Genossenschaft richtet sich im Zweifel nach dem der Kundgabe.

---

[15] Das kann als die ordentliche Form der Entstehung der öffentlichen Genossenschaft angesehen werden. Das Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 §§ 248 ff. stellt auch die Verhandlungen der Beteiligten, die zur freien Vereinsbildung führen sollen, unter amtliche Leitung. Die Behörde hat hier weiter keinen obrigkeitlichen Zwang zu üben, sondern beschränkt sich bejahendenfalls darauf, die geplante Genossenschaft, so wie sie ihr jetzt dargebracht ist, anzunehmen als Trägerin öffentlicher Verwaltung, indem sie die *Genehmigung der geprüften Satzung* ausspricht. Daher Preuß. Wasserges. § 207: „Die Bildung der Genossenschaft erfolgt durch Genehmigung der Satzung auf Grund eines einstimmigen Beschlusses der Beteiligten". Darin liegt aber keineswegs bloß eine Anerkennung der Unschädlichkeit und ein Gewährenlassen. Es handelt sich und muß sich handeln um einen *schöpferischen Akt*, dessen Wirkungen nur eine Behörde hervorbringen kann, nicht ein Verein von Privaten. Die Wirkung ist schließlich die gleiche wie bei der Zwangsvereinigung.

[16] So bei der freiwilligen Innung nach Gew.Ord. § 84 Abs. 2: „Die Genehmigung (des Innungsstatuts) ist nur zu versagen, wenn usw.". Desgleichen bei der ursprünglichen Bildung der Berufsgenossenschaften nach Unf.Vers.Ges. v. 6. Juli 1884 § 12. — Vgl. auch Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 63 Abs. 2.

[17] Vgl. oben Bd. I S. 97 u. 245 ff. Tunlichste Anwendung der Regeln der Z.Pr.O. für die Zustellungen nach Preuß. Wasserges. § 264 ff. Bei den großen Zwangsgenossenschaften der R.Vers.Ord. werden die einzelnen Mitglieder erst nachträglich bekannt; vgl. darüber unten § 59, I.

II. Die Verfassung und das Verfassungsstatut, welche der öffentlichen Genossenschaft bei ihrer Entstehung mitgegeben werden mußten, haben grundsätzlich hier die gleiche Bedeutung wie bei der rechtsfähigen Anstalt (oben § 56, II).

Die Abweichungen hängen zum Teil daran, daß hier das maßgebende Muttergemeinwesen fehlt. Der Staat, der deshalb allein in Betracht kommt, steht dem neuen Verwaltungskörper nicht unmittelbar gegenüber als der, der das Unternehmen eigentlich zu führen hätte und nur durch Schaffung der untergeordneten juristischen Person formell rechtlich in den Hintergrund getreten ist. Das Unternehmen ist vielmehr in erster Linie gedacht als ein Unternehmen der Vereinsmitglieder, zu deren Gunsten es abgezweigt ist aus der großen Masse der Verwaltung, die es aber nur durch den Verwaltungskörper führen können. Die Stellung des Staates dazu gleicht also eher der, die er einnimmt gegenüber einer rechtsfähigen Anstalt, zu der nicht er das Muttergemeinwesen ist, sondern eine Gemeinde. Es bleibt wie dort bei einer bloßen Aufsicht, die er zu führen sich vorbehält, im Gegensatze zu der vollen Leitungsgewalt, die er bei einer unmittelbar von ihm selbst abgezweigten rechtsfähigen Anstalt auszuüben hätte. Noch bedeutsamer sind die Besonderheiten, die sich hier ergeben aus dem Machteinfluß jenes neuen Bestandteils, der die öffentliche Genossenschaft auszeichnet, ihrer Mitgliederschaft. Er erweist sich wirksam an den beiden Hauptpunkten, welche der rechtlichen Gestalt, in der sie erscheint, ihr Gepräge verleihen, Zweck und Vertretung, bekommt aber andererseits auch wieder ein eigentümliches Gegenstück in der auf die Zugehörigkeit sich gründenden Vereinsgewalt. Demnach sind hier dreierlei Besonderheiten hervorzuheben.

1. Die Eigenheit jeder juristischen Person des öffentlichen Rechts, so auch der Genossenschaft, liegt in dem besonderen Stücke öffentlicher Verwaltung, das zu führen sie da ist, das ihren Daseinszweck ausmacht. Dafür gibt das Gesetz den allgemeinen Umkreis, indem nur für solche Zwecke öffentliche Genossenschaften entstehen können, welche das Gesetz dafür auswählt und bezeichnet. Innerhalb dieses Kreises hängt die Entstehung einer Genossenschaft für den bestimmten einzelnen Zweck wieder von den Mitgliedern ab, insofern als sie freiwillig zu dem grundlegenden Verein sich verbinden oder die gesetzlichen Merkmale bieten, um dafür zusammengezwungen werden zu können. Denn der Zweck des rechtlichen Gebildes Genossenschaft soll ja zugleich ihr Zweck sein. Überdies läßt das Gesetz ihnen noch einen gewissen Spiel-

raum für diese Ausstattung der Genossenschaft, indem es die Zusammenfassung mehrerer für zulässig erklärter Zwecke gestattet oder die Hinzufügung gewisser Nebenzwecke, wofür dann wieder in derselben Weise die Mitgliederschaft maßgebend wird[18]. Zum Teil sind auch die Aufgaben so allgemein und weit gefaßt, daß ein bestimmtes einzelnes Unternehmen noch gar nicht damit gegeben ist und eine lebensfähige Wirklichkeit erst daraus wird, wenn von der Mitgliederschaft aus in der bezeichneten Richtung vorgegangen wird, so wie sie es verstanden haben will[19].

Auf solche Art ergibt sich schon hier ein tiefgreifender Unterschied zwischen der öffentlichen Genossenschaft und der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt.

2. Das tritt aber noch deutlicher hervor bei der Art, wie die öffentliche Genossenschaft behufs der Besorgung ihrer Geschäfte ausgerüstet wird mit dem unentbehrlichen Sachwalterwillen. Hier schlägt die Vereinsgrundlage wieder durch, in ähnlicher Weise wie beim rechtsfähigen Verein des bürgerlichen Rechts: die Mitglieder erscheinen nach der Natur der Sache dazu berufen, der Genossenschaft die ordentliche Vertretung zu stellen, sei es unmittelbar durch Beschlüsse ihrer Gesamtheit, sei es durch Wahl der eigentlichen Vertreter[20]. Die Gesetze halten sich auch an diese Grundzüge. Wenn sie hier, abweichend von dem rechtsfähigen Verein des Zivilrechts, auch eine Mitwirkung staatlicher Behörden und einen von dort aus zu übenden Einfluß auf die Gestaltung der unmittelbaren Vertreterschaft vorsehen, so bedeutet das keineswegs

---

[18] Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 58 Abs. 2; Gew.Ord. § 81b; R.Vers.-Ord. §§ 548 u. 675 (Ausdehnung der Versicherungspflicht).

[19] Gew.Ord. § 81a: „Aufgabe der Innungen ist: 1. die Pflege des Gemeingeistes sowie die Aufrechterhaltung und Stärkung der Standesehre unter den Innungsmitgliedern; 2. die Förderung eines gedeihlichen Verhältnisses zwischen Meistern und Gesellen, sowie die Fürsorge für das Herbergswesen und den Arbeitsnachweis". In dem Falle O.V.G. 13. April 1891 (Reger XI S. 367) hat die Aufsichtsbehörde zu der Ziff. 1 anerkannt, „daß, was unter unehrenhaften Handlungen zu verstehen, zunächst die Berufsgenossen (die Innungsmitglieder) zu beurteilen hätten". — Preuß. Handelskammerges. v. 24. Febr. 1870 § 1: „Die H.K. haben die Bestimmung, die Gesamtinteressen der Handels- und Gewerbetreibenden ihres Bezirks wahrzunehmen". Dazu nach Ges. v. 19. Aug. 1897 § 38 die umfassende Aufgabe für die dazu dienlichen „Anstalten, Anlagen und Einrichtungen".

[20] Windscheid-Kipp, Pand. I § 59 Note 3a: „So ist es das Natürliche, daß aus ihnen (den Korporationsmitgliedern) der Wille der Korporation hervorgehe, und dieses Natürliche muß als vom Recht gewollt angesehen werden, soweit keine abweichende Bestimmung getroffen ist".

ein der Genossenschaft fremdes Element, welches damit hereinspielte, sondern fließt natürlicherweise aus dem, was sie auch ist, aus der Eigenschaft als rechtsfähige Verwaltung[21].

3. Die Zugehörigkeit zu dem Verein, auf welchem hier der Verwaltungskörper ruht, bedeutet für die Mitglieder eine rechtliche Gebundenheit der Genossenschaft gegenüber, vermöge deren sie für die Genossenschaftszwecke in Anspruch genommen werden können. Die genauere Bestimmung dessen, was demgemäß für sie Rechtens ist, wird ihnen namens der Genossenschaft von ihrer Vertretung und Vorstandschaft zu geben sein. Es handelt sich wieder um ein Gewaltverhältnis und die darauf beruhende rechtliche Bestimmungsmacht ist die Vereinsgewalt[22]. Sie erscheint auch bei privatrechtlichen Vereinen[23]. Hier aber bewegt sie sich auf dem Boden des öffentlichen Rechts: das Grundverhältnis ist eine öffentlichrechtliche Abhängigkeit, aus welcher bestimmte öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten gefolgert werden, und dazu dienen

---

[21] Man hat von einem Gegensatz zwischen Genossenschaft einerseits und Anstalts- oder Stiftungspersönlichkeit andererseits gesprochen, insofern jener die „Immanenz des Willens" eigentümlich sei, dieser die „Transzendenz des Willens" (Gierke, in Holtzendorff, Rechtslex., Art. „Jurist. Pers." II S. 422; Rosin, Öff. Genossensch. S. 22 u. 48). Das hat nur eine äußerliche Verwandtschaft mit dem, was hier gesagt worden ist über die Besonderheit der Genossenschaft in der Art, wie sie ihre Vertretung zu finden pflegt. Wir haben hier die Ausstattung des Verwaltungskörpers mit dem nötigen Sachwalterwillen im Auge, während dort im Sinne der Theorie der „realen Gesamtpersönlichkeit" (vgl. oben § 55 Note 7) an jene schöpferische „Beseelung" des angeblichen Lebewesens durch einen dem Menschen irgendwie entnommenen Willen gedacht wird. Für uns wird denn auch die Genossenschaft durch eine Teilnahme des Staates an ihren Angelegenheiten keineswegs ein mit „anstaltlichen Elementen" vermischtes Wesen, sondern bleibt in ihrer eigenen Natur davon unberührt. — Das Nähere über die Ordnung der Vertreterschaft vgl. unten § 59, I.

[22] Gierke, Genossensch.Theorie, spricht hier von „Verbandsgewalt" (S. 168), „Körperschaftsgewalt" (S. 178), „körperlicher Machtsphäre" (S. 253) und gründet alles auf den breiten Gedanken des „Sozialrechts" und „der prinzipiellen Ungleichheit von Verbandspersonen und Einzelpersonen" (S. 150). Jede von der Rechtsordnung überhaupt anerkannte „Körperschaft" — von dem „unbedeutenden Verein" bis zur Anstaltspersönlichkeit, Genossenschaft, Gemeinde — weist darin eine „Analogie" auf mit der Staatsgewalt (S. 151). Das „Eingegliedertsein", die „organische Verbindung" macht es aus. Darin ist natürlich auch begriffen, was hier gemeint wird. Wir grenzen aber unsere Vereinsgewalt scharf ab nach dem Maßstab des rechtlichen Bandes, das die Mitglieder eines Vereins umschlingt.

[23] Namentlich bei der Aktiengesellschaft ist sie Gegenstand eingehender Untersuchungen geworden unter dem Gesichtspunkt ihrer Grenze an den Sonderrechten der Aktionäre: Behrend, Handelsrecht S. 799 ff.; Neukamp in Ztschft. f. H.R. XXXVIII S. 36 ff.

Willenserklärungen öffentlichrechtlicher Natur nach Art von Verwaltungsakten, nur eben mit den Besonderheiten, welche der Anweisung im Gewaltverhältnis eigen sind. Sie können in Gestalt allgemeiner Regeln erlassen werden als Vereinsstatute, Genossenschaftsstatute, die keine Rechtssätze bedeuten[24]. Sie können auch als Einzelakte ergehen. In beiden Fällen ist es nicht notwendig eine Behörde, die sie erläßt[25].

Die Vereinsgewalt erhält den Rahmen, innerhalb dessen sie sich gültig so zu betätigen vermag, durch die Verfassung der Genossenschaft, ihr Verfassungsstatut und die es ergänzenden staatlichen Rechtssätze[26].

---

[24] Vgl. oben Bd. I S. 89.

[25] Vgl. oben Bd. I S. 104 ff.

[26] Die rechtsfähige Anstalt hat keine Vereinsgewalt, weil sie keine Mitglieder hat; möglicherweise übt sie eine Anstaltsgewalt aus über die ihre Einrichtungen Benutzenden (vgl. oben § 52, I). Das ist etwas ganz anderes. Die Gemeinde hat Anstaltsgewalt über Benutzende, Dienstgewalt über ihre Beamten (oben § 42, I n. 4, § 45); aber sie hat keine Vereinsgewalt, weil ihre Mitglieder nicht zu einem Verein verbunden sind. Wenn sie ihre Angehörigen so in Anspruch nimmt, tut sie es wie der Staat, obrigkeitlich durch voraussetzungslos wirkenden Rechtssatz (körperschaftliche Satzung; vgl. oben Bd. I S. 87) oder auf Grund eines staatlichen oder eigenen Rechtssatzes. Nur die öffentliche Genossenschaft besitzt dank der bei ihren Mitgliedern verfassungsmäßig gegebenen besonderen Abhängigkeit und Verpflichtbarkeit die Macht, diesen gegenüber auch durch Verwaltungsvorschriften und einfache Einzelweisungen bindend zu wirken. Beispiele solcher Verwaltungsvorschriften geben die Regelung des Lehrlingswesens durch die Innung nach Gew.Ord. § 81a Ziff. 3, die Unfallverhütungsvorschriften durch die Berufsgenossenschaft nach R.Vers.Ord. §§ 848 ff. Sie wirken auf die Mitglieder mit der Vereinsgewalt oder, wenn man will, mit der „dem genossenschaftlichen Verband immanenten Herrschaft über seine Mitglieder“: Rosin, Arb.Vers. I S. 806. Auf die Versicherten wirken sie bindend durch Geltendmachung ihres Dienstverhältnisses zu den Mitgliedern. Rechtssätze bedeuten sie nach keiner Richtung. Beispiele von bindenden Weisungen im Einzelfall bei öffentlichen Wassergenossenschaften: Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 118 („der Vorstand kann die in Ausübung seiner Befugnisse gegen einzelne Genossen gerichteten Anordnungen auf Kosten der Ungehorsamen ausführen lassen“; Beschwerde geht an die Aufsichtsbehörde); Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 62 Abs. 2 Ziff. 7 (Wiener, Kom. zu § 62 n. 9b); Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 222 Abs. 1. — Insbesondere die von der Genossenschaft erhobenen Mitgliederbeiträge unterscheiden sich scharf von den Beiträgen, die als Seitenstück zu den Gebühren öffentliche Vorzugslasten bedeuten (vgl. oben § 48, I n. 1): diese werden an den Herrn des öffentlichen Unternehmens geleistet wegen besonderer Beteiligung des Leistenden an seinem Unternehmen, jene an den Verwaltungskörper, durch den die Leistenden selber das Unternehmen tragen und leiten; diese kraft Rechtssatz oder Verwaltungsakt geschuldet, jene kraft Gewaltverhältnis und demgemäß ergehender Weisung.

III. Auch die Endigung der öffentlichen Genossenschaft weist Gegensätze zu der rechtsfähigen Anstalt auf durch die Machtstellung, die hier die Mitgliederschaft einnimmt.

Der Vergleich mit dem rechtsfähigen Verein des bürgerlichen Rechts, der dadurch nahe gerückt ist, läßt andererseits wieder Abweichungen erkennen, die darauf beruhen, daß es sich überall um ein Stück öffentlicher Verwaltung handelt, das den Daseinszweck des ganzen Rechtsgebildes ausmacht.

Daher hier die Verfügungsmacht der staatlichen Behörde in viel einschneidenderer Weise als Endigungsursache wirksam wird.

Daher auch ein Vorgehen der Behörde in dieser Richtung nicht, wie nach B.G.B. § 43, als eine bloße Entziehung der Rechtsfähigkeit zum Ausdruck kommt. Vielmehr wird damit zugleich auch die Fähigkeit des Vereins zerstört, das Stück öffentlicher Verwaltung zu tragen, für welches er da ist. Der Verein selbst geht also mit unter, indem er seinen Zweck verliert, während er im bürgerlichen Rechte als nichtrechtsfähiger Verein für den gleichen Zweck wie bisher fortbestehen kann, nur natürlich unter unvorteilhafteren Bedingungen[27].

1. Der Endigungsgrund kann sowohl von der staatlichen Behörde als von der Mitgliederschaft seinen Ausgang nehmen[28].

---

[27] Diese Vereine unterliegen dann gemäß B.G.B. § 54 der „für sie nicht passenden Rechtsform der Gesellschaft“ (Prot. II. Les. II S. 457 f.). Auch das Schicksal des Vermögens kommt in Betracht, sofern es bei der untergegangenen Genossenschaft keineswegs so leicht durch die Mitglieder einem Unternehmen ähnlicher Art vorbehalten werden kann, für welches sie etwa beisammen bleiben möchten, wie das bei dem rechtsfähigen Verein des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts der Fall wäre (vgl. hier III n. 2).

[28] Gew.Ord. § 93 Abs. 2 Ziff. 10 und § 97 bezeichnet den letzteren Fall als Auflösung, den ersteren als Schließung. Ebenso unterscheidet bezüglich der Krankenkassen R.Vers.Ord. §§ 266, 267, 272 u. 278 einerseits, §§ 269, 273—275 und 279 andererseits. Vgl. auch Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 §§ 71 u. 72. — Dagegen wird auch die Endigung durch Ausspruch der Behörde als Auflösung bezeichnet in R.Vers Ord. § 647 (Berufsgenossenschaft); Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 276; Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 123. Die Ausdrücke sind hier stets auf den Verein zugespitzt, weil auch dieser untergeht, nicht bloß die juristische Persönlichkeit. — Wenn Preuß. Handelskammerges. v. 19. Aug. 1897 § 43 von Auflösung der Handelskammer spricht, so ist damit weder die juristische Persönlichkeit noch der Verein gemeint, sondern lediglich die Vorstandschaft. „Die Auflösung erfaßt sie nur als Vertretungsorgan, nicht als juristische Person,“ drückt das Lusensky aus (Kom. z. § 43 Anm. 4). Ebenso Behrend in Wörterb. d. St. u. V.R. III S. 347. Etwas Besonderes, wie beide annehmen, ist das, in der Sache wenigstens, durchaus nicht (vgl. oben Note 14). Auch die

Durch die Aufsichtsbehörde kann aus eigenem Antrieb die Schließung der öffentlichen Genossenschaft ausgesprochen werden in den Fällen, die das Gesetz dafür vorgesehen hat, und nur in diesen. Der Hauptgesichtspunkt ist dabei die Geeignetheit der Genossenschaft zur Erfüllung des Zweckes, für welchen sie da ist. Das hängt wesentlich von der Zahl, der Leistungsfähigkeit und dem guten Willen der Mitglieder ab. Das Gesetz pflegt die Merkmale genauer zu bestimmen, welche die Ungeeignetheit genügend darstellen sollen. Wegen anderer Mängel und Unzuträglichkeiten kann der Eingriff gesetzlich nicht geschehen. Zustimmung der Mitglieder würde ihn immer gültig machen[29].

Die Mitgliederversammlung kann die Auflösung jederzeit beschließen[30]. Das wird aber erst wirksam durch die Genehmigung der Aufsichtsbehörden, oder vielmehr die Genehmigung ist es, welche auch hier das Ende der Genossenschaft bewirkt. Die Mitglieder haben höchstens ein Recht darauf, daß ihrem gehörig gefaßten Beschlusse stattgegeben werde, ähnlich wie der Beamte ein Recht hat auf seine Entlassung (vgl. oben § 43, III n. 1). Wo das Gesetz nicht ausdrücklich eine solche Gebundenheit der Behörde bestimmt, hat der Mitgliederbeschluß lediglich die Bedeutung, daß er den Schließungsausspruch zulässig macht. Bei Zwangsgenossenschaften ist dieser Weg überhaupt nicht gangbar[31].

In jedem Falle wird die Endigung rechtswirksam mit Eröffnung des Beschlusses der Behörde, der die Schließung ausspricht oder die Auflösung genehmigt, an die Genossenschaft, zu Händen des zum Empfang berufenen Vertreters.

2. Auch bei der untergegangenen Genossenschaft kann man

Auflösung der Handwerkskammer (Gew.Ord. § 1030) läßt die Einrichtung selbst bestehen.

[29] „Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Innung hat die Schließung kraft Gesetzes zur Folge“ (Gew.Ord. § 97 Abs. 4). Sie ist eine Schließung in dem hier erörterten Sinne. Daß das ordentliche Gericht sie ausspricht statt der Verwaltungsbehörde, sie mittelbar ausspricht und gebunden ist, sie auszusprechen, hindert nicht, unser Rechtsinstitut dem Wesen nach hier wiederzufinden. Von selbst versteht sich die Anwendbarkeit der Konkursordnung auf juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht (B.G.B. § 89 Abs. 2).

[30] Bei den Wassergenossenschaften wird zur Erschwerung eines solchen Beschlusses Zweidrittel-Mehrheit verlangt nach Preuß. Wasserges. § 278 Ziff. 1. Dazu Bad. Wasserges. § 72 Abs. 3, Sächs. Wasserges. § 123 Abs. 2; Bayr. Wasserges. Art. 127 (Dreiviertel-Mehrheit). Bei der Innung besteht die Erschwerung nur in der Gegenwart eines Vertreters der Aufsichtsbehörde: Gew.Ord. § 96 Abs. 6.

[31] Vgl. oben S. 622.

von einer Hinterlassenschaft[32] sprechen, deren rechtliches Schicksal der Lösung bedarf. Wenn bei der rechtsfähigen Anstalt der Heimfall an das Muttergemeinwesen die naturgemäße Ordnung vorstellt, so würde statt dessen hier der Anfall an die Genossen, an die Mitglieder der untergegangenen Körperschaft in Frage kommen. Das entspricht allerdings dem, was Rechtens ist für den rechtsfähigen Verein des Handelsgesetzbuchs und diejenigen Vereine des B.G.B., die in ähnlicher Weise „ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienten“[33]. Bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist das nie der Fall. Bei ihr wird immer in erster Linie maßgebend sein ihr Stück öffentlicher Verwaltung, das öffentliche Unternehmen, für welches sie da war, und sein Schicksal. So war ja auch bei der öffentlichen Anstaltspersönlichkeit der Heimfall des Vermögens erst zu erklären aus dem Heimfall dieses Unternehmens[34]. Es kommt also darauf an, wie es bei der öffentlichen Genossenschaft damit steht.

Da ist denn zunächst richtig, daß ein Muttergemeinwesen, dem das Unternehmen von selbst heimfiele, hier nicht gegeben ist. Aber auch an die Mitglieder der untergegangenen Genossenschaft fällt es nicht: sie bilden ja unmittelbar für sich überhaupt keine gegebene Trägerschaft öffentlicher Verwaltung; nur die juristische Person war eine solche, an der sie ihrerseits wieder verfassungsmäßige Anteilsrechte hatten; die sind aber etwas anderes als Rechte an dem öffentlichen Unternehmen, die nun fortdauern oder aufleben könnten[35]. Folglich fällt hier das Unternehmen, wenn nicht anderweit Vorkehrung getroffen wird, mit dem Untergang seiner Trägerin ins Nichts. Die Vermögenswerte aber, die ihm dienten, werden eben dadurch bestimmungslos und bedürfen einer neuen rechtlichen Zuteilung. Dafür fehlt es nicht an einem Maßstab und einer grundsätzlichen Führung. Es kommt darauf an, wessen Zwecken es in dem Unternehmen bisher gedient hat; dem soll es weiter gewidmet bleiben. Das sind aber nicht ohne weiteres die Genossenschaftsmitglieder allein. Der Genossenschaftszweck galt ja als ihr Zweck; aber er hatte eine doppelte Seite: er war zugleich

---

[32] Vgl. oben § 56, III n. 2.

[33] B.G.B. § 45 Abs. 3. Über die ältere Lehre vom „Anfall“ Gierke, Genossensch.Theorie S. 873 ff.; ders., Deutsch. Priv.R. I S. 569 ff. Daß das für öffentlichrechtliche Körperschaften nicht in gleichem Maße gilt, wird dort richtig hervorgehoben.

[34] Vgl. oben § 56, III n. 2.

[35] Vgl. oben § 55 S. 593.

als öffentliche Verwaltung ein Zweck des Gemeinwesens, des Staates. Also gilt es eine billige Auseinandersetzung zu machen, nicht einfach nach Halbpart, sondern je nachdem, namentlich je nach der Art des Zweckes der Genossenschaft, mag die eine oder die andere Seite überwiegen.

Die Rechtsform, deren diese Auseinandersetzung sich bedient, kann verschieden sein.

Für manche Fälle hat das Gesetz selbst Vorschriften gegeben, die eine gerechte Zuteilung gewährleisten sollen. Die Mannigfaltigkeit der hier vorliegenden Bestimmungen beweist, wie vielerlei Gesichtspunkte, von verschiedenem Schwergewicht auch, zu berücksichtigen waren[36].

Soweit hiernach Raum bleibt, wird es Sache der Satzung sein, die nötigen Ordnungen aufzustellen[37]. Insofern die Satzung nur zustande kommt durch Übereinstimmung der beschließenden Mitgliederversammlung und der genehmigenden Behörde, kommen dabei die sich gegenüberstehenden Rücksichten genügend zur Geltung, um eine der inneren Gerechtigkeit entsprechende Lösung erwarten zu lassen.

Zur Befriedigung der Gläubiger und Flüssigmachung des Überschusses sowie Verwendung desselben wird ein Auseinandersetzungs- (Liquidations-) Verfahren stattzufinden haben, bei welchem die Aufsichtsrechte der staatlichen Behörde noch wahrzunehmen sind[38]. Schlimmstenfalls, wenn gesetzliche Vorschriften und Satzungsbestimmungen im Stiche lassen, wird es also Aufgabe

---

[36] Gew.Ord. § 98a Abs. 2: Verteilung unter die Innungsmitglieder nur zulässig bis zur Höhe des Gesamtbetrages der von jedem geleisteten Beiträge; der Rest geht, wenn das Statut nicht anders bestimmt, an die Gemeinde zur Benutzung für gewerbliche Zwecke. Preuß. Wassergenossensch.Ges. v. 1. April 1879 § 87 mit § 41: Verteilung unter die Genossen nach Köpfen (so wenigstens die Auslegung von Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 569 Note 68 u. 69; das neue Wasserges. v. 7. April 1913, das in § 281 eine ähnliche Verweisung auf die Auseinandersetzung privatrechtlicher Vereine enthält, wird nicht so ausgelegt: Holtz u. Kreutz II S. 169, c). Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 126: Verteilung unter die Genossen nach dem Maßstabe des Beitragsverhältnisses. Els.-Lothr. Ges. v. 26. März 1852 Art. 15 (anerkannte Hilfsgenossenschaften): Rückerstattung ihrer Beiträge an die Genossen, Überschuß an gleichartige Genossenschaften desselben Bezirks und in deren Ermangelung an Wohltätigkeitsanstalten.

[37] Gew.Ord. § 98a Abs. 3. Holtz u. Kreutz II S. 167 Note 1 schließen aus dem Stillschweigen des Preuß. Wasserges. v. 1913 über diesen Punkt die Zuständigkeit der Satzung für die Ordnung des Nachlasses. Sächs. Wasserges. a. a. O. gibt seine Regelung nur für den Fall, daß die Satzung nichts bestimmt.

[38] Ausführlich geordnet in Preuß. Wasserges. §§ 280 ff.

der Behörde sein, ihre Macht zu gebrauchen, um eine Lösung der Frage des Nachlasses im Sinne des durch die Umstände gelieferten Billigkeitsmaßstabes herbeizuführen[39].

3. Die Reichsversicherungsordnung hat zur Durchführung ihrer planmäßigen Fürsorge eine Menge von Berufsgenossenschaften und Krankenkassen mit Genossenschaftsnatur entstehen lassen. Die in Betracht kommende Bevölkerung ist unter sie verteilt nach räumlichen Bezirken und nach beruflicher Zugehörigkeit. Unter den Gesichtspunkten höherer Zweckmäßigkeit sind die leitenden Behörden in die Lage gesetzt, Änderungen an den bestehenden Genossenschaften dieses Systems eintreten zu lassen. Diese umfassen nicht bloß Grenzverschiebungen und Änderungen in der zugeteilten Bevölkerungsgruppe, welche die Mitgliedschaft bildet. Es können auch einzelne Genossenschaften gänzlich unterdrückt werden durch Zusammenlegung, Einverleibung, Ersatz durch gleichwertige Versicherungsträger.

Diese Maßregeln haben das Besondere, daß sie mit verhältnismäßiger Leichtigkeit vorgenommen werden können ohne besondere Berücksichtigung der Mitgliederrechte. Die Änderung ist ja für die betroffenen Mitglieder keine so einschneidende wegen der gleichen gesetzlichen Notwendigkeiten, unter welchen sie überall verbleiben. Und ebenso bereitet die Übernahme der Verlassenschaft und die Auseinandersetzung darüber keine rechtlichen Schwierigkeiten; es handelt sich einfach um rechnerischen Vollzug der Maßregel. Das Recht der öffentlichen Verwaltung überwiegt hier durchaus wie bei einer reinen Staatsanstalt. Die Rechte der Mitglieder kommen

[39] Gierke, Genossensch.Theorie S. 875, weist mit Recht darauf hin, daß in solchen Fällen der „sozialen Dekomposition" eine „Kombination beider Sukzessionsarten" (Heimfall und Anfall) am Platze ist. Diese „Kombination" drängt sich aber doch nur auf bei öffentlichen Genossenschaften; bei bürgerlichrechtlichen ist das Gegebene die Verteilung unter die Genossen. Das „Erbrecht" des Fiskus nach B.G.B. § 45 Abs. 3 hat keineswegs die Natur eines Heimfalls, sondern ist im I. Entw. ein Rest des alten fiskalischen Anspruchs auf die bona vacantia gewesen, in II. Les. ist ihm dann der Gedanke zugrunde gelegt worden, „daß der Fiskus allein imstande sei, das Vermögen den ihm gesetzten Zwecken in angemessener Weise zu erhalten" (Prot. I S. 546). Daher auch die Einschärfung wegen der Verwendung in § 46 S. 2 hinzugefügt wurde. Die „gesetzten Zwecke" sind aber bei dem bürgerlichrechtlichen Verein schlechthin die Zwecke der Mitglieder. Der Fiskus ist ihr Treuhänder. Bei der öffentlichen Genossenschaft handelt es sich darum, das nachgelassene Vermögen den Zwecken der öffentlichen Verwaltung zu bewahren, der es gedient hat, und unter den möglichen Arten derselben einem solchen, der den besonderen Zwecken der Mitglieder „tunlichst" entspricht.

nur zur Geltung in der Selbständigkeit der Gesamtheit dieser juristischen Persönlichkeiten gegenüber Staat und Reich und in der genossenschaftlichen Mitwirkung an der Lebenstätigkeit der bestimmten einzelnen Körperschaft, der man jeweils angehört[40].

§ 58.

Die Gemeinde.

Die Gemeinde ist eine auf der Zusammenordnung der Wohnstätten beruhende Gemeinschaft von dazu gehörigen Menschen mit eigener juristischer Persönlichkeit für die ihr zukommende öffentliche Verwaltung[1].

I. Weil die juristische Persönlichkeit der Gemeinde dazu da ist, ein zugehöriges Stück öffentlicher Verwaltung zu tragen, ist

[40] R.Vers.Ord. §§ 264 ff. u. 635 ff. So bemerkt Rosin, Arbeiterversicherung I S. 676 ff., zutreffend, daß die „verstärkte Kraft, mit welcher das öffentliche Interesse bei der Begründung dieser Verbände sich durchzusetzen vermochte, bei Bestandsveränderungen noch energischer in die Erscheinung tritt".

[1] Haenel, St.R. I S. 141, bezeichnet die Gemeinde als „korporativen Verband", und zwar als „absoluten Zwangsverband", dessen „spezifischen Gehalt ausmacht die Bestimmung für solche Gemeinzwecke, welche ihren Inhalt oder doch ihre wesentliche Richtung durch die Tatsache räumlichen Zusammenwohnens gewinnen". Ähnlich Halbey, Gem.Verf. u. Verw.R. S. 4: „Ein Organismus der örtlichen Gemeinschaft, welcher, auf dem nachbarlichen Zusammenwohnen der zu ihm gehörigen Personen beruhend, die gemeinsamen Kultur- und Wirtschaftsinteressen des engsten örtlichen Verbandes umfaßt". Rosin in Annalen 1883 S. 291: Zweck der Ortsgemeinde ist „die Befriedigung der auf dem örtlichen Zusammenwohnen und der nachbarlichen Lage der Grundstücke beruhenden Gemeindebedürfnisse" (Gemeinbedürfnisse?). In der förmlichen Definition S. 292 ist dann die Gemeinde „die öffentlichrechtliche, nicht souveräne Gesamtpersönlichkeit zur Befriedigung örtlicher Gemeininteressen innerhalb des Staates". Für das, was gemeint ist, die auf dem räumlichen Zusammenwohnen beruhenden öffentlichen Interessen, ist das Wörtchen „örtlich" ein etwas knapper Ausdruck. Noch knapper in der Gegenüberstellung: „Die Gemeinde ist der Organismus der örtlichen Gemeinschaft, der Staat der Organismus der Volksgemeinschaft" (Brater in Staatswörterbuch IV S. 112). Auch eine Wassergenossenschaft besorgt aber örtliche Gemeininteressen und ist der „Organismus" einer örtlichen Gemeinschaft. — G. Meyer-Anschütz, St.R. § 111: „Gemeinden sind die kleinsten politischen Gemeinwesen, denen die Verwirklichung der politischen Aufgaben in örtlicher Begrenzung obliegt". Aber eine solche örtliche Begrenzung findet sich auch bei der Krankenkasse. Der Schwerpunkt läge also bei dem Begriff „politische Aufgabe", der hier verwertet wird. Was eine politische Aufgabe sei, wird aber dadurch kaum genügend klargestellt, daß man auf „die sachliche Unbegrenztheit des Wirkungskreises" verweist (a. a. O. § 1 n. 1). Vgl. auch unten Note 10.

sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts[2]. Sie grenzt einerseits an die öffentliche Genossenschaft, als nächst höhere Entwicklung des Begriffes dieser gegenüber, andererseits an den Staat, der über die ganze Reihe hinausreicht.

1. Mit der öffentlichen Genossenschaft stimmt die Gemeinde insofern überein, als sie beide, im Gegensatze zur rechtsfähigen öffentlichen Anstalt, Körperschaften sind und als solche die juristische Persönlichkeit aufbauen auf einem Kreise von Mitgliedern, als solche berufen, kraft eigenen Rechts Anteil zu haben an der Bestimmung ihrer Gestalt und Lebensäußerung[3].

Dagegen unterscheidet sie sich von jener durch ihre besondere Verwandtschaft mit dem Staate, dessen wesentliche Stücke: Gebiet, Volk und Staatsgewalt, bei ihr in entsprechenden Erscheinungen wiederzufinden sind[4]. Damit stellt sie sich der öffentlichen Genossenschaft gegenüber wie folgt:

— Die Genossenschaft erhält ihre Eigenart bestimmt durch den besonderen Gegenstand ihres Unternehmens. Aus diesem ergibt sich dann in zweiter Linie eine räumliche Abgrenzung ihrer Tätigkeit, entweder ganz von selbst durch den Bereich der vorzunehmenden Arbeiten, den Sitz der zugehörigen Betriebe, die örtliche Entwicklung der zu fördernden Gewerbe, oder vermittels einer von der eigenen Zweckmäßigkeit des Unternehmens geforderten Bezirkseinteilung zwischen den gleichartigen Genossenschaften. Und zugleich ergibt sich daraus ihre Mitgliederschaft als der Kreis der an diesem Unternehmen Beteiligten.

Bei der Gemeinde dagegen ist, wie beim Staate, der feste Punkt, von dem alles ausgeht, das Gebiet. Das Staatsgebiet ist der dem Staate vorbehaltene Teil der Erdoberfläche, den er ausfüllt mit all der Wirksamkeit, die ein Staat üben kann und die zu üben er für gut findet, zugleich der Bereich, in welchem sein Volk seine Sitze hat. Und ebenso hat die Gemeinde ihr Gebiet: eine Unterabteilung des Staatsgebietes, für welche sie alle Art öffentlicher Verwaltung zu führen hat, die zu einer solchen Unterabteilung gehört, und deren Bewohnerschaft als solche ihr ihre Mitglieder und Angehörigen liefert[5].

---

[2] Vgl. oben S. 585.

[3] Vgl. oben S. 591.

[4] Die drei „Elemente" des Staates: Jellinek, Allg. St.L. S. 394 ff.

[5] Diese Doppelbedeutung des Gebietes wird (in umgekehrter Reihenfolge) gut zum Ausdruck gebracht bei Jellinek, Allg. St.L. S. 395: „Das Staatsgebiet hat zwiefache Eigenschaften. Es ist nämlich einmal ein Moment des Staates

Wie das Gebiet völkerrechtlich die Leiblichkeit des Staates darstellt, in der er verletzt werden kann, so gehört auch das Gemeindegebiet zum verwaltungsrechtlichen Dasein der Gemeinde als ein allgemeiner Bestandteil des ganzen Kreises öffentlicher Verwaltung, für welchen sie die juristische Person des öffentlichen Rechts, der Verwaltungskörper sein soll[6].

— Die Gemeinde hat, im Gegensatze zur öffentlichen Genossenschaft, ihre Mitglieder nicht in einem Verein um sich versammelt, dem man durch Rechtsgeschäft freiwillig beitritt oder kraft Gesetzes nach dem Merkmal eines besonderen Zusammenhanges mit dem Vereinszwecke anzugehören gezwungen wird[7]. Wie ihr Gebiet eine Unterabteilung des Staatsgebietes, so ist ihre Mitgliederschaft von Haus aus gedacht als eine danach bestimmte Unterabteilung des Staatsvolkes. Das Staatsvolk aber ist die fließende, im wesentlichen durch Geburt und Tod sich natürlich erneuernde Menschengemeinschaft, für welche der Staat da ist. Die Mitgliederschaft der Gemeinde ist in gleicher Weise, also volksmäßig gestaltet. Nur bildet hier den Maßstab für die Zuteilung als Mitglied an die einzelnen Gemeinden schlechthin die Gebietsangehörigkeit, also der Wohnsitz auf dem Gemeindegebiet. Auch dieser Wohnsitz ist, wie die Staatsangehörigkeit, zunächst das Ergebnis von familienrechtlichen Zusammen-

als Subjektes. Das folgt logisch daraus, daß seßhafte Menschen seine Mitglieder sind ... (S. 398), ist aber zweitens räumliche Grundlage der Herrschaftsentfaltung über sämtliche in dem Staate weilende Menschen, mögen sie seine Angehörigen oder Fremde sein". Ähnlich Haenel, St.R. I S. 142: „Das Gebiet hat für sie (die Gemeinde) nicht allein die Bedeutung, die es sonst überall nur besitzt, den örtlichen Sitz der Tätigkeit und die örtliche Abgrenzung und Gliederung der durch einen sonstigen Gemeinzweck verbundenen Genossen zu bezeichnen, sondern es ist die zur Begründung der korporativen Herrschaft über die auf ihm weilenden an sich und schlechthin zureichende Tatsache".

[6] Deshalb hat man für die Gemeinde wie für den Staat den gemeinsamen Namen Gebietskörperschaft aufgebracht: Gierke, Genossensch.R. II S. 870 ff.; Preuß, Gem., Staat, Reich als Gebietskörpersch. S. 261; Haenel in Arch. f. öff. R. V S. 464; ders., St.R. I S. 142; Rosin, Öff. Genossensch. S. 42 ff.; Jellinek, Allg. St.L. S. 183 u. 403; Schoen, R. d. Kom.Verb. in Pr. S. 13. — Dementsprechend würde dann die öffentliche Genossenschaft als Vereinskörperschaft zu bezeichnen sein.

[7] Weil diese Hauptsache fehlt, geht es auch nicht an, die Gemeinde, gewissermaßen auf dem Vergleichswege, wenigstens eine Gebietsgenossenschaft nennen zu wollen, wie Preuß, Gem., St., Reich S. 241 f., tut. Gierke selbst unterscheidet hier wohl. Er nennt (Genossensch.R. II S. 865 f.) Staat und Gemeinde „mehr als bloße Genossenschaften". Sie sind aber nicht bloß mehr, sondern etwas ganz wesentlich anderes.

hängen. Man wird in die Gemeinde hineingeboren wie in den Staat. Auch die Gemeinde hat ihr Volk, wie der Staat, das Gemeindevolk[8]. Daraus ergibt sich von selbst noch ein weiterer Gegensatz zu der öffentlichen Genossenschaft. Bei dieser sind alle Mitglieder grundsätzlich gleichgeartet, was Mitgliedschaftsrechte anlangt. Bei einem Volke dagegen ist es notwendig, eine Auswahl zu treffen der Befähigten und Berufenen zur Ausübung solcher Rechte für die übrigen mit. So erheben sich aus der Masse der Staatsangehörigen die Staatsbürger und ähnlich dann aus der Masse der Gemeindeangehörigen die Gemeindebürger. An diesen wird es nun aber auch sichtbar, daß der Staat die Gemeinden ansieht als einen wesentlichen Unterbau seiner eigenen Machtentwicklung (vgl. hier unten n. 2); es werden politische Rechte von den Gemeindebürgern ausgeübt und die Folge sind Forderungen, die für gewöhnlich im Verwaltungsrechte nicht in Betracht kommen, vor allem, daß Voraussetzung für die Fähigkeit zum Gemeindebürger ist die Staatsangehörigkeit[9].

---

[8] Nur als diese fließende, natürlich sich erneuernde Menschengemeinschaft wird das Volk recht verstanden als die geschichtliche Größe, die es ist. Rousseaus Volk als Kollektivname für die „associés" (contr. soc. I c. VI in f.) und Jellineks Volk, das „eine Genossenschaft bildet", zu welcher alle Individuen verbunden sind (Allg. St.L. S. 408), verleugnen gleichmäßig diese Hauptsache. Hier muß streng der Abstand gewahrt werden. Dieser nämliche Volksbegriff kommt zur Verwertung nicht bloß bei der Zugehörigkeit zum Staat, sondern auch beim Reich, bei der Kirche (Volkskirche im Gegensatz zu der vereinsmäßigen Religionsgesellschaft, Sekte), sodann bei der Gemeinde und den ihr gleichstehenden „oberen Kommunalverbänden".

[9] Die Landesgesetzgebung hat in neuerer Zeit vielfach die Reichsangehörigkeit als gleichwertig an die Stelle der Staatsangehörigkeit treten lassen. Das steht in ihrer freien Wahl. So Bad. Gem.Ord. v. 18. Okt. 1810 § 10; ebenso Bad. Städte-Ord. v. 18. Okt. 1910 § 7. Ältere Gesetze bestehen noch auf der Staatsangehörigkeit. So Bayr. Gem.Ord. v. 29. April 1869 Art. 11. In Preußen ergibt sich danach ein Unterschied zwischen der Städte-Ord. v. 30. Mai 1853 § 5 („jeder selbständige Preuße") und der Landgem.Ord. v. 3. Juli 1891 § 41 („Angehöriger des Deutschen Reichs"). Darüber die treffenden Bemerkungen bei Halbey, Preuß. Gem.Verf. S. 463.

Die ältere Gemeindeverfassung schied die Bevölkerung nach Klassen, oft in mehreren Stufen übereinander. Die Namen „Bürger" und „Schutzverwandte" bezeichnen vor allem die Gegensätze. Die höhere Stufe ist ausgezeichnet durch allerlei Vorrechte wirtschaftlicher und sozialer Natur. Das Recht auf Anteil am politischen Gemeinwesen hängt mit daran, ist aber keineswegs die Hauptsache; Gierke, Genossensch.R. I S. 719 ff. Preuß. Städte-Ord. v. 19. Nov. 1806 bezeichnet die Übergangszeit. § 5: „Die Einwohner jeder Stadt bestehen nur aus zwei Klassen, aus Bürgern und aus Schutzverwandten". § 16: „Der Unterschied zwischen Groß- und Kleinbürgern und jede ähnliche Abteilung der Bürger in

mehrere Ordnungen wird hierdurch aufgehoben". § 15: „Das Bürgerrecht besteht in der Befugnis, städtische Gewerbe zu treiben und Grundstücke im städtischen Polizeibezirk der Stadt zu besitzen. Wenn der Bürger stimmfähig ist, erhält er zugleich das Recht, an der Wahl der Stadtverordneten teilzunehmen, zu öffentlichen Stadtämtern wahlfähig zu sein und in deren Besitze die damit verbundene Teilnahme an der öffentlichen Verwaltung nebst Ehrenrechten zu genießen". Das Bürgerrecht, welches vom Magistrat erteilt wird (§ 24), bedeutet also eine wirtschaftlich bevorrechtete Klasse, nicht eine politische Befähigung; diese kann hinzukommen durch Erfüllung der Voraussetzungen, welche die besondere Geeignetheit gewährleisten sollen: männliches Geschlecht, Unbescholtenheit, Ansässigkeit oder Einkommen von gewisser Höhe (§ 74).

Das Neue, was die Weiterentwicklung hier bringt, erscheint an zwei Punkten:

— Das Bürgerrecht löst sich von dem Zusammenhang mit einer sozial bevorrechteten Klassenstufe, hängt also nunmehr unmittelbar an der Einwohnereigenschaft als eine rechtliche Fähigkeit zu politischer Betätigung, bedingt durch Erfüllung der Voraussetzungen, welche nach dem Gesetze die Geeignetheit dafür gewähren sollen, ganz in derselben Weise wie das Staatsbürgerrecht oder Wahlrecht zur Volksvertretung unmittelbar an der Staatsangehörigkeit hängt. Es ist nichts anderes mehr, als was die Städte-Ord. v. 1808 das Stimmrecht nannte.

So Preuß. Städte-Ord. v. 1853 § 3: „Alle Einwohner des Stadtbezirks" sind Gemeindeangehörige. § 4: Das Bürgerrecht steht jedem Einwohner zu unter Erfüllung der besonderen Voraussetzungen der Geeignetheit, und es besteht lediglich „in dem Rechte zur Teilnahme an den Wahlen sowie in der Befähigung zur Übernahme unbesoldeter Ämter und zur Gemeindevertretung".

