

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**, früher in Berlin, des General-Prokurators **Dr. J. Glaser**, früher in Wien, der Professoren **Dr. C. S. Grünhut** in Wien, **Dr. A. Haenel**, früher in Kiel, **Dr. A. Heuser** in Basel, **Dr. E. Heymann** in Berlin, **Dr. H. Kantorowicz** in Freiburg i. B., **Dr. E. Kaufmann** in Bonn, **Dr. P. Krüger** in Bonn, **Dr. O. Mayer** in Leipzig, **Dr. L. Mitteis**, früher 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. C. v. Schwerin** in Freiburg, **Dr. Lothar Seuffert**, früher in München, **Dr. R. Sohm**, früher in Leipzig, **Dr. E. Strohal**, früher in Leipzig, **Dr. H. Triepel** in Berlin, **Dr. A. v. Tuhr** in Zürich, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner**, früher in Leipzig, **Dr. L. Wenger** in München, **Dr. C. Wieland** in Basel,

begründet von

**Dr. Karl Binding,**

früher Professor in Leipzig,

herausgegeben von

**Dr. Friedrich Oetker,**

Professor in Würzburg.

Sechste Abteilung, zweiter Band:

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. II. Band.

Dritte Auflage.



Verlag von Duncker & Humblot.  
München und Leipzig 1924.

Dra KARLA L. ŠTŮVKY

33-C-38

Deutsches  
**Verwaltungsrecht.**

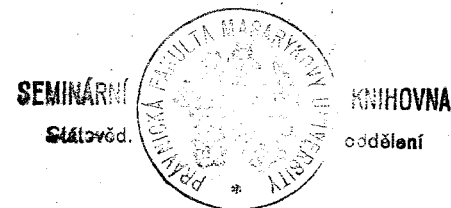
Von

Otto Mayer.

VYŘAZENO

Zweiter Band.

Dritte Auflage.



Verlag von Duncker & Humblot.  
München und Leipzig 1924.

# Inhaltsverzeichnis.

## Dritter Abschnitt.

### Das öffentliche Sachenrecht.

	Seite
§ 33. Die Enteignung; Verfahren . . . . .	1
§ 34. Fortsetzung; die Wirkungen der Enteignung. . . . .	22
§ 35. Das öffentliche Eigentum; Umfang . . . . .	39
§ 36. Fortsetzung; die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums. . . . .	57
§ 37. Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; der Gemeingebrauch . . . . .	73
§ 38. Fortsetzung; die Gebrauchserlaubnis . . . . .	89
§ 39. Fortsetzung; verliehenes Gebrauchsrecht . . . . .	95
§ 40. Auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten . . . . .	107
§ 41. Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung . . . . .	118

## Vierter Abschnitt.

### Besondere Leistungspflichten.

§ 42. Die öffentliche Dienstpflicht; Grundlagen . . . . .	135
§ 43. Fortsetzung; die Anstellung im Staatsdienst . . . . .	145
§ 44. Fortsetzung; Zwangsdienstpflicht und übernommenes Ehrenamt . . . . .	166
§ 45. Fortsetzung; die Dienstgewalt . . . . .	181
§ 46. Fortsetzung; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnissen . . . . .	204
§ 47. Öffentliche Lasten; gemeine Lasten . . . . .	217
§ 48. Fortsetzung; Vorzuglasten und Verbandlasten . . . . .	230

## Fünfter Abschnitt.

### Besondere Empfänge.

§ 49. Verleihung öffentlicher Unternehmungen . . . . .	243
§ 50. Fortsetzung; Rechte und Pflichten des beliehenen Unternehmers . . . . .	256
§ 51. Gewährte Anstaltsnutzung . . . . .	268
§ 52. Fortsetzung; Nebenrechte aus der Anstaltsnutzung . . . . .	284
§ 53. Öffentlichrechtliche Entschädigung . . . . .	295
§ 54. Fortsetzung; Entschädigungsfälle unregelmäßiger Art . . . . .	311

## Sechster Abschnitt.

### Die rechtsfähigen Verwaltungen.

§ 55. Die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts . . . . .	322
§ 56. Die rechtsfähige öffentliche Anstalt . . . . .	331
§ 57. Die öffentliche Genossenschaft . . . . .	342
§ 58. Die Gemeinde . . . . .	352
§ 59. Das Recht der Vertreterschaft . . . . .	368
§ 60. Zusammenwirken der Verwaltungskörper . . . . .	380
§ 61. Recht der Staatsaufsicht . . . . .	392
Sachregister für Band I und II . . . . .	405

## Dritter Abschnitt.

# Das öffentliche Sachenrecht.

### § 33.

#### Die Enteignung; Enteignungsverfahren.

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

Das öffentliche Unternehmen ist ein durch seinen besonderen Zweck gekennzeichnetes und abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung.

Es kann sich darstellen als ein Bestand von Mitteln, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem solchen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind. Dann sprechen wir von einer öffentlichen Anstalt<sup>1</sup>.

Die für das öffentliche Unternehmen ausgebildeten Rechtsinstitute, insbesondere die Enteignung, sind durch das Gesetz ausnahmsweise auch anwendbar gemacht worden für bestimmte Arten privatwirtschaftlicher Unternehmungen, die dadurch gefördert werden sollen wegen ihrer Bedeutung für das Gemeinwohl. Beispiele liefern das Bergwesen, das Forstwesen, die nichtöffentlichen Gewässer, die Heilquellen. Als solche Hilfsinstitute des Privatrechts werden sie gewisse anpassende Veränderungen erleiden. Hier kommt das aber alles nicht weiter in Betracht. —

I. Die Entwicklungsstufen unseres öffentlichen Rechts haben der Enteignung jeweils ihr besonderes Gepräge aufgedrückt<sup>2</sup>.

Zuerst erscheint sie als ein Stück in jener Sammlung eigenartiger Rechte, aus der die Landesherren die Staatsgewalt bilden sollten. Die

<sup>1</sup> Vgl. unten § 51 Eing.

<sup>2</sup> Darüber das Genauere bei G. Meyer, R. d. Exprop. S. 115 ff.; L a y e r, Prinz. d. Ent.R. S. 64 ff. Im Gegensatz zu G. Meyers gründlichen Forschungen ist, was L. S t e i n, Verwaltungslehre VIII S. 301 ff., als „Elemente der Geschichte des Enteignungsrechtes“ gibt, größtenteils Willkür. Wenn er aber die Stufenfolge unterscheidet: „Regalität, verordnungsmäßiges Enteignungsrecht, verfassungsmäßiges Enteignungsrecht“, so wird ihm dabei wohl das Richtige vorgeschwebt haben.

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 ein Stück des jus politicae, womit das Ungewöhnliche des Eingriffs abgestreift ist<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

Der Verfassungs- und Rechtsstaat der Neuzeit hat dann für diesen Rechtsvorgang die ihm eigentümlichen Formen besonders kräftig entwickelt.

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 der Grundrechte ihrer ausdrücklich zu gedenken, um hervorzuheben, daß sie nur nach Maßgabe des Gesetzes geschehen könne<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> 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 jus eminens noch einmal zu Ehren.

<sup>4</sup> Vgl. Bd. I S. 52, S. 53 Note 27. Ein Beispiel für die Formlosigkeit des Vorgehens ebenda S. 39 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.

<sup>5</sup> Bayr. V. U. Tit. 4 § 8; Bad. V. U. § 14; Württ. V. U. § 30; Sächs. V. U. § 31; Preuß. V. U. Art. 9; R. Verf. Art. 153 Abs. 2. Vgl. Bd. I S. 70 ff.

<sup>6</sup> Wir nennen vor allem: Bayr. Ges. v. 17. Nov. 1837 u. 8. Aug. 1878; Pr. Ges. v. 11. Juni 1874; Bad. Ges. v. 26. Mai 1908; Sächs. Ges. v. 24. Juni 1902; Württ. Ges. v. 20. Dez. 1888; Hess. Ges. v. 30. Sept. 1899.

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<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>.

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. Das Gesetz wird also der Verwaltung hier immer einen gewissen Spielraum lassen müssen, den diese mit freiem Ermessen ausfüllt<sup>9</sup>.

Den Forderungen des Rechtsstaates entspricht es, 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

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879; Brem. Verord. v. 14. Juni 1843. Fleiner in Festg. f. Laband II S. 23. 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 Einzelfalle ist hier nicht unbedingt gesichert.

<sup>9</sup> 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“.

richtet, bedeutet das, daß dieser Erfolg im Einzelfalle hervorzubringen ist durch einen Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts.

2. Wie die Dinge sich ordentlicherweise sonst entwickeln, erläßt jede Behörde die für ihren Verwaltungszweig erforderlichen obrigkeitlichen Anordnungen. 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. Militärbehörde, Justizbehörde, Straßenbehörde, Schulbehörde usw., 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<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>.

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

<sup>10</sup> Franz. Ges. v. 8. März 1810. Auf diesen Zusammenhang verweisen: Grünhut, Ent.R. S. 46; Seydel, Bayr. St.R. II S. 352.

<sup>11</sup> Die Gesetze bezeichnen als solche Enteignungsbehörden die Behörden der allgemeinen Landesverwaltung, ordentlichen Verwaltungsbehörden, und zwar meist die der Mittelstufe. — 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.

betreibenden Teiles. Die Enteignungsbehörde wird nur tätig auf Antrag des Vertreters des öffentlichen Unternehmens und nach Maßgabe seines 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 und den Staat, oder wem sonst das Unternehmen gehört, geradezu wie einen Kläger anzusehen, der den Rechtsschutz der Obrigkeit in Anspruch nimmt. Allein von Parteien und Prozeßverfahren im richtigen Sinne (vgl. Bd. I § 13, II) ist hier keine Rede<sup>12</sup>, auch von Rechtsprechung nicht, die ja gern damit verwechselt wird (vgl. Bd. I § 13, I)<sup>13</sup>.

Vor allem aber entspricht es nicht der Wirklichkeit, wenn die Enteignung als ein Verfahren betrachtet wird, in welchem dem Unternehmer ein obrigkeitlicher Rechtsschutz zuteil wird nach der Art, wie der Kläger ein ihm günstiges Urteil, der Baulustige die gesicherte Polizeierlaubnis erwirken kann<sup>14</sup>. 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 zur Geltendmachung der Kraft ihres Unternehmens.

Die Einsetzung besonderer Enteignungsbehörden samt ihrem ge-

<sup>12</sup> Das schließt nicht aus, daß die Sache nachträglich behufs der Nachprüfung auf einen förmlichen Rechtsweg, vor ein Gericht gebracht werden kann, wenn das Gesetz das so vorschreibt (Bayr. Ges. v. 8. Aug. 1878 Art. 8 Ziff. 10; Württ. Ges. v. 20. Dez. 1888 Art. 25.) Vgl. Bd. I § 15, I.

<sup>13</sup> Das zeigt sich da, wo das Gesetz, wie in Bayern, eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung grundsätzlich nur für Rechtsprechungsakte zuläßt: die Enteignung gehört dann nur dazu, wenn das Gesetz es besonders bestimmt hat. Dyrhoff, Kom. Anm. I. In diesem Sinne auch Goez, Württ. V.R.Pfl. S. 457: Indem der Verw.G.H. mit dem ganzen Ausspruch der Enteignungsbehörde „einschließlich der Ermessensfragen“ befaßt werden kann, ist ihm „eine besondere, außerhalb seiner regelmäßigen Funktion liegende Funktion übertragen“.

<sup>14</sup> 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 Lauer, Ent.R. S. 320 ff. Aber der ganze Rechtsanspruch beruht auf Täuschung; vgl. unten Note 27.

ordneten Verfahren bedeutet vielmehr ein Rechtsschutzmittel für die Gegenseite, für den zu Enteignenden: er soll einer kühleren, unparteiischeren Beurteilung gegenübergestellt werden, als der Taten- drang des unmittelbaren Vertreters des öffentlichen Unternehmens ihm gewähren könnte.

Für das Unternehmen handeln sie beide, Unternehmer wie Behörden des Enteignungsverfahrens, um gemeinsam den zur Enteignung erforderlichen Willensentschluß der öffentlichen Gewalt hervorzubringen, wenn auch diese Behörden das letzte Wort haben. Sie teilen sich dabei in die zu würdigenden Gesichtspunkte; auch Erwägungen der Zweckmäßigkeit und des freien Ermessens werden hier wie dort geübt. Der Unternehmer ist maßgebend für das eigentlich Geschäftsmäßige: ob die Sache 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 für die Fragen der zu nehmenden Rücksichten und des Bedürfnis- umfanges<sup>15</sup>.

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

— Einerseits kann der Ausspruch selbst auseinandergezogen werden, indem von den in ihm enthaltenen Fragen die erste, grund- legende verselbständigt und in einem besonderen Vorverfahren be- schieden wird. Das ist die Frage, ob das geplante Unternehmen der- art ist, daß dafür das erforderliche Privateigentum im Wege der Ent- eignung beschafft werden darf. Sie pflegt wegen ihrer Wichtigkeit

<sup>15</sup> Das eben geschilderte Zusammenwirken macht es erklärlich, daß hier eine Meinungsverschiedenheit entstehen konnte, für welche der Prozeß kein Seiten- stück 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 Ent- eignener, Expropriant. Wer ist aber das? Da sagen nun die einen mit derselben Entschiedenheit, der Staat sei es, der durch seine Behörde die Ent- eignung aussprechen läßt, wie die anderen, der Unternehmer sei es, der diesen Anspruch 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. Exprop. 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. Wir weichen dem wertlosen Streit um den Namen aus, indem wir dem Enteigneten die Enteignungsbehörde einerseits, den Unter- nehmer oder betreibenden Teil andererseits gegenüberstellen.

von der Enteignungsgesetzgebung einer höheren Stelle vorbehalten zu sein: der Regierung oder auch einem zu erlassenden Sondergesetz. Wir nennen das die Feststellung des Enteignungsfalles. Von diesem Ausspruche hängt es ab, ob im gegebenen Falle überhaupt Ent- eignung stattfindet oder nicht. Lautet er verneinend, so ist das weitere Verfahren unzulässig; andernfalls kann die Sache jetzt in das Haupt- verfahren übergeführt werden. Das Hauptverfahren selbst findet dann vor der ordentlichen Enteignungsbehörde statt. Nach dem, was vorweggenommen 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 Enteignungsgegen- standes. Damit verbindet sich die obrigkeitliche Erklärung, welche dem Verfahren seinen Abschluß und seine Wirksamkeit gibt, der Ent- eignungsausspruch<sup>16</sup>.

— Auf der andern Seite schließt sich an das so gegliederte Ver- fahren, 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 Festssetzung dieser Entschädigung geschieht wieder in einem be- sonders dafür eingerichteten Verfahren, welches aber auf verschiedene Weise in das Enteignungsverfahren selbst hineinverwoben zu sein pflegt. Darüber das Nähere unten § 34, II n. 2.

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 so- wohl 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.

1. Wer ein zur Enteignung geeignetes Unternehmen ausführen und dafür als betreibender Teil auftreten will im Enteignungsverfahren, muß fähig sein zur Trägerschaft der hier in Frage kommen-

<sup>16</sup> 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“ schlecht- hin erst beginnen läßt, nachdem der Enteignungsfall festgestellt ist, so wird damit das Gesamtbild zerrissen.

den Art von öffentlicher Verwaltung, die Zuständigkeit besitzen für ein solches Unternehmen<sup>17</sup>.

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 zustehenden 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, als welcher hier sowohl das Reich als das Land in Betracht kommen kann. 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 eigener Machtvollkommenheit deckte durch eine Erweiterung der Zuständigkeit der betreibenden Behörde.

Die zweite Möglichkeit bietet der Fall, wo eine besondere juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmer auftritt (vgl. unten § 55). Hier ist überall Fähigkeit zu öffentlicher Verwaltung von vornherein gegeben, aber diese Fähigkeit wirkt nur für den Kreis eigener 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<sup>18</sup>. Auch hier kann sich mit der Feststellung des Enteignungsfalles

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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 Folgerung daraus ziehen durch Zulassung dieses Gemeinwesens mit seinem Unternehmen zum Gebrauch des Enteignungsweges. Aber ganz

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<sup>19</sup>. Möglicherweise verbindet sich hier wieder mit der 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.

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 be-

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.

<sup>19</sup> 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, mit dem in der Literatur gern gespielt wird. 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 hätten alle drei gleichmäßig die Fähigkeit, für ein solches öffentliches Unternehmen vorzugehen und für das Enteignungsverfahren die zweite „Verleihung“ zu begehren.

zeichnen, 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“<sup>20</sup>.

Das allgemeine Enteignungsgesetz kann auch versuchen, die zulässigen Arten von Enteignungszwecken selber im voraus zu benennen und zusammenzustellen. Es gibt eine Aufzählung davon. Was nicht irgendwie unter einer solchen Rubrik Unterkunft findet, dafür kann nicht enteignet werden — außerordentlicher Gesetzeseingriff natürlich immer vorbehalten<sup>21</sup>. Andererseits gilt aber auch für das Aufgezählte, soweit es nicht unbedingt gemeint ist, jene aus dem Wesen der Enteignung fließende Forderung der Dienlichkeit für das öffentliche Wohl.

Ausgeschlossen sind demnach Bestrebungen 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<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> 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; R. Verf. Art. 153 Abs. 2: „zum Wohle der Allgemeinheit“.

<sup>21</sup> 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 Gemeindegewinne“. Erst bei den Kammerverhandlungen wurde die beschränkende Aufzählung hineingebracht: Hartmann, Ges. über Zwangsabtretung S. 25 ff. — Gierke, D. P. R. II S. 474.

<sup>22</sup> v. Rohland, Ent. R. S. 14: „private Gemeindegewinne“; Grünhut, Ent. R. S. 79: „im vermögensrechtlichen Interesse des Ärars“. Durch stärkere

— Hiermit hängt zusammen als weitere Einschränkung die bestimmte Art, wie das zu enteignende Grundstück Verwendung finden soll: es muß dem öffentlichen Unternehmen unmittelbar dienstbar gemacht werden, so daß es auf solche Weise selber dessen Zweck erfüllen hilft.

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 verlangt, daß das Grundstück mit seiner Körperlichkeit dem Unternehmer diene, nicht mit seinem Verkaufswert<sup>23</sup>.

Betonung des öffentlichen Interesses suchen manche der Abgrenzung mehr Genauigkeit zu geben: L a y e r, Prinz. d. Ent. S. 224 ff.; L e u t h o l d, in Annalen 1884 S. 321 ff.; N e u m a n n in Annalen 1886. Dabei pflegt nicht viel herauszukommen.

Das Preuß. Ent. Ges. § 23 Abs. I hat 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 Anschlußgleisen industrieller Werke: S e y d e l, Ges. über d. Ent. S. 178; E g e r, 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 S c h e l c h e r, Sächs. Ent. Ges. S. 173 ff. — Nicht unbedenklich ist die Verwendung der Enteignung für herzustellende Arbeiterwohnhäuser, Dienstwohnungen der Beamten nebst Dienstland: S e y d e l, Ges. über d. Ent. S. 182; E g e r, Ges. über d. Ent. II S. 184; L a y e r, 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.

<sup>23</sup> Hierher gehören die hier und da durch die Gesetze zugelassenen sog. Zonen-Expropriationen; N e u m a n n, in Annalen 1886 S. 405, und ausführlicher B r e d t, 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. R o h l a n d, Ent. R. S. 22 Note 3, geradezu als das „Verwerfliche“ an der Einrichtung. Das „Ungewöhnliche“ wäre richtiger gesagt. B r e d t a. a. O. S. 9 hat mich miß-



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<sup>24</sup>.

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

verstanden, 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 bemächtigt. 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 Durchbringung einer Sonderbestimmung. Daß das Pr. Ent. Ges. v. 1874 hierfür nicht ausreichte, liegt auf der Hand.

<sup>24</sup> Grünhut, Ent. R. S. 3, übertreibt den richtigen Gedanken, wenn er als wesentlich für die Enteignung aufstellt „die Übertragung in das öffentliche Gut“ = öffentliches Eigentum. — Hierher gehört das Preuß. Ges. v. 20. März 1908 Art. I § 13 ff., wonach der Staat zur Beförderung der deutschen Ansiedlung in Westpreußen und Posen Grundbesitz im Wege der Enteignung soll erwerben können. Rechtlich steht es so, daß diese Maßregel 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“, dem es dienen soll, wird hier das Grundeigentum nicht entzogen.

einen passenden Weg, um den Eingriff gründlich und dauernd zu machen, zugleich aber auch die Vermögenswirkungen in billiger Weise auszugleichen<sup>25</sup>.

3. Es genügt nicht, daß das Unternehmen in der angegebenen Weise dem öffentlichen Nutzen diene: 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 treten 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<sup>26</sup>.

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.

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

<sup>25</sup> So findet ihr Verfahren möglicherweise Anwendung zur Beseitigung gesundheitswidriger Wohnungen (Henle, Zwangsent. S. 80), zur Bildung eines Schutzstreifens gegen Feuersgefahr für Kunstsammlungen (Eger, Ges. über d. Ent. I S. 21).

<sup>26</sup> 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“); Lauer, Prinz. d. Ent. S. 270 ff., 303, 304, 313.

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<sup>27</sup>.

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 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 Eigen-

<sup>27</sup> Im Gegensatz dazu kann hier die Literatur wieder ihr verschieden benanntes subjektives Enteignungsrecht nicht früh genug anbringen: Eger, Ges. über d. Ent. S. 4; Layer, Prinz. S. 304, 310; Gierke, D. Pr.R. II S. 477 Note 55; O. Fischer, Expr.Vertr. S. 10.

tümer und alle, die sich sonst inzwischen gemeldet haben, zu laden sind, wird dann über 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 dem 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<sup>28</sup>. —

So bildet denn für diesen zweiten Teil des Verfahrens das zu enteignende Grundstück den festen Mittelpunkt. Und es fragt sich jetzt, inwieweit die Enteignung es 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<sup>29</sup>. 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 Gemeindgut, von der Eisenbahngesellschaft, die ihr Privatgrundstück zum Gegenstand eines derartigen Angriffes machen wollte. Schon äußerlich

<sup>28</sup> Preuß. Ges. über d. Ent. § 25 Abs. 2, §§ 44 u. 45; Eger, Ges. über d. Ent. II S. 200, 202, 218; 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; Scheleher, Sächs. Ent. Ges. S. 427 ff.; für das frühere Recht: derselbe, Rechtswirkungen der Ent. S. 94.

<sup>29</sup> Treichler, in Ztschr. f. deutsch. R. XII S. 140.

würde das scheitern an dem Mangel des für das Verfahren unentbehrlichen Enteignungsgegners<sup>30</sup>.

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 Rückbezüglichkeit der öffentlichen Gewalt auf den Staat in dem oben Bd. I S. 119f. 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.

So ist es denkbar, daß die Enteignung sogar 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 tatsächlich doch von großer Wichtigkeit sein; seine entgegenstehenden Anliegen haben Gelegenheit genug, sich wirksam zur Geltung zu bringen. Das wird vor allem im ersten Teile des Verfahrens geschehen, wo sich ja bereits übersehen läßt, ob und wie weit 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

<sup>30</sup> Wir kämen sonst zu dem Bd. I S. 148 Note 19 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. 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 Entschliebung 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).

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 zu entsprechender Berücksichtigung.

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<sup>31</sup>.

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 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).

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

<sup>31</sup> 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“. 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“. So Eger, Ges. über d. Ent. S. 15 ff. Im gleichen Sinne Seydel, Ges. über d. Ent. S. 16 ff.; 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 I. Allein das ist doch nur eine ganz willkürliche Aufbauschung der oben gezeichneten Rücksichtnahmen. Die Enteignung, einmal durchgeführt, hat kein anderes, vor allem kein widerstandsfähigeres Eigentum zur Folge als der freihändige Kauf.

Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungs. II. 3. Aufl.

er sich nicht selbst enteignen kann. Nur gegen Untertanen geht die Enteignung und was ihnen gleichgestellt wird<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>.

2. Die auf solche Art der Enteignung zugänglichen Grundstücke werden nun durch den Ausspruch der Enteignungsbehörde so weit in Anspruch genommen, als das zugelassene Unternehmen ihrer bedarf. 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 Schadens-

<sup>32</sup> Grünhut, Ent.R. S. 76 ff.; Layer, Prinz. d. Ent. S. 590 ff.; Fleiner, Instit. S. 334; Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 52 (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!). — In diesem Sinne auch schon das französische Recht: de Lalleau, Traité de l'exprop. I n. 182.

<sup>33</sup> Vgl. unten § 36, III. Da solche Einziehung formlos vor sich geht, kann sie in jeder Art von Zustimmung des Eigentümers zu der Enteignung zum Ausdruck kommen: Seydel, Ges. über d. Ent. S. 16 ff.; Sächs. Ent.Ges. v. 24. Juni 1902 § 7 Abs. 4. Sie entzieht sich deshalb leicht der Wahrnehmung der Autoren.

Statt auf Entziehung des Eigentums kann ja die Enteignung auch gerichtet sein auf eine rechtliche Belastung für das öffentliche Unternehmen (vgl. unten Note 39). 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.Ges. v. 20. Mai 1908 (Eisenb.Entsch. XXV S. 163).

ersatzanspruches oder des zu gewährenden Unterhalts<sup>34</sup>. 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, soweit er ihrer für sein Unternehmen bedarf.

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<sup>35</sup>.

Wo ein besonderes Gesetz die Enteignung außerordentlich 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<sup>36</sup>.

— 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

<sup>34</sup> Vgl. Bd. I S. 98 f. und hier oben Note 9.

<sup>35</sup> In dieser Hinsicht gibt Genaueres das Preuß. Ges. über d. Ent. § 23; ähnlich Sächs. Ent.Ges. § 9.

<sup>36</sup> Hier fehlte eben sonst das natürliche Maß. Vgl. oben Note 24 und 25.

nur einen auf das Ganze gestellten Enteignungsantrag des Betreibenden zusprechen darf, den gestellten und aufrechterhaltenen Teilantrag aber von selbst als auf das Ganze erweitert anzusehen hat<sup>37</sup>. 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<sup>38</sup>.

— 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

<sup>37</sup> G. Meyer, R. d. Exprop. S. 283; L a y e r, 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. 273). — 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. R o h l a n d, Ent. R. S. 95; G r ü n h u t, Ent. R. S. 152; S e y d e l, Bayr. St. R. II S. 257; S c h e l c h e r, 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. E g e r, 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 L a y e r, Prinz. d. Ent. S. 432; S c h e l c h e r, Sächs. Ent. Ges. S. 200 f.

<sup>38</sup> Braunsch. Ges. v. 13. Sept. 1867 § 7; Sächs. Ent. Ges. § 13 Abs. 2. Über die Gründe dieser Maßregel vgl. S c h e l c h e r, 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 Abgeordnetenhaus abgelehnt: B ä h r u. L a n g e r h a n s, Ges. über d. Ent. S. 41; E g e r, 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 (E g e r I S. 288 f.); Sächs. Ent. Ges. § 13 (S c h e l c h e r 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 Militäriskus, der dadurch vor allzu hohen Entschädigungsansprüchen geschützt werden soll. Die alsdann durchzuführende Enteignung benützt im übrigen das gewöhnliche Verfahren.

das Eigentum nicht gänzlich entzogen, sondern nur einer rechtlichen Belastung unterworfen wird. Dann sollte grundsätzlich nicht weitergegangen werden. Eine derartig beschränkte Enteignung ist aber in Wirklichkeit nicht sehr gebräuchlich, auch soweit das Gesetz sie zuläßt. Man kann im voraus meist gar nicht berechnen, wie weit der verbleibende Rest des ursprünglichen Eigentums dem sich entwickelnden Unternehmen noch störend werden kann<sup>39</sup>.

Auf alle Fälle muß es sich 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<sup>40</sup>.

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<sup>41</sup>.

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

<sup>39</sup> L a y e r, Prinz. d. Ent. S. 358 ff.; G r ü n h u t, Ent. R. S. 74; S c h e l c h e r, Sächs. Ent. Ges. S. 181 ff.; K o f f k a, Ges. über d. Ent. S. 30; E g e r, Ges. über d. Ent. I S. 38 f.

<sup>40</sup> S e y d e l, 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).

<sup>41</sup> 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 (E g e r, Ges. über d. Ent. I S. 39 u. 458), sondern gilt auch ohne Sondergesetz. Die Enteignung ist nicht dafür gegeben.

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 ja 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<sup>42</sup>.

### § 34.

#### Fortsetzung; die Wirkungen der Enteignung.

Die Enteignung hat zur Hauptwirkung den ihrem Wesen 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.

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.

<sup>42</sup> 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, Gewerbe-rechte u. a. Das wird aber wohl alles als selbständiger Gegenstand der Enteignung nicht in Betracht kommen.

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<sup>1</sup>.

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. Die Theorie suchte zunächst andere Auswege, vor allem auch in der Annahme einer zivilrechtlichen Obligation sui generis, aus der dann die pflichtmäßige Eigentumsübertragung fließe<sup>2</sup>. Schließlich fügte sie sich zögernd in die Tatsache, daß es sich hier um die unmittelbare Wirkung eines öffentlich-rechtlichen Aktes der Staatsgewalt handle<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> In diesem Lichte sieht die Enteignung A.L.R. I, 11 § 4: „Auch der Staat ist jemanden zum Verkauf 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 allein herrschenden 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 behalt sich lange damit; Eger a. a. O. S. 26, 31 u. 32 beruft sich noch auf 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.

<sup>2</sup> So G. Meyer, R. d. Exprop. 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 den Enteigneten zu einer (eigentumbegründenden) Besitzübertragung verpflichtete. In den späteren Auflagen fällt auch das hinweg. Es gibt nämlich kein solches Gesetz.

<sup>3</sup> Wichtig in diesem Sinne H. A. Zachariae, St.R. II S. 116 u. 128, wobei nur das alte jus eminens immer wieder dazwischenkommt; 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

Die mangelnde Vertrautheit mit öffentlich-rechtlichen 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<sup>4</sup>. Oder die Enteignung mußte sich als Erwerb durch Gesetz bezeichnen lassen<sup>5</sup>.

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. 93). So gut der Verwaltungsakt Gehorsampflichten und Befreiungen davon begründet, Zahlungspflichten auferlegt und Rechtsansprüche gewährt, kann er auch Eigentum dem einen entziehen, um es für einen anderen entstehen zu lassen. Tut er dieses dem Untertanen gegenüber zugunsten eines öffentlichen Unternehmens, so ist er das Wirkende in der Enteignung<sup>6</sup>.

aner kennenswert: 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; Gierke, D. Pr.R. II S. 470. 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“.

<sup>4</sup> H. A. Zachariae in Gött. Gel. Anz. 1861 I S. 119; 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 sich durch die Enteignung vollzieht, ist zugleich wieder ein guter Beweis für die Nützlichkeit der Fremdwörter.

<sup>5</sup> Laband im Arch. f. civ. Pr. LII S. 178; Grünhut, Ent.R. S. 183. Im Gegensatz zu der Lehre von der *lex specialis* wird hier ein Rechtssatz (Gesetz im mat. S.) verlangt. Darauf käme wohl auch Layer, Prinz. d. Ent. S. 597 ff. hinaus. Nach ihm vollzöge sich die Enteignung durch „eine Art Okkupation“; erst durch die Entschädigungsleistung „ist die Okkupation vollzogen“ (S. 604).

<sup>6</sup> G. Meyer, Verw.R. (1893) I S. 286: „Rechtsbegründender Verwaltungsakt“ — wobei nur unnötigerweise zweierlei, erst ein verpflichtender und dann ein dinglich wirkender rechtsbegründender Verwaltungsakt verlangt wird. Prazak, R. d. Ent. S. 48: „Staatsakt“; v. Rohland, Ent.R. S. 37: „eine Verwaltungsmaßregel, eine Verfügung“; Schelcher, Rechtswirkungen d.

2. Die Wirkung des Enteignungsausspruches, vermöge deren er das Eigentum entzieht, kann man sich wieder auf zweierlei Weise vorstellen. Entweder das Eigentum geht durch die Kraft des Enteignungsausspruches von ihm über auf den Unternehmer. Oder solches begründet sich hier unmittelbar 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<sup>7</sup>.

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 vollwirksam. Also geht, auch wenn man den richtigen Eigentümer gefaßt hat, das Eigentum nicht über, sondern wird bei dem einen zerstört, bei dem anderen neu begründet<sup>8</sup>.

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“.

<sup>7</sup> Der Zusammenhang mit der alten Lehre kann in der Weise betont werden, daß man zunächst einen öffentlichrechtlichen Enteignungsanspruch entstehen läßt, der seinerseits „ein persönlicher, obligatorischer ist“ und aus dem dann der Vollzug das dingliche Recht macht (Seydel, Bayr. St.R. III S. 628; Eger, Ent.Ges. II S. 503 ff.; Gierke, D. Pr.R. II S. 496 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. oben § 33 Note 28. 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“.

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<sup>9</sup>. Es ist ein und derselbe Grundgedanke, der nach allen Seiten hin zur Wirkung kommt.

3. Das Eigentum, welches für den Unternehmer so begründet wird, erweist sich regelmäßig als zivilrechtlicher Natur. Man bringt diese Beobachtung in der Formel zum Ausdruck: die Enteignung sei ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut mit zivilrechtlicher Wirkung<sup>10</sup>.

Gemeint ist damit zumeist, daß die Enteignung am Ende doch kein so ganz reines öffentlichrechtliches Rechtsinstitut wäre, sondern eher den „gemischten Rechtsinstituten“ sich anschliesse<sup>11</sup>. Zugleich 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<sup>12</sup>.

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

Was ist Eigentum? Wir sagen: die auf das Volle gehende rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache. Diese Herrschaft kann geregelt sein durch die Ordnungen des Zivilrechts; dann haben wir zivilrechtliches Eigentum. Sie kann aber auch geregelt sein durch öffentliches Recht; dann erscheint das, was wir öffentliches Eigentum nennen und nun alsbald genauer darstellen werden (vgl. unten §§ 35 u. 36). Ob das eine oder das andere zutrifft, das hängt davon ab, ob ein Träger öffentlicher Verwaltung Herr der Sache ist und dabei nicht als „gewöhnlicher Privatmann“ (Fiskus) auftritt, sondern seine richtige Natur durch Kennzeichen der öffentlichen Gewalt bewährt.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> 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“).

<sup>12</sup> Vgl. oben Bd. I S. 118.

Wie er das macht, das werden wir ja noch zu untersuchen haben<sup>13</sup>. Für das Rechtsinstitut des Erwerbsaktes genügt es zu wissen, daß einfach Eigentum begründet ist; damit ist es abgeschlossen; die Würdigung des Zuständlichen, das sich daran knüpfen wird, ist eine cura posterior.

Von der Enteignung insbesondere können wir ja sagen, daß das Eigentum, das sie begründet, nachher meist als zivilrechtliches sich darstellen wird; es kann aber auch öffentliches sein. Die Enteignung selber wird durch diesen Unterschied nicht weiter berührt. Für sich betrachtet bleibt sie öffentlichrechtlicher Natur bis zu Ende.

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. 94).

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<sup>14</sup>.

Mit der gehörigen Kundgabe gelangt das öffentliche Rechtsgeschäft zu seiner Vollendung (Perfektion)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> 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 Lauer, 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. Andere Mißverständnisse zu diesem Punkte bei G. Meyer a. a. O. S. 113; Spiegel, Verw.R. Wiss. S. 159.

<sup>14</sup> Sächs. Ent.Ges. § 71: „Mit der Eröffnung der Enteignungserklärung an denjenigen, dem dadurch Grundeigentum entzogen wird, tritt die Rechtsänderung 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).

<sup>15</sup> Für die alte Lehre, welche in der Enteignung einen Zwangskauf sieht, gestaltet sich die Perfektion anders. Sie kann eine Perfektion für die obliga-



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<sup>16</sup>.

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. Die Aufhebung in diesem Verfahren bedeutet aber dann gegebenenfalls eine Beseitigung mit rückwirkender Kraft<sup>17</sup>.

torische 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). Das beruht lediglich auf einer zivilistischen Zwangsvorstellung.

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> Wo das Gesetz über eine Anfechtung und Zurücknahme nichts bestimmt, versteht sich die Möglichkeit einer Wiederaufhebung des Enteignungsausspruches nicht von selbst. Seydel, Pr. Ent.Ges. S. 242, begründet das mit der Rechtskraft dieses Ausspruches. Allein von Rechtskraft ist hier keine Rede. Eger,

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<sup>18</sup>.

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 öffentlichrechtliche 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, unterliegt auch das so erworbene Eigentum den Regeln des bürgerlichen Rechts und kann nach diesen wegen mangelnder Eintragung in das Grundbuch verlorengehen:

— 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<sup>19</sup>.

— 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 zurücksitzen<sup>20</sup>.

Pr. Ent.Ges. II S. 355, erklärt eine Aufhebung für unzulässig, weil „das enteignete Grundstück durch den Enteignungsbeschluß res extra commercium wird“. Allein auch von res extra commercium ist hier 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 nach den gleichen Regeln, nach welchen auch die bindend gewordene Polizeierlaubnis zurückgenommen werden kann. Vgl. oben Bd. I S. 22, IV n. 2.

<sup>18</sup> 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.). — Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 26, bemerkt gegen mich: „Erwirbt der Unternehmer Eigentum ohne Eintrag, so kann er es auch ohne Eintrag geltend machen.“ Das ist auch meine Meinung.

<sup>19</sup> Nach Schelcher, Sächs. Ent.Ges. S. 27, 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.

<sup>20</sup> B.G.B. § 900 Abs. 1 (Tabularersitzung).

6. Die wirksam gewordene Enteignung, die das Eigentum des Unternehmers begründet, erzeugt eben dadurch für diesen auch einen Anspruch auf den Besitz des enteigneten Grundstücks. 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<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>.

Die Enteignungsentschädigung 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.

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

1. Für die Höhe der Entschädigung gibt keinen Maßstab der Kaufpreis, den der Enteignete vernünftigerweise hätte fordern können, und ebensowenig der Schadensersatzanspruch eines in seinen Rechten Verletzten. Sie bezweckt lediglich den Ausgleich des

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 Wert nicht, und daß dem Enteigneten der Wert verbleibt, findet in der Entschädigung seinen Ausdruck.

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<sup>23</sup>.

Bei Teilenteignungen bildet einen besonderen Entschädigungsposten der Minderwert des Restgrundstücks.

Störende Einwirkungen des Unternehmens, die nicht erst durch die dem Grundstück widerfahrne Enteignung vermittelt sind, können auch noch Entschädigungsansprüche begründen. Aber das ist dann eine Sache für sich<sup>24</sup>.

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<sup>25</sup>.

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<sup>26</sup>. 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 festsetzt mit Vorbehalt des ordentlichen Rechtswegs für beide Beteiligte<sup>27</sup>.

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 Menschen-

<sup>23</sup> Eger, Ent.Ges. I S. 119 ff.: Der „objektive Maßstab“ soll entscheiden (S. 119), der „objektive Wert“ (S. 121) ersetzt werden.

<sup>24</sup> R.G. 17. Juni 1884 (Entsch. XIII S. 254); R.G. 17. Juni 1884, (Entsch. XIII S. 246); 6. Okt. 1899, (Entsch. XLIV S. 334).

<sup>25</sup> Ein vielumstrittener Punkt: Schelcher, Rechtswirkungen S. 415 ff.; Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 453 ff.; Eger, Ent.Ges. I S. 264 ff.

<sup>26</sup> Anders nach R.G. 9. Nov. 1915 (Jur. Wochenschrift 1916 S. 32). Vgl. oben Bd. I S. 173 f.

<sup>27</sup> 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 u. 45; R.Verf. 153 Abs. 2.

rechte 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<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup>.

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 Besitzweisung oder auch behufs sofortiger Enteignung. Die Enteignungsbehörde erläßt auf Antrag des Unternehmers die grundlegende Anordnung<sup>30</sup>.

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

<sup>28</sup> Pr. Verf. Art. 9; Bayr. Verf. Tit. IV § 8; Sächs. Verf. § 31 (etwas abgeschwächt); Württ. Verf. § 30; Bad. Verf. § 14 Abs. 4.

<sup>29</sup> Von dieser dem französischen Rechte eigentümlichen Verhättschelung des Eigentümers scheint man aber bei uns doch jetzt abzukommen. Wenigstens dem Staat und der Gemeinde gegenüber läßt der Sächs. Ent. Ges. von 1902 § 50 nur noch die Forderung der vorgängigen Feststellung der Entschädigung übrig.

<sup>30</sup> Vorbildlich Franz. Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 53. Bayr. Ent. Ges. Art. 22; Pr. Ent. Ges. § 34; Bad. Ent. Ges. § 52; Württ. Ent. Ges. Art. 58 Abs. 4; Sächs. Ent. Ges. § 70.

1. Die Beteiligten können das Verfahren 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<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>.

Vor allem aber darf der Unternehmer, wenn er sich auf diese Art

<sup>31</sup> Das mindeste, was dafür vorauszusetzen ist, wird die erfolgte Feststellung des Enteignungsfalles sein (oben § 33, II).

<sup>32</sup> Das sind die eigentlichen sogenannten Expropriationsverträge. Darüber im allgemeinen: Schelcher, Rechtswirkungen S. 55 ff.; O. Fischer, Expropriationsverträge S. 34 ff. — Seydel, Bayr. St. R. II S. 353 f. u. 358, findet, es handle sich um eine „rechtliche Notwendigkeit“, der sich der Abtretende „unterwirft“, und eben deshalb „kann man von keinem Verträge, also auch von keinem Kaufe sprechen“. Dieselbe Auffassung von unserem Rechtsvorgang läßt sich auch an das angeblich durch die Anerkennung des Enteignungsfalles entstehende, das „verliehene“ Enteignungsrecht, also an einen späteren Punkt knüpfen: 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. Der Eigentümer, sagt man: „verkauft nicht sein Grundstück, sondern er läßt es sich nehmen“. Allein dieses „Sichnehmenlassen“ könnte, selbst nach entstandenem „Enteignungsanspruch“, 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 Ztschr. f. d. deutsche Gesetzgebung VIII S. 581 Anm. 73.

<sup>33</sup> 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: Pr. Ent. Ges. § 17.

Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Aufl.

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 S. 15) 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<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>. —

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

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

Das kann geschehen durch ausdrückliche Erklärung, Rücktrittserklärung. Die Behörde ist gehalten, dem Antrage jederzeit stattzugeben. Die grundsätzliche Zeitgrenze für solche Rücktrittserklärung ist die Vollendung, die Perfektion der Enteignung<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Planck, Komm. z. E.G. Art. 109 Anm. 1.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Dem steht es gleich, wenn durch vertragsmäßige Eigentumsübertragung

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 durch eine 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<sup>37</sup>.

Solchem Verhalten des Unternehmers gegenüber bedarf der, gegen welchen das Verfahren sich richtet, eines Schutzes.

Das Einfachste ist die Gewährung eine selbständigen Entschädigungsanspruchs wegen nicht durchgeführter Enteignung. Der Anspruch ist von der nämlichen rechtlichen Natur wie der auf die eigentliche Enteignungsschädigung. Er setzt kein Verschulden voraus und gründet sich nicht auf Vertrag, ist überhaupt nicht zivilrechtlicher Art<sup>38</sup>.

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. A. M. Seydel, Ent. Ges. S. 207. 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“.

<sup>37</sup> Dieser Vorbehalt kommt vor allem in Betracht, wenn es sich um Enteignung für einen beliebigen 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 öffentlichen Unternehmens selber. 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. 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 beilehen 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 eingeleitete gewesene Verfahren hinfällig wird und gegebenenfalls wiederholt werden muß“ (Seydel, Ent. Ges. S. 275; zustimmend Eger, Ent. Ges. II S. 257). Beides ist falsch; die beiden Arten von „Verleihung“ dürfen nicht so ineinander verschwimmen; vgl. oben § 33 Note 19.

<sup>38</sup> Pr. Ent. Ges. § 42; Sächs. Ent. Ges. § 76. Die Festsetzung und Erzwingung

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<sup>39</sup>. 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 er dafür das Grundstück dem Unternehmer zur Verfügung stellen, obwohl dieser es nicht mehr erwerben wollte<sup>40</sup>.

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. Möglicherweise 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. Ein Rückforderungsanspruch des Enteigneten

barmachung dieser Entschädigung erfolgt nach Pr. Ges. im Rechtswege, nach Sächs. Ges. durch die Enteignungsbehörde mit Vorbehalt des Rechtsweges.

<sup>39</sup> 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). — Im wesentlichen hier wohl übereinstimmend Layer, Prinz. d. Ent. S. 443 ff. Vgl. auch Daleke, Ent.Ges. S. 126 Note 103; G. Meyer in Ztschr. f. deutsche Gesetzgebung VIII S. 579 Anm. 79.

<sup>40</sup> Bayr. Ent.Ges. nach A.G. z. Z.P.O. Art. 46 Abs. 2, jetzt 17 Abs. 2; Pr. Ent.Ges. § 42 Abs. 2; Hess. Ent.Ges. Art. 68 Abs. 2; Gierke, D. Pr.R. II S. 498, gibt ihm sogar ein Recht auf „Abnahme des Gegenstandes“.

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<sup>41</sup>.

Im geltenden Rechte erscheint aber solches in zweierlei Formen:

— Es kann dem Enteigneten ein Anspruch gewährt sein auf Rückgängigmachung der Enteignung<sup>42</sup>.

Voraussetzung ist die Vereitelung des Zweckes der Enteignung, in dem obigen Sinne: das Grundstück findet nicht die Verwendung im Dienste des Unternehmens, um derentwillen 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 (Aufgabe des Unternehmens, anderweite Benutzung oder Verwertung des Grundstücks).

Berechtigt ist der Enteignete, oder wer als Erbe an seine Stelle getreten ist<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Schelcher, Rechtswirkungen S. 173 ff.; Gierke, D. Pr.R. II S. 506 ff.; Layer, Prinz. d. Ent. S. 432 ff. Der letztere nimmt, im Gegensatz 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 eigentümlichen Lehre von dem öffentlichen Interesse als Rechtstitel des Unternehmers (vgl. oben § 33 Note 22). Die Nichtverwendung für den öffentlichen Zweck beweist nachträglich, daß dieser Rechtstitel nicht vorlag (a. a. O. S. 434). — Früherhin hat man dem Enteigneten auch noch andere nachträgliche Hilfen solcher Art herauszufinden gesucht. So L. Stein, Verw.Lehre VII S. 336; G. Meyer, R. d. Exprop. S. 264; Grünhut, Ent.R. S. 162 ff.; Schelcher, Rechtswirkungen S. 176.

<sup>42</sup> Bayr. Ent.Ges. Art. XII Abs. 4; Sächs. Ent.Ges. § 83; Bad. Ent.Ges. § 59.

<sup>43</sup> 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'exprop. S. 167. Das

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<sup>44</sup>. Sie prüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, und spricht bejahendenfalls dem Antragsteller das Eigentum wieder zu<sup>45</sup>. Durch die Kraft dieser Entscheidung wird er Eigentümer, gerade so, wie er durch den wirksam gewordenen Enteignungsausspruch aufgehört hat, es zu sein<sup>46</sup>. Er wird dadurch andererseits auch verpflichtet, die empfangene Entschädigungssumme an den Unternehmer zurückzuzahlen.

Insofern stellt sich der Vorgang äußerlich dar als ein Gegenstück zur Enteignung<sup>47</sup>. 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<sup>48</sup>. Gemeinsam ist die Voraussetzung der Nichtverwendung für

Zusammenwerfen mit dem sofort zu besprechenden Vorkaufsrecht läßt diesen Schriftsteller zu keinem klaren Standpunkt kommen; dort steht die Sache anders.

<sup>44</sup> Gegen Oertmann, Landesprov.R. S. 159, der ein von den Gerichten zu schützendes Wiederkaufsrecht behauptet: Henle, Zwangsents. Ges. S. 134.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Thiel, Exprop.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.

<sup>48</sup> Layer, Prinz. d. Ent. S. 436, sieht darin eine durch ausdrückliches Gesetz verfügte Abschwächung seines selbstverständlichen Rückerwerbsrechts (oben Note 41). G. Meyer, R. d. Exprop. S. 269, betrachtet vielmehr, im Gegensatz zu diesem, das Vorkaufsrecht als ein besonderes Zugeständnis des Gesetzes. Beide 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.

das Unternehmen, das den Grund für die Enteignung gab<sup>49</sup>. 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<sup>50</sup>, 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.

### § 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, öffentliche Flüsse, Festungswerke. Wir nennen sie öffentliche Sachen.

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 bereithält 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 Unternehmen, die Anstalt als ein Stück

<sup>49</sup> 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. Zwangsabt. S. 63; Henle, Zwangsents. Ges. S. 132). Der Wortlaut des Gesetzes („sollte das Unternehmen rückgängig werden“) spricht eigentlich nicht dafür.

<sup>50</sup> 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.

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 bereithält, 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, öffentliche Verwaltung sein. Bei unseren öffentlichen Sachen aber ist diese Herrschaft selbst schon zur öffentlichen Verwaltung gehörig, und 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. 116f.).

Die Erscheinung der öffentlichen Gewalt kann, wie wir wissen, sehr mannigfaltige Gestaltungen annehmen. Doch äußert sie sich rechtlich niemals 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; sie 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 noch unbestimmten. Ihre Regelung macht die Rechtsordnung des Eigentums aus.

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 aber jetzt 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<sup>1</sup>.

Und das so gefundene Recht wird sich hier zugleich erweisen als das, was man das „richtige Recht“ nennt, den zu schützenden Gütern angepaßt und das damit gegebene Ziel in der einfachsten und vollkommensten Weise erreichend. Die öffentliche Sache soll ja 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<sup>2</sup>.

II. Man kann ja auch mit anderen Einrichtungen auskommen. Diese Dinge sind eben Fragen der Kulturentwicklung; das tritt hier besonders deutlich hervor.

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

Zwischen dem römischen Staate der republikanischen Zeit und seinen Bürgern gilt überhaupt nicht das jus civile. Auch im einfachen

<sup>1</sup> Wir können sehr wohl Jellinek's 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.

<sup>2</sup> 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).

vermögensrechtlichen Verkehr macht sich die majestas populi Romani noch bemerkbar. Dadurch entsteht neben dem System der Privatrechtsinstitute ein „korrespondierendes“ System von Verwaltungsinstituten<sup>3</sup>.

In der Kaiserzeit hat sich dann die große Scheidung vollzogen, die jetzt noch für uns maßgebend ist. Der Staat wird privatrechtlicher Ordnung zugänglich für vermögensrechtliche Beziehungen; wenigstens teilweise wird hier das bürgerliche Recht zwischen ihm und seinen Untertanen anwendbar. Die Brücke bildet der Prinzipat und der mit ihm verbundene Fiskusbegriff<sup>4</sup>. Frankreich, das in der kräftigen Entwicklung des neuzeitlichen Staatswesens uns vorausging, hat im Zusammenhange damit auch für das Staatsgut (domaine) feste Regeln gefunden. Es ist, wie im späteren römischen Recht, zweierlei Art: privatrechtliches Staatsgut (domaine privé de l'Etat) und öffentliches Gut, domaine public. Das letztere wird im code civil (Art. 539f.) behandelt, der allerdings nichts weiter darüber zu sagen weiß, als daß es nach seinem Eigentümer unterschieden sei. Erst die Juristen haben tatsächlich daraus gemacht, was wir jetzt unter öffentlichem Eigentum verstehen<sup>5</sup>.

Die Fragen, welche unseren deutschen Rechtszustand in diesen Dingen bewegen, führen zurück auf vorstaatliche Zeit und auf ihre urwüchsigen bäuerlichen Ansiedlungen. Die sind genossenschaftlicher Natur. Das unverteilte Gut, das keinem Genossen gehört und allen nützen soll, ist die Allmend. Sie umfaßt namentlich auch Wege und Plätze. Über die Instandhaltung und die Ordnung der Benutzung wacht die Vorstandschaft, die nachmalige Gemeindeobrigkeit<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> 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.“ Mommsen, Abriß der Röm. St.R. S. 366; derselbe, 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; Eisele, R.verh. d. res publicae S. 21, 24; Dernburg, Gutachten z. Basler Schanzestreit S. 17.

<sup>4</sup> Mitteis, Röm. Priv.R. I S. 369 Note 54: „Es gibt privatrechtlich geordnete res fiscales“ (I. 2 § 4 D. 43, 8) und „unter kaiserlicher Verwaltung stehende öffentliche Sachen“ — letztere öffentliches Eigentum wie bisher.

<sup>5</sup> O. M., Theorie d. Franz. V.R. S. 227 ff. — In der französischen Ausgabe meines deutschen Verw.R. (Droit adm. allemand III S. 87 ff.) habe ich dann meine Lehre vom öffentlichen Eigentum breiter vorgetragen, der sich jetzt G. Jèze in seinem Verw.R. d. Franz. Republik anschließt, indem er meine wichtigsten Sätze ins Deutsche übersetzt.

<sup>6</sup> Gierke, Genossensch.R. II S. 229 u. 234.

Manchfaltiger entwickeln sich derartige gemeinsame Einrichtungen in den Städten: Brunnen, Märkte, Waschwäuser, aber auch Mauern, Tore, Stadttürme werden hier als Allmend betrachtet<sup>7</sup>.

Im Reich und in den Territorien, die ja allmählich die Führung übernehmen, gibt es dann größere Straßenzüge, und vor allem auch die schiffbaren Flüsse und Seen treten dazu. Der Gemeingebrauch bleibt das kennzeichnende Merkmal auch dieser neuen Allmend; um seinetwillen nennt man sie jetzt „öffentliche Sache“<sup>8</sup>. Aber nach Kraft und Wirksamkeit tritt hier die Aufsicht der Obrigkeit stark in den Vordergrund. Sie gestaltet sich zu einem alles aufsaugenden landesherrlichen Hoheitsrecht: Wegehoheit, Wasserhoheit, wonach den Fürsten das Recht zusteht, Straßen anzulegen und einzuziehen, Flüsse zu regulieren, die Benutzung zu ordnen, vor allem auch Abgaben davon zu erheben und die ganze Polizei darüber zu handhaben<sup>9</sup>.

Und so ist denn hier zunächst das Ergebnis: Die im Gemeingebrauch stehenden Sachen sind res nullius, und zwar beharrliche res nullius, die auch nicht fähig wären, jemandes Eigentum zu werden, res extra commercium<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Gierke, Genossensch.R. II S. 667, 670, 677, 678 Note 105.

<sup>8</sup> Spiritum quasi ac vitam potius ab usu publico quam ab autoritate principis habere videntur“, heißt es von den Wegen (P. Heitz in Fritsch, Jus fluviale I S. 173 ff.).

<sup>9</sup> Pütter, Instit. § 336; Kreittmayr, St.R. § 16; Häberlin, St.R. III S. 5 ff.

<sup>10</sup> So die juristische Literatur, die sich jetzt mehr und mehr mit diesen Dingen beschäftigt hat. Wesembec bei Fritsch, Jus fluv. II S. 79: „Publica flumina non sunt in commercio, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, proprietate vero sunt nullius, quamvis quoad protectionem ad principem spectant.“ Die nämliche Konstruktion für die öffentlichen Straßen bei Fritsch, opuscula I, 14, tract. de regali viarum publicarum jure, cap. III n. 4. Vgl. Schwab in Arch. f. civ. Prax. XXX Beil. S. 39 Note 59 ff., S. 58 Note 81. — Ein merkwürdiges Wiederaufleben feierten diese Gedanken in dem berühmten Basler Schanzestreit. Um den Anspruch des abgetrennten Kantons Basel-Land auf Anteil an den Festungswerken der Stadt Basel auszuschließen, betonen Jhering und Keller in ihren Gutachten den für ihre Sache unschädlichen Gemeingebrauch, der von vornherein weder Eigentum noch Eigentümer aufweist, und das „sogenannte Eigentum des Staates“ muß dann denselben Weg gehen, da es ja doch nur die „Rückseite des Gemeingebrauchs“ ist (Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt, S. 38) oder, da es „ein reines Hoheitsrecht“ des Staates ist, „folglich jedes Privatrecht, mithin auch das Eigentum ausschließt“ (Keller, Erwiderung auf das Gutachten Rüttimann S. 4).

Dazu jetzt die kritische Besprechung des Falles bei Amberg, Schw. Zentr.Bl. f. St. u. Gem.Verw. XIX, welche das als die damals herrschende Auffassung bestätigt. War doch auch noch im A. L.R. II, 15 § 2 die öffentliche Sache



Später hat dann auch der kräftiger gewordene Polizeistaat sein eigenartiges System für die Behandlung vermögensrechtlicher Verhältnisse auch hier zur Geltung gebracht. An die Stelle, die ursprünglich die genossenschaftliche Gesamtheit einnahm, nachher die *res nullius* und *extra commercium* markierte, setzte er den minderwertigen Zwillingbruder des Staates, den Fiskus, gerade stark genug, um das Eigentum an diesen Sachen zu vertreten und von dem „eigentlichen Staat“ dazu angehalten zu werden, daß er sie ihrem öffentlichen Zwecke entsprechen läßt (vgl. oben Bd. I S. 47 ff.). In ihrem Zusammenwirken bilden sie auch für die Ordnung des Rechts der öffentlichen Sache wieder eines jener „gemischten Rechtsinstitute“, das sich mit wohlthuender Folgerichtigkeit in das ganze System einfügt<sup>11</sup>. Man kann es verstehen, daß der fertigausbildete Jurist von seinem Fachstandpunkt aus Wohlgefallen daran fand und — noch findet.

Auch diese Lehre hat aber ihre Zeit gehabt. Wir sind zweifelhaft geworden, ob es sich verlohnt, das eigentümliche Gebilde juristischer Technik, das sie bietet, als nationale Besonderheit festzuhalten, da doch namentlich auch die beiden Völker, von denen wir gewohnt, für die Art der Gestaltung rechtlicher Dinge zu lernen, die Römer und die Franzosen, darin übereinstimmen, daß sie der Frage eine andere Lösung geben: die des einheitlichen öffentlichen Eigentums. Es konnte nicht ausbleiben, daß sich auch bei uns Bestrebungen geltend machten, mitzugehen in dieser Richtung.