Einen wesentlichen Unterschied macht es nicht, wenn Bayr. Gem.Ord. Art. 10 das Bürgerrecht, das zur Mitwirkung an Gemeindeangelegenheiten in Beratungen, Beschlüssen, Wahlen und Ämtern beruft, „nur durch ausdrückliche Verleihung" förmlich sich vollenden läßt. Denn diese Verleihung begründet nicht die Bürgereigenschaft als eine besondere Zwischenstufe, sondern setzt einen Zustand der „Befähigung" voraus, der anderwärts selbst schon die Bürgereigenschaft ist und hier nur erst noch besonders festgestellt und anerkannt wird: außer dem „Wohnen in der Gemeinde" wird nämlich verlangt die Erfüllung der Voraussetzungen der Geeignetheit in Alter, Geschlecht, Unbescholtenheit, Steuerleistung.

— Die für das Gemeindebürgerrecht wesentliche Staatsangehörigkeit war für das ältere Recht dadurch gewährleistet, daß sie selbst geknüpft war an den Wohnsitz im Staatsgebiet; der subditus perpetuus, gleichbedeutend mit dem „Einländer", war der Mensch, der den Staat besonders anging, weil er ihm zuverlässige Machtmittel lieferte und deshalb auch wieder besonders zu pflegen war. Für diese Zeit ist es wahr, was Gierke, Genossensch.R. I S. 719, bemerkt: „Die Gemeindeordnungen fassen die Gemeindeangehörigen als eine bloße Abteilung der Staatsangehörigen auf". Das wird anders, als die Staatsangehörigkeit mit dem Eindringen der Verfassungsstaatsideen zu einem status civitatis wird, eine rechtliche Eigenschaft des Menschen, die ihm anhängt, wo er auch wohne. In diesem Sinne wurde führend Preuß. Ges. v. 31. Dez. 1842 (§ 1: „Der Wohnsitz im Staate begründet für sich die Staatsangehörigkeit nicht"), das auch dem Reichsges. v. 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörig-

— Die im Wesen der Genossenschaft liegende Bestimmtheit ihres besonderen Zweckes bedeutet eine rechtliche Beschränkung und Gebundenheit. Im Gegensatz dazu entspricht der Tätigkeit des Staates innerhalb des ihm anbefohlenen Gebietes eine unübersehbare Mannigfaltigkeit der Ziele und die rechtlich unbegrenzte Macht zu ihrer Verwirklichung, wie sie in der Staatsgewalt gelegen ist. In geringerem Maße ist auch die Gemeinde berufen, in mehr oder weniger freier Selbstbestimmung alle Aufgaben des Gemeinlebens ihres Gebietes zu erfüllen, und demgemäß auch ausgestattet mit einer umfassenden öffentlichen Gewalt, um sich nach all diesen Seiten hin zu betätigen. Das ist die Gemeindegewalt, mit welcher nur die Staatsgewalt, aber nicht die Zuständigkeit einer öffentlichen Genossenschaft verglichen werden

---

keit zum Vorbild gedient hat. Über diese ganze Entwicklung ausführlich Rehm, in Annalen 1892 S. 195 ff. Sollte jetzt der Gleichklang noch bewahrt bleiben, so mußte die neue Staatsangehörigkeit auch zur Bedingung der Gemeindeangehörigkeit gemacht werden außer dem Wohnsitz in der Gemeinde, der dann die Staatsangehörigen nur unter die Gemeinden zu verteilen hatte. Das ist aber nicht geschehen. Man hat sich begnügt, für die Gemeindeangehörigen die Staatsangehörigkeit nur zu verlangen, wenn sie anfangen politisch zu werden, Stimmrechte auszuüben, als Gemeindebürger aufzutreten. So Preuß. Städte-Ord. v. 1853 § 5 Abs. 2 („jeder selbständige Preuße"); Bayr. Gem.Ord. Art. 11 („Besitz des bayrischen Indigenats"); Sächs. Rev. Städte-Ord. § 17 Ziff. 1 („Sächsische Staatsangehörigkeit").

So ist jetzt das Ergebnis, daß das Gemeindevolk nicht mehr eine Unterabteilung des Staatsvolkes vorstellt. Wenn man (von gemeindelosen Gebieten absehend) die sämtlichen Gemeindevölker zusammenzählt, erhält man mehr als die Gesamtheit des Staatsvolkes ausmacht, weil in den Gemeindevölkern auch Staatsfremde begriffen sind. Das Gemeindevolk ist eine durch Zuziehung von Staatsfremden erweiterte Unterabteilung des Staatsvolkes. Erst bei der Wortführerschaft des Gemeindevolkes, bei den stimmberechtigten Gemeindebürgern, vollzieht sich der Umschlag: was sie tun, ist der Ausübung eines öffentlichen Amtes verwandt, und die Forderung der Staatsangehörigkeit setzt ein.

Daß diese politische Würdigung beim Staatsvolke früher einsetzt, ist wohl erklärlich; steht es doch mit dem Staate als Machtwesen von vornherein schon, auch abgesehen von der Ausübung politischer Rechte, in engster Beziehung, liefert ihm seine Soldaten und beansprucht für die Einzelnen, die es begreift, seinen Schutz dem Ausland gegenüber. Das Gemeindevolk ist demgegenüber mehr nur „bürgerliche Gesellschaft" im Sinne Hegels; die Leistungen der Gemeinde und die Gegenleistungen dafür beschränken sich nicht einmal auf die als Gemeindeangehörige angesehenen Einwohner, sondern lassen auch die vorübergehend sich Aufhaltenden teilnehmen; es hat also nicht viel Wert, den Begriff dieser Angehörigen und ihrer Rechte genauer feststellen zu wollen. Vgl. Kahr, Bayr. Gem.Ord. I S. 153.

kann[10]. Sie ist für ihr Gebiet das ihm besonders zugehörige öffentliche Gemeinwesen, wie der Staat das allgemeine ist für das Ganze und über dem Ganzen[11].

2. Vom Staate, mit dem sie in ihrer rechtlichen Gestaltung so viele Ähnlichkeit aufweist, unterscheidet sich die Gemeinde durch die verhältnismäßig geringere Macht und Kraftentwicklung: kleineres Gebiet, geringere Zahl der Mitglieder, engerer Kreis der Aufgaben und Zuständigkeiten. Das wäre zunächst nur eine Gradverschiedenheit. Sie nimmt bei den oberhalb der Gemeinde eingerichteten gemeindeartigen Körperschaften, Gemeindever-

[10] Das Umfassende der Aufgabe ist es, was hier die Gemeinde auszeichnet, nicht die besondere Rechtsnatur derselben. Württ. Verw.Ed. v. 1. März 1822 § 3: „Jede Gemeinde hat das Recht, alle auf diesen Gemeindeverband sich beziehenden Angelegenheiten zu besorgen". Es geht freilich zu weit, wenn ihr G. Meyer-Anschütz, St.R. § 1 n. 1, eine „sachliche Unbegrenztheit des Wirkungskreises" zuschreibt. Die dort in Note 1 versuchte Salvierung: „Das Wort ‚Unbegrenztheit' ist hier nicht im ‚aktuellen', sondern im ‚potentiellen' Sinne zu verstehen, hilft nichts: auch ‚potentiell' gehört solche Unbegrenztheit nur dem Staate. Richtiger Rosin, in Annalen 1883 S. 292: „Innerhalb der einander gegenüberstehenden Sphären der lokalen Gemeininteressen einerseits und der nationalen andererseits kommt sowohl der Gemeinde als dem Staate die Totalität der Gemeinzwecke zu". Dabei „steht der Gemeinde ebenso wie dem Staate die Kompetenz-Kompetenz, d. h. die Fähigkeit zu, die potentielle Totalität ihres Zweckes mehr und mehr aktuell zu erschöpfen". Die Gemeindegewalt bezeichnet lediglich diese umfassende Betätigung öffentlicher Verwaltung. Es geht wieder zu weit, wenn Rosin, Öff. Genossensch. S. 44, für die Gemeinde geradezu ein „Herrschen" im Gebiet in Anspruch nimmt. Etwas milder Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 275 ff.: Die Gemeinde „übt Herrschaftsrechte aus", aber „sie herrscht nicht". In Wahrheit kann nur beim Staate von Herrschen und Herrschaft ausüben die Rede sein. Dadurch, daß solche übertriebene Aussprüche möglich sind, wird aber wenigstens die allgemeine Machtstellung der Gemeinde in ihrem Gebiet gut beleuchtet.

[11] Rosin, Öff. Genossensch. S. 42 f. Nach Gierke würde Gemeinwesen den Gegensatz bilden zu Einzelwesen und gleichbedeutend sein mit der „Gesamtperson", jenem Produkte der zusammenfließenden Einzelwillen, wie es die Genossenschaftstheorie herzustellen vermag (Genossensch.Theorie S. 51 u. 176 ff.). Dagegen mit Recht Hoelder, Nat. u. jurist. Pers. S. 156: „Der Name ist nichts anderes als eine Verdeutschung von res publica und bezeichnet ein besonderes ‚Wesen' lediglich im Sinne eines Inbegriffs von Angelegenheiten". Das Wort bedeutet aber, wie Hoelder weiter unten (S. 170) selbst ausführt, zugleich auch das Volk und seinen Staatsverband, durch welchen diese Angelegenheiten besorgt werden. Wir werden also sagen: das Gemeinwesen, das „gemeine Wesen", wie man früher sagte, ist der Inbegriff der Angelegenheiten einer Volksgemeinschaft samt den zu ihrer Besorgung getroffenen Einrichtungen. Diese Einrichtungen brauchen aber nicht nach dem Muster der römischen Republik gestaltet zu sein, auf welches Hoelder Bezug nimmt: auch der Staat Friedrichs des Großen war ein Gemeinwesen.

bänden, eher noch zu. Dagegen gibt es allerdings darüber hinaus noch Gemeinwesen außerordentlicher Art, die jeden inneren Zusammenhang mit der Ortsgemeinde verlieren, dem Staate in diesen Dingen äußerlich sehr nahe kommen: das sind die Länder: Nebenländer, Reichslande, selbständige Kolonien.

Allen diesen Erscheinungen gegenüber hat der Staat zuletzt noch ein großes Unterscheidungsmerkmal, das eine unübersteigliche Grenze zieht: das ist seine Souveränität, zu deutsch: seine rechtliche Allmacht. Richtiger gesagt, ist es die rechtliche Allmacht der Trägerschaft der obersten Gewalt. Daß sie durch völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Ordnungen gehemmt sein kann, tut dem Begriff keinen Eintrag. Wohl aber verhindert sie ihrerseits, den Staat als eine juristische Person des öffentlichen Rechts in dem hier festgehaltenen Sinne darzustellen (vgl. oben § 55, III n. 1). Wir müssen ihn, ebenso wie die ihm nahestehenden „Länder" ganz der Staatsrechtswissenschaft überlassen.

Auch die Gemeinden und die Gemeindeverbände gehören in der Hauptsache dorthin. Sie bilden einen gleichmäßigen Unterbau für die Aufrichtung seiner Herrschaft, entsprechend der daneben sich erhebenden Stufenfolge der staatlichen Behörden. Sie sind notwendige Machtmittel der staatlichen Ordnung. Unser Staat könnte ohne rechtsfähige Anstalten bestehen und ohne öffentliche Genossenschaften, aber nicht ohne Gemeinden. Unter dem Gesichtspunkte dieses notwendigen Zusammenhangs spricht man hier von politischen Gemeinwesen[12]. Unter dem Gesichtspunkt, daß in ihnen der selbständige Einfluß des Gemeindevolkes auf die Besorgung öffentlicher Angelegenheiten sich wirksam erweisen soll, bezeichnen wir sie als Selbstverwaltungskörper. Auch hier ist es die Machtfrage, die politische Frage, die den Begriff belebt[13].

---

[12] Gierke, Genossensch.R. II S. 672 ff. u. 863 ff.; G. Meyer-Anschütz, St.R. § 1 n. 1; Rosin, Öff. Genossensch. S. 41 u. 42; Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 290 ff. Ein Verein zur Beteiligung an Gemeindewahlen ist ein politischer Verein: O.V.G. 1. März 1901 (Reger XXI S. 172). Vgl. oben Note 9. — Bezeichnend ist, daß grundsätzlich das ganze Staatsgebiet an Gemeindegebiete verteilt wird. Bayr. Gem.Ord. Art. 3: „Jedes Grundstück muß einem Gemeindebezirk angehören". „Ausgeschlossene Markungen" (Gebirgsstöcke, Seen und sonstiges unbewohnbare Staatsgebiet) bilden Ausnahmen. Im Norden und Osten Deutschlands kann die Gemeinde auch durch den selbständigen Gutsbezirk ersetzt werden, von dem jedoch in unserem Zusammenhange nicht zu handeln ist; von juristischer Person ist dort keine Rede.

[13] Gerade deshalb, weil das Politische hier so stark hereinspielt, hat die

Wir haben mit den Gemeinden und ihren Rechtsinstituten nur insoweit zu tun, als der innere Zusammenhang mit den anderen untergeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts es erfordert. Denn diesen Zusammenhang zu pflegen und klarzustellen, ist wieder nicht sowohl Aufgabe der Staatsrechtswissenschaft, als die unsrige.

II. Indem die Gemeinden und die Verteilung des Staatsgebietes unter sie zur ordentlichen Einrichtung des Staates gehören, stellt sich die Frage nach Entstehung und Untergang hier ganz anders als bei den rechtsfähigen Anstalten und den Genossenschaften. Dort ein ständiges Werden, ein Auftauchen je nach Zeit, Ort und Gelegenheit und wieder Verschwinden, was den Regeln, nach welchen es erfolgen soll, Wichtigkeit gibt. Hier nur verhältnismäßig geringfügige Bestandsveränderungen innerhalb der im wesentlichen gleichbleibenden Masse. Die Trägerschaft der Pflichten der Reichsversicherung, die das Reichsgebiet ständig und

---

Rechtswissenschaft an dem Begriff „Selbstverwaltung" wenig Freude erlebt. Vgl. die kritischen Literaturübersichten bei Gluth, Lehre von der Selbstverw. S. 4—64; Blodig, Die Selbstverw. als Rechtsbegriff S. 4—14; Hatschek, Die Selbstverw. S. 34 ff.; ders., in Wörterb. d. D. St. u. Verw.R. III S. 419 ff.; Laband, St.R. (2. Aufl.) I S. 93 ff. Von Haus aus handelt es sich hier um ein Schlagwort, das aufgekommen ist, um die angestrebte größere Selbständigkeit der Gemeinden zu bezeichnen und den Gegensatz zu ihrer hergebrachten „bureaukratischen Bevormundung". Laband, St.R. I S. 103 Note, sucht den Begriff, rein juristisch, auf den Gegensatz zu stellen, daß die Körperschaft, die juristische Person, anstatt „verwaltet zu werden", „selbst verwaltet" (früher, 3. Aufl. I S. 94, hieß es „sich selbst verwaltet"). Von diesem Gesichtspunkt aus kommt Preuß, Gem., Staat, Reich S. 225, zu dem Satz, daß der Staat der höchste Selbstverwaltungskörper sein müsse. Allein der Selbstverwaltungskörper wird allerdings verwaltet: durch die Regierung kraft ihres Aufsichtsrechts (vgl. unten § 61). Die Selbstverwaltung bedeutet, daß diese Verwaltung von oben herunter möglichst zurückgedrängt werde zugunsten des Machteinflusses der Körperschaftsmitglieder. Die Gemeinde als Körperschaft hat Selbstverwaltung, wenn der Schwerpunkt der Gemeindegewalt liegt bei der Gemeinde als Gemeindemitgliederschaft (vgl. unten III n. 2). Wir nennen die Gemeinde einen Selbstverwaltungskörper, weil sich mit dieser Körperschaft bei uns die Forderung verbindet, daß sie zur Selbstverwaltung in jenem Sinne eingerichtet sei. Die Gemeinde ist aber Gemeinde, auch wenn die Forderung an ihr sich nicht verwirklicht, auch wenn z. B. die ganze Gemeindegewalt zugunsten eines landesherrlichen Kommissarius beschlagnahmt wäre. Es steht hier ähnlich wie mit dem Schlagwort Rechtsstaat, das auch eine Einrichtung bedeutet und eine Forderung, sie möglichst zur Wirksamkeit gelangen zu lassen. Vgl. oben Bd. I § 5, III. — Vorsorglich sei aber doch bemerkt, daß die Richtigkeit unserer Lehre nicht davon abhängt, ob man solches als Selbstverwaltung bezeichnen will oder das Wort lieber für etwas anderes vorbehält. Es verlohnt sich nicht, darum zu kämpfen.

gleichmäßig erfüllt, bietet einige Verwandtschaft mit diesem Bild. Nur sind dort die inneren Verschiebungen unter dem einzig maßgebenden Gebot der technischen Zweckmäßigkeit eine verhältnismäßig leichte Sache[14]. Bei der Gemeinde hat aber auch das Gefühl ein Wort mit zu reden; die Anhänglichkeit der Menschen an das überkommene Gebilde und das damit verknüpfte Sonderdasein ist so kräftig und so achtenswert zugleich, daß die Gesetzgebung zu einseitigen Eingriffen, die diesen vom Rechte der Mitglieder getragenen Bestand zerstörten, auch größerer Zweckmäßigkeit gegenüber, den Aufsichtsbehörden die erforderliche Ermächtigung ordentlicherweise nicht zur Verfügung stellt.

Bei den juristischen Personen der Reichsversicherung haben wir wenigstens ihre erste Entstehung und die Formen, in denen sie sich vollzog, im Lichte der neuen Zeit beobachten und mit ähnlichen Erscheinungen vergleichen können. Unsere Gemeinden dagegen führen zu allermeist ihren Ursprung auf eine ferne Vergangenheit zurück und auf Rechtsformen, in welchen sie heute nicht mehr entstehen könnten.

Da zur Gemeinde vor allem ein Gemeindegebiet erforderlich, das ganze Staatsgebiet aber grundsätzlich unter Gemeinden (oder gleichwertigen Ordnungen) verteilt ist, so wird eine völlige Neugründung jetzt nur möglich sein auf bisher ausgenommenem („ausmärkischem") Gebiet. Staatliche Genehmigung liefert den schöpferischen Akt[15].

Ebenso ist der reine Untergang einer Gemeinde nur möglich durch Verwandlung ihres Gebietes in ein ausmärkisches. Dazu kann den Anlaß geben das Verschwinden einer zur Gemeindebildung tauglichen Bewohnerschaft[16].

---

[14] Vgl. oben § 57, III n. 3.

[15] Als „Eingemeindung gemeindefreier Grundstücke" wird in Preußen der Fall nicht angesehen, wo ein selbständiger Gutsbezirk eingemeindet wird: v. Bitter, Wörterb. I S. 690. Der selbständige Gutsbezirk vertritt allerdings eine Gemeinde, und die damit zu beseitigenden Sonderrechte machen die Beobachtung eines ähnlichen Verfahrens notwendig wie bei Einverleibung einer bisher selbständigen Gemeinde.

[16] Pr. Land-Gem.Ord. § 2 Ziff. 2: „Landgemeinden, welche ihre öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen außerstande sind, können durch königliche Anordnung aufgelöst werden". Über das freigewordene Gebiet wird dann wohl durch Einverleibung in eine Nachbargemeinde anderweit verfügt werden. — Die neuere Zeit hat eine eigentümliche Art von Untergang gebracht, insofern die Wohnstätten vom Fiskus aufgekauft wurden behufs Bildung eines großen Truppenübungsplatzes oder auch von einer Stadtgemeinde, um das Pumpwerk ihrer

Wichtig sind allein die Änderungen, die im Gesamtbestande der Gemeinden herbeigeführt werden durch Verschiebungen. Auch sie vollziehen sich in Gestalt einer anderweiten Verfügung über das Gebiet.

Es kann sich dabei um eine bloße Grenzveränderung handeln. Auch das berührt die Rechte der Gemeinde. Aber ihr Dasein ist von der Änderung nicht bedingt; sie wird auch nicht wesentlich anders. Deshalb pflegt dergleichen in leichteren Formen vor sich zu gehen, etwa einseitig durch Verfügung der Aufsichtsbehörde nach Anhörung der beteiligten Gemeinden[17].

Dagegen bedeutet es einen tiefergehenden Eingriff, wenn ein beträchtlicher Gebietsteil losgetrennt werden soll mit einem Stück Bevölkerung darauf. Das kann geschehen zur Vergrößerung einer anderen Gemeinde oder um es zu verwenden zur Gründung einer neuen. Hierher gehört auch die Trennung einer Gemeinde in zwei sowie die Vereinigung zweier Gemeinden zu einer neuen. Der Hauptfall ist im Zusammenhang mit dem Wachstum unserer Großstädte der der Einverleibung einer Gemeinde in die andere geworden, der Fall der Eingemeindung. Das Verfahren, das für diesen letzteren gilt, darf als vorbildlich gelten für alle.

Voraussetzung ist die Zustimmung der beteiligten Gemeinden; das Gesetz gibt wenigstens den Behörden ordentlicherweise keine Ermächtigung, es ohne diese zu machen, und von

---

Wasserleitung zu schützen. Auch der Ausdehnung des ausmärkischen Staatsforstes ist schon eine Schwarzwaldgemeinde auf diesem Wege zum Opfer gefallen. In solchen Fällen wird es eines obrigkeitlichen Ausspruches nicht mehr bedürfen, um die juristische Person der Gemeinde zu beseitigen, die allein noch übrigbliebe. Man hat einen Untergang der Gemeinde auch annehmen wollen für den Fall, daß sie ihre Mitglieder verlöre durch Auswanderung oder Aussterben (Pözl, Bayr. Verf.R. S. 245 Note 7). Allein sie kann ja hier durch Neuansiedelung wieder Mitglieder bekommen; dann ist keine Neugründung notwendig, es sei denn, daß inzwischen die förmliche Auflösung ausgesprochen worden war. In den vorhin angeführten Fällen hatte die Gemeinde nicht nur ihre Mitglieder, sondern auch ihr Gebiet verloren und damit die Möglichkeit einer Neubelebung; ein Truppenübungsplatz kann zu einem Gemeindegebiet gehören, aber für sich allein keines bilden. Gierke, Genossensch.Theorie S. 841, erkennt deshalb ein solches „Wegfallen des sachlichen Substrates" als einen Endigungsgrund „ohne darauf gerichtete Handlung". Derartige Fälle sind natürlich selten.

[17] Auch das staatliche Verfassungsrecht unterscheidet bloße Grenzberichtigungen von Gebietsabtretung und gibt für erstere erleichterte Formen, während diese eine Verfassungsänderung bedeutet: O. M., Sächs. St.R. S. 20. — Vgl. Oertel, Pr. Städte-Ord. S. 10; Halbey, Gem.Verf. S. 249; Kahr, Gem.Ord. (Bayr.) S. 97 ff.; Karner, in Bl. f. adm. Pr. LVII S. 158 ff.

selbst versteht das sich nicht. Die Gemeinden müssen sich dabei nicht nur einigen über den Hauptpunkt, die Einverleibung, sondern auch über die Einzelheiten der Durchführung, Vorteile, die man sich ausbedingen will, Vorbehalte, die gemacht werden sollen. Das Ganze stellt sich äußerlich dar wie ein Vertrag und nennt sich auch meist ausdrücklich so.

Die Abmachung ist aber nicht bindend. Jede Gemeinde kann frei davon zurücktreten, bis die staatliche Behörde ihre Genehmigung erteilt hat. Erst durch diese wird die Einverleibung rechtswirksam[18].

Das bedeutet freilich nicht, daß nunmehr ein Vertrag auf Einverleibung wirksam geworden ist. Die Gemeinde hat ein Recht auf ihr Dasein, auf ihr Gebiet und ihr Volk. Aber damit ist nicht gesagt, daß ihre Vertretung über diese Grundlagen verfügen kann. Es bedeutet nur, daß die staatliche Behörde nicht gegen ihren Willen darüber verfügen kann. Mit ihm kann sie es. Der Einverleibungsvertrag hat also nur die Bedeutung, die Voraussetzung zu liefern, unter welcher der Ausspruch der Behörde auf Einverleibung gültig ergeht. Dieser ist es, der die Wirkung trägt und die Verfassungsänderung, die darin liegt, herbeiführt[19].

---

[18] Im Jahre 1912 hatte die Gemeinde Leutzsch mit der Stadt Leipzig nach langen Verhandlungen einen ausführlichen Einverleibungsvertrag abgeschlossen; die Sache ging an das Ministerium zur Genehmigung; bevor aber dieses gesprochen hatte, widerrief die Gemeinde Leutzsch, worauf das Ministerium wegen mangelnder Grundlagen das Verfahren einstellte. — Karner, in Bl. f. adm. Pr. LVII S. 200, sieht in dem Bestehen eines solchen Widerrufsrechts den Beweis, daß es sich nicht um einen „Verpflichtungsvertrag" handle; allein das gleiche könnte doch wohl auch bei einem richtigen Verpflichtungsvertrag der Gemeinde vorkommen, solange er mangels der erforderlichen Aufsichtsgenehmigung noch nicht vollendet ist.

[19] Hier stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die eine behauptet einen richtigen Vertrag der Gemeinden, der die Einverleibung bewirke, die andere sieht darin einen sogenannten Gesamtakt. Die erstere Auffassung vertritt vor allem Brockhausen, Vereinigung und Trennung von Gemeinden S. 52 ff.; er geht dabei aus von dem österreichischen Recht, dessen Bestimmungen nach seiner Ansicht der „freien" Gemeinde gestatten, selbständig über sich zu verfügen (S. 31 ff.). Der Vergleich mit der Gründung des Deutschen Reichs (S. 2 Note 1) trifft aber deshalb nicht zu, weil es dort um souveräne Staaten sich handelte. Und das Einspruchsrecht der österreichischen Statthalterei wie die notwendige „Bewilligung" des Landesausschusses werden unterschätzt: ein gleichwertiges Aufsichtsrecht wie das der Staatsbehörde kann im übertragenen Wirkungskreis auch von einer Stelle des oberen Selbstverwaltungskörpers über den unteren ausgeübt werden (vgl. hier unten III n. 1). Auch hier ist es also schließlich diese „Bewilligung", welche die Änderung fertig macht. — Für den Gesamtakt spricht sich aus Karner, in Bl.

Davon sind wohl zu scheiden die Abmachungen, welche getroffen worden sind über die Einzelheiten der Durchführung. Die Einverleibung hat in der bekannten Weise eine Universalsukzession zur Folge, einen Anfall der Hinterlassenschaft der einverleibten Gemeinde[20]. Dazu werden dann hier noch mancherlei Punkte ausdrücklich geregelt, besondere Zusagen gemacht und Vorbehalte wegen verschiedener Einrichtungen, Anstalten und Vermögenswerte. Auch dies ist alles öffentlichrechtlicher Natur. Aber es ist in erster Linie das Werk der Gemeinden. Denn über diese Dinge können sie verfügen. Es handelt sich um Geschäfte und Verfügungen, die auch außerhalb des Anlasses einer Einverleibung vorkommen könnten. Soweit eine aufsichtsrechtliche Genehmigung auch dafür nötig ist, dient sie nur zur Ergänzung, zur Erfüllung einer Gültigkeitsbedingung jener Abmachungen. Hier ist es also umgekehrt wie bei der Hauptsache. Sofern man diese Abmachungen einen Vertrag nennen kann, handelt es sich bei diesem zweiten, mehr nebensächlichen Teile des Ergebnisses der Einverleibung um Vertragswirkungen[21].

---

f. adm. Pr. LVII S. 184 ff. Hauptgrund ist ihm, daß hier zwischen den beteiligten Gemeinden kein Verpflichtungsverhältnis geschaffen wird (S. 193). Das würde nicht ausreichen; ein Vertrag kann ja auch andere Rechtswirkungen für die Vertragschließenden entstehen lassen als Schuldverhältnisse. Mag man es aber immerhin einen Gesamtakt nennen, wenn die Gemeinden durch das selbständige Zusammenwirken ihrer Willenserklärungen die Einverleibung begründen, so darf man dabei doch den Protagonistes nicht vergessen, der das entscheidende Wort noch dazu geben muß: die aufsichtsrechtliche Genehmigung steht auch noch mit im Verband des Gesamtaktes. Dann ließe sich aber am Ende auch die Erteilung einer Wirtschaftserlaubnis, die ja nur auf Gesuch stattfindet, mit diesem unter dem Namen Gesamtakt zusammenfassen. Einen besonderen Wert hat das nirgends.

[20] Vgl. oben § 57, III n. 2. O.L.G. Dresden 24. Mai 1892 (Annalen des Sächs. O.L.G. XIII S. 557: Einverleibung überträgt Grundeigentum nach öffentlichem Recht); Kam.Ger. 6. Jan. 1908 (R.Spr. d. O.L.G. XVI S. 153: keine Auflassung erforderlich bei Eingemeindung); R.G. 17. Jan. 1908 (Entsch. LXVIII S. 214: Das Dienstverhältnis eines Beamten der einverleibten Gemeinde geht über ohne Zutun des Beamten. Zu besserer Sicherung hatte man ihm die neue Stellung besonders ausbedungen. Die Übernahme wäre auch ohne das vor sich gegangen); Stephan in Verw.Arch. 1903 S. 315 ff.

[21] Auch Karner, Bl. f. adm. Pr. LVII S. 229 ff., erkennt neben seinem „Gesamtakt" noch Verträge der beteiligten Gemeinden an, welche die Durchführung der Einverleibung betreffen. Er nennt sie „Verträge bezüglich des Gemeindevermögens". Das ist zu eng. Es wird hier auch die Übernahme von Gemeindebeamten bedungen, die Anlage neuer Straßen versprochen, die Errichtung von Schulen, Polizeiwachen usw. Wenn das „Vermögen" der einverleibten Gemeinde oder Ortschaft nach Bayr. Gem.Ord. Art. 5 dieser vorbehalten bleibt, so kann damit nur das „rentierliche Vermögen", ihr privatwirtschaftlich angelegtes Gut ver-

Über die rechtliche Natur solcher öffentlichrechtlicher Gemeindeverträge überhaupt wird aber in anderem Zusammenhang noch zu handeln sein[22].

III. Die ursprünglichen Ordnungen der bäuerlichen Gemeinschaften gingen nicht über das hinaus, was eine verständige Selbstsucht den Einzelnen, für sich und die Ihrigen, gebot. Soweit hielt man zusammen und brachte auch Opfer. Der Gedanke des Gemeinwesens, dem man gehört, der Staatsidee verwandt, erblühte erst in den Städten; die Reichsstädte hatten die Führung. Nachdem innerer Verfall und polizeistaatliche Gewaltherrschaft alles erstickt hatte und die Gesetzgebung daran ging, den Bürgersinn wieder zu wecken und zu verwerten, begann man selbstverständlich mit den Städten. Die Städteordnungen eröffnen die Möglichkeit lebenskräftiger Selbstverwaltung. Die Landgemeindeverfassung folgt nach. Hier sind erst noch Befreiungsmaßregeln durchzuführen; die Frage der „Tragfähigkeit" wirkt hemmend[23]. Und selbstverständlich kann das, was man zuerst auf die Städte allein zugeschnitten hat, auf die Landgemeinden nicht einfach übertragen werden; eine andere, einfachere Gestaltung wird notwendig. Diese Unterscheidung ist für Deutschland herrschend geworden. Auch wo das französische Vorbild gewirkt hat, das eine unbedingte Gleichmäßigkeit herstellte, pflegt bei uns der Gegensatz noch irgendwie zur Geltung zu kommen. Doch tritt an die Stelle der alten geschichtlich gewordenen Zurechnung des Einzelfalles zu Stadt- oder Landgemeinden vielfach eine glatte Einteilung nach der Einwohnerzahl. Sie deckt sich nur teilweise mit jener; ihre Abstufungen entsprechen wieder der reinen geschichtefreien Zweckmäßigkeit.

1. Der Zweck der Gemeinde besteht, wie schon gesagt,

---

standen sein. Seydel, Bayr. St.R. II S. 632: „Öffentliche Sachen und Verwaltungsvermögen sind stets gemeinsam". Karner aber bekommt einen umfangreichen Stoff für „Verträge bezüglich des Gemeindevermögens", weil er alles dieses, auch öffentliche Brücken z. B. (a. a. O. S. 220), erst übergehen läßt kraft besonderer Überweisung; denn alles das rechnet er zu jenem vorbehaltenen Vermögen. Die grundsätzliche Gesamtrechtsnachfolge mit Vorbehalt jener beschränkten Ausnahme gibt zweifellos einen gesunderen Standpunkt und läßt für die Ausführungsverträge nur übrig, was man eben wirklich abweichend vom Selbstverständlichen zu ordnen gedenkt. Das sind meist keine Vermögensfragen.

[22] Vgl. unten § 60 Eing., I n. 1, III n. 1.

[23] Darüber Preuß, Gem., St., Reich S. 313 ff. Er nennt die Landgemeinden „die Schmerzenskinder für die Selbstverwaltungsorganisation des modernen Rechtsstaates" (S. 313).

nicht in einzelnen bestimmten Unternehmungen, sondern umfaßt mancherlei Dinge. Man spricht deshalb von einem Wirkungskreis der Gemeinde.

Dieser Wirkungskreis ist zum Teil gesetzlich bestimmt, zum Teil steht es bei der Gemeinde, ob sie sich einem solchen Zwecke widmen will, und zwar ist es ordentlicherweise die Mitgliederschaft, von deren Vertretung die Entscheidung getroffen wird. Das gesetzlich Bestimmte oder freiwillig Übernommene wird dann zu einer Aufgabe der Gemeinde.

Sofern die Gemeinde zur Erfüllung einer solchen Aufgabe und zur Bestreitung des Aufwandes dafür rechtlich angehalten werden kann, wird die Aufgabe zu einer Gemeindelast.

Man unterscheidet aber bei der Gemeinde einen eigenen und einen übertragenen Wirkungskreis. Zwecke einer rechtsfähigen Verwaltung sind begriffsmäßig immer ihre eigenen und die öffentliche Gewalt, die sie dabei ausübt, ist ihre eigene. Bei dem übertragenen Wirkungskreis handelt es sich nicht darum. Vielmehr sind dabei bestimmte Zwecke in Frage, die zum Wirkungskreise des Staates gehören und zu deren Durchführung er sich der Gemeinde nur bedient. Sie übt öffentliche Gewalt des Staates dabei aus. Deshalb behalten die staatlichen Behörden auch die Leitung in der Hand, ganz so, wie wenn sie diese Geschäfte durch ein untergeordnetes staatliches Amt besorgen ließen. Wenn man hier von einer Aufgabe der Gemeinde reden will, so besteht sie nur darin, die Aufgabe des Staates zu erfüllen. Und zwar soll sie das tun mit ihren Mitteln: durch ihre Beamten, die sie dafür stellt, und auf ihre Kosten[24].

---

[24] Seydel, Bayr. St.R. II S. 32: „Die Stellung der Gemeinden und Gemeindebehörden zu den Staatsbehörden ist im Gebiete des übertragenen Wirkungskreises eine wesentlich andere wie im Bereiche des eigenen Wirkungskreises. Sie besorgen dort Geschäfte des Staates als Organe des Staates. Diese Tätigkeit kann daher von den vorgesetzten Behörden durch Dienstbefehle bestimmt werden und unterliegt einer Aufsicht anderer Art als die Staatsaufsicht in eigentlichen Gemeindeangelegenheiten."

Der Dienstbefehl richtet sich natürlich nur gegen die Beamten der Gemeinde, nicht gegen diese, die keine Dienstpflicht hat; aber daß er gegen ihre Beamten ergeht für Zwecke des Staates, bedeutet eben, daß der Staat sich der Gemeinde selbst hier bedient. Es können gegebene Berufs- oder Ehrenbeamte der Gemeinde neben ihrem eigentlichen Amte so verwendet werden, im Doppelamte stehen, wie man es ausdrückt (Magistrat oder Stadtrat als Versicherungsamt nach R.Vers.-Ord. § 36). Oder es werden besondere Gemeindebeamte nur für diesen Zweck angestellt (Standesbeamte: Sartorius, Pers.Std.Ges. S. 55, 63 u. 77). Daß der Staat auf diese Weise der Gemeinde selbst sich bedient, will auch Haenel,

St.R. I S. 137, betonen, wenn er sagt: es handle sich nicht mehr um einen übertragenen Wirkungskreis, wenn der Staat sich zwar des Personals des Selbstverwaltungskörpers bediene, aber „unabhängig von den Vorschriften der korporativen Verfassung über die Ordnung, die Kompetenzen, Beratungs- und Beschlußformen der korporativen Organe", weil dann nicht „der korporative Verband als solcher" in rechtlichen Betracht komme, sondern „nur seine einzelnen Elemente". Das könnte mißverstanden werden. Was ausgeschlossen werden soll, ist der Fall, wo der Staat sich für das Gebiet des Selbstverwaltungskörpers und aus dessen Bevölkerung heraus eigene Ehrenämter bestellt (Steuereinschätzungsausschüsse). Haenel spricht S. 138 selbst von einer „Laienverwaltung" (= staatliche Verwaltung im Ehrenamt), um die es sich handle. Das ist dann natürlich kein übertragener Wirkungskreis der Gemeinde, sondern einfach eigener Wirkungskreis des Staates, für den er unmittelbar tätig ist und mit eigenen Mitteln; denn jene „Laienbeamten" gehören ihm. Aber da trifft es ja auch gar nicht zu, daß er sich des „Personals" des Selbstverwaltungskörpers bediente. Wo er das wirklich tut, stellt sich sofort auch dar, was man den übertragenen Wirkungskreis nennt. Damit wird eben auch die Gemeinde selbst in Anspruch genommen. Das ist verkannt worden bei Gierke in Holtzendorff, Rechtslex. II S. 51, Rosin, in Annalen 1883 S. 294, Schoen, Kom.Verb. S. 15.

Den wichtigsten Fall des übertragenen Wirkungskreises bildet die Ortspolizei. Der Grundgedanke ist, wie der Name sagt, auch hier, daß es sich um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handelt. Gierke drückt das etwas übertrieben aus, wenn er sagt: die Ortspolizei sei ein „natürliches Recht" der Gemeinde. Die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Durchführung ist hier, wie bei der Justiz, dem Staate viel zu wichtig, als daß er die Sache ganz aus der Hand geben sollte. So kommt es zu dem Mittelweg: der Staat läßt sie als seine Angelegenheit durch die Gemeinde handhaben und durch deren Beamte. Die nicht zu entbehrende genauere Ausscheidung — aus dem Begriff ergibt sich ja keine Grenzlinie dessen, was als allgemeine und was als örtliche Polizeiangelegenheit zu betrachten ist — wird dabei durch ausdrückliche Regelung vorgenommen, in den Einzelheiten vielleicht auch durch altes Herkommen ergänzt: v. Roenne, Preuß. St.R. I S. 571 ff.; Halbey, Pr. Gem.Verf. S. 659 ff. u. 687 ff.; Foerstemann, Preuß. Pol.R. S. 75 ff.; Seydel, Bayr. St.R. II S. 28 ff.; O. M., Sächs. St.R. S. 291 ff. — Es ist das nicht mit Naturnotwendigkeit so eingerichtet. Nach Württ. Verw.Ed. v. 1. März 1822 ist die „Ortspolizei" als eigene Gemeindeangelegenheit angesehen. Daneben hat die Gemeinde noch „die Verwaltung der Landespolizei im Gemeindebezirke" als „übertragene Funktion". Für die erstere haben die staatlichen Behörden nur diejenigen Einwirkungen zu üben, die ihnen durch das gesetzlich geregelte Aufsichtsrecht über die Gemeinde besonders zugewiesen sind; für die letztere „haben die Gemeindebehörden den Verfügungen der im Instanzenzuge vorgesetzten Staatsbehörden Folge zu leisten": Goez, Württ. St.R. S. 233. Die Ortspolizei behält also hier die allgemeine Bedeutung als der Teil der Polizei, der der Gemeinde besonders nahesteht; nur steht ihr hier auch schon ein Stück der übrigen, der Landespolizei, nahe; daher wird diese zum übertragenen Wirkungskreise und steigert sich jene zum eigenen. Württemberg hatte stets viel Berührung mit dem französischen Verwaltungsrecht, das in der Auffassung der Stellung des Bürgermeisters bei Handhabung der police municipale geschwankt hat (O. M., Theorie d. Franz. Verw.R. S. 63 ff.). In der Literatur

Ein übertragener Wirkungskreis ist nach alledem nur möglich auf Grund eines Gesetzes, das gestattet, die selbständige juristische Person auf solche Weise für den Staat in Anspruch zu nehmen. Soweit das vorliegt, bedeutet er aber andererseits auch ein Recht der Gemeinde, den Staat in Besorgung dieser Geschäfte durch ihre Beamten zu vertreten[25].

wenigstens wurde sie eine Zeitlang als „fonction propre au pouvoir municipal" bezeichnet. Das hat wohl in Württemberg Anklang gefunden.

[25] Vgl. oben Bd. I S. 113 f. über das Recht am Amt, mit dem sich das Recht des Selbstverwaltungskörpers an seinem übertragenen Wirkungskreis wohl vergleichen läßt. Man mag es auch mit Jellinek, Subj. öff. R. S. 143, ein „Recht auf Organstellung" nennen, nur ist man dann nicht sicher, ob nicht das Recht am eigenen Wirkungskreis auch mit begriffen ist, denn Organ von irgend etwas kann man am Ende immer sein. Haenel, St.R. I S. 137, spricht hier klar und einfach von einem dem Selbstverwaltungskörper zustehenden „Recht auf diese Vertretung". Den Inhalt des Rechts bezeichnet ähnlich auch schon Seydel, Bayr. St.R. II S. 30, dahin, „daß die Gemeindebehörde bezüglich ihrer übertragenen Verwaltungstätigkeit zwar im Verhältnisse der Unterordnung zu den Staatsbehörden steht, daß sie aber von letzteren regelmäßig hinsichtlich dieser Tätigkeit nicht außer Dienst gesetzt werden kann". Zustimmend Jellinek, Subj. öff. R. S. 276 Note 1. Mehr die Vertreterschaft der Gemeinde als ihr Recht betont Rosin, in Annalen 1883 S. 294 u. 295.

Die bedeutsame Unterscheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis ist mehrfach angefochten worden. So von Loening, Verw.R. S. 32: Bornhak, Preuß. St.R. II S. 101 ff.; Halbey, Preuß. Gem.Verf. S. 6; Schoen, Kom.Verb. S. 14. Wenn man dagegen vorbringt, daß ein „allgemeines Prinzip", ein „durchschlagendes Kriterium" aus dem Wesen der Kommunalverbände nicht aufzuweisen sei, nach welchem sich die der Gemeinde von Natur zugehörigen Angelegenheiten bestimmen müßten, so ist das richtig; es handelt sich ja auch nur darum, daß tatsächlich nach geltendem Rechte die Gemeinden überall einen im wesentlichen gleichmäßig abgegrenzten Wirkungskreis besitzen und daß dieser Wirkungskreis in sich selbst, was Verhältnis zum Staate anlangt, noch einmal tiefgehende rechtliche Verschiedenheiten aufweist, die eben mit dem Namen abgeleiteter und eigener Wirkungskreis bezeichnet werden sollen. Ebenso geht es fehl, wenn man über solche Beobachtungen hinwegzukommen glaubt durch die alles totschlagende Bemerkung: „Es gibt keine Aufgaben der Kommunalverbände, die nicht staatlicher Natur wären" (Loening), oder: „Alle öffentlichrechtlichen Funktionen der Kommunalverbände sind heute staatliche. Ihr ganzer Wirkungskreis ist ihnen vom Staate übertragen und durch Staatsgesetze im allgemeinen fixiert" (Schoen). Sobald einmal Gemeinden bestehen und anerkannt sind mit eigenen Angelegenheiten, sind das eben vor dem Gesetz keine staatlichen Aufgaben mehr, sondern gemeindliche. Richtig ist, daß die ganze Herrlichkeit zu Ende ist, sobald der Staat nicht mehr will und seine gesetzgebende Allmacht hernimmt — aber damit rechnen wir doch nicht!

Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 293 u. 294, will dreierlei Angelegenheiten der Gemeinde unterscheiden: ihre eigenen, dann im Gegensatz dazu den übertragenen Wirkungskreis (wo staatliche Rechte durch die Gemeinde ausgeübt werden als „Staatsorgan") und dazwischen das staatliche „imperium", das ihr verliehen wird,

Die Unterschiede von Stadt- und Dorfgemeinde und noch mehr in neuerer Zeit die Abstufungen nach der Einwohnerzahl werden von Einfluß auf den Wirkungskreis, der bei den geringeren Gemeinden begreiflicherweise enger begrenzt sein wird. Das trifft vor allem zu bei dem übertragenen Wirkungskreis. Für gewisse Dinge beginnt hier die Leistungsfähigkeit der Gemeinde erst bei einer höheren Stufe. Sie wächst bei den volkreicheren Städten durch die Nebenordnung zu den Verwaltungsbehörden, deren Zuständigkeiten von ihnen als übertragener Wirkungskreis zu versehen sind[26]. Bei den wichtigsten Städten allerdings vollzieht sich dann wieder ein Umschlag, indem der Staat die örtliche Polizeiverwaltung, insbesondere die Sicherheitspolizei, selbst in die Hand nimmt und durch seine eigenen Beamten ausübt. Es bleibt dann für die Gemeinde nur noch ihre Pflicht, dem Staate für die Kosten dieser Verwaltung aufzukommen oder wenigstens einen Beitrag dafür zu leisten[27].

2. Die verfassungsmäßige Ausrüstung der Gemeinde mit dem Sachwalterwillen, dessen sie für ihre Geschäfte bedarf, mit ihrer Vertreterschaft, geht, wie bei der öffentlichen Genossenschaft, grundsätzlich aus von der Gesamtheit der Mitglieder. Wird diese

um ihre eigenen Angelegenheiten richtig ausüben zu können. Hier spielt wieder die bekannte Vorliebe herein für das imperium als eine ganz besondere Sache für sich; deshalb führt es auch den feierlichen Namen. Aber was die Gemeinde als ihre Angelegenheiten hat, ist ja schon öffentliche Verwaltung, und da ist die erforderliche öffentliche Gewalt — um die kann es sich doch bloß handeln — schon darin enthalten. Rubrik 1 und Rubrik 2 fließen also zusammen. Jellinek meint selbst von diesen beiden (a. a. O. S. 293): „Eine Trennung eigenen Verbandsrechts und geliehener staatlicher Macht ist mit Sicherheit gar nicht durchzuführen".

[26] So besteht der übertragene Wirkungskreis der preußischen Landgemeinde für Polizeisachen darin, daß ihr Gemeindevorsteher „das Organ des Amtsvorstehers" vorstellen darf (Landgem.Ord. § 90). Den Bürgermeistern der Städte gehört, gleichlaufend dem Amtsvorsteher, „die Handhabung der Ortspolizei" (Städte-Ord. § 62); die Städte von mehr als 10000 Einwohnern haben sie durch ihren Magistrat, und solche, die einen besonderen Stadtkreis bilden, dazu noch über die Ortspolizei hinaus „Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung" für den Staat durch ihren Stadtausschuß wahrzunehmen (Halbey, Preuß. Gem.Verf. S. 643).

[27] Nach Sächs. Rev. Städte-Ord. v. 24. April 1873 § 101 steht die Ortspolizei dem Stadtrat zu als übertragener Wirkungskreis der Stadt; in den Städten Leipzig, Chemnitz, Zwickau und Plauen wird die Sicherheitspolizei ausgeschieden zugunsten eines städtischen Einzelbeamten, des Polizeidirektors, was eine Kräftigung der staatlichen Leitungsgewalt bedeutet; in Dresden ist der Polizeidirektor ein staatlicher Beamter, wonach sich also überhaupt von einem gemeindlichen Wirkungskreis irgendwelcher Art nicht mehr reden läßt; die Gemeinde hat hier lediglich einen bestimmten Geldbeitrag an den Staat zu leisten dafür, daß er sie entlastet.

bei der öffentlichen Genossenschaft selbst wieder als die Genossenschaft bezeichnet, so bei der juristischen Person Gemeinde als „die Gemeinde". Der Doppelsinn dieser Namen ist nicht zu übersehen.

Bei der Genossenschaft ist diese Gesamtheit unmittelbar verwendbar als Generalversammlung oder Wählerschaft; der Genosse. der ausnahmsweise selbst nicht geschäftsfähig wäre, könnte durch seinen nach bürgerlichem Recht bestimmten Vertreter erscheinen. Bei der Gemeinde, deren Mitgliederschaft schlechthin die auf ihrem Gebiete sitzende Menschheit bildet, so wie sie ist, handelt diese. wie beim Staate das Gesamtvolk, durch die in ihr enthaltenen Fähigen und Würdigen, die verfassungsmäßig berufenen Gemeindebürger (vgl. oben Note 9).

Für den weiteren Aufbau wird sich dann wieder der Unterschied von Stadt und Landgemeinde oder von großer und kleiner Gemeinde geltend machen.

Nur in ganz kleinen Verhältnissen läßt sich die Bürgerschaft unmittelbar verwenden zu Beschlüssen und zu Wahlen, als Gemeindeversammlung. Die Gemeinde ist hier wieder gedacht nicht als der Selbstverwaltungskörper, die juristische Person, sondern, wie die Appenzeller Landsgemeinde, als die Gesamtheit der Mitglieder, als das Gemeindevolk, erscheinend in den darin begriffenen Stimmberechtigten. Die Gemeindeversammlung ist eine Bürgerversammlung.

Aus der Wahl der Gemeindebürger geht dann eine Versammlung von Abgeordneten hervor, die Gemeindevertretung. Sie bildet das Seitenstück der Volksvertretung: es handelt sich um die Vertretung des Gemeindevolks, die in dessen Recht den Selbstverwaltungskörper Gemeinde vertritt. Das tut sie in kleinen Gemeinden, soweit die Gemeindeversammlung nicht zuständig ist, in größeren als ihre erste und grundlegende Willensvertretung[28].

---

[28] Es handelt sich in der Gemeinde, wie im Staat, um Volk und Volksrechte. Die Sächs. Verf.Urk. § 78 nennt in diesem Sinne die Volksvertretung „das gesetzmäßige Organ der Gesamtheit der Staatsbürger und Untertanen und als solches berufen, deren auf der Verfassung beruhende Rechte geltend zu machen". Die Einheitlichkeit der Grundidee tritt gerade bei dem verfassungsmäßigen Aufbau der Ordnung, in der diese zur Geltung kommen sollen, auf das deutlichste hervor. Im Staate wird das Bild zwar beeinträchtigt durch die alles überwiegende Machtstellung des Fürstentums: das für das Volk geltend zu machende Recht beschränkt sich in der Hauptsache auf eine gewisse verfassungsmäßig unentbehrliche Mitwirkung. Gleichwohl ist es dieser neuzeitliche Konstitutionalismus mit seinem demokratischen Grundzuge, der vom Staate her maßgebend geworden ist für die Gemeinde.

Diese Versammlung, nur nach Bedürfnis und mit längeren Zwischenräumen zusammengerufen, eignet sich nicht zur Vertretung nach außen, noch auch zur Besorgung der täglichen Geschäfte. Deshalb wird von ihr ein Gemeindevorstand bestellt, als der ständige Vertreter des Selbstverwaltungskörpers, in Amt und Dienstpflicht stehend diesem gegenüber: er ist die Gemeindebehörde.

Diese Gemeindebehörde entwickelt sich aber mit der Größe der Gemeinde, vor allem bei dem Übergang von der Landgemeinde zur Stadt zu größerer Bedeutung und Selbständigkeit[29]. Ihr kommt dabei zustatten, daß sie zugleich die Stelle ist, an welcher der Zusammenhang des Selbstverwaltungskörpers mit dem Staat und seiner Regierung wirksam wird: der übertragene Wirkungskreis hängt an ihr und aufsichtsrechtliche Bestätigungs- oder Ernennungsrechte werden an ihr zur Geltung gebracht.

Ursprünglich ist der Gemeindevorstand gedacht als ein einzelnes Mitglied der Gemeindevertretung, das in dieser verbleibt und nur zugleich mit diesen Amtsverrichtungen betraut ist, der Gemeindevorsteher — in Preußen auch Schulze, Scholze, Richter, Dorfrichter, in Süddeutschland manchmal von unten auf schon Bürgermeister. Es ist zugleich der geborene Vorsitzende der Gemeindevertretung. Ein Ersatzmann wird ihm beigegeben sein, der sich zugleich zu einem ständigen Gehilfen entwickelt.

Der Vorsteher wird dann zum Berufsbeamten, die Gehilfenschaft wird vermehrt; die Gemeindebehörde beschließt nicht nur mit der Gemeindevertretung zusammen, sondern bildet zugleich für ihren Bereich ein Kollegium für sich, einen geschäftsführenden Ausschuß.

Der weitere Schritt besteht dann in der Lösung dieser inneren Zusammengehörigkeit: Gemeindevertretung und Gemeindevorstand (Rat, Magistrat) stehen als selbständige Kollegien einander gegen-

[29] Im Gegensatz zu der französischen Gemeindeverfassung, die immer wieder nur conseil municipal und maire in vollendeter Eintönigkeit vernehmen läßt, entwickelte sich bei uns auch in den einzelnen Rechtsgebieten ein großer Reichtum von Verfassungsformen, die teils an die Größe der Gemeinde schlechthin anknüpfen, teils den Gemeinden zu freier Wahl gestellt sind. Überdies ist der verfassungregelnden Satzung, der statutarischen Anordnung Spielraum gegeben, um der Neigung zu Mannigfaltigkeiten zu weiterem Ausdruck zu verhelfen: Preuß. Städte-Ord. § 11; Sächs. Rev. Städte-Ord. § 2. Preußen stellt aber schon von vornherein neben die ordentliche Stadtverfassung die „ohne kollegialischen Gemeindevorstand“ für Städte unter 2500 Einwohner (Städte-Ord. § 72) und Sachsen neben die Rev. Städte-Ord. noch eine „Städte-Ord. für mittlere und kleine Städte“.

über. Dabei werden die alten Traditionen der Stadt wirksam: der Schwerpunkt lag ja dort beim kleinen Rat, der eine festverankerte Oligarchie bildet gegenüber der zugelassenen Bürgerschaft im großen Rat. Jetzt kommt noch der Zusammenhang mit der Staatsregierung hinzu, der die Gemeindebehörde stärkt, ebenso wie die allgemeine Machtstellung des Berufsbeamtentums. Die Gemeindevertretung, welche auf den unteren Stufen die Bedeutung hat, die der Volksvertretung zukommt in der parlamentarisch regierten Republik, wird in dieser städtischen Verfassung zum Beiwerk, zur „verfassungsmäßigen Schranke". Der Magistrat oder Rat ist ihr gegenüber in der Stadt, was der Landesherr mit seinem Ministerium der Volksvertetung gegenüber im Staat, die Gemeinderegierung [80].

Die Grenznachbarschaft zum Staatsrecht macht sich hier so stark fühlbar, daß das einfache Rechtsinstitut des Verwaltungsrechts kaum mehr zu erkennen ist.

IV. Mehrere Gemeinden pflegen zusammen einen höheren Selbstverwaltungskörper zu bilden, mehrere dieser letzteren können dann, je nach der Größe des Staatsgebiets, wieder zusammengefaßt sein zu einem noch höheren. Die Gesetze sprechen hier von einem Kommunalverband oder Gemeindeverband im Sinne eines gemeindeartigen Verbandes über den Gemeinden [81].

---

[80] Der dem französischen Vorbild entsprechende Gedanke, wonach im Gemeinderat dem Bürgermeister gegenüber eine Art Volkssouveränität zur Wirkung kommt, hat noch in der Preuß. Städte-Ord. v. 1808 Ausdruck gefunden. § 108: „Die Stadtverordneten erhalten durch ihre Wahl die unbeschränkte Vollmacht in allen Angelegenheiten des Gemeinwesens der Stadt, die Bürgergemeine zu vertreten, sämtliche Gemeineangelegenheiten für sie zu besorgen usw.". § 174: „Der Magistrat ist die ausführende Behörde". Auch die Städte-Ord. v. 1853 § 56 Ziff. 2 wendet die Sache so, als sei der Magistrat wesentlich dazu da, die Beschlüsse der Stadtverordneten „vorzubereiten und zur Ausführung zu bringen". In Wirklichkeit hat sich aber ein starkes Überwiegen des Magistrats herausgestellt: Schoen, R. d. Kom.Verb. in Preuß. S. 135 f.

[81] Das Wort ist nicht glücklich. Der beliebte Ausdruck „Verband" dient ja ganz allgemein zur Bezeichnung von allerlei Einrichtungen, bei denen „eine Vielheit zur Einheit" zusammengefaßt wird. Deshalb kann das Wort Gemeindeverband auch für einen Bund mehrerer Gemeinden gebraucht werden, den sogen. Zweckverband; vgl. unten § 60, I n. 1. Aber auch die einzelne Gemeinde ist demnach schon ein Verband. Deshalb sagt man dazwischen gern Gemeindeverband statt einfach Gemeinde. Außer einer Verlängerung des Wortes ist damit kaum etwas gewonnen. Um das, was wir oben einen Gemeindeverband nannten, wieder zu unterscheiden, muß man dann von einem höheren oder größeren oder weiteren Gemeindeverband sprechen. Es ist andererseits nicht ausgeschlossen, diese weiteren

Diese höheren Selbstverwaltungskörper erhalten regelmäßig ihr Gebiet durch den Amtsbezirk einer danebenstehenden staatlichen Verwaltungsbehörde, der eben seinerseits die Gebiete der sämtlichen so zusammenzufassenden Gemeinden schon begreift. Aber wie es Amtsbezirke staatlicher Verwaltungsbehörden gibt, die nicht zugleich das Gebiet eines höheren Selbstverwaltungskörpers geworden sind, so können umgekehrt höhere Selbstverwaltungskörper bestehen, deren aus mehreren Gemeinden sich zusammensetzendes Gebiet nicht zugleich den Amtsbezirk einer danebenstehenden staatlichen Verwaltungsbehörde bildet[32].

Die höheren Selbstverwaltungskörper erhalten ihre Mitglieder oder Angehörigen in derselben Weise wie die Gemeinden: alles, was in ihrem Gebiete Gemeindemitgliedschaft hat, gehört zugleich ihnen an. Diese Angehörigkeit ist aber eine unmittelbare: es sind nicht etwa die Gemeinden Mitglieder des höheren Selbstverwaltungskörpers und erst durch sie ihre Angehörigen Angehörige des letzteren[33]. Der höhere Selbstverwaltungskörper ist kein Verband von Gemeinden im Sinne einer Gesellschaft von solchen, sondern ist selbst wie eine Gemeinde rechtlich gestaltet; er hat wie diese sein Volk, eine erweiterte „Unterabteilung des Staatsvolks" und zugleich Zusammenfassung mehrerer „Gemeindevölker", und hat seine eigenen Angelegenheiten.

Im Gegensatz zu der für die eigenen Einrichtungen des Staates geltenden Ordnung, wonach die behördlichen Zuständigkeiten sich mehren und verstärken, je näher die Behördenstufe der einheitlichen Spitze gerückt ist, welche die Staatsregierung vorstellt, liegt

---

Kommunalverbände auch einmal Gemeinde zu nennen, Kreisgemeinde, Provinzialgemeinde (Schoen, Kom.Verb. S. 377 ff. u. 430 ff.). Das hat sogar viel für sich, wie wir sehen werden. — R.Vers.Ord. § 526 gebraucht das Wort im obigen Sinne.

[32] Ein Beispiel des ersteren Falles bietet der preußische Regierungsbezirk, desgleichen der Regierungsbezirk der sächsischen Kreishauptmannschaft. Im Gegensatz dazu trägt der badische Kreis lediglich einen höheren Selbstverwaltungskörper; die Kreisregierung, die früher als staatliche Verwaltungsbehörde dort stand, hat die Gesetzgebung von 1863 gestrichen.

[33] Preuß. Kreis-Ord. v. 13. Dez. 1872 § 6: „Angehörige des Kreises sind alle diejenigen, welche innerhalb des Kreises einen Wohnsitz haben". Nach § 7 sind diese „berechtigt zur Teilnahme an der Verwaltung und Vertretung des Kreises". Erst § 96 sagt ausdrücklich, daß „das Recht zur persönlichen Teilnahme" an den Wahlen zum Kreistag nur denen zusteht, welche „Angehörige des Deutschen Reiches sind". Das sind dann „Gemeindeverbandsbürger" von den einfachen „Gemeindeverbandsangehörigen", nach der bei den Gemeinden schon durchgeführten Art, unterschieden. Vgl. oben Note 9.

bei dem Aufbau der Selbstverwaltungskörper das Schwergewicht bei der untersten Stufe, bei der Ortsgemeinde.

Die Ortsgemeinde allein ist ein natürliches und selbstverständliches Gebilde mit einem natürlichen Kreis von Aufgaben, die sich aus der räumlichen Zusammenordnung der Wohnstätten ihrer Angehörigen ergeben. Die höheren Selbstverwaltungskörper sind mehr oder weniger künstliche Schöpfungen des gesetzgeberischen Willens und leichterem Wechsel unterworfen. Ihre Angelegenheiten, obwohl als ihre eigenen Angelegenheiten rechtlich gestaltet, haben sachlich die Natur von Ortsgemeindeangelegenheiten, die zweckmäßigerweise für einen mehr oder weniger umfassenden Kreis von Gemeinden zusammen erledigt werden. Eine Ergänzung der Wirksamkeit der Ortsgemeinden ist in Frage, nicht eine höhere, dem Staate näherstehende Art von öffentlicher Verwaltung[84]. Auch der übertragene Wirkungskreis gewinnt nach oben zu nicht an Bedeutung, sondern tritt im Gegenteil hier von selbst in den Hintergrund vor der danebenstehenden staatlichen Verwaltungsbehörde, die solcher Aushilfe nicht bedarf.

Dem entspricht die verfassungsmäßige Gestaltung der Vertreterschaft. Soweit sie von den Angehörigen gestellt wird, vollziehen sich die Wahlen unter Berücksichtigung der natürlichen Gruppen, die durch die Zugehörigkeit zu den verschiedenen Arten von Gemeinden gebildet werden. Andererseits steigert sich hier die Anteilnahme der staatlichen Behörden an der Vertretung des Selbstverwaltungskörpers[85].

---

[84] Preuß. Kreis-Ord. § 169: „In den Kreisen, welche nur aus einer Stadt bestehen (Stadtkreise), werden die Geschäfte des Kreistages und des Kreisausschusses, die des letzteren, soweit sich dieselben auf die Verwaltung der Kommunalangelegenheiten beziehen, von den städtischen Behörden nach den Vorschriften der Städte-Ord. wahrgenommen". Die Stadt bekommt damit keine Kreisangelegenheiten übertragen, sondern es fällt alles in den eigenen gemeindlichen Wirkungskreis zurück, zu dem es seiner Natur nach gehört. — Der sächsische Bezirksverband hat grundsätzlich nur solche Aufgaben, die auch die einzelnen Gemeinden lösen könnten; er führt sie als seine eigenen durch zu ihrer Entlastung: O. M., Sächs. St.R. S. 299.

[85] So ist nach Preuß. Kreis-Ord. § 136 der Landrat zugleich Vertreter des Kommunalverbandes für seine laufenden Geschäfte und für alle Beziehungen nach außen. Ähnlich die Stellung des sächsischen Amtshauptmanns in der Kommunalverwaltung des Bezirksverbandes nach Ges. v. 21. April 1873. Die Verwaltung der bayrischen Kreisgemeinde liegt in solchem Maße in den Händen der staatlichen Behörden und des Königs selbst, daß der Name Selbstverwaltungskörper kaum mehr angebracht ist. Seydel, Bayr. St.R. II S. 167, spricht hier im gleichen Sinne von „monarchisch verfaßter Gemeinde".

V. Neben den höheren Selbstverwaltungskörpern, äußerlich gleichsehend, ihrem rechtlichen Wesen nach aber grundverschieden, finden wir die Zweckverbände, die Gesellschaften von Gemeinden, die in anderem Zusammenhange noch betrachtet werden sollen (unten § 60, I n. 1).

Außerdem hängen aber manchmal an den Ortsgemeinden, als Nebenerzeugnisse ihrer fortschreitenden Verfassungsentwicklung, noch gewisse verkümmerte Gemeindegebilde, teils Reste früheren Bestandes der Gemeinde, teils auf halbem Wege stehengebliebene Neubildungen von oberen Selbstverwaltungskörpern. Insofern es sich dabei um besondere juristische Personen handelt, haben wir uns hier mit ihnen auseinanderzusetzen.

1. Als Überreste früherer gemeindlicher Selbständigkeit können innerhalb einer Gemeinde Ortschaften fortbestehen. Ihr ehemaliges Gebiet ist dann noch unterschieden innerhalb des Gesamtgebietes der Gemeinde, der sie jetzt angehören. Es wird möglicherweise nur bedeutsam für die Bildung der Wahlbezirke der Gemeindewahlen, insofern dabei auf die alte Zusammengehörigkeit Rücksicht genommen wird[36]. Es kann aber auch der Ortschaft altes Gemeindevermögen vorbehalten sein, so daß es bei der Einverleibung der Ortschaft nicht mit dem des jetzigen Gemeindeganzen sich verschmolz. Dann wird dafür auch eine besondere Verwaltung geordnet; die Angehörigen des Ortschaftsbezirks bilden eine gesonderte Wählerschaft und Bürgerversammlung, um diese Verwaltung zu bestellen, auch um über die Deckung der entsprechenden besonderen Lasten der Ortschaft zu beschließen. Es ist ein kümmerlicher Gemeinderest, der sich darin darstellt, aber immerhin noch ausgestattet mit eigener juristischer Persönlichkeit, und diese ist öffentlichen Rechts: auch die Bereitstellung der Mittel für die öffentlichen Angelegenheiten ist öffentliche Verwaltung gewesen und ist es geblieben, obschon diese Angelegenheiten selbst jetzt von der neuen Gemeinde besorgt werden[37].

---

[36] Preuß. Städte-Ord. §§ 14 u. 15. Kappelmann, Verf. u. Verw. d. preuß. Städte S. 12. Die dort S. 13 Note 1 erwähnten Erfurter „Spezialgemeinden" würden wohl als Realgemeinden aufzufassen sein (hier n. 2).

[37] Seydel, Bayr. St.R. II S. 38, will in der Ortschaft keine „öffentliche Körperschaft" sehen, sondern, wie in der section de commune des französischen Rechts, eine juristische Person des bürgerlichen Rechts, weil „mit lediglich privatrechtlicher Selbständigkeit". Allein die section de commune ist eine öffentliche Körperschaft (O. M., Theorie d. Franz. V.R. S. 478 ff.), und der Umstand, daß die Persönlichkeit nach außen nur auf privatrechtlichem Gebiet wirksam wird, ist

2. Ein anderer Rest früherer Zustände sind die Realgemeinden. Die alte Markgenossenschaft hat sich hier von der Gemeinde gelöst, um ihren Mitgliedern Eigentum und Nutzung der gemeinsamen Güter vorzubehalten. Diese bilden dann eine juristische Person des Privatrechts auf Vereinsgrundlage. Sie kann auch öffentlichrechtlich gestaltet sein, sofern das geltende Recht das gemeinsame Unternehmen als wichtig genug ansieht für das öffentliche Wohl, daß der Staat als beteiligt dabei auftreten soll. Dann handelt es sich um eine öffentliche Genossenschaft[38].

3. Das französische Recht hatte über die kleinen Ortsgemeinden das Kollegium der municipalité de canton gestellt, der Vorsitzende war überall die eigentliche Gemeindeobrigkeit, die übrigen Mitglieder standen zugleich an der Spitze der einzelnen Gemeinden als seine Untergebenen, „Agenten“[39]. In den deutschen Ländern links des Rheins waren danach die Bürgermeistereien eingerichtet geblieben. Sie bedeuten die Gemeinsamkeit des Bürgermeisters für mehrere Gemeinden, die nur ihre Gemeindevertretung behalten und da, wo der Bürgermeister nicht wohnt, einen Vertreter desselben. Die Ortspolizei, also die übertragene Staatsverwaltung, wird damit von selbst gemeinsam[40]. In der preußischen Rheinprovinz sind der Bürgermeisterei aber auch Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden zugeteilt. Die Vorstände der Einzelgemeinden stehen dem Bürgermeister als Bürgermeisterei-Versammlung zur Seite, um über diese gemeinsamen Angelegen-

---

kein Grund, ihr selbst die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht abzusprechen; auf den inneren Aufbau kommt es an und auf das Verhältnis zum Staate; vgl. oben § 55, II n. 3.

[38] So nach Preuß. Ges. v. 5. Juni 1888, die Realgem. in der Prov. Hannover betr. Über das Geschichtliche zusammenfassend Gierke, D. Pr.R. I S. 578 ff.; wichtig namentlich die Auflösung der alten Marktgemeinde durch die Scheidung des Öffentlichrechtlichen; a. a. O. S. 589 ff. Wir haben auf diese ins Privatrecht verlaufenden Nebenerscheinungen unserer Gemeinde nicht weiter einzugehen.

[39] Verf. v. 5 fruct. III tit. VII (Art. 174 ff.); Ges. v. 21 fruct. III (Art. 6 u. 8).

[40] In dieser Gestalt wurde die Bürgermeisterei durch die Gem.Ord. v. 29. April 1869 Art. 150 ff. auch im rechtsrheinischen Bayern eingeführt. Die unter dem Vorsitz des gemeinsamen Bürgermeisters vereinigten Gemeindeausschüsse können ortspolizeiliche Vorschriften für den ganzen Bürgermeistereibezirk beschließen (Art. 150 Abs. 4). Kahr, Bayr. Gem.Ord. I S. 946 ff. Wie a. a. O. S. 129 mit Recht hervorgehoben wird, ist die Bürgermeisterei „ihrem ursprünglichen Wesen nach nicht sowohl ein Glied der gemeindlichen Selbstverwaltung als vielmehr ein Glied in dem organischen Aufbau der staatlichen Verwaltung“. Nur der übertragene Wirkungskreis wird ja darin vereinheitlicht.

heiten zu beschließen. Die Ortsgemeinde ist hier in sich selber stufenweise aufgebaut: die einzelne Untergemeinde und die gemeinsame Obergemeinde, sogenannte Samtgemeinde oder Gesamtgemeinde, bilden zusammen erst die volle Gemeinde[41].

Der Amtsbezirk der preußischen Kreisordnung ist im Sinne der bayrischen Bürgermeistereien (oben Note 40) geordnet. Der Amtsvorsteher ist staatlicher Ehrenbeamter zur Ausübung der Polizei[42]; der Amtsausschuß, eine Versammlung der Vorsteher der Gemeinden, ergänzt durch andere Abgeordnete derselben, hat die Bedeutung einer besonderen Volksvertretung für den Amtsbezirk gegenüber dieser staatlichen Verwaltung. Er gibt seine Zustimmung zu Polizeiverordnungen und beschließt über die für die Polizeiverwaltung aufzubringenden Mittel. Insoweit hat der Amtsbezirk dann auch juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts[43]. Er ist aber kein Selbstverwaltungskörper, kein Gemeindeverband in der hier angenommenen Bedeutung. Die vom Amtsvorsteher im Namen des Königs und im staatlichen Ehrenamte verwaltete Polizei, die ja als eigene Angelegenheit eines Selbstverwaltungskörpers nirgends erscheint, gehört hier nicht einmal zum übertragenen Wirkungskreis eines solchen[44]. Die juristische Person des Amtsbezirks ist nur insoweit daran beteiligt, als ihr obliegt, die Mittel dafür bereitzuhalten. Sie hat etwa die Bedeutung der juristischen Persönlichkeit der bayrischen Ortschaft (vgl. oben n. 1), gehört aber wie diese immer noch dem öffentlichen Rechte an.

[41] Preuß. Ges. v. 15. Mai 1856, betr. die Gem.Verf. in der Rheinprovinz I §§ 7 f. u. 76 („der Vorsteher ist ein Organ des Bürgermeisters"). In der Provinz Westfalen besteht eine ähnliche Einrichtung; hier heißt der gemeinsame Vorstand Amtmann (Landgem.Ord. v. 19. März 1856 § 4); die Gemeindevorsteher genießen aber größere Selbständigkeit. Vgl. v. Bitter, Handwörterb. d. Pr. Verw. Art. Samtgemeinden, Bürgermeistereiverbände und Amtsverfassung.

[42] Kreis-Ord. v. 13. Dez. 1872 §§ 56 ff.

[43] Kreis-Ord. § 55. Der § 53 der Kreis-Ord. beabsichtigte, dem Amtsbezirke, d. h. dem Amtsvorsteher und Amtsausschusse, durch übereinstimmenden Beschluß der Gemeinden und Gutsbezirke auch einzelne Kommunalangelegenheiten überweisen zu lassen, nach Vorbild der rheinischen Bürgermeistereien also. Durch Landgem.Ord. § 146 wurde diese Bestimmung beseitigt. Etwaige Vereinigungsbedürfnisse werden jetzt in der Form von Zweckverbänden (vgl. unten § 60, I n 1) zu befriedigen sein. Mit dem Wegfall der in Aussicht genommenen Zutaten von Kommunalangelegenheiten hat die juristische Persönlichkeit des Amtsbezirks ihre Bedeutung eingebüßt.

[44] Vgl. oben Note 25. Über das Verhältnis der neuen Einrichtung des Amtsbezirks zu den alten Bürgermeistereien im Rheinland vgl. Bericht der Kommission des Herrenhauses über II. Entw. d. Kreis-Ord.; v. Brauchitsch, Materialien II S. 1191 ff.

§ 59.

Das Recht der Vertreterschaft.

Die rechtsfähige Verwaltung muß, um im Rechtsverkehre stehen zu können, ausgerüstet werden mit dem dazu nötigen wehrhaften Willen. Die Verfassung der juristischen Person, auf der ihr ganzes Dasein beruht, hat insbesondere auch die Ordnung zu geben für die Art, wie ihr dieser auf dem Wege der Vertretung beschafft wird, ihre Vertretungsordnung[1].

Die Vertretung geschieht stets durch Menschen, weil nur sie einen rechtlich in Betracht kommenden Willen haben. Die Verfassung kann die Menschen aber zum Zweck der zu liefernden Vertretung in verschiedener Weise verwenden: als Einzelne, als Versammlungen, als Ausschüsse; ferner als unmittelbar vertretend oder andere zur Vertretung bestellend oder die rechtmäßige Vertretung durch andere bedingend durch ihre Zustimmung. Dadurch ergeben sich verschiedene Arten von verfassungsmäßigen Vertretungseinheiten, die wir in der Darstellung als Vertreterschaften, Vertretungen oder auch kurzweg als die Vertreter bezeichnen[2]. Bei der rechtsfähigen Anstalt wie bei der

---

[1] Vgl. oben § 55, I n. 3.

[2] Ähnlich Rosin, Arb.Vers. I S. 685: „Organ eines Verbandes ist eine physische Person oder eine Mehrheit derselben, welche vermöge ihrer Stellung innerhalb des Verbandsorganismus dazu berufen ist, den Willen des Verbandes als solchen zu bilden und zu äußern". Diese besondere Art von Vertretern bezeichneten wir oben § 55 I n. 3 sachlich übereinstimmend als die, welche verfassungsmäßig berufen sind, die juristische Person auszustatten mit dem ihr unentbehrlichen wehrhaften Willen. Was ich Mensch nenne, heißt hier physische Person, und statt Vertreter wird Organ gesetzt. Rosin bemerkt mit Recht, daß der Ausdruck „Organ" von unseren Gesetzen auf das häufigste in diesem Sinne angewendet wird. Er wird aber ebenso auf das häufigste in anderem Sinne angewendet. So ist nach Pr. Landgem.Ord. § 90 der Gemeindevorsteher das Organ des Amtsvorstehers, nach Kreis-Ord. § 50 der Amtsvorsteher das Organ der Amtsverwaltung im Amtsbezirk, nach § 76 der Landrat das Organ der Staatsverwaltung im Kreise. Über die Buntheit, in der der Ausdruck bei unseren Schriftstellern schillert, vgl. oben § 42 Note 18. Wer sich, wie Rosin, etwas Bestimmtes dabei denkt, will dadurch einen Zusammenhang markieren mit der Theorie von der „realen Gesamtpersönlichkeit", deren vornehmsten Vertreter wir in Gierke zu sehen haben (§ 55 Note 7). Dieses Lebewesen handelt wie die Einzelperson durch Organe. Sie werden gebildet durch organische Eingliederung anderer Lebewesen, die ihm einen Teil ihres Willens abgeben als seinen Organwillen, den Rest behalten als Individualwillen: „das Gemeinwesen besitzt in jedem Organ ein Stück seiner selbst" (Gierke, Genoss.Theorie S. 614 f., 624 f., 712). Auf dieses innere Verwachsensein soll sich dann eine selbstverständliche Haftung für das Organ

öffentlichen Genossenschaft sind das verhältnismäßig einfache Gebilde. Nur bei den Gemeinden und den ihnen verwandten höheren Selbstverwaltungskörpern sind sie reicher entwickelt. Gerade dafür wird ja aber die genauere Darstellung Sache der Staatsrechtslehre sein[3]. Wir haben hier auf diese Dinge nur noch in einer bestimmten Richtung einzugehen. Indem nämlich bei der Bildung der Vertretungseinheiten Menschen verwendet werden, die ihrerseits selbst wieder rechtlich bedeutsamer Verhältnisse fähig sind, entsteht eine besondere Gruppe von Rechtsinstituten, die durch diesen Zusammenhang näher bestimmt wird. Sie sind zweierlei Art:

— Die Vertreter sind fähig, in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen zum Schadensersatze verpflichtende Handlungen zu begehen. Nach B.G.B. § 31 u. § 89 ist dafür die vertretene juristische Person verantwortlich. Die im Anschluß an E.G. z. B.G.B. Art. 77 ergangenen Gesetze haben diese Haftung ausgedehnt auf alle Beamten bei Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt. Darüber ist bereits oben Bd. I § 18, I n. 1 u. 3 und hier § 53 S. 534 das Nötige gesagt worden[4].

---

gründen (darüber unten Note 4). Und ebenso möchte hier Rosin jenen besonderen Beruf zur Bildung des Verbandswillens „als solchen", zur verfassungsmäßigen Vertretung, wie wir sagen, darauf zurückführen. Beides hängt allerdings zusammen. Aber nicht auf dem Wege über ein besonderes inneres Verhältnis, wie es ja bei jedem Organ gegeben wäre. Es gibt richtige Organe, bei welchen gleichwohl beides nicht zutrifft. So unterscheidet denn auch Gierke, D. Pr.R. I S. 497 u. 498, Hauptorgane und übrige, unmittelbare und mittelbare, Willensbildungsorgane und Willensausführungsorgane. Preuß, Städt. Amtsr. S. 71, möchte sie einteilen in „Repräsentanten" und „Ämter", von welchen nur die ersteren hierher gehörten. Am deutlichsten Helfritz, Vertretung der Städte u. Landgem. S. 34: Das unmittelbare Organ „schöpft seine Fähigkeit, den Willen der Verbandsperson zu bilden, aus der Verfassung"; die Fähigkeit des mittelbaren ist nur „letzten Endes auch in deren Verfassung begründet". Jedenfalls ist aus dem ernst genommenen Organbegriff für unseren Gegenstand nichts zu gewinnen.

[3] Vgl. oben § 58, I n. 2.

[4] Wenn B.G.B. § 31 spricht von der Verantwortlichkeit für den Schaden, den „der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" zufügte, so sind damit, wie die Motive zum I. Entw. dartun, die Vertreter gemeint, welche die juristische Person erst handlungsfähig machen. Vgl. oben Bd. I S. 191 Note 4. In diesem Sinne wurde bei der zweiten Lesung der jetzige Text angenommen. Im Antrag heißt es „ein sonst nach der Verfassung berufener Vertreter", statt wie jetzt „verfassungsmäßig berufener". Gemeint ist dasselbe. Man sprach dabei von „dem besonderen Verhältnisse der Körperschaft zu ihren Organen", auf welchem die Haftung beruhe; das bezog sich auf die in den Motiven hervorgehobene Unentbehrlichkeit dieser „verfassungsmäßigen Vertreter". Die Haftung für diese beruht also auf sehr

— Zum anderen betrifft es die Vertreter persönlich, wenn die Vertretungsordnung Regeln dafür aufstellt, wie sie das werden und welche Rechte und Pflichten ihnen daraus erwachsen. Den Inbegriff dieser Regeln bezeichnen wir als das Recht der Vertreterschaft der rechtsfähigen Verwaltung. Im Gegensatz zu dem Ersterwähnten ist dieses öffentlichrechtlicher Natur und hier zur Darstellung zu bringen[5].

Das Recht der Vertreterschaft kann auf zweierlei verschiedenen Titeln beruhen und ist je nachdem durchweg verschieden gestaltet. Der Vertreter nimmt seine Berufung entweder aus dem Recht der Mitgliedschaft oder aus dem ihm verliehenen Amte.

I. Mitglieder oder Angehörige hat hier nur die Körperschaft, also die öffentliche Genossenschaft oder Gemeinde[6]. Es sind die Menschen, für welche die juristische Person da ist, indem sie ihren Zwecken zur Verwirklichung dient[7]. Was sie betreibt, das sind eigentlich Zwecke dieser Mitglieder, rechtlich losgelöst von ihnen durch die juristische Person und ersetzt durch ein ihnen

---

nüchternen Erwägungen der Gerechtigkeit. Die „Organologie" hat hier wieder nur den Namen hergegeben, nicht ihre Gedanken. Vgl. R.G. 17. Jan. 1903 (Entsch. LIII S. 278).

Die in B.G.B. vorgenommene Abgrenzung einer engeren Vertreterschaft wurde allerdings später in der Rechtsprechung nicht beobachtet, als es galt, den Staat oder die Gemeinde auch auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung den Forderungen der Billigkeit gemäß zu Schadenersatz für allerlei Beamte heranzuziehen. Vgl. Lenel in D. J.Z. 1902 S. 9 ff. Das schöne Wort „Organ" hat dabei geholfen.

[5] Man spricht von „Sozialrecht", „organischem Recht", Recht der „Organpersonen" und von einer „organischen Anschauung" in dem Sinne einer höheren Einheit, die Privatrechtliches und Öffentlichrechtliches überspannt. Wir haben es bloß mit Verwaltungsrechtsinstituten zu tun. Daß dabei gewisse Verwandtschaften mit ähnlichen Erscheinungen des bürgerlichen Rechts zutage kommen, ist uns nichts Ungewohntes. Neu ist nur, daß hier solche Berührungen auch mit dem staatlichen Verfassungsrecht bestehen.

[6] Vgl. oben § 55, III n. 2 u. IV n. 1.

[7] In gewissem Maße können auch juristische Personen und sogar der Fiskus — der gewöhnliche Privatmann — die Stelle eines Mitgliedes oder Angehörigen der Körperschaft einnehmen; namentlich bei den Wassergenossenschaften, wo der beteiligte Grundbesitz zum Mitglied macht, ist das der Fall. Hier wird dann der Vertreter des Mitgliedes an der Vertretung der Körperschaft teilnehmen. In gleicher Weise kommen wohl auch Vertreter von Geschäftsunfähigen in Betracht. Das sind Behelfe. Den ordentlichen Fall liefert der Mensch und der handlungsfähige Mensch, der auch in der Lage ist, Vertretungshandlungen selbst zu leisten. — Für Gierke, Genoss.Theorie S. 683, ist eine juristische Person „als Trägerin der Organstellung" für eine andere etwas ganz Natürliches.

zustehendes verfassungsmäßiges Recht an der juristischen Person. Dieses Recht äußert sich in allerlei Vorteilen, welche die Körperschaft ihrem Mitglied zu gewähren hat; es verdichtet sich auch zu bestimmten Ansprüchen gegen die Körperschaft auf Leistung, vergleichbar dem Anspruch des Aktionärs auf die Dividende: Recht auf Benutzung der Gemeindeanstalten, Recht auf Krankenhilfe. Davon wird hier nicht weiter die Rede sein. Dagegen erscheint das Recht an der juristischen Person noch unmittelbarer darin, daß dem Mitglied ein Machteinfluß gesichert ist auf diese selbst und auf die Besorgung ihrer Angelegenheiten. Es kommt schon bei ihrer Entstehung zur Geltung. Ist sie entstanden, so bildet es einen Bestandteil ihrer Verfassung und äußert sich in der rechtlichen Macht, für sie zu handeln, oder diejenigen zu bestimmen, die für sie handeln, Recht auf ihre Vertretung.

Dabei ergibt sich nun eine neue, bisher noch nicht betrachtete Erscheinung. Indem nämlich die Mitglieder solche Vertretung üben, wird von ihnen mancherlei Rechtshandlung vorzunehmen sein, um öffentlichrechtlicherweise bindend zu bestimmen, was für sie und für andere Rechtens sei, die also obrigkeitlich wirken soll. Die erforderliche Rechtsgrundlage kann gegeben sein im Rechtssatze eines Gesetzes, oder was ihm gleichsteht. Das ist aber noch nicht alles: das Besondere ist, daß die Mitglieder hier wirken mit der Kraft von Rechtssätzen, Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsakten, wie sie, auch bei gegebener Rechtsgrundlage, nur erlassen werden können von behördlichen Ämtern und daraus gebildeten Behörden[8]. Hier aber treten kraft Mitgliedschaftsrechts einfache Bürger auf, nicht beamtet, weder im Berufsamte noch im Ehrenamte stehend, also Nichtbehörden. Und sie wirken doch so. Das ist zweifellos geltendes Recht.

Das bedeutet eine Abweichung von den in der staatlichen Verwaltung überall streng durchgeführten Grundsätzen. Darüber müssen wir uns klar sein. Um es recht zu verstehen, wird der Zusammenhang zu suchen sein in dem staatlichen Verfassungsrecht. Dem sind wir ja in dem Abschnitt des Verwaltungsrechts, der von den untergeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts handelt, überhaupt wieder nähergetreten, um allerhand Berührungen zu finden[9]. Dort nun steht dem Staats-

[8] Vgl. oben Bd. I S. 96.
[9] Vgl. oben § 58, I.

oberhaupt und seinem Beamtentum Volk und Volksvertretung gegenüber mit eigenem Recht an den Angelegenheiten des Gemeinwesens. Sie bilden einen anderen Pol für Ausflüsse öffentlicher Gewalt, wenn auch in der Monarchie nur ausnahmsweise zu selbständiger Betätigung berufen[10]. Bei den Gemeinden und öffentlichen Genossenschaften fließt diese Quelle öffentlichrechtlicher Macht naturgemäß unvergleichlich reicher und mächtiger. Es ist aber doch nicht zu verkennen, daß es die nämliche Quelle ist, daß der nämliche Grundgedanke darin zur Geltung kommt: wäre unsere Staatsgewalt so aufgebaut wie unsere Gemeindegewalt, so hätten wir die Republik, und in dieser ist das Volk und seine Vertretung als Träger und Ausüber öffentlicher Gewalt etwas Selbstverständliches[11].

1. Die Mitgliedschaft ist verschieden gestaltet bei der öffentlichen Genossenschaft und bei der Gemeinde.

Bei der öffentlichen Genossenschaft ist sie, wie beim zivilrechtlichen Verein, nichts anderes als die Gesamtheit der einem Mitglied zukommenden Rechte und Pflichten, wie sie verfassungsmäßig vorgesehen sind. Diese Rechte und Pflichten bestehen beim nicht rechtsfähigen Verein des bürgerlichen Rechts zwischen den Mitgliedern; er ist Gesellschaft; beim rechtsfähigen Verein und ebenso bei der öffentlichen Genossenschaft bestehen sie zwischen jedem einzelnen Mitglied und der juristischen Person[12].

Die Mitgliedschaft wird begründet beim rechtsfähigen Verein des bürgerlichen Rechts durch Vertrag, vorausgehenden Gründungsvertrag oder nachträglichen Aufnahmevertrag[13]. Bei der öffent-

---

[10] Nach R.Beamtenges. § 156 erfolgt die Anstellung der Reichstagsbeamten mit der Wirkung, daß sie Reichsbeamte werden, durch den Reichstagspräsidenten, „welcher die vorgesetzte Behörde derselben bildet". Der Reichstagspräsident ist nichts anderes als das vorsitzende Reichstagsmitglied, er hat keine Dienstpflicht und kein Amt und ist keine Behörde; den Reichstagsbeamten gegenüber wirkt er nur wie eine solche. — Ähnlich das Verhältnis des Sächs. Landtagsausschusses zur Verwaltung der Staatsschulden gegenüber den Beamten der Staatsschuldenkasse: O. M., Sächs. St.R. S. 210.

[11] Der Grundsatz der Gewaltentrennung schiebt auch in der Republik Volk und Volksvertretung für die Verwaltungsgeschäfte des Staates mehr in den Hintergrund. Bei den Körperschaften gilt er nicht; vgl. jedoch oben S. 655.

[12] Behrend, H.R. I S. 783 Note 1: „Bei der A.G. stehen die Mitglieder als solche weder zueinander noch zu Dritten, sondern nur zur A.G. in einem Rechtsverhältnis".

[13] Bei der Gründung der A.G. verwandelt sich das ursprüngliche Vertragsverhältnis der Zeichnenden untereinander mit der Entstehung der juristischen Person von selbst in das Mitgliedsverhältnis zu dieser. Bei der Zeichnung junger

lichen Genossenschaft entsteht sie gemäß dem Gründungsvertrag durch die Genehmigung des Statuts oder auch frei durch die letztere allein[14]. Die berufene Genossenschaftsvertretung kann nachher innerhalb des durch die Verfassung etwa gelassenen Spielraums die Ausdehnung auf weiter Hinzutretende beschließen, ihre Aufnahme vollziehen. Ein solcher Beschluß, auch wenn für einen Einwilligenden ergehend, ist selbstverständlich hier kein Vertrag, ist auch kein Verwaltungsakt — es fehlt die Behörde —, sondern diesem gleichwertiges Wirken kraft Mitgliedschaftsrechts[15].

Schlechthin an die Tatsache der Gebietsangehörigkeit knüpft die Begründung ihrer Mitgliedschaft die Gemeinde und was ihr gleicht[16].

Hier ist jedoch vor allem die Mitgliedschaft selbst wesentlich anders gestaltet. Die begründete Zugehörigkeit zur Gemeinde bedeutet nicht bestimmte Rechte und Pflichten, sondern eine allgemeine Eigenschaft der Person, vermöge deren sie berufen ist, die ganze Einrichtung Gemeinde mit zu tragen, ihr in ihren Angehörigen die volksmäßig abgegrenzte Grundlage zu geben, deren sie bedarf. Es steht damit wie mit der Staatsangehörigkeit. Beide sind zunächst für den Einzelnen ein Stück seines Personenstandes, ein status. Rechte und Pflichten können daran geknüpft werden. Die rechtliche Standeseigenschaft besteht auch ohne sie[17].

Insbesondere knüpfen sich daran durch Erfüllung der weiteren Voraussetzungen Anteilsrechte an Bestand und Vertretung der Gemeinde, politische Rechte, den politischen Rechten am Staate gleichartig. Die Gemeindebürger, denen diese Rechte zustehen, bilden nicht wie früher wohl einen gesonderten Stand

---

Aktien ist ein vertragsmäßiges Verhältnis sofort mit der juristischen Person begründet, um auch hier erst durch die Eintragung zur Mitgliedschaft zu werden: Behrend, H.R. I S. 780 Note 2; Wiener in Ztschft. f. H.R. XXIV S. 469 ff.

[14] Vgl. oben § 57, I.

[15] Vgl. oben S. 664.

[16] Vgl. oben S. 637.

[17] Hier gilt, was Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 116, von der Staatsangehörigkeit sagt: „Ein Status läßt sich niemals inhaltlich definieren, weil er als eine feste Relation ganz unabhängig von einzelnen aus ihm entspringenden Rechten und Pflichten ist". Die Mitgliedschaft in der öffentlichen Genossenschaft würde allerdings nach Jellinek, a. a. O. S. 88 ff., gleichfalls als status activus aufzufassen sein, da er das System der Status als allgemeine Grundlage subjektiver öffentlicher Rechte überall durchführt. Hier besteht aber ja gerade der Gegensatz, daß die Mitgliedschaftsrechte der Genossen sich sehr wohl „inhaltlich definieren" lassen. Der Statusbegriff hat nur in seinen engen hergebrachten Grenzen Wert: man darf nicht zu viel von ihm verlangen.

innerhalb der Bevölkerung[18]. Sie haben keinen anderen status als den der Gemeindeangehörigen. Nur sind bei ihnen jene politischen Rechte daraus entwickelt, bei den anderen nicht. Sie sind unter diesen in gleicher Weise besonders gekennzeichnet, wie die Mitglieder der Genossenschaft überhaupt gekennzeichnet sind[19].

2. Die Mitglieder können kraft der ihnen zustehenden Anteilsrechte berufen sein, in ihren Versammlungen über Angelegenheiten der Körperschaft zu beschließen (Genossenschaftsversammlung, Gemeindeversammlung)[20]. Die rechtliche Bedeutung dieser Beschlüsse wird verschieden sein, je nach der Art der Verhältnisse, welche sie regeln sollen. Wenn nur bestimmt werden soll für den geschäftsführenden Vorstand, dessen Vertretungsmacht oder Geschäftsführungspflicht davon abhängt, so ist das lediglich eine Frage der der Körperschaft zustehenden inneren Ordnungsgewalt (unten S. 677). Es kann sich aber auch handeln um unmittelbare rechtliche Wirkungen nach außen: Änderungen im äußeren Rechtsbestand der Körperschaft oder Ausübung von Befugnissen der ihr zustehenden öffentlichen Verwaltung. Dann fällt das unter die allgemeinen Bedingungen, wie sie für derartige Maßregeln auch bei der staatlichen Verwaltung gelten würden[21].