Nach Lage der Sache war nicht zu erwarten, daß man sofort damit durchdringen werde. Juristen sind meist konservative Leute. Der Kampf wird von den Gegnern der neuen Richtung denn auch noch sehr im Tone der *beati possidentis* geführt, die sich durch kräftiges Behaupten jeden Zweifel am Werte ihres Besitztums fernhalten wollen<sup>12</sup>.

ins „gemeine Eigentum“ des Staates verwiesen, was nach der Rechtsprechung des O.Tr. bedeutet, daß sie nicht *res fiscali*, folglich überhaupt nicht Eigentum des Staates sei. Und R.G. 23. Sept. 1880 (III S. 232) hat diesen alten Faden wieder aufgenommen mit dem Satz: 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*“!

<sup>11</sup> Vgl. oben Bd. I S. 118; Wappäus, Dem R.verkehr entzog. Sachen, S. 43. Besonders deutlich R.G. 23. Febr. 1880 (I S. 366): Meeresufer ist Eigentum des Fiskus, aber beschränkt durch Gemeingebrauch; wenn jener ihn hindert, hat man sich an den Staat um Abhilfe zu wenden.

<sup>12</sup> Das geschieht selbst an hervorragenden Stellen. So z. B. das Sächsische O.V.G. hat sich ja eine Zeitlang selbst zur Lehre vom öffentlichen Eigentum bekannt, dann aber in der Begründung zum Urteil vom 9. Febr. 1910 (Jahrb. XV

Übrigens ist die vermeintlich noch herrschende Meinung in sich selber jetzt nur einzig in der Verneinung unseres öffentlichen Eigentums. Zur Zeit der allein geltenden Fiskuslehre war das anders. Zu dieser will man sich aber heutzutage im Ernste meist nicht mehr bekennen. So hat sich denn in neuerer Zeit namentlich auch eine bedeutsame Abschwenkung vollzogen zugunsten der Lösung: „Privateigentum mit publizistischen Beschränkungen“<sup>13</sup>. Das ist ja möglicherweise nur ein Versuch der Verhüllung des alten Dualismus. Man geht aber jetzt meist noch weiter und will geradezu verneinen, daß hinter der publizistischen Beschränkung, welche zugunsten des Zweckes, dem sie dient, den Eigentümer der öffentlichen Sache trifft, überhaupt ein anderes Rechtssubjekt stehe, sei es der Staat selbst oder ein Privater. Das führt zu der unmöglichen

S. 175), das eigentlich zu solchen Ausführungen gar keinen Anlaß gab, sich mit einem gewissen Bedauern davon abgewendet: es sei „schon mit Rücksicht auf den bestehenden Rechtszustand nicht anhängig, die auf dem Boden des französischen Rechts durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift wurzelfest gemachte Lehre vom öffentlichen Eigentum (*domaine public*) nach Deutschland zu verpflanzen“. Nun beruht aber auch in Frankreich diese Lehre durchaus nicht auf „ausdrücklicher Gesetzesvorschrift“, sondern auf „Wissenschaft und Rechtsprechung“ (vgl. oben S. 42), und gar jener „bestehende Rechtszustand“ ist doch nichts als eine völlig unzulänglich gewordene Theorie! — Noch stärker die amtliche Begründung zum Pr. Wasserges. v. 7. April 1913 (Abg.H. Drucks. I S. 671), die es ablehnt, „um unbestimmter Vorstellungen willen, die sich nach dem geltenden Rechte bietende feste Grundlage des Eigentumsbegriffes zu verlassen“. Diese feste Grundlage böte dem öffentlichen Eigentum der Text des A. L.R. mit seinem „gemeinen Eigentum des Staates“ so gut und so schlecht wie der c. c. mit seinem *domaine public*. Hier wie dort macht doch erst die Rechtsprechung der Gerichte ein bestimmteres geltendes Recht daraus. Und das tut z. B. unser Reichsgericht, wenn es (1. Okt. 1912, XXX, 123) vom Strombett des Rheines bei Düsseldorf erklärt, es bilde, wie der Strom überhaupt, nicht „privatrechtliches Eigentum des Staates, es handle sich vielmehr um ein Verhältnis öffentlichen Rechts“. Darf man das von der Spree aus so ohne weiteres als „unbestimmte Vorstellungen“ verurteilen?

In eine Polemik mit der gegnerischen Literatur möchte ich hier nicht nochmals eintreten. Dafür verzichte ich auch darauf, die Zustimmungen hier zu begrüßen, die ich gefunden habe. Ziemlich objektiv die Zusammenstellung bei Friedrichs in Arch. d. öff. R. XL S. 257 ff.

<sup>13</sup> Jellinek in Verw.Arch. V S. 311; Bekker, System d. Pand.R. § 76; 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.; Häwelka, Österr. Friedhofsrecht S. 45 ff.; Germershausen, Wegerecht I S. 84. R.G. 16. Juni 1899 (Preuß. Verw.Bl. XXI S. 97).

Annahme subjektloser Rechte<sup>14</sup> und im weiteren Verlauf notwendig zu der Verschmelzung von Eigentum und damit zu führender öffentlicher Verwaltung bei dem Träger der letzteren als dem einzigen Subjekt, das hier gegeben ist: dieses letztere wird man dann auch nicht mehr Fiskus nennen, und sein einheitliches Eigentum, um das es sich dann handelt, kann nur unser öffentliches Eigentum sein. Das entspricht dem natürlichen Ausgange jenes „Kampfes mit der eigenen Vergangenheit“, in welchem die Entwicklung unseres Verwaltungsrechtes sich vollziehen muß (vgl. oben Bd. I S. 134)<sup>15</sup>.

III. Die öffentliche Sache setzt das Zusammentreffen von zweierlei voraus: Zugehörigkeit der Sache an eine Trägerschaft öffentlicher Verwaltung und ein unmittelbares 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 und die Länder teilen sich bei uns darein. Die Auseinandersetzung zwischen ihnen bleibt richtiger der Staatsrechtslehre überlassen.

— An Stelle des Staates 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 Umfange solches sich verwirklicht, das hängt ab von dem Umfange des Selbstverwaltungsrechtes: nur für Zwecke, die innerhalb der Grenzen

<sup>14</sup> Bezeichnend Bekkers Verzweiflung über diese „unfertige“ Theorie: „Nur um betretene Pfade nicht ohne genügenden Grund zu verlassen, akzeptieren wir sie“ (System d. Pand. S. 337). Die gleichen Bedenken bei R. G. 16. Juni 1899 (Pr. Verw. Bl. XXI S. 167): „Ein dieser Beschränkung gegenüberstehendes berechtigtes Subjekt ist nicht vorhanden.“

<sup>15</sup> Dahin weisen auch die Verhandlungen zum Schweizerischen Z. G. B., über welche A m b e r g, Das öff. Eigentum nach schweizerischem Recht, berichtet. Wenn die öffentlichen Sachen „nicht im Privatrecht des Staates stehen, sondern unter dem der Staatshoheit“, so ist das eben doch wohl schon öffentliches Eigentum.

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.

Es gibt ja 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 besonderen Stellung, welche unser Staat ihr zuweist, und vermöge deren auch ihre Angelegenheiten als öffentlich und folglich ihre Tätigkeiten wie öffentliche Verwaltung anzusehen sind<sup>16</sup>. 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 haben gemeinsam, daß sie mit ihrer Verwaltung unter einer gewissen Einflusnahme des Staates stehen. Sie faßt sich in dem Begriff der Staatsaufsicht zusammen (unten § 61). Selbstverständlich begreift sie auch deren öffentliches Eigentum und äußert sich dann in Gebundenheiten, welche ihnen der Staat bezüglich dieses Stückes ihrer Verwaltung auflegt.

— Den dritten Fall bildet dann wie bei der Enteignung der Fall des beliebigen 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

<sup>16</sup> Darauf läuft ja auch ihre Bezeichnung als öffentliche Korporation, öffentliche Anstalt hinaus. Hinschius, Staat und Kirche, in Marquards. Hdb. § 20; vgl. auch Herzog, Realenzykl. f. prot. Theol., Art. Staat u. Kirche, IV; Rothenbücher, Trennung von Staat und Kirche S. 451 ff. R. Verf. Art. 137 Abs. 5.

einer solchen Sache zu sein. Aktiengesellschaften für Eisenbahnen, Kunststraßen, Schiffahrtskanäle geben die Beispiele<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>.

— 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

<sup>17</sup> 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<sup>o</sup> 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 S. 373). Die Polizei und die Macht, eine öffentliche Sache zu haben, war auch hier 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 25.

<sup>18</sup> 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 öffentlich rechtliche 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.

dann ein dingliches Recht an fremder Sache, eine Dienstbarkeit, die ihm zusteht. Diese ist dann ebensogut öffentlichrechtlicher Natur geworden wie in jenem ersten Falle das Eigentum: ein Recht an der Sache, vermöge dessen öffentliche Verwaltung durch sie unmittelbar geführt wird<sup>19</sup>. 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<sup>20</sup>.

— 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. Zur Not steht aber der Besitz hier auch einstweilen auf sich allein, um die öffentliche Sache wenigstens vorläufig zu halten und sicherzustellen<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> 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. — Goetz, 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.“ Aber die öffentlichrechtliche Wegeservitut bedarf eines öffentlichrechtlichen Titels so wenig wie das dem Wege dienende öffentliche Eigentum.

<sup>20</sup> 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“. —

<sup>21</sup> Unten § 36 II n. 3, § 41 II n. 4.

IV. 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*<sup>22</sup>. Unsere öffentlichen Sachen bilden in diesem letzteren einen engeren Kreis, abgegrenzt durch das Merkmal jener besonderen Unmittelbarkeit der Erfüllung des öffentlichen Zweckes, die sie auszeichnen soll. Zugleich muß dieser Zweck so empfindlich sein, daß er auch vorübergehende Störungen, wie sie die Geltendmachung fremder Rechte an diesen Sachen verursachen könnte, nicht verträgt.

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 Gesetzbücher der Neuzeit versuchen sich gern in einer den Lehrbüchern entnommenen Aufzählung. 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 gewisse besonders wichtige Sachen, die nach dem soeben betonten Merkmal zweifellos hierher gehören<sup>23</sup>. Dazwischen wohl auch anderes, und es ist bemerkenswert, wie diese fremdartigen, d. h. unserem Merkmal nicht entsprechenden Zutaten von der Rechtsübung unbedenklich,

<sup>22</sup> L a b a n d, 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. R e g e l s b e r g e r, 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 L a b a n d fehlt, entschuldigt er S. 416 Note 6 damit, daß L a b a n d „keinen Anlaß hatte, diese Gruppe in Betracht zu ziehen“.

<sup>23</sup> A. L. R. II, 14 § 21: „Die Land- und Heeresstraßen, 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 fernhält. So Mot. z. I. Entw. III S. 27.

auch dem klaren Wortlaut des Gesetzes zum Trotz, abgestoßen zu werden pflegen, welche andererseits auch wieder Sachen, die offenbar diesem Merkmal entsprechen sollen, neu hinzufügt<sup>24</sup>. So wenig ist das Gesetz hier geneigt, jenen mit formaler Strenge zu handhabenden „Rechtszustand“ vorzustellen, mit dem man sich jetzt brüsten möchte.

Danach ist es immerhin möglich, einen Katalog der in unserem geltenden Rechte anerkannten öffentlichen Sachen aufzustellen<sup>25</sup>.

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, und 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<sup>26</sup>. Endlich kommen hinzu die Wasserstraßen: schiff- oder flößbare Flüsse, Ströme oder öffentliche Flüsse genannt<sup>27</sup>, und

<sup>24</sup> Code civ. art. 539 benennt als Bestandteil des „domaine public“ auch das herrenlose Gut, art. 540 die aufgelassenen Festungswerke. Das wird gleichwohl alles ohne weiteres als *domaine privé* behandelt: Theorie d. franz. Verw. R. S. 227; D e m o l o m b e, 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). Von Gewohnheitsrecht dürfen wir in solchen Fällen nicht sprechen; vgl. Bd. I § 8 n. 4.

<sup>25</sup> Nur um u n b e w e g l i c h e Sachen handelt es sich hier wie bei der *Enteignung* (vgl. oben § 33 Eing.); *vilis mobilia possessio*. F l e i n e r, 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 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.

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> Die S t r ö m e 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 G i e r k e, D. Pr. R. II S. 29 und Note 40; vgl. oben Note 11). Die Wasserwelle

Schiffahrtskanäle sowie, entsprechend den Verkehrsplätzen, die See- und Binnenhäfen und die dem öffentlichen Verkehre dienenden Seen<sup>28</sup>.

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 übereinstimmten, daß sie nicht wußten, 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 öffentlich-rechtlich 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 Freiburger und Zwickauer Mulde. Bei den Verhandlungen wurde aber doch sehr wohl anerkannt, daß es mit der Elbe seine besondere Bewandnis habe. Der Bericht der Zwischendeputation der I. Kammer S. 12 sagt von ihr: Bei der Straße läßt sich „der Gegenstand ebensowohl als Objekt des Individual Eigentums 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 papierernen Stil unserer Gesetzgebung. Was dazu gehört, sind „die in dem anliegenden Verzeichnis aufgeführten Strecken natürlicher Wasserläufe“ (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1), womit tatsächlich die schiffbaren Flüsse umfaßt werden. 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 u. Kreuz, 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.

<sup>28</sup> 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

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, 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<sup>29</sup>. 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

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).

<sup>29</sup> 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 niemandem 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.

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<sup>30</sup>.

Der Gedanke der besonderen Rechtsgewähr für den zweckgemäßen Bestand der Sache 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<sup>31</sup>.

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 Gemein-

<sup>30</sup> Gierke, D. Pr.R. II S. 30. Vgl. auch R.G. 23. Febr. 1880 (Entsch. I S. 366).

<sup>31</sup> Daß der Versuch, die öffentliche Sache dem „Publikum“ zuzueignen, dem der Gemeingebrauch gehört, gerade an den Basler Festungswerken gemacht werden mußte (vgl. oben Note 10), verdient als eine Merkwürdigkeit verzeichnet zu werden. Auch Wappäus, D. Rechtsverk. entz. Sachen S. 107, will diese 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 Privatverkehrsverkehr entzogen sind.“

wesen bedeutet. Auch hier gibt es keinen Gemeingebrauch, auf welchen die Sonderstellung zurückzuführen wäre<sup>32</sup>.

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 Gegensatz zu den bloßen Hausanschlüssen)<sup>33</sup>. Auch öffentliche Gemeindebrunnen hat man schon hierher rechnen wollen<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>.

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 Verkehrs bedeutete<sup>36</sup>. 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,

<sup>32</sup> Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt S. 44, hält auch hierfür seine einseitige Betonung des Gemeingebrauchs aufrecht.

<sup>33</sup> So der Fall des Hamburger Siels in R.G. 10. Jan. 1883 (Entsch. VIII S. 152); vgl. oben Note 20.

<sup>34</sup> Wappäus, D. Rechtsverk. entz. Sachen S. 107; Roth, Bayr. Ziv.R. I S. 332. Bayr. Ob.Ger.G. 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.“

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Meurer, Heil. Sachen I S. 170 ff.

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 (vgl. oben Note 16). Nicht alle gottesdienstlichen Gebäude also kommen hier in Frage, sondern nur die, welcher einer derart ausgezeichneten Religionsgesellschaft dienen. Die ganze Tätigkeit einer solchen ist 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<sup>37</sup>.

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

<sup>37</sup> 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.

Ein Gemeingebrauch, den Gierke gleichfalls hier bejahen möchte, 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 Gebäude, das eine öffentliche Sache im Rechtssinn vorstellt; solche 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.

Sache. Die Kirchhöfe der öffentlichen Religionsgesellschaften bilden ein Stück von deren Verwaltung, welche der neuzeitliche Staat der seinen gleichstellt. Im weiteren Verfolg vollzieht sich dann mehr und mehr eine Verweltlichung der Kirchhöfe; sie werden öffentliche Sachen der bürgerlichen Gemeinde.

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<sup>38</sup>.

### § 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<sup>1</sup>. 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:

<sup>38</sup> 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.

<sup>1</sup> Mangels anderer Originalität behaupten neuere Leitfaden des Verwaltungsrechts, ich hätte nicht gesagt, welche Regeln das seien. — Unsere Darstellung wurde hier gegen früher stark gekürzt.

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.

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 Kauf oder Enteignung.

Nun beginnen die Herrichtungsarbeiten, um die Grundstücke geeignet zu machen, als öffentliche Sache zu dienen. Man gibt ihnen 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. 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 Wille der Verwaltung, durch welchen die also hergerichtete Sache in den Dienst des öffentlichen Zweckes gestellt wird, ihre Widmung für diesen Zweck<sup>2</sup>.

Sie ist keine obrigkeitliche Anordnung, kein Verwaltungsakt, enthält keinen bindenden Ausspruch dessen, was Rechtens sein soll, und bedarf keiner Form.

Der irgendwie zutage tretende Wille des Herrn der öffentlichen Sache, von nun an durch die bereitgestellte Sache die entsprechende öffentliche Verwaltung zu führen, macht aus dem Privateigentum öffentliches, aus der privatrechtlichen Wegedienstbarkeit eine öffentlich-rechtliche und gibt ebenso auch dem bloßen Besitz jene öffentlich-rechtliche Natur, die wir schilderten<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> 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 (Fischers Ztschr. XXXI S. 355).

<sup>3</sup> 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

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 sind jetzt öffentliche Sachen, wie die anderen.

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 sie übernommen 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.

Unter Umständen vollziehen sich dann Verschiebungen am Bestand der öffentlichen Sache ganz in gleicher Weise, nämlich auf natürlichem Wege: der Strom verlegt sein Bett, die Strandlinie schiebt

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 (öffentliche 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). Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 5: „Es genügt auch die stillschweigende Bestimmung für den öffentlichen Verkehr.“

Dem Bedürfnis bureaukratischer Korrektheit entspricht die in Preußen üblich gewordene Formel, wonach für das Zustandekommen eines öffentlichen Weges stets die Zustimmung von den „Rechtsbeteiligten“ nötig wäre: Eigentümer, Wegebaupflichtiger, Polizeibehörde. Vgl. O.V.G. 6. Mai 1896 (Entsch. XXX S. 112); 30. Okt. 1905 (Fischers Ztschr. XXXI S. 355); R.G. 4. Febr. 1898 (Entsch. XLVIII S. 297). Daß der Eigentümer des Grund und Bodens ein anderer ist als der Wegeherr, ist doch nur eine abnorme Komplikation, die man nicht zu einem wesentlichen Stücke des Begriffes aufbauschen sollte. Der Schwerpunkt liegt aber ordentlicherweise bei dem Gemeinwesen, dem der Weg gehören soll, und das ja regelmäßig auch wegebaupflichtig sein wird; die Polizeibehörde, wo sie gesondert auftritt, gibt doch nur ihren Segen dazu.



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<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. —

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

Ein Unternehmer hat, um seine Grundstücke verkäuflich zu machen, den städtischen Vorschriften entsprechend die im Bebauungsplan vorgesehene Straße fertiggestellt. Mit Duldung der Polizei läßt er vielleicht 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

<sup>4</sup> Daher vergleicht I. 30 § 3 D. 41, 1 den Fluß mit einem Katasterbeamten, der das Grundstück umschreibt: *flumina enim censorum vice funguntur, ut ex privato in publicum adiacent et ex publico in privatum.*

<sup>5</sup> 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 so weit 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.“

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 öffentlich-rechtlichem Besitz, öffentliches Eigentum entsteht für sie mit der privatrechtlichen Übertragung<sup>6</sup>.

II. Die Rechtsordnung des einmal entstandenen öffentlichen Eigentums regelt die Beziehungen des Herrn der öffentlichen Sache als solchen zu anderen.

1. Die öffentliche Sache ist nicht außer Verkehr. Kraft seines Eigentums kann der Herr der öffentlichen Sache über sie verfügen. Diese Verfügungen vollziehen sich aber 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 Verwaltungsverchiebung, die das Eigentum mit begreift. Die Form ist die eines Sondergesetzes oder eines Verwaltungsaktes, der dann besondere Gestaltungen annehmen kann<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> 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“. 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 öffentlich-rechtliche getreten sind“. Hier blitzt auch beim Reichsgericht schon einmal die Idee des öffentlichen Eigentums auf.

<sup>7</sup> 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 Verwaltungsverchiebung 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 ist 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

— 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 Verwaltungsverchiebung<sup>8</sup>.

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 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 mußte“.

<sup>8</sup> 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). — Öffent-

— 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 wichtigen Teil des öffentlichen Sachenrechts; vgl. hier 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<sup>9</sup>.

Und der Ausschluß beschränkt sich andererseits nicht auf Veräußerungsgeschäfte: das ganze bürgerliche Recht hat mit dem öffentlichen Eigentum nichts zu tun<sup>10</sup>.

Ausgeschlossen ist das Rechtsinstitut der Eigentumsersitzung. Ausgeschlossen sind alle Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts,

licher 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.

<sup>9</sup> 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. 65 ff.).

<sup>10</sup> Samt seinen Hilfseinrichtungen. 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.

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 öffentliche 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<sup>11</sup>.

Weiter: auch das Verwaltungsrecht findet auf das öffentliche Eigentum keine Anwendung, sofern es eben Untertanenrecht ist, für die Einzelnen und ihr Eigentum gegeben. Daher die bereits hervor gehobene Unanwendbarkeit der Enteignung<sup>12</sup>. Daher auch der Ausschluß von gesetzlichen Grunddienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts: die Verständigung der beiderseits die öffentliche Verwaltung vertretenden Behörden, nötigenfalls das Eingreifen der gemeinsamen Oberen schafft den wünschenswerten Ausgleich.

3. Der auf solche Art gefeite Kreis hat seine Grenzen, jenseits welcher wieder das Untertanenrecht seine Herrschaft behauptet.

<sup>11</sup> 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 die Gr.B.O. 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; 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. Beispiele solcher Ordnungsmaßregeln geben die Sächsischen Oblastenbücher (Rumpelt, Komm. S. 95 f.) und die Berliner Verzeichnisse über von den Grundstücken noch zu entrichtende Anliegerbeiträge (v. Strauß u. Torney, Ges. betr. die Anlegung von Straßen S. 25 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. oben § 33 Noten 33 u. 34.

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<sup>13</sup>.

— Öffentliche Sachen können bestehen nicht bloß in Gestalt von öffentlichem Eigentum, sondern auch kraft einer bloßen öffentlichen Grunddienstbarkeit oder gar nur durch Verwaltungsbesitz. 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. Der Eigentümer kann es veräußern, verpfänden, selbstverständlich immer unbeschadet der Zuständigkeiten der öffentlichen Verwaltung an eben dieser Sache.

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.

Die Verschiedenheit der Rechtslage wäre also ganz klar und deutlich: Steht die öffentliche Sache einheitlich im öffentlichen Eigentum, so ist jede 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 und der darauf sich gründenden Zuständigkeiten der öffentlichen Verwaltung gehemmt<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> 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 ohne Rücksicht auf jenes Privatrechtsgeschäft, „solange nicht die Aufhebung des öffentlichen Weges in einer von den Verwaltungsbehörden anerkannten Weise ausgesprochen ist“.

<sup>14</sup> Ein eigentümliches Nebeneinander der beiden Rechtsarten ergibt sich bei fruchttragenden öffentlichen Sachen (zur Landstraße gehören auch Obstbäume, zum Festungswerk Graswuchs). Das Eigentum an den zu trennenden Früchten ist immer Fahrnis; die Ernte wird verpachtet. Daraus hat man schließen wollen, daß meine Unterscheidung von öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Eigentum nicht durchführbar sei (Hawelka, R. an öff. Wegen S. 64; Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Aufl.

Die herrschende Lehre wirft die beiden Fälle ganz unbefangen durcheinander und bildet so eine allgemein gültige Formel für die Verkehrszugehörigkeit der öffentlichen Sache überhaupt. Danach können an ihr, auch wenn sie in vollem öffentlichem Eigentum steht, grundsätzlich aller Art Rechte nach bürgerlichem Recht begründet werden, sofern sie nur vereinbar sind mit der Zweckbestimmung<sup>15</sup>. Auf diese Weise sollen die Grenzen des Bedarfs und der Macht der öffentlichen Verwaltung sinnwidrig durch Zivilrecht festgelegt und von der Justiz gehütet werden. Das führt aber von selbst zu Zusammenstößen mit der Polizei der öffentlichen Sache, die ihren eigenen Standpunkt wahren muß. Die Justiz pflegt dabei den kürzeren zu ziehen und verschafft sich wenigstens dadurch eine Genugtuung, daß sie die Verwaltung zu einer Entschädigung an den von ihr anerkannten Rechtsbesitzer verurteilt. Wir werden ein erfreulicheres Bild des Zusammenwirkens erzielen können.

III. Wie jedes subjektive Recht, so äußert sich auch das öffentliche Eigentum neben den materiellen Befugnissen, die es gewährt, in dem ihm zukommenden Rechtsschutz.

1. Dieser Rechtsschutz erscheint in erster Linie als Polizei der öffentlichen Sache. Die öffentlichen Sachen gehören zu den äußerlichen Polizeigütern, für welche die öffentliche Gewalt sich unbedingt einsetzt. Jede Störung ihrer Unversehrtheit und Benutzbarkeit ist zugleich eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens, und die Abwehr begriffsgemäß Polizei<sup>16</sup>.

Im älteren Rechte war ja Polizei ziemlich gleichbedeutend mit öffentlicher Verwaltung überhaupt (Bd. I S. 204). Wir behandeln jetzt unter dem Namen Polizei der öffentlichen Sache lediglich die für die öffentliche Sache ausgeübte Polizeigewalt<sup>17</sup>.

H. Schelcher, Öff. Weg S. 32; Guba, Öff. Grundlagen S. 36). Ebenso gut könnte man daraus einen Schluß ziehen gegen die Unterscheidung von liegenschaftlichem und Fahrniseigentum!

<sup>15</sup> So in feststehender Praxis des Pr. O.Tr., ausdrücklich übernommen von R.G. 4. Dez. 1884 (Entsch. XII S. 284). 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; Hawelka, Rechte an öffentl. Wegen S. 64; Gierke, D. Pr.R. II S. 24 Note 15; Fleiner, Instit. S. 333.

<sup>16</sup> Und zwar eine Art der Anstaltspolizei; vgl. Bd. I S. 214 Note 3. Straßenpolizei, Strompolizei, Kirchhofspolizei sind bekannte Dinge. Über Polizei der Festungswerke vgl. C.C.H. 4. Juli 1863 (J.M.Bl. 1863 S. 267).

<sup>17</sup> Vgl. oben Bd. I S. 209. Der Unterschied ist gut herausgeföhlt in O.V.G.

Sie ist der Schutz der öffentlichen Sache und damit auch des öffentlichen Eigentums.

Die Formen, in welchen dieser Schutz sich vollzieht, sind die allgemeinen polizeilichen: Befehle, in Rechtssatzgestalt oder als Einzelbefehle, Strafsetzungen, Zwangsvollstreckung durch Ungehorsamsstrafe, Ersatzvornahme, Gewaltanwendung; vor allem findet der unmittelbare Zwang gerade auf diesem Boden sein Hauptanwendungsgebiet (Bd. I S. 291).

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.

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 Anerkennung, sondern sie vollzieht nach der Art der öffentlichen Verwaltung diese Anerkennung selbst durch ihren Verwaltungsakt, um sich dann mit ihrem Vorgehen danach zu richten<sup>18</sup>.

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 obrig-

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.“

<sup>18</sup> 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 „interimistischem“ aufgefaßt. Aber auch die endgültige Entscheidung bleibt bei der Verwaltung und dem etwa noch eröffneten Verwaltungsstreitverfahren (Zust.Ges. § 56 Ziff. 8). — O.L.G. Dresden 8. Mai 1903 (Fischer Ztschr. 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. II S. 319: „Es ist stets von der allgemeinen Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte auszugehen“), 15. Nov. 1905 (Preuß. Verw.Bl. XXVII S. 521).

keitlichen Grenzfestlegung und Beurkundung durch gesetzte Grenzsteine<sup>19</sup>.

2. In demselben Maße, in welchem in die Rechtsordnung der öffentlichen Sache bürgerliches Recht sich hereinstreckt (oben II n. 3), 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. Es ist eine Art Zuständigkeitsstreit; mit rei vindicatio hat er nichts zu tun.

— Es kann auch ein Rechtsstreit vorliegen über das zivilrechtliche Eigentum, das ja möglicherweise hinter der öffentlichen Sache steht (vgl. oben II n. 3). 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.

— 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 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 III n. 1): die Behörde bestimmt selbständig, was sie als öffentliche Sache ansehen und behandeln will, und behauptet sich im Besitz durch die ihr hierfür gegebene Polizeigewalt.

Daher 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

<sup>19</sup> 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.

Sache gibt es keine Besitzklage; sie wäre gegen eine polizeiliche Machtausübung, gegen den „Polizeibesitz“ gerichtet, und dagegen ist nur Beschwerde oder Verwaltungsklage zulässig; seine Anfechtung ist keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit<sup>20</sup>.

IV. Die Endigung des öffentlichen Eigentums entspricht in ihrer rechtlichen Gestalt der Entstehung.

1. Sie wird dadurch herbeigeführt, daß die Sache aufhört, der öffentlichen Verwaltung in dem besonderen Sinne zu dienen, den es hier 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<sup>21</sup>. Sie geht aus von der Behörde, die dem Verwaltungszweige vorsteht, dem die öffentliche Sache zugehört:

<sup>20</sup> 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). 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 übergreifen. 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 Besitzstörungsklage, 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.

<sup>21</sup> 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.

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<sup>22</sup>.

Neben der Einziehung erwähnt man wohl noch als besonderen Endigungsgrund den Fall, daß das Grundstück die erforderliche Beschaffenheit verliert. Allein bei denjenigen Sachen, deren Eignetheit 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 so weit 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<sup>23</sup>.

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,

<sup>22</sup> So wenig wie die Verwaltungstätigkeit zur Eröffnung einer Straße eine „polizeiliche Verfügung“ vorstellt (oben I n. 1), ist dies der Fall bei der „Entziehung 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, angrenzende Hausbesitzer z. B. 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.

<sup>23</sup> 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).

sollte aufhören, eine solche zu sein<sup>24</sup>. 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 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. 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 öffentlich-rechtlichen 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<sup>25</sup>.

— Bestand eine öffentlich-rechtliche 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 bürgerlich-rechtliche 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

<sup>24</sup> O.V.G. 5. Jan. 1898 (Entsch. XXX S. 301).

<sup>25</sup> E.G. z. Z.Pr.O. § 15 Ziff. 3, welche den Landesgesetzen gestattet, eine Vollstreckung gegen den Fiskus wegen Geldforderungen auszu-schließen (vgl. Bd. I S. 399 ff.), beschränkt das ausdrücklich durch den Zusatz: „soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden“.

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 Rechte bestimmte.

Der bisherige Eigentümer, Staat, Gemeinde, beliehener Unternehmer, bleibt Eigentümer. Nur: 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.

Das darf man sich nicht vorstellen als ein Freiwerden zivilrechtlichen Eigentums von einer öffentlichrechtlichen Last, die darauf ruhte. Falsch wäre 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<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> 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 Sächsische Oberverwaltungsgericht spricht ihm nach, wenn es als Grund seiner Abwendung von meiner Lehre, außer dem Mangel einer „gesetzlichen Bestimmung“ (vgl. oben § 35 Note 12), hervorhebt, „daß noch niemand das Rätsel gelöst hat, wie sich ein derartiges Recht bei Widmung des ihm unterworfenen Grundstücks 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.“ Die Lösung beruht einfach auf einer Auslegung des Zivilrechts, das die sachenrechtliche Ordnung nicht geben will, wenn es sich

## § 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. Das Verhältnis, in welches sie dabei zu dem Herrn der Sache treten, findet naturgemäß seine Regelung durch das öffentliche Recht<sup>1</sup>.

Die rechtlich gesicherten Vorteile, welche ihnen daraus erwachsen, mag man mit dem Namen Gebrauchsrechte bezeichnen. Sie erscheinen in dreierlei Gestalt: Gemeingebrauch, Gebrauchs-erlaubnis und Verleihung.

I. Gewisse öffentliche Sachen, bei weitem nicht alle, sind dem Rechte des Gemeingebrauchs unterworfen<sup>1</sup>. Über die hier in Betracht kommenden vgl. oben § 35, IV n. 1. Was ist das nun für eine Art von Recht?

Die öffentliche Sache hat, wie wir sahen (oben § 35, II), ihre wechselvolle Geschichte hinter sich, und dieser entsprechen auch verschiedene Auffassungen vom Rechte des Gemeingebrauchs.

1. Die erste Stufe bildet die Allmend, getragen von der genossen-

dabei um Wirksamkeit der öffentlichen Gewalt handelt, und sofort mit seinen Regelungen wieder einsetzt, sobald das Hindernis wegfällt.

<sup>1</sup> 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 (Stf. G.B. § 304 u. 305). 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 (R e g e r XVIII S. 182); R.G.Stf.S. 7. Jan. 1909 (R e g e r XXX S. 314), 26. April 1909 (E g e r, Eisenb. Entsch. XXVI S. 164).

— Die Gesetze haben eine Art Gemeingebrauch an Privatflüssen anerkannt, übernommen aus älteren Allmendzeiten. 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 unterstellt ist, bedeutet das wieder eine der Übertragungen öffentlichrechtlicher Rechtsinstitute in das privatwirtschaftliche Gebiet, auf welche oben § 33 Eing. verwiesen wurde (Hilfsinstitute des Privatrechts). Vgl. Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 22; Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 12; Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 25.

schaftlichen Idee (oben § 35, II). Wege, Plätze, Brücken, Gemeindebrunnen sind genossenschaftliches Eigentum. Die Mitglieder des örtlichen Verbandes, indem sie solches für sich benutzen, üben nur ihre 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.

Diese Auffassung hat man ja auch noch in die neuere Zeit herübergerettet: Der Gemeingebrauch soll ein Mitgliedschaftsrecht sein, beruhend auf der Mitgliedschaft in dem Gemeinwesen, dem jetzt die öffentliche Sache zugehört<sup>2</sup>. Die anderen, die Staatsfremden, Gemeindefremden, wären also eigentlich ausgeschlossen. Da das nun tatsächlich nicht der Fall ist, so pflegt man der Begriffsbestimmung noch einen Zusatz zugunsten der Nichtbürger zu geben, der diese völlig verleugnet. Das gibt keinen haltbaren Standpunkt mehr<sup>3</sup>.

Und so wird denn schließlich der Wahrheit gemäß anerkannt, daß berechtigt ist zum Gemeingebrauch das „Publikum“ oder die „Menschengesellschaft“, genauer gesagt — denn das sind keine

<sup>2</sup> D e r n b u r g , Preuß. Priv.R. I S. 597: „Die Benutzung der Gemeindegeweg ist ein Recht der Gemeindegewegmitgliedschaft“. U b b e l o h d e , Glücks Pand. Bd. 43 u. 44, IV, I S. 38 u. 46: Die Benutzung der öffentlichen Sachen des Staates steht den Einzelnen zu „nicht kraft eines persönlichen Privatrechts“, sondern „kraft ihres Bürgerrechts“. B l . f . a d m . P r . 1874 S. 23: „Gegenüber allen juristischen Personen, welche öffentliche Sachen besitzen, hat der Einzelne das Recht der Benutzung als Glied der Gesamtheit.“ G i e r k e , 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 H a w e l k a , Rechte an öff. Wegen S. 86.

<sup>3</sup> G i e r k e 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 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! — K l o e ß , 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 R e g e l s b e r g e r , Pand. I S. 419.

Rechtssubjekte — jeder Einzelne, der zu diesen Massen gehört<sup>4</sup>. Was das heißt, ist aber leicht zu sagen. Wenn man ganz ehrlich sein will, spricht man es aus: Berechtigt zum Gemeingebrauch ist jedermann<sup>5</sup>.

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, grundsätzlich wie andere öffentliche Anstalten auch. Die Bedingungen und Maßgaben der Benutzung setzt der gewährende Staat<sup>6</sup>. Die Form des Rechts wird in der bekannten

<sup>4</sup> Das Publikum spielt seine Rolle als Gemeingebrauchsberechtigter bei W a p p ä u s , Dem Rechtsverk. entzog. Sachen S. 112 u. 113. Bei J h e r i n g , Gutachten zum Baseler Schanzentreit 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); O e r t m a n n , Bayr. Landespr.R. S. 397 ff. Auch die Franzosen drücken sich gern so aus; P r o u d h o n , Dom. publ. I n. 220: „un droit d'usage ou d'usufruit établi sur ce fonds au profit du public“. Vgl. über diese Dinge H a w e l k a , Rechte an öff. Wegen S. 88.

<sup>5</sup> R. G. 12. Juni 1882 (R e g e r III S. 93): „Das an öffentlichen Wegen jedermann zustehende Recht“. B e k k e r , Pand. I S. 341: „Rechte, die allen zukommen“. S a r w e y , Öff. R. u. Verw. R. Pfl. S. 429. — F l e i n e r , Instit. S. 349, führt den Gemeingebrauch zurück auf einen „allgemeinen Anspruch der Gebietsangehörigen“. Die Gebietsangehörigen, die bei K l o e ß erst in zweiter Linie erscheinen nach den Staatsangehörigen, die eigentlich allein berechtigt sein sollten (vgl. oben Note 3), 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, erst „gebietsangehörig“, d. h. anwesend sein muß, ist selbstverständlich. Das wird auch für den Deutschen nötig sein.

<sup>6</sup> 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. A n s c h ü t z , Entschäd. Anspr. S. 110 Note, erklärt, sich über diesen Satz des



Weise hergestellt, daß der Fiskus Eigentümer 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 verstaten zu können glaubt<sup>7</sup>. Wenn hier ein Recht ist, so ist es eines von Polizei-Gnaden, das als solches den Namen nicht verdient<sup>8</sup>.

3. Unser Verfassungs- und Rechtsstaat scheint hieran äußerlich kaum etwas geändert zu haben. Die Fiskuslehre zwar ist so ziemlich überwunden; aber die alten Gesetzestexte sind geblieben, und die neueren Gesetze über Wasserrecht und Wegerecht weichen in ihren Ausdrücken über den Gemeingebrauch davon nicht wesentlich ab.

Die ursprüngliche genossenschaftliche Auffassung bleibt nach wie vor unmöglich. Das Subjekt, welches als Rechtsträger in Betracht käme, ist immer noch der unfaßbare „jedermann“. Ihrem Inhalt nach sind diese Gebrauchsrechte nach wie vor nichts anderes als Möglichkeiten, sich an der Sache zu betätigen, ohne etwas wie einen Besitz daran und ohne Verfügungsmacht darüber, insofern immer noch ganz gleich den „Verstattungen“ des alten Polizeistaates.

Aber hinzugekommen ist, daß diese Möglichkeiten jetzt einen gesicherten Rechtsgrund 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

A. L.R. nicht so leicht hinwegzusetzen zu können wir 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 Ztschr. f. Reichs- u. LandesR. I S. 107. Von Älteren vor allem Maurenbrecher, D. Pr.R. § 156.

<sup>7</sup> Wie das gedacht ist, zeigt R.G. 23. Febr. 1880 (Entsch. I S. 366). — Die Gewährung des Gemeingebrauchs wird auf diesem 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.

<sup>8</sup> 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: „ein Recht besonderer Art, da es vom Einzelnen nicht erworben noch verloren, folglich auch nicht übertragen werden kann“. Regelsberger, Pand. I S. 422: „Ein Privatrecht, genauer ein Sachenrecht eigentümlicher Art“.

eingreifen darf nur in der Kraft des Gesetzes. Was dahin gerechnet wird, bezeichnen wir als die dem Menschen im Staate zukommende Freiheit. Und dazu wird auch gerechnet die bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Sachen, welche dem Gemeingebrauch gewidmet sind und so lange sie das sind.

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 ergeben sich jetzt Folgerungen, die der Polizeistaat nicht kannte, und die den Gemeingebrauch zu einem rechtlich wohlgesicherten Vorteil des Einzelnen erheben<sup>9</sup>.

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

<sup>9</sup> 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 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“ — Recht, offenbar in sehr uneigentlichem Sinne. — 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“ öffentlich-rechtlicher 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 ja für keine Rechte im richtigen Sinne (oben Bd. I S. 107 f.), und eben deshalb gehen auch meine von Jellinek angezogenen Ausführungen (Bd. II S. 116 der I. Aufl.) in Wahrheit dahin, daß ein Recht auf den Gemeingebrauch nicht bestehe.

kommen ausdrückliche Erklärungen der öffentlichen Gewalt: Rechtsvorschriften können versuchen, das Nähere zu bestimmen; auch kann der Herr der öffentlichen Sache 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 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 naheläge; 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<sup>10</sup>.

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

<sup>10</sup> 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. 218 ff. Auch hier steht ja schließlich die im Gemeingebrauch erscheinende Freiheit der Polizei der öffentlichen Sache gegenüber.

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 und Ortsstraßen 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 gestattet 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 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. Aber Gemeingebrauch ist es auch, wenn die gesprächigen Hausfrauen sich begegnen und nun für längere Zeit auf den eigentlichen Verkehr verzichten.

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<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> 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“.

<sup>12</sup> 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.“ — B e k k e r, 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 Anlieger-

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<sup>13</sup>.

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 eingeschauft. 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<sup>14</sup>.

grundstück; 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, 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 5 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. Davon 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.

<sup>13</sup> 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, III n. 2.

<sup>14</sup> 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. 9 b, führt ein Erkenntnis des O.L.G. Darmstadt v. 28. Nov. 1899 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 ab-

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<sup>15</sup>.

— Von den übrigen öffentlichen Sachen stehen Plätze und Brücken den Straßen am nächsten, der Gemeingebrauch ist hier ähnlichen zuladenden 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 (R e g e r XXIII S. 142).

<sup>15</sup> 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 (R e g e r 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.

Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Aufl.

Inhalts. Nur ist er bei den Brücken strenger auf den eigentlichen Verkehr beschränkt: viele Dinge sind schon demnach hier ausgeschlossen, namentlich aber auch aller Gemeingebrauch, der mit angrenzenden Wohngebäuden zusammenhängt. Umgekehrt ist der Platz geeignet, 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 Schifffahrt, 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 oder Zerstörung am Strome 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<sup>16</sup>.

— Die Schifffahrtskanäle stehen den Strömen gleich, insofern auch bei ihnen die Schifffahrt Hauptgegenstand des Gemeingebrauchs ist. Sie sind aber im Gegensatz zu diesen künstliche Veranstal-

<sup>16</sup> 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.“ P ö z I, 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. WasserGes. 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 ihm 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.

tungen 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<sup>17</sup>.

— 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 demnach seine Grenzen.

Jede Überschreitung bildet einen Eingriff in den Bestand der öffentlichen Sache, an welcher sie geübt wird. Der ungestörte Bestand der öffentlichen Sache rechnet zu den Polizeigütern, und die Abwehr geschieht durch die dazugehörige Anstaltspolizei, die Polizei der öffentlichen Sache<sup>18</sup>. Sie umfaßt insbesondere auch die Polizei des Gemeingebrauchs. Polizeibefehle, Polizeistrafe, Polizeizwang sind ihre Mittel; insbesondere kommt der unmittelbare Zwang hier in verhältnismäßig reichem Umfang zur Anwendung<sup>19</sup>.

Die Polizei ist dabei gebunden an den Gemeingebrauch, weil er rechtmäßige Freiheit darstellt. Sie kann ihn nicht beseitigen, solange die öffentliche Sache dieser Art von Gemeingebrauch gewidmet bleibt.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Vgl. oben § 36, III.

<sup>19</sup> Vgl. oben Bd. I S. 291.

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<sup>20</sup>.

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 zu bewirken imstande sind.

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 wellenregender Fortbewegungsmaschinen auf Kanälen.

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

<sup>20</sup> 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 Ortswohnern befahren werden dürfe. Das wurde für unzulässig erkannt: „Die allgemeine Benutzung, die Haupteigenschaft jedes öffentlichen Weges, würde aufhören.“ Wollte man die Gasse schützen, also nur wirkliche 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.

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<sup>21</sup>.

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 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 stehenbleiben, muß andererseits stehenbleiben, 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 kundzutun, welches Verhalten nach jenen Vorschriften jetzt von ihnen zu beobachten sei. Die Gehor-

<sup>21</sup> U b b e l o h d e, 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 13 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.

sampflicht besteht der Polizeiverordnung gegenüber, die Aufforderung hat nur den Wert einer Mahnung und einer Bedingung der Strafbarkeit des Ungehorsams gegen die Verordnung<sup>22</sup>.

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 Gehorsampflicht gegenüber dem Schutzmann entsteht. 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 Gehorsampflichten zu erzeugen vermag<sup>23</sup>. 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 den Einzelnen „verstattet“, wofür sie sich dann unter die Ordnung und Leitung der Anstaltsgewalt zu beugen haben<sup>24</sup>. 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 Straße wird abgesperrt.

Solches rechtfertigt sich ganz allgemein durch die Notwendigkeiten der Instandhaltung: die Straße soll umgepflastert werden 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

<sup>22</sup> Vgl. oben Bd. I S. 262.

<sup>23</sup> Vgl. oben Bd. I S. 102.

<sup>24</sup> Vgl. unten § 52, I. Über diese Behandlung der Straßenpolizei die Belege oben Bd. I S. 229 Note 4; vgl. auch Thoma, Polizeibefehl S. 374 Note 17.

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 zurzeit 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.

IV. An den Gemeingebrauch knüpfen sich gewisse Leistungen in Geld und Geldeswert, die wieder Gegenstücke bilden zu dem, was in dieser Hinsicht bei der gewährten Benutzung einer öffentlichen Anstalt im allgemeinen gilt (vgl. oben I n. 2 u. 3).

1. Für die Benutzung der öffentlichen Anstalten pflegt von den Benutzenden eine Gebühr entrichtet zu werden, die meist im einfachen Verwaltungswege festgesetzt und erhoben wird (vgl. Bd. I S. 313 und unten § 52, II). Doch bedarf die Auferlegung einer Gebühr auf den Gemeingebrauch, vor allem auf den Straßenverkehr, einer gesetzlichen Grundlage. Denn dieser beruht nicht auf einer besonderen Verstattung, mit welcher sich die Erhebung einer Abgabe von selbst verbinden mag, sondern auf der natürlichen Freiheit, und die Belastung mit der Gebühr ist ein Eingriff in diese<sup>25</sup>. So bekommt sie von vornherein eine gewisse Ähnlichkeit mit der Steueraufgabe, und zwar ist es die unmittelbar erhobene (indirekte), welche das Vorbild liefert<sup>26</sup>. Im Gegensatz zu einer solchen ist sie allerdings nicht voraussetzungslos, sondern bedingt durch den Benutzungsfall. Sie hat auch

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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).

einen natürlichen Höchstbetrag an dem zu deckenden Gesamtaufwand für die benutzte Sache<sup>27</sup>.

Dieses gegebene Maß ermöglicht es, die Bestimmung solcher Zahlungspflichten hier der Verordnung zu überlassen, während ja die eigentliche Steuer vom Gesetze streng in der Hand behalten wird<sup>28</sup>.

2. Bei Hausgrundstücken mit ihrem dauernden und vielseitigen Gemeingebrauch, den sie an der Straße genießen lassen, nimmt die besondere Gegenleistung vornehmlich die Gestalt des Beitrages an (Anliegerbeiträge, Straßenreinigungspflicht, Bürgersteigunterhaltungspflicht; vgl. Bd. I S. 313 und unten § 48 I n. 1). Dem entspricht ein besonderes Verhältnis zu dem unmittelbar angrenzenden Teil der Straße: nach ihm bemißt sich der Umfang der Last. Andererseits geht die Last mit dem beteiligten Hausgrundstück auf den etwaigen neuen Erwerber über: sie hängt an dem Grundstück wie der zuständige Gemeingebrauch selbst. Vgl. unten § 48, I n. 3.

3. Umgekehrt ist der dem Hausgrundstück dienende Gemeingebrauch an der Straße, die bei ihm vorüberführt, auch wieder in gewissem Maße dinglich mit ihm verbunden. Dem Herrn der Straße bleibt zwar immer frei, über diese zu verfügen, sie zu verändern oder ganz zu unterbinden. Aber dem Eigentümer des Hauses hat er dann für die diesem so bewirkte Minderwertigkeit Ersatz zu leisten nach den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, wie sie unten § 53 f. zur Darstellung kommen sollen<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Wagner, Finanzwiss. II S. 171. Vgl. auch meine Schrift „Schiffahrtsabgaben“ II S. 7 ff.; Germershausen, Preuß. Wegerecht I S. 575 ff.

<sup>28</sup> Vgl. oben Bd. I § 27, I n. 1. v. Bitter, HandW.B. d. Preuß. Verw. I v<sup>o</sup> Gebühren III; Seydel, Bayr. St.R. III S. 258.

<sup>29</sup> So 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“. Wir vernahmen hier die Stimme des A. L.R. Einl. § 75, die im Geiste unseres öffentlichen Rechtes spricht. Dafür ist man aber im allgemeinen noch schwer zugänglich gewesen, und so versuchte man noch lange Zeit, die Sache lieber in den vertrauteren Tönen des Zivilrechts auszudrücken. Die einen wollten ein stillschweigendes Garantieverprechen annehmen, das Staat oder Gemeinde bei Anlegung der Baustraße gegeben hätten, oder gar die Fiktion einer cautio damni infecti (Bekker, Pand. S. 346, Ubbelohde, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 183 ff.; Senff. Arch. XXII S. 144). Andere suchten die Anlehnung an die Enteignung, die durch Analogie oder durch ein besonderes Gewohnheitsrecht ermöglicht werden sollte (Dreyer in Ztschr. f. franz. Z.R. IV S. 383; R.G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 145 f.). Der Schwerpunkt der Untersuchungen verlegte sich dabei mehr und mehr in die Frage, wie das dem Hause zustehende Recht an der Straße zu benennen sei: als „Grunddienstbarkeit“,

## § 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 würde, also lediglich in Gestalt einer besonderen Erweiterung der Freiheit. Das ist die Gebrauchserlaubnis, von der hier zunächst die Rede sein soll<sup>1</sup>.

„grunddienstbarkeitähnliches Recht“, „servitutarisches Recht“; privatrechtlicher Natur sollte es immer bleiben, und als Grundlage diente immer wieder der mehr oder weniger imaginäre „Vertrag“, dem schließlich R.G. 2. Dez. 1908 (Entsch. LXX S. 81) wenigstens den Titel „öffentlich-rechtlich“ zu verleihen versuchte.

Für das Verständnis des Gemeingebrauchs ist diese mit so viel Liebe behandelte Frage nichts weniger als förderlich gewesen.

<sup>1</sup> 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 flüchtig“. 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 verkehrshemmende Gegenstände auf öffentlichen Wegen aufzustellen (a. a. O. S. 91). Dieses ganze reiche Zwischengebiet zwischen Gemeingebrauch und Verleihung bleibt also brach liegen. H a w e l k a, Recht an öff. Wegen S. 107 ff.,

I. Das Anwendungsgebiet unserer Gebrauchserlaubnis sind öffentliche Sachen. Sie geht entweder über den an dieser Sache bestehenden Gemeingebrauch hinaus, oder es handelt sich um eine Sache, die einem Gemeingebrauch überhaupt nicht zu dienen bestimmt ist.

1. Fälle der ersteren Art 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 aber lassen Nasenschilder, Schaukästen, Balkone und Erker mit besonderer Erlaubnis in das Gebiet der Straße hineinragen. Ebenso dienen die Wasserstraßen 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 Hafentäler. Auch die Benutzung der Schleusen in Schifffahrtskanälen ist kein Gemeingebrauch mehr. Zudem verbindet sich eine entsprechende Erlaubnis notwendig mit der Ausübung eines Fischereirechts am öffentlichen Gewässer und mit der Gestattung der Entnahme von Eis, Sand, Kies, Schlamm und Steinen<sup>2</sup>.

2. Bei öffentlichen Sachen, die nicht wie die erwähnten dem Gemeingebrauch dienen, zeichnen sich solche Gewährungen noch deut-

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 übersehen. Aber seine Aufzählung von Beispielen solcher Nutzungen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen (S. 107), enthält Gebrauchserlaubnisse und Verleihungen durcheinander. Ebenso mischen sich diese bei den dann folgenden Untersuchungen.

<sup>2</sup> Unsere neueren Wassergesetze zeichnen sich leider nicht aus durch großes Verständnis für die Tragweite des Unterschiedes zwischen öffentlichen und privaten Gewässern wie zwischen tatsächlicher Gestattung und rechtsbegründendem Verwaltungsakt. So gehen denn in Sächs. Ges. v. 12. März 1909, Bad. Ges. v. 12. April 1913, Pr. Ges. v. 7. April 1913 Verleihung, Gebrauchserlaubnis und entsprechendes Hilfsinstitut des Privatrechts arg hilflos durcheinander, und rein polizeiliche Überwachungsmaßregeln nach bergrechtlichem Vorbild mischen sich auch noch darunter. Vgl. Holtz und Kreuz, Pr. Wasserges. I S. 228; Schelcher, Sächs. Wasserges. S. 83; Wiener, Bad. Wasserrecht S. 94 ff. Es ist eine gute Übung, sich hier durchzuwinden.

licher ab. Das Überschreiten des Bahnkörpers kann mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse dem benachbarten Grundbesitzer einmal 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 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 hier 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<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Deshalb bleibt sie gleichwohl ein Ausfluß des Rechts an der Sache. H a w e l k a, Rechte an öff. Wegen S. 138 f., meint, es sei ein „wichtiges Argument gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum“, daß häufig „Nutzungsrechte an öffentlichen Wegen von Organen einer Körperschaft verliehen werden, der die Sache nicht gehört“, und ebenso auch „die Bewilligung zur Aufstellung von Droschken auf Gemeindestraßen nicht die Gemeinde, sondern die (staatliche) Gewerbebehörde erteilt. Das geht ganz daneben: Warum soll die staatliche Behörde nicht auch einmal Geschäfte der Gemeinde besorgen? Meinetwegen mag man sie dann auch deren „Organ“ nennen. Die Straßenpolizei in größeren Städten z. B. 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 (R e g e r 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



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. 239 entwickelten Sinne als obrigkeitliche Bewilligung einer Ausnahme für den Einzelfall von einem Verbotsrechtssatz. Sie kann in einer richtigen Polizeierlaubnis mit-enthalten 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 gewähren will.

Daher die Gebrauchserlaubnis auch nicht notwendig zu erteilen ist, wie die Polizeierlaubnis, von einer hierfür zuständigen Behörde. Sie kann sich äußerlich mit der behördlichen Tätigkeit verbinden und so 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<sup>4</sup>.

2. Die Wirkung der erteilten Gebrauchserlaubnis richtet demgemäß ihre Spitze, statt auf eine Änderung des Rechtszustandes, gegen die Abwehrmaßregeln, mit welcher ohne sie der Herr der öffentlichen Sache gegen diese Benutzung vorgehen würde, und die jetzt ausgeschlossen sind. Denn dank der Gebrauchserlaubnis ist sie jetzt nicht unbefugt, sondern in der rechtmäßigen Freiheit mit enthalten. Sie bedeutet für die, denen sie zugute kommt, eine Erweiterung dieser Freiheit<sup>5</sup>. Nicht aber bedeutet sie die Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts — so wenig wie der Gemeingebrauch, dem diese Erweiterung der Freiheit unter Umständen hinzutritt, und im Gegensatz zur Verleihung einer besonderen Nutzung, die gerade das subjektive Recht des Empfängers zum Ziel und zur Wirkung hat<sup>6</sup>.

III. Die Gebrauchserlaubnis erhält ihre festere Gestalt, indem sie erteilt wird im anstaltsmäßigen Betrieb. Die öffentliche Sache

erteilt, so sind diese Behörden „jederzeit befugt, die nur als Vergünstigung eingeräumte Erlaubnis wieder zurückzuziehen“. Hier wird es also eine bloße Gebrauchserlaubnis sein. Daß die den Gegensatz dazu bildende Verleihung hier wieder halb privatrechtlich ausgedrückt ist, darf nicht stören.

<sup>4</sup> 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. 94.

<sup>5</sup> Hier knüpft sich dann der Zusammenhang mit dem oben Bd. I S. 265 f. zur Polizeistrafe Gesagten; vgl. insbesondere S. 266 Note 13.

<sup>6</sup> Insofern wäre die Bezeichnung „gesteigerter Gemeingebrauch“, die *Fleiner*, Instit. S. 353, wählt, zutreffend: sie verneint ein Recht an der Sache.

fällt ja noch unter den allgemeineren Begriff der öffentlichen Anstalt, wie wir ihn oben § 33 Eing. festgelegt haben, und die Gebrauchserlaubnis daran unter den der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung, wovon unten § 51 noch die Rede sein soll. Der Zweck, solche Leistungen zu gewähren, tritt nur bei dieser mehr in den Vordergrund, wo eben die Besonderheit der öffentlichen Sache nicht so überwiegend andere Gesichtspunkte hereinspielen läßt. Diesem Zweck entsprechend bringt sie diese Dinge in eine Art Großbetrieb, der durch Dienstanweisung und Anstaltsbetrieb geregelt wird. Auch vereinzelte Rechtssätze können dazu kommen.