Wichtiger noch ist die Einwirkung, welche die Mitglieder dadurch üben, daß sie wählen. Das kann in Form von Versammlungsbeschlüssen geschehen oder dadurch, daß der Einzelne, jeder für sich, seine Stimme schriftlich oder durch mündliche Erklärung abgibt zur Bezeichnung des zu Wählenden. Wie bei den Beschlüssen geht auch bei diesen gesonderten Abstimmungen das Recht des einzelnen Mitgliedes nicht darauf, daß seine Meinung durchdringt, sondern darauf, daß seine Stimme angenommen und bei Feststellung des Ergebnisses in Rechnung gezogen wird[22]. Die Wirkung der Wahl für den Gewählten kann von zweierlei Art sein:

— Sie kann bedeuten die Übertragung eines für die Körperschaft zu führenden Amtes. Dann führt sie über den Kreis der hier zunächst betrachteten Rechtsinstitute hinaus: wir werden in

---

[18] Vgl. oben S. 638 Note 9.

[19] Vgl. oben S. 627.

[20] Vgl. oben S. 664.

[21] In Preuß. Landgem.Ord. § 88 Abs. 4 gehören Ziff. 2—5 zur ersteren Art, Ziff. 8 zur zweiten. Nach Bayr. Gem.Ord. Art. 147 mit Art. 112 gehören nur die in Art. 147 selbst erwähnten Heimatgebührenbeschlüsse zur zweiten Art, alles andere bedeutet nur Zustimmungsrechte.

[22] Vgl. oben Bd. I S. 113 Note 12.

der Lehre von der Vertreterschaft kraft Amtes darauf zurückkommen (unten II).

— Sie kann aber auch bedeuten die Bestellung des Gewählten zu einer engeren Vertretung kraft Mitgliedschaftsrechts. Der Gewählte wird dadurch ausgestattet mit den Rechten, welche die Mitglieder selbst auszuüben hätten, in kleineren Verhältnissen durch ihre Versammlungsbeschlüsse auch ausüben, ganz oder zum Teil, für welche aber in größeren besser ein engerer Kreis bestellt wird. Das Vorbild ist die Ausübung der Rechte des Volkes durch gewählte Abgeordnete. Das sind selbst Staatsbürger, hier also vollberechtigte Mitglieder der Genossenschaft oder Gemeinde. Das Recht der Übrigen wird nur durch die Wahl auf sie vereinigt; daher Abgeordnete. Sie sind Mitglieder mit verstärktem Recht. Sie gehören mit zur verfassungsmäßigen Vertretung der Körperschaft. Zugleich sind sie aber Vertreter noch in einem anderen Sinn: Volksvertreter, Genossenschaftsvertreter, Gemeindevertreter, letzteres beides im Sinne einer Vertretung der anteilsberechtigten und somit ursprünglich vertretungsberechtigten Mitglieder der Körperschaft[28].

Diese Abgeordneten betätigen sich in Versammlungen, Vertretungen genannt, zu denen sie vereinigt werden, entsprechend der Versammlung der Volksvertreter. Möglicherweise schiebt sich bei ihrer Bestellung noch eine Zwischenstufe ein, in denen die Mitglieder der Körperschaft durch ihre Wahl zunächst Wahl-

---

[28] Vgl. oben § 58 Note 28. Hubrich, Parlament. Redefreih. S. 334, bestreitet, daß die Volksvertretung „juristisch wirklich als Repräsentanz des etwa ein besonderes Rechtssubjekt im Staate darstellenden ‚Volkes' in Betracht kommt". Eine juristische Person im zivilrechtlich geformten Begriff ist das Volk gewiß nicht. Das ist aber auch der Staat nicht. Der Landtag ist noch eher Volksvertretung zu nennen als „Staatsorgan", wie Hubrich tut. Daß hier „Volksrechte" wahrgenommen werden sollen und das Volk dabei vertreten wird, ist jedenfalls eine Anschauung, ohne die unser Verfassungsstaat nicht wohl verständlich sein wird. — So ist es auch bei der Gemeindevertretung; sie ist Vertretung der Gemeinde als Gemeindevolk; sie ist aber zugleich „Gemeindeorgan", Vertretung der Gemeinde als Selbstverwaltungskörper. Ebenso ist die Genossenschaftsvertretung, der Genossenschaftsvorstand, Vertretung der Genossenschaft im Sinne der Gesamtheit der Genossen als an der Körperschaft Berechtigter und als solche zugleich Vertretung der Genossenschaft als diese Körperschaft selbst. Das ist natürlich wohl auseinanderzuhalten. O.V.G. 5. März 1907 (Entsch. L S. 12): „Gemeindevertretungen bilden nicht nur Vertretungen der Gemeindegenossen zur Wahrnehmung ihrer Rechte, sondern haben als Gemeindeorgane an der Erfüllung staatlicher Aufgaben mitzuwirken" — d. h. an der Führung der der Gemeinde zustehenden öffentlichen Verwaltung.

männer bezeichnen und diese dann in Ausübung der Rechte ihrer Wähler den eigentlichen Vertreter. Vertreter in diesem Sinn sind auch die Wahlmänner, nur aber für den ganz vorübergehenden Zweck; darum nennt man sie nicht so. Umgekehrt können die Vertretungen aus ihrer Mitte wieder engere Ausschüsse bestellen zur Vorbereitung und Ausführung der Vertretungsgeschäfte. Auch diese üben ihre Tätigkeit in der gleichen Rechtsstellung. Durch stufenweise verengerte Vertretungen werden die ursprünglich Vertretungsberechtigten in der Ausübung ihres Rechts ersetzt und damit selbst vertreten[24].

3. Die Mitglieder der Körperschaft versehen bei Ausübung ihrer Anteilsrechte kein Amt. Denn das Amt bedeutet in erster Linie eine rechtliche Pflicht, die öffentliche Dienstpflicht. Ohne die gibt es kein Amt. Die Mitglieder aber haben hier nur Rechte[25].

---

[24] Das Gesetz kann den Mitgliedern gestatten, zur Gewinnung einer geeigneten Vertreterschaft auch Nichtmitglieder zu ihren Vertretern zu bestellen, die dann ausgerüstet werden mit der gleichen Rechtsstellung eines verstärkten Mitgliedschaftsrechts. So bei der Bestellung des Genossenschaftsvorstandes: Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 120: „Vorstandsmitglieder können auch Personen sein, die nicht Genossen sind".

[25] Vgl. oben § 42 Note 14. Die Gesetze gebrauchen für die Körperschaftsvertreter kraft Mitgliedrechts sehr häufig den Ausdruck Amt oder Ehrenamt; letzteres namentlich, um die Unentgeltlichkeit zu betonen. R.Vers.Ord. § 21: „Die Gewählten verwalten ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt". Preuß. Landgem.Ord. § 65: „Die Gemeindemitglieder sind verpflichtet, unbesoldete Ämter in der Verwaltung und der Vertretung der Gemeinde zu übernehmen". Dazu gehört insbesondere „das Amt eines Gemeindeverordneten" (v. Brauchitsch, Verw.Gesetze III S. 222 Note 2 zu § 65). Sächs. Rev. Städte-Ord. § 47: „Das Amt der Stadtverordneten ist ein unentgeltliches Ehrenamt". Bad. Gem.Ord. v. 18. Okt. 1910 § 48: „Das Amt eines Mitgliedes des Bürgerausschusses". — Dagegen wird die Bezeichnung Amt nicht unabsichtlich vermieden in Pr. Städte-Ord. § 28: „Die neugewählten Stadtverordneten treten ... ihre Verrichtungen an". Der nämliche Gegensatz in Städte-Ord. § 5: „Befähigung zur Übernahme unbesoldeter Ämter in der Gemeindeverwaltung und zur Gemeindevertretung", sowie § 74: „verpflichtet, eine unbesoldete Stelle in der Gemeindeverwaltung oder Vertretung anzunehmen". Ebenso Bayr. Gem.Ord. Art. 110: „Die Gemeindebevollmächtigten versehen ihre Stellen ..."

Wenn diese Körperschaftsvertreter ein Amt hätten, so müßten sie, im Gegensatz zu Schöffen und Geschworenen, auch Beamte genannt werden; denn was dort diese Bezeichnung ausschließt, daß das Amt nicht an dem Manne hängt (vgl. oben S. 302), das träfe ja bei diesen ständig bestellten Vertretern nicht zu. Also mußte man, wenn man sie nicht als Beamte gelten lassen wollte, annehmen, daß sie kein Amt hätten. Das ist auch so ziemlich die herrschende Meinung. Nur die Gründe dafür sind verschieden und oft recht wunderlich: Sächs. O.A.G. v. 11. Febr. 1876 (Annalen d. O.A.G. II Folge IV S. 221): weil Gemeinderat kein

Das ändert sich auch dann nicht, wenn etwa ein Zwang besteht zur Ausübung der Rechte, in Gestalt der Wahlpflicht. Denn das Amt bedeutet Pflichten für die Art der Ausübung solcher Rechte, und diese fehlen hier, Rechtspflichten wenigstens. Dem Wähler steht frei, welchen Gebrauch er von seinem Rechte machen will, wenn er nur überhaupt Gebrauch macht. Das gleiche gilt von den Abgeordneten. Ihre Rechtsstellung beruht lediglich auf einer Zusammendrängung der Rechte der Körperschaftsmitglieder; da diese selbst keine Pflicht bedeuten, ist auch ihre Vereinigung nicht mit Pflichten ausgestattet. Das wird auch dadurch nicht anders, daß eine gesetzliche Annahmepflicht geordnet ist; nach der Annahme ist der Abgeordnete frei, wie er seinen Beruf üben will[26].

„Organ der Staatsgewalt"; dazu auch Schwarze in Sächs. Ger.Ztg. XXII S. 8, 209 u. 290. O.Tr. 5. Mai 1869 (Oppenhoff, Rspr. X S. 288): es käme darauf an, ob das Kollegium der Gemeindevertreter als „Behörde" aufzufassen sei. So auch Rosin, Arb.Vers. I S. 651; Piloty, Unf.Vers.R. II S. 434. Richtig Möller, Preuß. Städte-Ord. § 85: „Dagegen haben die einzelnen Stadtverordneten nicht die Eigenschaft öffentlicher Beamten; sie sind bloße Repräsentanten der Stadtgemeinden". Gemeinde ist hier im Sinne von Gesamtheit der Gemeindeglieder gebraucht. O.V.G. 22. Okt. 1901 (Entsch. XL S. 36) zieht denn auch Folgerungen daraus: Ein Stadtverordneter hat erklärt, daß er „sein Amt niederlege", da er 63 Jahre alt und deshalb ablehnungsberechtigt sei. Das O.V.G. heißt die „Stellenniederlegung" gut: „Er befindet sich der Stadt gegenüber weder in einem Vertrags- noch in einem öffentlichen Beamtenverhältnisse, und seine Erklärung wirkt daher unmittelbar" (S. 38). Wenn eine öffentliche Dienstpflicht bestand, wäre die Wirkung erst kraft einer Entlassung namens des Dienstherrn eingetreten; vgl. oben § 44, II n. 5 a. E. — Preuß, Städt. Amtsr. S. 338 ff., bekämpft mein Unterscheidungsmerkmal der mangelnden öffentlichen Dienstpflicht durch die Behauptung, der Stadtverordnete habe eine solche; denn: „Die drei Einzelmerkmale, die Mayer als Kriterium seiner öffentlichen Dienstpflicht anführt, treffen das Organverhältnis überhaupt". Allein diese drei Merkmale (vgl. oben § 42, I n. 1—3) bedeuten doch bloß, daß eine vorhandene Dienstpflicht als öffentlichrechtliche, nicht als privatrechtliche, anzusehen ist; zuerst muß eine Dienstpflicht, eine Pflicht zur Leistung einer bestimmten Art von Tätigkeit an den Staat, an die Gemeinde vorhanden sein. Für diese bleibt aber Preuß hier den Beweis schuldig. Denn daß jedes „Organ", wie er behauptet, notwendig mit einer solchen Dienstpflicht verbunden sei, ist uns nicht von so zwingender Bedeutung: wenn das wirklich durch den Begriff erfordert ist und hier nicht zutrifft, so ist eben der Stadtverordnete kein Organ und es wird auch gehen.

[26] Nach Pr. Städte-Ord. § 74 ist „jeder stimmfähige Bürger verpflichtet, eine unbesoldete Stelle in der Gemeindevertretung anzunehmen". Preuß beruft sich demgemäß mir gegenüber auf „die öffentlichrechtliche Bürgerpflicht (des Stadtverordneten) mit persönlicher Hingabe der Stadt eine bestimmte Art von Tätigkeit zu leisten", also „öffentliche Dienstpflicht!" (a. a. O. S. 339). Allein mit

4. Die Befugnisse zum Wirksamwerden für die Körperschaft kraft Mitgliedschaft bedeuten für die dazu Berufenen subjektive öffentliche Rechte[27]. Sie sind keine ungemessenen, sondern beschränkt auf das verfassungsmäßig bestimmte Maß. Bei den wählenden Mitgliedern sind sie zusammengedrängt auf diesen engsten Ausschnitt des Geschehens, die Nennung eines Namens. In den Vertretungen ist dann der Einzelne eingereiht in die Strenge des Geschäftsganges und die Bedingtheiten des Zusammenarbeitens nach Vorbild der Volksvertretungen. Dazu kommen die äußeren Zuständigkeitsschranken, deren Einhaltung gesichert wird durch die danebenstehenden Zuständigkeiten anderer mitgliedschaftlicher Vertreter der Körperschaft und der Vertreter kraft Amtes, sowie durch die darüberstehenden Aufsichtsrechte oberer Körperschaften und staatlicher Behörden: die Gültigkeit ihrer Akte wird bedingt durch Zustimmung; sie können für ungültig erklärt und aufgehoben oder abgeändert, nötigenfalls sogar ersetzt werden. Davon unten § 61, II n. 1—3.

Dazu kommt als Zweites eine persönliche Verantwortlichkeit, die selbstverständlich gegenüber der des Beamten stark zurücktritt.

Die Mitglieder der Vertretungen unterliegen einer Art parlamentarischer Disziplin des Vorsitzenden. Sie sind auf Zeit gewählt, die Nichtwiederwahl ist das Mittel, das den Wählern zur Verfügung steht, um ihre Mißbilligung auszudrücken. Dazu kommt noch, soweit besonders vorgesehen, eine Ordnungsstrafgewalt oder selbst ein Absetzungsrecht der Aufsichtsbehörde (unten § 61, II n. 3). Eine parlamentarische Immunität besteht nicht für sie.

Sie sind für den Schaden verantwortlich, welchen sie der von ihnen vertretenen Körperschaft rechtswidrig zufügen. Gesetzliche Bestimmungen, welche in dieser Hinsicht ergangen sind, um die Haftung von Beamten zu ordnen, gelten nicht von selbst auch für

---

dieser Bürgerpflicht verhält es sich doch ganz anders als bei dem sogenannten Pflichtehrenamt (vgl. oben § 44 Eing. a. E. u. II n. 3), anders in Form und in Inhalt. Die Übernahmepflicht ist zwar eine rechtliche hier wie dort; das übernommene Pflichtehrenamt bedeutet aber eine weitere rechtliche Pflicht, die übernommene „Stelle" in der Gemeindevertretung, trotz Rechtspflicht zur Übernahme, nicht: die getreuliche Wahrnehmung der Stelle ist Ehrensache, sittliche Pflicht geradeso wie in dem Falle, wo kein Annahmezwang besteht.

[27] Sie haben entweder die Gestalt der Forderung (Wahlen; vgl. oben Bd. I S. 112 u. 113 Note 12) oder die des Besitzes eines Stückes öffentlicher Gewalt zur Selbstausübung (dem Rechte des Ehrenamtes vergleichbar; oben Bd. I S. 114).

sie; denn sie sind keine Beamten und haben kein Amt[28]. Von selbst verwandelt sich die Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung der Aufgabe eines Vertreters nicht in eine Pflicht zum Ersatz des dadurch der Körperschaft entstandenen Schadens; denn diese Aufgabe ist nicht mit einer rechtlichen Leistungspflicht gleichbedeutend, wäre überdies öffentlichrechtlicher Natur und unterläge auch deshalb solcher Umwandlung nicht[29]. Die Haftung würde, wie im entsprechenden Falle auch bei dem Beamten, nur auf die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über Schadensersatz für unerlaubte Handlungen zu gründen sein[30].

Ausdrückliche Gesetzesvorschriften haben mehrfach auf solche Vertreter die Grundsätze über die Haftung des Vormundes gegenüber dem Mündel zur Anwendung gebracht[31].

II. Neben einer Vertreterschaft aus verstärktem Mitgliedschaftsrecht findet sich bei den rechtsfähigen Verwaltungen auch eine solche kraft Amtsrechts. Auch dieses bedeutet dann wohl ein subjektives öffentliches Recht des Vertreters. Nur steht hier seine Pflicht voran. Denn das Amt bedeutet einen mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgenden Kreis von Geschäften des Staates oder einer untergeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts[32]. Sofern diese Geschäftsbesorgung eine Wirksamkeit nach außen bedingt, enthält sie immer zugleich eine Vertretung des Geschäftsherrn. Wir verstehen ja hier Vertretung im engeren Sinn: als die verfassungsmäßige Vertretung, durch welche der Vertretene erst die erforderliche Ausrüstung erlangt mit dem ihm von Natur fehlenden Sachwalterwillen (vgl. oben § 55 Note 7). Ein Amt, dem diese Bedeutung zukommt, nennen wir ein Vertretungsamt.

Solche Vertretungsämter können geführt werden im Dienst- und Pflichtverhältnis zu dem vertretenen Verwaltungskörper selbst (eigene Vertretungsämter) oder auch im Dienst- und Pflichtverhältnis

---

[28] So sind z. B. unanwendbar die Bestimmungen A. L.R. II, 10 §§ 88 u. 89. Vgl. oben S. 373.

[29] Vgl. oben S. 372.

[30] Vgl. oben § 46, II n. 2 u. Note 64.

[31] R.Vers.Ord. § 23: „Die Mitglieder der Organe haften dem Versicherungsträger für getreue Geschäftsverwaltung wie Vormünder ihren Mündeln". Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 122: „Jedes Mitglied des Vorstandes haftet der (Wasser-)Genossenschaft für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt". Dazu Eymann, Kom. II S. 291 Note 1 (Haftung bemißt sich nach den Bestimmungen des B.G.B. § 1833 über die der Vormünder).

[32] Vgl. oben § 42, II n. 1.

zu einem höheren Gemeinwesen, Staat oder Selbstverwaltungskörper, das jenem in seinen Beamten den Vertreter stellt (entlehnte Vertretungsämter).

1. Eigene Vertretungsämter finden wir nur bei Gemeinden und oberen Gemeindeverbänden. Der Grund liegt darin, daß, außer dem Staate selbst, nur diese fähig sind, Dienstherren zu sein in einem öffentlichen Dienstverhältnis. Bei der Ortsgemeinde sind sie naturgemäß am reichsten ausgebildet[33].

Sie sind teils Ehrenämter, teils Berufsämter gemäß den oben S. 257 festgestellten Begriffen. Die ersteren überwiegen. Aber auch die berufsmäßig übernommene Dienstpflicht hat hier die Neigung, sich den Rechtsformen des Ehrenamtes zu nähern, insofern hier Amt und Dienstpflicht enger verbunden sind. Die Anstellung geschieht stets mit Verleihung eines bestimmten Amtes und nur für dieses; eine Versetzung findet nicht statt und ebensowenig eine Zurverfügungstellung. Auch kommt die dem Ehrenamte eigentümliche Bestellung auf Zeit hier gern zur Anwendung, namentlich beim Berufsbürgermeister. Doch das ist unwesentlich. Bedeutsamer sind die Eigentümlichkeiten, welche das Gemeindevertretungsamt aufweist in der Art der Begründung der Dienstpflicht und in der Ordnung der Dienstgewalt.

— Die Begründung des Dienstverhältnisses ist ein Akt der Vertretung der Körperschaft als künftiger Dienstherrin[34]. Er kann ausgehen von einem bereits vorhandenen Vertretungsamt, einer Gemeindebehörde, Bürgermeister oder Magistrat. Er kann ausgehen von der staatlichen Aufsichtsbehörde. Das ist im einen wie im anderen Falle dem Ernannten gegenüber ein gewöhnlicher Verwaltungsakt. Die Begründung kann aber auch geschehen, und gerade bei den Vertretungsämtern ist das die ordentliche Form, durch Wahl kraft Mitgliedschaftsrechts.

---

[33] Vgl. oben § 42, I n. 4. Insofern aus diesen Ämtern Stellen gebildet werden, von welchen obrigkeitliche Tätigkeit ausgeht, besitzen diese Selbstverwaltungskörper eigene Behörden (vgl. oben Bd. I S. 96). Das ist vor allem der Fall bei den Ortsgemeinden: Gemeindebehörden erscheinen hier. — Rechtsfähige Anstalt und Genossenschaft erhalten Beamte nur entlehnterweise, dadurch nämlich, daß ein oberes Gemeinwesen seine Beamten für sie verwendet. Beide können daneben eigene zivilrechtliche Diener haben; die Genossenschaft außerdem Vertreter kraft Mitgliedschaftsrechts.

[34] Über die verschiedenen Formen solcher Bestellung Schoen, R. d. Kom.-Verb. S. 124 ff. Selbst ein Kooptationsrecht des Magistrats kommt noch vor (a. a. O. S. 126 Note 2).

Als Wahl bezeichnet man wohl auch den Mehrheitsbeschluß einer kollegialen Gemeindebehörde, des Magistrats, Stadtrates, sofern er eine Ernennung enthält. Das fällt noch unter die zuerst angeführten Formen: es ist in Wahrheit ein Verwaltungsakt.

Eine Wahl kann möglicherweise auch vorkommen als Bedingung für die Anstellung, die auf Grund derselben vollzogen wird durch einen behördlichen Akt, einen Akt der Gemeindebehörde oder der staatlichen Aufsichtsbehörde. Auch da ist das Wirkende die behördliche Ernennung.

Unser Fall ist nur der, wo die Wahl kraft Mitgliedschaftsrechts unmittelbar Amt und Dienstpflicht begründen soll. Sie geht aus von den Gemeindebürgern oder von Versammlungen ihrer abgeordneten Vertreter: Stadtverordneten, Gemeinderäten, Gemeindebevollmächtigten, Bürgervorstehern. Es kann aus den letzteren für den Zweck der Wahl noch ein engerer Ausschuß bestellt werden. Es können auch Mitglieder des Rates, des Magistrats hinzutreten, um einen gemischten Wahlkörper zu bilden; die rechtliche Natur der Wahl bleibt dieselbe.

In dieser Weise werden Gemeindevorsteher, Bürgermeister, Magistratsmitglieder bestellt.

Die Bestätigungen, welche etwa noch dazu kommen müssen von seiten der staatlichen Aufsichtsstelle, ändern nichts daran, daß der Schwerpunkt der Wirkung in dieser Wahl liegt[35].

Erforderlich ist immer die Annahme des Gewählten; daß bei Ehrenämtern eine Pflicht zur Annahme besteht, stimmt wieder überein mit dem, was beim staatlichen Ehrenamte Rechtens zu sein pflegt. Der entscheidende Rechtsvorgang selbst wird dadurch nicht berührt[36].

---

[35] Preuß, Städt. Amtsr. S. 169 ff., gibt eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des staatlichen Bestätigungsrechts für gewählte Bürgermeister und andere Magistratsmitglieder in Preußen. Ursprünglich ist diese Bestätigung zweifellos als eine Ernennung aufgefaßt worden, wobei die Wahl durch die Stadtverordneten nur die Bedeutung eines Vorschlags behält. So ist ja die Bestätigung des Gutsbesitzers als Gutsvorstehers heute noch anzusehen: sein Besitz wirkt wie ein Vorschlagsrecht (vgl. oben § 44 Note 33). Preuß vertritt die folgerichtige Durchführung des Gedankens, wonach jetzt die Wahl die „Organbestellung" vollzieht, die Bestätigung aber nur die Ausübung eines Aufsichtsrechts bedeutet und um des Rechtsstaates willen — besser gesagt: um des Grundsatzes der Selbstverwaltung willen — nur aus bestimmten Gründen soll verweigert werden dürfen (a. a. O. S. 204 ff.). Ob aber Rechtsstaat oder Selbstverwaltung, in beiden Fällen bedeutet es immer nur eine Forderung; die Prüfung, wieweit sie im geltenden Rechte verwirklicht ist, darf allerdings in gewissem Maße von einer bejahenden Vermutung ausgehen. [36] Vgl. oben § 44, II n. 3.

Indem die Wahl ein öffentliches Dienstverhältnis zwischen dem Gewählten und der Gemeinde begründet, verläßt sie den Boden der bloßen Übertragung einer Vertreterschaft, auf welchem wir im Staatsrecht ihr zu begegnen gewohnt sind, und stellt sich dem Verwaltungsakt zur Seite.

Sie ist rechtsgeschäftlicher Natur gleich der Anstellung im Staatsdienst: eine Willenserklärung wird namens der Gemeinde abgegeben zwecks der Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen ihr und dem Empfänger.

Sie ist öffentlichrechtlicher Natur: das zu begründende Rechtsverhältnis ist ein öffentlichrechtliches; die Gemeinde steht als Trägerin öffentlicher Verwaltung dem Einzelnen gegenüber.

Von einem bürgerlichrechtlichen Vertrag kann hier von vornherein nicht die Rede sein.

Will man es, wie ja bei der Anstellung im Staatsdienst geschieht, einen öffentlichrechtlichen Vertrag nennen, so muß man sich gegenwärtig halten, daß das nur ein Name ist, um eine gewisse äußerliche Ähnlichkeit zu betonen. Die Ungleichheit der Beteiligten schließt einen wahren Vertrag aus. Die wirkende Kraft muß auch hier wieder einseitig bei der öffentlichen Verwaltung gesucht werden, wo Verwaltungsakt oder Rechtssatz die bekannten Formen der Begründung öffentlicher Rechtsverhältnisse sind.

Es geht aber nicht an, den Schwerpunkt hier in den Verwaltungsakt einer Behörde verlegen zu wollen, die an der Wahl irgendwie teilzunehmen hat, in die behördliche Feststellung des Wahlergebnisses etwa oder in die aufsichtsrechtliche Bestätigung der Wahl[87]. Ebensowenig darf man in der Wahl nur die Erfüllung einer Voraussetzung sehen, unter welcher das Gesetz seine Wirkung äußerte[88].

[87] Wegen der Bestätigung vgl. oben Note 35. Die Feststellung des Wahlergebnisses kann wohl Bedeutung haben als formeller Abschluß des Verfahrens, an den sich die Wirkung der Wahl eines Vertreters der Wähler knüpfen soll (vgl. oben Bd. I S. 113 Note 12), aber nicht als schöpferische Begründung eines Dienstpflichtverhältnisses. In den wichtigsten Fällen wird eine feststellende Behörde, deren Verwaltungsakt helfen könnte, hier überhaupt nicht zu finden sein. So wird z. B. bei der Magistratswahl das Wahlergebnis festgestellt einfach durch die Stadtverordneten selbst oder ihren Vorsteher, die keine Behörden sind.

[88] In der 1. Aufl., Bd. II S. 405, hatte ich die Bestellung von Gemeindebeamten (Ortsvorsteher, Bürgermeister, Magistratsmitglied — ehrenamtlich oder berufsamtlich) durch Wahl nur erklären zu können geglaubt dadurch, daß das Gesetz, der Rechtssatz, an die Vornahme der Wahlhandlung die Entstehung von Amt und Dienstpflicht knüpfe. Mir fehlte eben die gewohnte Form des Verwaltungsaktes und der Behörde, die ihn erließe. Preuß, Städt. Amtsr. S. 380 f.,

Die Wahl selber trägt hier allein den Rechtserfolg; durch die Verfassung der Gemeinde ist sie ausgestattet mit der Kraft dazu, wie der Verwaltungsakt der Staatsbehörde durch die Behördenordnung. Sie ist wieder ein diesem gleichwertiger öffentlichrechtlicher Akt kraft Mitgliedschaftsrechts[39].

— Wenn wir am Inhalt dieses Wahlaktes die Freiheit und Beweglichkeit des gewöhnlichen Rechtsgeschäftes vermissen, so findet das in zweierlei Eigentümlichkeiten seine Erklärung.

Einmal sind die Gemeindevertretungsämter ihrer Natur nach einer Mannigfaltigkeit nicht leicht zugänglich. Die Ehrenämter zumal bedeuten ein sehr einfaches gleichlautendes Formular von Rechtsbeziehungen, in welche durch die Wahl die wechselnden Träger hineinzustellen sind. Auch die Berufsämter bieten nicht viel Abwechslung: nur die vermögensrechtlichen Gegenleistungen sind hier verhältnismäßig beweglicher als beim Staatsamt.

Sodann aber ist der Wahlakt selbst nicht geeignet, irgendwelche Besonderheiten in seiner Willenserklärung hervortreten zu lassen: diese gibt ja äußerlich bloß einen Namen. Dabei ist freilich nicht zu übersehen, daß diese Wortkargheit ihre rechtliche Bedeutung überhaupt erst erhält durch den Zweck der Wahl, die Besetzung der dafür bezeichneten Stelle. Ihr Ergebnis will den Erwählten ausstatten mit all den dadurch stillschweigend gemeinten Rechtsbeziehungen. Diese Rechtsbeziehungen können auch noch genauer festgestellt sein, abweichend von dem Gewohnten und Selbstverständlichen. Namentlich auch in bezug auf zu gewährende Dienstentschädigungen und Gehaltsansprüche. Darüber pflegt man sich in solchen Fällen mit dem in Aussicht Genommenen schriftlich verständigt zu haben. Das ist dann kein Vertrag, sondern im voraus klargestellter Inhalt eines günstigen Wahlergebnisses, Inhalt des Willens, der, als Wille der Wählerschaft geltend, das Rechtsverhältnis zwischen dem Gewählten, sofern er es annimmt, und der Gemeinde bestimmen wird[40].

---

sah in meinen Bedenken eine „seltsame Kraftvergeudung", und in meinem Lösungsversuch eine große Banalität: denn überall, meint er, auch bei der Ernennung, ließe sich der Rechtsvorgang nur durch einen öffentlichen Rechtssatz erklären. Allein das wäre doch einfach das Schema des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes, dessen Anwendung mir natürlich ganz fern lag; vgl. oben Bd. I S. 100.

[39] Vgl. oben S. 664. Es kommt uns darauf an, daß die Wahl sich einfüge in die Formenwelt des Verwaltungsrechts. Wenn Preuß, Städt. Amtsr. S. 383, sie erklärt zu haben glaubt, indem er sie bezeichnet als den „konstitutiven Akt der Organbestellung", mag das der „organischen Anschauung" genügen.

[40] Das ist die Bedeutung der „besonderen Dienstverträge", welche nach

Beim berufsmäßigen Staatsdienst hat die Stelle, welche die Anstellung vollzieht, auch nachträglich noch allerlei Bestimmungen zu treffen, um das Rechtsverhältnis des Beamten weiter zu entwickeln, alles Verwaltungsakt wie der ursprüngliche Anstellungsakt[41]. Wenn wir einmal die gleichwertige Natur des Wahlaktes und die sachliche Fülle seines Inhaltes erkannt haben, ist es ein Leichtes, hier eine entsprechende Weiterentwicklung zu beobachten. Die nämliche Gemeindebürgerschaft oder Vertretung, welche wählt, kann auch durch spätere Beschlüsse für den Gewählten weiteres bestimmen: Gehaltserhöhungen, Verleihung der Lebenslänglichkeit, Gewährung der Entlassung. Verschiebungen der Zuständigkeiten können dabei eintreten. Die Hauptsache ist, daß hier wieder der Rechtswert nicht behördlicher Akte von obrigkeitlicher Kraft in seinem ganzen Umfang klar werde und damit ein weiteres Stück der eigentümlichen Kraft des Mitgliedschaftsrechts des Selbstverwaltungskörpers.

— Eine Dienstgewalt gibt es auch über Gemeindebeamten. Damit steht es aber absonderlich bei den Vertretungsbeamten, von welchen hier die Rede ist.

Der Gemeindevorstandsbeamte, Einzelbeamter oder Mitglied der Gesamtbehörde, hat innerhalb der Gemeinde keinen Vorgesetzten, der ihm Dienstbefehle geben könnte. Gebundenheiten bestehen auch hier, aber sie sind mittelbarer Art. Die Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung können allein oder mit Zustimmung des Vorstandes Beschlüsse fassen, die bindend sind für alles, was nun weiter in diesen Sachen namens der Gemeinde geschieht, insbesondere auch für die Amtstätigkeit des Vorstandes[42]. Das zu beobachten, wird zugleich zur persönlichen Pflicht dieser Vertretungsbeamten; es ist eine Dienstwidrigkeit, wenn sie davon abweichen. Aber deshalb sind jene Beschlüsse doch keine Dienstbefehle. Sie bestimmen, was für diese Dinge als eine dem Recht und dem Wohle der Gemeinde entsprechende

---

Bayr. Gem.Ord. Art. 74 Abs. 2 bei der Wahl von berufsmäßigen Bürgermeistern oder Magistratsräten errichtet werden. Aber auch die bei der Wahl durch Magistrat und Gemeindebevollmächtigte beschlossene „angemessene Besoldung" (Kahr, Gew.Ord. I S. 733 Note 2 zu § 74) hat ganz die gleiche Bedeutung. Vertrag ist keines, wirksam wird beides durch die angenommene Wahl. Vgl. oben § 46 S. 353 f.

[41] Vgl. oben § 43, II; § 46 S. 358 f.

[42] Preuß. Landgem.Ord. § 88 Abs. 4 Ziff. 3; Städte-Ord. § 36. v. Brauchitsch, Verw.Gesetze III S. 77 u. 80.

Vertretungshandlung gelten soll, und erst dadurch zugleich, was ihre anderen Vertreter zu tun haben[43]. Insofern dabei eine Wirkung nach außen überhaupt nicht in Frage ist, kann die rechtliche Bedeutung dieser Beschlüsse weder mit der des Rechtssatzes noch mit der des Verwaltungsaktes verglichen werden, die ja beide zweiseitiger Natur sind; nur die innere Wirkung davon käme in Betracht. Aber das erscheint eben im Verwaltungsrecht sonst nicht so für sich, sondern geht dann alsbald in einen Dienstbefehl über. Hier steht es in der Tat für sich. Am nächsten verwandt ist die staatsrechtliche Bedeutung der Feststellung des Staatshaushaltsplanes: ob in Form des Gesetzes geschehend oder nicht, bewirkt diese immer eine Gebundenheit der Regierung, ohne daß von einem Dienstbefehl die Rede wäre[44].

Dem entspricht auch, daß der Vorstand, wie dort die Regierung, gebunden sein kann, in solchen Gemeindeangelegenheiten überhaupt nicht zu handeln, ohne mit der Grundlage eines Gemeindebeschlusses versehen zu sein[45].

---

[43] Schoen, R. d. Kom.Verb. S. 134: „Der Beschluß der Stadtverordnetenversammlung“ (allein gefaßt oder in Verbindung mit dem des Magistrats) „stellt den Willen der Stadtpersönlichkeit dar“. Das wird wohl mit der obigen Auffassung zusammentreffen. Aber eigentlich sagt es der „Wille“ der Stadtpersönlichkeit allein noch nicht. Auch der Bürgermeister äußert ihn ja. Die Hauptsache ist, daß der von dem Gemeindebeschluß geäußerte Wille vorgeht, bindend bestimmt, was in dieser Angelegenheit richtigerweise für die Gemeinde gewollt, d. h. wie hierin ihre Verwaltung geführt werden soll. — Bei der öffentlichen Genossenschaft werden ähnliche Beschlüsse der Mitgliederschaft mit bindender Kraft für den Vorstand ergehen nach näherer Bestimmung von Gesetz oder Satzung.

[44] Über die zweiseitige Wirkung des Rechtssatzes und des Verwaltungsaktes vgl. oben Bd. I S. 76 ff. u. 98 f. — In der viel umstrittenen Frage des Budgetrechts stimme ich im wesentlichen mit Laband überein. Vgl. dessen St.R. IV S. 540 und mein Sächs. St.R. S. 201 Note 22; hier oben § 46 Note 6. Der genehmigte Staatshaushaltsplan bedeutet ein Programm der Staatsverwaltung (Laband a. a. O. S. 537), dessen Ausgabeposten die Regierung nicht überschreiten darf, ohne verantwortlich zu werden. Nur die eingestellten Sätze gelten als dem Staatswohl entsprechend; das ist rechtsverbindlich festgestellt auch für die Regierung. Die Verwandtschaft mit den Gemeindebeschlüssen ist um so deutlicher, als es sich auch dort naturgemäß vor allem um den Finanzpunkt handeln wird. Nur binden diese Beschlüsse auch in dem Sinne, daß die bestimmten Ausgaben gemacht werden sollen, und auch sonst in viel mannigfaltigerer Weise. Die Rechtsidee bleibt die gleiche.

[45] Aufzählung in Bayr. Gem.Ord. Art. 112. Umgekehrt sind nach Preuß. Städte-Ord. § 35 alle Gemeindeangelegenheiten durch Beschluß der Stadtverord-

Ferner wird der Vorstand die Rechtmäßigkeit des Beschlusses bestreiten und anfechten können, als Seitenstück des Verfassungskonfliktes über den Staatshaushaltsplan[46].

Umgekehrt kann auch die Gemeindeversammlung oder -vertretung gegen den Vorstand persönlich ihr verletztes Recht zur Geltung bringen bei Nichteinhaltung des Beschlusses[47].

Ebensowenig wie eine Dienstbefehlsgewalt findet sich innerhalb der Gemeinde dem Vertretungsbeamten gegenüber eine Dienststrafgewalt entwickelt. Nur in beschränktem Maße werden gegen Mitglieder des kollegialen Gemeindevorstandes Ordnungsstrafen von Gemeinde wegen zugelassen, die der Vorsitzende verhängt[48].

Eine höhere Stelle dem Vorstand gegenüber ist nur gegeben außerhalb der Gemeinde, bei den staatlichen Behörden. Diese werden den gemeindlichen Beamten, insbesondere den Vertretungsbeamten, gegenüber wirksam auf zweierlei Weise:

Einmal in der Form des Dienstbefehles, Einzelbefehl oder Dienstvorschrift. Das gilt aber nur für den Bereich des sogenannten übertragenen Wirkungskreises. Die dafür verwendeten Beamten der Gemeinde stehen eben insoweit zugleich in amtlicher und dienstlicher Unterordnung gegenüber dem Staat. Der staatliche Dienstbefehl ist nur die selbstverständliche Folgerung daraus. In demselben Bereiche wird auch ein Abänderungsrecht und Aufhebungsrecht geübt werden gegen die gemeindliche Behörde, ganz wie es einer oberen Stelle in der staatlichen Behördenordnung zukommt[49].

Außerdem kann von dort aus gegen alles gemeindliche Beamten-

---

neten zu regeln, die nicht nach der Aufzählung des § 56 dem Magistrat ausschließlich überwiesen sind.

[46] Preuß. Zust.Ges. §§ 15 u. 17; Städte-Ord. § 36.

[47] Die Form gibt hier die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (Preuß. Zust.-Ges. § 7; Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 1 Ziff. 4).

[48] Preuß. Städte-Ord. § 58 Abs. 3 begreift unter den „Gemeindebeamten", gegen welche der Bürgermeister Geldbußen verhängen kann, die Magistratspersonen, also die Vertretungsbeamten, nicht; gegen diese steht ihm aber die Erteilung von Warnungen und Verweisen zu (v. Brauchitsch, Pr. Verw.Gesetze III S. 104 Note 3). Die Ordnungsstrafen, welche nach Bayr. Gem.Ord. Art. 165 der Magistrat über seine Mitglieder verhängen kann wegen versäumter Sitzungen oder verweigerter Abstimmung, betreffen nur die Ehrenbeamten. Sächs. Rev. Städte-Ord. § 107 überläßt es der Geschäftsordnung des Rates, seinen Mitgliedern „für Ordnungswidrigkeiten Disziplinarstrafen anzudrohen".

[49] Vgl. oben § 58, III n. 1.

tum eingeschritten werden aus dem Rechtsgrunde des staatlichen Aufsichtsrechts; insbesondere auch eine gewisse Dienststrafgewalt kommt hier zur Ausübung[50].

2. Entlehnte Vertretungsämter nennen wir solche, die für die rechtsfähige Verwaltung geführt werden im Dienst- und Pflichtverhältnis zu einem oberen Gemeinwesen.

Das Amt, als der mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgende Kreis von Geschäften, gehört dem untergeordneten Verwaltungskörper, die Dienstpflicht dem oberen. Jener ist es, der vertreten wird; denn die Vertretung fällt in die zu besorgenden Geschäfte, die das Amt ausmachen[51].

Das Hauptanwendungsgebiet bilden naturgemäß die rechtsfähigen öffentlichen Anstalten. Hier handelt es sich um ein bestimmtes Unternehmen öffentlicher Verwaltung, das durch die ihm zuerkannte besondere juristische Persönlichkeit losgelöst ist von dem öffentlichen Gemeinwesen, Staat oder Gemeinde, dem es eigentlich gehörte. Dieses Muttergemeinwesen stellt dann der rechtsfähig gewordenen Anstalt ihre Vertreterschaft: es läßt nach wie vor durch seine Beamten, d. h. ihm zu öffentlicher Dienstpflicht Verbundenen, die Geschäfte der Anstalt besorgen, nur eben im Namen und für Rechnung dieser letzteren, d. h. in deren Vertretung[52].

In derselben Weise können auch öffentliche Genossenschaften, Gemeinden und höhere Selbstverwaltungs-

---

[50] Darüber unten § 61, II n. 3.

[51] Anders beim übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde: dort gehört das Amt dem höheren Gemeinwesen, die Dienstpflicht mit dem Dienstverhältnis überhaupt dem unteren; aber das höhere macht von der Dienstgewalt für die Zwecke seines Amtes Gebrauch. Vgl. oben § 58, III n. 1.

[52] Vgl. oben § 56, II n. 1. So die „beamteten Vorstandsmitglieder" der Versicherungsanstalten nach R.Vers.Ord. §§ 1344 u. 1345. Ebenso das „Bureaupersonal" nach § 1348, dem die Landesregierung „die Rechte und Pflichten der staatlichen oder gemeindlichen Beamten überträgt". Diese sind jedoch keine Vertretungsbeamten, daher auch in dienstlicher Hinsicht anders gestellt: sie haben Dienstvorgesetzte innerhalb der rechtsfähigen Anstalt. — Entlehnte Vertretungsbeamte besitzt auch die Reichsversicherungsanstalt nach Angest.Vers.Ges. v. 20. Dez. 1910 § 101 in Präsident und beamteten Mitgliedern ihres Direktoriums. Dieses Direktorium bildet zugleich eine Behörde in dem oben § 42, III n. 1 festgestellten Begriff. Das Gesetz sagt in § 67: „Die Reichsversicherungsanstalt ist rechtsfähig. Sie ist eine öffentliche Behörde". Das ist ebenso falsch, wie wenn man sagt, die Gemeinde sei eine Behörde (so Schuler, Öff. Körpersch. S. 32). Diese hat eine Behörde, und zwar eine eigene, den Bürgermeister. Die Reichsversicherungsanstalt hat nur eine entlehnte. Selbst sind sie Behörden alle beide nicht.

körper Vertretungsbeamte gestellt erhalten. Bei der Gemeinde ist das ein außerordentlicher Fall, der Fall der kommissarischen Verwaltung der Stelle eines Gemeindevorstandes durch einen von der Regierung kraft Aufsichtsrechts damit Betrauten[53]. Bei höheren Selbstverwaltungskörpern pflegt es zur Verfassung zu gehören, daß der staatliche Beamte der entsprechenden Verwaltungsstufe zugleich die Vertretung wahrzunehmen hat, im Nebenamt zum staatlichen Hauptamt[54].

Das Dienstverhältnis ist hier überall grundsätzlich nach den gewöhnlichen Regeln zu beurteilen, die für Beamte gelten, deren Dienstherr dieses obere Gemeinwesen ist. Aus der Besonderheit des zu führenden Amtes ergeben sich jedoch die folgenden Abweichungen:

— Der Vertretungsbeamte steht unter dem Dienstbefehl der Behörden des oberen Gemeinwesens. Dagegen sind diese dienstlichen Vorgesetzten nicht von selbst auch berufen, statt seiner vorzugehen oder seine Akte abzuändern und aufzuheben. Denn sie sind nicht selbst Vertreter des unteren Verwaltungskörpers. Sie können für ihn handeln nur soweit, als etwa das Aufsichtsrecht über ihn einen Rechtstitel dafür gibt (vgl. unten § 61).

— Der Besoldungsanspruch des Vertretungsbeamten geht gegen den Dienstherrn, der sich seinerseits nur wieder deckt durch Geltendmachung der dem Vertretenen obliegenden Last, die Kosten seiner Verwaltung zu tragen. Das schließt nicht aus, daß zur Abkürzung des Umweges eine unmittelbare Leistungspflicht begründet wird; sie versteht sich nur nicht von selbst.

— Der Vertretungsbeamte ist dem Vertretenen verantwortlich für den Nachteil, den er ihm durch Verletzung der dem Dienstherrn geschuldeten Pflicht bereitet. Es greift hier der Grundsatz Platz, wonach der Beamte einzustehen hat für den Schaden aus schuldhafter Verletzung der ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht; denn die einem Dritten gegenüber zu erfüllende öffentliche Dienstpflicht ist gemeint, und dieser Dritte ist hier der vertretene Verwaltungskörper[55].

---

[53] Preuß. Städte-Ord. § 33 Abs. 4. Sehr einschneidend R.Vers.Ord. § 689 für die einstweilige Führung der Geschäfte der Berufsgenossenschaft.

[54] Vgl. oben § 58 Note 35.

[55] Vgl. oben Bd. I S. 191 ff. u. 193 Note 11.

§ 60.

Zusammenwirken rechtsfähiger Verwaltungen.

Zwischen den einzelnen Verwaltungskörpern, vor allem zwischen den Gemeinden, findet auf mancherlei Weise ein Zusammenwirken statt, in welchem ihre Zwecke sich berühren und rechtlich zusammenordnen. Auch der Staat nimmt in gewissem Maße daran teil, indem er sich ihnen gleichstellt und so als Fiskus auftritt (vgl. oben Bd. I S. 122 u. 123). Soweit dabei privatwirtschaftliche Lebensäußerungen in Frage kommen, steht dieses Zusammenwirken und stehen die daraus sich ergebenden Rechtsbeziehungen unter den Regeln des bürgerlichen Rechts. Grundsätzlich aber — und das geht uns hier allein an — finden sie ihre Ordnung im öffentlichen Rechte: man handelt allerseits als Träger öffentlicher Verwaltung und der darin erscheinenden öffentlichen Gewalt (vgl. oben Bd. I S. 16). Das Besondere gegenüber dem, was sonst den Grundton unserer Verwaltungsrechtsinstitute bildet, ist, daß es sich hier nicht um Verhältnisse zwischen Ungleichen handelt: gleichwertige Träger öffentlicher Gewalt stehen sich gegenüber.

Damit bekommen diese Dinge eine gewisse Verwandtschaft mit den Erscheinungen, die auf dem Gebiete des Völkerrechts zu beobachten sind, und mit den Ordnungen des Zusammenwirkens der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft. Näher noch liegt vielleicht der Vergleich mit der Art, wie dergleichen innerhalb des Bundesstaates, des Reiches, sich regelt, weil hier nicht nur die Staaten als gleichwertig sich gegenüberstehen, sondern auch die Einwirkung bundesrechtlicher Befugnisse des Reiches ein Seitenstück zu der über den Beziehungen der Verwaltungskörper stehenden staatlichen Aufsichtsgewalt zu bieten scheint. — Vorsicht ist freilich bei Durchführung eines solchen Vergleiches dringend nötig.

In einem Punkte allerdings wird die Ähnlichkeit sofort greifbare Gestalt gewinnen. Da es sich nämlich um die Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen Gleichen handelt, tritt hier sofort wieder das Rechtsgeschäft in den Vordergrund, das seiner Natur nach für solchen Fall bestimmt ist: der Vertrag, als die gegenseitig erklärte Willenseinigung, um zu bestimmen, was bezüglich des Vertragsgegenstandes zwischen den Beteiligten Rechtens sein soll. Das wäre denn hier den gegebenen Voraussetzungen gemäß ein auf öffentlichrechtlichem Boden stehendes Rechtsgeschäft, ein echter

öffentlichrechtlicher Vertrag. Zum Unterschied von dem manchmal ebenso bezeichneten Verwaltungsakt auf Unterwerfung (vgl. oben Bd. I S. 100) soll hier der Rechtserfolg nicht getragen werden durch den rechtlich überwiegenden Willen des einen Teiles, der bindend bestimmt auch für den anderen; denn einen solchen gibt es hier nicht wegen der vorausgesetzten Gleichwertigkeit der sich Gegenüberstehenden. Der Rechtserfolg kann vielmehr wie beim zivilrechtlichen Vertrag nur getragen werden durch den Rechtssatz des Gesetzes, der ihn an den Vorgang der erklärten Willenseinigung anknüpft[1]. — Auch hier ist wieder Vorsicht geboten. Insbesondere darf man den Gleichklang mit dem Zivilrecht nicht erzwingen wollen und, wenn etwa der erforderliche Rechtssatz fehlt, einen solchen erdichten; vielmehr hat man sich dann gegenwärtig zu halten, daß es dem Geiste der öffentlichen Verwaltung mehr entsprechen kann, derartige Verhältnisse nicht in starre Gebundenheiten zu pressen, wie die echte vertragliche Regelung sie bedeutet, sondern sich mit der durch die eigene Lebensaufgabe der Verwaltungskörper gesetzten, von innen heraus wirkenden Ordnung und Sicherheit zu begnügen. An die Notwendigkeit solcher Auffassungsweise hat uns die Lehre von der Benutzung öffentlicher Anstalten schon gewöhnt (vgl. oben § 51). Der Vertrag ist dann, der Zulassung zur Anstaltsnutzung vergleichbar, auch hier im wesentlichen nichts anderes als eine Anerkennung der in diesem bestimmten Falle zu erfüllenden Aufgabe. Die äußere Gestalt eines Vertrages ist da, der Kern und besondere juristische Wert eines solchen fehlt. Mit diesem Vorbehalt mag man ja den Namen Vertrag ruhig weiter gebrauchen. Sobald es feststeht, daß wir kein nach Art eines zivilrechtlichen Vertrages wirkendes Rechtsgeschäft vor uns haben, wird es gut sein, tunlichst Ausdrücke dafür zu gebrauchen, die weniger bestimmt sprechen, als da sind: Abkommen, Vereinbarung, Übereinkunft, die wir aber damit keines-

[1] Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 29 ff. — Layer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage S. 30 ff., zählt vielerlei Dinge auf, die er als öffentlichrechtliche Verträge ansehen möchte, die aber zu allermeist Verwaltungsakte auf Unterwerfung oder privatrechtliche Verträge bedeuten. Insbesondere bei den „Konkurrenzen" des österreichischen Rechts, unseren Verbandslasten, handelt es sich um privatrechtliche Verträge, welche den daran sich knüpfenden behördlichen Anforderungen den Maßstab geben; vgl. oben § 48 Note 34 u. 35. Die einzigen wirklichen Verträge öffentlichrechtlicher Art finden sich unter den von Layer S. 59 angeführten „Verträgen zwischen Selbstverwaltungskörpern", auf welche leider dort „nur in Kürze eingegangen werden soll, weil bezüglich dieser die Vertragsnatur so ziemlich allgemein anerkannt ist".

wegs als Fachausdrücke mit rechtlichen Besonderheiten abstempeln wollen[2].

Noch ein anderes Rechtsinstitut gelangt auf diesem Gebiete zur Beobachtung. Das Nebeneinander der verschiedenen Verwaltungskörper im Staate bedeutet ein geordnetes Zusammenwirken, in welchem jeder sein Teil Arbeit zu tun und Last zu tragen hat. Die für gleichartige Zwecke Bestellten bilden von selbst engere Zusammengehörigkeiten. Die besonderen Einrichtungen zu näherer Verbindung dienen nur dazu, dieses Verhältnis stellenweise noch zu verstärken und zu vertiefen. Soweit Zusammengehörigkeiten bestehen, ist es eine Forderung der Billigkeit, daß jedem sein verhältnismäßiges Teil an den zu bringenden Opfern zugemessen sei. Wenn aber, wie es besonders vorgesehen ist oder auch ohne das der Gang der Dinge es unvermeidlich mit sich bringt, der eine Verwaltungskörper dazu kommt, in Erfüllung seiner Aufgaben für solche Aufgaben, die den anderen näher angehen, Aufwendungen zu machen und Opfer zu bringen, so fordert abermals die Billigkeit, daß hierfür ein Ausgleich stattfinde. Der Ausgleich wird dadurch geschehen, daß der Nächstberufene den leistenden Verwaltungskörper für das Aufgewendete schadlos hält; es muß zu dessen Gunsten ein Erstattungsanspruch gegen ihn zu begründen sein. Die Rechtsgrundlage dafür liefert in manchen Fällen

---

[2] Das gilt namentlich von der Vereinbarung, mit der man ja einen ganz eigenen Begriff, unterschieden vom Vertrag, verbunden hat: Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 204; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht S. 63 ff.; Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 42 ff. Eine kritische Auseinandersetzung unterbleibt hier, weil wir keinen Anlaß haben, mit diesem Begriffe zu arbeiten. — Bezeichnend ist, daß auch das Völkerrecht für seinen Vertrag sich der mannigfaltigsten Ausdrucksweise bedient. Mit dem die Wirkung tragenden Rechtssatze sieht es eben auch dort bedenklich aus. Die Zuversichtlichkeit, mit welcher Nippold, Völkerrechtl. Vertr. S. 94, die Rechtswirksamkeit dieses Vertrages auf die „Existenz des Völkerrechts" ebenso gründet wie die des zivilrechtlichen auf den Zivilrechtssatz, vermag ich nicht zu teilen. Der völkerrechtliche Vertrag zwischen Staaten steht vielmehr den gleichen Schwierigkeiten gegenüber wie der verwaltungsrechtliche zwischen Gemeinden; nur daß in letzterem Falle die Schwierigkeit gelöst sein kann durch ein Gesetz, das den erforderlichen Rechtssatz gibt, im ersteren nicht. Soweit sie ungelöst bleibt, wird man sich in der Hauptsache hier wie dort dabei bescheiden müssen, daß die Vertragschließenden um ihrer selbst willen sich an das Übereingekommene halten werden. — Sehr nahe liegt der Vergleich mit Verträgen zwischen deutschen Bundesstaaten: hier ist wie bei Gemeinden die Möglichkeit eines darüberstehenden Rechtssatzes gegeben, den hier das Reich liefern würde; und andererseits steht auch hinter den Bundesstaaten, wie hinter der Gemeinde, eine geordnete Streitentscheidung.

ausdrückliche Gesetzesbestimmung. Auch staatlicher Verwaltungsakt kann die Leistung auferlegen oder Vertrag der beteiligten Verwaltungskörper sie ausbedingen. Wo dergleichen nicht vorgesehen ist, die Billigkeitsforderung also unbefriedigt bliebe, bewährt sie auch hier wieder ihre treibende Kraft: die Rechtshandhabung knüpft an die leisesten Andeutungen des Gesetzes an, um den Ersatzanspruch daraus herzuleiten, oder sie arbeitet, ohne sich näher Rechenschaft zu geben, mit zivilrechtlichen Regeln, die ja eigentlich nicht hierher gehörten, oder mit Selbstverständlichkeiten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dergleichen. Alles bekannte Erscheinungen des Billigkeitsrechts! Die ausgleichende Entschädigung der durch die öffentliche Verwaltung ungleich betroffenen Einzelnen (vgl. oben § 53, II) findet hier ein vollgültiges Seitenstück in dem Rechtsinstitut des Erstattungsanspruches der ihrer Aufgabe gemäß leistenden rechtsfähigen Verwaltung gegen die näher verpflichtete. —

Das Zusammenwirken, von welchem hier die Rede ist, hat immer zur Voraussetzung, daß ein Zweck des Verwaltungskörpers, eine bestimmte Angelegenheit oder eine Art von Angelegenheiten, die ihn angeht, zugleich angesehen ist als der Zweck des anderen. Es handelt sich immer um Zweckgemeinsamkeiten. Die Art, wie das an der Tätigkeit der Beteiligten zum Ausdruck kommt, kann aber verschiedenerlei Gestalt annehmen.

I. Wir sprechen von Verwaltungsgemeinschaften da, wo durch einen besonderen Willensakt ein Geschäftszweig oder eine Einrichtung den übereinstimmenden Zwecken der Beteiligten dienstbar gemacht worden ist. Sie sind immer gewillkürte Gemeinschaften. Und zwar unterscheiden wir Zweckverbände und Anschlüsse[3].

---

[3] Die völkerrechtlichen Staatenverbindungen geben hier erläuternde Vorbilder. Der Zollverein ist ein Zweckverband, der Zollanschluß (Luxemburg an Preußen) ein Beispiel der anderen Art von Gemeinschaft. Anschlüsse bedeuten auch die Militärkonventionen mit Verzicht auf eigenes Kontingent. In gleichem Sinne unterscheidet Laband, St.R. III S. 397, zweierlei „Gerichtskonventionen" der deutschen Bundesstaaten: „Durch die einen wird die Ausübung der Gerichtsbarkeit in gewissem Umfange einem anderen Staate übertragen (unser Anschluß), durch die anderen werden Gerichtsgemeinschaften vereinbart" (Zweckverband). — Jellinek, Staatenverbindungen S. 158 ff., legt den Unterschied darein, daß die „internationalen Verwaltungsvereine" eigene „Vereinsorgane" hätten, „organisierte Verwaltungsbündnisse" seien; dem, was wir Anschlüsse nennen, fehlen die „Organe". Daher: „Ein solches Verhältnis ist kein organisiertes; sein Typus ist nicht der des Vereins, sondern der des Mandats" (S. 172). Der Schwerpunkt des Unter-

1. Der Zweckverband, wie er durch die neuere Gesetzgebung mehrfach seine Regelung gefunden hat, ist eine Vereinigung von Gemeinden zu gemeinsamer Besorgung bestimmter Arten von Gemeindeangelegenheiten[4]. Er hat die Natur einer Gesellschaft. Er hat keinen ihm unmittelbar zugehörigen Volksteil wie die Gemeinde; die verbundenen Gemeinden sind die Mitglieder dieser Gesellschaft. Er hat kein eigenes Gebiet; die Gebiete der verbundenen Gemeinden geben ihm seinen Verwaltungsbezirk.

Der Zweckverband ist eine gewillkürte Vereinigung. Er beruht nicht auf einer allgemein durchzuführenden rechtssatzmäßigen Ordnung, sondern wird gegründet nach Bedürfnis durch rechtsgeschäftlichen Akt. Das kann aber auf zweierlei Weise geschehen, indem die Gemeinden entweder mit ihrem Willen so verbunden werden oder ohne ihn.

Die freiwillige Bildung des Zweckverbandes stellt sich dar als eine Willenseinigung der Gemeinden, ausgesprochen durch ihre berufenen Vertreter und wirksam durch Genehmigung der Aufsichtsbehörde. In der gleichen Weise erfolgt auch die Aufstellung der Zweckverbandssatzung, die den Inhalt des Gesellschaftsverhältnisses genauer bestimmt. Der Vorgang hat die Gestalt eines Vertrages[5]. Man wird sich das gern etwa denken nach dem Muster des Vertragsabschlusses des Vormundes mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Gleichwohl ist die Natur des Rechtsgeschäftes

---

schiedes dürfte aber wohl in der Geschäftsinhaberschaft liegen: alle Beteiligten oder einer. Etwas, was man „Organ" nennen kann, findet man am Ende im einen Falle so gut wie im anderen.

[4] Preuß. Zweckverb.Ges. v. 19. Juli 1911; Sächs. Ges. v. 18. Juni 1910; Württ. Gem.Ord. v. 28. Juli 1906 Art. 184. Außer Gemeinden können auch gleichgeachtete Verwaltungen, vor allem selbständige Gutsbezirke und Bürgermeistereien (vgl. oben § 58, V n. 3), an solchen Verbänden als Mitglieder beteiligt sein; Preuß. Zw.Verb.Ges. § 1.

[5] Preuß. Zw.Verb.Ges. § 9 spricht von einer Feststellung der Satzung „im Wege der Vereinbarung", die der Bestätigung des Kreisausschusses unterliegt; § 1 noch farbloser von der Bildung des Zweckverbandes durch Beschluß des Kreisausschusses, „wenn die Beteiligten damit einverstanden sind". Beides, die Vereinbarung wie das Einverständnis, haben die nämliche Rechtsnatur und Bedeutung, die einer Art Vertrag, über den das Gesetz keine wissenschaftliche Meinung äußern will. Das Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 2 hat das gleiche im Auge, wenn es vorschreibt: Die Verbandssatzung sei zu errichten „durch übereinstimmende Beschlüsse der beteiligten Gemeinden". Wenn man in solchen Fällen den Ausdruck „Vereinbarung" gebraucht statt Vertrag, so ist damit wenigstens angedeutet, daß es mit diesem Vertrag seine besondere Bewandtnis hat. Davon wird eben nun zu handeln sein. — Wegen des Vorbehalts einer Zwangssatzung vgl. unten Note 11.

von dem zivilrechtlichen Vorbild wesentlich verschieden. Nicht bloß insofern, als die Stellung der Aufsichtsbehörde eine ganz andere ist als die des Vormundschaftsgerichts[6]; auch die Art, wie die Willenserklärungen hier wirken und den Erfolg tragen, ist nicht die gleiche wie dort.

Wenn die einzelnen Menschen zu gemeinsamen Zwecken von wirtschaftlicher Bedeutung sich verbinden, so knüpft das bürgerliche Recht an ihre Willenserklärung die Entstehung entsprechender Rechtspflichten, deren Erfüllung nötigenfalls durch die Hilfe der ordentlichen Gerichte erzwungen werden kann. Auf dem Boden der öffentlichen Verwaltung vollzieht sich möglicherweise auch ohne diese formale Sicherung das von den Leitern der einzelnen Unternehmungen planmäßig Geordnete mit genügender Zuverlässigkeit[7]. In der gleichen Weise stehen auch die Abmachungen rechtsfähiger Verwaltungen über gemeinsame Tätigkeit nach dieser und jener Richtung auf sich selbst. Das so geordnete Zusammenwirken wird dann für die beteiligten Gemeinwesen zu einer übernommenen Aufgabe, deren Erfüllung durch die Schwerkraft ihrer eigenen Einrichtungen sichergestellt ist[8].

Diese Sicherheit wird verstärkt und in die Form erzwingbarer

---

[6] Vgl. unten § 61. Während das Vormundschaftsgericht nichts im Auge hat als das Gesetz und das Wohl des Mündels, handelt die Aufsichtsbehörde in erster Linie für den verwaltenden Staat, den sie vertritt, und prüft, ob die Bildung des Zweckverbandes und die Gestalt seiner Satzung dem entspricht, was diesem genehm sein kann; sie handelt mit viel freierem, weil von viel weiteren Gesichtspunkten beherrschtem Ermessen.

[7] Über diesen Gegensatz vgl. oben die Lehre von der Benutzung öffentlicher Anstalten § 51, I.

[8] Soweit die neuen Gesetzesbestimmungen reichen, wird ja die Wirksamkeit solcher Abmachungen nach der Weise bürgerlichrechtlicher Verträge an diese sich anlehnen. Zweckverbände haben aber schon vorher bestanden, und ähnliche Verbindungen bilden sich jetzt noch neben den Zweckverbandsgesetzen (Kommiss.Ber. des Preuß. Herrenhauses zum Zw.Verb.Ges. S. 43). Sie haben dann allerdings keine „Korporationsrechte", keine juristische Persönlichkeit; aber für die Frage, die uns hier beschäftigt, kommt es darauf nicht an. Wir müssen vor allem wissen: wie gelangt dergleichen überhaupt zu einer rechtlichen Wirkung? In dem soeben angezogenen Kommiss.Ber. S. 5 wurde gesagt: daß die Gemeinden sich freiwillig so vereinigen könnten, sei selbstverständlich und bedürfe keines Gesetzes. Ein richtiger Vertrag bedarf aber allerdings eines Gesetzes oder eines gesetzvertretenden Rechtssatzes. Wer sich darüber keine Gedanken machen will, arbeitet eben, bewußt oder unbewußt, mit den Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts. Dieses gilt aber doch für unseren Fall nicht; denn daß wir hier auf dem Boden des öffentlichen Rechts stehen, kann doch nicht bezweifelt werden. Wir sind also genötigt, auch so auszukommen.

Rechtsbestimmungen übergeführt dadurch, daß die Aufsichtsbehörde sich der Sache annimmt. In gewissem Maße kann sie das ohne weiteres tun auf Grund ihrer allgemeinen gesetzlichen Befugnisse: es handelt sich um eine von den beteiligten Gemeinden als ihre Aufgabe anerkannte Anstalt und Einrichtung, für deren geordnete Durchführung nötigenfalls von Aufsichts wegen einzuschreiten ist. Überdies kann aber die Aufsichtsbehörde im Einzelfall noch einen besonderen Rechtstitel erhalten zu solchem Vorgehen dadurch, daß sie an der Gründung des Zweckverbandes teilnimmt, sei es, daß die Gemeinden verfassungsmäßig für derartige Dinge ihrer Mitwirkung bedürfen, sei es, daß sie dieser sich freiwillig unterwerfen: durch ihre Genehmigung des Übereinkommens, den Verwaltungsakt, wird dieses zugleich gebunden und verpflichtend ihr gegenüber. Indem sie ihrerseits dadurch eine Beteiligung des öffentlichen Wohles an dem Gelingen des Unternehmens anerkennt, sagt sie ihm nötigenfalls ihr schützendes Eingreifen zu, was wenigstens tatsächlich ein ganz freies Ermessen der Verbundenen ausschließt[9]. Alles das, ohne daß der Zweckverband selbst sich auf irgendeine gesetzliche Bestimmung berufen könnte, die ihm einen Rechtsboden geschaffen hätte.

Wenn schließlich auch das Gesetz dazu kommt, um die Verhältnisse zu regeln, so bedeutet das nicht erst die Ermöglichung solcher Verbände, sondern — abgesehen von den hier zunächst außer Betracht bleibenden Korporationsrechten — nur eine größere Bestimmtheit und Festigkeit, eine Verstärkung aller rechtlichen Machtmittel und rechtlichen Gebundenheiten, die dabei in Betracht kommen, in der Weise eben, wie der Rechtssatz den auf ihn sich stützenden Vertrag wirken läßt. Aber das steht zu dem, was ohne ihn wäre, hier nicht wie im Privatrecht in dem Verhältnis von Alles und Nichts.

Soll die Bildung eines Zweckverbandes zwangsweise erfolgen, so ist dazu die gesetzliche Grundlage von vornherein unentbehrlich. Das Gesetz bestimmt die Voraussetzungen und regelt das Verfahren.

Der Zwang besteht darin, daß die Beteiligten durch Ausspruch

---

[9] Über das aufsichtsrechtliche Einschreiten für die Erfüllung der dem Verwaltungskörper obliegenden Aufgaben vgl. unten § 61 Note 6, ebenda II n. 2. Es sind also zwei Stufen von Möglichkeiten, die auch ohne besonderes Gesetz den Gemeinden offenstehen: ganz lockerer Verband und Verband, rechtlich gefestigt durch Anteilnahme der Aufsichtsbehörde. Die Gründung durch gesetzlich geregelten Vertrag bildet dann die dritte Form.

der Behörde für den bestimmten Zweck zu der erforderlichen Gesellschaft mit den entsprechenden Leistungspflichten verbunden erklärt werden[10]. Die Satzung mit den näheren Bestimmungen mögen sie dann selbst hinzufügen, Genehmigung vorbehalten, oder sie wird ihnen gleichfalls von Staats wegen mitgegeben[11].

Seiner rechtlichen Natur nach ist der Zwangsverband ganz die gleiche Art von Gesellschaft wie der freiwillig gebildete.

Diese Gesellschaft ist nicht notwendig mit eigener juristischer Persönlichkeit ausgestattet[12]. Wo das aber der Fall ist, so handelt

[10] Einen Schritt weiter geht der Zwang, wenn das Gesetz selbst diese für begründet erklärt, sei es durch Rechtssatz, sei es durch Einzelakt. Das nennen wir den notwendigen Zweckverband. So das Zweckverbandsgesetz für Groß-Berlin v. 19. Juli 1911.

[11] Preuß. Zweckverb.Ges. § 9 Abs. 1. Die gleiche Verleihung der Satzung kann auch beim freiwilligen Zweckverband stattfinden, wenn die Einigkeit der Beteiligten nicht ausreicht, um auch die Satzung zustande zu bringen. So schon nach Landgem.Ord. § 137, dessen Bestimmungen Zweckverb.Ges. § 9, trotz nicht ganz so deutlichen Wortlautes, offenbar beibehalten wollte. — Nach Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 5 sind Gründung und Satzungsfeststellung nicht geschieden: der Verband wird erst fertig „durch die Genehmigung der Verbandssatzung".

[12] Nach Preuß. Zweckverb.Ges. § 6 Abs. 2 hat der Zweckverband die „Rechte einer öffentlichen Körperschaft" von selbst nur dann, wenn keine Gutsbezirke beteiligt sind; sonst bedarf es einer besonderen Beilegung dieser Rechte „mit Königlicher Genehmigung" (Abs. 3), was auch bedeuten kann, daß der König die Anordnung unmittelbar selbst trifft (Friedrichs, Kom. zu § 6 Anm. 6). Vgl. auch Moll in Preuß. Verw.Bl. XXVII S. 92. — Nach Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 5 haben alle dem Gesetz entsprechenden Zweckverbände von selbst die Eigenschaft von „Körperschaften des öffentlichen Rechts". — Von dem Preußischen Zweckverband, dem die Rechte einer öffentlichen Körperschaft fehlen, hat man gesagt, „er entbehre gleichwohl nicht aller Rechtsfähigkeit im öffentlichrechtlichen Sinne": Keil, Landgem.Ord. S. 357. Das ist ungenau ausgedrückt: der Verband selbst hat natürlich keine Rechtsfähigkeit, wenn er nicht rechtsfähig gemacht worden ist; aber die Gemeinden, die ihn bilden, haben Rechtsfähigkeit, und für sie ist der Verband ein gemeinsamer Name, unter dem sie handeln und vertreten werden. Sie allein sind dabei die Berechtigten und Verpflichteten. B.G.B. §§ 705 ff. ist auf dieses öffentlichrechtliche Verhältnis nicht anwendbar. Aber die Art, wie es durch den Willen des Gesetzes und der Beteiligten gestaltet ist, läßt hier den gleichen Gegensatz erscheinen zu dem Falle einer juristischen Persönlichkeit des Verbandes wie dort. — v. Bitter, Handwörterb. d. Pr.V. II S. 451, stellt auf: die nach der L.G.O. (jetzt Zw.Verb.Ges.) gebildeten Zweckverbände „sind dann als Samtgemeinden anzusehen, wenn sie die Rechte öffentlicher Körperschaften erhalten haben". Ebenso Friedrichs, Kom. zu § 1 Anm. 2. Aber eine Gesellschaft wird nie eine Gemeinde dadurch, daß sie juristische Persönlichkeit erhält. Die Samtgemeinde (vgl. oben § 58, V n. 2) bedeutet ja auch immer eine Beeinträchtigung der kommunalen Selbständigkeit, was v. Bitter a. a. O. S. 1083 vom Zweckverband mit Recht verneint. Richtig für die Unterscheidung: Mathias in Wörterb. d. St. u. Verw.R. III S. 1031.

es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechts, eine rechtsfähige Verwaltung. Wir mögen sie bezeichnen als eine juristische Person zweiter Ordnung, weil sie sich aufbaut auf der Grundlage von einfachen juristischen Personen der gewöhnlichen Art.

Daraus, daß die Mitglieder der Gesellschaft selbst wieder Gemeinden sind oder diesen gleichgeachtete Gebilde, ergeben sich für die Einrichtungen der Zweckverbände ihre Besonderheiten:

— Die Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten geschieht durch eine beschließende Versammlung von Vertretern der Mitglieder, also der verbundenen Gemeinden[18]; ein Vorsitzender (Vorsteher) leitet die Geschäfte und vertritt nach außen.

— Die gemeinsamen Angelegenheiten sind Angelegenheiten der Mitglieder, also Gemeindeangelegenheiten, die nur in dieser besonderen Weise besorgt werden. Das Gesetz bestimmt die Arten

---

[18] Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 13: Vorstand von höchstens sieben Mitgliedern; außerdem kann hier ein Aufsichtsrat (§ 15) oder eine Verbandsversammlung (§ 17) eingerichtet werden. Preuß. Zw.Verb.Ges. §§ 11 ff.: Verbandsausschuß aus Gemeindevorstehern und gewählten Abgeordneten der Vertretungen der Verbandsglieder. Friedrichs, Kom. zu § 11 Anm. 1, sagt von dem preußischen Verbandsausschuß: er entspreche „weder einer Gemeindeversammlung noch einer Gemeindevertretung, sondern dem Gemeindevorstande". Er entspricht vielmehr einem Genossenschaftsvorstande. Die geschichtlichen Vorstufen des Preuß. Zw.Verb.Ges. sind allerdings geeignet, irre zu führen. Dieses Gesetz ist hervorgegangen aus den Bestimmungen der L.G.O. §§ 128 ff. und mittelbar aus denen der Kreisordnung über die „Amtsverwaltung" §§ 51 ff., die ihrerseits den Zusammenhang nicht verleugnen mit der rheinischen Bürgermeisterei (vgl. oben § 58 Note 44). Wäre die in § 53 Kr.Ord. vorgesehene Übertragung von Kommunalangelegenheiten zur Durchführung gekommen, so würde man wohl zu einer richtigen Gesamtgemeinde gelangt sein, deren beschließende Vertreterschaft nach dem Muster einer Gemeindevertretung der Amtsausschuß gebildet hätte. Der Verbandsausschuß des Zw.Verb.Ges. §§ 11 ff. hat davon seinen Namen und die Art seiner Zusammensetzung behalten. In Wirklichkeit handelt es sich aber jetzt um etwas ganz anderes. Es ist insbesondere unrichtig, auf die Vertreter der Verbandsmitglieder im Verbandsausschuß die Grundsätze zu übertragen, welche für die zu einer Volksvertretung gewählten Abgeordneten gelten, wonach sie an die Weisungen der Verbandsmitglieder nicht gebunden wären (Friedrichs, Kom. § 12 Anm. 1). Die Ortsvorsteher und Bürgermeister sind auch in dieser Tätigkeit Beamte ihrer Gemeinde, die Abgeordneten der Gemeindeversammlungen und Gemeindevertretungen sind diesen verantwortlich, die Stellvertreter der Besitzer selbständiger Güter ihren Vollmachtgebern. Die Gültigkeit der abgegebenen Stimmen ist freilich bei allen gleichmäßig nicht bedingt von der richtigen Erfüllung dieser Pflichten. Alles bekannte Erscheinungen. Bei den ersterwähnten Gemeindebeamten liefert namentlich die Stellung unserer Bundesratmitglieder bedeutsame Vergleichspunkte.

von Angelegenheiten, die so behandelt werden dürfen, die Satzung innerhalb dieses Rahmens diejenigen, für welche der Zweckverband gebildet sein soll[14]. Wenn kein Zweckverbandsgesetz besteht, tut sie das innerhalb des Rahmens der Gemeindeangelegenheiten überhaupt.

— Die Mittel können aufgebracht werden durch Gebühren und Beiträge, welche für die Verbandsanstalten zu entrichten sind; dafür gelten die allgemeinen Grundsätze, wie sie bei öffentlichen Anstalten überhaupt, insbesondere Gemeindeanstalten, zur Anwendung kommen. Dahinter steht das ordentliche Mittel einer Gesellschaft zur Deckung ihres Aufwandes: der Mitgliederbeitrag, die Umlage[15].

Die Art der Auflösung des Zweckverbandes wird sich richten nach der Art seiner Begründung. Die Aufsichtsbehörde hat auch hier wieder das letzte Wort zu sprechen. Aber beim zwangsweise gebildeten Verband liegt die Entscheidung lediglich bei der Behörde, welche ihn so zur Entstehung gebracht hat. Bei den freiwillig eingegangenen kann die Auflösung erfolgen durch Beschluß der Mitglieder mit aufsichtsrechtlicher Genehmigung[16].

---

[14] Zuweilen ist der Rahmen durch das Gesetz so weit gesteckt, daß alle Arten von Gemeindeangelegenheiten in der Gestalt von Zweckverbänden besorgt werden können: Preuß. Zw.Verb.Ges. § 1; Sächs. Ges. § 1. Enger Bayr. Distriktsratsges. v. 28. Mai 1852 Art. 37; doch wird es sich hier um Gemeindeverbindungen ohne eigene juristische Persönlichkeit handeln. — Erweiterung der Zuständigkeit des Zweckverbandes kraft Beschlusses seiner Vertretung, wenn auch mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde, ist nicht dadurch schon zulässig, daß satzungsgemäß Satzungsänderungen in dieser Form gemacht werden können; es handelt sich um einen neuen Verband. Richtig Friedrichs, Kom. zu § 9 Anm. 9.

[15] Pr. Zw.Verb.Ges. § 17 Abs. 2; Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 12 Ziff. 5. Je nach der Art, wie der Zweckverband zustande kam (vgl. oben Note 9), bedeutet die Umlage eine gesetzmäßig begründete Rechtspflicht oder eine aufsichtsrechtlich nach Ermessen geschützte Aufgabenerfüllung oder eine nur wegen des fortdauernden eigenen Vorteils an der Zweckverbandseinrichtung fortgesetzte Leistung. Der Erstattungsanspruch nach Billigkeitsrecht (unten III n. 1) hilft im Notfalle aus, um die Deckung von gemachtem Aufwand zu verschaffen.

[16] Nach Preuß. Zw.Verb.Ges. § 5 sollen die Bestimmungen über die Gründung auf die Auflösung „sinngemäße Anwendung finden". Daraus darf man folgern, daß der Verbandsausschuß nicht berufen ist, die Auflösung zu beschließen; das können nur die eigentlichen Verbandsmitglieder tun durch ihre ordentliche Vertretung. Sie können es aber, aufsichtsrechtliche Genehmigung vorbehalten, durch Mehrheitsbeschluß tun; Einstimmigkeit ist nicht notwendig wie bei der Gründungsvereinbarung; sie sind jetzt zu einer geordneten Gemeinschaft verbunden, und da entscheidet grundsätzlich die Mehrheit. Maßgebend ist nicht das Vorbild des bürgerlichrechtlichen Gesellschaftsvertrages, sondern das der öffentlichen Genossen-

Eine Auseinandersetzung wird sich daran schließen ähnlich wie bei der aufgelösten öffentlichen Genossenschaft (vgl. oben § 57, III n. 2).

Durch ebensolchen Mehrheitsbeschluß kann auch einem einzelnen Mitgliede von den übrigen der Austritt bewilligt werden, wenn es darum nachsucht. Es ist anzunehmen, daß das einzelne Mitglied seinen Austritt verlangen kann, wenn die Voraussetzungen, unter denen es sich anschloß, weggefallen sind. Ob das der Fall ist und ob der freiwillig gewährte Austritt sich mit dem öffentlichen Wohl verträgt, wird wieder die Aufsichtsbehörde, deren Genehmigung einzuholen ist, entscheiden[17].

Die Gründung wie die Auflösung des Zweckverbandes kann zu einer ungerechten Benachteiligung von Mitgliedern führen gegenüber anderen, die den Vorteil davon haben. Daraus entsteht dann wieder ein Rechtsanspruch auf Ausgleich oder Entschädigung nach Billigkeitsgrundsätzen, der, im Falle eine gütliche Einigung bei der Gründung oder Auseinandersetzung nicht stattgefunden hat, zwischen denen, die in solchem Mißverhältnisse sich gegenüberstehen, durch einen obrigkeitlichen Spruch zum Austrag zu bringen ist. Ist eine andere Zuständigkeit nicht gegeben, so trifft die Aufsichtsbehörde die Entscheidung[18].

---

schaft; vgl. oben § 57, III n. 1. — Soweit Zweckverbandsgesetze nicht in Frage sind und auch die Aufsichtsbehörde bei der Gründung nicht beteiligt war, würde ein freies Sezessionsrecht bestehen, das auch zur Auflösung führen kann.

[17] Das Ziel wird überschossen, wenn man statt dessen ein Kündigungsrecht verlangt mit der Wirkung, daß der Zweckverband aufgelöst werden soll. Das wäre B.G.B. § 723, der hier nicht gilt. Wenn natürlich der Zweckverband aus nur zwei Mitgliedern besteht, wie in dem von Friedrichs Kom. zu § 5 Anm. 5 angenommenen Falle, dann hat auch der Austritt diese Wirkung. Aber das ist doch eine zufällige Besonderheit. — Die nötige Auseinandersetzung wird sich anders gestalten beim Austritt als bei der Auflösung. Sie wird dort eine Abfindung oder einen Loskauf bedeuten.

[18] Nach Pr. Zw.Verb.Ges. § 7 Abs. 1 tut sie das „vorbehaltlich der Klage im Verwaltungsstreitverfahren", die zwischen den Beteiligten zu erheben ist. Das Gesetz gibt diese Klage zunächst wegen der durch die Gründung, Änderung im Mitgliederbestand oder Auflösung notwendig werdenden „Regelung der Verhältnisse zwischen den Beteiligten", fügt aber in Abs. 2 hinzu: „Bei dieser Regelung sind erforderlichenfalls Bestimmungen zur Ausgleichung der öffentlichrechtlichen Interessen der Zweckverbandsglieder zu treffen". Unter den „öffentlichrechtlichen Interessen" sind Vorteile und Nachteile verstanden, welche dem einzelnen Beteiligten aus jenen Schicksalen des öffentlichrechtlichen Verbandes erwachsen. Die Ausgleichung kann insbesondere auch in Form eines öffentlichrechtlichen Anspruches auf Geldentschädigung gewährt werden. — Wo in einem Falle das Gesetz keine so greifbare Handhabe bietet, wird man in der bekannten Weise

2. Den Gegensatz zum Zweckverband, in welchem gewisse Verwaltungseinrichtungen den übereinstimmenden Zwecken der Verbundenen dadurch dienen, daß sie ihnen gemeinsam zugehören und gemeinsam von ihnen verwaltet werden, bildet der Anschluß einer rechtsfähigen Verwaltung an die von einer anderen betriebene Einrichtung. Auch hier handelt es sich um übereinstimmende Zwecke der Beteiligten, denen diese Verwaltung dienen soll. Aber das rechtliche Verhältnis ist das, daß nur der eine Teil der Herr der Veranstaltungen ist, auf deren Leistungen es ankommt, seinerseits aber davon dem anderen soviel zukommen lassen soll, als dessen zu deckendem Bedürfnisse entspricht[19].

Das Verhältnis wird begründet durch einen „Vertrag", der zwischen den Beteiligten zustande kommt. Darin sagt die Gemeinde, welcher die Anstalt gehört, die Unternehmerin, der anderen die anteilige Benutzung zu, erkennt es als ihre Aufgabe, ihr diese mit dienen zu lassen, solange sie selbst das Unternehmen betreibt. Die andere wird meist eine Gegenleistung gewähren, etwa eine Vergütung in Geld oder die Gestattung der Benutzung ihrer Grundstücke, ihres Gebietes. Möglicherweise geschieht es auch ohne Gegenleistung: die Gemeinden stehen sich nicht wie selbstsüchtige Einzelmenschen gegenüber, sondern jeder ist auch das Gedeihen ihrer Nachbarin in gewissem Maße eigene Angelegenheit. Eben deshalb kann eine solche Abmachung bestehen und wirksam werden auch ohne richtige vertragsmäßige Gebundenheiten, die in Form Rechtens begründet worden wären. Von einem zivilrechtlichen Vertrag kann ohnehin keine Rede sein. Um einen öffentlichrechtlichen Vertrag zu ermöglichen, müßte das Gesetz den ihn tragenden Rechtssatz liefern. In Ermangelung eines solchen ist es eine vergebliche Anstrengung, sich einen bindenden Vertrag sonstwie zu-

---

den Anspruch zu begründen wissen durch Heranziehung stillschweigender zivilrechtlicher Verträge, der Bestimmungen des B.G.B. über Geschäftsführung ohne Auftrag oder über unerlaubte Handlungen, vielleicht auch der Grundsätze der Enteignung (vgl. oben § 53, II). Die Hauptsache ist, nicht zu übersehen, daß es sich hier um einen öffentlichrechtlichen Billigkeitsanspruch handelt.

[19] Der Unterschied vom Falle des Zweckverbandes tritt deutlich hervor in Preuß. Zw.Verb.Ges. § 2 Abs. 5: „Die Bildung eines Zweckverbandes nach Maßgabe der vorstehenden Bestimmungen (durch Zwang) unterbleibt, sofern und solange ein Beteiligter bereit und imstande ist, die gemeinsame Aufgabe dadurch zu erfüllen, daß er den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer kommunalen Anstalt gegen angemessene Entschädigung einräumt". Das letztere gibt eben den Anschluß, bei dem der Schwerpunkt sichtlich auf der Herstellung eines tatsächlichen Verhältnisses liegt, wie nun weiter auszuführen sein wird.

recht konstruieren zu wollen — und eine überflüssige: der Natur des Verhältnisses entspricht es sogar noch besser, daß strenges Recht nicht hineingestellt wird.

Daß die leistende Gemeinde der freien Verfügung über ihre Einrichtung schlechthin beraubt sein soll durch das Recht der anderen, entspricht keineswegs gesunden Verwaltungsgrundsätzen. Daß sie aber auch die andere nicht willkürlich auf einmal wieder im Stiche lasse, dafür wird ohnehin gesorgt sein: die Aufsichtsbehörde, die überhaupt die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben überwacht, kann auch hier dazwischen treten und mindestens eine schonende Abwicklung des Verhältnisses erzwingen.

Auch die Gegenleistungen der Empfängerin werden in verschiedener Gestalt rechtswirksam und rechtsgebunden. Die Vergütungen in Geld, welche ihre Behörde zugesagt hat, sind nicht mehr zurückforderbar, wenn sie einmal gezahlt und Vorteile dafür gewährt sind. Der Grundsatz der ausgleichenden Entschädigung, wie er zwischen solchen Gemeinwesen gilt (vgl. unten III n. 1), vermag geradezu einen Rechtsanspruch auf diesen Beitrag zur Deckung des Aufwandes zu begründen. Eingeräumte Benutzungsrechte an öffentlichen Wegen sind nur aus den solchen Rechten eigentümlichen Gründen wieder zu entziehen, und auch dann kann wieder die Aufsichtsbehörde unter dem Gesichtspunkte der zu erfüllenden eigenen Aufgabe dazwischen treten[20].

II. Lastenverbände rechtsfähiger Verwaltungen. Wir erhalten damit ein Seitenstück zu der oben § 48, II gegebenen Lehre von den Verbandlasten, zu welchen Einzelne oder ihnen gleichgestellte juristische Personen verbunden werden können. Hier ist nun aber die Last ganz anderer Art, entsprechend der

---

[20] Die Stadt Leipzig hat mit Nachbargemeinden „Verträge" geschlossen, wonach diesen gestattet ist, ihre Abwässer in die städtischen Dohlen („Schleusen") einzuleiten; sie bezieht dafür eine Vergütung, weil ihr Aufwand für Klärbecken, Instandhaltung des Netzes usw. sich steigert. Ebenso hat sie Verträge wegen Durchlegung ihres Wasserrohres von dem Hauptpumpwerk durch das Gebiet der Nachbargemeinde, wogegen dieser die Wasserversorgung daraus gewährt wird. Mit förmlichen Verpflichtungen nach dem Schema zivilrechtlicher oder kryptozivilrechtlicher Verträge würde man den Sinn dieser Abmachungen schlecht treffen. Es geht auch so. — Einen eigentümlichen Fall von Anschluß behandelt Pers.-Stand.Ges. §§ 6 u. 7; es ist ein Zwangsanschluß: der Beamte einer Gemeinde kann zugleich zum Standesbeamten für eine andere Gemeinde bestellt werden; die Entschädigung, welche die Anschlußgemeinde an diesen zu zahlen hat, ist zugleich eine Vergütung der Hauptgemeinde, die entlastet wird von der Notwendigkeit, ihn selbst dafür zu entschädigen (Sartorius, Kom. S. 63 ff.).

Eigenart der Belasteten und ihrem engeren Zusammenhang mit den großen Aufgaben staatlicher Verwaltung. Es wird dabei vorausgesetzt, daß das Gesetz eine planmäßige Einrichtung schafft für das ganze Gebiet, nach welcher einem mit gewisser Regelmäßigkeit auftretenden öffentlichen Bedürfnisse durch das Zusammenwirken dieser Trägerschaften öffentlicher Verwaltung die erforderliche Abhilfe bereitet werden soll. Diesem sind die entsprechenden Leistungen durch eine umfassende Ordnung rechtssatzmäßig auferlegt als pflichthalber von ihnen zu erfüllende Aufgaben, Lasten[21]. Jeder ist bestimmt, welchen Fällen aus der Gesamtheit sie ihrerseits zu genügen hat. Nach der Art, wie die Sache geordnet ist, muß es aber vorkommen, daß für den gleichen Fall verschiedene dieser Verwaltungskörper zu inhaltlich sich deckenden Leistungen berufen sind, daß ihre Lasten zusammentreffen. Für diesen Fall ist eine Rangfolge bestimmt, nach der sie berufen sind.

1. Das wichtigste Gebiet, auf welchem eine solche Zusammenordnung von gesetzlichen Aufgaben zur Anwendung kommt, ist die öffentlichrechtliche Fürsorge zur Abwendung von Hilfsbedürftigkeit der Einzelnen[22].

Ordentlicher Träger der Unterstützungspflicht ist für jeden Hilfsbedürftigen die Gemeinde, bei der er seinen Unterstützungswohnsitz hat[23]. Das Pflichtverhältnis besteht ausschließlich zwischen dieser Gemeinde und dem Staat, der es ihr auferlegt hat. Der Hilfsbedürftige selbst hat einen Rechtsanspruch nicht[24].

---

[21] Die Last ist hier anderer Natur als bei den Lastenverbänden des § 48, II: dort waren es Pflichten der Einzelnen, der Privaten; hier sind es Pflichten der selbständigen Verwaltungen, Gemeindelasten, Selbstverwaltungslasten im Sinne pflichtmäßiger Aufgaben; vgl. oben § 58, II n. 1.

[22] Unterstützungswohnsitzges. v. 30. Mai 1908; dazu Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

[23] Das U.W.G. § 3 legt die Unterstützungspflicht auf die Ortsarmenverbände, die aus Gemeinden oder Gutsbezirken bestehen können, einzeln oder zusammengesetzt. Daneben kann auch ein Landarmenverband oder Bundesstaat in Betracht kommen (§§ 2, 3 u. 33) Wir sprechen der Kürze halber hier immer nur von der Gemeinde, der „ordentlichen Trägerin der Armenlast" (R.G. 20. Sept. 1881; Entsch. V S. 362 ff.).

[24] Arnold, Kom. z. U.W.G. S. 196: „Der Verpflichtung des Armenverbandes steht nicht direkt das Recht des Hilfsbedürftigen auf Unterstützung, sondern nur das Recht des Staates auf Forderung dieser Unterstützung für den Hilfsbedürftigen gegenüber". Ungenügend ist es, zu sagen: der Arme erlange durch das U.W.G. nur „kein Klagerecht gegen einen Armenverband", oder er habe „kein

Erst in zweiter Linie knüpfen daran sich weitere Pflichtverhältnisse, und zwar diese zwischen den beteiligten Gemeinden, die für die Last der zu leistenden Unterstützung in Betracht kommen.

Hält sich der Hilfsbedürftige außerhalb seines Unterstützungswohnsitzes im Gebiet einer anderen Gemeinde auf, so hat diese das Recht, seine Übernahme von der Pflichtigen zu verlangen, um von allen Verantwortlichkeiten seinetwegen entlastet zu werden. Umgekehrt kann auch diese letztere von der Aufenthaltsgemeinde die Überführung verlangen, damit sie in die Lage versetzt sei, die Erfüllung ihrer Pflicht unmittelbar zu betätigen.