Unsere Gebrauchserlaubnis verwendet die gleichen Formen. Wo die Sache nicht im Gemeingebrauch steht, geschieht die Erteilung solcher Erlaubnis durch die einfache Zugänglichmachung<sup>7</sup>: Öffnung der Türen bei Kirche und Kirchhof zu bestimmten Stunden, wie beim Kunstmuseum, Bedienung der Kanalschleuße zum Durchfahren, Platzanweisung vor allem für Marktverkehr<sup>8</sup>, Liegestelle für das haltmachende Kanalschiff<sup>9</sup>, Haltestelle für die Fahrgäste erwartende Droschken, alles im Gemeingebrauch nicht begriffen, andererseits aber doch auch keinen förmlichen Rechtsanspruch vorstellend, wie die Verleihung. Wo Rechtssätze sich einmischen, können einzelne Stücke der Leistung dadurch festgelegt werden, woraus hier noch nicht geschlossen werden darf, daß das nun einen Rechtsanspruch auf die ganze Leistung selber bedeute: die Zulassung zum Marktsitze, die Anweisung des Reihengrabes, der Droschkenhaltestelle begründen kein Recht auf den be-

<sup>7</sup> Versuche, die Gebrauchserlaubnis auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte zu gründen, namentlich etwa auf einen Mietvertrag, bleiben auch hier nicht aus (vgl. 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 Verträge tritt aber ein öffentlichrechtlicher Akt in Form einer Erlaubnis der Straßenpolizeibehörde“. Diese Doppelung ist, wie *Hawelka* richtig hervorhebt, nur möglich mit Hilfe von *Hatscheks* Restauration der Fiskuslehre; vgl. dessen „Rechtliche Stellung des Fiskus“ S. 20.

<sup>8</sup> 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. 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 pflegt.

<sup>9</sup> Beispiel in Bayr. Kanalordnung § 44; *Pözl*, Bayr. Wasserges. S. 489.

stimmten Platz<sup>10</sup>, sowenig wie die Annahme des Poststückes ein Recht auf Durchführung des Transportes. Das ist Ordnung der Anstaltsnutzung.

Daneben sind immer noch nach Ermessen zu gewährende Erlaubnisse für Einzelfälle denkbar<sup>11</sup>. Das kommt vor allem auch den Anliegern der öffentlichen Straße zugute, denen gestattet wird, den Luftraum über dieser zu benutzen. Das kann aber in verschiedener Weise geschehen: nach Gemeingebrauch, dann ist es in der bürgerlichen Freiheit einbegriffen<sup>12</sup>; durch eine Verleihung, dann bedeutet es ein wohl erworbenes Recht; endlich auch durch Gebrauchserlaubnis, formlos oder in ausdrücklicher baupolizeilicher Erlaubnis enthalten, dann ist es eine widerrufliche Gestattung, nur eben, wenn der Vorbau ein Teil des Gebäudes geworden ist, kann dieser Besitzstand nicht einfach durch Widerruf beseitigt werden: der zerstörende Eingriff bedürfte eines neuen Rechtsgrundes (vgl. oben Bd. I S. 253 f.)<sup>13</sup>.

Auch die Gebrauchserlaubnis pflegt Gebühren zu erheben. Da in dieser Richtung die Besonderheit der öffentlichen Sache kaum mehr in Betracht kommt, wird für ihre Erhebungsformen das Vorbild der

<sup>10</sup> 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 (R e g e r XXVII S. 382).

<sup>11</sup> 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“.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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 Gestaltung 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 wohl erworbenes Recht nur besaß an seinem Grundstück und dem rechtmäßig darauf errichteten Gebäude, nicht aber an der Straße.

Anstaltsnutzung schlechthin maßgebend sein. Wir können dafür einfach verweisen auf das § 51, II Darzustellende<sup>14</sup>.

### § 39.

#### Fortsetzung; das verliehene Gebrauchsrecht.

Die Verleihung, Konzession, ist ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts von allgemeinerer Bedeutung.

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<sup>1</sup>.

<sup>14</sup> Lange herrschte hier 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 (R e g e r 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“. Man behilft sich dabei 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. U b b e l o h d e, Glücks Pand. Bd. 43 u. 44 S. 103, führt das durch: Der Marktast 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 öffentlich-rechtlichen Handlung, sondern vollzieht zugleich, den Pandekten zuliebe, ein precarium völlig gleichen Inhalts! — G e r m e r s h a u s e n, 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 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.

<sup>1</sup> Gerne würden wir für unsere Verleihung die Kategorie „rechtsbegründender Verwaltungsakt“ gelten lassen, die G. Meyer unterscheidet (G. Meyer-Doehow, 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.

Solche Verleihung erscheint in zwei Hauptformen: als Verleihung eines öffentlichen Unternehmens (unten § 49) und als Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts an einer öffentlichen Sache. Nur diese, von welcher hier zunächst zu handeln sein wird, gehört zugleich auch 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<sup>2</sup>.

I. Das Anwendungsgebiet der Verleihung findet gegenüber dem der Gebrauchserlaubnis seine natürliche Abgrenzung durch den Unterschied der Wirkung.

Der Gebrauchserlaubnis gehören alle über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzungen, die eine öffentliche Sache nur oberflächlich und vorübergehend berühren. Dafür hat ja die Dar-

<sup>2</sup> Als Abart stellt sich hier daneben die Verwendung der Form der Verleihung zur Begründung von besonderen Nutzungen an nicht öffentlichen 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. Die Lehrbücher des Landes-Privatrechts werden diesen Verleihungen von Wassernutzungen und ähnlichem nach wie vor Unterkunft gewähren. — 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 privatrechtliches Eigentum daran zu erwerben: R.G. I. Juli 1912 (Entsch. LXXX S. 19). Fleiner, Inst. S. 322 Note 14 a, wirft das mit der Verleihung öffentlicher Unternehmungen zusammen und will die daraus abgeleiteten Berechtigungen des Beliehenen als öffentlichrechtliche ansehen. Das 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.

stellung in § 38, I Beispiele geliefert. Eine Rechtsverleihung wäre für solche Dinge ein ganz unangemessener Kraftaufwand.

Umgekehrt enthalten die Vorrichtungen, durch welche gewisse 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 Anlegestellen, ebenso umfangreiche Röhrenleitungen und festeingefügte Bahngelise 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<sup>3</sup>. Schiffmühlen, Badeanstalten im öffentlichen Flusse werden zumeist auf Verleihung beruhen, obwohl sie nur verankert sind und im Winter oder wenigstens 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, was bei der Benutzungseinräumung gewollt ist. Dazu dient in gewissem Maße die dabei beobachtete Form<sup>4</sup>. Der Schwerpunkt liegt aber in der Willens-

<sup>3</sup> 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 15.

<sup>4</sup> Vgl. unten II n. 1. Ein Hauptpunkt wurde bereits oben § 38 Note 3 bei Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Aufl.

richtung, die aus dem Inhalt des Gesuches und des Bescheides und der Gesamtheit der begleitenden Umstände im Einzelfalle zu gewinnen sein wird<sup>5</sup>.

Im Gegensatz zu der raschlebigen Gebrauchserlaubnis ragen der Verleihung entsprechende besondere Nutzungsrechte aus älterer Zeit mannigfach noch in die Gegenwart herein. Kauf, Ersitzung, landesherrliches Privilegium bilden ihre Entstehungsgründe. Sie sind noch ganz zivilrechtlich gedacht: Mühlengerechtigkeiten, Bewässerungsanlagen an öffentlichen Flüssen haben hier die gleiche Rechtsgestalt wie die an Privatflüssen. 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<sup>6</sup>. Für die Natur unseres neuen Rechts-

rührt: 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.

<sup>5</sup> R.G. 12. Mai 1908 (Eger, Eisenb. Entsch. XXV S. 259) „erachtet diese Rechtsverhältnisse, mögen die Verträge auch hinsichtlich der Stempelpflicht als privatrechtlich, als Mietverträge zu beurteilen sein, als im wesentlichen öffentlichrechtlich“. So schon Bayr. K.K.S. 19. April 1884 (Bl. f. adm. Pr. 1887 S. 193) 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 Ztschr. 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“.

<sup>6</sup> 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 der ursprüngliche Rechtstitel 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 angehörig

instituts darf man aus solchen Überbleibseln keine Folgerungen ziehen<sup>7</sup>.

II. Im einzelnen entfaltet sich nun unser Rechtsinstitut wie folgt:

1. Indem 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 diese Sache, einer Veräußerung. Mithin ist die Befugnis dazu nicht enthalten in der Zuständigkeit, die laufende Verwaltung, insbesondere 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<sup>8</sup>.

Für den auf solche Weise zustande gekommenen Verleihungsbeschluß wird schriftliche Ausfertigung vorgeschrieben sein oder tatsächlich beobachtet werden. 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<sup>9</sup>.

Nutzungsrechte im Sinne dieses Gesetzes. Ihre Ausübung unterliegt den Vorschriften dieses Gesetzes“.

<sup>7</sup> Auch abgesehen von diesen besonderen Fällen, ist man bis in die neueste Zeit geneigt gewesen, hier, wie bei der Gebrauchserlaubnis, einen wohlstilisierten Mietvertrag anzunehmen. Wo für das verliehene Nutzungsrecht nicht eine wiederkehrende Abgabe, sondern eine einmalige Zahlung zu leisten ist, wurde dann gern statt des Mietvertrags ein Kauf gesetzt. Davon sagt sehr hübsch Sächs. K.G.H. 26. Mai 1905 (Fischer Ztschr. S. 166): der „Kauf“ eines Erbstuhles in der Kirche ist nur die Form, „in die der eine obrigkeitliche Verleihung gegen ein Beizeigungsquantum 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.

<sup>8</sup> 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 Wegeigentümer die erforderliche privatrechtliche Verfügungsmacht dazu. Die Art, wie unsere neuen Wassergesetze die Verleihung behandeln, ist nur zu sehr geeignet, die Vorstellungen der Juristen in diesem alten Geleise festzuhalten.

<sup>9</sup> Vgl. oben § 36 Note 11. — Für besondere Wassernutzungen haben die neueren Gesetze Wasserbücher oder Wasserrechtbücher ge-

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<sup>10</sup>. Es bedarf besonderer Rechtsgründe, wenn eine Gebundenheit nach der einen oder anderen Seite hin bestehen soll. Solche Gebundenheiten finden sich in zwei Hauptformen<sup>11</sup>.

— 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<sup>12</sup>. 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.

In dieser Weise vollzieht sich die Verleihung von Erbbegräbnissen, Familiengrabstätten, Dauergräbern, gleichlaufend der Anweisung einfacher Reihengräber. Ein bestimmter Teil des Kirchhofs

schaffen, 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.

<sup>10</sup> 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. Wasserges. § 47, § 49. Beide setzen aber, im Gegensatz zum Badischen Wassergesetz, 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 8.

<sup>11</sup> 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 in 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.

<sup>12</sup> Vgl. oben § 38, III.

pflügt für solche bevorrechtete Gräber vorbehalten zu sein. Ähnlich wird es gehalten bei der Verleihung von Kirchstühlen.

Begründet die einmal erteilte Verleihung ein Recht, so bedeutet sie immer eine Schranke für weitere Verfügungen über die Sache: Neuverleihungen dürfen grundsätzlich nicht zu seiner Beeinträchtigung führen. Insofern ist also die verleihende Behörde durch sie gebunden.

Diese Gebundenheit wird vor allem wirksam werden 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 sind besondere Vorkehrungen dafür getroffen<sup>13</sup>, 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 Gew.Ord. § 16 ff.<sup>14</sup>.

3. Den Inhalt des verliehenen 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 die Wirkung des einmal ergangenen Aktes keinen Unterschied.

Auf Grund dieses Rechts darf nun der Beliehene gewisse Veränderungen an der öffentlichen Sache vornehmen und 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<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 Erb-

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<sup>16</sup>. Sein Recht an der Sache bedeutet immer nur, daß die öffentliche Gewalt ihm gegenüber gebunden ist, ihn verleihungsmäßig in Besitz und Nahrung zu belassen. Dieses sein Recht ist vermögensrechtlicher, aber nichtsdestoweniger öffentlichrechtlicher Art als Macht über die dadurch beschränkte öffentliche Verwaltung<sup>17</sup>. Indem er es aber ausübt, übt er nicht selbst wieder öffentliche Verwaltung; er benutzt die öffentliche Sache für seine Sonderzwecke, privatwirtschaftlich<sup>18</sup>.

Dementsprechend ist auch sein Eigentum an den angebrachten

baurecht, 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), ist eine privatrechtliche Wirkung des Privatrechts am Grundstück; für die öffentliche Sache, die dem öffentlichen Rechte unterliegt, sind diese Bestimmungen des B.G.B. nicht gegeben.

<sup>16</sup> Ein Recht auf polizeiliches Einschreiten gibt es überhaupt nicht. Vgl. oben Bd. I S. 219 f.

<sup>17</sup> Wenn die neuere Wassergesetzgebung, insbesondere auch die Preußische, bei den Vorschriften über die Verleihung keinen Unterschied macht zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Wasserläufen (vgl. oben § 35 Note 27), so ist es eben Sache der Wissenschaft, auf diesen zu achten und ihn hervorzuheben. Für den Privatfluß ist es richtig, daß das verliehene Recht „ein reines Privatrecht sei, obgleich es auf einem öffentlichrechtlichen Akte beruht“ (Holtz u. Kreuz, 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.

<sup>18</sup> Stichkanal, Anlegestelle, Badeanstalt, Privathafenanlage, Kirchstuhl, Grabstätte, Privatbrücke über den öffentlichen Fluß werden für ihre Benutzung Privatangelegenheiten des Beliehenen.

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 grundsätzlich übertragbar<sup>19</sup>; die Regeln des B.G.B. über vertragsmäßige und erbrechtliche Rechtsübergänge sind maßgebend. Überall gilt hier das Recht zwischen Gleichen, nicht öffentliches Recht.

Aus der Art, wie die Grenzlinie zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht hier läuft, ergibt sich dann auch die Verteilung der Zuständigkeiten zur Entscheidung von Streitfällen<sup>20</sup>.

4. Das Erlöschen der Verleihung findet statt aus den Gründen allgemeiner Natur, die bei jedem Verwaltungsakt denkbar sind; desgleichen durch die einseitige Verzichtserklärung des Berechtigten und dem steht gleich das Wegfallen des bestimmten Unternehmens, für welches ihm diese Bewilligung zuteil geworden war.

Vor allem erleidet sein Recht 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<sup>21</sup>.

Dafür ist ein dringendes öffentliches Bedürfnis gefordert, „überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses“ müssen vorliegen. Dieser

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Vgl. oben Bd. I S. 173 ff. Verschiebungen der Zuständigkeit durch besondere Gesetzesbestimmungen (Bd. I S. 175 f.) finden sich namentlich auf dem Gebiete wasserrechtlicher Verleihungen; vgl. z. B. Bad. Wasserges. § 117 ff. Wenn das Preuß. Wasserges. § 81 sagt: „das verliehene Recht ist im Rechtswege verfolgbar“, so ist damit keineswegs wie Holtz u. Kreuz I S. 431 aufstellen, „zum Ausdruck gebracht, daß das verliehene Recht ein reines Privatrecht ist“. Vgl. oben Bd. I S. 175 f.

<sup>21</sup> 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.

Widerruf hat also Verwandtschaft mit der Enteignung, so daß das Gesetz möglicherweise für die Vornahme des Widerrufs die Beobachtung ihrer Formen vorschreibt.

Die Hauptanwendungsfälle bieten die öffentlichen Flüsse<sup>22</sup> und die Straßen<sup>23</sup>. Hier sind alle Nutzungsrechte den Erfordernissen des Verkehrs untergeordnet. Andere Beispiele liefert häufig auch die Neuordnung der Kirchstühle, wobei möglicherweise auch verliehene Rechte ausweichen müssen<sup>24</sup>.

In allen diesen Fällen, tatsächliche Beeinträchtigung oder förmliche Rechtsentziehung, ist dem betroffenen Nutzungsberechtigten Entschädigung geschuldet. Auch hierin zeigt sich die Verwandtschaft mit der Enteignung<sup>25</sup>.

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

<sup>22</sup> 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“. E y m a n n, 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.

<sup>23</sup> So in dem Falle der Berliner Schlächterscharren (vgl. oben Note 6) welche von der Straßenpolizeibehörde eingeschränkt wurden: O.Tr. 8. Febr. 1856 (Str. XIX S. 336).

<sup>24</sup> 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 (R e g e r V S. 388). Die bürgerlichen Gerichte suchen die Verfügungsmacht der Verwaltung gern damit zu erklären, daß dem Kirchenstuhlberechtigten 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 anerkannt dingliche Natur des Kirchenstuhlrechts verleugnet.

<sup>25</sup> So die oben Note 22 angeführten wassergesetzlichen Bestimmungen. Möglicherweise verhelpen aber die Gerichte auch ohne das 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).

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 denkbar. Das ist aber dann ein anderes Recht, welches bei der Verleihung nicht gewollt war<sup>26</sup>.

III. Mit der Verleihung, deren Wesen die Begründung eines Rechts des Beliehenen ausmacht, verbinden sich zumeist noch gewisse Nebenbestimmungen, die darauf gerichtet sind, Verpflichtungen für ihn entstehen zu lassen. Wir sprechen hier von Auflagen, die dem Beliehenen gemacht werden:

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<sup>27</sup> und werden von der Behörde, welche der Polizei der öffentlichen Sache vorsteht, nach dem Vorbilde jener gehandhabt. Auch eine Zurücknahme der

<sup>26</sup> Statt der in Note 25 erwähnten Entschädigung kann möglicherweise anderweitiger Ersatz geboten werden. So gibt die Verlegung von Gemeindekirchhöfen, weiter hinaus vor die Stadt, 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.

<sup>27</sup> Vgl. oben Bd. I S. 250. Die Verwandtschaft tritt namentlich beim Sächs. Wasserges. § 27 Abs. 1 stark hervor; dazu S c h e l c h e r, Kom. S. 104 Note 1.

Verleihung wegen Nichterfüllung solcher Auflagen ist statthaft; sie geschieht aber durch die Verleihungsbehörde<sup>28</sup>.

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 Verwendungsaufgaben. 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.

In solcher Weise werden namentlich Stauwerke zu Kraftanlagen und Bewässerungsvorrichtungen anderen nutzbar gemacht<sup>29</sup>.

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. Der Nutzungsberechtigte erhält durch seine Stellung als beliehener Unternehmer zugleich feste Pflichten auferlegt für die Art, wie er sein Recht behandeln und verwenden soll<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Besonders ausführlich sieht das vor Bad. Wasserges. § 44.

<sup>30</sup> 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 12). 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.).

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.

3. Der Verleihende kann für die Gewährung des Gebrauchsrechts auch besondere Vermögensvorteile sich ausbedingen: der Beliehene soll ihm die Kosten der Instandsetzung eines entsprechenden Teiles der Straße, des Wasserlaufes abnehmen oder sich verpflichten, ihm zu gelegener Zeit das ganze Unternehmen zu einem berechenbaren Preise zu überlassen<sup>31</sup>.

Vor allem gehört hierher die Auferlegung einer Gebührenpflicht. Eine gesetzliche Grundlage ist auch hier nicht erforderlich. Es genügt, daß das Gesetz es nicht verbietet, dann kann der verleihende Verwaltungsakt vermöge der Unterwerfung des neuen Gebrauchsberechtigten im Einzelfall das angemessene Scheinende bindend festsetzen<sup>32</sup>.

### § 40.

#### Auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeiten.

Auferlegte öffentlichrechtliche Dienstbarkeit und Dienstbarkeit der öffentlichen Sachen, von welcher oben § 35, III, 2 die Rede war,

<sup>31</sup> 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 öffentlich-rechtliche 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.

<sup>32</sup> Sch w a b, in Arch. f. ziv. Prax. XXX Beil. S. 103, bezeichnet den Vorgang als „Konzession gegen Entrichtung einer stipulierten Abgabe (Mühlensins)“. 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 eine „an die Wasserbauverwaltung zu entrichtende Gebühr“, dann aber trat die Regierung, Abteilung für direkte Steuern, Domänen und Forsten, bei und „wiederholte die Auflage“. Ressortpartikularismus?

Preuß. Wasserges. § 54 verbietet 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 das Hilfsinstitut des bürgerlichen Rechts. Allein nun ist doch hier vom Gesetz die Verleihung am öffentlichen Flusse, der dem Staate öffentlichrechtlicherweise gehört, ohne weiteres mit diesem andern Falle zusammengeworfen (vgl. oben Note 8). Da stimmt das Verbot nicht. Aber hier 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 (Holtz u. Kreutz, Preuß. Wasserges. I S. 327). 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.



bedeuten beide einen besonderen Rechtszustand des betroffenen Grundstückes.

Beide wirken zugunsten eines bestimmten öffentlichen Unternehmens: letztere so, daß das Grundstück selbst ein solches darstellt als öffentliche Sache, erstere, indem sie von außen her es belastet<sup>1</sup>. Letztere gleichgültig gegen die Art des Begründungsaktes, der öffentlichrechtlicher Natur sein kann (Enteignung) oder privatrechtlicher (Kauf); die Widmung erst macht die öffentliche Sache fertig, erstere vom Ursprung her dem öffentlichen Recht angehörig; auferlegt zu sein, macht ihr Wesen aus.

Danach formulieren wir: Auferlegte öffentliche Grunddienstbarkeit bedeutet einen Eingriff in die Freiheit des Eigentums, um die betroffenen Grundstücke zugunsten eines außerhalb stehenden öffentlichen Unternehmens öffentlichrechtlich zu belasten<sup>2</sup>.

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 angrenzenden Grundstücke gelegt werden;

— für schiffbare Flüsse als Leinpfadgerechtigkeit;

— für Festungswerke als reichsgesetzliche Rayonservitut.

I. Es beginnt mit einem Eingriff in das Privateigentum, der als

<sup>1</sup> Nur bei dieser könnte man von einem „herrschenden“ Grundstück sprechen: Straße, Strom, Festungswerk. Vgl. Dierschke, Bauverbot S. 42 f.

<sup>2</sup> Der freie Gebrauch des Eigentums kann auch beschränkt werden durch Polizeiverbote. Es ist wichtig, unser Rechtsinstitut auch diesen gegenüber abzugrenzen, weil sie erlassen werden können auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Ermächtigungen, die der Polizei zuteil geworden sind, und wegen der Entschädigungsfrage. Darüber Bl. f. adm. Prax. 1876 S. 10 f.; O.L.G. München 19. Okt. 1886 (R e g e r 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 auszuhaun. Entscheidend ist, daß hier bei den Verboten immer nur die Abwehr eines möglichen Eingriffs in den guten Stand der Straße bezweckt ist (durch Anpflügen, Angraben, Beschatten); das ist's, 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.

solcher nach bekannten Regeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf<sup>3</sup>.

Die dem Gesetze angemessene ordentliche Art, sie zu liefern, besteht darin, daß es rechtssatzmäßig die Dienstbarkeit auferlegt. Sie entsteht dann unmittelbar mit Erfüllung seines Tatbestandes<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ein Ersatz durch freiwillige Unterwerfung unter einen auferlegenden Verwaltungsakt, „öffentlichrechtlichen Vertrag“, dürfte hier nicht zulässig sein (vgl. oben Bd. I S. 98 u. Note 12 ebenda). Das Gesetz behält die möglichen Belastungen des Grundeigentums auch hier in seiner Hand, wie im bürgerlichen Recht.

<sup>4</sup> 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 Verfügungsverfügung, 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 Aussteinerung ist aber kein Verwaltungsakt, sondern nur die Sichtbarmachung des vom gesetzlichen Rechtssatz gewollten Umfangs der Belastung. Was wirkt, ist dieser gesetzliche Rechtssatz und die Aussteinerung 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 S. 262 f.). Wenn die Wirksamkeit der Strafverordnung gegen das Befahren gesperrter Straßen abhängig gemacht würde von der Aufpflanzung des bekannten Strohwiches (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. Das ist keine „baupolizeiliche Maßnahme“, und ebensowenig ist sie die „Schaffung einer Rechtsnorm“, sondern nichts weiter als ein technisches Projekt 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. O.V.G. 11. Juli 1896 (Entsch. XXX S. 68); v. Strauß und Torney, Preuß. Straßenges. S. 67; Walz, Bad. Ortsstr.R. S. 58. — 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. 1902 (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 Un-

Das Gesetz kann auch die Verordnung oder die körperschaftliche Satzung ausstatten mit der Fähigkeit, an seiner Statt so zu wirken<sup>5</sup>.

Außer dem Rechtssatz kann auch der Verwaltungsakt rechtliche Bestimmtheiten erzeugen. Hier kann er das wieder nur tun auf Grund gesetzlicher Ermächtigung. Diese 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<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. Dann richtet sich der endgültige Bestand

bebaubarkeit“ sollte man da aber nicht reden. Unser Rechtsinstitut ist dabei außer Frage.

<sup>5</sup> Hier kommen namentlich die Bauverbote in Betracht, welche durch Gemeindestatut zugunsten des Ortsstraßenwesens auf die der künftigen Straße anliegenden Grundstücke gelegt werden können, die sogenannten ortsstatutarischen Bauverbote: Preuß. Straßenges. v. 2. Juli 1875 § 12.

<sup>6</sup> 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 schiekt ohne solche Anordnung, können sie herausgeworfen werden.

<sup>7</sup> 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 Rayonkatalster (Rayonges. § 9). Das ist eine Sammlung von Verwaltungsakten, wie die

der Belastung nach der mit freiem Ermessen ergehenden Verfügung; solange sie nicht ergangen ist, bleibt es bei dem Rechtssatzmäßigen.

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<sup>8</sup>. Auch die Form des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt findet sich hier<sup>9</sup>; 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 rechtmäßig vorgesehenen Gründen. Die Baubeschränkung gewinnt ihre Bedeutung wesentlich dadurch, daß sie einen solchen Grund liefert. Wird dann um ihretwillen

Grundsteuerliste. Die Rayonservituten werden aber dadurch nicht erst geschaffen (vgl. oben Note 4), sondern nur förmlich festgestellt. Daran knüpft sich ein Anfechtungsverfahren (Rayonges. § 11).

<sup>8</sup> Vgl. die vorhergehende Note und Bd. I S. 251.

<sup>9</sup> Rayonges. § 13, § 15 B, § 17 B.

die baupolizeiliche Erlaubnis verweigert, so bleibt auch das polizeiliche Bauverbot bestehen, das für sich allein genügt, um zu verhindern, was auch die baubeschränkende Dienstbarkeit verhindern will. Auf diese Weise verschmelzen sich hier die beiden Rücksichten. Unsere Baubeschränkung selbst ist aber deshalb nicht polizeilicher Art<sup>10</sup>.

In anderen Fällen geht die auferlegte Dienstbarkeit auf das Dulden einer bestimmten Tätigkeit, die an dem belasteten Grundstück 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 Schifffahrttreibenden und ihren Leuten freisteht, ist kein Gemeingebrauch<sup>11</sup>. So wenig, wie es

<sup>10</sup> Das Verhältnis der beiden Verbote ist namentlich beim ortstatutarischen Bauverbote (oben Note 5) viel untersucht worden: Dierschke, Ortsstatutarische Bauverbote S. 50; v. Strauß u. Torney, Straßenges. S. 132 ff. Wo Baupolizei und Gemeindeverwaltung nicht in derselben Hand liegt, erstere vielmehr namens des Staates geübt wird, muß der Gemeinde zur Wahrung ihrer Rechte eine Beschwerde 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 herausgedrängt 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.

<sup>11</sup> 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 es, daß dieser Weg dem öffentlichen Verkehr allgemein dienen soll, sei es, daß

Gemeingebrauch ist, wenn an unfahrbar gewordenen Stellen der Straße das Fuhrwerk über das angrenzende Grundstück ausbiegen darf<sup>12</sup>. 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, Arbeiterunterkünfte, 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; nach 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 öffentlichrechtlicher Seitenstücke der Miete<sup>13</sup>.

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 ohnedies 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).

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Vgl. oben Note 6. — Von der alten zivilrechtlichen Forderung einer causa perpetua (B.G.B. § 1019; Prot. d. II. Les. III S. 308) ist also hier keine Rede. Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsgr. II. 3. Aufl.

Damit ist der Verwaltung nicht ein Benutzungsrecht gewährt, über welches sie frei verfügen könnte im Rahmen ihres „persönlichen Bedürfnisses“ (B.G.B. § 1091), 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. Es wird im Sinne des zugrunde liegenden Rechtssatzes sein, daß dadurch das Eigentum an dem Weggenommenen auf sie übergehe, welches fortan wieder den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unterliegt<sup>14</sup>.

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. Vgl. oben § 36, II n. 4.

Der Streit über die auferlegte Dienstbarkeit ist immer Verwaltungssache.

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 Ver-

<sup>14</sup> 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 hier nichts zu machen: mangels eines diese Fahrnisgegenstände betreffenden eigentümändernden Verwaltungsaktes fehlt jede Anknüpfung. Wir werden den gleichen Fragen noch einmal begegnen unten § 47, II n. 4 in der Lehre von der Anforderung (Requisition).

waltung 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<sup>15</sup>.

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.

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<sup>16</sup>, landesrechtlich vielfach durch die neuere Gesetzgebung für die Fälle der zeitweiligen Inbesitznahme von Privatgrundstücken für das Bedürfnis öffentlicher Arbeiten, desgleichen für das Ausgraben von Kies, Sand und sonstigem Material<sup>17</sup>.

Wo das Gesetz einen Willen nicht kundgegeben hat, 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. Hier ist nun nach Preußischem Recht eine Entschädigung für das Verbot des Bauens an nicht fertiggestellten Straßen ausdrücklich versagt<sup>18</sup>. 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<sup>19</sup>. Das Bauverbot

<sup>15</sup> 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).

<sup>16</sup> Rayonges. v. 31. Dez. 1871 § 34 ff.

<sup>17</sup> Preuß. Ent.Ges. v. 11. Juni 1874 § 4, § 53.

<sup>18</sup> Straßenges. v. 2. Juli 1875 § 13. Vgl. oben Note 8.

<sup>19</sup> Vgl. oben Note 10 über das „wilde Bauen“.

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 allzu lange hinausziehe<sup>20</sup>. Soweit es das nicht getan hat, muß angenommen werden, daß jene schließliche Vergütung durch Kaufpreis oder Enteignungsentschädigung genügen soll<sup>21</sup>. Bezüglich des Leinpfades pflegt das Gesetz von Entschädigung 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 Leinpfadgerechtigkeit neu entsteht. Hier 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<sup>22</sup>.

III. Für die Dienstbarkeit der öffentlichen Sache haben wir nur einen Erlöschungsgrund angenommen, wie beim öffentlichen Eigentum (oben § 36, IV n. 1): die Einziehung der öffentlichen Sache.

Für unsere auferlegte Dienstbarkeit kommen die Erlöschungsgründe der bürgerlichen Dienstbarkeiten ebensowenig in Betracht<sup>23</sup>. Dafür hat sie ihre eigenen Arten.

<sup>20</sup> Der Eigentümer kann seine Entschädigungsforderung fällig machen durch Freilegung des betroffenen Grundstücksteils (Preuß. Straßenges. § 13; Sächs. Bauges. § 31 Satz 3), oder indem 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).

<sup>21</sup> 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 Zusammenhang der Lehre von der auferlegten Dienstbarkeit, sondern richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen; vgl. unten § 54, IV.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> O.V.G. 19. Nov. 1898 (Entsch. XXXIV S. 292): Der Leinpfad ist öffentlich-rechtlicher Natur und nicht eine Last, welche nach den Regeln des Privatrechts

Besondere Beachtung verdienen hier noch folgende zwei:

1. Gegenüber einer rechtssatzmäßig geschehenen Auferlegung der Dienstbarkeit gibt es eine Befreiung davon für den Einzelfall, welche die Verwaltung unter Umständen gewähren kann. Das Hauptbeispiel ist die Zustimmung der Gemeinde zu einem Anbau an der unfertigen Straße (oben Note 5). Diese ortsstatutarischen Bauverbote sind gerade nur bestimmt, die durch den Aufwand für die künftige Straße in Anspruch genommenen Vermögensmittel der Gemeinde zu schonen (vgl. oben Note 10). Daher ist die Gemeinde auch in der Lage, ihre Einwilligung zum Bau an entsprechende Bedingungen zu knüpfen. Die Ausnahmewilligung 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. Es ist nicht nötig, den Vorgang sonst noch rechtsgeschäftlich auszugestalten<sup>24</sup>.

dem einen Grundstück zum Vorteile des anderen auferlegt ist, „ohne daß dem gegenüber 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). Preuß. Ent.Ges. § 4 begrenzt die von der Bezirksregierung anzuordnenden „vorübergehenden Beschränkungen“ auf die Dauer von drei Jahren.

<sup>24</sup> 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, 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. 395 ff.; Benkart in Verw.Arch. XVII S. 365 ff.; Dierschke, Ortsstatutarisches Bauverbot S. 57 Note 7. Der letztere sucht allerdings den Übergang zu finden ins volle öffentliche Recht. Benkart, der einen privatrechtlichen Vertrag annimmt, sagt doch wieder, daß 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 7), 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 100 000 Mk. einzukommen auf die ihm gebührende Entschädigung, worauf das Grundstück sofort in den dritten Rayon versetzt wurde — eine sehr merkwürdige Oase bildend.

2. Der wichtigste Endigungsgrund ist der Wegfall des bestimmten Unternehmens, zu dessen Gunsten die Dienstbarkeit auferlegt worden ist. Dem steht es gleich, wenn die Voraussetzungen weggefallen sind, unter denen man 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<sup>25</sup>.

## § 41.

**Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung.**

Wir knüpfen hier 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, 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, und 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<sup>1</sup>. Hat nun das Vorausgehende uns öffentlichrechtliche Seitenstücke der bürgerlichrechtlichen Dienstbarkeit geliefert, so entspricht jetzt dieser letzteren Rechtsgestalt, was wir hier vor uns haben und deshalb die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung nennen<sup>2</sup>.

<sup>25</sup> 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.

<sup>1</sup> Windscheid-Kipp, Pand. I S. 862 Note 2.

<sup>2</sup> 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 ff. unter dem Titel „Öffentliche Beschränkungen des

I. Sie betrifft, wie die bürgerlichrechtliche, nur Grundstücke<sup>3</sup>. Sie bedeutet, wie diese, nur eine Wehrlosigkeit des Grundeigentums gegenüber der Einwirkung: es gibt keinen Rechtsschutz und ist keine Selbstverteidigung zulässig<sup>4</sup>.

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.

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 jedesmal haltgemacht werden müßte bis zur vollen Auseinandersetzung mit der Heiligkeit des Eigentums.

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<sup>5</sup>.

Eigentumsinhaltes“ eine große Menge von Dingen, die für uns allerdings fast durchweg hier nicht in Betracht kommen.

<sup>3</sup> Jhering in Jahrb. f. Dogm. VI S. 63 ff.

<sup>4</sup> Man darf es nicht schlechthin eine Duldungspflicht nennen. 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 wiederzugewinnen; aber der Eigentümer ist nicht gehindert, Gräben zu ziehen, die solche Dienlichkeit ausschließen.

<sup>5</sup> Für letzteres gibt Jhering, 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 wie für die privatrechtliche Eigentumsbeschränkung der näheren Bestimmung.

Diese Bestimmung suchen sie wieder 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<sup>6</sup>. Diese Anschauung wird erkennbar aus der jeweiligen Rechts-handhabung der Behörden. 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 öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung aber wird gerade hierin leicht erkennbar ein richtiger Anwendungsfall der großen öffentlich-rechtlichen Billigkeitsentschädigung, in deren Zusammenhänge er denn auch einmünden soll.

Die Fälle, in welchen unsere öffentlich-rechtliche 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 Grundstück gegenüber erworbenes Recht<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Über die Wichtigkeit der allgemeinen Anschauungen von der persönlichen Freiheit gegenüber der Polizeigewalt vgl. oben Bd. I S. 216 ff. *Derenburg*, 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. I n. 4). *Gierke*, D. Pr.R. II S. 416, bemerkt am Schlusse seiner etwas allzu reichhaltigen Aufzählung von „öffentlich-rechtlichen 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.

<sup>7</sup> Sonst würde es sich um eine Dienstbarkeit handeln; vgl. hier oben Eing.

— 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, 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. Das neuere Recht, das auch Rechtsansprüche kennt, die im Verwaltungswege verfolgbar sind, läßt jetzt den sachlichen Mangel hinter der alten Zuständigkeitsregel erst recht hervortreten. Die ordentliche Rechtsfolge der Eigentumsverletzung soll verneint bleiben. Das ist unser Rechtsinstitut.

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. Je nach den verschiedenen Entwicklungsstufen unseres öffentlichen Rechts spricht man wieder von besonderen Hoheitsrechten oder von polizeilichen Verfügungen<sup>8</sup>.

Für uns läuft es 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.

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

<sup>8</sup> Vgl. oben Bd. I S. 204 Note 5. — 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. 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.

Nachbargrundstück; wir können sie als öffentlichrechtliches Nachbarrecht bezeichnen.

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<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> 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.“ 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 diesem 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 anerkannter Freiheit gegenüber der überkommenen Idee der polizeilichen Verfügung wird die Frage für alle Arten solcher Einwirkungen behandelt bei Eger, Kleinbahnges.

Betriebe und Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung kann der Grundbesitzer sich nicht fernhalten, auch wenn sie ihm Geräusch,

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 liegenden Modifikation“: gegenüber den durch den vorschriftsmäßigen Bau und Betrieb notwendig werden- den Eingriffen gibt es keinen Anspruch auf Beseitigung der Änderung oder auf 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 sehr 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 Straßennrinne 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 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 Rechtsboden kennt, auf den es gehört.



Erschütterung und „Immissionen“ bringen, die bedeutend über das hinausgehen, was man in dieser „Lage“ der Stadt von seinem Nachbar zu gewärtigen hat<sup>10</sup>.

Vor allem der Betrieb der öffentlichen Eisenbahnen ist es, von dem man die mannigfaltigsten Störungen dieser Art wehlos hinnehmen muß. Die Entschädigungsfrage bleibt allein übrig<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Privatunternehmungen gegenüber zieht B.G.B. § 906 die Grenze des zu Ertragenden. Auf die Besonderheit gewerblicher Anlagen werden wir unten Note 30 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 wohlworbener Privatrechte“ angerufen werden. — R.G. 16. April 1910 (Entsch. LXXIII S. 270): Rohrpostanlage; Klage des Nachbarn auf Unterlassung der Geräusche; kein „staatliches Hoheitsrecht“, aber „Pfleger 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 diene“, den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, d. h. dem § 906, unterstand. Hier wäre doch die Annahme einer „polizeilichen Verfügung“ sehr am Platze gewesen; aber dieser terminus technicus gibt eben keinen sicheren Maßstab.

<sup>11</sup> 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 Trams muß man sich gefallen lassen, nicht aber das einer dazu gehörigen „Wagenhinterstellungshalle“. Hier war allerdings Bayr. Ausf. Ges. Art. 80 anzuwenden; vgl. unten Note 30.

Meist sucht man die Sache 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

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 dahinter liegenden Grundstücke mit verirrtten Kugeln zu beschicken

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. 222 u. 238). Wenn dem Apotheker nach dem Deutschen Arzneibuch polizeilich vorgeschrieben ist, ein Arzneimittel zu bereiten, das einen sehr üblen Geruch verbreitet, so kann er auch nicht davon absehen; aber daraus folgt nicht, daß der Nachbar sich das gefallen 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 Funkenwurfes; „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.

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<sup>12</sup>.

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<sup>13</sup>. Die Feuerwehr dringt in Gärten und Hofräume ein,

<sup>12</sup> 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 nicht aus. C.C.H. 13. Aug. 1870 (Stölzel, Rspr. S. 72): Besitzstörungsklage gegen Militäriskus 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 i h r e s 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 Nachbarn auf Unterlassung wird abgewiesen, da es sich „um Ausübung des Militärhoheitsrechts“ handle; nur Entschädigung kann in Frage sein. — R.G. 26. Sept. 1894 (R e g e r 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 begreifen. — R.G. 27. Mai 1903 (Entsch. LV S. 55) läßt einfach den Reichsmilitäriskus 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.

<sup>13</sup> O.Tr. 1. Dez. 1875 (O p p e n h o f f, Rspr. XVI S. 769): Zollaufsichtsbeamte verbergen sich auf einem Bauerngut, um vorüberkommenden Schmutzglern

um der Feuersbrunst im Nachbarhause beizukommen. Alles ohne Gesetz<sup>14</sup>. 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<sup>15</sup>. Zur 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<sup>16</sup>.

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 Wiesen liefen; das genügt.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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. Das ist nicht, wie R. Merkel, Koll. rechtm. Interessen S. 51, ausführt, eine 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 Nachbarigentum 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 Wegpolizeibehörde 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.

<sup>16</sup> Pr. Ent. Ges. v. 11. Juni 1874 § 5: „Handlungen, welche zur Vorbereitung eines die Enteignung rechtfertigenden Unternehmens erforderlich sind, muß auf

Es geschah und geschieht auch ohne Gesetz ebenso<sup>17</sup>. Die Landesvermessung beansprucht das Grundeigentum auf ähnliche Weise<sup>18</sup>. Das eindrucksvollste Beispiel 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<sup>19</sup>.

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 6); 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 „v o r der Verleihung des Enteignungsrechts“ (§ 14 Abs. 1) öffentlich anerkannt und legitimiert wird.

<sup>17</sup> So O.Tr. 9. März 1874 (Str. 91 S. 175). — Ähnliche Befugnisse zugunsten der Telegraphenverwaltung nach Telegr. Wegeges. v. 18. Dez. 1899 § 12.

<sup>18</sup> Sächs. O.V.G. 30. Nov. 1907 (Jahrb. XI S. 294): Die Grundstücksvermessung ist im öffentlichen Interesse angeordnet; daher das Recht, die Grundstücke zu betreten, selbstverständlich, auch ohne Gesetz.

<sup>19</sup> 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 Gesetze die Grundstücke nach wie vor zu Truppenübungen benutzt werden sollten. Man bezeichnete das

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. Straßenschilder und Hausnummern zur besseren Ordnung des Straßenwesens werden unbedenklich, auch ohne zu fragen, an den Privatgebäuden befestigt<sup>20</sup>. 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 Verbotungsklage nicht zuständig sein. Straßenschilder, 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<sup>21</sup>. In der neueren Rechtsprechung hat auch der Leitungsdraht der

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 (R e g e r XXI S. 101), 30. März 1903 (Entsch. LIV S. 209); Bayr. Oberst. L.G. 24. März 1898 (R e g e r XX S. 111); Preuß. Kriegsminist. 10. Jan. 1904 (R e g e r XXV S. 165).

<sup>20</sup> O.V.G. 13. Mai 1909 (Jur. Ztg. IX S. 1094): „Die Straßen- und Häuserbezeichnung bildet einen Teil der von der Ortspolizeibehörde aufrechtzuerhaltenen 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.

<sup>21</sup> 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. Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Aufl. 9

elektrischen Straßenbahn sich schon durchgesetzt: er wird festgehalten mittels der widerstandslos an den Hausmauern anzubringenden Haken („Rosetten“) <sup>22</sup>. 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 <sup>23</sup>. 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 § 36, II n. 2 besprochene Besitz der öffentlichen Sache: wenn danach die Verwaltung das Grundstück, das tatsächlich in den Bestand einer öffentlichen Sache geraten ist, vorläufig noch in diesem zurückzuhalten vermag, bis daß anderweit Fürsorge getroffen ist, so bedeutet das

<sup>22</sup> 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; „wengleich 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 Hauseigentümern 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.

<sup>23</sup> 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, der doch nicht ganz so knöchern ist, wie Anschütz meint. — 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.

eben eine Eigentumsbeschränkung zugunsten dieser Erscheinungen öffentlicher Verwaltung <sup>24</sup>.

III. Die äußeren Grenzen der Wirksamkeit der Eigentumsbeschränkung sind nicht abgesteckt nach dem Umfang eines Rechts, das an dem betroffenen Grundstück 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 Grundstück wirksam und erkennbar machen, gibt einen Anfang und ein Ende dieser Wirksamkeit, gebunden an den Beginn und den Wegfall der Tatsachen, welche sie herausforderten.

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 geschähe 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 <sup>25</sup>.

Ausgeschlossen sind und nicht gedeckt durch die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung:

— 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 <sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Vgl. oben § 36 Note 21 u. 22. Aus der älteren Rechtsprechung: O.Tr. 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 (R.eger XXVI S. 51), 16. Okt. 1906 (Entsch. LXIV S. 184).

<sup>25</sup> Deshalb ist es so unfruchtbar, was die Gerichte über die überfliegenden Kugeln der Militärschießplätze philosophiert haben; vgl. oben Note 12.

<sup>26</sup> Über diesen Gegensatz vgl. oben Bd. I § 11, II, und hier § 33, II n. 2, S. 18. Nach dem gleichen Maßstab ist in diesen Fällen die ausgleichende

— Eigentumverletzende Ausschreitungen der Leute der öffentlichen Verwaltung, die diese auf eigene Faust und außerhalb des Rahmens ihrer dienstlichen Verrichtungen begehen mögen<sup>27</sup>.

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<sup>28</sup>. 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.

3. Nicht alles ist gedeckt, was in solcher Weise, von der öffentlichen Verwaltung ausgehend, in die Freiheit des Grundeigentums eingreifen möchte. Eine gewisse Zwangslage ist auch dabei vorausgesetzt; 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<sup>29</sup>.

4. Der geschädigte Eigentümer kann Klage erheben bei den ordentlichen Gerichten wegen Verletzung seines Rechts dann, wenn der

Entschädigung des öffentlichen Rechts ausgeschlossen; vgl. unten § 53, III n. 1.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Ähnlich wie bei der Polizeimaßregel; vgl. oben Bd. I S. 223 ff.

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 Haftmachung des Beamten bestehen; vgl. oben Bd. I S. 185 ff.

Eine Klage gegen den Staat selbst, dessen öffentliche Verwaltung die Eigentumsbeschränkung zur Geltung gebracht hat und weil sie das getan hat, wäre keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Und zwar macht es keinen Unterschied, ob die Klage sich richtet auf gänzlich 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<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> 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. 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 Entschloßung 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 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, weshalb 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 sie übertragen werden darf. Das tut R.G. 6. Juni 1899 (Entsch. XLIV S. 225): Nachdem die Klage auf Untersagung oder

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.

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!

#### Vierter Abschnitt.

### Besondere Leistungspflichten.

#### § 42.

#### Die öffentliche Dienstpflicht; Grundlagen.

Um Schuldverhältnisse handelte es sich auch bei den Rechtsinstituten der Polizeigewalt und der Finanzgewalt (Bes. Teil. I Abschn. I u. II). Im Gegensatz dazu sind die jetzt zu betrachtenden besonderen Leistungspflichten der Einzelnen, dem öffentlichen Sachenrechte gleich, dazu bestimmt, den Staat zu begleiten bei der Besorgung seiner verschiedenen Geschäfte und Unternehmungen und diesen Lebens-tätigkeiten sich anzupassen.

Die öffentliche Dienstpflicht bringt die Rechtsformen, in welchen der Staat die wichtigsten Arbeitskräfte, deren er dabei 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. Das eigentümliche Merkmal, welches die öffentliche Dienstpflicht 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<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> 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 Heeresdienstes, versagt dieser Zusammenhang.

Damit ist nun allerdings zunächst eine Forderung sittlicher Natur aufgestellt, die als solche keine kennzeichnende Linie vorstellt in dem juristischen Bild. Mittelbar wird sie nichtsdestoweniger von Bedeutung, indem sie Maßstäbe liefert für die Frage, ob der Dienstpflicht im Einzelfalle genügt worden ist oder nicht; namentlich bei der Dienststrafgewalt (unten § 45, II) 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<sup>2</sup>. 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 Sachenrecht nehmen als den Untertanen, der dort der öffentlichen Gewalt gegenübergestellt sein soll, schlechthin den Menschen im Staate. Die besondere Hingabe 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 ersetzt die Reichsangehörigkeit die besondere Staatsangehörigkeit<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

2. Die öffentliche Dienstpflicht unterscheidet sich von anderen

<sup>2</sup> 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; Radnitzki in Arch. f. öff. R. XX S. 120 ff. 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.

<sup>3</sup> R.Verf. Art. 110 Abs. 2.

<sup>4</sup> 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).

Schuldverhältnissen durch den von dem Pflichtigen abzulegenden Diensteid, der mit dem Beginn der Tätigkeit sich verbindet. Dieser Eid enthält übereinstimmend das Versprechen, die dem Schwörenden obliegende Pflicht getreulich zu erfüllen<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. Zur Ablegung dieses Eides ist aber der Dienstpflichtige als solcher rechtlich verbunden. Es handelt sich also wieder um eine rechtliche Eigentümlichkeit der Dienstpflicht, die jenem sittlichen Element entspringt. Und zwar ist es gleichgültig, welcher Art der Gegenstand der zu erfüllenden Dienstpflicht sei<sup>7</sup>.

3. Das öffentliche Dienstverhältnis, wegen des in ihm enthaltenen Treuebandes, hängt auch rechtlich streng an der Person des Pflichtigen. 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 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<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Zusammenstellung solcher Formeln in Wörterb. d. St. u. V.R. I S. 562, Art. Diensteid. Bezeichnend ist die persönliche Wendung, welche der Eid in der Monarchie zu nehmen pflegte: der Dienst ist rechtlich dem Staat geschuldet, der Eid, der das ethische Element dabei bekräftigen soll, wird in erster Linie dem Fürsten geschworen. In der Republik rückt dafür das Abstraktum „Verfassung“ in erste Linie: R.Verf. Art. 176; Verord. v. 11. Aug. 1919.

<sup>6</sup> Preuß. Kab.Ordre v. 11. Aug. 1832. Dazu wird gegebenen Falles auch das von R.Verf. Art. 177 übriggelassene „ich schwöre“ ausreichen.

<sup>7</sup> Dem entspricht die Gleichgültigkeit des Gegenstandes der Geschäfte für die öffentliche Dienstpflicht: O.V.G. 16. März 1906 (Entsch. XLVIII S. 59).

<sup>8</sup> Die Reichsbank ist eine gesonderte juristische Person; die Beamten, die

4. Endlich: die öffentliche Dienstpflicht kann selbstverständlich nur einem Träger öffentlicher Verwaltung geschuldet sein. Aber auch nicht jedem. Vielmehr sehen wir tatsächlich diese Fähigkeit auf einen engeren Kreis beschränkt. Der Grund liegt 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 dazu gehörige Opferwilligkeit kann in Anspruch genommen werden für die umfassenden öffentlichen Gemeinwesen, nicht aber für eine rechtsfähige Verwaltung mit bestimmtem Sonderzweck.

Demnach sehen wir öffentliche Dienstpflichten begründet gegenüber dem Reich als Dienstherrn, desgleichen gegenüber dem Land, den Gemeinden und oberen Kommunalverbänden, auch gegenüber den öffentlichen Religionsgemeinschaften. Nicht dagegen kann Herr eines solchen öffentlichen Dienstverhältnisses werden, mögen auch andere öffentlichrechtliche Rechtsinstitute ihm offen stehen, der beliebige 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<sup>9</sup>.

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

ihre Geschäfte besorgen, sind Reichsbeamte: Bank-Ges. v. 14. März 1875; § 28. Ähnlich die beamteten Vorstandsmitglieder der Versicherungsanstalten nach R.V.O. § 134 und bei verweigerter Bestätigung der von den Stadtverordneten getroffenen Wahl des Stadtvorstandes die „kommissarische Verwaltung“ durch einen staatlichen Beamten nach Pr. StädteOrd. f. d. östl. Prov. § 33.

<sup>9</sup> So nach R.Vers.Ord. § 359 Abs. 4 die Angestellten der Krankenkasse vgl. auch R.G.Stf. S. 14. April 1905 (R e g e r XXVI S. 131). Bezüglich der Beamten der Berufsgenossenschaften: R.G. 3. März 1908 (Entsch. LXXI S. 236).

des Dienstherrn und mit rechtlicher Wirkung für diesen, also Vertretungsmacht besitzen. Für das öffentliche Dienstverhältnis selbst ist es gleichgültig, welcher Art die für den Dienstherrn zu leistende Geschäftsbesorgung sei. Unter der einzigen Voraussetzung, daß es sich um öffentliche Dienstpflicht handelt, werden 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<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> So auch Sächs. O.V.G. 7. Febr. 1907 (Jahrb. X S. 244). — L a b a n d, 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 Gegensatz 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. L a b a n d 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. L a b a n d 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 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 L a b a n d seine ursprüngliche Auffassung des Amtes als zu eng erkannt und läßt die früher ausgeschlossenen „Geschäfte rein wirtschaftlichen Inhalts“ jetzt zu (5. Aufl. I S. 293 Note 2). Die alte Begriffsbestimmung ist gleichwohl stehengeblieben. Sie läßt sich nur noch historisch erklären. Deswegen wird sie aber doch immer gern nachgeschrieben: Wörterb. d. D. V.R. I S. 39 (H a r s e i m); Wörterb. d. D. St. u. V.R. I S. 102 (v. R h e i n b a b e n);



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 <sup>11</sup>.

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. Er steht nicht in öffentlichem Dienstverhältnis; das entscheidet.

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 <sup>12</sup>.

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.

<sup>11</sup> Es gilt hierin für das öffentliche Amt ganz dasselbe wie für die öffentliche Dienstpflicht; vgl. oben Note 7.

<sup>12</sup> 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

4. Der Staat kann sich Arbeitsleistungen auch in öffentlich-rechtlicher 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. Beispiele: 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 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 <sup>13</sup>.

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

seine öffentliche Verwaltung (wegen der Besonderheit der Ausübung obrigkeitlicher Tätigkeit im eigentlichen Sinne vgl. unten § 43 Note 4) durch bürgerlichen Dienstvertrag verschaffte; nur eben gäbe es kein Amt und keine Beamten. Daher unrichtig Seydel, Bayr. St.R. II S. 199: „Die Erteilung der Amtsvollmacht kann ein Akt öffentlichrechtlicher Natur auch dann sein, wenn das Dienstverhältnis dem bürgerlichen Rechte angehört.“

<sup>13</sup> Ebenso der Fürst in der Monarchie hat ein Amt nur deshalb nicht, weil ihm die Dienstpflicht fehlt. Der Präsident der Republik dagegen ist Beamter, da er durch eine öffentliche Dienstpflicht gebunden ist. — Loening, V.R. S. 115, sagt 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“. Das letztere ist eine unnötige Verschnörkelung und stimmt nicht: da wäre ja auch der Reichspräsident kein Beamter. — Vgl. Stf.G.B. § 33; § 34 Ziff. 3 u. 4.

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 Dienstpflicht 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<sup>14</sup>.

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 ihre so gebildeten Ausgangspunkte als Behörden<sup>15</sup>. 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.

<sup>14</sup> Laband in Arch. f. öff. R. III S. 519: „Die Wehrpflicht im Frieden ist eine militärische Schulpflicht.“ Vgl. auch unten § 43, IV n. 1.

<sup>15</sup> Vgl. oben Bd. I S. 93. 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.

Es dient vielleicht der Anschaulichkeit, wenn man die Ämter so behandelt, als wären sie die Subjekte, welche mit den 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<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>. Wir haben

<sup>16</sup> 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 selbstständig 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 Arch. 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“! Kelsen, der mich, Hauptprobleme S. 600, hier von einer „Fast-Persönlichkeit“ sprechen läßt, ist dann das Opfer seines Scherzes geworden.

<sup>17</sup> 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 gegenüberstellt 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

hier nur das eine Anliegen, daß nicht von dorthin auch ein Schatten fällt auf die klare öffentlichrechtliche Natur des Dienstverhältnisses des beamteten „Organträgers“. Den Hinweis, daß dieses nach „organischem Rechte“ geordnet sei<sup>18</sup>, wird man besser zunächst einmal so behandeln, als wäre gar nichts damit gesagt.

2. Für das Verwaltungsrechtinstitut 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). Namentlich aber ist je nach der Art des Amtes die Bestellung dazu verschieden und die Erzeugung der entsprechenden Dienstpflicht. 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<sup>19</sup>.

Das freieste Spiel hat dieser Akt bei der Anstellung im berufsmäßigen Staatsdienst, wo er ergeht auf Grund freiwilliger Unterwerfung, die ihrerseits herbeigeführt wird durch die gleichzeitig zu gewährenden Vorteile dieses Verhältnisses. Beim Ehrenamt erreicht er diesen Zweck durch Vermittlung einer zu erfüllenden Rechts- oder Ehrenpflicht. Die Zwangsdienstpflicht endlich wird kraft Gesetzes von ihm ohne weiteres begründet durch einseitige Auferlegung<sup>20</sup>.

Organträger beziehen . . ., denn die juristische Person braucht nur insofern „Organe“, als sie Menschen braucht, die handeln.“

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.; Jellinek, A. St.L. S. 540. Die Verwendbarkeit des Wortes geht sogar noch weiter ins Unbegrenzte, in das wir ihm nicht folgen wollen.

<sup>18</sup> Haenel, St.R. I S. 86; Jellinek, Allg. St.L. S. 560 Note 1; Preuß, Städt. AmtsR. S. 339 ff.

<sup>19</sup> Namentlich auch die vielgenannte „gesetzliche Heeresdienstpflicht“ 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.

<sup>20</sup> 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

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.

### § 43.

#### Fortsetzung; die Anstellung im Staatsdienst.

Die Anstellung im Staatsdienst ist die eigentümliche Form, in welcher der Eintritt in den berufsmäßigen Staatsdienst bewirkt wird<sup>1</sup>. 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.

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 Dienst-

„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 selbst 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.

<sup>1</sup> „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 eine Gegenleistung des Staates als natürlicher, wenn auch nicht begriffswesentlicher Bestandteil.

Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, VerwaltungsR. II. 3. Aufl.

verhältnis zu sein (oben § 42, I n. 4); überall bringt die Anstellung 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 (unten § 44) 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 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 verstehen 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<sup>2</sup>. Außerdem kommt aber auch noch in

<sup>2</sup> R.G. Stf.S. 14. April 1905 (R e g e r 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 10). 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 II n. 1). Sodann aber sind ja die Geschäfte der Krankenkassen im wesent-

Betracht, 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.

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 Dienstoides. Im Zweifel wird man zurückgreifen auf das in derartigen Fällen Übliche<sup>3</sup>.

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 gewöhnlicher Vertrag gedacht im Sinne des ersteren<sup>4</sup>. — 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 Volkes herausholen; es wäre nur nicht zweckmäßig, denn die Leistungen wären danach; deshalb

lichen 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, nämlich Befehl und Zwang: R e h m, Annalen 1885 S. 163; L a b a n d, St.R. I S. 365.

Ganz deutlich wird der Grundsatz ausgesprochen in O.V.G. 8. Juli 1899 (Entsch. XXXV S. 60): Schlachthausarzt 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.

<sup>3</sup> 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“.

<sup>4</sup> Darüber Genaueres bei R e h m, in Annalen 1884 S. 565 ff.

schließt er zivilrechtliche Staatsdienstverträge<sup>5</sup>. — Als dann der Gedanke eines öffentlichen Rechts zwischen Staat und Untertan lebendiger geworden war, konnte man sich dieses 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<sup>6</sup>. — Im Verfassungsstaat wurde diese Begründung unmöglich, weil die jetzt erforderliche gesetzliche Grundlage offenbar nicht zu finden ist. Man beließ es deshalb wieder bei dem alten Staatsdienstvertrag. Nur benannte man ihn jetzt als einen „öffentlichrechtlichen“ oder nahm wegen der vermögensrechtlichen Beziehungen einen gemischten Vertrag an<sup>7</sup>.

Inzwischen hat sich aber die Sache geklärt. Daß die Begründung des Staatsdienerverhältnisses öffentlichrechtlicher Natur sein muß, steht ja außer Zweifel. Der Vertrag aber bedeutet, daß der Rechtserfolg des Vorgangs getragen wird durch die gleichwertig zusammen wirkenden Willenserklärungen beider Teile<sup>8</sup>. Ihm entspricht auf öffentlichrechtlichem Gebiet der Verwaltungsakt auf Unterwerfung: der Ausspruch der Behörde über den Untertan ist für sich allein das Wirkende; die Zustimmung des Betroffenen ist nur eine

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Goenner, Der Staatsdienst S. 56 ff. u. 91 ff., Perthes, Der Staatsdienst in Pr. S. 55.

<sup>7</sup> Laband, St.R. I. 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. I. Aufl. II S. 526; Loening, Verw.R. S. 119; Gareis, Allg. St.R. S. 165; Sarwey, Württ. St.R. S. 276; Rehm, in Annalen 1885 S. 121 f. — So auch R.G. 10. Febr. 1903 (Entsch. LIII S. 427): „Man kann zugeben, daß das Beamtenverhältnis durch einen Vertrag öffentlich-rechtlicher 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.“

<sup>8</sup> Darüber die Ausführungen in Arch. f. öff. R. III S. 37 ff.

Voraussetzung dafür, daß dieser Ausspruch rechtmäßig und zuständigerweise ergehe; sie ist notwendig, um diese Belastung der Freiheit des Einzelnen gegenüber den verfassungsmäßigen 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<sup>9</sup>.

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. 99).

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. 93)<sup>10</sup>.

Wirksam wird diese Verfügung wie jeder Verwaltungsakt durch die gehörige Kundmachung an den, über welchen sie ergeht (vgl.

<sup>9</sup> Vgl. oben Bd. I S. 98. Über die Bezeichnung als „öffentliches Rechtsgeschäft“, „öffentlichrechtlichen Vertrag“ vgl. ebenda S. 101. R.G. 6. Mai 1910 (LXXIII S. 328) spricht hier von „staatsrechtlichen Verträgen“. Selbstverständlich kann das keinen Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts bedeuten, so wenig wie öffentliches Eigentum, öffentliche Grunddienstbarkeit usw. einfach das bürgerliche Rechtsinstitut gleichen Namens wieder geben wollen. 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“ 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.

<sup>10</sup> Ein ganz besonderer Fall wird uns unten § 44, II n. 2 beschäftigen: die Wahl von Beamten durch Vertreterschaften, die nicht Behörden-eigenschaft 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.

oben Bd. I S. 94). Den Forderungen des Rechtsstaates entspricht auch hier am meisten die schriftliche Mitteilung des Ernennungsaktes (vgl. oben Bd. I S. 236). Ungültig wird die in anderer Form ergehende Kundmachung nur dann sein, wenn das Gesetz die Beobachtung der bestimmten Eröffnungsart in diesem Sinne vorschreiben wollte<sup>11</sup>.

Durch Gesetz oder Verordnung können rechtsatzmäßig 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 (oben Bd. I S. 91 f.); solange das nicht geschah, bleibt sie wirksam<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> 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 das könnte doch, dem Wortlaut entsprechender, als 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 nicht tun. — Nach Laband a. a. O. handelte es sich um eine dem altdeutschen Recht entnommene „Form der Vertragsabschließung“, wie sie Brunner in Ztschr. 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). 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“.

<sup>12</sup> Hier gilt, was Hellwig, Lehrb. d. Z.Pr.R. II S. 79, vom Urteil des nicht anstellungsfähigen Richters sagt: „Bis zur Vernichtung hat es alle Urteilstwirkungen.“ R.G. 26. März 1901 (Entsch. XLVIII S. 84) ist der Meinung, daß bloße Verwaltungsvorschriften doch Rechtsnormen sein können, „da auch objektive

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. 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 wo die Urkunde von einer höheren Stelle ausgeht, geradezu unwürdig<sup>13</sup>.

Es kann gleichwohl ein Irrtum unterlaufen: die vorausgesetzte Einwilligung lag im gegebenen Falle vielleicht doch nicht vor. Aber sie fällt nicht von selbst zusammen, sobald die Einwilligung bestritten und ein Beweis dafür nicht zu erbringen ist. Denn der obrigkeitliche Ausspruch, der Verwaltungsakt bezeugt, wie überall, dadurch, daß er erlassen und kundgemacht wird, daß auch die Voraussetzungen seiner Gültigkeit gegeben seien (vgl. oben Bd. I S. 95). 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<sup>14</sup>.

Rechtssätze lediglich Anweisungen an Behörden enthalten können“. Aber dann wären es eben keine Rechtssätze; vgl. oben Bd. I S. 74 ff.

<sup>13</sup> Bei der Investitur durch Übergabe und Empfangnahme einer Urkunde, wie sie von Brunner in Ztschr. 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: geschieht ja inter praesentes beides in einem Akt. Aber auf die Vornahme eines neuzeitlichen Verwaltungsaktes läßt sich das eben nicht übertragen.

<sup>14</sup> Dernburg, Preuß. Priv.R. II S. 561 Anm. 8: „Wurde jemand zum Beamten 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.

Bayr. Beamten-Ges. 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

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<sup>15</sup>. 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 beendet ist (vgl. oben § 42, II n. 5).

Zwischen diesen beiden Punkten steht das Amt grundsätzlich 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 festere 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 Be-

wird durch die Aushändigung dieser Urkunde... wirksam.“ Die Begründung zum Gesetzentw. drückt sich 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“. 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. Anders *Seydel*, Bayr. St.R. 1. Aufl. III S. 324 ff.: Das Besondere ist, daß „mit der Bekanntgabe der Anstellungsentscheidung 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“.

<sup>15</sup> 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.

gründung 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 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<sup>16</sup>. 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 genauere 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<sup>17</sup>.

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 darüber stehenden 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.

<sup>16</sup> *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.

<sup>17</sup> Deshalb ist es gut, diesen Zeitpunkt besonders kenntlich zu machen durch einen förmlichen Dienstantritt, eine Amtsübernahme, Einführung in das Amt. Vor allem die Ablegung des Diensteides, Amtseides, findet jetzt statt. Die Tatsache, daß Dienstpflicht und Beamtenverhältnis bereits vorher entstanden sind, darf man aber nicht darüber verloren gehen lassen. So *G. Meyer-Anschütz*, St.R. § 145, 6 und R.G. 12. Mai 1898 (Entsch. XLI S. 112). Daß für die Berechnung des Ruhegehalts die Dienstzeit erst von dort ab läuft, ist etwas anderes.

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<sup>18</sup>.

Die Versetzung in ein anderes Amt kann darüber hinaus noch Schranken finden:

— Auch wenn die künftig zu leistenden Dienste noch in dem Rahmen der ursprünglich übernommenen begriffen wären, braucht der 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<sup>19</sup>.

— 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<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Die Frage wurde seinerzeit in Württemberg brennend bei „Versetzung“ eines Tübinger Universitätsprofessors (R. v. Mohl) in das Amt eines Regierungsrates zu Stuttgart. Daher dann 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“. G o e z, Württ. St.R. § 49, I. — Vgl. auch O.V.G. 5. April 1907 (Entsch. LI S. 414).

<sup>19</sup> 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. 99) 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.

<sup>20</sup> 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 (R e g e r XVI S. 215): Ein Landgerichts-

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. Während privatrechtlich ein solcher Verzicht auf die 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<sup>21</sup>.

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 Dienststraf-

rat, 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 L a b a n d, S e y d e l, R e h m (vgl. oben Note 14), wonach die vorherige Einwilligung „kein öffentlichrechtlicher Akt“ und der Ernante 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.

<sup>21</sup> Äußerlich hat die Amtsentziehung, zumal 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.



verfahrens (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<sup>22</sup>.

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 Reichsbeamtenengesetz für eine Klasse von Verwaltungsbeamten, bei denen diese Rücksicht vornehmlich zur Geltung kommt, den sogenannten politischen Beamten<sup>23</sup>. Nach bayerischem und säch-

<sup>22</sup> R.B.G. § 125 ff. Auch hier spielen wieder bei der Ausdrucksweise der Gesetze Amts- und Dienstverhältnis ineinander; Bayr. Beamtenenges. 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. Beamtenenges. 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.

<sup>23</sup> R.B.G. § 25; Preuß. Ges. v. 21. Juli 1854 § 87.

sischem Recht sowie nach dem einer Reihe kleiner Staaten für alle nichtrichterlichen, also für alle Verwaltungsbeamten<sup>24</sup>.

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 Abs. 3 für alle deutschen Richter. Nach preußischem Recht und Reichsbeamtenengesetz auch für alle Verwaltungsbeamten über die politischen hinaus<sup>25</sup>.

In allen übrigen Fällen, für welche also das Gesetz nichts bestimmt hat, ist die Amtsentziehung unzulässig<sup>26</sup>. Und zwar kann der Mangel eines ermächtigenden Gesetzes auch nicht durch die Einwilligung des Betroffenen ersetzt werden, weder im voraus durch Befügung 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

<sup>24</sup> Bayr. Staatsdiener-Ed. § 19 Abs. 1, ersetzt durch Beamtenenges. § 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).

<sup>25</sup> R.B.G. § 24; Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852 § 87. Ebenso Württ. Beamtenenges. 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 21) und leitet über zur Versetzung in Ruhestand.

<sup>26</sup> 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 findet, folglich gesetzlich nichts vorgesehen sei: F. Seydel, Dienstvergehen S. 274.

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<sup>27</sup>, auf Kündigung mit Einhaltung einer gewissen Kündigungsfrist, auf freien Widerruf, auf Widerruf für bestimmte Fälle<sup>28</sup>. Das Gesetz kann solche Nebenbestimmungen ausschließen, namentlich in der Form, daß es lebenslängliche Anstellung verlangt<sup>29</sup>. 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<sup>30</sup>.

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 in 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.

<sup>27</sup> So die Kapitulantenverträge nach Preuß. Kab.Order 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.

<sup>28</sup> Ein Hauptbeispiel gab die Nichterfüllung der Kautionspflicht von seiten 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 Kautionsleistung nicht rechtzeitig bestellt wurde. Seit Reichsges. 20. Febr. 1898 sind diese Sicherheitsleistungen mehr und mehr außer Übung gekommen.

<sup>29</sup> Hauptfall: die Anstellung der Richter nach G.V.G. § 6.

<sup>30</sup> So vor allem bei Berufsbeamten der Gemeindeverwaltung: Bürgermeister, besoldete Stadträte usw.

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 öffentlichrechtlichen Verhältnisses entsprechend, nicht unmittelbar zu 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 gutgemacht ist<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> 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. 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 gemeinsames 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 geht nicht, wie man sich das gern vorzustellen scheint, nach einem eisernen Formular, sondern ist ein lebendiges Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts, fähig, allerlei Inhalt aufzunehmen, der nicht besonders ausgeschlossen ist, ausdrücklichen und 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

Die Notwendigkeit der Entlassung hat allerdings nicht bloß eine formale Bedeutung, so daß sie gewissermaßen nur zu Ehren der öffentlich-rechtlichen 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<sup>32</sup>. 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<sup>33</sup>.

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 beachtete Entwicklung unseres Rechtsinstituts geführt hat.

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. 98. Ich nehme auch einen solchen hier nicht an, wie L a b a n d, St.R. I S. 524 Note meint; und ebensowenig handelt es sich hier bei mir um eine Fiktion; es ist, in unserem alten juristischen Geschäftsstil gesprochen, eine praesumptio facti vel hominis, aber keine praesumptio juris, geschweige denn eine Fiktion.

<sup>32</sup> B.G.B. § 627 Abs. 2, § 723 Abs. 2.

<sup>33</sup> So für das Reichsbeamtenrecht K a n n g i e ß e r, 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 Landesgesetze 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 30.

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<sup>34</sup>.

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 widerrufflicher Weise oder auf Kündigung geschah, also auf Lebenszeit, können sie nicht so ohne weiteres entzogen werden. Ein entsprechender Teil der Besoldung bildet dann einen „unwiderrufflichen Nahrungsstand“<sup>35</sup>. Oder auch die ganze Besoldung wird als wohl erworbenes 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<sup>36</sup>. Mit der weiteren Ausbildung des deutschen 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

<sup>34</sup> R e h m in Annalen 1884 S. 583 ff.

<sup>35</sup> So vor allem G o e n n e r, Staatsdienst S. 142 ff. u. 276 ff. Diese Schrift ist ja überhaupt besonders lehrreich für die unbeholfenen Anfänge des öffentlich-rechtlich aufgefaßten Staatsdienstverhältnisses; vgl. oben Note 6.

<sup>36</sup> So noch in neuerer Zeit R.G. 11. Okt. 1883 (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 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.“

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 <sup>37</sup>.

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 <sup>38</sup>.

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.

<sup>37</sup> 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“.

<sup>38</sup> 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.

Sie treten in den Dienst des Staates durch Ernennung und werden kraft dieser Dienstpflicht bei einer Behörde beschäftigt, die sie in ihrem Geschäftskreise angemessen verwendet. Ihre Tätigkeit ist aber dem Hauptzwecke nach auf ihre eigene Ausbildung, nicht auf die Besorgung der Geschäfte des Staates gerichtet: die öffentlichrechtliche Dienstpflicht, die ihnen obliegt, erfüllen sie an sich selbst. Sie gleichen in dieser Beziehung den kraft gesetzlicher Heerdienstpflicht einberufenen Soldaten. Sie haben ein Amt so wenig wie diese <sup>39</sup>.

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. 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 hier nur in entsprechender Umgestaltung als Entlassungsgrund wirken; denn sie ist ja bei Begründung des Verhältnisses vorausgesetzt und soll durch dieses mit seiner erziehlischen Kraft erst gehoben werden. An ihre Stelle tritt deshalb der Mangel an den zu fordernden Fortschritten, der das ganze Unternehmen als aussichtslos erscheinen läßt <sup>40</sup>.

2. Es gibt öffentliche Beamte mit zivilrechtlicher Dienstpflicht. Sie üben ein öffentliches Amt aus auf Grund eines bürgerlichen Dienstvertrags. Und zwar besteht der Vertrag nicht zwischen diesem Beamten und dem Staate oder einem gleichwertigen Gemeinwesen, sondern Dienstherr ist danach ein einfacher anderer Untertan, ein Grundeigentümer, ein Gewerbetreibender, eine Aktiengesellschaft.

<sup>39</sup> Der Sprachgebrauch neigt allerdings mit einer gewissen gesellschaftlichen Liebenswürdigkeit dazu, allen Referendarien schlechthin die Bezeichnung als „Beamte“ zuzuerkennen. 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.“ Anders 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.

<sup>40</sup> Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852 § 84. — Wegen der Entlassung von Supernumerarien: Fr. Seydel, Dienstvergehen S. 265 ff.

Die Hauptbeispiele sind: die Eisenbahnpolizeibeamten im Dienste der Privateisenbahngesellschaften, das Privat-Forst- und Jagdschutzpersonal, die Stellvertreter von Besitzern selbständiger Gutsbezirke im Amte des Gutsvorstehers<sup>41</sup>.

Die Sache erklärt sich 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<sup>42</sup>.

— Das öffentliche Amt wird in diesen Fällen niemals durch den bürgerlichen Dienstvertrag unmittelbar begründet. Das Amt kommt stets erst hinzu durch die Willenserklärung einer staatlichen Behörde.

<sup>41</sup> Ihre Eigenschaft als öffentliche Beamte erweist sich insbesondere daran, daß die strafrechtlichen Bestimmungen wegen Amtsvergehens und andererseits auch die wegen Widerstandes gegen öffentliche Beamte bei ihnen Anwendung finden: 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.

<sup>42</sup> 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, möchte derartigen Beamten gegenüber den Staat selber möglicherweise als zwischlächtigen Dienstherrn auftreten lassen, insofern er zugleich privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Dienstherr für sie würde. 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.

Sie hat die Natur eines Verwaltungsaktes und erscheint 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<sup>43</sup>.

3. Einigermaßen verwandt mit dem soeben Betrachteten sind die Hilfsämter der Justiz und des bürgerlichen Rechts. 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<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> 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; Reger XVIII S. 76), gehört hierher. — Binding, Lehrb. d. Stf. R. II S. 309, will die oben bezeichnete Bedeutung der Bestätigung und Vereidigung nicht gelten lassen. Sie wären nach ihm lediglich Feststellung der Tauglichkeit und 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.). Ebenso kann die Vereidigung die „Anstellung“ des Auktionators nach Gew. Ord. § 36 mit enthalten: O. V. G. 19. Juni 1905 (Entsch. XVII S. 324); R. G. Stf. S. 28. März 1888 (R. G. IX S. 13), und 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.

<sup>44</sup> Das bürgerliche Verhältnis wird wie 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).

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<sup>45</sup>.

— 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<sup>46</sup>.

#### § 44.

#### Fortsetzung; Zwangsdienstpflicht und übernommenes Ehrenamt.

Die Anstellung im Staatsdienste ist die allgemeine Form für die Begründung öffentlicher Dienstpflichten jeden Inhalts. Im Gegensatz 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 Grundsatz der unbedingten Freiwilligkeit ausgeht (vgl. oben § 3, I), ist bei den zwei anderen Arten von Dienstpflichtbegründung alles darauf abgestellt, daß das Dienstverhältnis zustande gebracht wird durch geeignete Einwirkung auf den zu Verpflichtenden; es handelt sich hier überall um obrigkeitlich zuzumutende Dienstpflichten. Die Mittel solcher Einwirkung mögen verschieden sein: von der äußersten Strenge, die einfach zugreift, bis zu der sanftesten Einladung, die immerhin dem, der sich weigert, vor seinen Mitbürgern in aller Form den behördlichen Stempel auf-

<sup>45</sup> Ihre Rechtsstellung ist nachgeahmt der der französischen officiers ministériels. Vgl. Theorie d. franz. Verw.R. S. 315 ff.

<sup>46</sup> 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 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 (Reg. XXVI S. 198).

drückt, daß es mit seinem Bürgersinn nicht so ist, wie es sein sollte. Die Anwendung solcher Mittel steht aber ganz naturgemäß der Obrigkeit nur innerhalb gewisser Grenzen zu.

Wie bei der Anstellung im Staatsdienste, so steht auch bei der Art solcher 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 der besonderen Weise herbeigeführten Dienstpflicht sich verbindet, erhält es eben dadurch selbst seine Eigenart von der ihm zugedachten Trägerschaft. Man bezeichnet es als Ehrenamt, im Gegensatz zu dem mit der Anstellung im Staatsdienste zusammenhängenden Berufsamt.

Ist bei dem letzteren die Besoldung ein äußerliches Kennzeichen, so kann man sagen, bei dem Ehrenamt sei es das Fehlen einer solchen. Über sein rechtliches Wesen ist damit keine Auskunft gegeben<sup>1</sup>.

Dieses hängt mit der üblichen Bezeichnung nur so zusammen, daß es dem Manne zur Ehrensache gemacht wird, solches Amt zu übernehmen und zu führen, wie Becker, Kom. z. R.A.O. § 16, 2 sagt: „es soll ihm eine Ehre sein“. Daraus ergeben sich allerdings auch die Einzelheiten der juristischen Ausgestaltung des Rechtsinstituts; aus der Nichtbesoldung ergibt sich weiter nichts<sup>2</sup>.

I. Die Zwangsdienstpflicht. Darunter verstehen wir eine öffentliche Dienstpflicht, welche schlechthin obrigkeitlich auf-

<sup>1</sup> Sehr beliebt ist die witzige Formel: wie der Berufsbeamte mit Geld, so wird der Ehrenbeamte mit Ehre bezahlt; die vom Staat zu verleihende Ehre ist gemeint, die als Gegenleistung gewährt wird. So Loening, Verw.R. S. 138; Preuß, Städt. Ämterrecht S. 51; Jellinek, Allg. St.Lehre S. 638. Genau genommen läuft das doch 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 Gehalt, in höherem Maße noch als der Ortsvorsteher.

<sup>2</sup> Der Preuß. Städte-Ord. v. 19. Nov. 1908 gebührt ja vor allem der Ruhm, das Ehrenamt in unserem neuzeitlichen Staatswesen wieder 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 erscheinen Unbesoldetheit, Gemeinsinn und Ehre in ihrem richtigen Verhältnis. In diesem Sinne auch Sarwey, Allg. Verw.R. S. 99. Unsere Auffassung vom Ehrenamt klingt auch an bei Land, St.R. I S. 433, insofern er alles, was nicht berufsmäßiger Staatsdienst ist, zurückführt auf „die Erfüllung von Untertanen- oder Bürgerpflichten“.

erlegt 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 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<sup>3</sup>. 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. Dann wird auch der Kreis der Menschen bezeichnet, welchen diese Pflicht auferlegt werden kann: nach Geschlecht, Alter und sonstigen Voraussetzungen der Geeignetheit. Insbesondere erscheint wieder, wie bei allen öffentlichen Dienstpflichten, die Forderung der Staatsangehörigkeit<sup>4</sup>. Dazu kommen noch, nach der Art des Dienstes verschieden, die Voraussetzungen 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 und sittlicher Art; Mängel der geistigen Entwicklung, wenn sie nicht zu sehr übertrieben werden, finden bei der Zwangsdienstpflicht keine Berücksichtigung<sup>5</sup>. Endlich

<sup>3</sup> Reichsmilitär-Ges. v. 2. Mai 1874; G.V.G. §§ 31—57, §§ 84—97. Die erstere, mag sie auch zurzeit ausgesetzt sein, bleibt doch ein wesentliches Stück unserer öffentlichrechtlichen Gedankenwelt und kann hier nicht unberücksichtigt bleiben.

<sup>4</sup> 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 verleihe: Begründung der Zwangsdienstpflicht ist keine Anstellung im Sinne des Staatsangeh. Ges. § 14.

<sup>5</sup> G.V.G. § 33 Ziff. 4: „wegen geistiger Gebrechen zu dem Amte nicht geeignet.“ Mot. z. G.V.G. § 20 Ziff. 2 (H a h n, Mot. I S. 83): „Die Nr. 2 muß notwendig dem Ermessen einen nicht unerheblichen Spielraum lassen.“ Derselbe Ausdruck in R.Mil.Ges. § 15.

verengert sich der 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. 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<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>.

2. Die Dienstpflicht wird alsdann begründet durch einen obrigkeitlichen Anspruch, der über den einzelnen also verpflichtbaren Untertanen zu diesem Zweck ergeht, einen Verwaltungsakt zur Auferlegung der Dienstpflicht, als Auswahl oder Aushebung bezeichnet. Dazu sind meist besondere Behörden bestellt, Ausschüsse, Kommissionen, bestehend aus Berufsbeamten und ehrenamtlichen Mitgliedern. Der Ausspruch enthält eine Anwendung des Gesetzes, indem er erklärt, ob danach in diesem Fall eine Dienstpflicht zu begründen ist, möglicherweise, namentlich bei Befreiungsfragen, unter Ausübung eines richterlichen Ermessens; zugleich kann aber auch eine Handhabung freien Ermessens dazu kommen, 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 mit seiner Kundgabe<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> G.V.G. § 36 ff. (Urliste für den Schöffendienst mit Berichtigungsverfahren); § 85 ff. (die nämliche Liste für den Geschworenen dienst verwendet).

<sup>7</sup> R.Milit.Ges. § 31 ff. (Stammrolle mit Meldepflichten); dazu Staatsangeh. Ges. § 22 Ziff. 1.

<sup>8</sup> 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. Sie ist kein Urteil und der materiellen Rechtskraft nicht teilhaftig. Aus den Erlassen des preuß. Kriegsministeriums ergibt sich aber, daß man durch den

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.

3. Mit dem Dienstantritt beginnt die Erfüllung der verwirklichten Dienstpflicht, aktiven Dienstpflicht, wie es beim Heere heißt, und erhält das Rechtsverhältnis seine volle Ausprägung. Er vollzieht 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 rechtsatzmäßiger Strafe bedroht. Beim Heerdienst kommt noch hinzu der Erfüllungszwang durch Anwendung von Gewalt, die Zwangseinstellung des unsicheren Heerespflichtigen<sup>9</sup>.

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, mit mehr oder weniger Begrüßung, aber ohne rechtlich bedeutsame Willenserklärung von der einen oder anderen Seite<sup>10</sup>.

Bei Gerichtsdienst wie bei Heerdienst knüpft sich an die verwirklichte Dienstpflicht die Vereidigung, zum Zeichen wieder, daß

ergangenen Spruch immerhin soweit gebunden zu sein glaubt, daß zum Nachteil des Betroffenen nur in Ausnahmefällen darauf zurückzukommen ist (vgl. Reger XV S. 102, XVI S. 220). Das ist nicht Rechtskraft, sondern ähnlich dem Rechtsverbrauch bei der Steuerveranlagung (vgl. oben Bd. I S. 322).

<sup>9</sup> G.V.G. §§ 56 u. 96; R.Milit.Ges. § 33.

<sup>10</sup> Und doch wird, namentlich beim Heeresdienst, der Vorgang für den Betroffenen sofort von einschneidender Wichtigkeit. Er wird dadurch ein ganz anderer Mensch, 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, aber auch Benachteiligungen in Wahlrecht, Vereinsrecht, Gewerbefreiheit. Vgl. L a b a n d, St.R. IV S. 218 ff. Daß es die nüchterne Tatsache ist, die so wirkt, betont schlagend R.Milit.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“.

es sich um öffentliche Dienstpflicht handelt<sup>11</sup>. Dieser feierliche Akt begründet aber die Dienstpflicht hier so wenig wie beim berufsmäßigen Staatsdienst. Diese ist ja durch die Kundgabe der Auswahl oder Aushebung entstanden. Die wirkliche Dienstzeit des Schöffen aber, der in der Sitzung vereidigt wird<sup>12</sup>, hatte schon begonnen dadurch, daß der Vorsitzende ihn aus dem Beratungszimmer herauskommen ließ; und der Fahneneid wird erst geleistet, wenn der Soldat so weit ist, daß er öffentlich gezeigt werden kann. —

Mit dem Dienstantritt des Geschworenen und des Schöffen verbindet sich eine Rechtswirkung, welche der Zwangsdienstpflicht des Soldaten fehlt: sie haben ein Amt<sup>13</sup>. Das Gesetz bezeichnet es als ein Ehrenamt<sup>14</sup>. 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 nicht bloß die Annahme der dazugehörigen Dienstpflicht durch geeignete Einwirkung herbeizuführen sucht, sondern diese 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 Zugabe zur Dienstpflicht sich darstellt, 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<sup>15</sup>. Der Landrichter wie der Regierungsrat bringen 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

<sup>11</sup> Vgl. oben S. 245 u. 270.

<sup>12</sup> G.V.G. § 51.

<sup>13</sup> Warum dies dem Soldaten fehlt, vgl. oben § 42, II a. E.

<sup>14</sup> G.V.G. §§ 31 u. 84.

<sup>15</sup> Es wird auch nicht „angenommen“ von ihnen. Der Vorgang ist eher umgekehrt, 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“.



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 Ehrenbeamte. Sondern damit, daß sie keine Beamteten sind, nicht ausgestattet für ihre Person mit dem dieser anhaftenden Amte<sup>16</sup>.

Dagegen bringt der Antritt des Zwangsdienstes eine andere Wirkung für den Gezwungenen hervor, welche umgekehrt gerade beim gesetzlichen Heerdienst ihre Kraft in ausgezeichneter Weise verspüren läßt, während sie bei Geschworenen und Schöffen sich nur in abgeschwächter Weise fühlbar macht. Das ist das besondere Gewaltverhältnis, das hier zur Entstehung kommt und in der Lehre von der Dienstgewalt (unten § 45) in seiner einschneidenden Bedeutung gewürdigt werden soll. Es greift bei Geschworenen und Schöffen nicht Platz; beide unterliegen keinem Dienstbefehl. Der Gerichtsdienst, in welchen sie eingereiht sind, verlangt zwar auch seine gute Ordnung und seinen sicheren Gang, dem sie sich einfügen müssen. Insofern stehen auch sie, solange sie dabei beschäftigt sind, unter einer Art Gewaltverhältnis. Das ist das der öffentlichen Anstalten überhaupt gegenüber den in ihren Betrieb Aufgenommenen: der Gerichtsvorsitzende übt die entsprechende

<sup>16</sup> 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. 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.

Leitungs- und Ordnungsgewalt auch über seine Schöffen und Geschworenen<sup>17</sup>.

4. Dieser Entfaltung der Zwangsdienstpflicht in stufenweise fortschreitender Bestimmtheit entspricht ihre Rückbildung in der gleichen Stufenfolge.

— Die mit dem Dienstantritt verwirklichte Dienstpflicht erlischt durch die erteilte Entlassung: der Dienstpflichtige ist in der Hand der leitenden Behörde und wird nur frei dadurch, daß sie diese Hand von ihm abzieht. Das kann geschehen, wenn durch Unwürdigwerden oder körperliche Gebrechen die Verpflichtbarkeit aufhört oder das gesetzte Maß für diesmal oder endgültig erfüllt ist. Hier besteht dann auch je nachdem ein Recht auf Entlassung.

In anderen Fällen kann sie aus Billigkeitsgründen gewährt werden; da ist dann von einem Rechtsanspruch keine Rede.

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<sup>18</sup>.

— 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

<sup>17</sup> Darüber unten § 52, I. Ein Beispiel aus den Gewaltverhältnissen der Anstalten des Finanzrechts oben Bd. I S. 373 Note 4. G.V.G. § 56 gibt unter Umständen eine Anlehnung.

<sup>18</sup> Ähnlich wie vor ihrer Begründung (vgl. oben I n. 1), nur natürlich 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 21 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.

der Form eines Ablehnungsrechts, das dem in Anspruch Genommenen zuerkannt wird gegen die neu aufzulegende Dienstpflicht<sup>19</sup>.

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 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 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<sup>20</sup>.

1. Während bei der Zwangsdienstpflicht des Geschworenen und des Schöffen das Ziel in der unmittelbarsten Weise erreicht wird durch Auferlegung der Dienstpflicht, erscheint die entsprechende Einwirkung 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. 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 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 Gemeinde-

<sup>19</sup> G.V.G. § 35 Ziff. 2, § 91 Abs. 2.

<sup>20</sup> Eine andere, ziemlich verbreitete Einteilung faßt den freiwilligen Ehrenämtern gegenüber 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. Dabei wird übersehen, daß doch auch die letzteren nicht so ganz „freiwillig“ sind, die wesentlich gleiche Rechtsgestaltung des Vorganges bei allen durch Annahme bedingten Dienstpflichten kommt nicht zur Geltung.

glied, Staatsangehöriger, Gewerbsgenosse. Die also Bezeichneten bilden also hier wieder einen abgegrenzten Kreis der Verpflichtbarkeit.

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 Ehrenamte 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, 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<sup>21</sup>, möglicherweise sogar durch ein eigenes Recht des zu Bestellenden selbst (preußischer Gutsvorsteher)<sup>22</sup>.

— 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<sup>23</sup>, sondern um eine staatsbürgerliche Wahl, ausgehend von nicht im Amte stehenden Staatsbürgern. Es ist eine Besonder-

<sup>21</sup> Für Handelsrichter nach G.V.G. § 112 (Vertretung des Handelsstandes); für preuß. Amtsvorsteher nach Kreisordn. v. 13. Dez. 1872 § 56 Abs. 2 (Kreistag); für Reserveoffiziere nach Heerordnung § 47 (Offizierskorps). Der Reserveoffizier ist kein Berufsbeamter. L a b a n d, 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 Erleichterungen. Beim Reserveoffizier dagegen wird durch die Ernennung die gesetzliche Dienstpflicht ersetzt durch die auf die Ernennung gegründete ehrenamtliche.

<sup>22</sup> 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 Kreis Ausschusses versagt werden.

<sup>23</sup> 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), die Wahlen zum Preußischen Abgeordnetenhaus (wobei es sich doch überhaupt nicht um zu besetzende Ämter handelt, 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.

heit der öffentlichen Dienstpflicht, daß bei ihrer Begründung der Verwaltungsakt durch diese Wahl ersetzt werden kann. Das Gesetz 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 das Staatsoberhaupt und die Regierung zurück, so die Bestellung von öffentlichen Beamten durch Wahl auf das Volk oder engere Kreise davon<sup>24</sup>.

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 (vgl. oben § 43 Note 10). Aber das Ehrenamt ist hier immer des Wahlrechts liebstes Kind. 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 Kreis Ausschusses (LV.G. § 10, § 28 Abs. 3; Kr.O. § 131). Das Reichsrecht liefert vor allem die ehrenamtlichen Beisitzer der Versicherungsbehörden, die als „Versicherungsvertreter“ von Vertretern der beteiligten Bevölkerungskreise zu wählen sind (R.Vers.Ord. § 35 ff.; vgl. auch Gew.G.Ges. vom 1. Januar 1902 § 20).

3. Ernennung und Wahl werden wirksam durch Kundgabe an den, für welchen sie ergangen sind. Seine Annahme ist Bedingung der Rechtsgültigkeit<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Von Haus aus dient ja 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.

<sup>25</sup> Es handelt sich um die Annahme von Dienstpflicht und Amt zugleich, um die Unterwerfung unter den Akt, der beides auflegt. 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. 3 a); Laband, St.R. IV S. 185 Note 2, scheidet mir die Bedeutung dieser Maßregel zu überschätzen, wenn er darin einen Beweis sieht, daß die besonderen Verpflichtungen, die den Offizier ausmachen, nicht

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<sup>26</sup>.

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

durch eine Verfügung des Staates, sondern durch einen Willensakt des Wehrpflichtigen begründet werden. —

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 15. 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.

G. Meyer-Anschütz, St.R. § 225 Note 2, will diesen Unterschied zwischen den übernommenen Ehrenämtern der Verwaltung einerseits, dem Schöffen- und Geschworenenamt andererseits nicht zugeben; „wenn man dort in der tatsächlichen Leistung der Amtspflichten“, 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; aber die Pflicht zur Übernahme und Leistung dieser Dienste war eben hier schon vorher begründet worden, ohne daß es irgendwie von einer Annahme abhinge; darum handelt es sich.

<sup>26</sup> 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 Ehrenausszeichnung 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 derartige 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.

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 und als Ordnungsstrafen bezeichnet<sup>27</sup>.

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<sup>28</sup>.

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 (vgl. Bd. I S. 95 und hier oben § 43, I). 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

<sup>27</sup> 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 Seite 170. 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 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. Vgl. aber auch unten § 45 Note 36.

<sup>28</sup> 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.

voraus eine Ablehnung trotz förmlicher Antragung des Amtes<sup>29</sup>. Die Ernennung kann also gerade zu dem Zweck geschehen, den Mann dieser Strafdrohung gegenüberzustellen. Dann ist sie für sich 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 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<sup>30</sup>; es gibt keine Versetzung in ein anderes Amt und keinen einstweiligen Ruhestand<sup>31</sup>. Die Dienstpflicht wird auch nicht begründet, um nachher bei beginnender Dienstleistung vorübergehend

<sup>29</sup> Fölsche, Das Ehrenamt S. 128. O.V.G. 9. Juni 1885 (Entsch. XII S. 6).

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.“ Es ist aber das innere Wesen des Ehrenamtes, das so wirkt, nicht jenes äußerliche Merkmal. — Selbst beim Reserveoffizier wird dieser besondere Zusammenhang mit dem Amte noch fühlbar. Eigentlich sollte der Offizier schlechthin zur Verfügung stehen. Gleichwohl gilt hier das Amt doch nur für einen engeren Kreis des Heeres so ohne weiteres übernommen. Daher Heerordnung § 52 Ziff. 8: „Versetzen von Reserveoffizieren zur Reserve eines anderen Truppenteils bedürfen der Allerhöchsten Genehmigung. Versetzungen zu einer anderen Truppengattung sind nur mit Einverständnis der Betroffenen zu beantragen.“

mit dem nötigen Amte ausgestattet zu werden, 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“.

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<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>.

Die rechtliche Stellung des Ehrenbeamten gleicht in diesem Punkte viel eher der des berufsmäßigen Staatsdieners als der des Zwangsdienstpflichtigen<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> 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; H a h n, 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“ (L a b a n d, St.R. III S. 481).

<sup>33</sup> G.V.G. § 116; Mot. z. Entw. § 90 (H a h n, 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 L a b a n d, St.R. IV S. 187, handelt es sich dabei um die Überwachung besonderer „Standespflichten“; aber was den Stand ausmacht, das ist eben hier nichts anderes als das Amt des Offiziers, das auch bei dem nicht eingezogenen fort dauert, die beibehaltene „Dienststelle“ macht es aus; vgl. oben Note 31.

<sup>34</sup> 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. Der Heerdienst 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

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<sup>35</sup>. 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 Anspruch auf vorzeitige Entlassung besteht nur, wenn 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 Selbstverwaltungskörper, 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.

Note 20). Der Offizier des Beurlaubtenstandes, der nicht eingezogen ist, hat dagegen eine gewisse Ähnlichkeit mit dem zur Verfügung gestellten Berufsbeamten.

<sup>35</sup> R.Vers.Ord. § 50 mit § 16; G.V.G. § 112. Die preußischen Verwaltungs-ehrenämter sind zumeist auf sechs Jahre verliehen. Zusammenstellung bei F ö l s c h e, Das Ehrenamt S. 146 ff.

## I. Der Dienstbefehl.

Der Inhalt der Dienstpflicht wird bei ihrer Begründung im allgemeinen bestimmt durch Bezeichnung des Zwecks, der zu erfüllen, 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<sup>1</sup>. 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<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>. Hier, wo es sich stets nur um das persönliche Verhalten des Dienstpflichtigen handelt, hat die Anweisung die Natur eines Befehls. 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 Nicht-

<sup>1</sup> 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. 96.

<sup>2</sup> Mit Recht spricht *L a b a n d*, St.R. I S. 433, 434 u. 438, hier abwechselnd von „Gewaltverhältnis“ und „öffentlichem Dienstverhältnis“. Ebenso *R e h m*, in *Annalen* 1885 S. 146.

<sup>3</sup> Vgl. oben Bd. I S. 101 ff. Auch „Weisung“, „dienstliche Weisung“ wird dafür gesagt, namentlich wenn es sich um eine Bestimmung für den Einzelfall handelt.

behörde, einem Unteroffizier, einem älteren Amtsschreiber usw., ausgehen kann.

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.

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<sup>4</sup>.

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 unmittelbarer und bestimmter erfaßt, ihrer allgemeinen Dienstvorschrift vor<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> 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. Diese tun sich übrigens auch leicht durch Verweisungen und lakonische Abkürzungen. Das Gewaltverhältnis gestattet solche Einfachheiten.

<sup>5</sup> Es steht hier ebenso wie bei den Verwaltungsvorschriften der Finanzgewalt; vgl. oben Bd. I S. 353. 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. 83. 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; *H e c k e r*, in *Gerichtssaal* XXI S. 506.

<sup>6</sup> Ohne zu dieser bestimmten Rechtswirkung berufen zu sein, wäre es kein Befehl; vgl. oben Bd. I S. 226, 233 Note 11. — Ganz unrichtig ist es, wenn man Gehorsams- und Dienstpflicht einfach für gleichbedeutend erklären will. So *S c h u l z e*, *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

Der Dienstvorgesetzte 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 Gehorsampflicht (Bd. I S. 94 f. und 233 f.).

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 so weit 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<sup>7</sup>.

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 diesem 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.

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<sup>8</sup>.

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).

<sup>7</sup> Insofern das Gemeinwesen durch seinen vom Dienstbefehl gelenkten Diener 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 16 zu betrachtende politische Tendenz gewirkt. Noch mehr vielleicht auch hier wieder die Organlehre, wo der Dienstpflichtige nicht mehr weiß, ist er noch Mensch und Rechtsobjekt oder nur eine Ausschüttung seines großen Dienstherrn; vgl. oben § 42 Note 17.

<sup>8</sup> Soweit kein Prüfungsrecht besteht, die Gehorsampflicht also

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; vgl. oben Bd. I S. 95. Daher kommt es, daß auch der Dienstbefehl zunächst für den Untergebenen schlechthin eine Gehorsampflicht 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<sup>9</sup>:

— Der Dienstbefehl muß, um als solcher Anerkennung zu fordern, ausgehen von dem Dienstvorgesetzten dessen, dem befohlen wird<sup>10</sup>.

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 un-

schlechthin begründet ist, deckt auch der Befehl zu ungesetzlichen Handlungen den Untergebenen gegen Verantwortlichkeit nach außen (vgl. oben Bd. I S. 191) und ist die Amtshandlung gegenüber dem Widerstande als eine rechtmäßige anzusehen (vgl. oben Bd. I S. 301).

<sup>9</sup> Laband, der die Grundidee unserer Lehre an der Promulgation des Gesetzes aufgewiesen hat (St.R. I. Aufl. I S. 43) und seither auch eine Erweiterung auf die Verordnung zugesteht (vgl. oben Bd. I S. 96 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. — Im wesentlichen wie hier Anschütz in Holtzendorff Enzykl. IV S. 150.

<sup>10</sup> 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.

beachtet läßt. Insofern würde auch ein Prüfungsrecht bezüglich der Erfüllung der Formen bestehen<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>.

— 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<sup>13</sup>.

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 derartige 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

<sup>11</sup> 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. Die Beispiele, die er S. 463 Note 1 anführt, treffen nicht zu.

<sup>12</sup> 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 Ztschr. f. ges. Stf.R.Wiss. XXVII S. 714 ff.

<sup>13</sup> 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. 3 c; 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 nachzugeben. 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.

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<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>.

3. Der Dienstbefehl hat aber noch andere Grenzen, um derentwillen 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. 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 Grundsatz, 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

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> In Leipzig hat es der Stadtrat für unzulässig befunden, städtischen Beamten die Bildung von Konsumvereinen zu verbieten, wie von mittelständlicher Seite gewünscht war. Das Verbot des Besuchs gewisser Wirtschaftshäuser 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 zusammen reist, das Fenster zu schließen; Dienstsache!



gehe. So entstände 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<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>. Die neuere Lehre ist denn auch bestrebt gewesen, demgegenüber das Prüfungsrecht des Untergebenen in vernünftige Schranken zurückzudrängen. Aber es bleibt dabei, daß das ganze Prüfungsrecht unter dem Gesichtspunkte der Wirkung nach 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<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Es gab ja eine Zeit, welche die zuverlässigste Tugend nur in den Hütten des Subalternbeamtentums suchte, ganz oben aber lauerte der „Ministerialdespotismus“ 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?

<sup>17</sup> Perthes a. a. O. bemerkt darum selbst: Die Vorgesetzten brauchen 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.

<sup>18</sup> 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

Für die Gehorsamspflicht des Untergebenen kommt es aber 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. Im 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<sup>19</sup>. 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 „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 Veranordnungen, 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:

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 macht“. — 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.

<sup>19</sup> Für die auch jetzt noch bestehende Unfähigkeit, hier zu unterscheiden, ein paar Beispiele oben Bd. I S. 302 Note 6.

— 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<sup>20</sup>.

— Zum anderen wird die unmittelbare Wirksamkeit des Dienstbefehls 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<sup>21</sup>. — Es gibt auch Fälle, wo ein und derselbe Beamte mehreren Verwaltungszweigen, vertreten durch verschiedene Behörden, zur Durchführung ihrer Anordnungen

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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. 123 f.). 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).

zur Verfügung steht<sup>22</sup>. 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.

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. 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. 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

<sup>22</sup> 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.

Prüfung, ob diese Schranke eingehalten ist, und verneinendenfalls zur Verweigerung des Gehorsams<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup> 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 eine Gefangenenanstalt von der Aushändigung der nötigen schriftlichen Nachweise abhängig gemacht, so daß der Vollzugsbeamte selbständig sich zu verewissern hat, ob er handeln darf oder nicht. Um eine Nachprüfung

<sup>23</sup> G.V.G. § 1. — Seydel, Bayr. St.R. II S. 223, stellt, abweichend von uns, die Frage der Grenzen der Gehorsampflicht 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 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“. Aber 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. 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.

<sup>24</sup> Vgl. oben Bd. I S. 136 Note 12 u. S. 143 Note 8.

<sup>25</sup> Vgl. oben Bd. I S. 299 ff.

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.

## 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 nur dadurch, daß das Dienstverhältnis des Täters ein Tatbestandsmerkmal bildet, das die Strafbarkeit begründet oder verschärft (Stf.G.B. § 331 ff.).

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 das Vorbild<sup>26</sup>. Voraussetzung ist wieder der Dienstbefehl, und zwar als Befehl für den Einzelfall, auf dessen Nichtbefolgung der Befehlende die Strafe setzen darf, um sie über den ungehorsamen Beamten nachher zu verhängen. Denkbar sind daneben auch die anderen Mittel der Zwangsvollstreckung, Zwangersatzvornahme und einfache Gewaltanwendung<sup>27</sup>.

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

<sup>26</sup> 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. Bad. Verord. v. 14. Jan. 1890 handelt aber gleichfalls von dieser Strafe unter der Rubrik „Dienstpolizei“.

<sup>27</sup> 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 dringenden 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.

Disziplinarstrafe, Dienststrafe. Sie fließt aus dem Gewaltverhältnis, in dem der Dienstpflichtige steht.

Die öffentliche Dienstpflicht enthält ja 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 § 42, I). 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<sup>28</sup>;

— 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<sup>29</sup>.

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 schadhafte Gliedes aus dem Dienste, so daß wenigstens dieser, der die Hauptsache ist, gereinigt und gebessert wird: quod medicamenta non sanant, ferrum sanat<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Davon sprachen wir oben. 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.“

<sup>29</sup> Früher suchte man dieser Strafgewalt natürlich wieder eine privatrechtliche Seite abzugewinnen: Heffter in Neues Arch. d. Crim.R. XIII S. 177. v. Bar, Handb. d. Stf.R. I S. 357. 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).

<sup>30</sup> Es ist immer ein bedeutsamer Entschluß, wenn die Dienststrafgewalt

Da diese Maßregeln stets zugleich bei dem Betroffenen ein Verhalten voraussetzen, das dadurch mißbilligt wird, und ein Übel vorstellen, das ihm die vorgesetzte Obrigkeit zufügt, bleibt gleichwohl der allgemeine Begriff der Strafe auch hier noch erfüllt<sup>31</sup>.

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 bringt die Möglichkeit von obrigkeitlichen Vorhalten und Zurechtweisungen mit sich sowie von strengerer Ausnutzung der Dienstbefehlsgewalt gegen den

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 Erfüllungszwang für die geschuldete Dienstpflicht reden, wie z. B. Laband, St.R. I S. 486 f., Rehm in Annalen 1885 S. 192. Darüber auch v. Bar, Handb. d. Stf.R. I S. 358 Note 409.

<sup>31</sup> 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?

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 Disziplinarstraford. f. d. Heer vgl. unten Note 34.

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<sup>32</sup>.

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 begeben 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 ja als so schwer angesehen, daß sie durch rechtssatzmäßige Strafdrohung unbedingt mißbilligt sind; von diesen hat das Gesetz zu handeln, hier das Militärstrafgesetzbuch<sup>33</sup>. Für das übrige bringt

<sup>32</sup> Es hat ein Reichsbeamtenrecht gegeben und eine Disziplinarstrafgewalt über Reichsbeamte vor dem Reichsbeamtengesetz; vgl. auch oben Bd. I S. 98 Note 12. Die ganze machtvolle Dienststrafgewalt über das französische Verwaltungsbeamtentum baut sich auf, ohne Disziplinalgesetz, mit den Mitteln, die das Dienstverhältnis von selbst bietet: Theorie d. franz. Verw.R. S. 311.

<sup>33</sup> 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 von der öffentlichen Gewalt ausgesprochen wird, wäre auch die Disziplinarstrafe; Hecker versteht es hier im Sinne von rechtssatzmäßig angeordneter Strafe.

die Kommandogewalt eine gewisse Ordnung in diese Dinge zwar auf ihre Art: durch Armeeverordnung, d. h. eine kraft oberster militärischer Dienstgewalt erlassene Verwaltungsvorschrift, um Vorgesetzte zu binden, welche jene Disziplinarstrafmittel handhaben, und Untergebene, welche sie erdulden<sup>34</sup>.

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 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 und mehr oder weniger ausgebildetem Verfahren verhängt und überdies noch beurkundet werden zu dauernder Kennzeichnung des Betroffenen<sup>35</sup>.

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<sup>36</sup>.

— Zur Zuchtdisziplin zählen Warnung, Verweis, Geldbuße

<sup>34</sup> Die Disziplinarstrafordnung für das Heer v. 31. Okt. 1872 hat im Beamtenrecht kein Seitenstück. Man mag sie der äußeren Erscheinung 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 nur gleichsam! Ein Gesetz ist sie weder im formellen noch im materiellen Sinne. Für eine Rechtsverordnung fehlt die gesetzliche Delegation. — 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. Vgl. oben Bd. I S. 83 Note 4.

<sup>35</sup> v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl.Gesetz, 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; K r i s c h e, Sächs. Staatsdienerges., Note 1 zu § 16.

<sup>36</sup> 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. Disziplin.Ges. v. 21. Juli 1852 § 15, R.G.B. § 74, Bayr. Beamtenges. Art. 107). Das Sächs. Staatsdienerges. v. 7. März 1855 hatte die Verhängung der sog. Ordnungsstrafen sehr bezeichnend „das Besserungsverfahren“ genannt (§§ 26 u. 27).

oder sonstige Vermögensnachteile und gelinde Freiheitsstrafen; außerdem auch Strafversetzung und zeitweilige Amts-entziehung (Suspension). Diese 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 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.<sup>37</sup> So pflegt das Mittel der Freiheitsstrafe, wo überhaupt, nur für niedere Beamte anwendbar zu sein. Dem Richter gegenüber wird aber möglicherweise auch eine Geldstrafe nicht in unverhüllter Gestalt zugelassen.<sup>38</sup>

Am schärfsten sind die Mittel der Dienststrafgewalt naturgemäß entwickelt im Heere<sup>39</sup>. 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

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Das Preuß. Richter-Disziplin.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 Dienstehaltens. Thilo, Preuß. Disziplin.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 „seiner 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. Zuchtdisziplin, Erziehung der rechten Gesinnung an dem Manne zu üben, den man nie wieder sieht, wenn er seine paar Stunden abgesehen hat, ist zwecklos. Reinigende Disziplin gegenüber dem Zwangsdienst ist widersinnig; die Reinigung vollzieht sich ja auch von selbst.

<sup>39</sup> Disziplin.Stf.Ord. v. 31. Okt. 1872 § 3.

widersprüche der Zwangsdienstpflicht. Es muß also alles mit desto kräftigerer Zuchtdisziplin durchgesetzt werden können<sup>40</sup>.

3. Die Disziplinarstrafe setzt eine Verfehlung voraus, ein zu mißbilligendes Verhalten, das sich der Dienstpflichtige zuschulden 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<sup>41</sup>. 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<sup>42</sup>. 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

<sup>40</sup> 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.

Gegen Offiziere, auch Reserveoffiziere, weil sie eben alle nicht kraft gesetzlicher Zwangsdienstpflicht dienen (vgl. oben § 44 II n. 2), gibt es allerdings auch eine reinigende Disziplin, die nur in der Disziplin.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.

<sup>41</sup> R.B.G. § 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: die Disziplinarstrafe wird so wenig „verwirkt“ wie die Zwangsstrafe; vgl. oben Bd. I S. 275.

<sup>42</sup> 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 29. Seydel, Bayr. St.R. II S. 273: „Dieser Rechtsanspruch ist lediglich Rechtsanspruch; seine Geltendmachung steht mithin zur freien Verfügung des Inhabers.“ Die Bezeichnung Rechtsanspruch für das, was die Obrigkeit mit freiem Ermessen vorkehren kann, ist wieder allzusehr mit privatrechtlicher Denkweise erfüllt.

Hoffnungen für die Zukunft, welche der Fehlende darbietet, die 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 <sup>43</sup>.

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 dabei neben dem ordentlichen Dienstvorgesetzten eigene Disziplinarstrafbehörden gebildet oder es kommen die gegebenen Zivil- und Verwaltungsgerichte als solche zur Verwendung <sup>44</sup>.

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 <sup>45</sup>.

Gilt nach dem Gesagten der Satz *ne his in idem* nicht zwischen Disziplinarstrafen und gemeinen Strafen, so gilt er doch zwischen

<sup>43</sup> 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 leichter Art auch „im Disziplinarwege“ erledigt werden, das will sagen: nicht vom Militärgericht, sondern von dem für das entsprechende Maß von Disziplinarstrafe zuständigen Militärorgane 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 Militärorgane hat hier „innerhalb der Grenzen seiner Disziplinarstrafgewalt, unter möglichster Schonung des Ehrgefühls des zu Bestrafenden, mit Berücksichtigung seiner Eigenart und bisheriger Führung, der Natur der zu bestrafenden Handlung und des durch diese mehr oder weniger gefährdeten Dienstinteresses zu bestimmen“).

<sup>44</sup> Dietz; Ehrengerichtsverord. S. 34 Note 27; v. Rheinbaben, Diszipl.Ges. S. 205, 222.

<sup>45</sup> Die aufzehrende Kraft des Strafrechtssatzes läßt die Androhung einer polizeilichen Ungehorsamsstrafe für den gleichen Tatbestand nicht zu; vgl. oben Bd. I S. 279. Um die Beseitigung des polizeiwidrigen Zustandes zu erzwingen, den das Delikt hinterlassen hat, ist gleichwohl die Ungehorsamsstrafe verwendbar; vgl. S. 280 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.

Disziplinarstrafen unter sich: der gleiche Tatbestand kann nicht mehrfach zur Grundlage disziplinarischen Einschreitens dienen <sup>46</sup>.

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 <sup>47</sup>.

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.

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 Treue 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 <sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Die rechtssatzmäßige Strafe wird ja einfach 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 ordentlichweise 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. 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.

<sup>47</sup> 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).

<sup>48</sup> 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. Sonst wäre ja der Mann gedeckt, wenn er gleich nach der Anstellung eingestiegt? — Bestimmungen, wie die des Bayr. Beamtenenges. Art. 112 Abs. 2, wären ebenfalls hierher zu rechnen: das Gesetz erklärt ein Einschreiten wegen der vorher begangenen Handlung für „nur dann zulässig, wenn die Handlung die Strafversetzung oder Dienstentlassung begründet“. Verschwiegene Handlungen sind gemeint („erst später entdeckte“: Beamtenenges., Ausg. Brügel S. 100). Vgl. auch v.ürtemb. Beamtenenges. Art. 73.

— 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. 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 <sup>49</sup>.

— 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, entspricht. 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 <sup>50</sup>. Die obigen zwei Fälle kämen aber auch hier in Betracht.

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 <sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Das Gesetz kann die Verfolgbarkeit durch die neue Dienstgewalt weiter ausdehnen: Bayr. Beamtenenges. Art. 112 Abs. 1. v. Rheinbaben, Preuß. Diszipl.Gesetze S. 94, in Anschluß an das O.V.G., will ein Zurückgreifen auch ohne solches Gesetz zulassen, namentlich gegen frühere, weil „die Disziplinarstrafgewalt Ausfluß der einheitlichen Staatsgewalt ist“.

<sup>50</sup> Soll der Berufskonsul von seiner neuen Disziplinarbehörde verfolgbar sein wegen der Verfehlung, die er sich vorher als Richter hat zuschulden kommen lassen? Die besonderen Garantien der richterlichen Disziplin kämen ja dann in Wegfall. 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 Disziplinalgesetz und die Pflichten, die dieses dem späteren Richter auferlegte, in Betracht“. Das scheint doch ein recht künstliches Ergebnis zu werden.

<sup>51</sup> Daher der fehlende Beamte sich allen Weiterungen entziehen kann, auch

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 <sup>52</sup>.

7. Die in dauerndem öffentlichen Dienste Stehenden bilden eben dadurch eine zusammengehörige Menschengemeinschaft, einen Stand: Beamtenstand, Soldatenstand, Offiziersstand. Die Wahrung 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 <sup>53</sup>.

So vor allem auch die Zuständigkeit der Offiziersehrengerichte 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 <sup>54</sup>.

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.

<sup>52</sup> R.B.G. § 75 Ziff. 2.

<sup>53</sup> Bayr. Beamtenenges. 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. Beamtenenges. v. 28. Juni 1876 Art. 80 Abs. 2 (nur wegen nachträglich bekannt gewordener schwerer Verfehlungen zur Zeit des aktiven Dienstes).

<sup>54</sup> Zusammenstellung bei Dietz in Wörterb. d. St. u. Verw.R. II S. 866 § 3, II, S. 846 § 2, II.



## § 46.

**Fortsetzung; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse.**

Mit dem öffentlichen Dienstverhältnis verbinden sich Ansprüche auf Geld und Geldeswert, vermögensrechtliche Ansprüche beider Teile.