Zum Vollzug dessen, was so zwischen ihnen festgestellt ist, dient das Recht der Aufenthaltsgemeinde, den Hilfsbedürftigen auszuweisen, ein Recht diesem gegenüber, der denn erst in

---

klagbares Recht auf Unterstützung“ (Eger, Kom. S. 19 u. 387). Es ist notwendig zu sagen, daß er überhaupt kein Recht hat; denn es müßte sich doch um ein subjektives öffentliches Recht handeln, und ein solches besteht auch ohne Klagerecht (vgl. oben Bd. I S. 124). Daß er kein Recht hat, versteht sich hier gar nicht so von selbst. Denn sobald ein gesetzlicher Rechtssatz ausspricht, was von der Verwaltung dem Einzelnen gegenüber zu geschehen hat, wirkt das rechtlich für diesen und begründet, soweit es sich um einen zu gewährenden Vorteil handelt, ein subjektives öffentliches Recht für ihn (vgl. oben Bd. I S. 83, 112 u. 115). Hier sind solche Rechtssätze. Warum erzeugen sie kein Recht des Armen? Nur deshalb, weil das Gesetz das nicht will. Es kann ja im gegebenen Falle darauf verzichten, die eine oder die andere Seite seiner Wirkungskraft geltend zu machen (vgl. oben Bd. I S. 68). Hier hat es die anspruchserzeugende Wirkung zugunsten der betroffenen Einzelnen nicht üben wollen, also erscheint sie nicht. Daß es das nicht wollte, hat es in § 61 nicht gerade mustergültig zum Ausdruck gebracht. Es ist falsch, daß es Verbindlichkeiten nur zwischen Armenverbänden begründe; es begründet vor allem Verbindlichkeiten der Armenverbände gegenüber dem Staat. Es ist auch falsch, wenn im Bericht der Reichstagskommission (Sten. Ber. IV S. 571) gesagt wird: deshalb gebe das Gesetz dem einzelnen Hilfsbedürftigen nicht, wie es sollte, „die Befugnis, die Anwendung jener Zwangspflicht auf seine Person herbeizuführen“, weil „die bezüglichen Vorschriften entweder in das Zivilrecht und den Zivilprozeß oder in die Gesetze über die Organisation der kommunalen Verbände und Verwaltungsbehörden bzw. in den Verwaltungsprozeß gehören“ — in alle diese Dinge gehören sie nicht, sondern in das materielle Verwaltungsrecht. Der Grund ist vielmehr der, daß alle unsere Armenunterstützungsgesetze nach wie vor dabei beharren, diese Unterstützung als ein Almosen, als eine Wohltat anzusehen, die das Gemeinwesen dem Einzelnen erweist; daher auch die erniedrigende Wirkung und der Verlust des Wahlrechts! Das schließt aber einen Rechtsanspruch aus, und dieses muß als vom Gesetz gewollt betrachtet werden, wenn es die amtliche Versorgung der „Hilfsbedürftigen“ regelt.

dritter Linie als rechtlich beteiligt erscheint und in dieser duldenden Weise[25].

Vor die endgültige Unterstützungspflicht, die durch den Unterstützungswohnsitz bestimmt wird, hat das Gesetz eine vorläufige Unterstützungspflicht gestellt; sie trifft jede Gemeinde, bei welcher die Hilfsbedürftigkeit zutage trat[26]. Auch sie ist eine Pflicht nur dem Staate, nicht dem Hilfsbedürftigen gegenüber. Ein und derselbe Fall von Hilfsbedürftigkeit kann aber infolge Aufenthaltswechsels bei mehreren Gemeinden hintereinander zutage treten, dann entsteht bei jeder eine vorläufige Unterstützungspflicht. Die, bei welcher das zuerst geschieht, hat durch Erfüllung ihrer Pflicht alle anderen davor zu decken, daß sie nicht für den gleichen Fall wegen vorläufiger Unterstützung in Anspruch genommen werden. Insofern besteht diese Pflicht nicht nur dem Staat, sondern auch allen mitverbundenen Gemeinden gegenüber.

Auf solche Weise ergibt sich gegenüber dem einzelnen Falle von Hilfsbedürftigkeit eine doppelte Art von Rangfolge der Unterstützungspflichten:

— die des Unterstützungswohnsitzes geht jeder vorläufigen vor;

— unter den vorläufigen geht die früher entstandene den möglicherweise später noch entstehenden vor.

Es liegt in der Natur der Sache, daß dieser Vorrang nicht in der Weise zur Geltung gebracht werden kann, daß die nachgehende Pflicht vor der Erfüllung bewahrt würde. Nur zwischen vorläufiger und endgültiger Pflicht bewirkt daneben das Recht auf Übernahme wenigstens eine Abkürzung der Erfüllung der nachgehenden. Demgemäß wird der Vorrang hier ordentlicherweise wirksam werden in Gestalt eines Erstattungsanspruches dessen, der auf Grund seiner nachgehenden Pflicht geleistet ist. Er bedeutet eine öffentlichrechtliche Geldforderung der einen Gemeinde gegen die andere[27].

---

[25] U.W.G. §§ 31 u. 32; Freizügigkeitsges. v. 1. Nov. 1867 § 5. Das richtige Verhältnis dieser Bestimmungen ergibt sich aus Fr.Ges. § 6, wonach die „tatsächliche Ausweisung" nicht erfolgen darf, bevor nicht die Annahme von seiten der „in Anspruch genommenen Gemeinde" sichergestellt ist.

[26] U.W.G. § 28.

[27] Die Erstattungsansprüche, die unter Umständen in ähnlicher Weise gegen Dienstgemeinde, Landarmenverband, Bundesstaat zu richten sind, übergehen wir. — Es ist der hier Eingangs erwähnte öffentlichrechtliche Billigkeitsausgleich, um den es sich wieder handelt. Den Rückgriff des vorläufig unterstützenden Armenverbandes gegen den endgültig verpflichteten hat man früher gern zivilrechtlich erklärt; namentlich aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio oder der „nütz-

2. Die Reichsversicherungsordnung hat in diese Zusammenhänge noch weitere Lastträgerschaften hineingeknüpft. Die Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und Invalidenversicherungsanstalten können gemäß ihren Bestimmungen gehalten sein, dem Hilfsbedürftigen, den die Gemeinde unterstützen muß, für die gleiche wirtschaftliche Störung ihre verfassungsmäßigen Leistungen zu gewähren. Auf diese letzteren hat der Versicherte, der zugleich Hilfsbedürftiger ist, im Gegensatz zu der reinen Wohltat,

---

lichen Verwendung" sollte er begründet sein. So O.Tr. 29. Sept. 1862 (Str. 47 S. 62), R.G. 10. Jan. 1881 (Reger I S. 378: „Auch Erstattungsansprüche der Armenverbände untereinander können ihre rechtliche Begründung nur aus dem in den Gesetzen anerkannten Privatrechtstitel der nützlichen Verwendung hernehmen"). Wenn man mit Eger, U.W.G. S. 164, solchen Versuchen einfach gegenüberstellt, es sei eben „ein auf dem Gesetze beruhendes Forderungsrecht", so vermeidet man wohl jenen Fehler, läßt aber dafür die dem Juristen auch bei gesetzlichen Forderungsrechten obliegende Aufgabe unerfüllt.

Diese Aufgabe läßt sich um so weniger umgehen, als das gleiche Forderungsrecht auch ohne Gesetz dem nachgehenden Armenverband zuerkannt wird gegen den vorgehenden, der ihn durch „Abschiebung" des Hilfsbedürftigen mit der vorläufigen Unterstützungspflicht belastet hat. So B.A. f. Heim.W. 29. Nov. 1879, 3. Mai 1879, 6. Sept. 1879 (Wohlers, Entsch. XI S. 28 ff.). Früher hatte das Bundesamt hier nur eine Entschädigungsklage aus privatrechtlichem Grunde (vielleicht wegen „widerrechtlicher Handlung", wie Kläger behauptet hatte) als möglich zulassen wollen: B.A. f. Heim.W. 28. Jan. 1873 (Wohlers, Entsch. II S. 94). Sächs. Min. d. Inn. 5. Mai 1879 (Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 219) gibt einen zivilrechtlichen Anspruch aus negotiorum gestio. Sächs. C.C.H. 12. Mai 1882 (Reger III S. 381) erkennt einen öffentlichrechtlichen Anspruch an: „Das Verhältnis eines Ortsarmenverbandes, welcher auf Grund der gesetzlichen Bestimmung vorläufige Unterstützung gewährt hat, zu einem anderen Ortsarmenverbande, der zur Erfüllung derselben Verpflichtung hätte veranlaßt sein können, ist vergleichbar mit dem gegenseitigen Verhältnisse mehrerer Gesamtschuldner". Das ist in der Tat unser Rechtsinstitut; nur sind die Gesamtschuldner nicht gleichgestellt, sondern es gibt Vor- und Nachschuldner; daher hier der Rückgriff. Einen richtigen Hinweis enthält auch die Bemerkung bei Eger, U.W.G. S. 164: „Die Pflicht des Armenverbandes des Aufenthaltsortes zur vorläufigen Fürsorge besteht nicht allein gegenüber dem Hilfsbedürftigen (das freilich nicht!) und dem endgültig verpflichteten Armenverband (auch dieses nicht!), sondern auch gegenüber jedem dritten Armenverband". Der Dritte sollte gedeckt sein durch diesen Vorschuldner, daher sein Ersatzanspruch gegen ihn. Das gleiche Verhältnis besteht aber auch zugunsten jedes „dritten" Armenverbandes gegenüber dem Armenverband des Unterstützungswohnsitzes. Daher richtig Eger a. a. O. S. 176: „Der abschiebende und der endgültig fürsorgepflichtige Armenverband sind hinsichtlich des Erstattungsanspruches (der tatsächlich unterstützenden Aufenthaltsgemeinde) Gesamtschuldner und können auch zusammen verklagt werden". Zwischen ihnen selbst kommt dann wieder der Vorrang des Unterstützungswohnsitzes zur Geltung.

die er dort empfängt, ein Recht[28]. Das hindert nicht, daß vor dem Urteil der Billigkeit, das ja nur den sachlichen Erfolg wägt, beides gleich zu achten ist. Ortsarmenverband und Krankenkasse[29] stehen also wieder im Verhältnis zueinander von Mitbelasteten für die gleiche öffentlichrechtliche Aufgabe. Und zwar geht der erstere mit seiner Unterstützungspflicht, die keinen Aufschub duldet, wieder vor, zeitlich gemessen, während die Krankenkasse wegen des gegen sie erworbenen Rechtsanspruches und der erhobenen Beiträge für die Frage der endgültigen Tragung des Aufwandes im ersten Range bleibt. Daraus würde sich wieder, wie zwischen vorläufig unterstützender und Unterstützungswohnsitz-Gemeinde, ein Erstattungsanspruch ergeben zugunsten des Ortsarmenverbandes gegen die Krankenkasse[30].

Dabei kann es aber nicht bewenden. Es muß hier zugleich Vorkehr getroffen werden gegen eine Gefahr, die bei der Armenunterstützung nicht besteht. Das ist die dem Zweck des Gesetzes widersprechende Doppelleistung. Sie ist hier nicht nur begünstigt durch die Unbedingtheit des Rechtsanspruches des Empfängers an die Krankenkasse, sondern geradezu das natürliche Ergebnis des unabhängigen Nebeneinanderarbeitens der beiden Arten von Fürsorgeanstalten.

Die Abhilfe hat man ursprünglich auf dem scheinbar nächstliegenden Wege gesucht: durch die Leistung von Armenunterstützung geht kraft Gesetzes der Anspruch auf die für den gleichen Zeitraum geschuldeten Krankenkassenleistungen in gleicher Höhe auf die Gemeinde über. Eine cessio legis, wie man sagte, vollzieht sich[31]. Die Gemeinde erwirbt also der Form nach einen Anspruch auf Krankenkassenleistung, womit sie gedeckt ist für ihren Aufwand an Armenunterstützung in dem gewollten Maße

---

[28] Rosin, Arb.Vers. I S. 418 ff. Es handelt sich hier um abgesonderte öffentliche Rechte nach Art eines Forderungsrechts in dem oben Bd. I S. 114 f. festgestellten Begriffe, also Rechte wie die auf Enteignungsentschädigung, Zeugengebühr, Beamtengehalt.

[29] R.Vers.Ord. § 1531. Wir nehmen zur Veranschaulichung unseres Rechtsinstituts diesen einen Fall heraus.

[30] Vgl. oben S. 697. Es kommt als Gläubiger hier immer nur der Armenverband in Betracht, der zurzeit die Unterstützung bestritten hat, vorläufig unterstützend oder den vorläufig unterstützenden befriedigend: B.A. f. Heim.W. 8. Febr. 1902 (Reger XXIII S. 127).

[31] Kr.Kass.Ges. v. 10. April 1892 § 7 Abs. 2. Rosin, Arb.Vers. I S. 127.

und zugleich dem Versicherten die Möglichkeit der Erlangung einer Doppelleistung abgeschnitten[82].

Nachdem sich das als unzweckmäßig erwiesen hat, ist die Sache jetzt so geordnet, daß die Gemeinde einen Ersatzanspruch gegen die Krankenkasse erwirbt bis zur Höhe der Ansprüche, welche dem Unterstützten wegen der gleichen Krankheit gegen die Krankenkasse zustehen. Hier behält also der Anspruch der Gemeinde seine rechtliche Natur als gerichtet auf Erstattung eines Armenunterstützungsaufwandes, der zur Entlastung der Hauptschuldnerin, der Krankenkasse, gemacht ist. Sein Maß erhält er durch das, was diese dem Versicherten aus dem gleichen Anlaß schuldet, aber nicht bloß für den gleichen Zeitraum, den jene Unterstützung deckte, sondern auch Rückständiges und später Verfallenes kommt in Rechnung. Durch die rechtzeitige Geltendmachung des Ersatzanspruches wird dann auch das Recht des Versicherten an die Kasse soweit getilgt und aufgezehrt[83].

Gleichartige Erstattungsansprüche entstehen auch zwischen Armenverbänden und anderen Arten von Versicherungsträgern sowie zwischen diesen verschiedenen Versicherungsträgern untereinander[84]. Es handelt sich überall um die nämliche Rechtsidee

---

[82] Der Form nach handelt es sich um einen übergegangenen Anspruch auf Krankenkassenleistung; so hat es das Gesetz gewollt. In der Sache ist es dabei auf unsere ausgleichende Entschädigung abgesehen. Rosin, Arb.Vers. I S. 544: „Die Forderung, welche der Erstattungsberechtigte hier geltend macht, ist formell eine ihm überwiesene fremde; allein materiell handelt es sich um die Befriedigung seines eigenen Anspruches auf Erstattung". Die gesetzlich gewollte Form ist zunächst maßgebend für alle anzuwendenden Rechtsbestimmungen; der sachliche Kern macht die Eigenart des Anspruches erst verständlich.

[83] R.Vers.Ord. §§ 1531 ff. § 1501: „Ersatz aus dem Sterbegeld und der Unfallrente"; § 1502: „Sterbegeld, das die Krankenkasse zahlt, ist aus dem Sterbegeld zu ersetzen, das der Träger der Unf.Vers. zu gewähren hat"; § 1505: „Ersatz aus der Unfallrente"; § 1507: „Zur Befriedigung des Ersatzanspruches darf auf rückständige Rentenbeträge . . . zugegriffen werden". — Rosin, Arb.-Vers. II S. 1058/59 drückt das aus: „Dem Ersatzanspruch haftet nicht das ganze Vermögen der Anstalt, vielmehr nur derjenige Bestand von Mitteln, welcher auch zur Befriedigung des Bezugsanspruches des Versicherten bestimmt war". Würde das nicht doch auf eine Haftung des ganzen Vermögens hinauslaufen? Denn zur Deckung der Schulden ist doch sein ganzer Bestand von Mitteln bestimmt. Gemeint ist immer das Doppelte: beschränkte Haftung und entsprechende Tilgung des Anspruches des Versicherten.

[84] R.Vers.Ord. V. Buch: Beziehungen der Versicherungsträger zu einander und zu anderen Verpflichteten. — Auch ein Seitenstück zu dem Erstattungsanspruch wegen Abschiebung (vgl. oben Note 23) kommt zwischen den Versicherungsträgern zum Vorschein: O.V.G. 7. Nov. 1901 (Entsch. XL S. 350).

wie bei den armenrechtlichen Erstattungsansprüchen zwischen Armenunterstützungspflichtigen. Nur daß hier die Rücksicht auf das selbständige Recht des Versicherten Besonderheiten der Wirkung und Maßbestimmung hereinbringt.

III. Einzelgeschäfte für fremde Rechnung. Ein Zusammenwirken der rechtsfähigen Verwaltungen kann auch so vorkommen, daß im Einzelfall die eine das Geschäft der anderen besorgt, deren Angelegenheit für sie erledigt. Das böte ein Seitenstück zum Auftrag und zur Geschäftsführung ohne Auftrag nach bürgerlichem Rechte. Nun gilt für unsere Verwaltungskörper von vornherein der Grundsatz, daß es ihnen nicht zusteht, beliebige Aufträge anzunehmen und fremde Geschäfte zu führen[85]. Rechtsgültig und rechtswirksam kann dergleichen für sie nur vorgenommen werden, wenn es sich bei der fremden Angelegenheit zugleich um eine eigene Angelegenheit handelt oder doch um eine Aufgabe, in der einem bestimmten höheren Zwecke entsprochen wird, dem man beiderseits zu dienen hat. Insofern ist auch hier wieder eine Art des Zusammenwirkens rechtsfähiger Verwaltungen in Frage. Die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses, das dabei zwischen ihnen entsteht, richtet sich aber dann auch keineswegs nach jenen bürgerlichen Rechtsinstituten. Alles geht wieder seinen eigenen, öffentlichrechtlichen Weg.

Der Grund, weshalb es dazu kommt, daß eine Gemeinde, oder was ihr ähnlich ist, indem sie tätig wird, um eigene Zwecke zu erfüllen, einen fremden Zweck, den einer anderen Gemeinde, erfüllt, kann aber dreierlei Art sein.

1. Es kann ein Verwaltungskörper die Erfüllung der einem anderen obliegenden Leistungen diesem gegenüber für den bestimmten Einzelfall freiwillig übernehmen. Das wird dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung angehören und öffentlichrechtlich zu beurteilen sein dann, wenn der Leistende dabei selbst im Bereiche seiner Aufgaben verbleibt und einem Zwecke genügt, der ihn selbst angeht. Dann entspricht der Vorgang dem vorhin unter I n. 2 erwähnten Falle des Anschlusses.

Die Übernahme kann erfolgen durch eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Gemeinden. Man spricht dann wohl von einem Vertrag; nur sind die Regeln des bürgerlichen Rechts hier

---

[85] Es steht hier ähnlich wie beim öffentlichen Beamten, der ebenfalls keine Geschäftsführung ohne Auftrag für seinen Dienstherrn wirksam machen kann; vgl. oben § 46, I n. 2 (S. 366).

nicht anwendbar. Es handelt sich überhaupt um keinen Vertrag im richtigen Sinne dieses Begriffes. Dazu fehlt der Rechtssatz, der dem Übereinkommen die bindende Kraft verliehe; es fehlt aber auch die rechtliche Gebundenheit überhaupt[36]. Was beim Anschluß hierfür aushilft, das Wirksamwerden des Aufsichtsrechts der Staatsbehörde, greift hier nicht Platz. Die Beteiligten lassen immer das ganze Verhältnis sich rein tatsächlich abwickeln[37].

---

[36] Rechtssätze des Zivilrechts, die helfen könnten, darf man nicht hier herüberziehen. Wo einmal ein öffentlichrechtlicher Rechtssatz hier eingreift, tut er es nicht, um einen Vertrag zu regeln, sondern zur Begründung des jetzt gleich zu erwähnenden Übernahmerechts.

[37] Vgl. oben S. 687. Vereinbarungen über solche Aushilfe für den Einzelfall kommen namentlich auf dem Gebiete der gemeindlichen Armenunterstützung vor. Die eine Gemeinde läßt ihrem Angehörigen, der bei der anderen sich aufhält, durch diese die nötige Unterstützung verabreichen oder sie bittet, ihn aufzunehmen in das dortige Krankenhaus. Man bringt solche Dinge gern unter dem Gesichtspunkte des Auftrages, selbstverständlich des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts Auftrag. Allein die Gemeinde-fisci sind in diesen Sachen gar nicht beteiligt. Daher mit Recht Sächs. O.V.G. 13. Dez. 1905 (Jahrb. VIII S. 260): Landarmenverband beauftragt Ortsarmenverband mit der Fürsorge für einen Landarmen: das ist „kein Auftrag nach den Regeln des B.G.B.". — Bad. V.G.H. 18. Mai 1893 (Rechtsprechung II S. 118) behandelt den Fall, daß der Unterstützungswohnsitz G. durch Aufenthaltsgemeinde L. Hilfsbedürftige unterstützen ließ. G. klagt schließlich gegen L. auf Rückerstattung von Pflegegeldern, die er zu viel vergütet habe. Das Gericht weist die Auffassung zurück, daß es sich um einen Auftrag gehandelt habe; das sei eine „Verkennung der öffentlichrechtlichen Stellung der A.V. unter sich". „In die Stellung eines Privatbevollmächtigten kann hiernach ein A.V., der für einen anderen A.V. öffentliche Unterstützungen an Hilfsbedürftige leistet, ... niemals eintreten; denn der Letztere handelt immer nur auf Grund gesetzlicher Verpflichtung nach § 28 U.W.G., und das, was er von dem definitiv pflichtigen Verband nach § 30 U.W.G. zu fordern hat, ist eben nur ein Erstattungsanspruch. Mag man dieses Rechtsverhältnis unter den beiden A.V. als eine Geschäftsführung oder als ein Auftragsverhältnis juristisch bezeichnen und ebenso den Erstattungsanspruch als eine actio mandati oder negotiorum gestorum, den Rückerstattungsanspruch aber als eine condictio indebiti oder sine causa, so kann dies weder für die Beantwortung der Zuständigkeitsfrage noch für die Beurteilung der materiellen Rechtsverpflichtung von irgendwelchem Einfluß sein." Die „juristische Bezeichnung" wird auf diesem Gebiete gern als etwas Geringwertiges behandelt, nicht ohne Grund! — B.A. f. H.W. 31. März 1894 (bei Glaessing, Annalen 1896 S. 116 ff.), in derselben Sache erkennend, stellt im Gegensatz dazu fest, daß ein Armenverband wohl auch „in der Eigenschaft eines Bevollmächtigten des anderen Armenverbandes" Unterstützung gewähren könne. Daß das ein „privatrechtliches Auftragsverhältnis" sein müsse, wie Glaessing, a. a. O. S. 117 Note, annimmt, ist damit nicht gesagt. Das B.A. bezieht sich auf U.W.G. § 8, wo doch wohl ein privatrechtlicher Auftrag nicht gemeint ist (vgl. B.A. f. H.W. 1. Mai 1875, Entsch. VI S. 91; 26. Juni 1875, Entsch. VI S. 93), und spricht sehr vorsichtig von einer „Vereinbarung", durch welche wohl „ein Verhältnis sollte hergestellt werden

Die Übernahme kann auch erfolgen einseitig kraft eines Rechts des Übernehmenden, das ihm dazu eingeräumt ist, ohne und gegen den Willen des anderen Verwaltungskörpers, der zunächst berufen wäre. Dazu bedarf es eines besonderen Rechtstitels, wie ihn namentlich eine gesetzliche Bestimmung verleihen kann[38]. Auch diese beruht dann auf dem Gedanken, daß der Übernehmende durch seine Aufgabe gleichfalls zur Erledigung des Falles berufen sei, und gibt ihm Anspruch darauf, sich den Vorrang zu verschaffen. Das Verhältnis, das zwischen den Beteiligten so entsteht, ist dann das gleiche wie bei der Vereinbarung.

Der Übernehmende ist nicht genötigt, bei der Durchführung zu verharren; es bleibt ihm frei, zurückzutreten. Sofern Dritten gegenüber, zu deren Gunsten eben die Leistung öffentlicher Verwaltung geschehen sollte, eine Gebundenheit entstanden ist, muß diese natürlich beobachtet werden[39].

---

können, bei welchem der endgültig verpflichtete Armenverband die unmittelbare Gewährung der Armenpflege derart übernimmt, daß der Armenverband des Aufenthaltsortes die Auszahlung der Unterstützungen nur auf Anweisung und für Rechnung des ersteren zu bewirken hat". Das Ergebnis bezeichnet er dann mit der Ausdrucksweise des § 8 dahin, daß der eine Armenverband sich des anderen „als seines beauftragten Organs bedient". Von „Vertragsverhältnis" (B.A. f. H.W. 22. Febr. 1890, Entsch. XXII S. 90), „mandatsartigem Verhältnis" (B.A. f. H.W. 5. Nov. 1892, Entsch. XXV S. 117) ist auch sonst viel die Rede, ohne daß man darin ein Zeugnis für die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses sehen dürfte. Im Gegenteil, das B.A. erkennt ja in solchen Fällen seine Zuständigkeit doch an als in öffentlichrechtlichen Sachen und gewährt den Erstattungsanspruch nicht nach bürgerlichem Recht, sondern, wie im letzterwähnten Falle, „nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen". — Eger, U.W.G. S. 321 u. 322, unterscheidet: „Aufträge, welche im öffentlichen Armenrechte ihre Quelle haben", und solche, „welche auf einem rein privatrechtlichen Titel beruhen". Die Streitigkeiten aus letzteren gehören nicht „zur Kompetenz der armenrechtlichen Spruchbehörden"; die ersteren wohl, sie sind also armenrechtlicher, d. h. öffentlichrechtlicher Natur. Diesen ersteren stellt Eger gleich „Ansprüche aus Verträgen zwischen Armenverbänden über die öffentliche Unterstützung, welche zum Vollzuge und in Befolgung armengesetzlicher Vorschriften und Bestimmungen abgeschlossen sind". Darin sind die Aufträge, die „im Armenrechte ihre Quelle haben", eigentlich schon mit enthalten; denn sie sind auch Verträge. Rechtsgeschäfte haben aber ihre „Quelle" immer nur im Willen des Handelnden. Der richtige Gedanke ist, daß beide Teile hier auf dem Boden der gemeinsamen armenrechtlichen Pflichten und damit des öffentlichen Rechts stehen. Diese Art von öffentlichrechtlichen Aufträgen reicht aber viel weiter, als Eger zugeben will.

[38] So die Übernahme des Heilverfahrens durch den Träger der Unfallversicherung an Stelle der Krankenkasse nach R.Vers.Ord. § 1513 Abs. 1.

[39] Ein solcher Fall würde etwa eintreten, wenn man infolge der vereinbarten

Der Übernehmende, welcher aus seinen Mitteln leistet zur Entlastung des zunächst Berufenen, ist billigerweise von diesem zu decken für seinen Aufwand. Wo das Gesetz zu einseitiger Übernahme ermächtigt, wird es auch über den Erstattungsanspruch Bestimmung treffen[40]. Im Falle der Vereinbarung ist er ausdrücklich oder stillschweigend dabei ausbedungen. Eine formal bindende Kraft hat, gemäß dem vorhin Ausgeführten, das letztere nicht. Es setzt sich durch in der Weise, wie Billigkeitsrecht das tut. Die Rechtshandhabung arbeitet mit zivilrechtlichem Vertrage, negotiorum gestio, nützlicher Verwendung[41]. Die Zurückführung des Anspruches auf die dem Entlastenden seiner Aufgabe gemäß obliegende Pflicht, für diesen Aufwand aufzukommen gegenüber jedem, der ihn rechtmäßig für ihn bestreitet, wird wohl die Rechtsbegründung sein, die der Sachlage am meisten entspricht.

2. Eine rechtsfähige Verwaltung kann durch die gesetzlich begründete Anforderung einer anderen gezwungen werden, in ihrem Aufgabebereich Leistungen zu machen, die für den gegebenen Fall nach der geordneten Verteilung der Last eigentlich dieser obliegen; dann wird auch der Ersatzanspruch im Gesetz vorgesehen sein[42].

Aushilfe jemandem die Aufnahme in eine Gemeindeanstalt gewährt hat: diesem würde dann die Benutzung nur nach Maßgabe der Anstaltsordnung wieder entzogen werden können. Vgl. oben § 51, III n. 4.

[40] So R.Vers.Ord. § 1513 Abs. 2.

[41] O.V.G. 18. Nov. 1901 (Entsch. XL S. 238): Die Provinz vereinbart mit der Stadt, daß dieser die Anlage eines gepflasterten Fußweges auf ihrer Chaussee gestattet wird; Ersatzanspruch der Stadt zurückgewiesen: daß die Provinz wegebaupflichtig ist, reicht nicht aus zu einem Ersatzanspruch nach Zust.Ges. § 56 Ziff. 5 u. 6; notwendig ist daneben, „daß eine privatrechtliche Anspruchsform — Geschäftsführung ohne Auftrag, nützliche Verwendung, Bereicherung — hinzukommt". Die zivilrechtlichen Rechtsinstitute konnten wegbleiben: notwendig ist, daß die Provinz von der Leistung, welche die Stadt für eigene Zwecke machte, auch etwas hatte; ihr genügte aber die Straße ohne den gepflasterten Weg. — O.Tr. 5. April 1870 (Str. LXXIX S. 77): Der Staat stellt einen Beamten an, dessen Ruhegehalt gesetzlich der mitbeteiligten Gemeinde zur Last fallen soll; der Staat ist auch diesen dem Beamten schuldig aus der Anstellung, hat aber einen Ersatzanspruch gegen die Gemeinde mit der actio negotiorum gestorum directa.

[42] Der Träger der Unfallversicherung kann die Erfüllung seiner Pflichten der letzten Krankenkasse des Verletzten übertragen; dafür schuldet er dieser den Ersatz der erwachsenden Kosten: R.Vers.Ord. § 1514. — U.W.G. § 8; Preuß. A.G. dazu § 34: „Die Landarmenverbände sind befugt, die ihrer Fürsorge gesetzlich anheimfallenden Personen demjenigen Ortsarmenverbande gegen Entschädigung zu überweisen, welcher nach § 28 U.W.G. zur vorläufigen Unterstützung derselben verpflichtet ist".

Der Zwang kann auch auf einer obrigkeitlichen Anordnung beruhen, die ihrerseits selbständige Gesichtspunkte des öffentlichen Wohles zur Geltung bringt, unabhängig von der sonst bestehenden Ordnung des Zusammenwirkens. Da bleibt denn die Frage offen, ob die in Anspruch genommene Verwaltung nicht auf diese Weise zur Entlastung einer anderen, vorverpflichteten, geleistet hat, und je nachdem wird nach dem allgemeinen Billigkeitsrechtsgrundsatz ein Erstattungsanspruch gewährt[43].

3. Auch ohne förmliche Übernahme oder Zwang kann eine rechtsfähige Verwaltung tatsächlich für die einer anderen obliegende Leistung aufkommen mit der Wirkung, daß ihr dafür eine Erstattungsforderung begründet wird. Das kann aber nicht willkürlich geschehen, sondern setzt voraus, daß derartiges wenigstens noch in ihren eigenen Aufgaben begriffen ist. Insofern muß also wieder eine sachliche Gleichheit und allgemeine Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Aufgaben bestehen. Ferner wird vorausgesetzt, daß der Übergriff, der hier in das andere Gebiet gemacht wird, auf einem Irrtum beruht, wie er bei solchem Zusammen- und Ineinanderwirken der beiderseitigen Verwaltungen immer wieder vorkommen kann: die Vertretung des leistenden Teiles muß den Fall als dessen Angelegenheit angesehen und behandelt haben. Sonst wäre es nicht mehr öffentliche Verwaltung und käme lediglich die zivilrechtliche Bereicherungsklage in Betracht.

[43] Bei den sogenannten Zwangsheilungen Geschlechtskranker ordnet die Polizeibehörde, um weitere Ansteckung zu verhüten, die Unterbringung in einem städtischen Krankenhause an. Hinterdrein kommt die Frage der Tragung der Krankenhauskosten. Bayr. V.G.H. 8. Nov. 1897 (Reger XVIII S. 227) hat den Fall der ordentlich eingeleiteten armenrechtlichen Unterstützung eines Hilfsbedürftigen gleichgestellt und die Krankenkasse für ersatzpflichtig erklärt. In gleichem Sinne Sächs. O.V.G. 12. Aug. 1903 (Reger XXV S. 279). Die Preußische Rechtsübung behandelt derartige Fälle als Maßregeln der Polizeigewalt und läßt demgemäß je nach der Art, wie die Polizeilast geregelt ist, den Staat oder die Gemeinde dafür aufkommen: Eger, U.W.G. S. 49. So auch wegen Krankenhausbehandlung eines scharlachkranken Knaben, welche die Polizeibehörde veranlaßte, O.V.G. 23. Sept. 1907 (Reger XXIX S. 69). Auch von diesem Standpunkte aus, der wohl der richtigere sein dürfte, werden aber die allgemeinen Grundsätze der Aufwandserstattung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Wenn z. B. der Kranke von der Polizei aus einer anderen Gemeinde, die kein geeignetes Spital besitzt, hereingebracht war, hat die in Anspruch genommene doch die Polizeilast der anderen getragen und muß Ersatz von ihr fordern können.

Ähnliche Ausgleichsforderungen knüpfen sich an die Unterbringung von erkrankten Gefangenen in gemeindlichen Krankenhäusern. Vgl. die Entscheidungen bei Reger II S. 255 ff.

Wo das aber zutrifft, wird sich aus der Vorleistungspflicht oder ausschließlichen Leistungspflicht, die nach der gegebenen Ordnung des Zusammenwirkens dem so Entlasteten oblag, zugunsten dessen, der mit seinen Mitteln die Entlastung bewirkte, der öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch des Billigkeitsrechts ergeben, der auch hier unentbehrlich erscheint. Die Rechtsübung bringt ihn mit verschiedenen Begründungsarten zur Geltung[44].

[44] Die vorwiegende Meinung will auch hier nur bürgerliches Recht sehen: Eger, U.W.G. S. 199 ff., und die dort angeführte Rechtsprechung des B.A. f. H.W.; Graeffner u. Simm, Das Armenrecht S. 190 ff. Die condictio indebiti wurde früher viel genannt, jetzt ist es der Bereicherungsanspruch nach B.G.B. §§ 812 ff. Auch mit negotiorum gestio, jetzt B.G.B. § 687, hat man schon zu arbeiten gesucht; dagegen und für §§ 812 ff.: Sächs. O.V.G. 24. Okt. 1906 (Jahrb. X S. 57 ff.). — Dazwischen hinein tritt aber die Frage, ob bürgerliches Recht überhaupt anwendbar. Seydel, Bayr. St.R. III S. 126, findet Aushilfe auf einem früher gern begangenen Weg: für die Gemeinde, die aus Irrtum an Stelle der wirklich verpflichteten Gemeinde Armenhilfe geleistet hat, ist „ein Ersatzanspruch zweifellos begründet". Dieser Anspruch aber beruht „nicht auf den besonderen Bestimmungen des Armenrechts, sondern auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die dem öffentlichen mit dem bürgerlichen Rechte gemeinsam sind". Gewisse allgemeine Ideen sind sicherlich gemeinsam; aber sowie man an bestimmte greifbare Rechtsinstitute kommt, sieht man, daß es hüben und drüben sehr verschieden zugeht; will man das nicht sehen, so hat man sich eben die Sache doch eigentlich zivilrechtlich gedacht und nennt sie bloß öffentlichrechtlich, wo sie das sein sollte; vgl. oben Bd. I S. 120. Glaessing, in Annalen 1896 S. 46 ff., ist der Frage mit all der Ernsthaftigkeit zu Leibe gegangen, die sie verdient. Er behandelt vor allem die Rückforderung von zu Unrecht bezahlten öffentlichen Abgaben und die Erstattungsansprüche im Armenwesen (S. 116 ff.) und die der Sache üblicherweise gegebene Rechtsform einer condictio indebiti, die man öffentlichrechtlich nennt, obwohl das ganze Privatrecht daran gehängt wird (S. 120 u. 121). Abhilfe sucht er in dem gewaltsamen Mittel der Einführung eines eigenen öffentlichrechtlichen Rechtsinstituts nach dem Muster der restitutio in integrum (S. 304). Diese Neigung zur Diktatur beweist, wie lebhaft die Empfindung eines Notstandes ist. — B.A. f. H.W. 11. Mai 1874 (Wohlers, Entsch. IV S. 83) hat sich von seiner früheren Übung losgemacht, wonach es unzuständig war zur Entscheidung von Erstattungsansprüchen zwischen Armenverbänden, die nicht im U.W.G. selbst vorgesehen waren. Die zivilrechtliche Auffassung, die Verwendung der condictio indebiti, ließ ja allerdings der Zurückforderung einer zu Unrecht geleisteten Vergütung nichts von jener „armenrechtlichen", d. h. öffentlichrechtlichen Natur, welche für die Zuständigkeit des Bundesamtes vorausgesetzt sein sollte. Daher schreitet es jetzt, um die Wendung zu rechtfertigen, zu einer anderen Auffassung der Rechtsgrundlagen. Es weist den Einwand zurück, wonach der Anspruch nicht allein auf die Bestimmung des U.W.G., sondern zugleich auf ein dem Zivilrecht angehöriges Element, die irrtümlich geleistete Zahlung einer Nichtschuld gegründet werde (S. 94): „Dies Bedenken überträgt lediglich zivilrechtliche Anschauungen auf ein Gebiet, welches von dem Zivilrecht unabhängig ist, und wohin sie nicht

§ 61.

Recht der Staatsaufsicht.

Die Staatsaufsicht ist eine geordnete rechtliche Macht, welche namens des Staates über die rechtsfähigen Verwaltungen geübt wird, um sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu erhalten.

Die Behörde, welche jedem Verwaltungskörper gegenüber zur Ausübung dieser Macht berufen ist, heißt seine Aufsichtsbehörde.

I. Der Begriff der Aufsicht ist uns schon zweimal entgegengetreten.

---

gehören. Das Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 hat nur Verhältnisse des öffentlichen Rechts geordnet. Die öffentliche Armenpflege ... mußte neu und in gleichmäßiger Weise für das ganze Bundesgebiet geregelt und verteilt werden. Da die Gleichmäßigkeit der Belastung des einzelnen Armenverbandes bedingt wird durch die vollständige Erfüllung der gleichen Pflichten durch alle übrigen, so mußte dem einzelnen Armenverbande, welcher infolge der etwaigen Nichterfüllung eines anderen von einer Last betroffen wird, die ihm nicht obliegt, oder welcher überhaupt sich an der öffentlichen Armenpflege da beteiligt hat, wo er gesetzlich entweder gar nicht oder nur in einem geringeren Maße oder nur vorläufig dazu verpflichtet war, das Recht gegeben werden, die Ausgleichung der öffentlichen Last der Armenpflege nach Maßgabe des Gesetzes gegen jeden Armenverband zu verlangen, zu dessen Gunsten er sonst überbürdet sein würde. Unter welche zivilrechtliche Formel diese Klage sonst noch gebracht werden könne, ist für die Beurteilung der zur Entscheidung berufenen Verwaltungsgerichtshöfe ohne Bedeutung." Das ist unser Rechtsinstitut: wenn dem Überlasteten das Recht gegeben werden mußte, die Ausgleichung zu verlangen, muß der Jurist auch imstande sein, aus dem Gesetz herauszulesen, daß das angeordnet ist.

Ähnlich O.V.G. 8. Okt. 1898 (Entsch. XXXIV S. 367): Ortskrankenkasse T. ersetzt Krankenpflegekosten an Armenverband; hinterdrein ergibt sich, daß Ortskrankenkasse M. zu zahlen gehabt hätte. T. klagt gegen M. auf Erstattung bei Bezirksausschuß, der nach Kr.Vers.Ges. v. 10. April 1892 § 58 Abs. 2 zuständig ist für Streitigkeiten zwischen Gemeindekrankenversicherungen und Krankenkassen über den Ersatz irrtümlich geleisteter Unterstützungen. Zivilrechtlich, sagt das Gericht, wenn das Zivilrecht „statthaft sein sollte", wäre kein Anspruch begründet. Aber § 58 Abs. 2 trifft jede ungerechtfertigte Bereicherung zwischen Ortskrankenkassen, auch wenn nur durch Bezahlung an den Armenverband der Verpflichteten Ausgaben erspart werden. Dabei gibt das angerufene Gesetz doch eigentlich nur eine Zuständigkeitsbestimmung! Aber so steht es auf diesem Gebiete des Billigkeitsrechts: wo das richtige Gefühl ist für die innere Wahrheit und Notwendigkeit der durchzusetzenden Ordnung, da findet sich auch der Mut, die erforderliche juristische Begründung zu nehmen, wo man sie findet. Und das ist gut so. Auf jenes richtige Gefühl kommt alles an; es ist allerdings nicht angeboren, sondern setzt voraus ein gewisses Maß von erworbenem Verständnis für das öffentliche Recht.

Zuerst in der Lehre von der öffentlichen Dienstpflicht, wo die Dienstaufsicht gleichbedeutend ist mit der über den Dienstpflichtigen zu übenden Dienstgewalt; vgl. oben § 45 Eing.

Sodann in der Lehre von der Verleihung öffentlicher Unternehmungen, wo dem verleihenden Gemeinwesen ein Aufsichtsrecht zusteht gegenüber dem beliehenen Unternehmer; vgl. oben § 50, I.

In diesen beiden Fällen handelte es sich darum, daß der der Aufsicht Unterliegende in ein umfassendes öffentlichrechtliches Pflichtverhältnis eingetreten ist gegenüber dem Gemeinwesen, das ihn so beaufsichtigen läßt; vermöge dieses Pflichtverhältnisses liegt ihm ob, gewisse Geschäfte zu besorgen, die sachlich Geschäfte des Gemeinwesens sind und dessen Zwecken dienen sollen, der Form nach auch in dessen Namen besorgt werden durch den Dienstpflichtigen, im eigenen Namen aber durch den Beliehenen. Um dieser Geschäfte willen steht dem Gemeinwesen die Aufsicht zu.

Die rechtsfähige Verwaltung gleicht hier mehr dem beliehenen Unternehmer: sie führt die Geschäfte, um die es sich handelt, im eigenen Namen. Sie ist dazu nicht gehalten kraft eines besonderen Pflichtverhältnisses, in das sie rechtsgeschäftsartig eingetreten wäre, freiwillig oder gezwungen, wie Dienstpflichtiger und Unternehmer. Sie ist vielmehr dazu schon auf die Welt gekommen und für diese ihre Geschäfte da. Diese Geschäfte sind aber ihrem Wesen und ihrer Aufgabe nach Stücke öffentlicher Verwaltung und als solche bestimmt, sich wohlgeordnet einzureihen in das große einheitliche Ganze, das diese bilden soll; und darauf, nicht auf einer erst besonders übernommenen Verpflichtung, beruht hier seinem inneren Grunde nach das Recht der Aufsicht[1].

---

[1] Über den Begriff der Aufsicht im allgemeinen vgl. Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 5 ff. — Das Recht der Aufsicht über die Verwaltungskörper hat die gleiche innere Grundlage wie das Recht der „Beaufsichtigung", welches nach R.Verf. Art. 4 dem Reiche — soweit es überhaupt zuständig ist — gegenüber den Einzelstaaten zusteht. Haenel, St.R. I S. 303: „Die Beaufsichtigung ist dasjenige Recht des Reiches, welches zur Voraussetzung und zugleich zum Gegenstande das verfassungsmäßige Recht der Einzelstaaten hat, an der Erfüllung der dem Reiche zugeschriebenen Staatsaufgaben durch ihr Verhalten und ihre Tätigkeit mitzuwirken". Das entspreche der Beaufsichtigung, welche dem Staate zukommt „im Verhältnis zu den ihm eingeordneten Selbstverwaltungskörpern" und walte überall da ob, wo „jenes (das Reich) nicht eigene und unmittelbare Verwaltungsbefugnisse entwickelt" — was hier die eigene Staatsverwaltung samt dem

Dieser innere Grund der Aufsicht wirkt aber nur zugunsten des Gemeinwesens, bei dem allein die Fülle aller öffentlichen Verwaltung des Gebietes ihren einheitlichen Mittelpunkt findet, des Staates. Daher wir ihre Eigenart gegenüber dem, was sich sonst noch Aufsicht nennt, genügend zum Ausdruck bringen, wenn wir sie bezeichnen als die Staatsaufsicht schlechthin[2].

Sie ist nicht polizeilicher Art, bloß abwehrend also, sondern wie bei Dienstpflicht und Verleihung auf die Ersprießlichkeit der Verwaltung gerichtet, die hier geführt wird. Insofern wird die Aufsicht in der vollkommensten Weise dann verwirklicht erscheinen, wenn sie die ganze Lebensgestaltung und Lebenstätigkeit des Verwaltungskörpers restlos erfaßt und unter der Leitung des Staates hält. Seine Verfassung liefert dann diesem nur Mittel und Werkzeuge, durch die er sich betätigt, ohne irgendwelcher Selbständigkeit dabei zu begegnen. Diese rechtliche Form der Aufsicht entsprach der Geistesart des Polizeistaates. Man bezeichnete sie mit einer nicht unpassenden Entlehnung aus dem bürgerlichen Familienrechte als eine Bevormundung durch den Staat. Demgegenüber

---

übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde bedeutet — und „diese nicht als selbständige außerhalb der Reichskompetenz wirksame Staatswesen erscheinen" — was im Verhältnisse zwischen Staat und Selbstverwaltungskörper kein Seitenstück hat.

Diesen sachlichen Zusammenhang als Grundlage der Aufsicht betont auch Halbey, Gem.Verf. u. Verw. S. 3; ebenso Schoen, Kom.Verb. S. 9; Blodig, Selbstverw. S. 47.

[2] So Bayr. Gem.Ord. v. 29. April 1869 §§ 154 ff.; Württ. Bez.Ord. v. 28. Juli 1906 Art. 41 u. 88; Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 70. Wenn wir diese Bezeichnung darauf gründen, daß nur der Staat diese Art von Aufsicht hat, so steht damit nicht in Widerspruch die Aufsicht der Gemeindebehörden über die Krankenkassen (R.Vers.Ord. § 377) oder die Innungen (Gew.O. § 96). Das ist übertragener Wirkungskreis, also doch Staatsangelegenheit: Gierke, Gen.Theorie S. 641 Note 1: „Stufe der staatlichen Aufsicht". — Sehr gebräuchlich ist der Ausdruck „Oberaufsicht" oder „höchste Aufsicht". Der Name stammt von dem alten jus supremae inspectionis, das aber auf alles sich bezieht, was im Staate vorgeht: Pütter, Instit. § 216; Klüber, St. u. Bd.R. § 358. Diese allgemeine „aufsehende Gewalt" ist jetzt noch in der Staatsgewalt enthalten. Der Name „Oberaufsicht" ist aber gerade deshalb nicht geeignet, das besondere Verhältnis zu bezeichnen, mit welchem wir hier zu tun haben. — Ebenso veraltet sind die Ausdrücke „Gemeindetutel", „Gemeindekuratel", die übrigens noch einen besonderen politischen Beigeschmack haben; vgl. folgende Note. Klein, Landgem.Ord. S. 376, möchte das Wort Staatsaufsicht durch „Körperschaftshoheit" ersetzen, weil ersteres nicht erschöpfend genug charakterisiere. Vgl. auch Gierke, Gen.Theorie S. 641 u. 642. Aber „Körperschaft" wäre hier zu eng, weil auch die rechtsfähigen Anstalten hereingehören, und „Hoheit" zu verschwommen. — Den Ausdruck „Organaufsicht" empfiehlt Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 24.

erhob sich im Namen der wichtigsten Arten rechtsfähiger Verwaltung, im Namen der Gemeinden, der Ruf nach Selbstverwaltung. Es war ein volkstümliches Schlagwort, das als solches nicht anknüpfen konnte an den wissenschaftlichen Begriff der juristischen Person, sondern, wofür man sich erwärmte, das war die größere Selbständigkeit der Menschen, die an ihr beteiligt sind, der Gemeindeglieder und ihrer Auserwählten. Der Forderung wird genügt durch Ausdehnung des Wirkungskreises dieser Menschen, der Zuständigkeiten des Selbstverwaltungskörpers, durch den sie wirken, einerseits und ihres Anteils an ihm andererseits. Vor allem aber, und das erschien als das Erste und Notwendigste, durch Einschränkung der Staatsaufsicht; gegen diese richtet sich die Spitze des Schlagwortes[3].