I. Die vermögensrechtlichen Ansprüche des Dienstpflichtigen stehen im Vordergrund als Gegengewicht des Vorwiegens des Staates in der Dienstpflicht selbst. Ihrem inneren Rechtsgrunde nach unterscheiden wir einerseits den Gehalt und was daran hängt, andererseits die dienstrechtlichen Schadloshaltungen<sup>1</sup>.

1. Der Gehalt (Besoldung) hat seine ordentliche Stelle beim berufsmäßigen Staatsdienst, wie er durch die Anstellung begründet wird. Er bedeutet stofflich ganz dasselbe wie der Dienstlohn im zivilrechtlichen Dienstvertrag und ist demnach eine Gegenleistung in Geldwert für die durch die Anstellung begründete öffentliche Dienstpflicht, die nach der Dauer derselben vom Dienstherrn geschuldet und in regelmäßigen Zeitabschnitten fällig wird<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Der Gehalt wird mit dem ständigen Teil der Schadloshaltungen zusammengefaßt als Dienst Einkommen, 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. Beamtenes. 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.

<sup>2</sup> So O.V.G. 26. Sept. 1885 (Entsch. XII S. 45). — Zwischen unserem Gehalt und dem Dienstlohn ist ein Unterschied wie zwischen öffentlichem Eigentum und privatrechtlichem Eigentum. Das hat zu ähnlichen Schwierigkeiten geführt wie dort. Ursprünglich stellte man sich die Sache natürlich ganz privatrechtlich vor. Goenner, der zuerst versuchte, sie auf öffentlichrechtlichen Boden zu stellen (oben § 43 Note 6), sieht in der Anstellung ein gewaltsames Herausreißen des Bürgers aus seinem Nahrungsstand, und für das dadurch auferlegte Opfer gewährt der Staat den Gehalt als Ersatznahrungsstand. Also ein derbes öffentliches Recht. Die Späteren kehrten zum Anstellungsvertrag zurück und begnügten sich, diesen einen „öffentlichrechtlichen“ zu nennen. Da man aber der Sache doch nicht recht traute, behielt man wenigstens die Goennersche Formel für die andere Seite bei und erklärt den Gehalt für eine „Alimentation“. So Gerber, St.R. I § 36; so auch Laband, St.R. I S. 500. Unter des letzteren Einfluß ist es geradezu üblich geworden, den Gegensatz zum Dienstlohn so zu bestimmen: G. Meyer-Anschütz, St.R. § 150, I 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

Die Bewilligung, Verleihung des Gehaltes kann sich mit der Anstellung in einer einzigen Urkunde verbinden oder gesondert neben ihr hergehen. Der innere Zusammenhang bleibt derselbe.

Denkbar ist, daß der Gehalt nach den Umständen des Einzelfalles besonders bemessen wird, wie das z. B. bei der Anstellung von Universitätsprofessoren manchmal geschieht. Ordentlicherweise richtet sich die Bewilligung nach allgemeinen Regeln, durch welche für die einzelnen Arten von Ämtern bestimmte Geldsätze aufgestellt werden (Gehaltsordnungen, Besoldungsordnungen). Sie binden die Bewilligung schlechthin oder setzen ihr wenigstens einen Rahmen, innerhalb dessen sie noch für Abweichungen Spielraum läßt.

Diese Regelung kann rechtssatzmäßig geschehen durch Gesetz oder Verordnung, bei Selbstverwaltungskörpern durch Statut<sup>3</sup>. Sie kann auch im einfachen Verwaltungswege geschehen: es wird von der leitenden Behörde, Regierung oder auch 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 den danach sich richtenden Bewilligungsakt, der sie ausdrücklich oder stillschweigend zu seinem Inhalte macht<sup>4</sup>.

S. 182; v. Rheinbaben in Wörterb. des St. u. V.R. I S. 364; Preuß. Städt. Amtsrecht S. 106 ff.; Ebner in Verw. Arch. IX S. 30, 32; Reindl, Bayr. Beamtenes. S. 157; v. Bitter, Handwörterb. d. Preuß. Verw. S. 213; Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 116. Der letztere wiederholt noch einmal recht deutlich den Gedanken der Alimente für den durch seinen Beruf an der Beschaffung des Unterhalts „gehinderten“ Beamten: nicht für das, was er leistet, also wird er bezahlt, sondern für das, was er nicht mehr leisten kann! Jellinek, Subj. öff. Rechte II S. 238, wendet sich gegen die von Seydel, Bayr. St.R. II S. 238, und mir vertretene Auffassung des Gehaltes, als Gegenleistung 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!“ Aber die kostspieligere „Alimentation“, deren man ihn für würdig hält, läuft doch auf das gleiche hinaus!

Auch diese Frage kommt wohl erst zur Ruhe mit der entschlossenen Durchführung des öffentlichrechtlichen Gedankens.

<sup>3</sup> R. Ges. v. 15. Juli 1909 (Besoldungsgesetz); Preuß. Besoldungsges. v. 26. Mai 1909; Bayr. Verord., die Gehaltsverh. betr. v. 6. Sept. 1908.

<sup>4</sup> Über das Verhältnis zwischen Regulative und Bewilligung: O.V.G. v. 24. Mai 1895 (Entsch. XXVIII S. 184). Seit dem Kriege ist im Drange der Geschäfte die rechtsstaatliche Ordnung hier vielfach nicht mehr beobachtet worden; namentlich der Wert des Verwaltungsaktes scheint verkannt zu werden. Darüber wäre aber ein besonderes Kapitel zu schreiben!

Hinter all dem stehen noch die verfassungsmäßigen Gebundenheiten der Regierung an dem von der Volksvertretung festgestellten Staatshaushaltplan, wegen dessen auf die Lehre des Staatsrechts zu verweisen ist<sup>5</sup>. — Die Bewilligung wirkt wie jeder Verwaltungsakt mit der Eröffnung. Der Bezug des Gehaltes beginnt jetzt zu laufen. Doch ist häufig ein anderer Termin dafür vorgesehen, namentlich der Dienstantritt oder die Vereidigung, durch welche dieser sich förmlich bekundet.

Die wirksam gewordene Bewilligung bedeutet für den Dienstpflichtigen ein subjektives öffentliches Recht auf Zahlung in den geordneten Zielern<sup>6</sup>. Es untersteht grundsätzlich seiner freien Verfügung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wie von Todes wegen, die dabei je nachdem übergehen werden in die Formen des bürgerlichen Rechts. 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 gesetzlich ausgeschlossen oder beschränkt<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Wir gehen nämlich davon aus, daß das Staatshaushaltsgesetz keine Rechtsätze für die Verwaltung zu geben bestimmt ist, auch keine Ermächtigung der Regierung bedeutet, von welcher die Gültigkeit der zu machenden Ausgaben abhinge. Vgl. Sächs. St.R. S. 201 Note 22. Die Übereinstimmung mit L a b a n d ist größer, als dieser annimmt; vgl. dessen St.R. IV S. 583.

<sup>6</sup> Das alte Vorurteil, daß vermögensrechtlich mit zivilrechtlich notwendig zusammentreffe (vgl. oben Bd. I S. 114 Note 2), hat gerade bei dieser Materie sich noch sehr lange wirksam erwiesen. So auch noch E b n e r in Verw.Arch. VIII S. 291: „Das einzige zivilrechtliche Element des (Anstellungs-)Vertrags sind die aus ihm 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. 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 (H a h n, Mot. S. 94): „vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, welche neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben“. In Prot. z. B.G.B. II, Bd. I 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“.

<sup>7</sup> 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).

Für die Art der Geltendmachung ist in erster Linie maßgebend seine öffentlich-rechtliche Natur. Doch ist hier im weiteren Maße die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte begründet worden<sup>8</sup>.

Während des Dienstverhältnisses kann der Gehaltsanspruch Veränderungen erfahren.

Eine Erhöhung findet statt bei Beförderungen, aber auch ohne das bei unverändertem Amte durch Zulagen, Aufbesserungen, wie sie namentlich durch die Gehaltsordnungen planmäßig vorgesehen sind: der höheren Dienstaltersstufe entspricht jeweils ein höherer Gehaltssatz<sup>9</sup>. Durch die Anstellung unter einer bestimmten Gehaltsordnung erwerben dann die Beamten den Anspruch, danach behandelt zu werden<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> R.B.G. (das dieser Möglichkeit nicht bedarf) § 149; ebenso für Richter G.V.G. § 9. Pr. Ges. v. 24. Mai 1861 § 1; Bayr. Beamtenbes. 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 noch keine übertragene Zuständigkeit gründen! Wohl aber ermöglicht die neuerdings durchgedrungene Auffassung des R.G. von dem durch G.V.G. § 23 anerkannten Besitzstand auch hier ein Festhalten an ausgedehnter gerichtlicher Zuständigkeit. Vgl. Bd. I S. 174.

<sup>9</sup> Reichsbesold. Ges. v. 15. Juli 1909 § 11, § 12. Pr. Finanz-Min.Vorschr. v. 17. Aug. 1911; Brand, Beamtenrecht S. 148. Bayr. Beamtenbes. Art. 28: „Bei befriedigender Dienstleistung und tadellosem dienstlichem und außerdienstlichem Verhalten“. Das wird wohl nicht mit R e i n d l, Bayr. Beamtenbes. S. 188 als ein „Rechtsanspruch auf Vorrückung“ anzusehen sein. Vielmehr wird ein solcher wie die ursprüngliche Bewilligung 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: R.G. v. 25. Sept. 1883 (Entsch. XI S. 289, insbesondere S. 293).

<sup>10</sup> Wenn hier der ordentliche Richter angerufen werden kann, so ist es 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 sachlich kann es doch einen Unterschied ausmachen. R.G. v. 1. März 1886 (Entsch. XV S. 274): ein Richter ist am 24. Sept. gestorben; am 25. Okt. wird einem jüngeren Richter die etatsmäßige

Verminderung des Gehalts können gleichfalls die Folgen der Versetzung in ein anderes Amt sein; doch ist dann die Einwilligung des Betroffenen erforderlich. Außerdem knüpft sich eine solche an bestimmte Rechtsgründe, die zum Teil dem bürgerlich-rechtlichen Nichtzur-Verfügung-Stehen des Dienstpflichtigen entsprechen<sup>11</sup>, zum Teil die Natur einer Strafe an sich tragen<sup>12</sup>.

Der Untergang des Gehaltsanspruchs verbindet sich mit der Endigung des Dienstverhältnisses. Doch kann er hier je nach der Art dieser Endigung in mehr oder weniger großem Umfange ersetzt werden durch gewisse Nachwirkungen. Vor allem pflegt der Gehaltsbezug dem in Ruhestand Getretenen oder seinen Hinterbliebenen noch für eine kurze Nachfrist voll belassen zu bleiben, Gnadenquartal oder Sterbemonat. Das ist aber dann nicht Gnadensache, sondern Rechtsanspruch.

Sodann aber knüpft sich an diese Art der Endigung des Dienstverhältnisses die Entstehung eines neuen, dem bisherigen Gehaltsansprüche entsprechenden Rechtes auf Ruhegehalt und Hinterbliebenengehalt.

Der Ruhegehalt ist eine in regelmäßigen Zeitabschnitten verfallende Geldleistung des Staates an seinen in Ruhestand getretenen Beamten, die sich nach der Höhe der zuletzt bezogenen Besoldung bemißt. Der Anspruch darauf wird begründet durch eine neue Bewilligung, ordentlicherweise wieder gemäß den aufgestellten „Pensionsregulativen, Pensionsordnungen“. Auf diese Bewilligung erwerben aber die unter diese Ordnungen fallenden Beamten ein Recht<sup>13</sup>.

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 Gehaltes 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 für 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.

<sup>11</sup> Tatsächliches Sich-Fernhalten vom Amte, Urlaub über das zugestandene Maß, einstweilige Versetzung in Ruhestand.

<sup>12</sup> Verhängte Ordnungsstrafe, Suspension, Strafversetzung.

<sup>13</sup> Die Lehre von der Verleihung des Gehalts und der Gehaltserhöhung

Das Hinterbliebenengehalt ist Gegenstand eines Rechtsanspruches schon bei Lebzeiten des Beamten. Mit dessen Ableben entsteht dann für seine Hinterbliebenen der Anspruch auf Festsetzung und daraus der auf die regelmäßigen Zahlungen<sup>14</sup>.

Die Ruhegehälter haben das Besondere, daß sie als endgültig verdient gelten durch die geleisteten Dienste und unabhängig von dem weiteren Verhalten des Berechtigten<sup>15</sup>.

findet hier entsprechende Anwendung; vgl. oben Note 4 u. Note 10. — 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 11.

<sup>14</sup> 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 anders 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 wohl-erworbenes 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 wohl-erworbene 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. Beamtenes. 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).

<sup>15</sup> 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 Jahren Zuchthaus verurteilt: der Pensionsanspruch besteht, weil das Stf.G.B. nur Verlust des Amtes 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. — Das Gesetz kann anders. Es ist möglich, daß auch dem mit Ruhegehalt oder Hinterbliebenengehalt Ausgestatteten noch gewisse Staatspflichten würdigen Verhaltens auferlegt sind, bei deren Verletzung sie ihrer Ansprüche in einem Disziplinarverfahren verlustig erklärt werden sollen (oben § 95 Note 51).



2. Neben dem Gehalt, dem Entgelt der Dienstpflicht, wird in verschiedener Weise Schadloshaltung gewährt für die mit der Erfüllung der Dienstpflicht verbundenen Nachteile, Auslagen und Beschädigungen.

Hierher ist nicht zu rechnen, 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 selber willen und zu besserer Besorgung seiner Geschäfte. Der Staat stellt die Amträumlichkeiten, Schreibstubenbedürfnisse, Fuhrwerke, Werkzeuge und Waffen, alles fix und fertig. Das kommt ja schließlich auch dem Manne persönlich zugute. Am deutlichsten wird das beim gesetzlichen Heerdienst: die große staatliche Anstalt nimmt den Soldaten vollständig in ihre Pflege und sorgt für alle seine Bedürfnisse, Nahrung, Kleidung, Obdach, versieht ihn mit ärztlicher Pflege, reicht ihm überdies für Nebenbedürfnisse ein kleines Taschengeld, Löhnung genannt. Alles das bleibt aber hier eigene Verwaltung des Staates. Der Dienstpflichtige hat keinen Rechtsanspruch darauf. Seine Sicherheit, daß er bekommt, was er bekommen soll, ruht auf dem eignen Anliegen seines großen Dienstherrn, daß der Dienst in gutem Stande bleibe<sup>16</sup>.

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 ver sehenden 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<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Brand, Beamtenrecht (Pr.) S. 182 ff. Es werden, je nachdem ein

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, Vorkehrung getroffen, Aufwendungen, welche der Dienst gleichwohl in seinem geordneten Gange regelmäßig mit sich bringt, ihnen zu vergüten, und dann wird auch ein Rechtsanspruch darauf begründet sein.

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<sup>18</sup>. 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 Amtskostenentschädigungen, Aversen für Schreibhilfe; auch der Sold und die Equipierungsgelder des zur Dienstleistung eingezogenen Reserveoffiziers haben diese rechtliche Natur<sup>19</sup>. Selbst die zwangsdienstpflichtigen Schöffen und

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.).

<sup>18</sup> 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 gewisser Teil davon als „pensionsfähig“ behandelt wird.

<sup>19</sup> Vgl. oben § 44 Note 21. 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.

Geschworenen haben durch das neuere Recht Tagegelder erhalten zur Vergütung des mit der Wahrnehmung des Pflichtehrenamtes verbundenen Zeitaufwandes; dazu noch Reisekostenentschädigung<sup>20</sup>.

— Von Beschädigungen, die den Dienstpflichtigen treffen können, kommen hier nur solche in Betracht, die er im Dienste, bei Erfüllung seiner Dienstpflicht, erleidet.

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<sup>21</sup>.

Dafür hat die neuere Sozialversicherungsgesetzgebung hier

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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. 117. Öffentlichrechtliche Verbindlichkeiten des Dienstherrn verwandeln sich aber auch nicht, im Falle ihrer Nichterfüllung, in zivilrechtliche Geldzahlungspflichten. Wo man gemeint hat, das dem Staat gegenüber durchzuführen 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 Außerachtlassung der Diligenz in Ansehung der körperlichen 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“. So auch R.G. 6. Nov. 1903 (Pr. Verw.Bl. XXV S. 527); R.G. 18. Mai 1909 (Entsch. LXX S. 243); R.G. 1. März 1908 (Eger, Eisenb. Entsch. XXV S. 69). — Über den Grenzgraben zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht wird hier mit der größten Leichtigkeit hin und her gesprungen.

ihre Rückwirkung geäußert. Nach ihrem Muster wird nun auch der Staat entschädigungspflichtig gemacht, indem ihn das Gesetz zum Träger der Unfallversicherung bestellt für seine Betriebe, nicht bloß für privatwirtschaftliche, sondern auch für solche, die als Zweige öffentlicher Verwaltung anzusehen sind<sup>22</sup>. Davon werden allerdings in erster Linie nur mit zivilrechtlichem Dienstvertrage gedungene Arbeiter und Angestellte berührt, in öffentlichem Dienste Stehende, die uns hier allein angehen, nur in geringerem Umfang. Für ihre Unfallschädigung ist in anderer Weise gleichwertige Fürsorge getroffen<sup>23</sup>.

Durch Landesgesetze ist die gleiche Einrichtung für die einen Landesbeamten im Dienste treffenden Unfälle eingeführt worden, um die Ruhegehaltsordnungen zu ergänzen.

II. Vermögensrechtliche Ansprüche gegen seine Diener erwachsen dem Dienstherrn 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 Anschauungsweise des Polizeistaates sind das natürlich Ansprüche des Fiskus, die der privatrechtlichen, vertragmäßig geregelten Seite des Dienstverhältnisses entspringen und ihrem Wesen nach vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Demgegenüber hat sich ja in den süddeutschen Staaten die einheitliche Auffassung des Dienstverhältnisses als eines öffentlichrechtlichen durchgesetzt. Sollen Ersatzansprüche daraus entstehen, so können sie wieder nur öffentlichrechtlicher Natur sein<sup>24</sup>. Allein auch hier ist dann 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,

<sup>22</sup> R.Vers.Ord. § 624 ff., § 892 ff.

<sup>23</sup> R.Vers.Ord. § 554, indem sie große Gruppen solcher in öffentlicher Dienstpflicht Stehender von der Unfallversicherung frei erklärt, verweist zugleich auf die entsprechenden Ersatzeinrichtungen.

<sup>24</sup> 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.“

der das vorschreibt. Die dahin lautenden Grundsätze des bürgerlichen Rechts sind nicht hierher zu übertragen<sup>25</sup>.

Aber das Gesetz kann durch besondere Bestimmung solche öffentlichrechtliche Haftungen aus verletzter Dienstpflicht ordnen<sup>26</sup>. In gewissem Maße bietet wohl auch die Dienststrafgewalt Mittel, eine unanständige Ersatzverweigerung unmöglich zu machen<sup>27</sup>.

In manchen Gebieten, vor allem in Preußen, hat sich im Gegensatz dazu die alte Grundauffassung 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., und zwar eine privatrechtliche Haftung, auch wo man das Schuldverhältnis, der neuzeitlichen Wissenschaft entgegenkommend, ein öffentlichrechtliches nennt<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Vgl. oben Note 21. Grundsätzlich übereinstimmend Böhler 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.

<sup>26</sup> So vor allem Bayr. Beamtenges. v. 16. Aug. 1908 Art. 13, Art. 179; Bad. Beamtenges. v. 24. Juli 1888 (Fassung v. 12. Aug. 1908) § 76, Vollz. Verord. dazu v. 10. Juli 1909 § 78.

<sup>27</sup> Auf diesen Weg verweist auch Herrfurth, Kassen- und Rechnungswesen S. 290.

<sup>28</sup> E. G. z. B. G. B. Art. 80 hält solchen privatrechtlichen Vorschriften 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 ausgeführt, daß c. c. Art. 1382 u. 1383 (außerkontraktliche Schädigung) für das Rheinland „auch im Gebiete des öffentlichen Rechts nicht mehr gelten“ und A. L. R. II, 10 § 88 ff., weil dort niemals publiziert, nicht anwendbar sei. 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“. So auch R. G. 9. Nov. 1910 (Entsch. LXXIV S. 342): Beamter muß Postfiskus für verlorenen Einschreibebrief entschädigen wegen „Ähnlichkeit seiner Stellung mit der eines Verwahrers nach B. G. B.“ — Im Sinne der Reichsgerichtsentscheidungen 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 den Schadensersatz“. Vgl. auch Nippold in Sächs. Arch. f. bürg. R. II, Erg. Hft. S. 50.

Dahinter stehen die selbständigen Ansprüche des Staates gegen seinen Beamten wegen rechtswidriger Schädigung und nicht herausgegebener Sachen; sie sind zivilrechtlicher Natur und durch das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis nicht ausgeschlossen.

Unabhängig von dieser Verschiedenheit der Auffassung des Dienstverhältnisses stehen überall einheitlich hinter diesem gewisse reichsrechtlich geregelte privatrechtliche Haftungen des Dienstpflichtigen dem Gemeinwesen gegenüber, dem er dient. Das ist einmal die Schadensersatzpflicht nach B. G. B. § 823 und § 827 wegen rechtswidriger Schädigung und die Rückgriffshaftung des Beamten nach R. Verf. Art. 131. Und weiter ist als gemeinsame Rechtseinrichtung anzusehen die besondere Strenge, mit welcher überall die aus dem Rechnungswesen sich ergebenden Haftungen der Beamten gegenüber ihrem Dienstherrn geordnet sind.

Das staatliche Rechnungswesen begreift die Verwaltung der öffentlichen Kassen und die der Materialbestände<sup>29</sup>. 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<sup>30</sup>:

— 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 (Dienstbefehle), welche ihnen für den Einzelfall oder zusammenfassend von den dafür zuständigen Stellen erteilt werden<sup>31</sup>. Die formell richtige

<sup>29</sup> Schon v. Kreittmayr, Anm. z. Cod. Max. V cap. 24 § 7 u. 8 hebt diesen Unterschied hervor zwischen der Haftung des Beamten „in Rechnungen“ einerseits und „in praestatione culpae“ überhaupt.

Darüber allgemein: Wagner, Finanzwiss. I S. 253 ff.; O. Schwarz, Formelle Finanzverwaltung S. 91 ff.

<sup>30</sup> 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. Boucardet Jèze, Sciences des finances I S. 515 ff.

<sup>31</sup> Preuß. Geschäftsanweisung für die Reg. Hpt. Kassen v. 21. Mai 1887 § 52 (Herrfurth, Kassen- u. Rechnungswesen S. 76). Allgemeine Anweisungen

Anweisung mit den erläuternden Rechnungen und Aufstellungen rechtfertigt ihre einzelnen Handlungen als „Kassenbeleg“.

— Anweisungssämter, welche diese Verfügungen treffen als Einnahmeanweisungen, Ausgabeanweisungen, und dadurch die Tätigkeit der Kassensämter 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 von der Volksvertretung genehmigte Staatshaushaltsplan, und für die Minister werden diese Bestimmungen des Plans unmittelbar Bestandteil ihrer Dienstpflicht, für jeden, soweit es sein Fach angeht. Von ihnen aus ergeht dann an alle Kassen- und Anweisungssämter die Mitteilung der sie betreffenden Stücke (Spezialtats) auf dem Dienstwege und mit der Wirkung eines Dienstbefehls, sich daran zu halten<sup>32</sup>.

Dahinter steht dann eine scharfe Rechnungsaufsicht. Sie wendet sich in erster Linie gegen die Kassenbeamten, welche alljährlich eine Zusammenstellung der ganzen Geldbewegung ihrer Kasse der prüfenden Oberbehörde vorzulegen haben. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt bei der Oberrechnungskammer, dem Rechnungshof, der für diesen Zweck allen Rechnungspflichtigen des Staates zur obersten Dienstbehörde bestellt ist. 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 Anweisungssämtern ausgestellten Anweisungen und die etwa diesen zur Last fallende Verantwortlichkeit.

Außerdem kommen Ersatzansprüche des Staates dabei in Frage, gegen die Kassebeamten und die ihnen gleichgestellten eine strenge Haftpflicht geltend zu machen in dem Defektenverfahren, wie es mehr oder weniger übereinstimmend überall zur Anwendung kommt<sup>33</sup>.

Der Defekt ist ein Ausfall an dem vorgefundenen Bestand der

werden namentlich bei Gehaltsbewilligungen im voraus ausgestellt werden wegen aller künftig fällig werdenden Zieler.

<sup>32</sup> O. Schwarz, Form. Fin. Verw. S. 92 ff.

<sup>33</sup> Preuß. Verordnung v. 24. Jan. 1844; R. B. G. § 134 ff.; 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.

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 Folge 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 beruht auf der öffentlichrechtlichen Natur des Anspruchs, die bestehen bleibt<sup>34</sup>.

Gegen den Defektenbeschluß gestatten die Gesetze dem Betroffenen den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten, den er innerhalb einer bestimmten Ausschlußfrist beschreiten kann<sup>35</sup>.

#### § 47.

#### Öffentliche Lasten; gemeine Lasten.

Das öffentliche Unternehmen als die Einheit eines durch seinen bestimmten Zweck abgegrenzten Stückes öffentlicher Verwaltung 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

<sup>34</sup> 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, 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).

<sup>35</sup> 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.

Leistung an den Unternehmer Mittel zu gewähren, deren es zur Erfüllung seines Zwecks bedarf<sup>1</sup>.

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 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. Von der Steuer unterscheidet sie sich durch ihr Gepräge des Zusammenhangs mit einem bestimmten Unternehmen<sup>2</sup>, von der dinglich wirkenden Enteignung durch die vermittelnde Leistungspflicht<sup>3</sup>, von der Heranziehung zu öffentlichen Diensten durch das mangelnde Element der besonderen Treue, die verlangt wird<sup>4</sup>.

Das Rechtsinstitut der öffentlichen Last entfaltet sich in verschiedenen Arten. Maßgebend ist für uns lediglich 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-

<sup>1</sup> Das Wort Last wird wohl auch noch in anderem, mehr wirtschaftlichem Sinne gebraucht. Man spricht von Staatslasten, um zusammenfassend zu begreifen, was der Untertan alles für seinen Staat zu leisten hat. Ähnlich bedeutet dann Gemeindelasten, Kreislasten, was jedem seine Gemeinde, sein Kreis kostet. Dann wieder betrifft es die Aufgabenverteilung zwischen dem großen Gemeinwesen im Staate: ein jedes findet seine Selbstverwaltungslasten. Davon unten § 58, III n. 1. Mit dem Rechtsinstitut, das wir hier behandeln, hat das alles nichts zu tun.

<sup>2</sup> So auch Neumann, Die Steuer S. 325.

<sup>3</sup> Ein mehr äußerlicher, aber keineswegs bloß zufälliger Unterschied ist der, daß die Enteignung nur auf unbewegliches, die Last vorzugsweise auf bewegliches Gut geht. Ich sage: kein bloß zufälliger; denn es ist eine alte 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).

<sup>4</sup> In diesem Sinne nennt Neumann, Die Steuer S. 55, die Hand- und Spanndienste „Vermögenswerte im Gegensatz zu den idealeren Leistungen des Beamten, des Soldaten“. Das „Ideale“ an diesen ist nichts anderes als die rechtlich nicht völlig greifbare besondere Treuepflicht. Vgl. auch Laband, St.R. IV S. 255.

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 wieder 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 bewahren<sup>5</sup>.

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 Ver-

<sup>5</sup> Fleiner, Instit. S. 364 ff., teilt die „öffentlichen Lasten“ ein in „Naturalleistungspflichten“ und „öffentliche Abgaben“. Der letztere Ausdruck umfaßt aber wohl auch Steuern und Zölle und kann unter Lasten nur begriffen werden in dem oben Note 1 angegebenen Sinne.



hältnissen und zur Beschaffung der Mittel für bestimmte Einrichtungen und Veranstaltungen von Dorfgemeinden.

In dieser Weise sind noch in Übung: Hand- und Spanndienste für Gemeinewege (Fronen), Vernehmung des Nachtwächter- und Tagwächterdienstes durch die Bürger, Naturalverpflegung von Gemeindearmen und Gemeindebediensteten<sup>6</sup>.

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 ihr wirtschaftlicher Zweck bringt es mit sich, daß hier die Leistung unbedingt vertretbar ist: durch die gleichartige Leistung eines anderen oder einfach in Geld<sup>7</sup>.

— 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 Naturleistung 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<sup>8</sup>.

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, Gerätschaftstellung, Materiallieferung nötig machen, „und wer damit bei der Hand ist, dem kann das zur öffentlichrechtlichen Pflicht werden, zur Lastpflicht.

<sup>6</sup> Es ist noch nicht so lange her, daß es Ortschaften gab, in welchen der Schullehrer seinen Mittagstisch abwechselnd bei den besseren Gemeindegliedern fand.

<sup>7</sup> Preuß. Kom. Abg. Ges. v. 14. Juli 1893 § 68 Abs. 3 u. 4; Bayr. Gem. Ord. v. 29. April 1869 Art. 50 Abs. 3.

<sup>8</sup> Wo das zur Befriedigung des Bedürfnisses Dienende in gleichwertiger Weise sonst zur Verfügung steht, mag der Pflichtige nach dem Gesetz durch einen anderen leisten oder sogar durch Gewährung der Geldmittel seiner Last genügen dürfen. So Quartierleistungsges. v. 25. Juni 1868 § 10. — Nicht ausgeschlossen ist, daß auch sonst der Lastpflichtige durch einen anderen leisten lasse, wenn nur die eigene Leistung in erster Linie gemeint bleibt.

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 beedigen, das bedeutet eine Leistung zugunsten des großen öffentlichen Unternehmens, Justiz genannt, ohne welche diese nicht auskommen kann<sup>9</sup>. 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 Befugnis nicht enthalten, öffentliche Lasten zu begründen, insbesondere in der Ermächtigung zu Polizeiverordnungen nicht die Befugnis, sie rechtssatzmäßig vorzuschreiben<sup>10</sup>.

Aus älteren Rechtszuständen, Markgenossenschaften und gutherrlichen Verhältnissen, haben sich zuweilen noch Verpflichtungen zu Hand- und Spanndiensten und sonstigen Naturleistungen erhalten, die, von Haus aus privatrechtlich gedacht, auf Vertrag oder

<sup>9</sup> Auch andere Behörden als die Gerichte sind befugt, eidliche Zeugenaussage zu fordern. Ein Verzeichnis bei L a b a n d, St. R. III S. 485 ff. Eine Lastpflicht dieser Art 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.

<sup>10</sup> Darüber die bedeutsame Auseinandersetzung zwischen Polizeigewalt und öffentlicher Last gelegentlich des Preuß. Ges. v. 21. Dez. 1904, oben Bd. I S. 227 Note. — 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. 226 Note ein Beispiel gegeben (Auskunftsrecht). Vgl. noch Kam. Ger. 24. Sept. 1894 (R e g e r XVI S. 82), 12. Juni 1902 (R e g e r XXIII S. 310); W o l t z e n d o r f f 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. B i t t e r, Handwörterb. I S. 577.

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<sup>11</sup>.

Wie auf dem Boden der Polizeigewalt und ganz von selbst auch im Bereich der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung<sup>12</sup>, 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 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<sup>13</sup>.

2. Der Rechtssatz, welcher der öffentlichen Last zugrunde liegt,

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Vgl. oben § 41 II n. 1. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung würde sich fast immer auf eine Art Notstand der öffentlichen Verwaltung berufen können; doch genügt eben der bloße Zusammenstoß zwischen dieser und dem Privateigentum, um ihre rechtliche Übermacht erscheinen zu lassen. — Wegen des Notstandes der Polizei vgl. oben Bd. I S. 297.

<sup>13</sup> 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 Kriegsfall 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.

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 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 Pflichten und seine Leistung genauer zu bestimmen hat<sup>14</sup>.

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 (oben S. 220).

Im ersteren Fall richtet sich die Heranziehung der Einzelnen nach dem Vorbild 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

<sup>14</sup> 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 Kommandobehörde 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“ (L a b a n d, 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 gab es ziemlich ergebnislose Verhandlungen über diese Namen. Mir scheint er hier wieder einmal lediglich dekorative Bedeutung zu haben.

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<sup>15</sup>.

Die große Masse der öffentlichen Lasten hat kein Vorbild an den direkten Steuern. Doch 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 ist kein Verwaltungsakt, erzeugt nicht die Pflicht, sondern erfüllt nur die Bedingung, unter der der Rechtssatz sie erzeugen soll. Sie hat die gleiche Bedeutung wie die Mahnung, welche den rechtssatzmäßigen Polizeibefehl oder die rechtssatzmäßige Polizeistrafdrohung im Einzelfalle wirksam macht<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>. Sie ist nicht

<sup>15</sup> Über diese oben Bd. I § 27, II. Damit zu vergleichen Preuß. Kom.Abz.-Ges. § 69: „Dem Abgabepflichtigen steht gegen die Heranziehung (Veranlagung) zu Gebühren, Beiträgen, Steuern und Naturaldiensten der Einspruch zu.“ Immer steht hinter dieser Veranlagung die Gemeindebehörde.

<sup>16</sup> Vgl. oben Bd. I S. 262 f.

<sup>17</sup> 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 (R e g e r XIX S. 256) damit zum Ausdruck bringen, daß von ihm gesagt wird, er sei „hier selbständiges Polizeiorgan“. Jetzt versteht man's! — 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. 262 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. Aber auch die Partei kann ja die Anforderung machen, die Ladung wirksam ergehen lassen gemäß Stf.Pr.Ord. § 219. Die

selbständiger Gegenstand 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 diese Bedingung für das Wirksamwerden des Gesetzes im gegebenen Falle erfüllt war.

Das schließt nicht aus, daß die durch die Anforderung geltend zu machende Last auch hier im voraus in eine gewisse Ordnung gebracht wird, äußerlich 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. Immer bedeutet hier der Kataster in der Hauptsache nur einen Plan für die künftig etwa zu machenden Anforderungen<sup>18</sup>. Wenn ihm daneben auch eine bindende Kraft verliehen wird, so ist es nur die, im voraus den Höchstbetrag festzustellen, bis zu welchem die einzelnen Beteiligten belastbar sein sollen<sup>19</sup>.

3. Die Erfüllung der mit der Anforderung zur Geltung gebrachten Leistungspflicht ist gesichert durch Strafe und Zwang. Die allgemeinen Ermächtigungen zu Strafdrohungen für polizeiliche Zwecke sind hier nicht anwendbar (vgl. oben Note 10). Es muß eine

Ladung wirkt dann geradeso, als wenn das Gericht sie verfügte. Also ist sie überhaupt kein „Befehl“ (L a b a n d, St.R. III S. 485): die Partei kann nicht befehlen. Die Zeugenpflicht ist auch kein „Anwendungsfall des Gehorsams gegen die Gerichtsgewalt“ (L a b a n d a. a. O. S. 492): die Partei macht, daß sie entstehe, nachdem das Gericht selbst sich dessen geweigert hat. Die Partei h a n d e l t 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.

<sup>18</sup> Den Hauptfall bietet Quartierleistungsges. § 6. Der Kataster ist aber auch hier Zweckmäßigsfrage geblieben; der Gemeinde steht frei, ihn nicht anzulegen (§ 6 Abs. 6).

<sup>19</sup> 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 überhaupt abgeneigt (Nordd. Reichstag 1868, Sten. Ber. I S. 277).

besondere gesetzliche Grundlage nachgewiesen werden<sup>20</sup>. Dann wird die Verhängung der Strafe den ordentlichen Gerichten zustehen. Handelt es sich um eine durch obrigkeitliche Veranlagung auferlegte Lastpflicht, so ist wieder nur nachzuprüfen, „ob die Verfügung der zuständigen Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften erlassen, nicht aber, ob die getroffene Anordnung notwendig oder zweckmäßig ist. War es eine einfache Anforderung, kommt es darauf an, ob die tatsächlichen Voraussetzungen auch wirklich gegeben waren, an welche das Gesetz die Entstehung der Lastpflicht durch sie knüpfen lassen will<sup>21</sup>. —

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.

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. 273). Die Ersatzvornahme dagegen ist bei der vertretbaren Lastpflicht das von selbst gegebene Zwangsmittel. Bei

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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“.

den lastmäßigen Gemeindediensten (Fronen) ist es von vornherein bereitgestellt in Gestalt des entsprechenden Steuerbetrags<sup>22</sup>. In der gleichen Weise pflegt auch die Quartierleistung geordnet zu sein: der Quartierpflichtige kann selbst ein Ersatzquartier beschaffen, dann erfüllt er; das gemeindliche Quartieramt beschafft nötigenfalls in Zwangersatzvornahme ein solches für ihn und läßt die Kosten betreiben<sup>23</sup>.

Das wichtigste Zwangsmittel bildet hier die einfache Gewaltanwendung. Sie findet vor allem statt, wo es sich um Gewährung von Sachen handelt. Die Kriegsleistungen geben Beispiele: Quartier, Nahrungsmittel, Futter, Gerätschaften, Zugtiere werden zur Erzwungung der Lastpflicht mit Gewaltanwendung beschafft durch tatsächliche Inbesitznahme unter Brechung des etwaigen Widerstandes. Der Übergang in das einfache „Kriegsnotrecht“, wo das Verwaltungsrecht überhaupt aufhört, liegt nahe<sup>24</sup>.

Auch zur Erzwungung von Lasten, die eine persönliche Tätigkeit auflegen, wie das Kriegsleistungsgesetz sie vorsieht, werden, unter solchen Ausnahmeständen, 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 gesetzlicher Ermächtigung die Lastpflicht des Zeugen durch gewaltsame Vorführung erzwingen läßt<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Preuß. Kom.Ab.g.Ges. § 68 Abs. 4; Bayr. Gem.Ord. Art. 53 Ziff. 2; Sächs. Rev.Städteord. § 29.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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“).

<sup>25</sup> Z.Pr.O. § 380 Abs. 2, StfPr.O. § 50.

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. 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<sup>26</sup>.

— Wo vermöge der Lastpflicht Sachen zum Gebrauche überlassen werden mußten, tritt das öffentliche Unternehmen durch 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<sup>27</sup>.

— 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 Verbräuche also oder zu sonstiger Verwendung, dann muß es als der Wille des die Last begründenden Rechtssatzes angesehen werden, daß ein Eigentumsübergang statt-

<sup>26</sup> Wir sahen diese Leitungsgewalt schon in das Gebiet der Zwangsdienstpflicht hereinspielen; vgl. oben § 44 I n. 3. In der Lehre von der öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung (unten § 52, I) wird sie ihre breiteren 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. — Der Apothekerlehrling wie der Kommandant der freiwilligen Feuerwehr in den oben Bd. I S. 286 Note 31 angeführten Fällen hatten sich beide gegen die so ihnen unbekannt gewalt 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.

<sup>27</sup> 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.“

finde<sup>28</sup>. Der Vorgang mag dann äußerlich einer Eigentumsübertragung gleichen. Das Eigentum geht über durch die Besitzergreifung, die auf Grund der geltend gemachten Lastpflicht gegen einen ihr Unterliegenden vollzogen wird, ob dieser damit einverstanden ist oder nicht<sup>29</sup>.

5. Die Erfüllung der Lastpflicht, ob freiwillig oder gezwungen, kann die Entstehung eines Entschädigungsanspruchs zur Folge haben. Dabei ist es wieder nur die öffentlich-rechtliche Billigkeitsentschädigung, die in Betracht kommt<sup>30</sup>.

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<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Kriegsleistungsges. § 24: „Die Besitzer von Schiffen und Fahrzeugen sind verpflichtet, zum Zwecke der Verwendung für Hafen- und Flußsperrn 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 entnehmen“ nach Nahrungsmittelges. § 2 bedeutet Eigentumsübergang.

<sup>29</sup> Wenn die Leistungen nach Kriegsleistungsges. § 3 Ziff. 5 u. 6 nicht erfolgen und die Militärbehörde sie nach § 5 „zwangsweise herbeiführt“, geht das Eigentum geradeso 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 24.

<sup>30</sup> 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. 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“.

<sup>31</sup> Vgl. oben § 34, II n. 1. — Nach R.G.Stf.S. 7. März 1908 (R e g e r XXVI, 7. S. 141) wäre die Entschädigungspflicht für entnommene Warenproben gemäß Nahrungsmittelges. § 2 nicht sofort zu erfüllen, denn es sei kein Kauf und Bar-

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 nach den allgemeinen Grundsätzen eine Entschädigung überhaupt nicht zu gewähren sein würde, wie auch Fälle, in welchen die ausgeworfenen festen Sätze einer Ergänzung zu bedürfen scheinen<sup>32</sup>.

### § 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 schon 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. 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 be-

zahlung nicht selbstverständlich; die Entschädigung fiele ja auch möglicherweise nachträglich ganz weg, wenn gemäß dem Ergebnis der sachverständigen Untersuchung die Ware als gesundheitsschädlich eingezogen würde.

<sup>32</sup> 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. § 5 Abs. 4: „Das Statut kann auch Festsetzungen über Aufbringung von Gemeindegeldern zu den Quartierentschädigungen oder über sonstige Geldausgleichung enthalten.“

sondere 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.

Wo die Erfüllung der Vorzugslast durch eine Geldzahlung an den Herrn des Unternehmens erfolgt, nennen wir sie einen Beitrag. Dieser in der Lehre von der Steuer bereits angedeutete Begriff (vgl. oben Bd. I S. 315) findet hier seinen Sitz und seine Würdigung<sup>1</sup>.

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 Erziehung diesem günstiger Zustände und Ergebnisse oder mittelbar, indem es den vielen Einzelnen seine Anstaltsleistungen bietet, 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. 315 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 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

<sup>1</sup> Der Beitrag ist, wie alle diese Unterscheidungen, 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.

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 mehreren 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 besonderen Beteiligtheiten nur insoweit an, als sie durchgedrungen sind zur Gestaltung einer der Vorzugslasten, die in der Wirklichkeit unseres Rechts zur Erscheinung kommen.

Öffentliche Unternehmungen und Vorzugslasten dafür hat es schon vordem gegeben, vor allem in untergeordneten Gemeinwesen für städtische und ländliche Straßen, für Brücken, Schulen, Kultusgebäude.

Der Verfassungs- und Rechtsstaat stellt die Vorzugslast als Eingriff in Freiheit und Eigentum unter seine Forderung einer gesetzlichen Grundlage.

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, Gewohnheitsrecht<sup>2</sup>.

— 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

<sup>2</sup> Vgl. oben Bd. I S. 82 f. u. 89 f. 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. Ztschr. f. Pr. IX S. 241 über „Sonderverbindlichkeiten beim Wegebau“.

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<sup>3</sup>.

2. 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<sup>4</sup>. Die Vorzugslasten geben dieser Begründungsform ein Anwendungsgebiet: es gibt übernommene Vorzugslasten.

3. Bei 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<sup>5</sup>. Der Tatbestand, an welchen dieser Rechtssatz die Entstehung der 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<sup>6</sup>. Oder es ist ein Zustand, an welchem die

<sup>3</sup> 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. 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“. Über den Namen wollen wir nicht streiten. Vgl. oben § 47 Note 14.

<sup>4</sup> Vgl. oben Bd. I S. 98.

<sup>5</sup> Hier ist auch der Platz, wo altes Gewohnheitsrecht gern noch wirksam wird. Vgl. Bd. I S. 90.

<sup>6</sup> v. Strauß u. Torney, Straßenanlegungsges. (Pr.) S. 245 ff.: Diese öffentlichrechtliche Abgabeforderung „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,

Lastpflicht hängt, um wiederkehrende Leistungen hervorzubringen: so die Straßenreinigungspflicht des Hausbesitzers<sup>7</sup>. 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 Aus tretende entlastet wird.

Der Rechtssatz kann statt dessen die Schöpfung der Last einem Verwaltungsakt anheimstellen. Der legt sie dann auf, bei Verbesserungen städtischer Straßenanlagen z. B., gebunden an dafür gegebene Vorschriften, also nach Art einer Entscheidung nur aus sprechend, was der Rechtssatz für das Maß der Belastung und die Bestimmung des Lastträgers gewollt hat<sup>8</sup>.

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. 318 ff.), manchmal auch wohl so genannt. Man hat ihr sogar wie dort (oben Bd. I S. 330) die Wirkung beigelegt, eine Nachforderung auszuschließen: Sächs. O.V.G. 29. Mai 1907 (Jahrb. X S. 353).

<sup>7</sup> Die Straßenreinigungspflicht zeigt nicht nur die häufigsten Fälle von gewohnheitsrechtlicher Entstehung (oben Note 5), sondern berührt sich auch mit der Polizei. Vgl. unten Note 10. Bayr. Obst. L.G. II. April 1900 (Bl. f. adm. Pr. LI S. 107), 28. Dez. 1903 (R e g e r, Erg.Bd. III S. 159), 17. April 1906 (R e g e r XXVII S. 324) will sie durch „ortspolizeiliche Vorschriften“ auferlegen lassen auf Grund von Bayr. Gem.Ord. Art. 38. Zu diesem Zweck hat man schon behaupten wollen, es bestehe in Bayern ein besonderes Herkommen, das diese Dinge von vornherein dem Gebiete der Polizei noch zuweise: V.G.H. 1. Febr. 1881 (Samml. II S. 530); Bl. f. adm. Pr. 1888 S. 104. — 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.

<sup>8</sup> So 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 Billigkeits-

Oder er tut es mit freiem Ermessen, als Verfügung, innerhalb des ihm gelassenen Spielraumes als Vorzugsbelastung von Fabrikunternehmern, Steinbruchbesitzern wegen der besonderen Inanspruchnahme öffentlicher Straßen durch ihre Fuhrwerke<sup>9</sup>.

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 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. Es fehlt die privatwirtschaftliche Farbe. Das Gemeinwesen bleibt vielmehr auch hier auf dem seiner Natur entsprechenden Boden des öffentlichen Rechts.

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“<sup>10</sup>.

rücksicht in gleicher Weise zum Ausgangspunkt; wegen der gewählten Form handelt es sich aber nicht um eine Last von der hier behandelten Art.

<sup>9</sup> So die Preußischen Wegeordnungen: G e r m e r s h a u s e n, Wegerecht I S. 329 („die außerordentliche Wegelast der gewerblichen Betriebe“). Hierher gehört wohl auch der Fall der Verlegung eines öffentlichen Gemeinweges infolge eines Eisenbahnbaues: die Wegepolizeibehörde kann die dadurch entstandenen Mehrkosten der Wegeunterhaltung der Eisenbahnverwaltung auferlegen (O.V.G. 1. Febr. 1896; Entsch. XXX S. 185).

<sup>10</sup> Vgl. oben Bd. I S. 98, 101 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 Ztschr. 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 Anspruch tun, wenn sie bestimmen will, was Rechtens ist; es gibt keinen stillschweigenden obrigkeitlichen Akt (vgl. oben Bd. I S. 236). Deshalb ist auch mit der einseitigen „Erklärung“ des Lastübernehmers nichts getan, und der „öffentlich-rechtliche 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?

Die Versuchung liegt nahe, das als polizeiliche Auflagen an-



Straßen, Brücken, Eisenbahnen, Staubecken, öffentliche Abwasserleitungen, öffentliche Schulen geben wieder die Hauptanwendungsfälle unseres Rechtsinstituts.

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. Die Verbandlasten führen uns zurück auf jene ursprünglichen

zusehen (oben Bd. I S. 261), namentlich wenn eine Polizeierlaubnis davon abhängig gemacht ist, daß die 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 Gemeindeverwaltung gebaut werden, wobei diese ihre Bedingungen stellt, namentlich wegen der nötigen vorläufigen Straßenanlagen auf Kosten des Bau- lustigen; durch die Annahme der Genehmigung unterwirft er sich der damit verbundenen Last. Aber 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 Wegpolizeibehörde 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.

Zustände, die oben § 35, II gezeichnet worden waren: eine bäuerliche Gesellschaft, vom genossenschaftlichen Gedanken erfüllt, wie sie die öffentliche Sache durch die Allmend vorbereitet, so die Leistungen für die Gesamtzwecke durch die Verbandlast.

Der Polizeistaat kommt darüber, nimmt die Wege, die Ströme für seine Hoheitsrechte in Anspruch, und ebenso wird er der Forderungsberechtigte für die Verbandlasten. Die Verteilungsweise zwischen den darin begriffenen Lastträgern läßt er grundsätzlich bestehen und die zwischen ihnen dafür begründeten Entlassungsansprüche desgleichen. Für ihn gilt das öffentliche Recht seiner Polizei, das mehr und mehr alle Schranken verliert; im inneren Leben des Verbandes und der Verbandsgenossen herrscht das Privatrecht<sup>11</sup>.

Recht und Rechtsordnung gibt es schließlich nur in dieser letzteren Form; das Ganze bildet ein Seitenstück zu dem Doppelleben von Staat und Fiskus<sup>12</sup>.

Der neuzeitliche Verfassungs- und Rechtsstaat will dann auch für dieses Untergeschoß Recht und Freiheit der Einzelnen zur Geltung kommen lassen, und die Form dafür ist vor allem die, daß eigene Verwaltungskörper dafür herausgebildet werden: der „passive“ Verband wird ein Verwaltungskörper, die verbundenen Genossen werden seine Mitglieder, der Selbstverwaltungskörper, die öffentliche Genossenschaft führen Schritt für Schritt die neue Ordnung der Dinge herauf.

Der Zweck ist immer gerichtet auf ein bestimmtes einzelnes Unternehmen für das gemeine Wohl: Wegeunterhaltung, Schutzdämmunterhaltung, Be- und Entwässerungen, Schulen, Armenpflege, Kirch-

<sup>11</sup> Über diesen Entwicklungsgang: Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 765 ff. 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, Domänen, 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.

<sup>12</sup> Wir erhalten hier ein Seitenstück zu der Entwicklung der öffentlichen Sache aus der Allmend; vgl. oben § 35, II.

höfe, Spitäler, Hebammen usw.<sup>13</sup>. Die Verwaltung liegt ausschließlich in den Händen einer landesherrlichen Behörde, einer „Polizeibehörde“. Von dieser wird schließlich auch gegen den Verband und seine Mitglieder der nötige Zwang geübt, um die Leistungen herbeizuführen, deren die Sache bedarf. Die Formen liefert die Finanzgewalt, soweit es sich um Geldleistungen handelt, zur Erzwingung von Sachleistungen dient wohl auch geradezu die einfache Gewaltanwendung.

2. Getroffen soll sein von den hier aufzulegenden Pflichten nicht die Gesamtheit des Verbandes, sondern jeder darin begriffene Einzelne besonders. Deshalb entsteht nun die Frage, wie die Last sich unter ihnen verteilt. Auch das macht die über den Verband gesetzte Behörde, aber nicht frei nach ihrem Ermessen, sondern gebunden durch die zwischen den Verbandsgenossen dafür geschaffene Ordnung. Als eine Ordnung zwischen Gleichen ist sie privatrechtlicher Art in den Formen, die dabei zur Verwendung gebracht werden. Vertrag und Gewohnheitsrecht, die das Verwaltungsrecht sonst vermeidet, treten hier in Wirksamkeit<sup>14</sup>. Das erstere wird hier als Herkommen oder Observanz bezeichnet. Der Vertrag ist zunächst als rein zivilrechtlicher Natur nur zwischen den Vertragsschließenden wirksam. Erst wenn ihm die leitende Behörde ihre Bestätigung gegeben hat, wird er auch maßgebend für diese und die von ihr vorzunehmende Inanspruchnahme der Lastverbundenen, bildet insofern einen Bestandteil der Verbandsverfassung<sup>15</sup>.

Nun soll auch deutlicher werden, was diesen Leistungen hier das besondere Gepräge der öffentlichen Last gibt (vgl. oben § 47 Eing.). Die Verbandlast geht ja immer auf das Ganze des für das Unternehmen erforderlichen Aufwandes. Die einzelnen Leistungen können, für sich betrachtet, auch hier Naturalleistungen sein und dadurch

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Vgl. oben Bd. I § 8 n. 4; O.M. in Arch. d. öff. R. III S. 37 ff.; Apelt, in Arch. d. öff. R. XL S. 344.

<sup>15</sup> 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.

schon den Zusammenhang mit dem Unternehmen betonen; sie können als Vorzugslasten den an solchem Unternehmen besonders Beteiligten, als solchen auch bloß mit Geldbeiträgen treffen; hier aber ist das Merkmal die vollkommene Deckung, die der Bedarf des Unternehmens durch die Gesamtheit der Lastverbundenen finden muß. Dieser ganze Bedarf wird nach dem Verteilungsmaßstab, den die Verfassung liefert, in seinem vollen Umfang auf sie ausgeschlagen, und so bekundet hier auch die nur in einem Geldbeitrag bestehende Leistung jenen kennzeichnenden Zusammenhang noch in ausreichender Weise.

3. Wie die anderen Lasten, bedeutet auch die Verbandlast zunächst nur eine öffentlichrechtliche Leistungspflicht der Obrigkeit gegenüber. Dazu tritt nun durch die Kraft des Verbandes eine Verbindlichkeit der so Zusammengefaßten zu gegenseitiger Entlastung nach Maßgabe dessen, was einen jeden treffen soll. Diese ist zunächst zivilrechtlich und wird gegebenen Falles durch Klage vor dem bürgerlichen Gerichte geltend zu machen sein auf Ersatz dessen, was der Kläger etwa über das richtige Maß hinaus zum Vorteil des Beklagten zu zahlen gezwungen war. Hatte der Vertrag oder das Herkommen die behördliche Bestätigung gefunden, so kann die dadurch gegebene öffentlichrechtliche Begrenztheit der Pflicht auch der Obrigkeit gegenüber geltend gemacht werden durch Anfechtung ihrer zu weit gehenden Verfügung wegen Prägravation<sup>16</sup>.

4. Der Lastenverband, sobald er in der angegebenen Weise über das bloße gemeinsame Dulden der staatlichen Inanspruchnahme hinauswächst, bekommt zunächst die Rechtsgestalt einer Gesellschaft. Diese kann dann auch mit irgendeiner Art von juristischer Persönlichkeit ausgestattet werden<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> 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: O p p e n h o f f, Ressortverh. I. 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: G e r m e r s h a u s e n, Wegerecht I S. 432 ff.; v. B r a u c h i t s c h, Verw.Ges. I zu § 56 Zust.Ges.

<sup>17</sup> R o s i n, Öff. Genossenschaft. 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).

Die einfachste und der Gedankenwelt des Polizeistaates angemessenste ist die Beigabe einer besonderen juristischen Person des bürgerlichen Rechtes, in der Weise etwa, wie der Fiskus neben den Staat gestellt ist, eines Verbandsfiskus. Das Unternehmen selbst bleibt dann nach wie vor unter der Leitung des Staates; die Kostpflichtigen 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<sup>18</sup>.

Bei vielen Lastenverbänden liegt von Anfang an der Anschluß mehr an die Ortsgemeinde. Wo die Gemeinde früher und kräftiger entwickelt ist, in Süd- und Westdeutschland vor allem, läßt sie die ganze Ordnung der Lastenverbände ja überhaupt nicht zur Geltung kommen. Anderwärts bewährt sie stufenweise ihre Aufsaugungskraft. Der Staat beginnt sich der Gemeindeobrigkeit zur Durchführung der ihm geschuldeten Last zu bedienen; das gibt für die Gemeinde einen sogenannten übertragenen Wirkungskreis (vgl. unten § 58, III n. 1). Enger noch wird die Verbindung, wenn die Gemeinde dem Staate gegenüber auch gesetzlich verpflichtet wird, für ihren lastpflichtigen Angehörigen nötigenfalls selber einzutreten. Das bedeutet dann jedesmal eine Umwandlung der Verbandlast in eine Gemeinde-last<sup>19</sup>. Noch einen Schritt weiter, und die Gemeinde treibt aus der

<sup>18</sup> Auf solche Art sind Deichverbände, Armenverbände, Wegeverbände, Schulsozialitäten allmählich zu juristischen Persönlichkeiten gelangt. Foerster-Eccius, Preuß. Priv.R. IV S. 671, 687. Über die juristische Person eines Schulverbandes Schneider u. Bremen, Volksschulwesen II S. 62 ff. Vor allem hat Gierke, Gen.R. I S. 766, diesen Verbandsfiskus in vortrefflicher Weise gezeichnet bei den preußischen Kirchengemeinden 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“.

<sup>19</sup> Dieses ist die Form, in welcher die Last sich der Gemeinde bedient für die Kriegleistungen (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

zweiten Linie in die erste, um unmittelbar für die Aufbringung des Bedarfs des Unternehmens einzustehen. Dann hört Lastpflicht der Einzelnen und Lastenverband von selbst auf; es bleibt nichts als eine Gemeindeangelegenheit, möglicherweise ihrerseits wieder besorgt von einer Mehrzahl von Gemeinden in Gemeindeverbänden (vgl. unten § 58 III, § 60 I).

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 größtenteils ausgeleert in diese von der Gunst der Zeit getragenen Formen.

— 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 Genossenschaftsangelegenheit 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. Wenn ihre 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 17.

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 I. Aufl. § 229), und übereinstimmend Rosin, Öff. Genossensch. S. 53, nehmen an, es seien bei den Kriegleistungen 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.

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 <sup>20</sup>.

<sup>20</sup>) Neben die beiden letztgenannten hat das Gesetz für ähnliche Zwecke seine Versicherungsanstalten gestellt (R. Vers. Ord. § 1326 ff.). Auch sie haben ihre Versicherten um sich versammelt, um durch ihre Beiträge die Mittel geliefert zu erhalten, deren sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedürfen. Hier handelt es sich aber um keine Verbandlast. Sie stehen überhaupt in keinem rechtlich bestimmten Verhältnis zueinander und für die juristischen Personen haben sie nicht die Bedeutung von Angehörigen; sie dient ihnen als Sicherung für ihre künftigen Ansprüche, ähnlich wie die öffentliche Sparkasse mit Anstalts-persönlichkeit ihren Einlegern (vgl. unten § 56 II n. 3). Der Gegensatz ist geeignet, das Wesen der Verbandlast und der etwa dazu gehörigen Genossenschaft zu beleuchten.