Die Anwendung der gleichen Grundsätze auf die öffentliche Genossenschaft ergab sich von selbst. Bei der rechtsfähigen öffentlichen Anstalt, die ja keine Mitglieder hat, kann freilich von einer Selbstverwaltung in diesem Sinne nicht die Rede sein[4]. Wenn im Zusammenhange dieser Bewegung eine Beschränkung der Staatsaufsicht auch hier gefordert wurde, so konnte es bei Staatsanstalten mit juristischer Persönlichkeit nur die Bedeutung haben, durch größere Selbständigkeit ihrer Vertretungsbeamten diese Persönlichkeit stärker zu betonen; wo dann nicht der Staat, sondern eine Gemeinde das Muttergemeinwesen ist, wird dadurch zugleich der Einfluß dieser gestärkt und dadurch der ihrer Mitglieder, mittelbar also doch wieder die Selbstverwaltung.

Dem entspricht die Gestalt, in welcher zurzeit das Staatsaufsichtsrecht verwirklicht ist. Sie unterscheidet sich scharf von

---

[3] L. Stein, Verw.Lehre I, 2 S. 123 ff.; Leidig, Preuß. Stadtr. S. 499. Gierke, Gen.R. I S. 763: „Damit aber hier (bei der Gemeinde) die Selbstverwaltung zur Wahrheit werde, muß die Mitverwaltung des Staates verschwinden. An Stelle der in den wichtigsten Beziehungen fortbestehenden staatlichen Bevormundung muß eine bloße Aufsicht treten". Auch die Aufsicht freilich wird in den Formen, deren sie sich bedient und auf die es uns Juristen ja wesentlich ankommt, ausgeprägte Mitverwaltung; vgl. unten II n. 1—3. Bevormundung nennt man es nur, wenn diese Mitverwaltung übertrieben wird, so daß die Gemeinde samt ihrer Vertretung wie ein Unmündiger gegängelt werden soll.

[4] Vgl. oben S. 593 u. 642. Auch bei der öffentlichen Genossenschaft ist der Ausdruck „Selbstverwaltung" im gewöhnlichen Leben nicht gebräuchlich geworden. Das kommt daher, daß sie zwar auch Mitglieder hat, aber deren freiere Betätigung kaum von politischer Bedeutung ist wie bei der Gemeinde. Selbstverwaltung ist aber von Haus aus ein politisches Schlagwort.

den entsprechenden Erscheinungen bei Dienstpflicht und Verleihung. Dort gestaltet sich, wie wir sahen, die Aufsicht zu einem Gewaltverhältnis, in welches der Dienstpflichtige wie der Beliehene gebracht wird. Vermöge dieses Gewaltverhältnisses kann ihm nun im Rahmen der übernommenen Verpflichtungen durch den Gewalthaber genauer bestimmt werden, was für ihn demgemäß Rechtens sein soll[5]. Wollte man die gleiche Rechtsform hier zur Anwendung bringen, so würde sie eine viel größere Tragweite bekommen. Denn das zu Beaufsichtigende erstreckt sich hier nicht auf einen begrenzten Kreis übernommener Pflichten, sondern auf die ganze Lebenstätigkeit des zu beaufsichtigenden Körpers, der ja für sonst nichts da ist und kein Privatleben hat. Sein eigenes Dasein sogar, seine Verfassung und innere Einrichtung, insofern sie vor dem Staate nur Wert haben als Voraussetzungen der guten Erfüllung dieser Aufgabe, sind gleichfalls Gegenstand seiner Aufsicht. Wenn also dieser die ganze Person umfassende Rahmen ausgefüllt werden sollte durch ein Gewaltverhältnis mit seiner eigenartigen Machtentfaltung, so bliebe von Selbstverwaltung nichts übrig; der bevormundende Polizeistaat wäre hier verewigt.

Daher der große Unterschied: die Staatsaufsicht hat nicht die Gestalt eines Gewaltverhältnisses.

Nachdem die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts einmal geschaffen und anerkannt ist, bedarf es vielmehr für jeden Eingriff in ihre Selbständigkeit eines Rechtstitels, einer gesetzlichen Grundlage oder was ihr gleichsteht. Dieser Rechtstitel, also das Gesetz selbst vor allem, könnte ja auch ein Gewaltverhältnis herstellen für diesen Zweck. Tatsächlich geschieht das nicht. Vielmehr werden die einzelnen Einwirkungsmöglichkeiten gesetzlich oder satzungsgemäß festgelegt und bestimmt, und nur soweit hierdurch Rechte der Staatsaufsicht bestehen, kann eine Einwirkung in diesem Sinne erfolgen[6].

Daraus ergibt sich weiter, daß auch die Besonderheiten der rechtlichen Bestimmung dessen, was für den Gewaltunterworfenen

---

[5] Vgl. oben Bd. I § 9, III; hier § 45, I; § 50, I n. 1.

[6] Preuß, Amtsr. S. 306: Zuständigkeiten der Staatsaufsicht „nur durch besondere Rechtstitel begründet". Gierke, Gen.Theorie S. 652: Die Aufsicht „kann im Sinne des Rechtsstaates nur auf der Basis und in den Grenzen fester Rechtsnormen gehandhabt werden, welche die Gesetzgebung zu schaffen und die Rechtsprechung zu schirmen hat". Blodig, Selbstverwaltung S. 48: „Es entspricht der Freiheit der Selbstverwaltung und dem Wesen der staatlichen Aufsicht, daß die Grenzen derselben gesetzlich festgestellt werden". — Feste Rechtsgrenzen ist das Wesentliche; diese Rechtsgrenzen können aber auch bestehen, wenn die Rechts-

nun weiter Rechtens sein soll, wie sie das Gewaltverhältnis überall auszeichnen[7], bei der Geltendmachung des Staatsaufsichtsrechts nicht zur Anwendung kommen:

— es gibt keine einfachen Verwaltungsvorschriften, um die Pflichten des Verwaltungskörpers in Form von allgemeinen Regeln genauer zu entwickeln; der Rechtssatz des Gesetzes oder der Verordnung herrscht dafür allein;

— es gibt keine aufsichtsrechtlichen Befehle, Lastauflegungen, Rechtsbeeinträchtigungen, welche über den Verwaltungskörper ausgesprochen werden könnten im Einzelfall von Nichtbehörden: nur der Verwaltungsakt einer Aufsichtsbehörde ist hier wieder fähig, zu bestimmen. —

Haben wir auf diese Weise das Recht der Aufsicht über rechtsfähige Verwaltungen geschieden von der nahe verwandten Aufsicht über alles, was sonst noch öffentliche Verwaltung führt, so gilt es jetzt, diese Staatsaufsicht auch abzugrenzen gegenüber anderen Arten von Tätigkeiten, in welchen der Staat seinen besonderen Anteil an den nämlichen rechtsfähigen Verwaltungen sonst noch bekundet. Es ist müßig, hervorzuheben, daß er das auch in Form der Gesetzgebung tun könne (die Möglichkeit dieser Mitarbeit versteht sich bei allen Verwaltungsrechtsinstituten von selbst), und ebenso, daß auch seine Justiz den rechtsfähigen Verwaltungen gegenüber nicht untätig bleibe[8]. Das geht uns überhaupt hier nicht weiter an. Einer Klarstellung bedarf es nur gegenüber den verwaltungsrechtlichen Machtäußerungen, die hier noch außerdem hereinspielen.

1. Wie beim Staate können wir auch bei den Verwaltungskörpern Verfassung und Verwaltung unterscheiden. Dort gehört

---

grundlage für die Zuständigkeiten der Staatsaufsicht, statt unmittelbar durch Gesetz und Rechtssatz, durch bloßen verfassunggebenden Verwaltungsakt (Satzung) geliefert ist; vgl. oben § 55, V n. 2. Das kommt bei öffentlichen Genossenschaften und rechtsfähigen Anstalten in Betracht. Das Gesetz kann dieser Satzung hier den Weg verschließen, indem es die Aufsichtsrechte selbst erschöpfend regelt. So Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 217 Abs. 2: „Die Aufsicht beschränkt sich auf usw." — Bornhak in Verw.Arch. XVIII S. 37 f. hebt es als Besonderheit der Universitäten hervor, daß hier „das Aufsichtsrecht ohne Rechtsschranken" sei, „abweichend von anderen öffentlichen Korporationen". Für die Universität Straßburg hat das Statut der Aufsicht solche Rechtsschranken gesetzt: Hoseus, Kais. Wilh.-Univ. S. 141. Die Rechtsstellung der Universitäten hat ja allerdings ihr Eigentümliches; vgl. oben § 56, II n. 3. Wegen satzungsmäßiger Bestimmung von Aufsichtsrechten über Versicherungsanstalten vgl. Rosin, Arb.Vers. II S. 334.

[7] Vgl. oben Bd. I S. 105 f.

[8] Gierke, Gen.Theorie S. 648 ff.; Keil, Landgem.Ord. S. 376 f.

die Lehre von der Verfassung zu dem von anderem Geiste erfüllten Verfassungsrecht, das denn auch die mancherlei Hilfstätigkeiten mit umfaßt, die dazu dienen, den Staat fertig zu machen und bereit zum Handeln in seiner Verwaltung[9]. Beim untergeordneten Verwaltungskörper fallen auch diese Dinge noch in den Bereich des Verwaltungsrechts, und sofern der gute Stand dieses Körpers und seine Tüchtigkeit, die Aufgaben zu erfüllen, für die er da ist, davon abhängen, müssen sie Gegenstand staatlicher Maßregeln werden unter den gleichen Gesichtspunkten, wie die der hier zu behandelnden Aufsicht. Insbesondere werden die ordentlichen Aufsichtsbehörden berufen sein, auch hierbei mitzuwirken. Es ist nichts dagegen zu sagen, wenn man auch diese Dinge in die Lehre von der Staatsaufsicht einbeziehen will. Nur aus äußerlichen Zweckmäßigkeitsgründen haben wir ihrer im Zusammenhange mit der Lehre von der Entstehung, Endigung und Untergang der Verwaltungskörper sowie von ihrer Vertreterschaft schon gedacht und damit gleichfalls eine Ausscheidung von verfassungsrechtlichen Hilfstätigkeiten vollzogen[10]. Was uns jetzt bleibt, ist demnach nur die Aufsicht über den fertigen Verwaltungskörper, der in richtiger Arbeit und in gutem Stand dazu gehalten werden soll.

Damit fällt namentlich ein sehr bedeutsamer Zweig staatlicher Machteinwirkung hinweg, der bei den rechtsfähigen Anstalten seine Stelle hat: die Vertretung und Geschäftsführung dieser wird ja in großem Umfang besorgt durch staatliche Beamte und im Auftrag des Staates. Das gehört nicht zu der hier zu betrachtenden Staatsaufsicht, wird auch im Sprachgebrauch in Gegensatz dazu gebracht. Es beruht auf einem besonderen Grunde: darauf nämlich, daß der Staat für diese rechtsfähig gemachten Anstalten selbst das Muttergemeinwesen ist. Dasselbe Verhältnis besteht für die rechtsfähige Anstalt in anderen Fällen zu der Ortsgemeinde, sofern diese das Muttergemeinwesen vorstellt; es fällt also aus dem Zusammenhang des Staatsaufsichtsrechts, das wir hier behandeln, gänzlich heraus[11].

2. Aber auch nicht alle staatliche Verwaltungstätigkeit gehört hierher, die darauf gerichtet ist, den fertigen untergeordneten Verwaltungskörper in gutem Gange zu halten. Unsere Staatsaufsicht

---

[9] Vgl. oben Bd. I S. 7 f.

[10] Vgl. oben § 56, I n. 1, III n. 1 u. 2; § 57. I. III; § 58, II; § 59, II.

[11] Vgl. oben § 56, II n. 2.

bewegt sich immer nur auf dem Boden von Angelegenheiten dieses letzteren, an welchen der Staat dadurch seinen Anteil geltend machen will. Diese Voraussetzung kann wegfallen aus zweierlei entgegengesetzten Gründen:

— weil der Staat an der Angelegenheit mehr hat als einen bloßen Anteil, vielmehr die ganze Sache ihm zugehört und von dem Verwaltungskörper nur für ihn und an seiner Stelle zu besorgen ist. Das trifft zu bei dem sogenannten übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden, vor allem also bei der Ortspolizei. Die gemeindlichen Beamten, die damit betraut sind, stehen unter den staatlichen Polizeibehörden einfach wie Unterbeamte unter ihrem Vorgesetzten. Man bezeichnet diese Abhängigkeit wohl auch mit dem Namen Aufsicht; aber sie ist ganz anderer Art wie unsere Staatsaufsicht. Sie verwendet die gewöhnlichen Formen der Unterordnung im Aufbau der Behörden und Ämter. Deshalb geht sie uns hier nichts an[12]. Eigene Angelegenheit daran ist für die Gemeinde nur die Stellung der Beamten und Aufbringung der Mittel für diese staatliche Sache. In dieser Richtung allein kommt dann auch die richtige Staatsaufsicht wieder zur Geltung[13].

— weil der Staat der in Betracht kommenden Tätigkeit des Verwaltungskörpers gegenüber überhaupt nicht vorgehen will, um seinen Anteil daran geltend zu machen, sondern unter denselben Gesichtspunkten sie behandelt, wie auch die eines Einzelnen. Das wird ja der Fall sein, wo die Justiz berufen ist, durch ihre Recht-

---

[12] Wegen des übertragenen Wirkungskreises vgl. oben § 58, III n. 1. Es sind die Rechte der Oberinstanz und der Dienstgewalt, die der Staat hier gegen die Leute des Verwaltungskörpers üben läßt. Wenn man von einer Aufsicht hier reden will, so ist es Dienstaufsicht. Im Preußischen Recht bezeichnet man diese staatliche Oberleitung der Ortspolizei als Polizeiaufsicht und stellt diese in Gegensatz zu der Kommunalaufsicht, der eigentlichen Staatsaufsicht in dem hier festgehaltenen Sinne. O.V.G. 17. Juni 1904 (Entsch. XLV S. 103): Der Regierungspräsident hatte „von Kommunal- und Polizeiaufsichts wegen" festgesetzt, daß die Stadt ein Kanalisierungsprojekt aufstellen müsse. Hier heißt es aber: entweder—oder. Im gegebenen Falle traf sogar keines von beiden zu; vgl. unten Note 14. Es braucht kaum gesagt zu werden, daß hier der Ausdruck „Polizeiaufsicht" für Aufsicht über Polizei, nachdem er in Stf.G.B. § 38 Aufsicht durch Polizei bedeutet, recht wenig glücklich ist.

[13] O.V.G. 26. Nov. 1890 (Entsch. XX S. 65): Der Oberpräsident zwingt als „Polizeiaufsichtsinstanz" die Gemeinde zur Anstellung eines Polizeiwachtmeisters mit einem Jahresgehalt von Mk. 1600. Der Landrat hatte über die Stadt „nicht Kommunalaufsicht, sondern nur Polizeiaufsicht", konnte also diese Ausgabe für Ortspolizeizwecke nicht erzwingen. Deshalb hatte der Oberpräsident eingegriffen. bei welchem beides zusammenläuft.

sprechung den Verwaltungskörper in Ordnung zu halten. Das gleiche aber ist der Fall, soweit der Verwaltungskörper, der wie ein Privater auftritt, den Maßregeln der Polizei unterliegt wie ein solcher. Die staatliche Polizeibehörde kann zugleich seine Aufsichtsbehörde sein; aber indem sie Polizei über ihn übt, bringt sie nicht den besonderen Anteil zur Geltung, den der Staat an ihm nimmt, sondern die allgemeinen polizeilichen Gesichtspunkte der Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens, und zwar grundsätzlich in den gleichen Formen wie gegenüber jedermann. Das ist aber etwas anderes als die Staatsaufsicht, von der wir hier handeln, etwas anderes auch als die soeben erwähnte „Polizeiaufsicht" über die Polizeiausübung der Gemeinde im übertragenen Wirkungskreise[14].

II. Im Gegensatze zu der Aufsicht über Dienstpflichtige und Beliehene, wo das umfassende Gewaltverhältnis die Einzelheiten verschwinden läßt, bewegt sich unsere Staatsaufsicht, der ein solches nicht zur Seite steht, in festen, ausgeprägten Rechtsformen[15].

Vor allem und als Grundlage alles weiteren ist ein allgemeines umfassendes Recht darin enthalten: das Recht der Kenntnisnahme von den Dingen, die den Verwaltungskörper und deshalb auch den Staat angehen. Man bezeichnet das wohl auch als das Aufsichtsrecht im eigentlichen und engeren Sinne. Insofern diese Kenntnisnahme in erster Linie eine geistige Tätigkeit auf seiten des Staates und seiner Leute bedeutet, ist dabei noch nichts in Frage, was Inhalt eines Rechts wäre. Von einem Rechte der Kenntnisnahme kann man erst sprechen, sofern zu diesem Zweck dem der Aufsicht Unterliegenden gewisse Lasten und Gebundenheiten auferlegt sein sollen. Das wird aber in zweierlei Richtung der Fall sein:

---

[14] In dem oben Note 12 angeführten Falle O.V.G. 17. Juni 1904 (Entsch. XLV. S. 103) wurde erkannt, daß es sich hier um eine rein polizeiliche Maßregel gegen die Gemeinde handle, also um keine Art von Aufsicht: „Zur Herbeiführung eines polizeimäßigen Zustandes darf eine Gemeinde, die der Polizei in dieser Hinsicht ebenso wie eine Privatperson gegenübersteht, nur durch polizeiliche Verfügung genötigt werden, im Wege der Kommunal- oder Polizeiaufsicht darf das nicht geschehen". Die der Aufsicht eigentümliche „Zwangsetatisierung", die man hier zur Anwendung bringen wollte, wäre nur zulässig gewesen, wenn es sich um eine „Polizeikostenlast" handelte. — Dabei darf uns nicht irre machen, daß wir den Namen der Polizei auch heute noch, namentlich im Preußischen Rechte, vielfach verwendet sehen für richtige staatsaufsichtsrechtliche Verfügungen. Beispiele oben Bd. I S. 234 Note 21.

[15] Übersichtlich Gierke, Gen.Theorie S. 658 ff.; Keil, Landgem.Ord. S. 377 ff.

— einmal, sofern die für die Kenntnisnahme erforderlichen Maßregeln der Aufsichtsbehörde von dem Verwaltungskörper und seinen Leuten *geduldet* werden müssen: Akteneinsicht, Ortsbesichtigung, Anwesenheit bei Verhandlungen und Beratungen, „extraordinäre Kassenrevisionen“;

— sodann insofern, als dem Verwaltungskörper die Pflicht auferlegt wird, dieser Kenntnisnahme zu helfen und entgegenzukommen durch *eigene Leistungen*: Anzeigen, Berichterstattung, schriftliche und mündliche Auskunfterteilung (Statistiken!).

Das alles gilt aber in der Aufsicht von selbst enthalten, so daß die Aufsichtsbehörde befugt erscheint, solches in Anspruch zu nehmen, wenn nichts weiter feststeht, als daß sie rechtmäßig berufen ist, die Staatsaufsicht über den Verwaltungskörper auszuüben [16].

Darüber hinaus entfaltet sich nun das Recht der Aufsicht in dreierlei Gestalt.

1. Die erste und vornehmste Aufgabe der Staatsaufsicht besteht darin, daß sie den Verwaltungskörper *in der Bahn des Rechts halte*. Zu dem Ende ist sie berufen, einzuschreiten überall, wo bei ihm eine Verletzung dessen, was für ihn Rechtens ist, zutage kommt. Das geschieht durch einen obrigkeitlichen Ausspruch, der gegenüber dem Verstoß, was im gegebenen Falle

---

[16] *Oertel*, Städte-Ord. S. 622 f. (wo aber, wie so oft, die einzelnen Stücke des Aufsichtsrechts nicht ordentlich geschieden werden). — Es verhält sich hier ähnlich wie mit der Überwachung der Einzelstaaten durch das Reich in bezug auf ihre Ausführung der Reichsgesetze. Darin sind von selbst auch jene zwei Rechtspflichten enthalten: *Laband*, St.R. II S. 208. In diesem Sinne auch Mat. z. Hilfskassenges. v. 1. Juni 1884 (Reichst. 1884 Drucks. n. 13 S. 17): „An und für sich darf die Befugnis, die Schriften der Kasse einzusehen und die Kassenbestände zu revidieren, als ein selbstverständlicher Ausfluß des Aufsichtsrechts angesehen werden“. Wenn die Gesetze einzelne Stücke dieser Rechte der Kenntnisnahme ausdrücklich hervorheben, so ist dadurch, was sonst noch daraus fließt, nicht ausgeschlossen. Das gilt von Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 2; Gew.-Ord. § 96 Abs. 5 u. 6; R.Vers.Ord. § 31.

Die dem Rechte der Kenntnisnahme entsprechenden Pflichten des Verwaltungskörpers können auch ausgedrückt werden als Pflichten seiner Vorstände und Beamten, die jene für ihn zu erfüllen haben. Wenn R.Vers.Ord. § 6 bestimmt: „Der Vorstand hat das Ergebnis ... seiner Aufsichtsbehörde einzureichen“, und § 367: „Die Kasse hat dem Versicherungsamt einen Rechnungsabschluß einzureichen“, so ist das ein und dasselbe. § 1512 verbindet beides: „Die Krankenkasse hat jede Krankheit ... anzuzeigen. Zu der Anzeige ist der geschäftsleitende Angestellte der Kasse verpflichtet“. — *Rosin*, Arb.Vers. II S. 334 Note 16: „Die in § 108 Abs. 3 Satz 2 (Invalid.Vers.Ges. v. 13. Juli 1899) ausgesprochene Ver-

Rechtens ist, feststellt und zugleich die notwendigen Folgerungen zieht, um ihm die Geltung zu sichern. Es ergeht über den Verwaltungskörper ein Rechtsspruch von Aufsicht wegen. Diese Wirksamkeit darf wieder als ein wesentlicher Bestandteil der Rechte der Staatsaufsicht angesehen werden. Wenn Gesetz oder Satzung davon sprechen, daß einer staatlichen Behörde die Aufsicht über einen Verwaltungskörper zustehen soll, so ist diese Rechtsaufsicht darin enthalten. Auch bei gänzlichem Stillschweigen des Gesetzes ergibt sich die Befugnis dazu aus der Natur des untergeordneten Verwaltungskörpers von selbst, muß dafür angesehen werden, bei seiner Schöpfung und Zulassung stillschweigend vorbehalten worden zu sein[17].

---

pflichtung ist juristisch eine solche der Anstalt selbst bzw. ihrer Organe. Wenn statt dessen die physische Persönlichkeit der Organsmitglieder im Gesetz genannt wird, so erklärt sich das aus dem Zusammenhang mit dem die Strafsanktion enthaltenden Satz 3." Ohne das mitverpflichtete „Organ" wäre die Sache vielleicht noch klarer.

[17] Diese „Rechtsaufsicht" wird überall als der eigentliche Kern angesehen und vorangestellt. O.V.G. 9. Mai 1893 (Entsch. XXV S. 49): „Die Aufsicht des Staates begreift die Befugnis und Verpflichtung, darüber zu wachen, daß die Verwaltung der städtischen Gemeindeangelegenheiten den Bestimmungen der Gesetze gemäß geführt und stets in geordnetem Gange gehalten werde, auch die zur Beseitigung etwaiger Unordnungen und Störungen erforderlichen Anordnungen zu treffen". Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 1 gibt bei der Aufzählung der Dinge, auf welche sich „die Handhabung der Staatsaufsicht erstreckt", nur Fälle von Rechtsaufsicht.

Gierke, Genoss.Theorie S. 655 Note 1, bemerkt sehr richtig: „Die Aufsicht bleibt eben auch in ihrer Einschränkung auf die Durchführung von Rechtsnormen eine Verwaltungstätigkeit, durch welche der Staat als Beteiligter sein eigenes Interesse an dem ordnungsmäßigen Verlauf des Körperschaftslebens wahrnimmt". Die Genossenschaftstheorie ist aber nur zu geneigt, ihrem alles beherrschenden eigenartigen Grundgedanken zuliebe die Gegensätze zwischen unseren Verwaltungskörpern und den juristischen Personen des Privatrechts zurücktreten zu lassen. So erscheinen auch in Gierkes Lehre von der Staatsaufsicht neben Gemeinden, Innungen, öffentlichen Wassergenossenschaften auch Aktiengesellschaften, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften usw. Diese letzteren unterliegen aber ja überhaupt keiner solchen Staatsaufsicht, und wenn je etwas Derartiges bei ihnen vorkommt, so ist es ganz anderer, wesentlich polizeilicher Natur. Gierke a. a. O. S. 663 behandelt unsere aufsichtsrechtliche Rechtsgewähr, Rechtsaufsicht, wie wir sie nannten, unter der Bezeichnung „staatliche Einmischungshandlungen, welche die gemeinheitliche Willensbewegung durch die Einführung höherer Willensmacht direkt korrigieren", und bemerkt dazu in Note 1: „Im übrigen ist das neuere Recht dieser Form der Willensbindung wenig geneigt, begnügt sich vielmehr mit der im Rechtswege zu konstatierenden Nichtigkeit gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse". Das trifft aber nur bei juristischen Personen des Privatrechts zu, wo die älteren Polizeieingriffe zugunsten der privatrechtlichen Befugnisse der

Je nach der Art der Verletzung bewegt sich der Ausspruch in zweierlei Richtung[18]:

— Die Verletzung kann darin bestehen, daß im Namen des Verwaltungskörpers ein Beschluß gefaßt worden ist, der das für ihn geltende Recht der Sache nach oder durch Nichtachtung der vorgeschriebenen Formen verletzt oder auch einen rechtswidrigen Eingriff bedeutet in fremde Rechte und Zuständigkeiten[19].

Der namens der Staatsaufsicht alsdann zu erlassende Rechtsspruch geht auf Ungültigerklärung und Aufhebung dieses Beschlusses.

— Die Verletzung kann andererseits auch darin bestehen, daß eine Aufgabe oder Verbindlichkeit, die dem Verwaltungskörper rechtmäßig obliegt, nicht oder nur ungenügend erfüllt wird.

In diesem Falle wird die Aufsichtsbehörde berufen sein, die Verpflichtung festzustellen durch eine Pflichtigerklärung, damit der Verwaltungskörper angehalten werde, sie zu erfüllen[20].

In beiden Fällen ist der Rechtsspruch dem Inhalte nach einem gerichtlichen Urteil verwandt, je nachdem einem Urteil auf Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes oder einem Urteil auf Leistung. Besser gesagt: er bedeutet einen Rechtsprechungsakt, eine Entscheidung dieses Inhalts. Denn ein wirkliches Urteil ist er insofern nicht, als er nicht in Form der Verwaltungsrechtspflege ergeht[21].

Mitglieder verdrängt sind. Das Recht der Aktiengesellschaft gibt ein Beispiel. Für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die Verwaltungskörper, bleibt naturgemäß auch dieses Stück der Aufsicht in den Händen der Verwaltung; diese Sachen eignen sich ja auch zu einer Nachprüfung durch Verwaltungsgerichte; aber der „ordentliche Rechtsweg" wäre hier nicht am Platze.

[18] Gierke, Gen.Theorie S. 658, hat diese beiden Fälle im Auge, wenn er sagt: „Je nachdem so (durch Eingreifen im Einzelfall) ein negatives oder ein positives Verhalten erzielt werden soll, wird sich die Aufsicht durch Verbote oder Gebote äußern". Das ist aber nur ein sehr äußerlicher Vergleich: von Befehlen an den Verwaltungskörper und Erzeugung einer Gehorsamspflicht ist hier nicht die Rede.

[19] Dem entsprechen die Ziff. 1, 2 u. 3 des Art. 157 der Bayr. Gem.O.

[20] Von dem damit zusammenhängenden Rechtsinstitut der Zwangseinschreibung hier unten n. 3.

[21] Vgl. oben Bd. I S. 134 ff. — Seydel, Bayr. St.R. II S. 23: „Sachlich haben jedoch die Aufsichtsbeschlüsse für die Gemeinden die Natur rechtlicher Entscheidungen und sind daher der Rechtskraft fähig". Nach Bayr. V.G.H.Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 10 Ziff. 2 werden Beschwerden der Gemeinden gegen staatsaufsichtsrechtliche Verfügungen zu den Verwaltungsstreitsachen zweiter Ordnung gezählt, sofern sie in letzter Instanz durch den Verwaltungsgerichtshof in Form der Verwaltungsrechtspflege zu bescheiden sind; erst hier bekommt also der Ausspruch die Natur eines Urteils. In den unteren Instanzen kann von Rechtskraft

An dem Verhalten des Verwaltungskörpers, das Gegenstand eines solchen Ausspruches wird, können Dritte beteiligt sein, andere Verwaltungskörper oder Einzelne, in deren Rechte eingegriffen wird oder in deren Vorteil es liegt, daß die vernachlässigte Pflicht erfüllt werde. Dann ist die Aufsichtsbehörde in der Lage, ihnen durch die Geltendmachung dieses Stückes der Staatsaufsicht zu Hilfe zu kommen. Sie können versuchen, sie dazu in Bewegung zu setzen, indem sie ihr eine Beschwerde vorlegen. Die Behörde wird sich, ohne so angerufen zu sein, auf die Sache nur dann einlassen, wenn das öffentliche Wohl für sich allein schon ein Einschreiten notwendig erscheinen läßt[22].

Gegen die dem Verwaltungskörper vorzuwerfende Rechtswidrigkeit kann dem Verletzten nach gesetzlicher Vorschrift ein Rechtsweg eröffnet sein, förmliche Beschwerde oder Klage. Das hindert nicht, daneben auch die Aufsichtsbehörde anzurufen, die ja auch hier wenigstens einen vorläufigen Schutz gewähren kann. Nur wo eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gegeben wäre, ist das ausgeschlossen; sie darf der Justiz nicht vorgreifen[23].

---

nur die Rede sein in dem Sinne von Unanfechtbarkeit wegen Ablauf der Beschwerdefrist; Dyroff, V.R.Pfl.Ges. zu Art. 10 Ziff. 2 Anm. 2. Vgl. auch oben Bd. I S. 167 ff.

[22] Vgl. oben Bd. I S. 127 ff. Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 4: „Beschlüsse, welche nur eine Benachteiligung Einzelner enthalten, können lediglich auf rechtzeitig erhobene Beschwerde außer Wirksamkeit gesetzt oder abgeändert werden". Luthardt, in Bl. f. adm. Pr. XXI S. 294 u. 299 ff., XXII S. 164 ff.; Seydel, Bayr. St.R. II S. 23; Kahr, Gem.Ord. II S. 42 ff. Man kann sagen: jede Gesetzwidrigkeit der Gemeinde enthalte als solche auch eine „Benachteiligung des Gemeinwohles". Aber dieser mehr ideale Gesichtspunkt soll eben hier nicht genügen, um sich mit „Offizialeinschreitung" der Sache anzunehmen, wenn der allein unmittelbar Betroffene schweigt. — Ähnlich für die andere Art von aufsichtsrechtlichem Rechtsspruch, die Pflichtigerklärung, O.V.G. 18. März 1904 (Entsch. XLV S. 146): „Zur Feststellung einer Leistung, welche eine Gemeinde nach der Ansicht der Aufsichtsbehörde einem Dritten schuldet, ist die Aufsichtsbehörde befugt, wenn das öffentliche Interesse an der Feststellung und rechtzeitigen Erfüllung der Verpflichtung beteiligt ist". Vgl. auch O.V.G. 3. Febr. 1886 (Entsch. XIII S. 57).

[23] So Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 1 Ziff. 3: Die Staatsaufsicht erstreckt sich darauf ... „daß die den Gemeinden gesetzlich (d. h. rechtmäßig) obliegenden öffentlichen Verpflichtungen erfüllt werden". Kahr, Gem.Ord. II S. 36. — Für Preußen Oertel, Städte-Ord. S. 628. Er gibt den zwiefachen Gesichtspunkt, unter den die Frage fällt, treffend wieder: „Wenn auch die Befugnis der Aufsichtsbehörde nicht zu bezweifeln ist, darüber zu wachen, daß die Gemeinde die von ihr übernommenen Verpflichtungen erfülle, so liegt es doch nicht in ihrem Berufe, über die Rechtsgültigkeit solcher privatrechtlichen Verpflichtungen, soweit sie bestritten sind, auch nur interimistisch zu entscheiden".

Den Kern und Hauptanwendungsfall der Pflichtigerklärung liefern demnach die öffentlichrechtlichen Verbindlichkeiten, welche dem Verwaltungskörper obliegen um seiner selbst willen, unabhängig von wohlerworbenen Rechten eines Dritten. Das sind die Verbindlichkeiten, die sich aus seinem Daseinszwecke ergeben, aus seiner Aufgabe[24]. Sie sind wesentlich dem Staate gegenüber zu erfüllen, dessen Aufsichtsrechte gerade darauf besonders gerichtet sind[25]. Nur stoßen sich diese Rechte zunächst an der Selbständigkeit der juristischen Person und ihrer Vertretung, vermöge deren sie selbst entscheidet, in welchem Maße und in welcher Weise sie ihre Aufgabe erfüllen will. Nur soweit diese eine Bestimmtheit erlangt hat, ist eine greifbare von Aufsichts wegen wahrzunehmende Verbindlichkeit vorhanden. Diese Bestimmtheit kann sie aber erlangen durch rechtssatzmäßige Vorschrift des Gesetzes oder der Verordnung[26], durch die Satzung, die dem Verwaltungskörper mitgegeben worden ist[27], und endlich dadurch, daß er selbst der Erfüllung seiner Zwecke Gestalt gibt in einem bestimmten Unternehmen, das er dafür ins Werk setzt: er wird der Aufsichtsbehörde gegenüber gebunden, das nun auch richtig durchzuführen[28].

2. Einen Schritt weiter geht das Aufsichtsrecht in den Fällen der vorbehaltenen Mitwirkung. Diese Form trifft überall nur zu, wo ein besonderer Rechtstitel dafür besteht in Gesetz oder Satzung. Selbstverständlich ist da nichts. Es handelt sich um ein Geschäft, das in den Bereich der Angelegenheiten des Verwaltungskörpers gehört und durch seine Vertreterschaft vorzunehmen wäre. Mit Rücksicht auf die besondere Wichtigkeit für ihn selbst und auf den Wert, den die staatliche Verwaltung darauf legen kann, gerade hier die Hand im Spiele zu haben, ist es aber der beauf-

---

[24] Vgl. oben § 55, I n. 3, II n. 1; § 56, II n. 1; § 57, II n. 1; § 58, III n. 1.

[25] Vgl. oben § 55 S. 587.

[26] Dieser Fall ist in erster Linie gemeint, wenn die Gemeindeordnungen die aufsichtsrechtliche Wahrnehmung der Pflichten der Gemeinde hervorheben: Preuß. Städte-Ord. v. 1831 § 139 („ihre Pflichten"); Sächs. Rev. Städte-Ord. § 134 („obliegende und im öffentlichen Interesse nötige Leistungen"); Bayr. Gem.Ord. Art. 1. Ziff. 3 („gesetzlich obliegende").

[27] O.V.G. 30. Mai 1905 (Entsch. XLVII S. 300): Wassergenossenschaft kann von der Aufsichtsbehörde nicht gezwungen werden, eine im „statutenmäßigen Plan" nicht vorgesehene Verbesserung der Einrichtungen anzubringen.

[28] Eine höhere Schulanstalt, eine Straßenanlage, einmal von der Gemeinde geschaffen, kann ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht mehr aufgehoben werden; Oertel, Preuß. Städte-Ord. zu § 78 Anm. 2. Dem entspricht die Pflichtigerklärung zu gehöriger Instandhaltung; Rosin, Öff. Gen. S. 92 ff.

sichtigten Verwaltung versagt, hier selbständig vorzugehen: ihre Handlung bedarf der Zustimmung der Aufsichtsbehörde.

Man unterscheidet Genehmigung und Bestätigung. Ersteres ist der allgemeine Name der Zustimmung bei jeder Art von Geschäften, ausgenommen Wahlen und Ernennungen; bei diesen ist der Ausdruck Bestätigung gebräuchlicher, doch werden auch beide Ausdrücke durcheinander verwendet[29].

Solange die Zustimmung nicht erteilt ist, fehlt dem Akte, der ihrer bedarf, die Rechtswirksamkeit[30].

Sie kann, wie die Polizeierlaubnis, nur erteilt werden auf Gesuch des Verwaltungskörpers. Im Falle der endgültigen Versagung ist nachträgliche Zustimmung nur möglich auf neues Gesuch. Die erteilte Zustimmung kann nur zurückgenommen werden, wenn sie rechtmäßig nicht erteilt werden durfte oder erschlichen worden war[31].

Näher noch dem Vorbilde der Polizeierlaubnis treten die Fälle, wo es dem Verwaltungskörper gestattet wird, von gesetzlichen Vorschriften im Einzelfalle abzuweichen, wenn die ihm übergeordnete Behörde ihn davon entbindet („dispensiert"). Dabei wird es sich

---

[29] Richtig Gierke, Gen.Theorie S. 654 Note 2, gegen Rosin, Öff. Gen. S. 116, der das unterscheidende Merkmal der Genehmigung darin sieht, daß die Aufsichtsbehörde hier nach Zweckmäßigkeitsgründen, also mit freiem Ermessen verfüge. Das ist ein rechtlich bedeutsamer Unterschied; aber der Sprachgebrauch verbindet ihn nicht mit den Ausdrücken Genehmigung und Bestätigung. — Statt des Vorbehalts der Genehmigung oder Bestätigung hat die neuere Gesetzgebung manchmal ein Recht der Beanstandung geordnet. So Pr. Zust.Ges. §§ 15 u. 29. Das bedeutet dann einen Verzicht auf die schärfere Bindung des Verwaltungskörpers und eine Hinüberleitung in die Formen des Rechtsspruches, der Ungültigerklärung. Preuß, Städt. Amtsr. S. 163.

[30] A. M. Preuß a. a. O.: „So wenig die Erteilung der Genehmigung wirklich vorhandene Rechtsmängel des Ortsstatuts zu heilen vermag, ebensowenig macht die aus Rechtsgründen versagte Genehmigung an sich das rechtmäßige Ortsstatut rechtsungültig". Aber es ist eben an sich noch kein rechtmäßiges Ortsstatut, bevor es die Genehmigung erhalten hat. Wenn das Gesetz sagt: solche Rechtsakte „bedürfen" der Genehmigung (Städte-Ord. § 11), so bedeutet das, daß sie sonst unwirksam, nicht bloß rechtsungültig sind. Es ist die Sprache der alten Gemeindetutel. Vgl. B.G.B. §§ 1821 u. 1829.

Von hier aus sollte auch ein Standpunkt zu gewinnen sein zur Lösung der Streitfrage, ob zur Aufhebung eines vorschriftsmäßig genehmigten Ortsstatuts wiederum Genehmigung erforderlich ist (v. Brauchitsch, Verw.Ges. I S. 40 Note 5, zu Städte-Ord. § 11; Württ. Min. d. I. 4. April 1899; Reger XX S. 296): Die Vermutung spricht dagegen; denn Ortsstatut bedeutet grundsätzlich eigene Angelegenheit der Gemeinde.

[31] Vgl. oben Bd. I S. 266.

immer um besondere Gründe handeln, welche die Ausnahme rechtfertigen; ob das zutrifft, soll aber der Beaufsichtigte nicht allein entscheiden, sondern nur unter Mitwirkung der staatlichen Behörde. Diese letztere ist andererseits auch nicht befugt, für sich allein die Durchbrechung der Vorschrift geradezu anzuordnen; dem Verwaltungskörper steht immer frei, ob er von der eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen will oder nicht. Vor allem aber ist eine solche Entbindung nur soweit zulässig, als das Gesetz der staatlichen Behörde dafür eine Ermächtigung erteilt hat. Denn grundsätzlich ist dieses den Verwaltungskörper bindende Gesetz auch für sie undurchbrechbar[32].

3. Am weitesten geht die Macht des Aufsichtsrechts, wenn die staatliche Behörde nicht auf den Verwaltungskörper wirken soll und nicht mit ihm, sondern geradezu an seiner Stelle.

In dieser Weise greift der Staat für Ausnahmefälle in die Verfassung des Verwaltungskörpers ein, wenn er ihm kraft Aufsichtsrechts Vertretungsbeamte ernennt oder vorübergehende Verweser, Kommissarien[33].

Aber auch im ordentlichen Gang der Verwaltung kann er einzelne Geschäfte des beaufsichtigten Körpers selbst in die Hand nehmen, um sie für diesen und in dessen Namen zu erledigen. Die berufene Vertreterschaft hat das zu dulden und als rechtsgültig anzuerkennen und, soweit an ihr liegt, zu vollziehen. Es hat die Natur einer Zwangsmaßregel, durch welche das Aufsichtsrecht sich durchsetzt. Voraussetzung ist also, daß die Zwangsanwendung rechtlich begründet war, eine dem Verwaltungskörper obliegende, aufsichtsrechtlich zu erzwingende Pflicht besteht, deren Erfüllung versagt wird. Wo das der Fall ist, kann solch stellvertretendes Handeln als ein selbstverständliches Zwangsmittel angesehen werden. In diesem Sinne ist die Aufsichtsbehörde namentlich auch in der Lage, Verträge für den Verwaltungskörper

---

[32] Das bloße Nichteinschreiten gegen den Verwaltungskörper, der eine gesetzliche Vorschrift nicht beobachtet hat, kann noch in das aufsichtsrechtliche Ermessen gestellt bleiben (vgl. oben Note 22); es ändert eben auch nichts an der Rechtslage. Die Entbindung aber macht die geschehene Nichtbeachtung des Gesetzes rechtmäßig; das bedarf der gesetzlichen Grundlage. — Sehr umfassend die Ermächtigungen der Aufsichtsbehörde in Sächs. Rev. Städte-Ord. § 136 und Rev. Landgem.Ord. § 98, wonach von jeder Bestimmung des ganzen Gesetzes entbunden werden kann.

[33] Vgl. oben § 59 S. 681.

abzuschließen oder Bevollmächtigte für ihn zu bestellen, deren er bedarf zur notwendig gewordenen Prozeßführung[34].

Die wichtigsten Fälle eines derartigen Eingreifens bedeuten Maßregeln gegen die Beamten und Vertreter persönlich oder verknüpfen sich mit der Aufstellung des Haushaltsplanes:

— Die Beamten wie die Vertreter kraft Mitgliedschaftsrecht stehen unmittelbar nur zu ihrem Verwaltungskörper in einem Rechtsverhältnis[35]. Bei dem übertragenen Wirkungskreise sind sie zugleich dem Staate zur Verfügung gestellt, der die Rechte einer vorgesetzten Behörde ihnen gegenüber ausüben läßt. Das liegt an der besonderen Rechtsgestaltung dieser Tätigkeitszweige und gehört nicht hierher[36]. Dagegen macht der Staat auch außerhalb dieses begrenzten Gebietes, also im eigenen Wirkungs-

[34] So für Gemeinden: Preuß. Kom.Abg.Ges. v. 14. Juli 1893 § 78 Abs. 5 (Neuordnung des gemeindlichen Abgabenwesens); Bayr. Gem.Ord. Art. 37 Abs. 3 (Bestellung eines Rechtsanwalts). Seydel, Bayr. St.R. II S. 33. Els.-Lothr. Gem.-Ord. v. 6. Juni 1895 § 72: „Verweigert der Bürgermeister die Vornahme einer ihm gesetzlich obliegenden Amtshandlung, oder unterläßt derselbe diese Vornahme ungeachtet der an ihn seitens der Aufsichtsbehörde ergangenen Aufforderung, so kann die Aufsichtsbehörde die Amtshandlung selbst vornehmen oder durch einen Beauftragten vornehmen lassen". Die Bestimmung entstammt dem Franz. Ges. v. 18. Juli 1837 Art. 15.

Für öffentliche Genossenschaften: Rosin, Öff. Gen. S. 115 f.; Stier-Somlo, Soz. Gesetzgebung S. 256 ff. („Übernahme von Organfunktionen"); Fuld, in Arch. f. öff. R. XIX S. 190 ff. (Verträge, welche die Aufsichtsbehörde für die Krankenkasse mit Ärzten abschließt; Fuld spricht hier von einer „Devolution der Befugnisse"). Gew.Ord. § 96 Abs. 3 (Bestellung eines Prozeßvertreters für die Innung).

Gierke, Gen.Theorie S. 664, faßt diese Erscheinungen zusammen in der physiologischen Formel: „Der höhere Organismus vikariiert hier für den ihm eingegliederten niederen Organismus, und läßt sein eigenes Leben in denselben einströmen, um einer Stockung oder einer Verderbnis des engeren Gemeinlebens abzuhelfen". —

Wie oben hervorgehoben wurde, dient diese aufsichtsrechtliche Maßregel geradezu als Zwangsmittel gegen den Verwaltungskörper. Damit hängt zusammen, daß sie im Preußischen Rechte regelmäßig ersetzt wird durch die allgemeinen Zwangsbefugnisse der Behörden zur Durchsetzung ihrer „Anordnungen" gemäß L.V.G. § 132 (Zwangsersatzvornahme, Zwangsstrafe, Gewaltanwendung; vgl. oben Bd. I S. 283 ff.). Oertel, Städte-Ord. S. 623: „Um den ordnungsmäßigen Gang der Gemeindeverwaltung zu erzwingen, gesetzwidrige Anordnungen der Gemeindeorgane rückgängig zu machen und Säumnisse und Nachlässigkeiten im Gange der Verwaltung zu beseitigen, stehen der Aufsichtsbehörde die Zwangsmittel des § 132 L.V.G. . . . zu Gebote". v. Brauchitsch, Verw.Gesetze I S. 224. — Vgl. aber auch hier unten Note 41.

[35] Vgl. oben § 59 S. 663 ff.

[36] Vgl. hier oben I n. 2.

kreise der Gemeinden und allgemein im Wirkungskreise anderer Verwaltungskörper gegen diese Leute einen Machteinfluß geltend, der namentlich den Beamten gegenüber sehr kräftig entwickelt ist. Das ist dann stellvertretender Eingriff.

Es handelt sich um eine Verbindung von zweierlei Zuständigkeiten. Einmal wird dem Beamten gegenüber die Dienstpflicht geltend gemacht durch Ausübung der Dienstgewalt, unter der er steht. Sodann aber handelt es sich zugleich um ein Aufsichtsrecht des Staates über den Verwaltungskörper: denn die Dienstpflicht ist diesem geschuldet, und ihm müßte darum auch die Dienstgewalt zustehen. Wenn der Staat Rechte der Dienstgewalt über den Gemeindebeamten ausübt, so geschieht das nur kraft des ihm über die Gemeinde zustehenden Aufsichtsrechts, also in stellvertretendem Handeln für diese[87].

Die Machtmittel gehören einerseits der Dienststrafgewalt an, andererseits dem Erfüllungszwang[88]. Beides kann aufgefaßt werden als Schutz und Fürsorge für den Verwaltungskörper, dessen Angelegenheiten in Frage sind. Es kann auch unter den Gesichtspunkt fallen eines Zwanges gegen diesen, sofern es auch ohne und gegen den Willen seiner ordentlichen Vertreterschaft geschieht. Das ist aber bei allen aufsichtsrechtlichen Einwirkungen so die Mischung.

Die Verhängung einer Dienststrafe durch die Aufsichtsbehörde setzt voraus, daß die Dienstpflicht dem Verwaltungskörper

---

[87] Für das Preußische Recht wird das Ineinanderschieben dieser Dinge erleichtert durch den Gedanken des „mittelbaren Staatsbeamten". v. Roenne-Zorn, St.R. II S. 422 ff.; Schoen, Kom.Verb. S. 147 Note 3, S. 157 (kommunalen Beamten gegenüber ist der Staat „mittelbarer Dienstherr"). Blodig, Selbstverw. S. 175 f., bemerkt mit Recht, daß die Gemeindebeamten für das A.L.R. schlechthin Staatsbeamte seien; mittelbar und unmittelbar bedeutet nur eine Untereinteilung dieser. Es bestimmt ja wörtlich in II, 10 § 68: „Alle Beamte des Staates, welche zum Militärstande nicht gehören, sind unter der allgemeinen Benennung von Zivilbedienten begriffen"; § 69: „dergleichen Beamte stehen entweder in unmittelbaren Diensten des Staates oder gewisser, demselben untergeordneten Kollegien, Korporationen und Gemeinden". Das stimmt auch zu der damaligen Stellung der Gemeinde, die ja nichts ist als „eine nur für Vermögenszwecke mit eigener Rechtssubjektivität begabte obrigkeitliche Polizeianstalt" (vgl. oben § 55 Note 12). Das stimmt jedoch nicht mehr seit der Städteordnung von 1808. Der Ausdruck „mittelbare Staatsbeamte" ist seitdem eine Unwahrheit. Preuß, Amtsr. S. 118, macht das mit Recht geltend. Das hindert nicht, daß er sich forterbt, und nicht, daß er den rechtlichen Fortbestand solcher Einwirkungen des Staates, wie wir sie hier vor uns haben, erleichtert.

[88] Vgl. oben § 45 S. 331.

gegenüber verletzt worden sei; dem Staate gegenüber besteht ja keine. Das Gesetz kann gleichwohl die Aufsichtsbehörde mit der Dienststrafgewalt ausrüsten[39]. Die Verletzung kann gerade darin liegen, daß einem namens des Dienstherrn, des Verwaltungskörpers also, erteilten Dienstbefehle nicht gehorcht worden ist. Einem solchen Befehle wird es aber gleichstehen, wenn die Aufsichtsbehörde dem Verwaltungskörper gegenüber eine diesem obliegende Verpflichtung festzustellen hatte, und das kund wird dem Beamten, der zur Besorgung der Sache für den Verwaltungskörper berufen ist. Diesem wird dadurch zugleich seine Dienstpflicht maßgebend bestimmt, wie wenn ihm dienstlich befohlen worden wäre. Die Dienststrafgewalt kann auch wie ein Zwangsmittel gegen den Beamten verwendet werden, indem ihm das disziplinarische Vorgehen in Aussicht gestellt wird für den Fall der Weigerung des Vollzuges oder der Säumigkeit[40].

Daneben können gegen Beamte oder Vertreter kraft Mitgliedschaft auch *eigentliche Zwangsmittel* zugelassen sein. Namentlich greifen die sogenannten *Ordnungsstrafen* Platz, soweit sie durch besondere gesetzliche Vorschriften für diesen Verwaltungskörper vorgesehen sind oder entnommen werden den allgemeinen Ermächtigungen, welche den staatlichen Behörden für solche Zwecke erteilt sind. Auch hier kommt es wieder darauf an, daß auch für das so zu Ergänzende die erforderliche Rechtsgrundlage bestehe: Es muß sich um eine Pflicht des Verwaltungskörpers handeln, welche im Aufsichtswege durchzusetzen ist, und der mit der Ordnungsstrafe Bedrohte muß durch sein Verhältnis zum Verwaltungskörper berufen sein, dafür zu sorgen, daß dieser Pflicht genügt werde.

Der Verwaltungskörper wird gezwungen durch den Zwang gegen seine Beamten und Vertreter[41].

---

[39] So Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852, betr. die Dienstvergehen der nicht-richterlichen Beamten; § 1: „Das gegenwärtige Gesetz findet auf alle in unmittelbarem oder mittelbarem Staatsdienste stehenden Beamten Anwendung".

[40] *Oertel*, Städte-Ord. S. 623, bezeichnet deshalb die Disziplinarstrafen des Ges. v. 21. Juli 1852 §§ 18—20 geradezu als die „Zwangsmittel", welche der Aufsichtsbehörde zu Gebote stehen, um den ordnungsmäßigen Gang der Gemeindeverwaltung zu erzwingen, gesetzwidrige Anordnungen der Gemeindeorgane rückgängig zu machen usw. Ihrem eigentlichen Wesen nach wollen die Disziplinarstrafen Zwangsmittel nicht sein; vgl. oben § 45 Note 37.

[41] Die Zwangsmittel des § 132 Preuß. L.V G. haben wir oben Note 34 unter den Fällen des aufsichtsrechtlichen Zwanges *gegen den Verwaltungskörper* angeführt. Und zwar sollte das Seitenstücke liefern zu dem Zwang, der in anderen

deutschen Rechtsgebieten geübt wird durch das stellvertretende Handeln der Aufsichtsbehörde. Das liegt klar zutage, wenn Zwangsersatzvornahme gewählt wird oder „unmittelbarer Zwang“ (einfache Gewaltanwendung) gemäß Ziff. 1 oder Ziff. 3 des § 132. Soll aber die Zwangsstrafe zur Anwendung kommen (Ziff. 2), so führt erst eine genauere Betrachtung zu dieser Auffassung. Die Zwangsstrafe wird sich nämlich nicht gegen den Verwaltungskörper selbst wenden, sondern gegen seine Vorstände und Beamten. Das ist nur denkbar so, daß die aufsichtsrechtliche Anordnung, die eigentlich nur dem Verwaltungskörper gälte, auch diesen persönlich gegeben wird und sie bindet mit der Kraft der von ihnen geschuldeten Dienstpflicht und mit der Folge des von ihnen zu erduldenden Erfüllungszwanges.

Die ältere Auffassung ermöglicht sich bei der Gemeinde diese Annahme durch den Gedanken des mittelbaren Staatsbeamtentums (vgl. oben Note 37); bei der heutigen Stellung der Gemeinde läßt es sich nur erklären als eine Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber dem Beamten oder, von der anderen Seite her betrachtet, der Pflichten des Beamten ihr gegenüber, also ein stellvertretendes Handeln der Aufsichtsbehörde. So wird auch § 100 des Disziplinarges. v. 21. Juli 1852 zu verstehen sein, wonach unberührt bleibt die Befugnis der Aufsichtsbehörden, „Beamte zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten“. Unter den Beamten sind zweifellos auch Gemeindebeamte begriffen; die Beamtenpflichten bestehen aber dann gegenüber der Gemeinde. Preuß, Amtsr. S. 318 ff., gibt im wesentlichen zutreffende Ausführungen über diesen Aufsichtszwang, der sich „prinzipiell gegen die Gemeinde richtet und deren Beamte nur mittelbar ergreift, insofern eine Einwirkung auf die Gesamtperson durch die Einwirkung auf ihre Organpersonen vermittelt wird“. Nur würden wir es umgekehrt ausdrücken: der Zwang ergreift die Beamten sehr unmittelbar; die Einwirkung auf diese „Organpersonen“ wird aber vermittelt durch eine Einwirkung auf die „Gesamtperson“, indem der Staat sich der ihr geschuldeten Dienstpflicht bemächtigt. Dadurch wird ja eben bewirkt, daß die mit dieser Dienstpflicht zu besorgenden Angelegenheiten der Gemeinde so besorgt werden, wie der Staat will. Auf der Benutzung der Dienstpflicht beruht das Vorgehen des Staates, nicht auf der „Organschaft“. Daß der Zwang, wie Preuß mit Recht verlangt, nicht gegen Stadtverordnete geht, wird auf diese Weise auch viel deutlicher als durch seine Organformel: „Die Aufsichtsmaßregeln richten sich prinzipiell gegen die Gemeinde selbst und demgemäß nur gegen diejenigen Organe, die den kommunalen Gemeinwillen nach außen repräsentieren“ (S. 320). Der Staat übt ja die Zwangsgewalt über die Gemeindebeamten in demselben Umfang jetzt noch aus, in welcher er sie ursprünglich als „mittelbarer Dienstherr“ ausübte, gerade soweit wie auch die Disziplinargewalt, also über alle Gemeindebeamten, nicht bloß über die „repräsentierenden“. Und andererseits übt er diese Gewalt nicht aus über solche, die nicht im öffentlichen Dienstverhältnisse zur Gemeinde stehen, namentlich nicht über solche, die für die Gemeinde tätig sind nur kraft Mitgliedschaftsrecht, wie die Mitglieder einer Gemeindeversammlung oder Gemeindevertretung, auch wenn ihre Beschlüsse nach außen wirken, also „repräsentieren“. Daher der Aufsichtsbehörde diesen gegenüber auch nach Preußischem Recht noch besondere Machtmittel gegeben sind, um ihren Willen durchzusetzen: Kom.Abg.Ges. § 78 (oben Note 34); Zust.Ges. § 19 (unten Note 49).

Bei den öffentlichen Genossenschaften pflegt den staatlichen Aufsichtsbehörden eine ganz allgemeine Zwangsgewalt vorbehalten zu sein, um zu bewirken, daß alles „nach gesetzlichen und statutarischen Vorschriften“ geht, daß „das Gesetz

— Die Aufstellung eines Haushaltsplanes als der Grundlage für die Geschäftstätigkeit des nächsten Zeitabschnittes gehört zur guten Ordnung des Verwaltungskörpers. Sache des Vorstandes würde es sein, dafür zu sorgen. Aber wie im Staate die Volksvertretung daran teilnimmt, so bei Gemeinden und öffentlichen Genossenschaften die Mitgliedervertretung oder die Mitgliederversammlung. Diesen gegenüber versagen ja zumeist die aufsichtsrechtlichen Zwangsmittel, mit welchen auf das Beamtentum der Körperschaften eingewirkt werden kann. Dafür ist bei Gemeinden und anderen wichtigeren Verwaltungskörpern die Aufsichtsbehörde vom Gesetze ausgestattet worden mit der Befugnis, unter Umständen an Stelle der zunächst berufenen Vertretung selbst die Aufnahme eines Postens in den Haushaltsplan anzuordnen, seine Einschreibung zu bewirken. Es handelt sich immer nur um einen Ausgabeposten. Wie außerordentlicherweise gemeindliche Ausgaben bewilligt werden können für den einzelnen Gegenstand ohne Haushaltsplan oder außerhalb seines Rahmens in der Zwischenzeit, so kann die Aufsichtsbehörde auch ihren stellvertretenden Beschluß für diesen Punkt allein ergehen lassen. Der Name Einschreibung in den Haushaltsplan paßt dann nicht mehr, sachlich will es das gleiche besagen[42].

Der stellvertretende Beschluß hat auch hier wieder die Bedeutung eines Zwangsmittels gegen die Gemeinde. Man spricht von einer Zwangseinschreibung[43]. Und zwar dient das Mittel dazu, eine Geldzahlung der Gemeinde zu erzwingen, die sie selbständig

---

und die Satzung befolgt werden". Gew.Ord. § 96 Abs. 2 (Innung); R.Vers.Ord. § 31 Abs. 3. Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 217 Abs. 4. Die Beteiligten sind durch Geldstrafen dazu anzuhalten. Als solche kommen aber wieder nicht die zu beaufsichtigenden Verwaltungskörper selbst in Betracht, sondern die Menschen, die dafür zu sorgen haben, daß deren Geschäfte nach Gesetz und Satzung geführt werden. Nach R.Vers.Ord. § 31 Abs. 2 sind das „die Mitglieder seiner Organe, seine Vertrauensmänner, Beamten und Angestellten". Inwieweit jeder in Anspruch genommen werden kann, das bestimmt und begrenzt sich selbstverständlich nach seiner Stellung der Genossenschaft gegenüber und nach der Verantwortlichkeit, die ihn hiernach trifft. Insofern handelt es sich auch hier wieder um eine aufsichtsrechtliche Geltendmachung dessen, was dem beaufsichtigten Verwaltungskörper zukommt.

[42] Auch der Ausdruck „Nachtragsetat", der hier im Verfassungsrecht von Staat und Reich gebraucht wird (Laband, St.R. IV S. 445), ist ja eigentlich falsch. Der „Etat" ist eine Zusammenstellung, ein einzelner Posten macht keinen Etat.

[43] Abscheulich ist der üblich gewordene Ausdruck „Zwangsetatisierung". Der von Wißmann, Annalen 1911 S. 464, vorgeschlagene Ausdruck „Zwangsgenehmigung" widerspricht dem Sprachgefühl und sagt auch zu wenig.

schuldet oder die den Aufwand decken soll, den eine sonstige ihr obliegende und zu erzwingende Leistung verursachen wird[44].

Daß die Einschreibung fähig ist, als Zwangsmittel zu wirken, hängt zusammen mit der rechtlichen Bedeutung des gemeindlichen Beschlusses, den sie ersetzt. Die Feststellung der Ausgaben im gemeindlichen Haushaltsplan hat nämlich eine andere rechtliche Natur als beim Staatshaushaltsplan der Fall ist. Dort bedeutet die Aufnahme eines Postens lediglich eine Deckung der Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber der Volksvertretung. Die einzige Rechtspflicht der Regierung, die dabei in Frage kommt, ist die, keine Ausgaben zu machen, die nicht bewilligt sind. Sie ist aber dadurch, daß die Ausgabe im Haushaltsplan steht, keineswegs verpflichtet, sie auch zu machen. Der Gemeindebeschluß dagegen, der einen bestimmten Posten zur Ausgabe vorsieht, hat zugleich die bejahende Wirkung, daß die Angelegenheit, deren Aufwand dadurch gedeckt wird, als eine von der Gemeinde zu besorgende und mit diesem Aufwand zu besorgende angesehen werden soll. Er bestimmt in dieser Hinsicht mit rechtlich bindender Kraft die Geschäftsführung des Vorstandes, welcher gehalten ist, den Beschluß zu vollziehen[45].

So wirkt dann auch die Zwangseinschreibung der Aufsichtsbehörde; es ist wiederum eine Geltendmachung der dem Vorstande der Gemeinde gegenüber obliegenden Pflichten, deren der Staat sich hier bemächtigt. Bedarf es in der Folge weiteren Zwanges, um den Willen der Aufsichtsbehörde durchzusetzen, so richtet er sich gegen den so gebundenen Vorstand[46].

Bedarf es noch besonderer Vorkehrungen, um die Mittel zu

---

[44] Die Zwangseinschreibung kann geschehen, um einen entstandenen Armenkostenersatzanspruch oder Gehaltsanspruch zu befriedigen (O.V.G. 2. Juni 1896; Entsch. XXX S. 142), und kann geschehen, um die Mittel zu beschaffen für die Besoldung eines neuen Beamten, dessen künftige Anstellung gleichzeitig von Aufsichts wegen beschlossen worden ist (O.V.G. 26. Nov. 1890; Entsch. XX S. 65). Oder behufs künftiger Erhöhung der „unzulänglichen Gehälter" (O.V.G. 13. Mai 1893; Entsch. XXV S. 113). In diesem letzteren Sinne ist die „Zwangsetatisierung" auch für künftige Jahre im voraus zulässig (O.V.G. 2. Juni 1896; Entsch. XXX S. 142: es handelte sich darum, die Gehaltssätze der angestellten Lehrer auch für die Zukunft zu sichern).

[45] Vgl. oben § 59 Note 44 u. 45.

[46] Vgl. hier oben Note 40 u. 41. Wegen der Zahlung selbst kann die Aufsichtsbehörde nötigenfalls über den Kopf des widerspenstigen Vorstandes hinweg die Anweisung an die Gemeindekasse geben. Preuß. Städte-Ord. § 56 Ziff. 4. Das ist nichts als die Fortsetzung des mit der Zwangseinschreibung begonnenen stellvertretenden Zwanges.

beschaffen, welche die Deckung des eingeschriebenen Postens nötig macht, so liegt die Anordnung der Gemeindesteuerauflage, der Anleiheaufnahme, der Versilberung vorhandener Werte im Rechte des Vollzuges der Zwangseinschreibung begriffen und kann von der Aufsichtsbehörde durch weitere stellvertretende Beschlüsse vorgenommen werden[47].

Die Zwangseinschreibung ist nur Mittel zum Zweck der Durchsetzung einer entsprechenden Zahlungspflicht des Verwaltungskörpers. Diese Zahlungspflicht muß dem Verwaltungskörper gegenüber feststehen, endgültig oder vorläufig vollstreckbar[48]. Die Feststellung kann als aufsichtsrechtliche in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde fallen, die auch die Einschreibung anordnet. Dann mag sich beides zu einem Akt verbinden. Möglicherweise ist die Feststellung im Einschreibungsbeschluß einfach mit enthalten. Die Feststellung hat in anderen Fällen selbständig zu erfolgen durch eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht. Dann geht die Sache nachher an die Aufsichtsbehörde behufs solcher Vollstreckung[49].

---

[47] Wißmann in Annalen 1911 S. 466. Insofern diese Maßregeln ordentlicherweise Beschlüsse der Gemeindeversammlungen oder -vertretungen voraussetzen, die dem persönlichen Zwange nicht zugänglich sind, ist hier wieder das stellvertretende Eingreifen unentbehrlich.

[48] So auch Schoen, Kom.Verb. S. 338: „Vor der Verfügung der Zwangsetatisierung muß eine Feststellung der Leistung durch die zuständige Behörde stattgefunden haben". Jebens, Verw.rechtl. Aufsätze S. 28. Wißmann, in Annalen 1911 S. 374, unterscheidet drei Stufen: Leistungsfestsetzung, Pflichtigerklärung, enthaltend die Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreise der Pflichtausgaben und der Leistungsfähigkeit, dann als drittes (S. 463) die Zwangsgenehmigung (unsere Zwangseinschreibung). Allein das Mittelstück ist überflüssig: die Zugehörigkeit zum Kreise der Pflichtausgaben folgt doch schon aus der geschehenen „Leistungsfestsetzung", und die Erwägung der Leistungsfähigkeit verbindet sich mit der Anordnung der Zwangseinschreibung. Der eingeschobene Akt tritt auch nirgends selbständig in die Erscheinung. Wißmann möchte ihn finden in der „Aufforderung", welche nach süddeutschen Gemeindeordnungen der Zwangseinschreibung vorhergehen soll (S. 455 ff.). Es ist aber nicht abzusehen, weshalb das mehr bedeutete als eine Mahnung. Der Ausdruck des französischen Rechts, dem Wißmann (a. a. O. S. 462) eine klarere Erkenntnis der Tragweite der zu machenden Mitteilung zuspricht, mise en demeure, besagt ja auch nichts anderes. — Eine solche „Aufforderung", gerade weil sie keine selbständige Bedeutung hat, verlangt man wohl auch, wo sie gesetzlich gar nicht vorgeschrieben ist. So z. B. in Preußen: v. Brauchitsch, Verw.Ges. I S. 312 zu Zust.Ges. § 19 Note 78a; dazu Wißmann a. a. O. S. 456 Note 1 u. S. 458.

[49] Oertel, Städte-Ord. S. 630: „Die Stellung der zur Anordnung der Etatisierung berufenen Behörde gegenüber der zur Feststellung berufenen ist die einer requirierten Behörde".

Handelt es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch an die Gemeinde oder was sonst an Verwaltungskörpern hier in Frage kommt, so wird seine Feststellung geschehen durch das verurteilende Erkenntnis eines ordentlichen Gerichts. Auf Grund dieses Urteils nimmt dann die Sache den gleichen Gang. Nur ist dabei die Möglichkeit gegeben, daß sie auf anderem Wege zur Zwangserledigung geführt wird. Es steht der Landesgesetzgebung frei, inwieweit sie die zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsmittel und ihr Verfahren auch gegen Verwaltungskörper zur Anwendung kommen lassen will. Soweit das der Fall ist, tritt die Zwangseinschreibung davor zurück[50]. Aber auch da keineswegs endgültig.

Es kann sein, daß die Vollstreckungsmittel der Z.Pr.O. nicht ausreichen, dem Gläubiger seine Befriedigung zu gewähren. Dann ist die Zwangseinschreibung immer noch imstande, Quellen zu erschließen, die das ermöglichen: sie führt zu Steuererhebung oder Anleiheaufnahme, die der Zivilprozeß nicht erzwingen könnte. In solchem Falle wird man dann doch noch auf dieses Verfahren zurückkommen.

Es kann auch sein, daß die zivilprozeßrechtliche Zwangsvollstreckung in dem Maße, wie sie gesetzlich zugelassen ist, eine Störung in die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben des Verwaltungskörpers hineinträgt, die beseitigt werden muß. Die Aufsichtsbehörde, sofern ihr gegen den Gläubiger keine wirk-

---

[50] Vgl. oben Bd. I S. 399 ff. In diesem Sinne ist es richtig, die Zwangseinschreibung als „subsidiär" zu bezeichnen: Halbey, Gem.Verf. u. Verw.R. S. 692; Oertel, Städte-Ord. S. 629; v. Brauchitsch, Verw.Ges. III S. 125, zu Städte-Ord. § 78 Note 1; Weinreich in Verw.Arch. VIII S. 506. Wenn häufig die Zwangseinschreibung privatrechtlichen Ansprüchen gegenüber für schlechthin unstatthaft erklärt wird, so wird dabei nicht an die eigentliche Zwangseinschreibung gedacht, sondern an die vorausgehende aufsichtsrechtliche Pflichtigerklärung, die man ja unter diesem Namen gern mit begreift (Jebens, Verw.rechtl. Aufs. S. 28; Oertel, Städte-Ord. S. 627). Die Zwangseinschreibung soll allerdings nicht dazu dienen, um über privatrechtliche Verpflichtungen der Gemeinden, wenn sie streitig werden, zu entscheiden: O.V.G. 10. März 1888 (Entsch. XVI S. 219), 8. Jan. 1890 (Entsch. XIX S. 167). Damit ist aber nicht von selbst der Schluß gegeben, daß sie nicht zur Verwendung kommen könne, wenn das ordentliche Gericht entschieden und die ihm zustehende Pflichtigerklärung ausgesprochen hat. Dieser Schluß wird gleichwohl aus solchen Entscheidungen des O.V.G. häufig gezogen: Halbey, Gem.-Verf. u. Verw.R. S. 692; Loening, Verw.R. S. 193; Rosin, Öff. Genossensch. S. 112 Note 43; Schoen, Kom.Verb. S. 338; v. Brauchitsch, Verw.Ges. I S. 313, zu Zust.Ges. § 19 Anm. 78d; Oertel, Städte-Ord. S. 628. Weinreich, in Verw.Arch. XIII S. 504. — Vgl. über den grundsätzlichen Standpunkt des Aufsichtsrechts zu diesen Dingen oben Note 22 u. 23.

same Abwehr zusteht[51], wird dann gegen den Verwaltungskörper sich wenden, um ihn für verpflichtet zu erklären, sich durch Bezahlung der Schuld wieder voll leistungsfähig zu machen. Damit eröffnet sich aber wieder von dieser Seite her der Weg der Zwangseinschreibung.

In allen Fällen, in welchen ein zu befriedigender Gläubiger, Gläubiger nach öffentlichem Recht oder nach Privatrecht, beteiligt ist, wird aber auch die Eigenart der Zwangseinschreibung sich wieder fühlbar machen. Sie ist Zwangsmittel, Vollstreckungsmittel. Aber sie bleibt dabei immer aufsichtsrechtlicher Natur. Es kann bei ihrer Handhabung durch die Aufsichtsbehörde nicht vergessen werden, daß der zu zwingende Teil ein Glied öffentlicher Verwaltung vorstellt, das tunlichst geschont und gehütet werden muß und auch um der Rechtsansprüche Einzelner willen nicht zugrunde gerichtet werden darf. Jedenfalls nicht durch die Aufsichtsbehörde und die ihr als solcher zur Verfügung gestellten Machtmittel. Der Satz: fiat justitia, pereat mundus gilt hier nicht.

Dadurch bekommt das Verhältnis der Aufsichtsbehörde zu dem Gläubiger, der für seine Forderung gegen die Gemeinde Befriedigung sucht, seine besondere Gestalt:

Der Gläubiger hat das Recht, bei der Aufsichtsbehörde die Zwangseinschreibung zu beantragen, ein subjektives öffentliches Recht formaler Natur, einen Rechtsanspruch wie die förmliche Beschwerde oder der Einspruch. Das bedeutet, daß diese Behörde ihm gegenüber gebunden ist, seinen Antrag zu prüfen, darüber Beschluß zu fassen und ihm Bescheid zu geben[52].

Der Erfolg hängt davon ab, ob die Formen erfüllt und der Anspruch auch inhaltlich begründet ist durch den zu vollstreckenden Titel, was die Aufsichtsbehörde prüft. Aber nicht bloß davon: diese Behörde prüft hier wie jedesmal, wo es sich um Zwangseinschreibung handelt, wie sich diese Maßregel vereinbaren läßt mit dem geordneten Gang und der begrenzten Leistungsfähigkeit des Verwaltungskörpers. Je nachdem wird die Vollstreckung hinausgeschoben oder werden die Zahlungen abgestuft und verteilt auf eine Reihe von Jahren[53]. Schlimmstenfalls kann der Bescheid auch

---

[51] Das Preuß. Zust.Ges. § 17 Abs. 2 Ziff. 4 hat hier vorgesorgt, indem der Bezirksausschuß „an Stelle der Aufsichtsbehörde" über die Art der gerichtlichen Zwangsvollstreckung gegen die Gemeinde beschließen darf. Ähnlich Bayr. Gem.-Ord. § 157 Abs. 8.

[52] Vgl. oben Bd. I S. 112.

[53] A. L.R. II, 6 §§ 97 u. 98. Oertel, Städte-Ord. S. 241, zu § 50 Ziff. 3;

ganz ehrlich dahin lauten, daß vorerst nicht abzusehen sei, wann dem Anspruch genug getan werden könne.

Damit wird der Gläubiger gedrängt, etwaige persönliche Haftungen kräftiger geltend zu machen, wie andererseits auch die Verwaltung pflichtmäßig sich bemühen wird, Abhilfe zu schaffen, durch Staatsunterstützung vor allem. Nur eben unser Rechtsinstitut hat hier seine Grenzen.

---

v. Brauchitsch, Verw.Ges. I S. 304 ff., zu Zust.Ges. § 19 Abs. 1. Weinreich, in Verw.Arch. XIII S. 516: „Bevor die Aufsichtsbehörde in die Aufstellung des Voranschlages und die Ausgabebewilligung eingreift, wird sie sich die Frage vorlegen, auf welchem Wege sie dem finanziellen Interesse der Gemeinde die größte Schonung entgegenbringt". — Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 6: „wobei auf die Leistungsfähigkeit der Gemeinde Rücksicht zu nehmen ist". Das gilt zunächst für den Fall der aufsichtsrechtlichen Pflichtigerklärung, ist aber in gleicher Weise auch anwendbar, wenn die Behörde gemäß Abs. 8 die „auf dem Zivil- oder Verwaltungsrechtswege festgestellte Verpflichtung" zum Vollzuge bringen, insbesondere die nötigen Umlagen anordnen soll: die Zwangseinschreibung und die damit sich verbindende Prüfung der Leistungsfähigkeit fallen unter „die zum Vollzuge nötigen Verfügungen" des Abs. 7.

Sachregister.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die großen arabischen die Seite, die kleinen die Note.)

A

Amt, öffentliches II 249; als Rechtssubjekt II 253; Amtseinkommen II 351; Amtshandlung, rechtmäßige I 189, 312, 313 s; einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht I 192.

Anfechtungsklage I 163.

Anlagen, gewerbliche, Errichtung I 133 16, 252 4, 262 24; Untersagung I 267 25; Entschädigung dafür II 561.

Anlieger, Recht an der Straße II 159; Beiträge I 261 16, II 406, 409; Entschädigung bei Straßenänderung II 564.

Anschluß II 693.

Ansiedlungserlaubnis I 171 7, II 413.

Anstalt, öffentliche II 2, 468; Anstaltsnutzung II 469; Anstaltsdisziplin II 495; Anstaltsgewalt II 496; Anstaltspolizei I 223 s, II 495 s; Anstaltsordnung II 502.

Anstalt, rechtsfähige II 599; Heimfall des Vermögens II 616.

Anstellung im öffentlichen Dienst II 258; Anstellungsurkunde II 260, 263 18.

Anweisung im Gewaltverhältnis I 104; Platzanweisung bei öffentlichen Sachen II 172; Anweisungsbehörden im Rechnungswesen II 375.

Anzeigepflicht, polizeiliche I 233, 235 21.

Approbation I 249 1, 256 19.

Armenanstalt II 478; Armenverband II 419, 420 29, 695 28; Armenunterstützung II 695; Erstattungsanspruch II 697.

Auflage bei Polizeierlaubnis I 261; bei Verleihung besonderer Nutzungen II 200; bei Verleihung öffentlicher Unternehmungen II 456.

Auflassung der öffentlichen Sache s. Einziehung.

Aufsicht über beliehene Unternehmer II 454; über rechtsfähige Verwaltungen I 234 21, II 587.

Ausländer im Verwaltungsrecht II 245 4, 535 26.

Ausweisung, polizeiliche II 316 9; armenrechtliche II 696.

Autonomie I 87.

B

Baubeschränkungen II 209, 210 7, 8, 212, 213 12, 217, 219, 554 56.

Bauerlaubnis, polizeiliche I 251 4, 250 18, 265 30.

Beamter II 269 18, 302, 314; im Polizeistaate I 41; mittelbarer Staatsbeamter II 248 9, 584 12, 724 35.

Befehl I 235; Polizeibefehl I 237; Finanzbefehl I 364; Dienstbefehl II 318, von Haftung befreiend I 198, Prüfungsrecht des Untergebenen II 326; aufsichtsrechtlicher II 718 18; des Tierarztes I 274 8; des Schutzmannes I 238 4, II 151.

Begleitschein I 354, 361.

Behörde I 96, II 253, 670; Behördenordnung I 17.

Beiladung I 147.

Beiträge I 331; bei Vorzugslast II 405; genossenschaftliche II 629 26.

Berufsgenossenschaft, Bildung II 628 12, 630 16; Vereinsgewalt II 634; Änderung II 639; Auflösung II 638 28.

Bescheid I 127.

Beschlüsse kraft Mitgliedschaftsrecht II 671, 673, 674, 685, 686.

Beschwerde I 127; förmliche I 128; Verfahren I 130, 143 8; gegen den Selbstverwaltungskörper II 719; Aufsichtsbeschwerde I 127 8; Rechtsbeschwerde und Verwaltungsbeschwerde I 128; zum Österr. Verwaltungsgerichtshof I 162.

Besitz der öffentlichen Sache II 98, 130 26, 236; Besitzklage II 128.

Besitzeinweisung bei Enteignung II 51, 58; vorläufige II 59.

Besoldung (Gehalt) II 351.

Bestätigung und Genehmigung II 721.
Bibliothek, öffentl. I 307 12, II 479.
Billigkeitsrecht, Ersatzansprüche daraus II 521, 684, 706.
Brücken, öffentliche II 102; verliehene II 438; Haftung für Schadhaftigkeit II 158, 541; Gemeingebrauch II 147; Brückengeld II 155, 157 38.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeit I 178, 180 6, 182 8.
Bürgermeister II 654; Bürgermeisterei II 665.

C

Chaussee, verliehene II 437 10.

D

Defektenbeschluß II 377.
Deichverband II 419; mit jur. Persönlichkeit II 426 40; Deichgenossenschaft II 430.
Dienstpflicht, öffentliche II 243; wirkliche (aktive) II 270; Diensteid II 245, 286; Dienstgewalt II 316; Dienstantritt II 271 21, 298; Dienstentlassung II 276, 303, 316; Dienst- (Disziplinar)strafe II 332, 724; Disziplinarstrafbehörden II 342.

E

Ehrenamt II 293; zu versehendes II 302; übernommenes II 305.
Ehrengerichte II 343 52.
Eigentum, verfassungsrechtlich geschützt I 71; Eigentumsklage wegen öffentl. Sachen II 128; Eigentumsübergang bei Enteignung II 40, 49; bei Kriegsleistungen II 401; öffentliches II 73.
Eindringen, polizeiliches I 317; in Aufbewahrungsräume I 318.
Eingemeindung (Einverleibung) II 645.
Einspruch I 132.
Einziehung (Auflassung, Aufhebung) öffentl. Sachen II 131; (Konfiskation) als Finanzstrafe I 384.
Eisenbahn, öffentliche II 230; Vorarbeiten II 233; Störungen der Nachbargrundstücke II 230; Entschädigung dafür II 539; Bahnkörper als öffentliche Sache II 102; Erlaubnis zum Überschreiten II 168; Eisenbahnpolizeibeamte II 284.
Enteignung II 3; von öffentlichen Sachen II 30; Expropriationsverträge II 60; Rücktritt des Unternehmers II 63; Rückgängigmachung II 69.
Entschädigung, ausgleichende II 516, 523.
Entscheidung I 102, 169 4.
Ermessen, freies I 101, 135.
Ersatzvornahme, polizeiliche I 293; finanzrechtliche I 389; gegen Lastpflichtige II 398; gegen beliehene Unternehmer II 458; gegen rechtsfähige Verwaltungen II 722.

F

Fähren II 184; Verleihung II 438.
Festungswerke II 105; Erlaubnis zum Betreten II 125, 175.
Feuerlöschwesen, Pflichtfeuerwehr I 236 21; polizeiliche Maßregeln I 299 31, II 397 27, 400 32; militärische Absperrung I 325; Eindringen in Nachbargrundstücke II 232; Niederreißen von Nachbarhäusern I 310.
Finanzverwaltung I 330.
Fiskus, im Polizeistaat I 50, im neuen Recht I 121, II 474, 581; fiskalische Verwaltungen I 118, II 18, 473.
Flüsse, öffentliche II 102, 111.
Forstwesen II 3; Rodungsverbot I 228 10; Hilfeleistung bei Waldbränden II 394; Forstlehrlinge II 281; Privatforstschutzpersonal II 284.

G

Garnisonwachdienst I 322.
Gasanstalt, Nutzungsverhältnis II 482; Röhrenrecht II 184; Laternenträger II 235.
Gebäude, öffentliche II 107.
Gebrauchserlaubnis an öffentl. Sachen II 165.
Gebühren I 330; auf Gemeingebrauch II 155; auf Gebrauchserlaubnis II 178; auf verliehene Nutzungsrechte II 203; auf Anstaltsnutzung II 502.
Gegenvorstellung I 126.
Gemeinde II 635; Gebiet II 636; Mitglieder II 637; Vorstand II 654; Wirkungskreis II 649; Haushaltsplan II 727; Realgemeinde II 659; Gemeindefiskus II 583.
Gemeingebrauch II 137.
Gemeinwesen II 646 11.
Gendarmerie I 312; Waffengebrauch I 321.
Genehmigung, aufsichtsrechtliche II 721.
Genossenschaft, öffentliche II 621.
Geschäftsführung ohne Auftrag II 518, 519; neben öffentlichem Dienste II 366; zwischen Verwaltungskörpern II 706 44.

Geschworenendienst II 295.
Gesetz I 65; im Polizeistaat I 43; im formellen und materiellen Sinne I 66[2]; für den Einzelfall I 12, 68; Entschädigungsfolge II 556.
Gesetzgebung I 4; gesetzgebende Gewalt I 57, 66.
Gesindewesen I 229[12].
Gestellung (Sistierung, Realzitation) I 299[31]; bei Zwangsdienstpflicht (Einstellung) II 299.
Gewalt, öffentliche I 15.
Gewaltanwendung, polizeiliche I 296, 301, 312; bei Finanzzwang I 389; bei öffentl. Lasten II 399.
Gewaltverhältnis I 87, 104; finanzrechtliches I 367; dienstrechtliches II 317; des beliehenen Unternehmers II 454; in der öffentl. Anstalt II 496; in der öffentl. Genossenschaft II 633.
Gewohnheitsrecht I 90, II 532[21].
Grundbuch, bei Enteignung II 49; bei öffentl. Sachen II 118.
Gutsbezirke, selbständige II 686[4]; Gutsvorsteher, stellvertretender II 284.

H

Haftung des Beamten I 192, 200; seinem Dienstherrn gegenüber II 379; des Dienstherrn für ihn I 190, 199; des Vertreters des Verwaltungskörpers II 671; Dritter für die Finanzstrafe I 385.
Handelskammer II 629[14].
Handelsrichter II 307.
Heerdienstpflicht, gesetzliche II 295.
Hinterlegungsstelle II 479; Rückzahlungspflicht II 512[29].
Hinterziehung I 376.
Hoheitsrechte I 27.

I

Innung II 622; Zwangsinnung II 628[14]; freiwillige II 630[16].
Irrtum bei Polizeidelikt I 280; bei Finanzdelikt I 381; bei rechtswidriger Amtshandlung I 194, 313; als Voraussetzung des Ersatzanspruches zwischen Verwaltungskörpern II 705.

J

Juristische Person II 575; des öffentl. Rechts II 584; Beteiligte II 592; zivilrechtliche, neben öffentl. Verwaltung I 51, II 581.
Justiz I 5; als Vorbild der Verwaltung I 64; Justizverwaltung I 7.

K

Kanal II 102; Gemeingebrauch II 149; Kanalgebühr II 155; Schleusen II 167; angewiesene Liegestelle II 173; verliehener II 438.
Kirchengebäude II 106; Benutzung II 168; verliehene Kirchstühle II 164, 193[25], 199[42].
Kirchhof II 107; angewiesenes Reihengrab II 169, 172; verliehene Grabstätte II 184, 199[42].
Kompetenzkonflikt I 186; Konflikt (preuß. R.) I 202.
Konten, fortlaufende I 357.
Kontrebande I 376.
Konzessions s. Verleihung u. Polizeierlaubnis.
Körperschaft II 591.
Kosten II 502[12], 520; bei Zwangsersatzvornahme I 296.
Krankenhaus II 478, 495, 500[10].
Kriegführung I 10; Kriegsleistungen II 392[15], 420, 428.
Kriegsschäden II 567.
Kundmachung des Polizeibefehls I 242.

L

Landlieferungsverbände II 418, 425.
Lasten, öffentl. II 382; Gemeindelast II 649.
Leihhaus II 478, 510.
Leinpfad II 209, 213; Entschädigung dafür II 217.

M

Machtsprüche in Justizsachen I 42.
Mahnung I 243[11]; bei Polizeidelikt I 273.
Märkte II 166, 170[4], 173; Markthallen II 479; Polizei II 495.
Militäranwärter II 265[15].
Militärschießplätze II 231.
Mitgliedsrechte bei der Körperschaft II 591, 663.
Monopol I 366, II 492[31].

N

Nachholung der Steuer I 343.
Naturalleistungen II 387.
Niederlagen, öffentl. I 361; Niederlageordnung I 370[11].
Notstandsrecht der öffentl. Verwaltung I 309, II 222, 239; Staatsnotrecht I 11.

O

Observanz I 92.
Öffentliche Verwaltung I 118.
Ordnungsstrafe I 284, 376, II

331 ^{28}, 336 ^{38}, 339 ^{43}; statutarische II 433 ^{14}; aufsichtsrechtliche II 725.
Organ II 254, 661 ^{2}.
Ortschaft II 668.
Ortspolizei II 650 ^{24}.

P

Partei I 142; Behörden in der Parteirolle I 151; Parteistreitigkeiten des öffentl. Rechts I 134 ^{2}, 157.
Pferdeaushebung II 396 ^{25}, 397 ^{27}, 401 ^{34}, 402 ^{35}.
Polizei I 211; Geschichte I 30, 39; gerichtliche und administrative I 218; präventive u. repressive I 219; Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei I 220; Polizeibefehl I 237; Polizeierlaubnis I 249; Polizeiaufsicht II 714 ^{12}.
Post, Nutzungsverhältnis II 480, 485 ^{20}; Annahmepflicht II 489 ^{26}; Postregal II 445 ^{25}; Postzwang II 491; Gebühren II 507 ^{20}; Garantie II 511 ^{28}.
Prägravation im Lastenverband II 424.
Privatkreditlager I 355.
Privatleben gegenüber Polizeigewalt I 225; gegenüber Dienstbefehl II 324.

Q

Quartierleistung II 389 ^{10}, 390, 392 ^{16}, 398, 399, 402 ^{37}, 403.
Quotitäts- und Repartitionssteuer I 337.

R

Rayonbeschränkungen II 209 ^{7}, 220 ^{30}.
Rechte, öffentliche I 107.
Rechtspflege I 6, 140; Rechtsprechung I 134; Rechtsschutz I 124.
Rechtsweg I 125.
Regalien I 434, 435 ^{6}.
Regierung I 2, 11 ^{17}.
Reichsbank II 443; privatwirtschaftlicher Betrieb II 443 ^{22}, 482, 483; als juristische Person II 444, 599, 624.
Reichskammergericht u. Reichshofrat I 29, 34.
Reserveoffizier II 307 ^{32}; Bezüge II 367.
Rückkauf verliehener Unternehmungen II 467.
Ruhestand II 281; Ruhegehalt II 363; einstweiliger Ruhestand II 274; Wartegeld II 361 ^{19}.

S

Satzung (Statut) als Rechtsquelle I 87; verfassunggebend II 596; statutarische Vorschriften I 89, II 629.
Schlachthaus II 479; Benutzungszwang II 491.
Schließung gewerblicher Betriebe I 232 ^{17}, 386; der öffentl. Genossenschaft II 636.
Schöffendienst II 295.
Schule, öffentliche II 478; Schulzwang II 491; Schuldisziplin II 501 ^{11}; Schulgeld II 506 ^{19}; Schullasten II 389 ^{8}, 407, 412 ^{18}, 414 ^{27}; Schulverband II 419, 427 ^{10}.
Schutzmannschaft I 312.
Selbstverwaltung II 642 ^{18}.
Sparkasse II 478; rechtsfähige II 594, 600, 605 ^{6}.
Staat I 1; Staatsidee u. Fürst I 39; der eigentliche Staat neben dem Fiskus I 52; als unechte juristische Person II 588.
Staatshaushaltsplan II 355 ^{6}, 376, 687 ^{44}.
Stadtverordnete II 669 ^{25}.
Standesbeamter II 694 ^{20}.
Steuer I 331; feste und bewegliche I 333; direkte und indirekte I 333; gestundete Steuerpflicht I 354; bedingte I 356; schwebende I 359.
Stiftung, rechtsfähige II 592 ^{24}, 600, 601 ^{3}, 602 ^{4}; ältere bei Lastenverbänden II 583; kirchlichen Ursprungs II 605.
Strafe I 268.
Straße, öffentl. II 102; Privatstraße II 113; Straßenpolizei I 238 ^{4}, II 124 ^{25}, 149; Eigentumsbeschränkungen der Anlieger II 214, 215, 235; Straßenreinigungspflicht II 406, 415 ^{18}; Haftung des Straßenherrn II 541 ^{36}.
Straßenbahnunternehmen, verliehenes II 201; Schienenrecht II 187 ^{12}.
Substrat der juristischen Person II 608, 615 ^{28}.

T

Tarifsteuer I 339; Tarif der Anstaltsgebühren II 507.
Telegraphenanstalt II 480; Regal II 492 ^{31}; beschränkte Haftung II 515 ^{35}, 552; Recht der Drähte II 236.
Theater II 482.
Trennung der Gewalten I 57; Trennung von Justiz u. Verwaltung I 178.
Trinkhallen I 166.

Trunkenbold, Freiheitsbeschränkung I 129 9, 317 11.
Truppenübungen auf Privatgrundstücken II 234.

U

Überwachung, polizeiliche I 233; Überwachungsgewalt, finanzrechtliche I 370.
Ungehorsamsstrafe (Zwangsstrafe) I 284, 389, II 331, 458.
Ungültigkeit von Verwaltungsakten I 97; Ungültigerklärung I 98; aufsichtsrechtliche II 718.
Unmittelbarer Zwang I 297 28, 300.
Unternehmen, öffentl. II 1, 12, 431.

V

Veranlagung I 333.
Verband, öffentl. II 591, 602 4, 607 11, 628 22, 655 31.
Veredelungsverkehr I 358.
Verein als Grundlage der öffentl. Genossenschaft II 625; Vereinsgewalt II 633.
Verleihung (Konzession) II 180, 431; des Enteignungsrechts II 12 19, 16 28, 24 28; der Rechtsfähigkeit II 596 29, 602; besonderer Nutzungen II 182; eines öffentl. Unternehmens II 331; eines Amtes II 180.
Verordnung I 84; Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung I 86 6; Verwaltungsvorschrift I 86, 106.
Vertrag, öffentl.rechtl. II 262 11; über Steuerpflicht I 351, 352; im Lastenverband II 422; zwischen Verwaltungskörpern II 646.
Vertreter, verfassungsmäßige II 666, 669 4; kraft Mitgliedschaftsrecht II 670.
Verwaltung I 13.
Verwaltungsakt I 95; Geschichte I 60; auf Unterwerfung I 100; Verwaltungsurteil I 141; gleichwertige Beschlüsse kraft Mitgliedschaftsrecht II 664, 676.
Verwaltungsrechtspflege I 141; Verwaltungsstreitsachen I 154.
Verzicht auf Polizeierlaubnis I 265; auf verliehene Rechte II 195, 464.
Volk, Volksrechte, Volksvertretung II 638, 653 28.
Vollstreckungsbeamte I 312.
Vorentscheidung I 202.
Vorfrage aus fremder Zuständigkeit I 184.

W

Waffengebrauch I 320.
Wahl von Körperschaftsvertretern II 675.
Wahlrecht I 113 12; Wahlämter II 308.
Wegebaupflicht II 114 11; Wegeverband II 419.
Widmung öffentl. Sachen II 109.
Willenstheorie II 767 7, 600 4.
Wirkungskreis der Gemeinde II 654.
Wohlerworbene Rechte I 31, II 526 17, 528 19.

Z

Zeugnispflicht II 390.
Zoll I 340; Zollerleichterungen I 354.
Zurücknahme des Polizeibefehls I 248; der Erlaubnis I 268.
Zwangsbeitreibung, administrative I 391.
Zwangsdienstpflicht II 294.
Zwangseinschreibung II 727.
Zwangsgenossenschaft II 622.
Zwangsvollstreckung gegen Staat I 399; gegen fremden Staat I 184 12; gegen Verwaltungskörper I 399, II 730.
Zweckverband II 695.