## Fünfter Abschnitt.

### Besondere Empfänge.

#### § 49.

#### Verleihung öffentlicher Unternehmungen.

Die Verleihung, Konzession, bedeutet einen Verwaltungsakt, wodurch dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben wird über ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung eigenen Namens (vgl. oben § 39 Eing.).

Das von der Verleihung betroffene Stück öffentlicher Verwaltung kann sich verkörpern in einer öffentlichen Sache. Dadurch entsteht das oben § 39 behandelte sachenrechtliche Rechtsinstitut.

Es kann sich auch darstellen als eine Tätigkeit, die durch ihren besonderen Zweck gekennzeichnet und abgegrenzt ist als ein öffentliches Unternehmen (vgl. hier oben S. 1). Das gibt dann unseren Fall <sup>1</sup>.

I. Die Verleihung des öffentlichen Unternehmens hat Verwandtschaft mit der Übertragung eines öffentlichen Amtes. Der Unterschied besteht 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, II n. 3). Aber der Selbstverwaltungskörper ist 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 dagegen 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 Ver-

<sup>1</sup> 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“ klinge schlechter; sonst ist kein Wertunterschied zwischen beiden Ausdrucksweisen.

waltung 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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. In der Sache besteht zwischen ihnen eine tiefgreifende Verschiedenheit. Die gewerbepolizeiliche Erlaubnis stellt für den Empfänger einfach die natürliche Freiheit wieder her. Sie gibt ihm nichts Neues hinzu, begründet insbesondere kein subjektives öffentliches Recht<sup>4</sup>. 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 Befähigung dazu 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 anderer sein muß als bei der Polizeierlaubnis und eine Vermengung beider nicht stattfinden darf<sup>5</sup>. —

<sup>2</sup> 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 war kein Pachtvertrag nach zivilrechtlicher Art, aber auch keine verwaltungsrechtliche Verleihung.

<sup>3</sup> Darüber oben Bd. I S. 239 Note 1.

<sup>4</sup> Vgl. oben Bd. I S. 244 und Note 10.

<sup>5</sup> 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 pazifiziert 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

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. Von diesem ursprünglich zuständigen Träger öffentlicher Verwaltung leitet dann der Beliehene sein Recht ab. Im Zweifel ist es der Staat (Reich oder Land). An seiner Stelle kann es auch eine Gemeinde sein, Ortsgemeinde oder höherer Selbstverwaltungskörper.

II. 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 ausgeprägte öffentlichrechtliche Ordnung, vor allem auch in Polizei- und Abgabenwesen<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>.

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 pazifiziert nicht in dieser Materie über die Ausübung seiner Staatshoheit. In Wirklichkeit „pazifiziert“ er aber durch die Verleihung 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.

<sup>6</sup> In diesem Sinne gleichbedeutend Pütter, Instit. jur. publ. §§ 335 u. 336: Zu den regalia gehört das „jus supremæ potestatis circa vias publicas“, und Seydel, Bayr. St.R. III S. 297: „Die öffentlichen Wege sind Verwaltungseinrichtungen des Staates oder der Gemeindeverbände.“

<sup>7</sup> 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.

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 ein landesherrliches Regal rechtlich ausgeschlossen sei. Dabei hatte man wohl vornehmlich die Einkünfte aus den öffentlichen Straßen im Auge, die nicht geschmälert werden sollten. Später traten dann höhere Gesichtspunkte der öffentlichen Verwaltung und des Gemeinwohls an die Stelle: das öffentliche Straßenwesen soll planmäßig und zuverlässig sich gestalten ohne Irreführungen des Verkehrs durch wilde Nachahmungen und Einmengungen<sup>8</sup>.

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 beliebigen Gesellschaften<sup>9</sup>. —

In der gleichen Weise können künstliche Wasserstraßen verliehen werden, öffentliche Schifffahrtskanäle<sup>10</sup>. Natürliche Wasserstraßen sind nicht als verleihbar anzusehen.

<sup>8</sup> In dieser Hinsicht ist der Wechsel der Ausdrucksweise bedeutsam: statt auf das nutzbare Regal wollte man jene Einschränkung später auf die Rechte der Landespolizei gründen; vgl. den Streit zwischen Koch, Deutschlands Eisenbahnen I S. 3 Note 3, II S. 484 Note 5 und Gerber, D. Pr. R. 14. Aufl. S. 162 Note 5.

<sup>9</sup> So wurden in Preußen häufig die Chausseebauten von einer Aktiengesellschaft übernommen „gegen Verleihung angemessener Abgaben“. Darüber das Material bei v. R ö n n e, 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.

Keine Verleihung ist es, 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 Sache. Vorher nicht. Der Unternehmer hat weder Rechte noch Pflichten eines Beliebigen, 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 so lange abzulehnen, als ihren Anordnungen nicht völlig entsprochen war; sie bieten ihr vielleicht auch unter Umständen die Möglichkeit, die Benutzung der Straße für den öffentlichen Verkehr und der Besetzung mit Wohngebäuden entgegenzutreten“; aber sie hat keinen „Anspruch auf die Ausführung“, ein „Vertrag“ liegt nicht vor.

<sup>10</sup> Der bayrische Ludwigs-Donau-Main-Kanal war ursprünglich einer zu

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 Gebrauchsrechts durch eine Verleihung der oben § 39 dargestellten Art erforderlich werden. Das ist dann 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<sup>11</sup>.

diesem Zwecke gebildeten Aktiengesellschaft zum Bau und Betrieb verliehen gewesen (Bayr. Ges. v. 1. Juli 1834); erst nachträglich hat ihn der Staat erworben.

<sup>11</sup> In Preußen bestehen 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: H o l t z u. K r e u t z, 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 die Verleihung des Rechts, Brücken- und Fährgeld zu erheben, knüpft sich nach § 138 ebenda die Unterhaltungspflicht; das macht aber unser Rechtsinstitut aus. G e r m e r s h a u s e n, 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.

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, daß 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<sup>12</sup>.

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, kommt hier in Betracht. Zufuhrlinien für einzelne Bergwerke, Hütten, Fabriken (Schleppbahnen), Schienenwege innerhalb eines Landgutes, Fabrikwesens oder zwischen solchen (Betriebsbahnen), nur für die Zwecke dieser Unternehmungen

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“: E y m a n n, Bayr. Wasserges. II S. 32ff. — 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 Gebrauchsrechts gedacht. Die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens würde aber auch noch in Frage kommen, sofern die Fähre zugleich als ein der öffentlichen Brücke gleichstehendes Verkehrsmittel anzusehen ist.

<sup>12</sup> 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 26. Reyscher, in Ztschr. 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: Koch, Deutschlands Eisenb. II S. 484; Haberer, Österr. Eisenbahnrecht S. 3; Eger, Preuß. Eisenbahnrecht I S. 26.

bestimmt, fallen nicht darunter, sowenig wie die Privatstraßen (vgl. oben S. 245)<sup>13</sup>.

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. Die Straßenbahngesellschaft bedarf für ihr öffentliches Verkehrsunternehmen der staatlichen Verleihung<sup>14</sup>. Außerdem bedarf sie, um ihre Schienen in den Straßenboden legen zu dürfen, der Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts an der Straße, wofür die Herrin der Straße, also regelmäßig 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<sup>15</sup>.

Greift schon mit den Kleinbahnen das verleihbare Unternehmen leicht über die öffentlichen Sachen hinaus, so ist das 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 ver-

<sup>13</sup> 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) spricht hier von einer Konzession im Sinne von Polizeierlaubnis. Ähnlich wegen der Genehmigung eines Privatanschlußgeleises R.G. 25. Nov. 1908 (Eger, Eisenb.Entsch. XXV S. 313).

<sup>14</sup> Aus den dem Kleinbahnunternehmer auferlegten öffentlichrechtlichen Pflichten, vor allem auch aus der Betriebspflicht, schließt Eger, Kleinbahnges. S. 36, mit Recht: „Alle diese Pflichten charakterisieren die Genehmigung einer Kleinbahn zu einer über die bloß polizeiliche Genehmigung hinausgehenden Konzession.“

<sup>15</sup> Pr. Kleinbahnges. 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. Kreis Ausschusses „ergänzt“ werden (§ 7; nach Erwägungen des öffentlichen Interesses: Eger, KleinbahnGes. 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 Ztschr. XXXVII S. 24 ff. — Pasquay, Elektr. Starkstromanl. S. 87 ff.

boten sind. Die Ausübung des Rechts kann an Privatunternehmer „verliehen“ werden. Dann wird nicht bloß das Verbot beseitigt, sondern auch die Telegraphenanstalt dieses Privatunternehmers eine öffentliche<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>. 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 Einzelstaat die Genehmigung erhält, so bedeutet das, daß er nun die Anlage errichten kann, ohne das Recht des Reiches zu verletzen, eine Erlaubnis also, die von dem verfassungsmäßigen Verbot entbindet. Die Natur eines öffentlichen Unternehmens gibt er seiner Einrichtung dann aus eigener Kraft. Ist es ein anderer Unternehmer, 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 mag 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, dann wird die Genehmigung die Natur einer bloßen Polizeierlaubnis erhalten<sup>18</sup>.

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

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

Zwecke greift es ja gerade ein. — 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<sup>19</sup>.

— Diese Reichsbank wird 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 Geschäftes sich nennt<sup>20</sup>.

— 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

<sup>19</sup> 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 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 vorliegt, so ganz glatt hinübergleitet zu der Annahme, es müsse hier eine Anstaltspersönlichkeit oder öffentliche Anstaltspersönlichkeit vorliegen. 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 in 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.

<sup>20</sup> 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 gerade so bei den Aktionären der beliebigen Eisenbahngesellschaft zu. Kapitalisten sind sie beide in erster Linie.



ihre Rechnung geführt werde, das ist 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 <sup>21</sup>.

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 zu bezeichnen, diente im älteren Rechte vor allem das so vielerlei umfassende Wort Privilegium <sup>22</sup>.

Dem Polizeistaat entspricht es, auch hier wieder seine Zweiteilung durchzuführen. Der Staat ist es, der den Unternehmer mit den besonderen Befugnissen ausstattet, die er etwa für das geplante öffentliche Unternehmen nötig haben kann. Dahinter steht aber ein umfassender Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Fiskus für alles, was auf Geld geht und deshalb privatrechtlicher Natur ist <sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ein Seitenstück dieses rechtlichen Vorganges in Bayr. Ges. v. 11. Juli 1834, den Ludwig-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.“ 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 Reichsbank ist ein Organ des Reiches.“ — 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 Weltische Yggdrasil aus der nordischen Mythologie“.

<sup>22</sup> Haeblerlin, St. R. III S. 64 ff.; v. Kreittmayr, Cod. Max. I cap. II § 16; Moser, St. R. IV S. 252; Klüber, Öff. R. § 486 mit § 461 ff.

<sup>23</sup> v. Roenne, Verf. u. Verw. d. Preuß. Staates T. IV Bd. IV Abt. 2 (Wege-

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. 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. Von allen diesen Zufälligkeiten gilt es abzusehen, um den wesentlichen Kern herauszuschälen: die Verfügung über das öffentliche Unternehmen selbst <sup>24</sup>. Eine Zeitlang entstand 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 <sup>25</sup>.

polizei) S. 181: „Zu jedem Unternehmen dieser Art (Chausseebau der Privatgesellschaft) ist der Abschluß eines Vertrages erforderlich, welcher die Rechte und Verpflichtungen zwischen dem Unternehmer und dem Fiskus feststellt.“

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Hierher gehören: Rüttimeann, Rechtsgutachten über die Frage, inwiefern 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 Ztschr. f. Priv. u. öff. R. XIV

Das Nächstliegende war natürlich ein privatrechtlicher Vertrag, den der Staat mit dem Unternehmer abschließt<sup>26</sup>. Dann glaubte man wenigstens ein gemischtes Rechtsgeschäft annehmen zu dürfen<sup>27</sup>.

Eine andere Meinung geht darauf aus, jedes Recht des Unternehmers gegen den Staat zu verneinen, indem sie die Konzession schlechthin für einen öffentlichrechtlichen Akt erklärt, der als solcher seiner Natur nach den Staat nicht binden könne<sup>28</sup>. Auch dieses ist ja polizeistaatliche Auffassung, für welche ja öffentliches Recht und rechtloses Gebiet gleichbedeutend sind.

Daneben kam dann allmählich eine neuzeitlichere Ansicht zur Geltung, 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 aber zu erklären, wie die Verleihung imstande sei, so zu wirken, kam man immer wieder auf die alten Bezeichnungen zurück: die Eisenbahnkonzession ein Akt der Gesetzgebung, ein Spezialgesetz, ein Privilegium<sup>29</sup>.

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.

<sup>26</sup> In diesem Sinne Rüttimann in seinem erwähnten Gutachten. Dazu die treffende Widerlegung von Sachs, in Ztschr. 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 Verträge 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.

<sup>27</sup> So Carrarda a. O. S. 8; ebenso Hilty in seinem Note 25 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.“ Ähnlich Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 24.

<sup>28</sup> Dies ist der Standpunkt des Schweizerischen Bundesrates in der Botschaft über Eisenbahnwesen v. 16. Juni 1871. Ebenso Seiler, Rechtl. Natur der Eisenbahnkonzession S. 24.

<sup>29</sup> Meili in Ztschr. f. H.R. XXIV S. 359; 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., Kleinbahnges. 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

Für uns handelt es sich einfach um einen Verwaltungsakt<sup>30</sup>. Aber der war eben in weiteren Kreisen lange noch unbekannt.

1. Zuständig zur Verleihung ist die Behörde des Gemeinwesens, dem das durchzuführende Unternehmen eigentlich gehört. Durch Sondergesetz ist natürlich alles zu machen. Im übrigen ist der Kreis der verleihbaren Unternehmungen herkömmlich begrenzt in der hier angegebenen Weise. Er kann nicht willkürlich, d. h. ohne gesetzliche Grundlage erweitert werden.

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 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<sup>31</sup>. Das Gesetz könnte statt dessen auch das Unternehmen 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 das 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<sup>32</sup>.

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“. — Über die Wertlosigkeit dieser Ausdrucksweise: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 120; Bühler, Subj. Rechte S. 233.

<sup>30</sup> So G. Meyer-Doehow, Verw.R. S. 286; Rehm, Gewerbekonzession S. 36; Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 106 ff.; Fleiner, Instit. S. 322; O.L.G. Karlsruhe 6. Mai 1904 (Puchelt, Ztschr. XXXV S. 611). Im Ergebnis auch Herold, Der schweizerische Bund und die Eisenbahnen S. 75.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Nach H.G.B. § 195 Abs. 2 Ziff. 6 wird die Verleihungsurkunde schon bei

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 zu setzen wären <sup>33</sup>.

### § 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 <sup>1</sup>. Die einzelnen Bestimmungen binden aber, teilweise nach Vorbild des bürgerlichen Rechts, 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 schlechthin zu beobachten bei Nichtigkeit.

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 21) 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 24).

<sup>33</sup> So verlangt Preuß. Ges. v. 10. April 1872 § 1 Ziff. 5 mit § 4 die Veröffentlichung von Eisenbahnkonzessionen durch die Amtsblätter als Bedingung ihrer „Wirksamkeit“.

<sup>1</sup> Preuß. Ges. über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838; Ges. über die Kleinbahnen v. 28. Juli 1892.

— 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.

— Die Gesetze enthalten aber 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, bezeichnen diese Bestimmungen unüberschreitbare Machtgrenzen. Die verleihende Behörde kann weniger geben, aber nicht mehr. Das Überschießende verbleibt unter dem Vorbehalte des Gesetzes <sup>2</sup>.

Auszugehen ist hier von den Pflichten des Unternehmers. Seine Rechte haben nur die Bedeutung, ihn zur Übernahme dieser zu bestimmen und ihm die Erfüllung zu ermöglichen. Von beiden Seiten her ergeben sich dann Endigungsarten des Verhältnisses.

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 öffentlich-rechtliche 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 sonst 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 ein Seitenstück der „Dienstaufsicht“ (oben § 45 Eing.) und bedeutet wie diese ein Gewaltverhältnis, das sich in entsprechenden Formen entfaltet.

<sup>2</sup> Man darf nicht glauben, die rechtliche Bedeutung dieser verschiedenen Vorschriftsarten mit ein und derselben Formel ausdrücken zu können. Loening, 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“.

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 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<sup>3</sup>.

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 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<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 (L a b a n d, St.R. III S. 103; Arndt, Verf. d. D. R. S. 238 f.; Giese, Verf. d. D. R. Art. 9 Note 4), scheint mir nicht begründet. Der Umschlag soll dadurch bewirkt sein, daß jetzt H.G.B. § 471 Vereinbarungen, die „mit der Eisenbahnverkehrsordnung in Widerspruch stehen“, für ungültig erklärt. Dann müßten aber auch die nach Gew.O. § 134 a erlassenen Arbeitsordnungen der Fabrikherren Rechtssätze enthalten, denn Gew.O. § 134 c 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

Die Feststellung der Pflicht kann auch geschehen im Einzelfall durch einen eröffneten Befehl, der 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<sup>5</sup>.

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 seine Verbesserung des Unternehmens und die Erhöhung seiner Nützlichkeit für das öffentliche Wohl kann von dem Beliehenen verlangt werden. 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<sup>6</sup>.

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. Eine Besonderheit wird hier nur insofern sich ergeben, als eine Entschädigung des benachteiligten Unternehmers in Betracht kommt. Dabei handelt es sich möglicherweise um einen Rechtsanspruch, beruhend auf einem allgemeinen Billigkeitsrechtssatz der öffentlichrechtlichen Entschädigung<sup>7</sup>.

## 2. Wie die Dienstgewalt entwickelt auch das Aufsichtsrecht neben

sein, damit diese Wirkung an den Widerspruch geknüpft werden könne. — 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.

<sup>5</sup> 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 Ztschr. XXVIII S. 168); Sächs. O.V.G. 25. Jan. 1902 (Fischers Ztschr. XXV S. 179).

<sup>6</sup> 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“.

<sup>7</sup> 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 u. 25). Der Bundesrat hatte der Gesellschaft aufgegeben, auf ihrer Brovetallinie 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.“

dem die Pflichten genauer bestimmenden Befehl noch gewisse Machtmittel zur Sicherung der Pflichterfüllung.

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 Straffentlassung 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.

Eigentliche Zwangsmittel, die ja auch bei der öffentlichen Dienstpflicht nebenbei vorkommen, 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. 274 ff.) oder auf Grund einer ihm auferlegten Konzessionsbedingung. Vor allem aber als Zwangsersatzvornahme in mehrfacher Gestalt:

— Der Vorgang kann das gleiche Bild bieten wie bei der polizeilichen Zwangsvollstreckung (oben Bd. I S. 281 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 abzuweichen. In diesem Sinne findet namentlich bei Eisenbahnunternehmungen eine Sequestration statt<sup>8</sup>.

— 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 diesem ausbedungenen

<sup>8</sup> Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 309 ff.

Vertragsstrafen oder spricht geradezu die Dienstentlassung aus. Das ist selbstverständlich nur zulässig, soweit Gesetz oder eine Klausel der Verleihung dafür die Grundlage geben<sup>9</sup>.

II. Die Rechte, die wir auf seiten 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 ändern 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<sup>10</sup>.

— Der Beliehene kann auch über sein Recht verfügen. Insofern

<sup>9</sup> Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 311; Eger, Preuß. Eisenb.R. I S. 45 Note 28, S. 53 Note 37. — R.Ges. v. 27. Juni 1873 § 5 Ziff. 1.

<sup>10</sup> Laband, St.R. I S. 495, nennt unter den Rechten des Reichsbeamten als erstes „das Recht auf Schutz“, womit ein besonderer Schutz gegen „Angriffe“ bei seinen Amtshandlungen gemeint ist. Der Beamte genießt aber eines solchen 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. Im Gegensatz dazu hat der beliehene Unternehmer allerdings ein Recht auf Schutz und Handhabung in der rechtmäßigen Vornahme der dazugehörigen Tätigkeiten, so daß er nicht bloß gedeckt ist gegen Angriff und 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. 108 Note 9.

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. 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<sup>11</sup>.

Diese Zustimmung kann auch schon im voraus erteilt werden, indem die Verleihung ausdrücklich oder stillschweigend an den Beliehenen und seine Rechtsnachfolger ergeht. Der Rechtsübergang vollzieht sich zwischen den unmittelbar Beteiligten in den Formen des bürgerlichen Rechts: Erbrecht oder Vertrag<sup>12</sup>.

Bei wichtigeren Unternehmungen, Kunststraßen, Kanälen, Eisenbahnen, gilt eine ausdrückliche Genehmigung für notwendig, auch wenn sie nicht besonders vorbehalten ist. 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.

Es kann aber auch bei der Verleihung im voraus ein Rechts-

<sup>11</sup> Haberer, Österr. Eisenb.R. S. 30; Endemann, R. d. Eisenbahnen S. 285; 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.

<sup>12</sup> 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. Fahren II). Die Wahrung der Rücksichten des öffentlichen Wohles gegenüber dem zu bestellenden Nachfolger vollzieht sich bei den Fahren in den Formen der Polizei; Landmann, Gew.Ord. zu § 37 Anm. 2; Schelcher, Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 zu § 25 Anm. I.

nachfolger bestimmt und angenommen sein. Der tritt dann von selbst an die Stelle des Erstbeliehenen, wenn dieser wegfällt<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>. 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<sup>15</sup>. 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

<sup>13</sup> Eger, Kleinb.Ges. S. 45. — 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 Eventualbeleihung. Pasquay, Elektr. Starkstromanl. S. 41 ff.

<sup>14</sup> 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 allzusehr privatrechtlich gedacht ist.

<sup>15</sup> 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.“

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<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>, 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 aufgehoben 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 beleihet. 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

<sup>16</sup> Es ist unrichtig, hier von „zivilrechtlichen Wirkungen“ der Verleihung 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 n. 3.

<sup>17</sup> H a b e r e r, 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.

Unternehmen verwendeten Werte nötigenfalls darin zu belassen, richtiger ausgedrückt: er unterwirft sich im voraus auch der etwa über ihn ergehenden Verfügung, welche in diesem Sinne bestimmt<sup>18</sup>. 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.

Dafür steht dem Unternehmer nach Billigkeitsgrundsätzen eine Entschädigung zu (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<sup>19</sup>:

1. Verzicht. Wie vorhin ausgeführt (oben S. 262), ist die 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

<sup>18</sup> Darüber H a b e r e r, Österr. Eisenb.G. S. 27. — L a b a n d, 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.

<sup>19</sup> Gegen die alte Lehre, daß öffentliche Rechte von Natur unverzichtbar seien, vgl. oben Bd. I S. 10 Note 14. 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) läßt Verzicht auf eine Fahrgerechtheit zu, da diese eine Gewerbekonzession sei (was ja zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führen müßte; vgl. oben Bd. I S. 252). H a b e r e r, 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 öffentlich-rechtliche Pflichten gäbe!). E n d e m a n n, 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).

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.

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<sup>20</sup>.

Sie kann auch einen Ersatz beschaffen durch Selbsteintritt oder Beleihung eines neuen Unternehmers und zu diesem Zwecke 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.

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<sup>21</sup>.

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

<sup>20</sup> 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 Zwangersatzvornahme nicht erreicht. Kleinb. Ges. § 23 bezeichnet das als ein „Für-erloschen-Erklären“.

<sup>21</sup> Preuß. Eisenb. Ges. v. 3. Nov. 1838 § 47; Bayr. Verord. v. 20. Juni 1855 § 12; E n d e m a n n, R. der Eisenbahnen S. 28 f.; K o c h, 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 Übernahmrechts des Staates ein Recht des Wegeherrn, und zwar bloß bezüglich der Anlagen, nicht auch der Betriebsmittel.

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<sup>22</sup>.

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<sup>23</sup>. Die Geltendmachung geschieht dann durch einen Ausspruch der Behörde; an diesen knüpft sich unmittelbar die rechtentziehende Wirkung<sup>24</sup>.

Die Bemessung der Entschädigung kann bei Begründung des so-

<sup>22</sup> G r ü n h u t in seinem Gutachten zur Nordbahnfrage (Grünh. Ztschr. 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.

<sup>23</sup> 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 L a b a n d und G. M e y e r. 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. M e y e r einverstanden (Erwiderung S. 6 ff.).

<sup>24</sup> L a b a n d 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. M e y e r, 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.



genannten Rückkaufsrechts besonders geregelt sein. Soweit das nicht der Fall ist, gelten dafür andere Grundsätze als bei den bisher betrachteten Arten des Ansichziehens der vorhandenen Anlagen 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. Der Börsenkurs der Aktien gibt im Zweifel die Grundlage für das zu Vergütende<sup>25</sup>.

## § 51.

**Gewährte 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<sup>1</sup>.

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 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 Er-

<sup>25</sup> 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).

<sup>1</sup> 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. Vgl. unten § 56 Note 1.

reichung 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<sup>2</sup>. 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. 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. Alles, was weiter von beiden Seiten geschieht, fällt notwendig unter die Gesichtspunkte der Vertragserfüllung und erhält dadurch seinen gebundenen Gang.

Die öffentliche Anstalt dagegen ist 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, von innen heraus, erhält sie genügenden Antrieb, 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 Unter-

<sup>2</sup> Ulbrich, Öff. Rechte S. 57, nimmt die Beschränkung auf diesen Fall schon in seinen Anstaltsbegriff auf: „mit einer dem Interesse der Einzelnen zugewandten Tätigkeit“.

nehmen 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 privatwirtschaftlich tätigen Geschäftsherrn. Aber das rechtliche Wesen des ganzen Verhältnisses bleibt grundverschieden.

Wir können uns diesen Gegensatz anschaulich machen an einer dem Juristen besonders 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<sup>3</sup>.

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 Terminbestimmung durch den Vorsitzenden des Gerichts bedeutet keine Annahme des Vertragsantrags namens des Staates, wodurch dieser sich zur Erledigung der Streitsache verpflichtete, sondern bedeutet nur den Beginn der Erfüllung der Pflicht, die dem Richter hier dem Staate gegenüber obliegt. 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 be-

<sup>3</sup> Z.P.O. § 1033 Ziff. 1; R.G. 29. Nov. 1904 (Entsch. LIX S. 247).

wegt<sup>4</sup>. Beim Gericht freilich bekommt sie ihr besonderes 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. 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 gegeben sein. Das kann durch Verwaltungsgesetz geschehen und sonstige Rechtsätze; es ist Zweckmäßighkeitsfrage 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 welchen so die Anstalt lebt, wird von der Oberleitung aufgestellt und in der den Verwaltungsvorschriften eigentümlichen Form kundgegeben. Wir bezeichnen das als die Anstaltsordnung.

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. 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<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Nicht der Anstaltsnutzung überhaupt, wie Laband, St.R. III S. 84, mich sagen läßt. Es gibt öffentlich-rechtliche und gibt privatrechtliche Anstaltsnutzung. Darin stimmen wir ja überein.

<sup>5</sup> 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

Wenn das Auge, das verwöhnt ist durch den Glanz des festen Gefüges der Rechtspflegeanstalt, hier nicht findet, was es sucht, so hat dieses leicht geschürzte Verfahren doch auch wieder seine besonderen Zweckmäßigkeiten. Das muß einleuchten.

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. Das Geltungsgebiet der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung ist in Frage. Seine Grenze wird vor allem zu ziehen sein<sup>6</sup>.

Da scheiden nun vor allem aus die fiskalischen Unternehmungen. Der Staat oder ein untergeordnetes Gemeinwesen kann mit einem ganzen Tätigkeitszweig von vornherein auf dem Boden der Privatwirtschaft stehen, ein Privatunternehmer wie die anderen neben ihm. Was man dabei an Sachwerten, Diensten und 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<sup>7</sup>.

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

der Anstaltsnutzung überhaupt kein einheitliches Obligationsverhältnis des Gemeinwesens entstehen, weder privatrechtlich noch öffentlichrechtlich. Sowenig wie bei der Inanspruchnahme des Gerichtes.

<sup>6</sup> Vgl. oben Bd. I S. 115 ff. Hierzu die Untersuchungen bei *T o e p f e r* in *Fin.Arch.* XXVI S. 529 ff. Vgl. auch *M e i s s i n g e r* in *Fin.Arch.* XXX S. 553 ff.; *M o l l*, Über Gebühren S. 20 ff.

<sup>7</sup> Eine Zusammenstellung solcher fiskalischer Unternehmungen gibt *L a b a n d*, *St.R.* III S. 53 unter dem Namen „privatwirtschaftliche Gewerbebetriebe“. Er nennt: „Porzellanfabriken, Tabakmanufakturen, Bierbrauereien, Bergwerke, land- und forstwirtschaftliche Betriebe“, was mit unserer Aufzählung übereinstimmt, fügt aber allerdings noch hinzu: die Post, die Staatseisenbahnen und die preußische Seehandlung, die dann S. 85 noch einmal aufgeführt werden unter den öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung, wie wir es hier unter Note 15 nennen. Die der Reichsbank verwandte *S e e h a n d l u n g* gehört aber, wie die *S t a a t s e i s e n b a h n* auch, aus dieser Gruppe heraus, die *P o s t* aus beiden Gruppen: sie ist weder „fiskalisches Unternehmen“ noch „öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung“. Vgl. unten Note 8.

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 beim Ausweißen 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.

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, und wie die Fälle abzugrenzen sind, in welchen das zutrifft.

Früher wollte man ja öffentliches Recht überhaupt nur da sehen, wo der Staat dem Einzelnen entgegentritt mit Befehl und Zwang<sup>8</sup>. Damit kreuzt sich dann der noch ältere Gedanke, daß das Privatrecht überall das von Natur Gegebene sei, wo es für den Staat auf Geld und Geldeinnahme hinausläuft<sup>9</sup>. Mit der alten Fiskuslehre ist aber auch die damit verbundene Abgrenzungsweise ins Schwanken gekommen<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> So nach O.V.G. 19. Mai 1908 (*Entsch.* XII S. 28): Betreibt die Gemeinde ihr Wasserwerk ohne Zwang für die Hausbesitzer, sich anzuschließen, so besteht „das einem gewerblichen Unternehmen entsprechende privatrechtliche Nutzungsverhältnis, durch Vertrag geregelt“. *St.G.* 5. April 1910 (*Entsch.* LXXIII S. 197): wo „polizeilicher Zwang“ zum Anschluß an die städtische Kanalisation stattfindet, ist es „rechtlich unmöglich“, das entstehende Benutzungsverhältnis der Hausbesitzer privatrechtlich zu beurteilen. *O.L.G.* Rostock 12. März 1902 (*Beyer* 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.

<sup>9</sup> Vgl. Bd. I S. 52; *M e i s s i n g e r* in *Fin.Arch.* XXX S. 590.

<sup>10</sup> *L a b a n d* selbst ist der beste Zeuge dafür. In der ersten Auflage des *St.V.*, Bd. II S. 294 ff. wurde noch schlechthin daran festgehalten: Privatrecht gelte überall, wo nicht Befehl und Zwang zur Verwendung kommen; in der fünften (*II* S. 192) läßt er auch Gewährungen, Konzessionen, Ermächtigungen als öffentlichrechtlich gelten, und zu den richtigen „staatlichen“, d. h. öffentlichrechtlichen Betrieben rechnet er neben Rechtspflege und Polizei jetzt auch den „Unterricht“ schlechthin, auch ohne Zwang (*St.R.* III S. 52). Daneben war bei ihm seit der zweiten Auflage auch der Gesichtspunkt des Geldgewinnes maßgebend geworden. In der fünften ist er das aber auch nicht mehr schlechthin, sondern *Binding-Oetker*, *Handbuch* VI. 2: *Otto Mayer*, *Verwaltungs*. II. 3. Aufl. 18

Es muß hier wieder der Standpunkt festgehalten werden: die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke ist von Natur öffentliche Verwaltung. Die Anwendbarkeit des Zivilrechts ist demgemäß die Ausnahme (vgl. oben Bd. I S. 115 ff.). Wie weit solche Ausnahme Platz greift, dafür ist uns maßgebend nicht eine beliebig gewählte Formel, sondern was wir in Brauch und Handhabung des geltenden Rechts tatsächlich verwirklicht sehen (ebenda S. 116f.), wobei es wieder nicht darauf ankommt, was man etwa nur privatrechtlich nennt, sondern was in der Wirklichkeit mit den bekannten Merkmalen des Privatrechts ausgestattet ist. Da begegnen wir nun allerdings neben den vorhin bereits angeführten Erscheinungen rein privatwirtschaftlicher Staats-tätigkeit auch einer größeren Gruppe von öffentlichen Unternehmungen, deren Nutzungsgewährung ebenso unzweifelhaft zur öffentlichen Verwaltung gerechnet werden muß und in der Wirklichkeit unseres Rechtes gleichwohl der Anwendbarkeit des Bürgerlichen Rechtes unterliegt. Die Sonderstellung dieser Gruppe wird um so bedeutsamer sein, als für die dazu gehörigen Dinge durchweg auch ein ganz bestimmter Grund vorliegt, der es erklärt und einleuchtend macht, weshalb die Wirklichkeit des Rechts hier diese Ausnahmebehandlung eintreten läßt, eine Besonderheit, welche diese Abweichung von dem naturgemäß zu Erwartenden hinreichend erklärt und begründet.

Die hier vereinigten Geschäfte 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 die einmal für diese Geschäfte festgelegte Auffassung und Art der entsprechenden Rechtsordnung beibehalten: sie gehörten von Haus aus dem Privatrecht an und sind ihm treu geblieben<sup>11</sup>.

nur, wenn besondere „Einrichtungen“ getroffen sind, eine „planmäßige Vornahme von Rechtsgeschäften und tatsächlichen Verrichtungen für den wirtschaftlichen (pekuniären) Erfolg“ des Unternehmens stattfindet (Bd. III S. 52 ff.). Wo ist da die Grenze? Man hat die Abhilfe jetzt in anderen Formeln gesucht. So Fleiner, Instit. S. 302: es soll darauf ankommen, welcher Zweck „in erster Linie“ genannt sei. Ebenso O.V.G. 8. Juni 1908 (Entsch. XXXIX S. 134): „Sparkassen und andere kommunale Betriebe“ können gemeinnützig (öffentlich-rechtlich) sein oder auch privatrechtlich: „es kommt auf den Hauptzweck an.“ Damit würde man schwerlich auskommen.

<sup>11</sup> 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,

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.

Das sind geschichtlich gewordene, tatsächlich in Geltung stehende Auffassungen, mit welchen zu rechnen ist. Allerdings ist es denkbar, daß eine solche Anstalt gerade bei Gelegenheit ihrer Übernahme in die Verwaltung des öffentlichen Gemeinwesens auch selber nun umschlägt und fortan ihre Nutzungsgewährungen aufgefaßt werden als dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zugehörig. Dafür ist entschieden Neigung vorhanden<sup>12</sup>. Auch ohne solchen äußerlichen

Gasanstalten, Wasserleitungen, Reichsbank, preußische Seehandlung, Lotterie, Eisenbahnen und staatliche Dampfschiffunternehmungen“. Nur 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 „öffentlich-rechtlichen Betrieb“.

<sup>12</sup> 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 Wasserwerks als Gemeindeanstalt ist das ganze Rechtsverhältnis aus dem Privatrecht herausgenommen und dem öffent-

Anlaß kann bei öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung wie sogar bei bisherigen fiskalischen Anstalten die Auffassung zugunsten der öffentlichrechtlich geordneten Nutzungsgewährung sich ändern. Darin liegt dann immerhin eine Korrektur der bisherigen, die aber einen Fortschritt in der besseren Würdigung des Wirklichen bedeuten kann. Daß wir mitten in einer solchen Entwicklung stehen, ist nicht zu verkennen<sup>13</sup>.

lichen 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. 154); Württ. V.C.H. 17. Juni 1903 (Jahrb. f. Württ. R.Pfl. XV S. 225); Sächs. O.V.G. 25. Sept. 1905 (Jahrb. VIII S. 68).

<sup>13</sup> Die Bewegung macht sich zurzeit vor allem geltend auf dem Boden der Post, der Telegraphen- und Telephonanstalten. Die Briefpost hat dabei die Führung. 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. 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 Meeresufer, Zollgerechtigkeiten 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

III. Die öffentliche Anstalt hat einem Zwecke öffentlichen Wohles zu dienen und erhält ihre treibende Kraft von dort, wo das öffentliche Wohl seine Vertretung findet. Der Einzelne bietet ihr nur die Gelegenheit, wirksam zu werden.

1. Die öffentliche Anstalt greift nicht von selbst ein, um ihre Nutzung im Einzelfall zu gewähren, sondern wartet auf die Anregung dazu. 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 dieser Voraussetzungen nennen wir ihre Inanspruchnahme.

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

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.

Fleiner, Inst. 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.“

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 den äußerlichen Tatbestand ordnungsmäßig in Bewegung gesetzt auch ohne das<sup>14</sup>.

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. Dies kann geschehen durch den prüfenden Blick des Museumsdieners, die wägende Hand des Postsekretärs, die Durchsicht von Geburtsschein, Impfschein, Heimatschein, 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<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

Diese Sicherheit gewährt ihnen die gebundene Zulassung, beruhend auf Verwaltungsvorschriften, die in der Anstaltsordnung sich zusammengestellt finden und auch den Benutzern der Anstalt zugänglich sind<sup>16</sup>. Sie können von der Stadtoberkeit, 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 wohl auch eine Auswahl und ein freies Ermessen eingeräumt, vielleicht mit besonderen Vorkehrungen zu Gewähr gerechter Abwägung. Meist geben die Anstaltsordnungen feste, unbedingt sprechende Bestimmungen, die von den ausführenden Beamten einfach zu handhaben sind.

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<sup>17</sup>. Das bedeutet

Nawiasky, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 16, indem er den Vertrag entschieden ablehnt, verlangt statt dessen für die Zulassung eine „Entscheidung“, eine „konstitutive Verfügung“. Denn es soll das Nutzungsverhältnis hier begründet werden, dieses ist ein Rechtsverhältnis, also bedarf es einer „konstitutiven Verfügung“. 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). Sagen wir: sie entspricht nicht Nawiasky's eigener Lehrmeinung, die, wie er denkt, allgemeines deutsches Rechtsbewußtsein sein sollte.

<sup>16</sup> Vgl. S. 271 u. 288.

<sup>17</sup> 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 be-

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<sup>18</sup>.

Das so eröffnete Nutzungsverhältnis selbst wird dadurch nicht anders<sup>19</sup>.

nutzen.“ — 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 47 a; R.G. 19. Nov. 1900 (Entsch. XLVII S. 76).

<sup>18</sup> Es handelt sich um Mitwirkungsrechte in Form der Forderung nach der oben Bd. I S. 108 ff. beschriebenen Art. Sie sind nicht verfügbar. Man kann sie ausüben oder nicht ausüben, mehr nicht. Sie entstehen auch erst mit der Ausübung. Wir laufen nicht fortwährend schon herum mit dem Recht auf Briefbeförderung in der Tasche. Erst wenn die Gebundenheit 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 Gemeindegänger, der an die Pforte des Gemeindegängerkrankenhauses 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. 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.

<sup>19</sup> 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 von vornherein als ihr Gläubiger erscheint. Die Pflicht, welche Postges. § 3 auferlegt, ist aber erfüllt dadurch, daß die Post Annahme zur Beförderung nicht verweigert hat. Was die Anstalt nun weiter tut, ist nicht durch sein Recht gebunden, sondern einzig durch ihre innere Ordnung. Beim Gericht liegt die Sache insofern anders, als es auch für das, was es nun weiter in der Sache vornimmt, gesetzlich gebunden ist mit Wirksamkeit der Partei gegenüber, die es auf Schritt und Tritt mit ihnen 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

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<sup>20</sup>. Gerade der letztgenannte Fall ist geeignet, die rechtliche Würdigung klarzustellen: Das Nutzungsverhältnis des durch die Polizei in die Irrenanstalt Verbrachten ist dasselbe wie das des Mannes, der sich freiwillig dahin begeben hat. Nur in bezug auf die Endigung kann sich Abweichendes ergeben; vgl. unten n. 5.

— 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<sup>21</sup>. Außerhalb des Gebietes der Polizei bietet ein Hauptbeispiel der Schulzwang mit seinen Strafbestimmungen gegen die

auf Verwaltungsvorschriften beruhende Anstaltsordnung. Das Verhältnis 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. 110 Note 12. Etwas ganz anderes ist der im zivilrechtlich geordneten Eisenbahntransportrecht geltende Kontrahierungszwang (H.G.B. § 453 Abs. 2).

<sup>20</sup> Mangels einer besonderen gesetzlichen Grundlage kann hier das allgemeine polizeiliche Notstandsrecht zur Geltung kommen; vgl. oben Bd. I S. 296 ff. 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.

<sup>21</sup> So die Polizeiverordnungen, welche die Benutzung einer kommunalen Kadaververwertungsanstalt gebieten oder den Anschluß der Wohnhäuser an die städtische Wasserleitung: v. Rohrscheidt, Gew.Ord. zu § 1 Anm. 22.

Erziehungsberechtigten<sup>22</sup>. So auch die Unterbringung des Hilfsbedürftigen in einem Armenhaus mit Anweisung entsprechender Arbeit und mit Androhung des Verlustes der Unterstützung im Falle der Weigerung<sup>23</sup>.

— 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. 260f.). Dahin gehört der Postzwang und der Schlachthauszwang<sup>24</sup>.

4. Die Anstalt, wenn sie durch die irgendwie geschehene Zulassung für den Einzelfall in Bewegung gesetzt worden ist, fügt diesen ein in

<sup>22</sup> 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. 209, 225.

<sup>23</sup> Eger, Unterst. Wohns. Ges., zu § 1 Anm. 7.

<sup>24</sup> 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 § 30 Note 7. Maas, in Arch. f. öff. R. VII S. 483 ff. — Der Schlachthauszwang wendet sich mit seinen Strafdrohungen und Zwangsmaßregeln 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 Umständen 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 Schlepperunternehmer 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.

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<sup>25</sup>.

Er hat keine Klage auf Erfüllung. Er hat auch keine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung<sup>26</sup>. Von anderen Ansprüchen, die ihm nebenher erwachsen können, unten § 52, III.

5. Das Nutzungsverhältnis endigt damit, daß die Anstalt ihre

<sup>25</sup> Die Erkenntnis, daß das so sei, hat bei Ludwig, 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).

<sup>26</sup> Es ist ja nicht immer leicht, die gewünschten Verträge über die zu gewährende Anstaltsnutzung einigermaßen nachweisbar zu machen (vgl. oben Note 14). Hat man sie einmal, so wäre eigentlich auch die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für die Geltendmachung der Ansprüche daraus gewonnen und damit die Aussicht auf die schönsten Zwangsvollstreckungen. Vernünftigerweise wird von diesen Möglichkeiten kein Gebrauch gemacht. Auch in der Literatur spielen sie keine Rolle.

Besonders bezeichnend ist auch die Behandlung der Anstaltsordnungen, die da 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 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. Er hat offenbar keinen sachlichen Zweck, sondern befriedigt lediglich ein ästhetisches Bedürfnis des zivilrechtlich geschulten Juristen.



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).

Andererseits kann auch der Nutzende das Verhältnis vorzeitig zu Ende bringen, indem er davon zurücktritt. Die Freiheit der Person und das Recht an den Sachen und Wertschaften, die er behufs der Nutzung in die Anstalt und ihren Betrieb gebracht hat, sind grundsätzlich bestehen geblieben. Er kann das Seinige wieder herausziehen, soweit die für die Anstalt maßgebenden Ordnungen nicht besonderes vorsehen (unten § 52, III n. 1). Dadurch wird dann das Nutzungsverhältnis von selbst zerstört<sup>27</sup>.

### § 52.

#### Fortsetzung; Nebenrechte aus der Anstaltsnutzung.

Die Ordnung des Nutzungsverhältnisses der Verwaltungsanstalten trägt mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates. Sie vermeidet Rechtssatz und Verwaltungsakt. Ebendeshalb kommen dabei richtige subjektive Rechte nicht notwendig zum Vorschein.

Doch können sich nebensächlicherweise mit der Abwicklung des Verhältnisses noch Zuständigkeiten und Ansprüche von ausgeprägterer Gestalt verbinden.

I. In der Tätigkeit der öffentlichen Anstalt erscheint die öffentliche Verwaltung. Was von außen her störend eingreifen will in ihren guten Stand, wirft sie obrigkeitlicher Weise beiseite als eine Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens nach den Regeln des unmittelbaren Polizeizwanges. Das ist die oben Bd. I S. 214 Note 3 erwähnte Anstaltspolizei<sup>1</sup>.

<sup>27</sup> Von dem hier aufgewiesenen Gesamtbild weichen ab solche öffentlich-rechtliche 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.

<sup>1</sup> 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.), reiht er sich mit seiner Polizei hier ein.

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.

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<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

Alle diese Erscheinungen gehören hier zusammen. Ein Gewaltverhältnis liegt vor gemäß der oben Bd. I S. 101 ff. 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 ein weiterer Fall an: der der Anstaltsgewalt.

1. Ein solcher Zustand verminderter Freiheit ist ein Ausnahmezustand, der selbst erst wieder einer Rechtfertigung bedarf. 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 auch wo gar nichts dergleichen vorliegt, greift die Anstaltsgewalt Platz. 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

<sup>2</sup> Es ist klar, daß in diesem Punkte eine gewisse Verwandtschaft mit der Dienstgewalt besteht (Dienstbefehlsgewalt und Disziplinarstrafgewalt); vgl. oben § 45. Die gegen Geschworene und Schöffen geübte Leitungsgewalt des Gerichtsvorsitzenden (§ 44, I n. 3 a. E.) ist ja geradezu ein Stück dieser Anstaltsdisziplin und vertritt nur zugleich die hier nicht ausgebildete Dienstbefehlsgewalt.

<sup>3</sup> Hierfür bieten wieder die finanzrechtlichen Gewaltverhältnisse Seitenstücke mit ihren Maßregeln über die unter Kontrolle stehenden Waren; vgl. oben Bd. I S. 373 Note 4.

Kraft gibt, ist lediglich wieder deren Eigenschaft als öffentliche Verwaltung, die sie hier wie in anderen Fällen von selbst in dem erforderlichen Maße rechtlich bestimmend und überwiegend werden läßt, eine Art Hausrecht, das ihr hier zusteht, wenn man so will<sup>4</sup>.

2. 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<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

Diese Vorschriften enthalten zum Teil Befehle, nach welchen die zur Anstaltsnutzung Zugelassenen sich richten sollen. Zum Teil bestimmen sie, was ihnen und ihren Sachen von seiten der Anstalt wider-

<sup>4</sup> So pflegt denn auch der Anstaltsgewalt eine Art Selbstverständlichkeit zu gesprochen 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“. 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“.

<sup>5</sup> Vgl. oben Bd. I S. 102. 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.

<sup>6</sup> 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. 354).

fahren 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<sup>7</sup>. Überall sichert die Tat der Beamten und Angestellten der Anstalt den Vollzug, nötigenfalls mit Zwang und Gewaltanwendung.

3. 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.

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

<sup>7</sup> 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, Postr. S. 46 Note 47). Nur jenes „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 Pflinglingen 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 -pflageanstalt für Geistesranke v. 1. März 1902 §§ 39 u. 40. Die Bestimmungen nennen sich dort selbst „Regulative“, Verwaltungsvorschriften, die sie sind.

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 beiderlei Weisungen geltend nach Zweck und Inhalt. Sie bilden zusammen ein Seitenstück zum Rechtssatz und seiner Zweiseitigkeit (vgl. oben Bd. I S. 74 ff.)<sup>8</sup>.

In dieser Weise pflegen die Anstaltsordnungen die verschiedenen Rechtsinstitute zu einer einheitlich wirkenden Verfassung der Anstalt zusammenzunehmen (vgl. oben Bd. I S. 86). Die Wesensverschiedenheit gegenüber dem Rechtssatz bleibt natürlich bestehen.

II. Eine natürliche Begleiterscheinung der Anstaltsnutzung ist die an den Herrn der Anstalt zu entrichtende Gebühr. Sie ist eine

<sup>8</sup> Der Befehl, soweit er bindet, deckt ja auch bei rechtswidriger Maßregel; vgl. oben Bd. I S. 191 f. Hier aber enthält der Dienstbefehl zugleich eine Verfügung über den betroffenen Dritten, welche die auszuführende Maßregel rechtmäßig macht.

Das Züchtigungsrecht der öffentlichen Schule 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 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 (R e g e r XVI S. 303; Württ.), 14. Jan. 1901 (R e g e r XXI S. 193; Bayern), 4. Febr. 1901 (R e g e r 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 „Generalverfügung“ der Regierung, welche nach Arndt in Arch. f. öff. R. I S. 513 ff. dadurch „objektives Recht“ setzte. Der Unterschied ist aber 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 kann nicht bloß mit der Dienstgewalt, sondern auch mit der Anstaltsgewalt Verfügung treffen; deshalb wirkt, was sie bestimmt, rechtlich zugleich auf die Anstaltsbenutzer.

Geldzahlung, die geleistet wird als Entgelt dafür, daß der Einzelne die öffentliche Anstalt in Anspruch nimmt<sup>9</sup>.

Das öffentliche Unternehmen, das des Gemeinwohls halber tätig wird, bedarf nicht notwendig eines solchen Anreizes. 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 öffentlichen 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<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> 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 amtlichen Tätigkeit, die nicht darauf berechnet ist, ihm einen Dienst zu leisten. 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 diesen oder ähnlichen Namen unterscheidet die Finanzwissenschaft zweierlei Arten von Gebühren: Schall in Schoenberg, Handb. d. pol. Bek. III S. 105; Wagner, Fin.Wiss. I § 96 ff.; Töpfer in Fin.Arch. XXV S. 49 ff.; Moll, Über Gebühren, S. 30 u. 40; Meisinger, in Fin.Arch. XXX S. 578. Unsere obige, schon Bd. I S. 315 gegebene Begriffsbestimmung der Gebühr umfaßt beides.

<sup>10</sup> Auf diesen Zusammenhang mit der Billigkeit oder Gerechtigkeit verweisen auch Wagner, Fin.Wiss. II § 278; Schall in Schoenberg, Handb. d. pol. Bek. III S. 99; Fleiner in Festgabe für Heusler S. 106 ff. — Nicht zu verkennen ist, daß die Billigkeitsforderung bei den in Note 9 unterschiedenen Arten ungleich zum Ausdruck kommt: kein besonderer Vorteil auf Kosten der Gesamtheit, lautet sie im ersten Fall, wer die Kosten verursacht hat, soll sie tragen, im zweiten. Die Formel unserer Begriffsbestimmung der Gebühr kann deswegen die gleiche bleiben, weil die Gestalt, in welcher die Billigkeitsforderung ihre rechtliche Verwirklichung findet, für beide Arten von Gebühren die gleiche bleibt, und darauf kommt es uns doch allein an. Unsere Juristen haben sich allerdings bemüht, auch in dieser Hinsicht einen Gegensatz aufzuweisen. L. Stein, Fin.Wiss. I S. 302, hat ihnen die Formel dafür gegeben: bei der einen sei die öffentliche Anstalt in Anspruch genommen worden, bei der anderen Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsr. II. 3. Auf.

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. Es verhält sich damit geradeso wie bei dem unter § 53 zu behandelnden Gegenstück, der ausgleichenden Entschädigung, die dem Einzelnen zuteil wird.

Denkbar ist die Begründung der Gebührenpflicht durch die Kraft eines gesetzlichen 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. Dafür sind sie aber verhältnismäßig nicht zahlreich<sup>11</sup>. Die weitaus wichtigere, aber für uns auch schwierigere Form ist die, daß die Anstalt die 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<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>.

das Organ (!). So v. Bitter, Handwörterb. d. Preuß. Verw. I S. 650; Gerlach, in Wörterb. d. St. u. Verw. R. I S. 650; G. Meyer, Verw. R. (1885) II S. 185.

<sup>11</sup> 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 war bis R. Ver. Art. 145 vor allem das Schulgeld in den Volksschulen rechtssatzmäßig geregelt, soweit es überhaupt noch statthatte (§ 37 Note 26). — Bezüglich des Gemeingebrauchs greift das Gesetz vor allem ein, um das Maß der Gebührenerhebung zu beschränken. So Pr. Fam. Abg. Ges. v. 14. Juli 1893 § 4 Abs. 2 Satz 2; R. Ver. Art. 99.

<sup>12</sup> Hier erscheinen für die Gebühren der Post und des Telegraphen Verwaltungsvorschriften des Bundesrates, jetzt der Reichsregierung, für Schulgeld der höheren Lehranstalten Ministerialentscheidungen, für Gebühren der Krankenhäuser, Wasserwerke, Schlachthäuser, städtischen Abzugskanäle Gemeindebeschlüsse, die nicht die Natur von autonomen Satzungen, Rechtssätzen haben. So die trefflichen Ausführungen in V. G. H. 5. Dez. 1888 (Samml. X S. 281).

<sup>13</sup> Beispiel: Post-Ord. § 7 Abs. 7: „Für unzureichend frankierte Postkarten

2. Der Tarif hat zunächst die Bedeutung eines Dienstauftrages an die Beamten, wonach sie diese Beträge erheben sollen. 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<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>. Die Anstalt kommt tatsächlich in den Besitz der Gebühr. Dieser Erwerb verbleibt ihr auch unentziehbar. Von einer Bereicherungsklage kann nicht die Rede sein; 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<sup>16</sup>.

wird dem Empfänger das Doppelte des Fehlbetrages angesetzt.“ Zunächst diesem!

<sup>14</sup> N a w i a s k y, Deutsch. u. österr. Postrecht S. 39 u. 40, rechnet auch die Gebühren zu der durch die Macht der Tatsachen gegebenen Anstaltsgewalt. 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.“ Der Geldbeutel des Benutzers dürfte aber doch sicherlich eher zu dessen ureigenstem Herrschaftsgebiet zu rechnen sein.

<sup>15</sup> 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!

<sup>16</sup> Vgl. oben Bd. I S. 374. Postges. v. 28. Okt. 1871 § 28. L a b a n d, St. R. III S. 101 Note 1, nennt das ein Privilegium; vgl. oben § 49 Note 30. — In dieser Weise sind nach Pr. Kom. Abg. Ges. v. 14. Juli 1893 § 90 sämtliche Gemeindegebühren gesichert.

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. Dagegen hilft kein Rechtsweg. Denn war auch eine Schuldforderung hier nicht entstanden, so 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<sup>17</sup>. Daran würde sich auch eine klagbare Nachforderung der Gebühr knüpfen lassen in Form eines Schadensersatzanspruches nach B.G.B. § 823 Abs. 2.

III. Die Gewährung der Anstaltsleistungen vollzieht sich ohne darauf gerichteten Rechtsanspruch. Um diesen eigentlichen Kern des Verhältnisses herum bilden sich aber besondere Beziehungen, welche in Rechtsansprüchen zum Ausdruck kommen können, auch solchen bürgerlichrechtlicher Art, die sofort zum Vorschein kommen, wo der eigentliche Machtbereich der Anstalt aufhört.

1. Was bei der Anstaltsnutzung an Sachen 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<sup>18</sup>. Gelder, die man bei der Post, bei der gerichtlichen

<sup>17</sup> Postges. § 27 Ziff. 2—4, § 29.

<sup>18</sup> Eine vertragsmäßige Herausgabepflicht besteht nicht, da ein Vertrag nicht besteht. Ein Beispiel gehemmter Eigentumsklage 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.“

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). Von ihrer Durchführung gilt das gleiche wie bei der Eigentumsklage<sup>19</sup>. Auch diese Klage versagt gegenüber anstaltsmäßigen Bedingtheiten<sup>20</sup>.

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 haftete 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 wäre dann selbstverständlich ein bürgerlichrechtlicher Schadensersatzanspruch, vor den bürgerlichen Gerichten geltend zu machen<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> 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. Beispiel in Postges. § 6 Abs. 4: „Für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge leistet die Postverwaltung Garantie.“ Die Post steht dem Absender ein für die Rückerstattung des Geldes, soweit es nicht ordnungsmäßig zum Vollzug seiner Anweisung verwendet worden ist. Damit ist nicht die zivilrechtliche 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 (T i n s c h, Die Postanweisung S. 26; A s c h e n b o r n, Ges. über das Postwesen S. 95) oder gar um eine Art „Darlehenshaftung“ (S t a e d l e r, Post-Ord. S. 93).

<sup>20</sup> Vgl. oben Bd. I S. 178 u. Note 14. — Richtig O e r t m a n n 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 ohne Grund die Auszahlung verweigert, kann sie sich der Zivilgerichtsbarkeit nicht mehr entziehen.“ Vgl. auch K o p f, Rechtsverhältnis zwisch. d. öff. Hinterlegungsstelle S. 51 ff.

<sup>21</sup> Vgl. oben Bd. I S. 185 ff. Wie dort ausgeführt, 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

Auch Nichtbeamte, deren die öffentliche Anstalt sich bedient, können dem Benutzer zu Schadensersatz verpflichtet werden, vor allem also „privatrechtliche Diener“. Da jedoch B.G.B. § 839 auf sie nicht anwendbar ist, kommen ihre Pflichten dem Anstaltsherrn gegenüber bei der Frage ihrer Verantwortlichkeit nach außen nicht in Ansatz<sup>22</sup>.

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 823ff. 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.

Für seine 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<sup>23</sup>. Und diese

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. 188 Note).

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 „a) in Ausübung der ihm anvertrauten privatrechtlichen Ver-

richtungen oder

b) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“.

Ein Zwischengebiet gibt es nicht.

Wenn gesagt ist „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“,

Haftung hat schließlich R. Verf. Art. 131 zu einer unmittelbaren und ausschließlichen gemacht, mit Vorbehalt des Rückgriffes gegen den Schuldigen.

### § 53.

#### Öffentlichrechtliche Entschädigung.

Alle Entschädigung geht darauf aus, eine eingetretene Vermögensverminderung durch Geld wieder gutzumachen und auszugleichen, so daß sie nicht mehr besteht<sup>1</sup>. In ganz besonderem Sinne wird solche Ausgleichung das Ziel sein, wenn dem zu Entschädigenden eine ungleiche Behandlung widerfahren ist im Rechts- und Staatsleben: da erhebt sich dann die Forderung der *aequitas*, der „Gleichheit“ oder der Gerechtigkeit und Billigkeit, wie wir weniger bezeichnend sie nennen, um Vorkehrung zu treffen, die das wieder gutmacht<sup>2</sup>. Dabei denken wir in erster Linie an die *conditiones ob causam* und ihr Seitenstück im bürgerlichen Rechte der Gegenwart: hier stehen sich die Beteiligten von vornherein als gleichwertig gegenüber; die rechtliche Berührung zwischen ihnen hat eine Vermögensverschiebung zurückgelassen, die zwar den Formen des Rechtes entspricht, nicht

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. 115 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. selbst *L a b e n d* 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 abliefern. 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.

<sup>1</sup> *Merkel*, *Enzykl.* §§ 295 ff.; v. *Liszt*, *Deliktsobl.* S. 1 u. 4.

<sup>2</sup> Die klassische Formel gibt *C. 206 D. 50, 17*: „*hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorum*. Vgl. *Jung*, *Bereicherungsanspr.* S. 22 ff.; *Stammler* in *Festg. f. Fitting* S. 151 ff.

aber der natürlichen Ordnung des privatwirtschaftlichen Verkehrs, wonach dabei keiner zugunsten des anderen einen Vermögenswert einbüßen soll, ohne einen entsprechenden Ausgleich empfangen zu haben, oder was er dafür nehmen will. Hier hilft dann das aus Rücksichten der Billigkeit geschaffene Recht und gewährt die Bereicherungsklage. Auf das öffentliche Recht läßt sich das nicht so einfach übertragen<sup>3</sup>. Hier ist es einseitig der Staat, der gibt und nimmt, und die Billigkeitsforderung erscheint dementsprechend in anderer Gestalt: bevorzugt er einen Untertanen durch besondere Vorteile, so gleicht er das aus durch Auferlegung von Gebühren und Beiträgen (vgl. oben § 48 I; § 52 II); trifft er mit unverhältnismäßiger Beeinträchtigung sein Vermögen, so soll er dafür seine öffentlichrechtliche Entschädigung gewähren.

Dies ist dann eine ausgleichende Entschädigung in ganz besonderem Sinne: der Nachteil, welchen der Einzelne um des Gemeinwesens willen erdulden mußte, wird dadurch auf alle übernommen, um von ihnen in der geordneten Gleichmäßigkeit der Staatslasten getragen zu werden.

I. Eine Billigkeitsforderung ist nicht von selbst gleichbedeutend mit Rechtsvorschrift. Aber sie ist eine treibende Kraft, um die Menschen zu einem Verhalten zu führen, das ihr angemessen ist<sup>4</sup>, und ihnen den Inhalt von Rechtsregeln zu liefern, welche sie zu gestalten berufen sein mögen, Billigkeitsrecht durch sie zu erzeugen. In dieser Weise hat sich in Deutschland auch eine Ordnung der öffentlichrechtlichen Entschädigung herausgebildet. Das römische Recht, sonst unser wichtigstes Vorbild, konnte für diese öffentlichrechtlichen Dinge weniger maßgebend werden. Erst mit der kräftigeren Entwicklung der Landeshoheit und unter dem Einflusse des Naturrechts ist die Sache zu einem gewissen Abschlusse gelangt<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Man verlangt nur „eine sinngemäße Anwendung der Grundsätze der Bereicherungsklage“: 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); Ztschr. f. Bad. Verw. XXXV n. 10. Auch das ist wohl schon etwas zu viel gesagt.

<sup>4</sup> Das *modicum honoris gratia possessori datum* in C. 15, 2 D. VI, 1 ist eine Enteignungsentchädigung, die anstandshalber gegeben wird ohne Rechtsanspruch. Unter Friedrich dem Großen wurden die Manöverschäden amtlich bezeichnet als „Nachteile, welche S. Majestät den Untertanen zu vergüten pflegen“. Ähnlich Postord. § 42 Abs. III: bei Zurückziehung des überlassenen Postschließfaches „wird die erhobene Gebühr unter Umständen anteilmäßig zurückerstattet“.

<sup>5</sup> Eine Art Vorspiel bot die Lehre von den *jura quaesita* und von dem *jus eminens* des Landesherrn. Doch darf man ihre Bedeutung nicht überschätzen. Der Landesherr ist ja vor allem gedacht als berufener Hüter des Rechts.

*Jus quaesitum* und *jus eminens* sind darin überwunden, wenn auch für die Begriffe, welche hier an die Stelle treten, erklärlicherweise noch manchmal die Ausdrücke gebraucht werden. Es handelt sich schlechthin um die ordentliche Staatsgewalt, durch welche dem Einzelnen eine ungleiche Belastung mit Vermögensnachteilen zugefügt worden ist, ohne Unterschied der Art seines verletzten Rechtes, und der Anspruch auf Entschädigung durch den Staat beruft sich nicht auf den Vorwurf eines deliktsartigen Verhaltens von dessen Seite, sondern schlechthin auf eine ihm nach natürlicher Billigkeit obliegende Pflicht<sup>6</sup>.

Über die Art der Verwirklichung dieser Pflicht zu geltendem Recht haben sich die maßgebenden Autoren keine Sorge gemacht.

Die unter seine Hut gestellten besonderen Rechte der Untertanen, ihre *jura speciali titulo acquisita* oder kurz *jura quaesita*, sind ihm selbstverständlich unantastbar. Nur in schweren Ausnahmefällen (*si urget publica necessitas*) kann er solche entziehen. Diese Möglichkeit hat man wieder als ein besonderes Recht formuliert, das *jus eminens*. Aber dafür hat er jedesmal Schadensersatz zu leisten — *facit enim contra verum jus subditi*, sagt Hugo Grotius, *jus belli et pacis* II, 14 § 8. Anschütz, Ersatzanspruch S. 23 Note 58, spricht denn auch ganz zutreffend, was die Natur dieser Schadensersatzpflicht anlangt, von einer „uneingestandenen Konstruktion des *jus eminens* als Delikt. Es ist Deliktsrecht, nicht einfaches Billigkeitsrecht, hat also mit unserer öffentlichrechtlichen Entschädigung eigentlich nichts zu tun, wenn es auch Fälle umfaßt, die später ihre Regelung durch diese fanden.

<sup>6</sup> Wir lassen hier nur drei wichtige Männer sprechen. Pufendorf, *Jus nat. u. gent.* L. VIII A. V § VII: „*Naturalis est aequitas, ut ad communem rem conservandam singuli ratam duntaxat partem conferant nec unus supra ceteros graviter oneretur.*“ Kann die *res publica* nicht auf eine gerechte Verteilung warten, dann gilt: „*is, qui hoc modo sua publico impenderunt et perdiderunt, a tota civitate ea restitui et pensari, manifestissima aequitate nititur.*“

Moser, Landeshoh. in Ansehung d. Untertanen, Personen u. Vermögen, handelt zunächst vom „Rechte der obersten Herrschaft der Untertanen, Personen in Anspruch zu nehmen zu Ämtern und Diensten“; aber „die natürliche Billigkeit fordert auch, daß ihnen der Schade möglichst ersetzt werde (Cap. XV § 7 Abs. 4). Ebenso vermag die „oberste Herrschaft über das Vermögen“, zu enteignen und Häuser einzureißen bei Feuersbrunst; aber auch hier verlangt die natürliche Billigkeit, daß demjenigen, der „um des gemeinen Besten willen einen besonderen Schaden leidet, derselbige ersetzt werde“ (Cap. XX § 5).

Pütter, Beiträge I S. 351, handelt von „Opfern“, die dem Staate gebracht werden müssen an natürlicher Freiheit und an dem, was „ein jeder an besonderen Gütern oder Gerechtsamen sich zuzueignen berechtigt ist“. Doch wäre es unrecht, 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.

Das Naturrecht entband sie von solcher Notwendigkeit. In dem Maße, wie dieses überwunden wurde und in Wegfall kam, traten aber nun durch die Arbeit des neuzeitlichen Staates an der Rechtsordnung und seiner Gehilfenschaft dabei andere Rechtsgrundlagen an die Stelle. Tatsächlich hat sich eine Lücke nie fühlbar gemacht. Im Gegenteil fanden sich immer wieder Schriftsteller, die etwas darin suchten, gegenüber jeder Ausfüllungsbestrebung die Fahne einer unbeugsamen Korrektheit hochzuhalten. An der Spitze von allem mußte natürlich stehen die vollkommenste Form der Rechtserzeugung, das Gesetz. Die staatlichen Zustände Deutschlands bedingten freilich dabei eine große Zersplitterung. Doch mußte es von besonderer Bedeutung werden, daß Preußen hier mit seinem A.L.R. aufs kraftvollste die Führung übernahm. In Einl. § 75 faßte es die wichtigsten Vertreter des Schrifttums zusammen in einer Formulierung, die maßgebend ist für Gestalt und Wesen unseres ganzen Rechtsinstituts der öffentlichrechtlichen Entschädigung<sup>7</sup>.

In den anderen Staaten allerdings begnügte sich die Gesetzgebung damit, gelegentlich der Ordnung des einen oder anderen Stückes öffentlicher Verwaltung auch zu bestimmen, was bezüglich der dabei etwa in Betracht kommenden Entschädigungsansprüche Rechtens sein soll. Später zeigen der Norddeutsche Bund und das Deutsche Reich denselben Weg. Unsere Materie erfuhr dadurch zu der gebietlichen Zersplitterung noch eine stoffliche<sup>8</sup>. Die Darstellungsweise des deutschen

<sup>7</sup> A.L.St. 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.“

A n s c h ü t z, Ersatzspr. S. 104, stellt auf: die „besonderen Rechte“ des § 75 (die Hinzufügung „und Vorteile“ erklärt er für bedeutungslos) seien einfach die jura quaesita der alten Tradition, und insofern bedeute der Text einen Sieg der „freien Stände“. Der Reichsgraf v. F i n k e n s t e i n hatte allerdings namens der Lebusser moniert: „es seien gewisse Regeln zu etablieren, daß der Landesherr seinen Untertanen ihre jura quaesita unter keinerlei Vorwand nehmen könne“ (a. a. O. S. 68); damit ist er aber nach dem Berichte von A n s c h ü t z selbst gerade nicht durchgedrungen. Der Text entspricht vielmehr den besonderen „Gütern und Gerechtsamen“ P ü t t e r s, und von den alten jura quaesita, deren Eigenart der Graf so nachdrücklich betont hat, ist keine Rede mehr. — Auch die Freude von A n s c h ü t z über die „harte Hand“, mit welcher nachher die Kab.Order von 1831 den § 75 unschädlich gemacht haben soll, ist unbegründet; sie bedeutet wirklich nur, was sie sein will, eine „Belehrung“.

<sup>8</sup> A n s c h ü t z S. 56 preist das als eine „zwingende Architektonik des

Verwaltungsrechts paßt sich notgedrungen dem an, indem sie zu ihren einzelnen Rechtsinstituten jedesmal die Frage behandelt, wie es in dieser Hinsicht mit den etwa auftauchenden Entschädigungsansprüchen steht<sup>9</sup>.

Sodann kämen auch Rechtsquellen zweiten Ranges in Betracht, weniger wohl der Verordnung, als Gewohnheitsrecht und Analogie<sup>10</sup>; vor allem aber wird hier bedeutsam das eigentliche Juristenrecht, wie es durch Handhabung der gegebenen Rechtssätze und selbst durch Anerkennung neuer bei den Gerichten sich zur Geltung bringt. Ihre Rechtsgrundsätze und ihre feststehende Rechtsprechung vermögen nicht bloß in der einen oder anderen Beziehung die nötige Ergänzung zu gewähren, sondern auch die gemeinsame Rechtsidee

heutigen Staatswesens“, wonach der Spezialisierung der Eingriffsrechte auch die der Entschädigungen entsprechen müßte. Darüber ließe sich reden, wenn die Entschädigung wirklich nur an die Geltendmachung bestimmter einzelner R e c h t e knüpfte. Tatsächlich knüpft sie sich aber ja ebenso gern an das Unrecht, das „Fehlgehen der Verwaltung“! — Über das Ungenügende des Standpunktes solcher „Gesetzmäßigkeit“ sehr gut: E. d. H i s in Ztschr. f. Schweiz. Recht XLII S. 36 ff.

<sup>9</sup> Auf diese Weise sind wir in unseren bisherigen Darlegungen der öffentlichrechtlichen Entschädigung schon mannigfach begegnet — überall, wo wir dem hier gegebenen allgemeinen Begriffe gemäß erwarten durften, ihr zu begegnen. So bei Enteignung (§ 34, II), nicht durchgeführter Enteignung (§ 34, III n. 2), auferlegter Grunddienstbarkeit (§ 40, II n. 3), Eigentumsbeschränkung (§ 41, III n. 4), gemeinen Lasten (§ 47 I n. 5). Es kann auch vorkommen, daß Entschädigungsgesetze, welche dafür angesehen waren, eine andere Art von Rechtsgrund anerkennen zu wollen, in Wirklichkeit doch nur unsere Billigkeitsregel gemeint haben, wie das z. B. bei der Bd. 1 S. 198 behandelten Haftung des Staates für seine Beamten der Fall war. Das muß jetzt alles klargestellt werden.

<sup>10</sup> Wie wir uns zu der Frage des Gewohnheitsrechtes verhalten, ist in Bd. I S. 89 f. gesagt. Man hat davon für die Lehre von der öffentlichrechtlichen Entschädigung, namentlich seit das Naturrecht keine Stütze mehr gab, einen recht umfassenden Gebrauch gemacht. So behandelt beispielsweise R. G. 1. Febr. 1898 (Entsch. XLI S. 142) den Fall eines Fischereirechtes an der Elbe, das durch Strombauten beeinträchtigt worden war. „Die Billigkeit“, sagt es, „spricht für eine Entschädigung“, und den erforderlichen Rechtssatz findet es in einem „wahren Gewohnheitsrecht“. Solches gilt über die Enteignung hinaus auch für „tatsächliche Beseitigung anderer dinglicher Rechte“, gestattet überhaupt „analoge Anwendung“. Damit kann man so ziemlich unseren ganzen Bedarf decken. R. G. 28. Juni 1898 (Entsch. XLI S. 191) macht denn auch sofort den Staat entschädigungspflichtig, weil seine Verwaltungsbehörde im öffentlichen Interesse das Anhalten von Zügen an einer bestimmten Station verboten hatte, worauf die Klägerin ein vertragsmäßiges Recht hatte. Hat man doch sogar schon die Entschädigung für unschuldig erlittene Straffhaft auf Analogie der Enteignung zu gründen gesucht: K r o n e c k e r, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter, S. 17; Verh. d. IC. deutsch. Jur. Tages II S. 241 ff., 345 ff.; namentlich S. 265!



maßgebend über die gegebenen Sonderbestimmungen zu stellen, die dadurch doch noch die nötige Einheit finden<sup>11</sup>.

II. Im einzelnen gestaltet sich nun unser Entschädigungsanspruch wie folgt:

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. 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 (Bd. I § 11, III).

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: Belastung von

<sup>11</sup> Darüber Bd. I S. 91. Für unseren Gegenstand findet diese Art von rechtlicher Ordnung ganz besonders günstige Verhältnisse, sofern hier nach wie vor die allgemeine Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte bestehen bleibt (Bd. I S. 174 f.). Man kann den Eindruck haben, daß Naturrecht, Gewohnheitsrecht und Analogie eigentlich auch nur verschönernde Ausdrücke sind für jenes eigentlich allein Wirksame. Unter den Schriftstellern, die sich ohne weiteres zu einem solchen „Rechtsgrundsatz“ bekennen, finden wir gute Namen wie Pfeiffer, Prakt. Ausführungen III S. 288; Goenner, Staatsdienst S. 101 f.; F. F. Mayer, Grunds. d. Verw.R.; Bähr, Rechtsstaat. Neuerdings Dernburg, Pand. I S. 72 n. 3; Regelsberger, Pand. I S. 423 („Es ist ein Grundsatz des heutigen Rechts, daß Schädigungen der Privatrechtssphäre durch Maßnahmen, die von den Behörden im Interesse der Gesamtheit getroffen werden, von der Gesamtheit zu vergüten sind“). Auch die Billigkeit wird gern dabei angerufen. Aus der Rechtsprechung wäre zu erwähnen: O.V.G. Darmstadt 6. Okt. 1848; Pr.O.Tr. 28. Nov. 1859 (Str. XXXV S. 315); Bayr. Oberst.G.H. 11. Juni 1898 (Seuffert, Arch. LIII S. 439 ff.); R.G. 29. Juni 1886 (Entsch. XVI S. 161), 11. Mai 1904 (Entsch. LVIII S. 130); 11. Mai 1907 (Eger, Eisenb. Entsch. XXIV S. 54). Dabei ist zu berücksichtigen, daß das preußische Gebiet zumeist nichts mehr beiträgt: es hat ja schon seinen § 75 der Einl. d. A.L.V.!

Grundstücken mit zeitweiliger Benutzung, Einberufung zum Schöffen- und Geschworenendienst, Zurücknahme einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis.

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<sup>12</sup>, Aussteinerung der Rayonservitut, Aufstellung eines städtischen Bebauungsplanes, der das gesetzliche Bauverbot in Kraft treten läßt. Sie kann erscheinen als eine einfache Anforderung, welche gesetzlich die Pflicht zu Sachleistungen und Diensten erzeugt: Naturalleistungen für das Heer, Quartierleistung, Zeugen- und Sachverständigenpflicht.

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: 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 seuchenverdächtigtes 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 vorgegangen 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 Ein-

<sup>12</sup> Vgl. oben § 40 Note 22 (wo allerdings die Entschädigung für Verschiebung des Leinpfades als zivilrechtliche Schadensersatzpflicht ex delicto konstruiert werden soll).

wirkung angerichteten Schaden ausgleichende Entschädigung leistet. Von dem Nachweis irgendeines Verschuldens, einer Rechtswidrigkeit ist sie nicht bedingt. Die Verursachung genügt<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> 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 Enteignungsschädigung erweiternden Gewohnheitsrecht (R.G. 1. Febr. 1898; oben Note 10) oder mit A. L.R. Einl. § 75, der solches der Enteignung „im Grundsatz gleichachte“ (R.G. 3. April 1903; Entsch. LIV S. 260). Mit einem ähnlichen Gewohnheitsrechte hilft man 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. 11. Mai 1904; vgl. oben Note 11). 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 A. n. s. c. h. ü. t. z. (vgl. oben Note 19) 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 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 Enteignungsschädigung auch nicht. Eine gesunde Folgerichtigkeit und damit hier übereinstimmend unser Billigkeitsgrundsatz verlangen aber, daß hier ebenso-

Unter Umständen wird diese Verursachung auch angenommen, wo ein eigentlicher Eingriff nicht vorliegt; ein Unterlassen 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 irgendwelcher 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<sup>14</sup>.

gut 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 verirrt 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).

<sup>14</sup> Die Gerichte haben 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 pflichtlos . . . 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). 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.

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

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<sup>15</sup>.

Post an die Zollverwaltung abgegeben worden und dort weggekommen. Schadensersatzklage gegen den Zollfiskus. Transportvertrag gilt für ihn nicht, ebenso wenig 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 auf seiten des Empfängers zunächst alles reine öffentliche Gewalt. 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 die Sache überhaupt auf einmal ins Privatrechtliche umschlagen muß, ist wieder nur durch Notstand erklärlich.

<sup>15</sup> Hier hat 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 bürger-

Hier wird dann auch 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<sup>16</sup>.

— Sodann aber stellt er fest, daß der belastende Eingriff nicht zu denen gehört, die der Staat als der Gerechtigkeit entsprechende und folglich entschädigungsfrei hat auflegen wollen. (Vgl. hier unten N. 2.)

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 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

lichen Rechts haftbar zu machen, können jetzt bei ihrer eigenen öffentlichrechtlichen Natur belassen werden. Namentlich findet man jetzt nur allzu gern den Anschluß an die neue Haftungsgesetzgebung mit Hilfe eines polizeilichen Gepräges, das man ihnen aufdrückt; dann ist die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ja zweifellos! So R.G. 11. Mai 1904 (Fischer Ztschr. 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 Ztschr. XXIX S. 316): Leitungsdraht der elektrischen Straßenbeleuchtung reißt 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.

<sup>16</sup> R.G. 5. Juni 1910 (Entsch. LXXII S. 347): Im Kieler Hafen stößt ein Kriegsschiff mit einem Frachtdampfer zusammen. Entscheidend ist, auf welcher Seite das Verschulden liegt, die hat den Schaden „verursacht“.

gegeben haben. Da findet alsdann unsere Entschädigungspflicht des Staates nicht statt<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>. Damit ist zweierlei gesagt.

— 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<sup>19</sup>. Desgleichen alle Gebühren, Beiträge und besonderen

<sup>17</sup> In eigentümlicher Behandlung erscheint diese Frage bei R.G. I. Mai 1907 (Entsch. LXVI S. 107): Der Amtsrichter, der zugleich Grundbuchrichter ist, fälscht einen Grundschuldbrief mit der Unterschrift seines Stellvertreters und erhält darauf von einer Bank Geld geliehen. Der Staat wird verurteilt, diese zu entschädigen. Die Fälschung selbst und die Täuschung der Bank damit können vielleicht „als Handlungen angesehen werden, die außerhalb des Amtsbereiches des Grundbuchrichters lagen“ (S. 112) — als dessen „Privatunternehmen“, wie wir es nannten, und dafür kann der Staat nicht in Anspruch genommen werden. Aber: „Zu den ihm in dieser Eigenschaft obliegenden amtlichen Pflichten gehörte zweifellos die Verwahrung der Grundbuchformulare und die Obhut des Gerichtssiegels“ (S. 112), und die Schädigung der Bank ist erst ermöglicht worden „durch die hier verletzte Überwachungspflicht des Grundbuchrichters“. Auf diese Weise gelingt es doch noch, den Staat dran zu kriegen. Es sieht allerdings sehr wie eine Haarspalterei aus.

<sup>18</sup> Diese Bezeichnung erscheint schon bei älteren Schriftstellern. So bei Pütter, Beiträge I S. 351 ff. (oben Note 6); Pfeiffer, Prakt. Ausf. I S. 245: „Zu einem verhältnismäßig größeren Opfer als seine Mitbürger genötigt.“ So auch 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: Goetz, 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.

<sup>19</sup> 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 Heerdienstpflicht. Insofern die Dienstunfähigen dabei doch einen gewissen Vorteil haben können, regt sich sofort wieder der Billigkeitsgedanke, um

Belastungen anderer Art, welche nur die Natur von Gegenleistungen haben wollen für besondere Vorteile, die empfangen werden. Endlich alle selbstverschuldeten Nachteile: Strafen, Kostenersatzpflichten, Polizeimaßregeln zur Bekämpfung dargebotener Polizeiwidrigkeiten<sup>20</sup>.

Hier ist überall kein Bedürfnis nach einer Gutmachung im Namen der natürlichen Billigkeit und nach einem wirtschaftlichen Ausgleich.

— 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 Koloniererwerbs, 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<sup>21</sup>. Dementsprechend kommt auch für unsere

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 (H a h n, 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.

<sup>20</sup> Anschütz, Ersatzanspr. S. 62, der behauptet, daß die Lehre von der Entschädigung für das zugemutete besondere Opfer dahin führen müsse, bei „j e d e r 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 keineswegs vertreten.

<sup>21</sup> 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

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“<sup>22</sup>.

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 auch wieder eine Erweiterung dadurch, daß in größerem Umfange Rechtsgüter in Betracht kommen, welche die rechtswidrige Handlung nicht fassen könnte, deren Aufopferung aber hier in Form Rechtsens von der Verwaltung gefordert wird. In erster Linie steht also „das Eigentum oder ein sonstiges Recht“, gleichviel, ob zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur<sup>23</sup>. Auch obligatorische Rechts-

unmittelbarer, als solche kenntlicher Vorteilszuwendung ruhen, scheidet derartiges sich deutlich.

<sup>22</sup> 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“, 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 eines öffentlichen Flusses gesenkt, Wiesen nicht mehr befruchtet, Klage aus A. L.R. Einl. § 75 abgewiesen, da kein Recht der Anlieger auf Fortbestehen des Stauens 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).

<sup>23</sup> 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 eine Überschätzung der Tragweite dieses Erlasses und seiner Ausdrucksweise. 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. Vgl. unten § 54.

ansprüche vermag der Eingriff der Verwaltung zu zerstören<sup>24</sup> oder Leistungspflichten, deren Erfüllung mit Vermögensaufwand verbunden ist, zu begründen<sup>25</sup>. „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, Unter-sagung des Fortbetriebes gewinnbringender Unternehmungen<sup>26</sup>.

III. Die zu leistende Entschädigung selbst erhält ihre näheren Bestimmungen aus dem Zusammenhang mit ihren Voraussetzungen und ihrem Zweck:

1. Wie die Entstehung einer Entschädigungspflicht überhaupt bedingt ist davon, daß eine ungleiche Belastung des Einzelnen zum Vorschein kommt durch Eingriff in seinen rechtlich bestimmten Macht-kreis, 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.

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 außer-vertraglichen Nachteils zieht gerne alles sonst noch in die Berechnung hinein, was berücksichtigt werden muß, damit dem Beleidigten volle Genugtuung zuteil geworden sei<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> 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. 3 d: „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 3 angeführte Urteil R.G. 28. Juni 1898 (Entsch. XLI S. 191) gewährt Entschädigung wegen „zwang-sweiser 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.

<sup>25</sup> Als öffentliche Lasten mit Entschädigungsfolge; vgl. oben § 47 n. 5.

<sup>26</sup> Vgl. unten § 54, II; III n. 1; oben § 34, II n. 3 (R.G. I. Febr. 1893; Entsch. XXXI S. 215).

<sup>27</sup> Deshalb bedeuten eben solche Konstruktionen, auch wenn das Gesetz sie macht, eine Verkümmern der natürlichen Einheit unseres Rechtsinstituts.

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<sup>28</sup>.

2. 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. 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<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Quartierleistungen, Zeugengebühren, Schöffen- und Geschworenenentschädigung geben Beispiele. Auch privatrechtlich geordnete Großbetriebe, wie die Eisenbahnen, verwenden ja solche Normalsätze für die zu gewährenden Entschädigungen: H.G.B. § 461 ff.

<sup>29</sup> O.Tr. 14. Juli 1859 (Str. XXXIV S. 180): Die Bezirksregierung hat im 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,

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<sup>30</sup>.

## § 54.

**Fortsetzung; Entschädigungsfälle unregelmäßiger Art.**

Ausnahmsweise begegnen wir auch im Gebiete des reinen bürgerlichen Rechts Billigkeitsentschädigungen, die ersichtlich nach dem Vorbilde der unsrigen geordnet sind<sup>1</sup>. Ferner greift die Verwaltung ja mehrfach ein zu besserer Ordnung der privatwirtschaftlichen Verhältnisse zwischen den Einzelnen mit Hilfsinstituten des Privatrechts und mit der Folge, daß zwischen diesen Ansprüche auf ausgleichende Entschädigung zur Entstehung kommen<sup>2</sup>.

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 Schaden abgewendet oder ein Vorteil zugewendet wird.“

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. Aber in Wirklichkeit ist ja auch der Schaden nicht durch die Konzession entstanden, sondern durch das konzessionierte öffentliche Unternehmen; der Unternehmer ist der eigentliche Verursacher und als solcher entschädigungspflichtig.

<sup>30</sup> Jedenfalls haftet nicht das vermittelnde. So geht der Anspruch auf Entschädigung für die Einquartierungslast nicht gegen die Gemeinde, deren Behörde im „übertragenen Wirkungskreise“ das Quartier anweist: Bad. V.G.H. 10. Jan. 1882 (R e g e r III S. 68).

<sup>1</sup> So für die Ausübung der Notstandsbefugnisse nach B.G.B. § 904, des Überbaues nach § 912, des Notwegerechts nach § 917; auch die Ersatzpflicht des Geisteskranken oder Jugendlichen nach § 829 dürfte hierher gehören.

<sup>2</sup> Beispiele geben Pr. Wasserges. v. 7. April 1913 §§ 330–341; Pr. Bergges. v. 24. Juni 1892 §§ 135 ff.; Pr. Schutzwaldges. v. 6. Juli 1875 §§ 2 ff.; Sächs. Bauges. v. 1. Juli 1900 § 39.

Was uns hier noch angeht, das sind nur die Fälle, in welchen der Staat öffentlichrechtlicher Weise eingreift und dafür Entschädigung zu bezahlen hat, obwohl nach den Grundsätzen unseres Rechtsinstituts eine solche nicht geschuldet wäre, sei es, daß es sich um keinen Eingriff der öffentlichen Verwaltung handelte, sei es, daß Umstände vorlagen, welche die Entschädigung hätten ausschließen sollen. Das nennen wir Entschädigungsfälle unregelmäßiger Art.

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. Allein das Gesetz ist keine Verwaltung und hat seine Besonderheit, durch die es sich der einfachen Anwendung jenes Grundsatzes entzieht.

Einmal bedeutet der auf dem Wege der Gesetzgebung erzeugte Staatswille die rechtliche Ungebundenheit. 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<sup>3</sup>.

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 die entsprechenden Voraussetzungen zutreffen. Die rechtssatzmäßige Regelung hat jedenfalls die Vermutung der Planmäßigkeit und Gerechtigkeit für sich. 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<sup>4</sup>.

Damit ist nicht gesagt, daß niemals Entschädigung stattfindet, wo Gesetz und Rechtssatz die wirtschaftliche Benachteiligung bewirkt

<sup>3</sup> In diesem Sinne sind die Gesetze nach Pr. Verord. v. 26 Dez. 1808 § 36 u. Kab. Order v. 4. Dez. 1831 „wirkliche Majestäts- und Hoheitsrechte“, deren Ausübung nicht von selbst mit Entschädigungsfolge verbunden sein kann. Oppenhoff, Ress. Verh. zu Verord. v. 1808 n. III; Anschütz, Ersatzanspr. S. 93.

<sup>4</sup> Wenn die Pr. Kab. Order 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. 46 Note 16). 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.

haben. Das Gesetz kann auch für diese Fälle nach Würdigung der Umstände eine ausgleichende Entschädigung angemessen finden und sie durch besondere Bestimmung gewähren.

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<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. 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 sie irgendwie bei der Justiz endgültig erledigt, so muß sie dafür angesehen werden, gut erledigt zu sein. Tatsächlich ist das ja, menschlicher Weise, 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 wohlthätigen Schleier zu zerreißen als die Zulassung von Entschädigungsklagen gegen den

<sup>5</sup> Für die Rayonservituten wurde vor dem Ges. v. 21. Dez. 1871 Entschädigung nicht gewährt; sie entstehen unmittelbar aus dem Rechtssatz, die Aussteinerung ist bloß die Anwendung davon ohne Zutat eigenen Ermessens (vgl. oben § 40 Note 4). 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.

<sup>6</sup> Vgl. oben § 53 S. 296, 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.“

Staat wegen schlechter und schadenstiftender Urteile seiner Zivil- und Strafgerichte<sup>7</sup>.

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 werden diese Dinge naturgemäß weniger tragisch mitempfunden. 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 (Ges. 20. Mai 1898 und 14. Juli 1904).

Die Zuerkennung der Entschädigung erfolgt aber hier 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<sup>8</sup>.

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<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> In der gleichen Weise müßte folgerichtig auch die Verwaltung die bei ihr entstandenen Schäden durch Bewilligung eines Ausgleiches selber heilen. — 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 doch wieder die überwundene Idee des für sein Unrecht haftenden Staates setzen.

<sup>9</sup> 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

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.

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 Genehmigung 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; der auf ihren Namen gehende Eingriff ist ohne jene Deckung durch das polizeiliche Verschulden des Betroffenen, und die Billigkeitsforderung wird frei<sup>10</sup>.

Auf gewerbliche Anlagen, die keine Genehmigung erhalten haben,

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. Rechtspf. XVI S. 89). — Anschütz, Ersatzanspruch S. 29 Note 6 und dann noch einmal ebenso S. 101 Note 93, bemerkt zu meinem obigen Satze, 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.“ Daran ist so viel wahr, daß die preußische Praxis jetzt noch vielfach den Namen Polizei in der alten, ausgedehnteren Weise verwendet. Für die Theorie des deutschen Verw. Rechts ist das aber eben keine Polizei mehr. Der Vorhalt ist unbegründet

<sup>10</sup> R.G. 12. Nov. 1887 (R. G. IX S. 1 ff.); Gew.Ord. § 51 ist „nicht Konsequenz allgemeiner Rechtssätze, sondern beruht auf Erwägungen der Billigkeit“.



obwohl sie einer solchen bedurften, findet das keine Anwendung. Ebensovienig 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<sup>11</sup>.

2. Die polizeiliche Maßregel kann unter Umständen über das ihr eigentümliche natürliche Maß hinausgehen. Das kann zulässig geworden 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 § 25, III) 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. 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 Schlächtereie 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. 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<sup>12</sup>.

3. Eine Entschädigung ganz besonderer Art findet statt bei der

<sup>11</sup> O.V.G. 16. April 1891 (R e g e r XI S. 361), 12. Nov. 1891 R e g e r XII S. 254). Die Rechtsprechung des O.V.G. ist in diesem Sinne auch bisher gleichgeblieben. Anderer Meinung L a n d m a n n, 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. R o h r s c h e i d t, Kom. zu Gew.Ord. § 51 Anm. 1.

<sup>12</sup> 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: er dient wesentlich zur Förderung des öffentlichen Unternehmens Schlachthaus.

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 den für solchen Fall gegebenen Vorschriften nicht nachkommt, insbesondere die Anzeige nicht erstattet<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>.

Die fertiggestellte Straße gewährt den daran errichteten Wohn-

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Vgl. oben § 40 Note 10 u. 19.

<sup>15</sup> Vgl. oben § 40 Note 20 u. 21.

gebäuden und ihren Insassen nicht bloß den jedermann zugänglichen, sondern auch jenen bevorzugten Gemeingebrauch, auf den sie angewiesen sind (oben § 37, II). 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 zugleich 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 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<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> 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 haltgemacht. *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 Ent-

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<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>.

schädigung, 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. Ztschr. f. Pr. II S. 319)*.

<sup>17</sup> Vgl. oben S. 146 f. Die Entziehung solcher bevorzugter Benutzung der Straße geschieht regelmäßig auf dem Wege straßenpolizeilicher Anordnung (vgl. oben § 37 II n. 2); dann ist nach dem hier oben III Ausgeführten von Entschädigung ohnedies nicht die Rede.

<sup>18</sup> Wenn die Rechtsprechung sich so viel Mühe gegeben hat, die Entschädigung anzuknüpfen an eine zugunsten des Wohnhauses begründete Servitut (*R.G. 13. Febr. 1883 [Entsch. X S. 271]*, *7. März 1892 [Entsch. VII S. 213]*, *18. April 1899 [Entsch. XLIV S. 282]*, *2. Dez. 1908 [Entsch. LXX S. 77]*), so hatte das insofern einen guten Sinn, als dadurch eine feste Abgrenzung gewonnen werden sollte 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

V. Wenn die Einzelnen beim Kriegsfall in Anspruch genommen werden für die Zwecke und Bedürfnisse der Landesverteidigung, 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. 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<sup>19</sup>.

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 stattfindet, 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 jedesmal der Staatsgewalt zu freier Erwägung vorbehalten, ob und in welchem Maße sie Vorkehrungen treffen kann und will, um jener Forderung Genüge zu tun.

Gemeingebrauchs, der sich mit dessen Werte selbst verbindet, erhalten wir aber diese Abgrenzung, ohne derartige rechtliche Unmöglichkeiten zu Hilfe zu rufen.

Ausdrückliche Bestimmungen im Sinne der hier entwickelten Billigkeitsforderung geben neuerdings: Bad. Ortsstraßenges. v. 6. Juli 1896 Art. 29; Sächs. Bauges. v. 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.

<sup>19</sup> 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.Order 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.

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<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> 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 öffentlichen Billigkeitsentschädigung überhaupt zugrunde liegt.

Hierzu das Programm in 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, werden 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. — Es gehört nicht zu unserer Aufgabe, auf diese Dinge näher einzugehen.

## Sechster Abschnitt.

## Die rechtsfähigen Verwaltungen.

## § 55.

## Die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechts.

Unter rechtsfähiger Verwaltung verstehen wir ein abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung, das da ausgestattet ist mit eigener Persönlichkeit. Sie 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<sup>1</sup>.

I. Wir müssen in Kürze den Standpunkt darlegen, von welchem wir bei unseren Erörterungen ausgehen<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> 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; Verwaltungskörper wäre dann eine für die Führung öffentlicher Verwaltung eigens geschaffene juristische Person. — „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).

<sup>2</sup> In der Hauptsache habe ich mich angeschlossen an G. R ü m e l i n, Methodisches über die juristischen Personen. Doch schien es mir notwendig, das innere Verhältnis stärker zu betonen. Darüber die Abhandlung: Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht, in Festgabe für L a b a n d, I S. 1 ff.

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, behauptet, 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 willensfähig 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 solches Wollen 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 ihnen die für den Rechtsverkehr erforderliche Ausrüstung zu bereiten.

2. Der Mensch hat aber auch 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, Erb-

folge, 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 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<sup>3</sup>.

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 Zwecke 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<sup>4</sup>. 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

<sup>3</sup> Die Hauptbeispiele bieten 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. In der wissenschaftlichen Darstellung unserer Lehre werden solche unvollkommene juristische Personen, „Scheinpersonen“, 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“.

<sup>4</sup> 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).

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 so viel, 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<sup>5</sup>.

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 Bezeichnung 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<sup>6</sup>.

Die natürliche Person erhält den für sie wirkenden wehrhaften Willen, naturgemäß und falls nicht besondere Mangelhaftigkeiten

<sup>5</sup> 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 Vereinschulden 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.

<sup>6</sup> 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.

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 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; sie knüpft an sie an und tut es möglichst. Aber es bedarf besonderer Vorkehrung dafür<sup>7</sup>.

Zweckbestimmung und Vertretungsordnung sind daher wesentliche Stücke der Verfassung.

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 Gegensatz 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.

<sup>7</sup> 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 hat es eben mit dem Willen, der ihr „zuerkannt“ wird, bei Gierke und seiner Schule, zu der auch Rosin gehört, seine besondere Bewandnis. Im Gegensatz zu der römischen Persönlichkeit ist für sie die germanische selber schon „Wille“, und zwar „sittlich freier“, als solcher teilbar, übertragbar, so daß er im Mittelalter „in zahllosen Splittern eben Gegenstand des Rechtsverkehrs bildete“ (Gierke, Genossenschafts. II S. 37). Infolgedessen läßt sich, wie es scheint, auch viel mit ihm anfangen. Man nimmt etwa 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 und macht damit eine „Einstiftung“ in einen Organismus; sofort wird eine „reale Persönlichkeit“ daraus. Jellinek läßt den Willen der juristischen Person nach Bedarf aus den Einzelmenschen „herausdestillieren“; 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, der Wille des Erblassers ist darin gleichsam erstarrt und verewigt“ — er nimmt offenbar eine Dauerform an, gleich den Sporen. So die „Willentheorie“ oder „Theorie der realen Persönlichkeit“. Ob der Wille bei den Germanen, dank seiner „sittlich-freien“ Natur, wirklich solche Operationen verträgt, 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.

1. 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 bürgerliche Person des bürgerlichen Rechts ist hier gleichbedeutend.

Der Polizeistaat weiß aber diese juristische Person des bürgerlichen Rechts auch den Bedürfnissen seiner Tätigkeit nutzbar zu machen in der bekannten Weise. 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“<sup>8</sup>.

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 Bürokratie werden von den beiderseitigen Fiscis vor Gericht ausgefochten<sup>9</sup>.

Andererseits entwickeln sich ähnliche Gebilde auch neben den stark verkümmerten Gemeindeobrigkeiten, um die Mittel der Gemeinde zusammenzuhalten, geschützt vor dem Staatsfiskus wie vor dem

<sup>8</sup> Nur soweit der Staat in privatrechtlichem Verkehr steht, ergab sich ein 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. 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.“

<sup>9</sup> 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“ (!).

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<sup>10</sup>.

2. Wenn jetzt das B.G.B. § 89 den Fiskus aufführt an der Spitze der von ihm so bezeichneten juristischen Personen des öffentlichen Rechtes, so wird darin der Umschwung erkennbar, der sich vollzogen hat: die öffentliche Gewalt steht nicht mehr außerhalb des Rechts, sondern kann selber zum Gegenstand eines solchen geworden sein. Die juristische Person des öffentlichen Rechts bedeutet ja gerade eine Form dafür.

Das suchte zunächst seinen Ausdruck zu finden in einer Doppelung der entsprechenden juristischen Persönlichkeit: neben den Fiskus als den Herrn des Staatsvermögens trat die „Staatsgesellschaft“, bestimmt, die öffentliche Gewalt zu tragen<sup>11</sup>. Weiter unterhalb soll sich dann das gleiche Bild ergeben: das Stück öffentlicher Verwaltung, dem die bürgerlichrechtliche juristische Person als Gemeindefiskus, vermögensrechtliche Verbandspersönlichkeit, Stiftungspersönlichkeit diene, soll einer daneben stehenden „öffentlichen Persönlichkeit“ zugesprochen werden<sup>12</sup>. Bezeichnenderweise drangen aber diese Auf-

<sup>10</sup> 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“. A. L.R. II, 6 stellt denn 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“!

<sup>11</sup> So vor allem Koch, Preuß. Priv.R. I S. 170; vgl. oben Bd. I S. 52 Note 26.

<sup>12</sup> 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 anzufassen 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.“

fassungen nicht durch: In der Literatur blieb der Staat als ein juristisch nicht weiter faßbares „politisches Wesen“ neben der juristischen Person seines Fiskus bestehen<sup>13</sup>. Und bei den untergeordneten juristischen Personen vollzog sich alsbald eine Verschmelzung dadurch, daß der öffentlichrechtliche Körper den zivilrechtlichen aufsaugte: wenn man jetzt noch von einem Fiskus der Gemeinde spricht, von einer privatrechtlichen Persönlichkeit der öffentlichen Körperschaft oder Stiftung, so bedeutet das 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 einheitlich juristische Person dabei betätigt.

So schließt sich hier jener Kreis der rechtsfähigen Verwaltungen, wie wir sie 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. —

Der Staat allerdings ist demnach in seiner Sonderstellung verblieben. Auf ihn paßt nicht die Bezeichnung rechtsfähige Verwaltung; bei ihm kann auch nicht die Rede davon sein, daß er etwa für den Zusammenhang mit seinem Fiskus in sich selber noch einmal eine Unterabteilung bildete. Die juristische Persönlichkeit wäre hier eine kleinliche Künstelei, unwürdig der majestas, vor der wir stehen<sup>14</sup>. Wir haben hier nichts als die einheitliche Machtgröße, Staat und die Möglichkeit, in privatrechtliche Verhältnisse zu treten und dabei tatsächlich wie eine Person behandelt zu werden (Scheinperson!), lassen sich damit ohne weiteres verbinden (vgl. oben Note 3). Diese

<sup>13</sup> 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 Spezialfiskus des Reiches“. In der 5. Aufl. II S. 216 ist „der Landesfiskus von Elsaß-Lothringen das Reichsland als vermögensrechtliches Rechtssubjekt“. Für öffentlichrechtliche Dinge hat das Land keine Persönlichkeit.

<sup>14</sup> Wir teilen hier die Gefühle Gierkes, Deutsch. Priv.R. I S. 469, 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. Freilich ist die „reale Verbandspersönlichkeit“ vielleicht auch nur ein Gespenst.

Auffassung ist ja auch keineswegs neu<sup>15</sup>. Sie wird nur der Ordnung halber hier erwähnt. Die Frage gehört ganz und gar ins Staatsrecht.

III. Die Verfassung des Verwaltungskörpers bedeutet demnach eine Absonderung und einen Gegensatz in doppelter Richtung. Einmal nach dem schon zu I n. 2 Ausgeführten gegenüber den zunächst beteiligten Einzelmenschen und sodann, wie wir zuletzt gesehen haben, gegenüber dem Gemeinwesen, dem er eingeordnet bleibt. Daraus ergeben sich Artverschiedenheiten und besondere Rechtsbeziehungen<sup>16</sup>.

1. Das Unternehmen der juristischen Person, ihr Stück öffentlicher Verwaltung, kann gedacht sein als ursprünglich zugehörig gewissen Einzelmenschen oder einem Kreis von solchen; die juristische Person verschafft ihm diesen gegenüber seine rechtliche Selbständigkeit, läßt aber doch gewisse Zusammenhänge bestehen, welche ihnen einen Einfluß sichern.

Das tritt am kräftigsten hervor bei den Körperschaften, die ihre Angehörigen um sich versammelt behalten, sei es geradezu als einen Verein, wie die öffentliche Genossenschaft, sei es als räumlich bestimmte Unterabteilung des Staatsvolkes wie die Gebietskörperschaft, die Gemeinde. Mitgliedsrechte erscheinen hier. In mindere Maße findet ein derartiger Zusammenhang statt bei den Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit. Die können an sich auch ohne eine solche bestehen, und wo sie damit ausgestattet werden, geschieht es wohl, um die Menschen erst anzulocken, die sich mit ihren Geldmitteln beteiligen sollen. Diese Einrichtung gibt ihnen eine formale Sicherheit der Verwendung für den bestimmten Zweck. Der Name *Destinatär* sagt dafür etwas zu viel. Unter Umständen werden ihnen auch noch gewisse Mitwirkungsrechte eingeräumt<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. die Abhandlung: Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öff. R., Festgabe f. *Laband* I S. 46 ff.

<sup>16</sup> Wenig glücklich die Aufzählung der „juristischen Personen des öffentlichen Rechts“ in B.G.B. § 89: Fiskus, Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Ursprünglich sollten die Anstalten nicht noch neben den Stiftungen genannt werden. Man fügte sie nur hinzu, weil man der seltsamen Meinung war: „Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes erhebe sich nicht selten Zweifel darüber, ob eine Anstalt den Körperschaften oder den Stiftungen beizuzählen sei“ (Prot. 2. Les. I S. 611). Das wäre doch sehr bedauerlich! Dafür wollte man in der Körperschaft des öffentlichen Rechtes einfach das Gegenstück des privatrechtlichen rechtsfähigen Vereins sehen: es handle sich um „öffentlich-rechtliche Vereine“. Zu diesen Körperschaften rechnete man aber auch den Staat, die Kirche, die Gemeinde (Prot. 2. Lesung I S. 407 u. 610). Das sind nun zweifellos keine Vereine.

<sup>17</sup> Hier macht sich denn auch aufs deutlichste vernehmbar der Gleichklang mit den entsprechenden juristischen Personen des bürgerlichen Rechts. Vgl. oben I u. 3.

2. Das Stück öffentlicher Verwaltung, welches der juristischen Person zugewiesen ist, kann abgezweigt sein von der ursprünglichen Quelle aller Verwaltung, vom Staate selbst oder von einem bereits dazwischen geschobenen anderen Verwaltungskörper umfassenderer Zuständigkeit, einer Gebietskörperschaft. Wir bezeichnen diese dann als ihr Muttergemeinwesen.

Das Verhältnis findet seinen Ausdruck in gewissen Mitwirkungsrechten, die dem Muttergemeinwesen zustehen bei der Gründung und bei der Verwaltung der abgezweigten Anstalt.

Daneben besteht aber auch, wo der Staat nicht selbst das Muttergemeinwesen ist oder ein solches überhaupt nicht gegeben erscheint (vgl. unten § 57, II), diesem gegenüber als dem obersten Ausgangspunkt aller öffentlichen Verwaltung eine gewisse Abhängigkeit, die sich äußert in dem allgemeinen Staatsaufsichtsrechte (darüber unten § 61)<sup>18</sup>.

## § 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<sup>1</sup>.

Wenn das B.G.B. vorsichtigerweise spricht von „Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts“, so weist doch in Wirklichkeit

<sup>18</sup> *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 Aufsichtsrecht, das gegenüber den rechtsfähigen Verwaltungen besteht, auch wenn nichts ausdrücklich vorgesehen ist; es ergibt sich aus ihrem Wesen.

<sup>1</sup> 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 gebräuchlich ist, die ganze juristische Person selbst, um die es sich handelt, der Kürze halber mit „öffentliche Anstalt“ oder „öffentlich-rechtliche 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“. Solcher Sprachgebrauch ist ja nicht immer unschädlich geblieben.



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 keine entsprechende juristische Person des Privatrechts, die den Namen einer reinen, stifterlosen Anstalt rechtfertigen würde; dort gibt es bloß Stiftungen<sup>2</sup>. 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 die 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<sup>3</sup>.

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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 Ausnahmeerscheinungen 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).

anzusehen ist, und die einseitige Betonung der freien Verwaltungsmaßregel einen starken Gegensatz.

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 man das nennen mag, 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<sup>4</sup>.

1. Der ordentliche Fall für das heutige Recht ist die Entstehung durch Abzweigung der Anstalt aus der Fülle der Zuständigkeiten des beteiligten Gemeinwesens.

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. 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

<sup>4</sup> Die Lehre von der „realen Verbandspersönlichkeit“ oder „die Willens-theorie“ (vgl. oben § 55 Note 7) ist geeignet, von vornherein die hier notwendig gefundenen Unterscheidungen nach verschiedenen Seiten hin zu erschweren.

Vorbehalt des Gesetzes und bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage. Die Gesetze könnten selber die Entstehung der juristischen Person bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen rechtssatzmäßig anordnen<sup>5</sup>. Handelt es sich um eine öffentliche Anstaltspersönlichkeit, so ist statt dessen 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<sup>6</sup>.

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.

<sup>5</sup> In dieser Weise hatte sich eine häufig vertretene Auffassung für das gemeine Recht die Entstehung privatrechtlicher Stiftungspersönlichkeiten gedacht: Windscheid-Kipp, Pand. I S. 281 Note 2.

<sup>6</sup> 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. 236. — 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 Anhänger der „realen“ juristischen Persönlichkeit haben gegenüber der Frage der Entstehung der rechtsfähigen Anstalt ihren besonderen, etwas sentimental Standpunkt. Vgl. 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.“

2. Juristische Personen sind von Natur langlebig. So entstammen viele der jetzt vorhandenen rechtsfähigen öffentlichen Anstalten älteren Rechtszuständen.

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. In dieser Weise sind namentlich Wohltätigkeitsanstalten aller Art nach und nach zugunsten der Ortsgemeinden verweltlicht worden samt der dazu gehörigen juristischen Persönlichkeit: Krankenhäuser, Versorgungshäuser, Armenanstalten<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>.

Das bedeutet 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 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<sup>9</sup>. Bei der Verweltlichung können nachher solche Anteilsberechtigungen beibehalten worden sein. Dann hat auch die rechts-

<sup>7</sup> Gierke, D. Priv.R. I S. 645 ff.; Meurer, Heil. Sachen II S. 254 ff.

<sup>8</sup> Vgl. unten II n. 3.

<sup>9</sup> Eine Anstalt, und zwar eine öffentliche Anstalt, durch welche die Kirche ein Stück ihrer öffentlichen Verwaltung führen läßt, bleibt die *pia causa* gleichwohl. Die Kirche erweist sich gerade in solchen Dingen, dem Staate weit voraus, als die Trägerin öffentlichrechtlicher Gedanken. In der Linie ihrer 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.

fähige öffentliche Anstalt „Angehörige“ (oben § 55, III n. 1) wie die privatrechtliche Stiftung.

— Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hatte die Zugkraft der eigenen juristischen Persönlichkeit für die Wohltätigkeitsbezeugungen der Gläubigen noch dadurch erhöht, daß sie anschaulichere 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<sup>10</sup>. Das mußte von Einfluß bleiben, nicht bloß für die rechtliche Gestaltung dieser öffentlichen Anstaltspersönlichkeiten, sondern vor allem auch für die Art, wie die Wissenschaft auf lange hinaus die juristische Person hier auffaßt und erklärt<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> 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 f.; Meurer, Heil. Sachen II S. 253.

<sup>11</sup> 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 Kommunitäten, Corpora vel collegia“. — Auch bei Gierke, Genoss.R. II S. 961, kommen diese Gedanken 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“ (die Anstaltsbeamten!) noch die „Personengesamtheiten“ stellt, „welchen die Stiftung zugute kam“, „als Destinatäre des Nutzens“. — 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 Meurer billigt auch Waldecker, Korp. d. öff. R. S. 26, den Satz: „Die Körperschaft

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. Dafür dient ihr die Wirklichkeit des Unternehmens, dem sie gewidmet ist.

Die ältere Lehre von den juristischen Personen hat dem besser genügen wollen durch die Forderung des sogenannten Substrates, der „körperlichen“ Unterlage. Bei der Stiftung, worunter auch unsere Anstaltspersönlichkeit fiel, sollte das Substrat bestehen in einem Vermögensbegriff, einer universitas bonorum. Es ist aber gar nicht nötig, daß die Wirklichkeit gleich so dick aufgetragen erscheine<sup>12</sup>.

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 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. Von dorthier also, von Staat oder Gemeinde, werden der rechtsfähigen Anstalt die erforderlichen Vertreter bestellt<sup>13</sup>.

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

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.

<sup>12</sup> 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“.

<sup>13</sup> Pfeiffer, Jur. Pers. S. 127.

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.

3. Gegenüber dieser einfachen Grundform der Anstaltsvertretung weisen manche rechtsfähige Anstalten Abweichungen und Besonderheiten auf.

— So können am Vermögenstande der Anstalt Beteiligte (oben § 55, III n. 1) herangezogen werden zu einer beschränkten Mitwirkung an ihrer Verwaltung<sup>14</sup>.

— 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<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> So die Versicherungsausschüsse, welche nach R.Vers.Ord. § 1351 den Versicherungsanstalten beizugeben sind, bestehend aus Vertretern der Arbeitgeber und der Versicherten. 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.

<sup>15</sup> Vgl. oben Note 10 u. 11. Hinschius, Kirchen-R. IV S. 140 ff.; Paulsen, in hist. Zeitschrift XLV S. 283 ff.; Friedberg, Kirchen-R. S. 546 ff.

<sup>16</sup> 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.“ —

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<sup>17</sup>. Allein das ist nicht so zur Durchführung gelangt. Die Finanzlage war hier nicht danach. Vielmehr ist sie in alter Weise der Polizeistaatszeit eine unmittelbare Anstalt des Staates, verbunden mit einer alten Stiftungspersönlichkeit zur Unterstützung ihrer Zwecke<sup>18</sup>.

Die jüngsten deutschen Universitäten weichen von diesem rechtlichen Bilde in der Hauptsache nicht ab<sup>19</sup>.

— 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 (vgl. hier oben Note 1 und § 49 Note 21 u. 22).

### III. Die Endigung der öffentlichen Anstaltspersönlichkeit und

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 10.

<sup>17</sup> S. Straßburg (H o s e u s, Die Kaiser-Wilhelms-Universität S. 161: „Zweig der öffentlichen Verwaltung mit gesonderter Rechtspersönlichkeit“). —

<sup>18</sup> Theoretisch sucht man mit irgendeiner Mischung auszukommen: Seydel, Bayr. St.R. III S. 688: „die Universitäten sind mit einem Zweckvermögen ausgestattete Körperschaften“; J o l l y, in Wörterb. d.-Verw.R. II S. 646: „öffentliche Korporationen von Lehrern und Studierenden . . . zugleich Korporationen des Privatrechts“; H a t s c h e k, in Verw.Arch. XVII S. 316 ff. u. 320: „öffentliche Stiftungen, welche die Rechte privilegierter Korporationen haben“. B o r n h a k, 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“. — 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.

<sup>19</sup> Satzung für Frankfurt 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.

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. Eine staatliche Aufhebungserklärung kann in Form des Gesetzes jederzeit erfolgen, ohne daß es hierfür einer besonderen Rechtfertigung bedürfte<sup>20</sup>. Sonst ist der darauf gerichtete Ausspruch rechtlich nur zulässig auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung. Die Ermächtigung wird dann auch, ausdrücklich oder stillschweigend, 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<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>. 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. Es ist aber davon auszugehen, daß es sich in erster Linie

<sup>20</sup> Auch dieses allerdings nur, wenn nicht die Staatsverfassungen ein solches Vorgehen untersagt oder an besondere Bedingungen geknüpft haben. Das ist namentlich zugunsten von kirchlichen Stiftungen häufig geschehen. Vgl. R. Verf. § 138 Abs. 2.

<sup>21</sup> Der Vermögensverlust mußte nach der Lehre vom Substrat von selbst zerstörerlich wirken auf die juristische Persönlichkeit der Stiftung. 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“.

<sup>22</sup> Gierke, Deutsch. Priv.R. I S. 644; ders., Genossensch. Theorie S. 654 ff.

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 (vgl. hier oben I n. 1). 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<sup>23</sup>.

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<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Gierke, Genossensch. Theorie S. 863, 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). Der Heimfall vollzieht sich folgerichtig dann so, daß die abgezweigte juristische Person selbst „in das 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“.

<sup>24</sup> Bei Sparkassen pflegt die Gemeinde oder der Gemeindeverband eine Bürgerschaft 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

## § 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<sup>1</sup>.

Als die wichtigsten Anwendungsfälle dieses Rechtsinstituts liefert die Gesetzgebung des Reiches die Berufsgenossenschaften und die Krankenkassen der Reichsversicherungsordnung, sowie die Innungen der Gewerbeordnung<sup>2</sup>. Aus dem Bereiche der Landesgesetzgebung sind vor allem zu erwähnen die öffentlichen Wassergenossenschaften<sup>3</sup>.

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

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.

Keine besondere Ordnung der Hinterlassenschaft einer rechtsfähigen Anstalt gibt die von G i e r k e, Deutsch. Priv.R. I S. 644 Note 55, angezogene Bestimmung des Reichs-Bankges. v. 14. März 1875 § 41: das ist einfach ein R ü c k k a u f s r e c h t von derselben Art, wie der Staat es sich gegenüber beliebigen Eisenbahngesellschaften auszubedingen pflegt. Vgl. oben § 50, III n. 4.

<sup>1</sup> Die öffentliche Körperschaft ist demgegenüber der weitere Begriff; sie umfaßt auch die Gemeinde, deren Angehörige keinen Verein bilden. Vgl. oben § 55, III n. 1. Rosin, Öff. Genossensch. S. 40.

<sup>2</sup> R. Vers. Ord. §§ 225 ff. u. 623 ff.; Gew. Ord. §§ 81 ff.

<sup>3</sup> 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.

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<sup>4</sup>.

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 zukommende.

Das erstere tritt äußerlich stark in den Vordergrund. Die Sache stellt sich dar als eine eigene Angelegenheit der Vereinsmitglieder, die sie nur eben durch das Mittel der Genossenschaftspersönlichkeit besorgen, und die Vertretung, mit welcher diese von ihnen ausgestattet wird, scheint zunächst für sich allein zu genügen, um sie lebensfähig zu erhalten. Doch ist auch der Anteil des Staates nicht auf eine äußerliche Überwachung beschränkt, sondern greift tiefer ein.

I. Die Entstehung der öffentlichen Genossenschaft ist bedingt durch das Zustandekommen des Vereins, der die juristische Person tragen soll.

Der Staat, wie in der Justiz überall, 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.

Ganz anderer Art ist die Mitwirkung des Staates dabei als bei der Entstehung des rechtsfähigen Vereins nach B.G.B. §§ 21 u. 22. Sie beruht auf dem Gedanken, daß die Sache, welche man hier betreiben will, zugleich seine Sache ist, ein Teil der öffentlichen Verwaltung,

<sup>4</sup> Jene oben § 56 Note 10 u. 11 besprochene Auffassungsweise, die aus den „Genußdestinatären“ der öffentlichen Anstalt Mitglieder einer Art Verband oder 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. M a y e r 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 M e u r e r, 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. Dann hätte aber wohl die Berufsgenossenschaft überhaupt keine Mitglieder: die einen sind keine Verwalter, die andern keine Destinatäre!

die ihn immer selbst angeht. Er verwaltet schon in dieser Hervorbringung und Fertigstellung ihrer neuen Trägerschaft<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

Am weitesten geht die schöpferische Mitwirkung der Behörde, wenn ihr durch das Gesetz Macht gegeben ist, selber den Verein zustande zu bringen, der zur öffentlichen Genossenschaft gehört, dieser also ihre Mitglieder zu stellen auch gegen ihren Willen. 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 Genossen-

<sup>5</sup> 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 wesentlich in der Rolle des Staates. — Die Unterscheidung, welche Gierke, Genossensch.-Theorie S. 21 ff., durchgeführt 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. Gierke meint es freilich nicht ganz so.

<sup>6</sup> Zusammenstellung der verschiedenen Entstehungsarten bei Gierke, Genossensch.Theorie S. 114 ff. 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 8). Bei der Errichtung der Betriebskrankenkassen wäre es der Unternehmer (a. a. O. S. 141 Note 50): der ist aber Vereinsmitglied (vgl. unten Note 9). In beiden Fällen handelt es sich also um keine „dritte Persönlichkeit“.

schaft 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<sup>7</sup>.

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 öffent-

<sup>7</sup> 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 dieser 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 stimmt nicht gut zu 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 Berufsgenossenschaft 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 Lastverbänden gearbeitet wurde. Vgl. auch Bayr. Wasserges. v. 23. März 1907 Art. 111, 112 u. 135.

liche Genossenschaft mit Beitrittszwang und die Form des halben Zwanges<sup>8</sup>.

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 und bringt je nachdem durch ihren Beschluß die öffentliche Genossenschaft auf diesen Grundlagen zur Entstehung<sup>9</sup>.

Am weitesten endlich geht die Selbständigkeit der Mitglieder, wenn sie nicht bloß ihren Verein selber bilden und mit Satzungen ausstatten

<sup>8</sup> 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 Beitrittszwangs 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. — 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). Die Errichtung einer solchen soll wie bei der Zwangsinnung für alle dazugehörigen Kaufleute und Gewerbetreibende des Bezirks geschehen durch Genehmigung des Ministers für Handel und Gewerbe (H.K. Ges. § 2). 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“ (L u s e n s k y, Kom. zu § 2 Anm. 1). Eigentlich ist ja die Handelskammer gedacht als bloße „Interessenvertretung“ der Handels- und Gewerbetreibenden ihres Bezirks. Wenn das Ges. § 35 dann bestimmt: „Die Handelskammer hat die Rechte einer juristischen Person“, so ist das geradeso schief, wie wenn man sagen wollte, der Innungsvorstand habe die Rechte einer juristischen Person (L u s e n s k y a. a. O. S. 179).

<sup>9</sup> 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.

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 vielmehr Normativbedingungen vor, bei deren Erfüllung allein die Behörde ihnen gegenüber gebunden ist, die Anerkennung auszusprechen, durch welche die Begründung der öffentlichen Körperschaft sich vollzieht<sup>10</sup>.

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 Gegensatz zu der vollen Leitungsgewalt, die er bei einer unmittelbar von ihm selbst abgezweigten rechtsfähigen Anstalt auszuüben hätte. Noch bedeutender sind die Besonderheiten, die sich hier ergeben aus dem Machteinfluß jenes neuen Bestandteils, der die öffentliche Genossenschaft auszeichnet, ihrer Mitgliederschaft.

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

<sup>10</sup> 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.



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 soll ja zugleich ihr Zweck sein. Überdies läßt das Gesetz ihnen noch einen gewissen Spielraum für diese seine Ausstattung<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>. Wenn die Gesetze 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 ein der Genossenschaft fremdes Element, sondern fließt natürlicherweise aus dem, was sie auch ist, aus der Eigenschaft als rechtsfähige Verwaltung.

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

<sup>11</sup> Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 58 Abs. 2; Gew.Ord. § 81 b; R.Vers.-Ord. §§ 548 u. 675 (Ausdehnung der Versicherungspflicht). Gew.Ord. § 81 a: „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 (R e g e r XI S. 367) hat die Aufsichtsbehörde zu der Ziffer 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“.

<sup>12</sup> Windscheid-Kipp, Pand. I § 59 Note 3 a: „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“.

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<sup>13</sup>. Sie erscheint auch bei privatrechtlichen Vereinen<sup>14</sup>. 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 Willenserklärungen nach Art der Anweisung im Gewaltverhältnis<sup>15</sup>.

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.

<sup>13</sup> G i e r k e, Genossensch.Theorie, spricht hier von „Verbandsgewalt“ (S. 168), „Körperschaftsgewalt“ (S. 178), „körperlicher Machtsphäre“ (S. 253).

<sup>14</sup> Namentlich bei der Aktiengesellschaft ist sie Gegenstand eingehender Untersuchungen geworden unter dem Gesichtspunkt ihrer Grenze an den Sonderrechten der Aktionäre: B e r e n d, Handelsrecht S. 799 ff.; N e u k a m p in Ztschft. f. H.R. XXXVIII S. 36 ff.

<sup>15</sup> Vgl. oben Bd. I S. 86 f. Beispiele geben die Regelung des Lehrlingswesens durch die Innung nach Gew.Ord. § 81 a 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“: R o s i n, Arb.Vers. I S. 806. 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 Unehorsamen ausführen lassen“; Beschwerde geht an die Aufsichtsbehörde); Bad. Wasserges. v. 12. April 1913 § 62 Abs. 2 Ziff. 7 (W i e n e r, Kom. zu § 62 n. 9 b); Preuß. Wasserges. v. 7. April 1913 § 222 Abs. 1. — Die von der Genossenschaft erhobenen Mitgliederbeiträge unterscheiden sich scharf von den Beiträgen, die als Seitenstück zu den Gebühren öffentliche Vorzugskosten 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.

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<sup>16</sup>.

1. Der Endigungsgrund kann sowohl von der staatlichen Behörde als von der Mitgliederschaft seinen Ausgang nehmen<sup>17</sup>.

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 Haupt Gesichtspunkt 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<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Diese Vereine unterliegen dann gemäß B.G.B. § 54 der „für sie nicht passenden Rechtsform der Gesellschaft“ (Prot. II Les. II S. 457 f.).

<sup>17</sup> 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 u. 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 zugespielt, 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. S. 347. Etwas Besonderes, wie beide annehmen, ist das, in der Sache wenigstens, durchaus nicht (vgl. oben Note 14). Auch die Auflösung der Handwerkskammer (Gew.Ord. § 1030) läßt die Einrichtung selbst bestehen.

<sup>18</sup> „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

Die Mitgliederversammlung kann die Auflösung jederzeit beschließen<sup>19</sup>. 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 Mitgliederbeschuß lediglich die Bedeutung, daß er den Schließungsausspruch zulässig macht. Bei Zwangsgenossenschaften ist dieser Weg überhaupt nicht gangbar.

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 von einer Hinterlassenschaft (oben § 56, III n. 2) sprechen, deren rechtliches Schicksal der Lösung bedarf. Wenn bei der rechtsfähigen Anstalt der Heimfall an das Muttergemeinwesen die naturgemäße Ordnung vorstellt, so kann hier nicht nach Vorbild des rechtsfähigen Vereins der Anfall an die Genossen in Frage kommen. Die Voraussetzung, daß die Vereine „ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienen“, trifft hier nicht zu<sup>20</sup>. Einzelne Bestimmungen gibt das Gesetz<sup>21</sup>. Die Satzung wird das Nähere regeln, nötigenfalls eine von der Aufsichtsbehörde geleitete Auseinandersetzung.

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).

<sup>19</sup> Bei den Wassergenossenschaften wird zur Erschwerung eines solchen Beschlusses Zweidrittelmehrheit verlangt nach Preuß. Wasserges. § 278 Ziff. 1. Vgl. auch Bad. Wasserges. § 72 Abs. 3, Sächs. Wasserges. § 123 Abs. 2; Bayr. Wasserges. Art. 127 (Dreiviertelmehrheit). Bei der Innung besteht die Erschwerung nur in der Gegenwart eines Vertreters der Aufsichtsbehörde: Gew.Ord. § 96 Abs. 6.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Gew.Ord. § 98 a 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

## § 58.

## Die Gemeinde.

Die Gemeinde ist eine auf örtlicher Zusammenordnung der Wohnstätten beruhende Gemeinschaft mit eigener juristischer Persönlichkeit für die ihr zukommende öffentliche Verwaltung<sup>1</sup>.

I. Die Gemeinde 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.

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<sup>2</sup>. Damit stellt sie sich der öffentlichen Genossenschaft gegenüber wie folgt:

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. Kreuz II S. 169, c). Sächs. Wasserges. v. 12. März 1909 § 126: Verteilung unter die Genossen nach dem Maßstabe des Beitragsverhältnisses. R.Vers.Ord. §§ 264 ff. 635 ff. gibt für ihre Genossenschaften den leitenden Behörden umfassende Befugnisse zur Veränderung ihres Bestandes und Regelung der Nachlaßfrage.

<sup>1</sup> 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 Gemeinzwicke, 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. 292: „die öffentlich-rechtliche, nicht souveräne Gesamtpersönlichkeit zur Befriedigung örtlicher Gemeininteressen innerhalb des Staates“. — G. Meyer-Anschütz, St.R. § 111: „Gemeinden sind die kleinsten politischen Gemeinwesen, denen die Verwirklichung der politischen Aufgaben in örtlicher Begrenzung obliegt.“

<sup>2</sup> Die drei „Elemente“ des Staates: Jellinek, Allg. St.L. S. 394 ff.

— 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 Mitgliedschaft 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 nun einmal zu einer solchen gehört, und deren Bewohnerschaft als solche ihr ihre Mitglieder und Angehörigen liefert<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> 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 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 Gemeinzwick verbundenen Genossen zu bezeichnen, sondern es ist die zur Begründung der korporativen Herrschaft über die auf ihm weilenden an sich und schlechthin zureichende Tatsache.“

<sup>4</sup> 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. Binding-Oetker, Handbuch VI. 2: Otto Mayer, Verwaltungsgr. II. 3. Aufl. 23

— Die Gemeinde hat, im Gegensatz zur öffentlichen Genossenschaft, ihre Mitglieder nicht in einem Verein um sich versammelt, dem man durch Rechtsgeschäft freiwillig beitrifft oder kraft Gesetzes nach dem Merkmal eines besonderen Zusammenhanges mit dem Vereinszwecke anzugehören gezwungen wird<sup>5</sup>. Wie ihr Gebiet eine Unterabteilung des Staatsgebietes, so ist ihre Mitgliedschaft 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 Mitgliedschaft 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 auf Dauer gerichtete Gebietsangehörigkeit, also der Wohnsitz auf dem Gemeindegebiet. Auch dieser Wohnsitz ist, wie die Staatsangehörigkeit, zunächst das Ergebnis von familienrechtlichen Zusammenhängen. Man wird in die Gemeinde hineingeboren wie in den Staat. Auch die Gemeinde hat ihr Volk, wie der Staat, das Gemeindevolk<sup>6</sup>. 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 erkennbar, daß der Staat die

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.

<sup>5</sup> 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 allerdings (Genossensch.R. II S. 865 f.) Staat und Gemeinde „mehr als bloße Genossenschaften“. Sie sind aber nicht bloß mehr, sondern etwas ganz wesentlich anderes.

<sup>6</sup> Nur in dieser fließenden, natürlich sich erneuernden 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. Dieser nämliche Volksbegriff kommt zur Verwertung bei der Kirche (Volkskirche im Gegensatz zu der vereinsmäßigen Religionsgesellschaft, Sekte), wie bei Reich und Land, so auch bei der Gemeinde und den ihr gleichstehenden „oberen Kommunalverbänden“.

Gemeinden ansieht als einen wesentlichen Unterbau seiner eigenen Machtentwicklung; 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<sup>7</sup>.

— 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

<sup>7</sup> Als solche gilt nach R. Verf. Art. 110 Abs. 2 jetzt überall die Reichsangehörigkeit — 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. Gierke, Genossensch.R. I S. 719 ff. Preuß. Städte-Ord. v. 19. Nov. 1806 §§ 5, 15 u. 16. Später löst sich das Bürgerrecht von dem Zusammenhang mit einer sozial bevorrechteten Klassenstufe, hängt also nunmehr unmittelbar an der Einwohnereigenschaft als eine rechtliche Fähigkeit zu politischer Betätigung. Die für das Gemeindebürgerrecht wesentliche Staatsangehörigkeit war 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 angeht, weil er ihm zuverlässige Machtmittel lieferte und deshalb auch wieder besonders zu pflegen war.

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. Sollte jetzt der Gleichklang noch bewahrt bleiben, so mußte die neue Staatsangehörigkeit auch zur Bedingung der Gemeindeangehörigkeit gemacht werden neben 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 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. Das Gemeindevolk ist eine durch Zuziehung von Staatsfremden erweiterte Unterabteilung des Staatsvolkes.

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 kann<sup>8</sup>. Sie ist für ihr Gebiet das ihm besonders zugehörige öffentliche Gemeinwesen, wie der Staat das allgemeine ist für das Ganze und über dem Ganzen<sup>9</sup>.

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, Gemeindeverbänden, 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, dazu Nebenländer, Reichslande, selbständige Kolonien. Wir müssen sie, ebenso wie den Staat selbst, ganz der Staatsrechtswissenschaft überlassen.

<sup>8</sup> 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. Ebenso 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 vom Herrschen und Herrschaftsausüben die Rede sein. Dadurch, daß solche übertriebene Aussprüche möglich sind, wird aber wenigstens die allgemeine Machtstellung der Gemeinde in ihrem Gebiet beleuchtet.

<sup>9</sup> 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 würden sagen: das Gemeinwesen, das „gemeine Wesen“, wie man es früher nannte, ist der Inbegriff der Angelegenheiten einer Volksgemeinschaft samt den zu ihrer Besorgung getroffenen Einrichtungen.

Auch die Gemeinden und die Gemeindeverbände gehören in der Hauptsache dorthin. Sie bilden einen gleichmäßigen Unterbau für die staatliche Herrschaft, entsprechend der daneben sich erhebenden Stufenfolge der Behörden. Unter dem Gesichtspunkte dieses notwendigen Zusammenhangs spricht man hier von politischen Gemeinwesen<sup>10</sup>. 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<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> 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 Gemeindevahlen ist ein politischer Verein: O.V.G. 1. März 1901 (Reger XXI S. 172). — 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.

<sup>11</sup> Gerade deshalb, weil das Politische hier so stark hereinspielt, hat die 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 Gemeindegewalt (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

Wir haben mit den Gemeinden und ihren Rechtsinstituten nur insoweit zu tun, als der innere Zusammenhang und die Rechtsverwandtschaft mit den anderen Verwaltungskörpern es erfordert. Denn diesen Zusammenhang 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. Hier hat ja 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, den Aufsichtsbehörden die erforderliche Ermächtigung ordentlicherweise nicht zur Verfügung stellt.

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<sup>12</sup>.

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<sup>13</sup>.

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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Pr. Land-Gem.-Ord. § 2 Ziff. 2: „Landgemeinden, welche ihre öffentlichen 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 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

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<sup>14</sup>.

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 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.

bedürfen, um die juristische Person der Gemeinde zu beseitigen, die allein noch übrig bliebe. Man hat einen Untergang der Gemeinde auch annehmen wollen für für den Fall, daß sie ihre Mitglieder verlore 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.

<sup>14</sup> Vgl. Oertel, Pr. Städte-Ord. S. 10; Halbey, Gem.Verf. S. 249; Kahle, Gem.-Ord. (Bayr.) S. 97 ff.; Karner, in Bl. f. adm. Pr. LVII S. 158 ff. Auch das staatliche Verfassungsrecht erleichtert bloße Grenzberichtigungen.

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<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Hier stehen sich zwei Meinungen gegenüber: die eine behauptet einen richtigen Vertrag der Gemeinden, der die Einverleibung bewirke, die andere sieht darin einen sogenannten Gesamttakt. 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 Gesamttakt spricht sich aus Karner, in Bl. 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 Gesamttakt nennen, wenn die Gemeinden durch das selbständige Zusammenwirken ihrer Willenserklärungen die Einverleibung begründen, so darf man dabei doch den Protagonisten nicht vergessen, der das entscheidende Wort noch dazu geben muß: die aufsichtsrechtliche Genehmigung steht auch noch mit im Verband

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<sup>17</sup>. 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 auch außerhalb des Anlasses einer Einverleibung<sup>18</sup>.

III. Die Städteordnungen eröffnen im neuzeitlichen Staate wieder die Möglichkeit freier Bewegung. Die Landgemeindevorfassung folgt nach. Hier sind erst noch Befreiungsmaßregeln durchzuführen; die Frage der „Tragfähigkeit“ wirkt hemmend<sup>19</sup>. 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.

1. Der Zweck der Gemeinde besteht ja nicht in einzelnen bestimmten Unternehmungen, sondern umfaßt die Möglichkeit von mancherlei Dingen. Daraus ergibt sich dann ihr tatsächlicher Wirkungskreis. Er ist zum Teil gesetzlich bestimmt, zum Teil steht es bei der Gemeinde, ob sie sich einem solchen Zwecke widmen will, und zwar ist es ordent-

des Gesamttaktes. Dann ließe sich aber am Ende auch die Erteilung einer Wirtschaftserlaubnis, die ja nur auf Gesuch stattfindet, mit diesem unter dem Namen Gesamttakt zusammenfassen. Einen besonderen Wert hat das nirgends.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Auch Karner, Bl. f. adm. Pr. LVII S. 229 ff., erkennt neben seinem „Gesamttakt“ 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.

<sup>19</sup> Darüber Preuß, Gem., St., Reich S. 313 ff. Er nennt die Landgemeinden „die Schmerzenskinder für die Selbstverwaltungsorganisation des modernen Rechtsstaates“ (S. 313).

licherweise die Mitgliedschaft, von deren Vertretung die Entscheidung getroffen wird. Das gesetzlich Bestimmte oder freiwillig Übernommene wird dann zu einer Aufgabe der Gemeinde, zu einer Gemeindeangelegenheit. 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<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> 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 für nur diesen Zweck angestellt (Standesbeamte: Sartorius, Pers.Std.Ges. S. 55, 63 u. 77). Nicht damit zu verwechseln ist der Fall, wo der Staat Gemeindeangehörige unmittelbar für seine Zwangsehrenämter heranzieht; das berührt den Verwaltungskörper selbst gar nicht: Haenel, St.R. I S. 137. 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. 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

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<sup>21</sup>.

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

seine Angelegenheit durch die Gemeinde handhaben und durch deren Beamte. 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. — Nach Württ. Verw.Ed. v. 1. März 1822 ist die „Ortspolizei“ als eigene Gemeindeangelegenheit angesehen: Goetz, Württ. St.R. S. 233. 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 wenigstens wurde sie eine Zeitlang als „fonction propre au pouvoir municipal“ bezeichnet. Das hat wohl in Württemberg Anklang gefunden.

<sup>21</sup> Vgl. oben Bd. I S. 110 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 der Gemeinde 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.“

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 überal 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.



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<sup>22</sup>. Bei den wichtigsten Städten allerdings schlägt die Sache dann wieder um, 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.

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 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 Mitgliedschaft 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 Gemeindeglieder (vgl. oben Note 7).

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 die

<sup>22</sup> 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 Ortpolizei“ (Städte-Ord. § 62); die Städte von mehr als 10 000 Einwohnern haben sie durch ihren Magistrat, und solche, die einen besonderen Stadtkreis bilden, dazu noch über die Ortpolizei hinaus „Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung“ für den Staat durch ihren Stadtausschuß wahrzunehmen (Halbey, Preuß. Gem.-Verf. S. 643).

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 Gemeindeglieder 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 die Körperschaft Gemeinde vertritt. Das tut sie in kleinen Gemeinden, soweit die Gemeindeversammlung nicht zuständig ist, in größeren als ihre erste und grundlegende Willensvertretung.

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 der Körperschaft, in Amt und Dienstpflicht stehend dieser 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<sup>23</sup>. Ihr kommt dabei zustatten, daß sie zugleich die Stelle ist, an welcher der Zusammenhang 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

<sup>23</sup> 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 verfassungsregelnden 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“.

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 gegenüber. 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 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 Volksvertretung gegenüber im Staat, die Gemeinderegierung<sup>24</sup>.

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 Gemeinde-

<sup>24</sup> 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 Bürgergemeinde zu vertreten, sämtliche Gemeindeangelegenheiten 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.

verband im Sinne eines gemeindeartigen Verbandes über den Gemeinden<sup>25</sup>.

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<sup>26</sup>.

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<sup>27</sup>. Der höhere

<sup>25</sup> 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. 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 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.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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 S. 355 Note 7.

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.

Aber 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<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

### § 59.

#### Das Recht der Vertreterschaft.

Die rechtsfähige Verwaltung muß, um im Rechtsverkehre stehen zu können, ausgerüstet werden mit dem dazu nötigen wehrhaften

<sup>28</sup> Preuß. Kreis-Ord. § 169: „In den Kreisen, welche nur aus einer Stadt bestehen (Stadtkreise), werden die Geschäfte des Kreistages und des Kreis Ausschusses, 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.

<sup>29</sup> 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, daß der Name Selbstverwaltungskörper kaum mehr angebracht ist. Seydel, Bayr. St.R. II S. 167, spricht hier von „monarchisch verfaßter Gemeinde“.

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.

Die Vertretung geschieht stets durch Menschen, weil nur sie einen rechtlich in Betracht kommenden Willen haben<sup>1</sup>. Die Verfassung kann die Menschen aber zum Zweck der zu liefernden Vertretung in verschiedener Weise verwenden. Sie stellt die Regeln auf, nach welchen sie dazu berufen werden, und für die Rechte und Pflichten, die ihnen daraus erwachsen. Den Inbegriff dieser Regeln bezeichnen wir als das Recht der Vertreterschaft der rechtsfähigen Verwaltung. Und zwar kann das Recht des Vertreters beruhen auf seiner Mitgliedschaft oder auf dem ihm verliehenen Amte.

I. Mitglieder hat nur die Körperschaft, also hier die öffentliche Genossenschaft oder die Gemeinde<sup>2</sup>. Es sind die Menschen, für welche diese da ist, indem sie ihren Zwecken zur Verwirklichung dient<sup>3</sup>. Was in ihrem Namen betrieben wird, das sind eigentlich Angelegenheiten dieser Mitglieder, rechtlich losgelöst von ihnen durch die juristische Person und ersetzt durch ein ihnen verfassungsmäßig zustehendes Recht an der juristischen Person. Dieses Recht äußert sich in allerlei Vorteilen, welche die Körperschaft ihnen zu gewähren hat; noch unmittelbarer darin, daß dem Mitglied ein Machteinfluß zugesichert ist auf diese selbst und auf die Besorgung ihrer Angelegenheiten, in der rechtlichen Macht, für sie zu handeln oder diejenigen zu bestimmen, die für sie handeln, ein Recht auf ihre Vertretung.

1. Dabei ergibt sich nun eine neue Erscheinung, der wir hier bisher noch nicht begegnet sind. Indem nämlich die Mitglieder solche Ver-

<sup>1</sup> Sachlich übereinstimmend Rosin, Arb.Vers. I S. 685: „Organ eines Verbands ist eine physische Person oder eine Mehrheit derselben, welche vermöge ihrer Stellung innerhalb des Verbandsorganismus dazu berufen ist, den Willen des Verbands als solchen zu bilden und zu äußern.“ Was wir Menschen nennen, heißt hier physische Person, und der Vertreter führt den Titel „Organ“. Vgl. oben § 42 Note 18.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 55, III n. 1.

<sup>3</sup> In gewissem Maße können auch juristische Personen und sogar der Fiskus die Stelle eines Mitgliedes oder eines Angehörigen der Körperschaft einnehmen, namentlich bei Genossenschaften, wo der entsprechende 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 geschäftsunfähiger Menschen in Betracht. Das sind Behelfe. Den ordentlichen Fall liefert nur der handlungsfähige Mensch.

tretung wählen, wird von ihnen mancherlei Rechtshandlung vorzunehmen sein, um öffentlichrechtlicher Weise bindend zu bestimmen, was für sie und für andere Rechtens sei, die also obrigkeitlich wirken soll mit der Kraft von Rechtssätzen, Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsakten, wie sie, auch bei gegebener Rechtsgrundlage, nur erlassen werden können von behördlichen Ämtern und daraus gebildeten Behörden (vgl. oben Bd. I S. 93). Hier aber treten kraft Mitgliedschaftsrechtes einfache Bürger auf, nicht beamtet, weder im Berufsamt noch im Ehrenamte stehend, und sie wirken doch so.

Das bedeutet eine Abweichung von den in der staatlichen Verwaltung überall streng durchgeführten Grundsätzen. Um es recht zu verstehen, wird der Zusammenhang zu suchen sein im staatlichen Verfassungsrecht. Dem sind wir ja in dem Abschnitt des Verwaltungsrechtes, der von unseren untergeordneten juristischen Personen handelt, überhaupt wieder näher getreten, um allerhand Berührungen zu finden (vgl. oben § 58, I). Dort nun stand schon im früheren Staatswesen dem Staatsoberhaupte und seinem Beamtentum Volk und Volksvertretung gegenüber mit eigenem Rechte an den Angelegenheiten des Gemeinwesens. Sie bildeten einen anderen Pol für Ausflüsse öffentlicher Gewalt, wenn auch in der Monarchie nur ausnahmsweise zu selbständiger Betätigung berufen<sup>4</sup>. Bei den Gemeinden und öffentlichen Genossenschaften fließt diese Quelle öffentlichrechtlicher Macht naturgemäß schon damals reicher und mächtiger. Jetzt, in der Republik, ist das Volk und seine Vertreter als Träger und Ausüßer öffentlicher Gewalt etwas Selbstverständliches geworden.

2. Nur die Mitglieder der Genossenschaft sind zu Rechtshandlungen für diese so unmittelbar verwertbar; bei denen der Gemeinde tritt dafür zunächst eine Auslese nur der Befähigten, der Gemeindebürger (oben § 59, I n. 1). Die danach Verbleibenden können aber in zweierlei Weise für die Körperschaft wirksam werden: indem sie namens dieser beschließen, was für sie geschehen und Rechtens sein soll, oder indem sie die Befugnis dazu auf einen engeren Kreis oder einzelne Männer übertragen.

Das erstere geschieht in allgemeinen Versammlungen der Mitglieder (Genossenschaftsversammlung, Generalversammlung), ist aber

<sup>4</sup> Nach R. Beamten-Ges. § 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 aber wie eine solche.

natürlich nur durchführbar, wo es sich um verhältnismäßig geringe Anzahl von Mitgliedern handelt.

Wichtiger ist die Wirksamkeit, welche die Mitglieder dadurch ausüben, daß sie wählen. Das kann in Form von Versammlungsbeschlüssen geschehen oder dadurch, daß innerhalb bestimmter Zeit jeder Einzelne an einer bestimmten Stelle sich einfinden kann, um seine Stimme abzugeben. Das Wahlrecht bedeutet ja nichts anderes, als daß diese Stimme angenommen und bei Feststellung des Ergebnisses angerechnet werden muß (vgl. Bd. I § 10 Note 12).

Die Wahl kann bedeuten die Übertragung eines für die Körperschaft zu führenden Amtes; davon hier unter II. Sie kann aber auch bedeuten die Bestellung des Gewählten zu einer engeren Vertreterschaft kraft Mitgliedsrecht. Das Recht der übrigen wird hier durch die Wahl auf die Gewählten vereinigt; daher Abgeordnete. Sie sind Mitglieder mit verstärktem Rechte. Sie haben ihren besonderen Anteil an der verfassungsmäßigen Vertretung der Körperschaft, sind aber zugleich noch Vertreter in einem anderen Sinne, nämlich Genossenschaftsvertreter, Gemeindevertreter nach Art der Volksvertreter: für die anteilsberechtigten und somit ursprünglich vertretungsberechtigten Mitglieder der Körperschaft<sup>5</sup>. Diese Abgeordneten betätigen sich in Versammlungen, zu denen sie vereinigt werden, entsprechend der Versammlung der Volksvertreter. Diese Versammlungen werden selbst wieder bezeichnet als Gemeindevertretung.

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<sup>6</sup>. Das ändert sich

<sup>5</sup> Vgl. oben § 58 Note 28. Hubrich, Parlament. Redefreih. S. 334, bestritt, 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. Aber 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. Richtig unterscheidet in diesem Sinne O.V.G. 5. März 1907 (Entsch. L. S. 12): „Gemeindevertretungen bilden nicht nur Vertretungen der Gemeindegossen 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.

<sup>6</sup> Vgl. oben § 42 Note 13. Die Gesetze brauchen für die Körperschaftsvertreter kraft Mitgliedsrechts sehr häufig den Ausdruck Amt oder Ehrenamt; letzteres namentlich, um die Unentgeltlichkeit zu betonen. R. Vers. Ord. § 21: „Die

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

Gewählten verwalten ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt.“ Preuß. Landgem.Ord. § 65: „Die Gemeindemitglieder sind verpflichtet, unbesoldete Ämter in der Verwaltung und 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 . . .“

Richtig M ö l l e r, 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.

nicht anders, daß eine gesetzliche Annahmepflicht geordnet ist; nach der Annahme ist der Abgeordnete frei, wie er seinen Beruf üben will<sup>7</sup>.

4. Die Befugnisse zum Wirksamwerden für die Körperschaft kraft Mitgliedschaft bedeuten für die dazu Berufenen subjektive öffentliche Rechte<sup>8</sup>. Sie sind 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 kommt als Zweites eine persönliche Verantwortlichkeit, die selbstverständlich gegenüber der des Beamten stark zurücktritt.

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 sie. 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.

Ausdrückliche Gesetzesvorschriften haben mehrfach auf solche Vertreter die Grundsätze über die Haftung des Vormundes gegenüber dem Mündel zur Anwendung gebracht<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> 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 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 Annahmезwang besteht.

<sup>8</sup> Sie haben entweder die Gestalt der Forderung (Wahlen; vgl. oben Bd. I S. 112 Note 12) oder die des Besitzes eines Stückes öffentlicher Gewalt zur Selbstausübung (dem Rechte des Ehrenamtes vergleichbar; oben Bd. I S. 111).

<sup>9</sup> 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 E y m a n n, Kom. II S. 291 Note 1 (Haftung bemißt sich nach den Bestimmungen des B.G.B. § 1833 über die der Vormünder).

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. Sofern diese Geschäftsbesorgung auf eine verfassungsmäßige Vertretung des Geschäftsherrn nach außen geht, sprechen wir von einem Vertretungsamt.

Solche Vertretungsämter können geführt werden im Dienst- und Pflichtverhältnis zu dem vertretenen Verwaltungskörper selbst (eigene Vertretungsämter) oder auch im Dienst- und Pflichtverhältnis 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<sup>10</sup>.

Sie sind teils Ehrenämter, teils Berufsämter. Die ersteren überwiegen. Aber auch die berufsmäßig übernommene Dienstpflicht hat hier die Neigung, sich den Rechtsformen des Ehrenamtes zu nähern, insofern 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. 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<sup>11</sup>. Er kann ausgehen von einem bereits vorhandenen Vertretungsamt, einer Gemeindebehörde, Bürgermeister oder Magistrat. Er kann aus-

<sup>10</sup> 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. —

<sup>11</sup> 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).

gehen 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.

Als Wahl bezeichnet man wohl auch den Mehrheitsbeschluß einer kollegialen Gemeindebehörde, sofern er eine Ernennung enthält. Eine Wahl kann möglicherweise auch vorkommen als Bedingung für die Anstellung, die auf Grund derselben vollzogen wird durch einen behördlichen Akt. In beiden Fällen ist der Verwaltungsakt das Wirkende.

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.

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<sup>12</sup>.

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.

Indem die Wahl ein öffentliches Dienstverhältnis zwischen dem Gewählten und der Gemeinde begründet, verläßt sie den Boden der bloßen Übertragung einer Vertreterschaft und stellt sich dem Verwaltungsakt zur Seite. Sie ist rechtsgeschäftlicher und öffentlich-

<sup>12</sup> 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. 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 wie weit sie im geltenden Rechte verwirklicht ist, darf allerdings in gewissem Maße von einer bejahenden Vermutung ausgehen.

rechtlicher Natur. Von einem bürgerlichrechtlichen Vertrag kann hier von vornherein nicht die Rede sein und ebensowenig vom Verwaltungsakt einer Behörde oder unmittelbarer Wirkung des Gesetzes<sup>13</sup>.

Die Wahl selber trägt also 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<sup>14</sup>.

Der Wahlakt selbst ist nicht geeignet, irgendwelche Besonderheiten in seiner Willenserklärung hervortreten zu lassen, 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 klagestellter 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<sup>15</sup>.

— 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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Vgl. oben I n. 1. Es kommt uns darauf an, daß die Wahl sich einfüge in die Formenwelt des Verwaltungsrechts. Wenn P r e u ß, Städt. Amtr. S. 383, sie erklärt zu haben glaubt, indem er sie bezeichnet als den „konstitutiven Akt der Organbestellung“, mag das der „organischen Anschauung“ genügen.

<sup>15</sup> Das ist die Bedeutung der „besonderen Dienstverträge“, welche nach 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“ (K a h r, 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 I n. 1.

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<sup>16</sup>. 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 Vertretungshandlung gelten soll, und erst dadurch zugleich, was ihre anderen Vertreter zu tun haben<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>.

Dem entspricht auch, daß der Vorstand, wie dort die Regierung, gebunden sein kann, in solchen Gemeindeangelegenheiten überhaupt

<sup>16</sup> Preuß. Landgem.Ord. § 88 Abs. 4 Ziff. 3; Städte-Ord. § 36. v. Brauchitsch, Verw.Gesetze III S. 77 u. 80.

<sup>17</sup> 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 v o r g e h t, b i n d e n d b e s t i m m t, 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 Mitgliedschaft mit bindender Kraft für den Vorstand ergehen nach näherer Bestimmung von Gesetz oder Satzung.

<sup>18</sup> Über die zweiseitige Wirkung des Rechtssatzes und des Verwaltungsaktes vgl. oben Bd. I S. 76 ff. u. 96. — In der viel umstrittenen Frage des Budgetrechts stimme ich im wesentlichen mit L a b a n d 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 (L a b a n d a. a. O. S. 537), dessen Ausgabeposten die Regierung nicht überschreiten darf, ohne verantwortlich zu werden.

nicht zu handeln, ohne mit der Grundlage eines Gemeindebeschlusses versehen zu sein<sup>19</sup>.

Ferner wird der Vorstand die Rechtmäßigkeit des Beschlusses bestreiten und anfechten können, als Seitenstück des Verfassungskonfliktes über den Staatshaushaltsplan<sup>20</sup>.

Umgekehrt kann auch die Gemeindeversammlung oder -vertretung gegen den Vorstand persönlich ihr verletztes Recht zur Geltung bringen bei Nichteinhaltung des Beschlusses<sup>21</sup>.

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<sup>22</sup>.

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 übertragene Wirkungskreises. Die dafür verwendeten Beamten der Gemeinde stehen eben insoweit zugleich in amtlicher und dienstlicher Unterordnung gegenüber dem Staat.

Außerdem kann von dort aus gegen alles gemeindliche Beamtentum eingeschritten werden aus dem Rechtsgrunde des staatlichen Aufsichtsrechts; vgl. unten § 61, II n. 3.

2. Entlehnte Vertretungsämter nennen wir solche, die für

<sup>19</sup> Eine Art Erlaubnisvorbehalt! Aufzählung in Bayr. Gem.Ord. Art. 112. Umgekehrt sind nach Preuß. Städte-Ord. § 35 alle Gemeindeangelegenheiten durch Beschluß der Stadtverordneten zu regeln, die nicht nach der Aufzählung des § 56 dem Magistrat ausschließlich überwiesen sind.

<sup>20</sup> Preuß. Zust.Ges. §§ 15 u. 17; Städte-Ord. § 36.

<sup>21</sup> Die Form gibt hier die Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (Preuß. Zust.-Ges. § 7; Bayr. Gem.Ord. Art. 157 Abs. 1 Ziff. 4).

<sup>22</sup> 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“.

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 jener. Sie ist es auch, die vertreten wird; denn die Vertretung fällt in die zu besorgenden Geschäfte, die das Amt ausmachen<sup>23</sup>.

Das Hauptanwendungsgebiet bilden naturgemäß die rechtsfähigen öffentlichen Anstalten. Das Muttergemeinwesen stellt 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<sup>24</sup>.

In derselben Weise können auch öffentliche Genossenschaften, Gemeinden und höhere Selbstverwaltungskörper 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<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>.

Das Dienstverhältnis ist hier überall grundsätzlich nach den ge-

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Vgl. oben § 56, II n. 1. So die „beamteten Vorstandsmitglieder“ der Versicherungsanstalten nach R.Vers.Ord. §§ 1344 u. 1345. Ebenso das „Bureau-personal“ 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.

<sup>25</sup> Preuß. Städte-Ord. § 33 Abs. 4. Sehr einschneidend R.Vers.Ord. § 689 für die einstweilige Führung der Geschäfte der Berufsgenossenschaft.

<sup>26</sup> Vgl. oben § 58 Note 32.



wöhnlichen 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 können für einen Verwaltungskörper nur handeln soweit, als etwa das Aufsichtsrecht über ihn einen Rechtstitel dafür gibt.

— 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 den 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<sup>27</sup>.

## § 60.

### Zusammenwirken der Verwaltungskörper.

Zwischen den einzelnen Verwaltungskörpern findet auf mancherlei Weise ein Zusammenwirken statt, in welchem ihre Zwecke sich berühren und rechtlich zusammenordnen. Soweit dabei privatwirtschaftliche Lebensäußerungen in Frage kommen, steht solches unter den Regeln des bürgerlichen Rechts. Grundsätzlich aber — und das geht uns hier allein an — findet es seine Ordnung im öffentlichen Rechte: man handelt allerseits als Träger öffentlicher Verwaltung und der darin erscheinenden öffentlichen Gewalt. 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

<sup>27</sup> Vgl. oben Bd. I S. 187 Note 11.

den Erscheinungen, die auf dem Gebiete des Völkerrechts zu beobachten sind und mit den Ordnungen des Zusammenwirkens der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft.

Es tritt dann auch 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 den gegebenen Voraussetzungen gemäß ein auf öffentlichrechtlichem Boden stehendes Rechtsgeschäft, ein echter öffentlichrechtlicher Vertrag, dessen Rechtserfolg hier wie beim zivilrechtlichen Vertrag nur getragen wird durch den Rechtssatz des Gesetzes, der ihn an den Vorgang der erklärten Willenseinigung anknüpft<sup>1</sup>. — Allerdings darf man den Gleichklang mit dem Zivilrecht nicht erzwingen wollen; 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, sondern sich mit der durch die eigene Lebensaufgabe der Verwaltungskörper gesetzten, von innen heraus wirkenden Ordnung und Sicherheit zu begnügen. Der Vertrag ist dann, der Zulassung zur Anstaltsnutzung vergleichbar (vgl. oben § 51, I), 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 besonders juristische Wert eines solchen fehlt. Es wird auch gut sein, tunlichst Ausdrücke dafür zu gebrauchen, die weniger bestimmt sprechen, als da sind: Abkommen, Vereinbarung, Übereinkunft, die wir aber damit keineswegs als Fachausdrücke mit rechtlichen Besonderheiten abstempeln wollen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 29 ff. — L a y e r, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge 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. Die einzigen wirklichen Verträge öffentlichrechtlicher Art finden sich unter den von L a y e r 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“.

<sup>2</sup> Das gilt namentlich von der Vereinbarung, mit der man ja einen ganz eigenen Begriff, unterschieden vom Vertrag, verbunden hat: J e l l i n e k, Subj. öff. Rechte S. 204; T r i e p e l, Völkerrecht und Landesrecht S. 63 ff.; K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakt S. 42 ff. — Bezeichnend ist, daß auch das Völkerrecht für seinen Vertrag sich der mannigfaltigsten Ausdrucksweise bedient. Mit dem die Wirkung tragenden Rechtssatzes sieht es eben auch dort bedenklich aus. Die Zuversichtlichkeit, mit welcher N i p p o l d, Völkerrechtl. Vertr. S. 94, die Rechtswirksamkeit dieses Vertrages auf die „Existenz

Das Nebeneinander der verschiedenen Verwaltungskörper im Staate bedeutet aber auch 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. Wenn dabei, wie es besonders vorgesehen ist oder auch ohne das der Gang der Dinge unvermeidlich mit sich bringt, der eine Verwaltungskörper dazu kommt, in Erfüllung seiner Aufgaben für solche, die den anderen näher angehen, Aufwendungen zu machen und Opfer zu bringen, so fordert abermals die Billigkeit, daß hierfür ein Ausgleich stattfindet, indem der Nächstberufene den Leistenden für das Aufgewendete schadlos hält; es muß zu dessen Gunsten ein Erstattungsanspruch gegen ihn begründet sein. Die Rechtsgrundlage dafür liefert in manchen Fällen ausdrückliche Gesetzesbestimmung. Überdies bewährt die Billigkeitsforderung auch hier wieder ihre treibende Kraft durch Erzeugung von Billigkeitsrecht (vgl. oben § 53, I). —

Es handelt sich immer um Zweckgemeinschaften. Die Art, wie ein solches Zusammentreffen der Zwecke zum Ausdruck kommt, kann 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<sup>3</sup>.

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<sup>4</sup>.

des Völkerrechts“ ebenso gründet wie die des zivilrechtlichen auf den Zivilrechtsatz, vermag ich nicht zu teilen.

<sup>3</sup> 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 L a b a n d, 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). — J e l l i n e k, Staatenverbindungen S. 158 ff.; N e u w i e m, Kommunale Zweckverbände in Pr. 1919.

<sup>4</sup> Preuß. Zw. Verb. 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, an solchen Verbänden als Mitglieder beteiligt sein; Preuß. Zw. Verb. Ges. § 1.

Der Zweckverband ist eine gewillkürte Vereinigung und 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<sup>5</sup>. Man wird sich das gern etwa denken nach dem Muster des Vertragsabschlusses des Vormundes mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Gleichwohl ist die Natur des Rechtsgeschäftes von dem zivilrechtlichen Vorbild wesentlich verschieden. Nicht bloß insofern, als die Stellung der Aufsichtsbehörde eine ganz andere ist als die des Vormundschaftsgerichts<sup>6</sup>; auch die Art, wie die Willenserklärungen hier wirken und den Erfolg tragen, ist nicht die gleiche wie dort. Die Abmachungen rechtsfähiger Verwaltungen über gemeinsame Tätigkeit nach dieser und jener Richtung stehen vielmehr wieder 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<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Preuß. Zw. Verb. Ges. § 9 spricht von einer Feststellung der Satzung „im Wege der Vereinbarung“, die der Bestätigung des Kreis Ausschusses unterliegt; § 1 noch farblos von der Bildung des Zweckverbandes durch Beschluß des Kreis Ausschusses, „wenn die Beteiligten damit einverstanden sind“. Das Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 2 hat das gleiche im Auge, wenn es vorschreibt: Die Verbandsatzung 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 eine besondere Bewandnis hat.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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). Wir müssen vor allem wissen: Wie gelangt dergleichen überhaupt zu einer rechtlichen Wirkung?

Diese Sicherheit wird verstärkt und in die Form erzwingbarer Rechtsbestimmungen übergeführt dadurch, daß die Aufsichtsbehörde sich der Sache annimmt. Sie kann 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<sup>8</sup>.

Soll die Bildung eines Zweckverbandes zwangsweise erfolgen, so ist dazu die gesetzliche Grundlage von vornherein unentbehrlich. Der Zwang besteht darin, daß die Beteiligten durch einseitigen Anspruch der Behörde für den bestimmten Zweck zu der erforderlichen Gesellschaft mit den entsprechenden Leistungspflichten verbunden erklärt werden<sup>9</sup>. Die Satzung mit den näheren Bestimmungen mögen sie dann selbst hinzufügen, Genehmigung vorbehalten, oder sie wird ihnen gleichfalls von Staats wegen mitgegeben<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>. Wo das aber der Fall ist, handelt es

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.

<sup>8</sup> Über das aufsichtsrechtliche Einschreiten für die Erfüllung der dem Verwaltungskörper obliegenden Aufgaben vgl. unten § 61 Note 5, ebenda II n. 2.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Preuß. Zweckverb.Ges. § 9 Abs. 1; Sächs. Ges. v. 18. Juli 1910 § 5.

<sup>11</sup> 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; Friedrichs, Kom., zu § 6 Anm. 6; 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. 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.

sich wieder um eine juristische Person des öffentlichen Rechts, eine neue rechtsfähige Verwaltung, vertreten durch ihre Mitglieder, die verbundenen Gemeinden.

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 ausgleichende Entschädigung, über den, wenn nicht anders bestimmt ist, die Aufsichtsbehörde entscheidet<sup>12</sup>.

2. Den Gegensatz zum Zweckverband bildet der Anschluß einer rechtsfähigen Verwaltung an die von einer anderen betriebene Einrichtung. Hier soll nur der eine Teil der Herr der Veranstaltungen sein, auf deren Leistungen es ankommt, seinerseits aber davon dem anderen so viel zukommen lassen, als dessen zu deckendem Bedürfnisse entspricht<sup>13</sup>. Der wird meist eine Gegenleistung gewähren, etwa eine Vergütung in Geld oder die Gestattung der Benutzung seiner Grundstücke, seines Gebietes. Möglicherweise geschieht es auch ohne Gegenleistung: die Gemeinden stehen sich ja 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 Rechts begründet worden wären. Auf den Namen Vertrag kommt es auch hier nicht an<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Nach Pr. Zw.verb.Ges. § 7 Abs. 1 tut sie das „vorbehaltlich der Klage im Verwaltungsstreitverfahren zur Ausgleichung der öffentlichrechtlichen Interessen der Zweckverbandsmitglieder zu treffen“. — Wo in einem Falle das Gesetz keine so greifbare Handhabe bietet, wird man in der bekannten Weise 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).

<sup>13</sup> 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“.

<sup>14</sup> 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

II. Lastenverbände rechtsfähiger Verwaltungen. Hier handelt es sich um eine planmäßige Einrichtung für ein größeres Gebiet, nach welcher einem mit gewisser Regelmäßigkeit auftretenden öffentlichen Bedürfnisse durch das Zusammenwirken der berufenen Trägerschaften öffentlicher Verwaltung die erforderliche Abhilfe bereitet werden soll. Wo für den gleichen Fall verschiedene dieser Verwaltungskörper zu inhaltlich sich deckenden Leistungen berufen wären, ist eine Rangfolge bestimmt.

1. Das wichtigste Feld, auf welchem eine solche Zusammenordnung von gesetzlichen Aufgaben zur Anwendung kommt, ist die öffentliche Fürsorge zur Abwendung von Hilfsbedürftigkeit der Einzelnen<sup>15</sup>.

Ordentlicher Träger der Unterstützungspflicht ist für jeden Hilfsbedürftigen die Gemeinde, bei der er seinen durch einjährigen Aufenthalt daselbst erworbenen Unterstützungswohnsitz hat. Das Pflichtverhältnis besteht ausschließlich zwischen dieser Gemeinde und dem Staat, der es ihr auferlegt hat. Der Hilfsbedürftige selbst hat einen Rechtsanspruch nicht<sup>16</sup>.

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.

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. — 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.). Ähnliche Verhältnisse namentlich auch auf dem Gebiete des Schulwesens.

<sup>15</sup> Unterstützungswohnsitzges. v. 30. Mai 1908; dazu Reichsversicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

<sup>16</sup> 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 Armer erlange durch das U.W.G. nur „kein Klagerecht gegen einen Armenverband“, oder er habe „kein klagbares Recht auf Unterstützung“ (Eger, Kom. S. 19 u. 387). Es ist notwendig zu sagen, daß er überhaupt kein Recht hat, und zwar deshalb, weil das Gesetz das nicht will, unsere Armenunterstützungsgesetze vielmehr nach wie vor dabei beharren, diese Unterstützung als ein Almosen anzusehen.

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.

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 dritter Linie als rechtlich beteiligt erscheint und in dieser duldbaren Weise<sup>17</sup>.

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 (U.V.G. § 28). 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 geschieht, hat durch Erfüllung ihrer Pflicht alle nachfolgenden 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 stets tatsächlich vor der Erfüllung bewahrt würde. Demgemäß wird der Vorrang hier gern zunächst wirksam werden in Gestalt eines Erstattungsanspruches dessen, der auf Grund seiner nachgehenden Pflicht geleistet hat. Er bedeutet eine öffentlichrechtliche Geldforderung der einen Gemeinde gegen die andere<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Unter Umständen sind Erstattungsansprüche in ähnlicher Weise gegen Dienstgemeinde, Landarmenverband, Bundesstaat zu richten. — Es ist der hier eingangs erwähnte öffentlichrechtliche Billigkeitsausgleich, um den es sich wieder

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, die er dort empfängt, ein Recht. Das hindert nicht, daß vor dem Urteil der Billigkeit, das ja nur den sachlichen Erfolg wägt, beides gleich zu achten ist. Ortsarmenverband und Krankenkasse z. B. 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<sup>19</sup>.

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 „nützlichen Verwendung“ sollte er begründet sein. So O.Tr. 29. Sept. 1862 (Str. 47 S. 62), R.G. 10. Jan. 1881 (Reger I S. 378); Eger, U.W.G. S. 164: „ein auf dem Gesetze beruhendes Forderungsrecht“. Doch wird ja das gleiche Forderungsrecht auch ohne Gesetz dem nachgehenden Armenverband zuerkannt gegen den vorhergehenden, 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 (Wohlhers, 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 (Wohlhers, Entsch. II S. 94). Sächs. Min. d. Inn. 5. Mai 1879 (Sächs. Ztschr. 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.

<sup>19</sup> B.A. f. Heim.W. 8. Febr. 1902 (Reger XXIII S. 127).

Nachdem die Sache inzwischen auf einem anderen Wege versucht worden war<sup>20</sup>, ist die Gesetzgebung wieder zu diesem Erstattungsanspruch zurückgekehrt, für welchen die Krankenkasse bis zur Höhe dessen haftet, was sie dem Versicherten schuldig ist<sup>21</sup>.

Gleichartige Erstattungsansprüche entstehen auch zwischen Armenverbänden und anderen Arten von Versicherungsträgern sowie zwischen diesen verschiedenen Versicherungsträgern untereinander<sup>22</sup>. Es handelt sich überall um die nämliche Rechtsidee wie bei den armenrechtlichen Erstattungsansprüchen zwischen Armenunterstützungspflichtigen. Nur daß hier die Rücksicht auf das selbständige Recht des Versicherten Besonderheiten der Wirkung und Maßbestimmung hereinbringen mußte.

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. 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<sup>23</sup>.

1. Es kann ein Verwaltungskörper die Erfüllung der einem anderen obliegenden Leistungen diesem gegenüber für den bestimmten Einzelfall freiwillig übernehmen.

Die Übernahme kann erfolgen durch eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Gemeinden. Auch 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<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Kr.Kass.Ges. v. 10. April 1892 § 7 Abs. 2. Rosin, Arb.Vers. I S. 127.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> R.Vers.Ord. V. Buch: Beziehungen der Versicherungsträger zueinander und zu anderen Verpflichteten. — Auch ein Seitenstück zu dem Erstattungsanspruch wegen Abschiebung (vgl. oben Note 21) kommt zwischen den Versicherungsträgern zum Vorschein: O.V.G. 7. Nov. 1901 (Entsch. XL S. 350).

<sup>23</sup> Es steht hier wie beim öffentlichen Beamten, der ebenfalls grundsätzlich keine Geschäftsführung ohne Auftrag für seinen Dienstherrn wirksam machen kann; vgl. oben § 46, I n. 2.

<sup>24</sup> Vgl. oben S. 388. Vereinbarungen über solche Aushilfe für den Einzelfall kommen namentlich auf dem Gebiete der gemeindlichen Armenunterstützung

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<sup>25</sup>. 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.

Der Übernehmende, welcher aus seinen Mitteln leistet zur Entlastung des zunächst Berufenen, ist wieder billigerweise von diesem zu decken für seinen Aufwand. Wo das Gesetz zu einseitiger Übernahme ermächtigt, wird es auch über den Erstattungsanspruch Bestimmung treffen<sup>26</sup>. Sonst setzt er eben sich durch in der Weise, wie Billigkeitsrecht das tut. Die Rechtshandhabung arbeitet mit zivilrechtlichem Verträge, negotiorum gestio, nützlicher Verwendung<sup>27</sup>.

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. Dagegen 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 zuviel vergütet habe. Das Gericht weist die Auffassung zurück, daß es sich um einen Auftrag gehandelt habe; das sei eine „Verkenning der öffentlichrechtlichen Stellung der A.V. unter sich“. 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). — 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“. Diese öffentlichrechtlichen Aufträge reichen aber viel weiter, als Eger zugeben will.

<sup>25</sup> So die Übernahme des Heilverfahrens durch den Träger der Unfallversicherung an Stelle der Krankenkasse nach R.Vers.Ord. § 1513 Abs. 1.

<sup>26</sup> So R.Vers.Ord. § 1513 Abs. 2.

<sup>27</sup> 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 wegebau-

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<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

pflichtig 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 „privatrechtlichen“ 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.

<sup>28</sup> 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 Ortsarmenverbände gegen Entschädigung zu überweisen, welcher nach § 28 U.W.G. zur vorläufigen Unterstützung derselben verpflichtet ist.“

<sup>29</sup> 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 (R e g e r 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 (R e g e r XXV S. 279). Die Preußische Rechtsübung behandelt derartige Fälle als Maßregeln der Polizeigewalt und läßt demgemäß ja 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 (R e g e r XXIX S. 69). Auch von diesem Standpunkte aus, der wohl der richtigere sein dürfte, werden aber die allgemeinen Grundsätze der Aufwandsersatzung 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 R e g e r II S. 255 ff.

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 setzt aber voraus, daß derartige noch in ihren eigenen Aufgaben liegt und daß der Übergriff, der hier in das andere Gebiet gemacht wird, auf einem Irrtum beruht: die Vertretung des leistenden Teiles muß den Fall als dessen Angelegenheit angesehen und behandelt haben. Sonst wäre es ja überhaupt nicht mehr öffentliche Verwaltung<sup>30</sup>.

## § 61.

**Recht der Staatsaufsicht.**

Die Staatsaufsicht ist hier wieder eine geordnete rechtliche Macht, welche namens des Staates über die rechtsfähigen

<sup>30</sup> 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, beruft sich auf „allgemeine Rechtsgrundsätze, die dem öffentlichen mit dem bürgerlichen Rechte gemeinsam sind“. Damit 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. 117. 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. — Bereits B.A. f. H.W. 11. Mai 1874 (Wohlers, Entsch. IV S. 83) hatte sich aber entschlossen losgemacht von den alten Befangenheiten, indem es zu einem armenrechtlichen Erstattungsanspruch, der nicht im U.V.G. selbst vorgesehen war, gegen die Begründung auf irrthümliche Zahlung einer Nichtschuld ausführte (S. 94): „Dies Bedenken überträgt lediglich zivilrechtliche Anschauungen auf ein Gebiet, welches von dem Zivilrecht unabhängig ist, und wohin sie nicht 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

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<sup>1</sup>.

I. Der gleiche Begriff der Aufsicht ist uns schon zweimal entgegengetreten: in der Lehre von der öffentlichen Dienstpflicht (oben § 45) und in der Lehre von der Verleihung öffentlicher Unternehmungen (§ 50, I). In beiden Fällen handelte es sich darum, daß der zu Beaufsichtigende in ein besonderes öffentlichrechtliches Pflichtverhältnis eingetreten ist gegenüber dem Gemeinwesen, das ihn so beaufsichtigen läßt. Aus dieser Pflicht ergibt sich denn auch Zweck und Maß dieser Aufsicht.

Bei unserer rechtsfähigen Verwaltung beruht die ihr eigentümliche Aufsicht nicht auf einem solchen äußerlich hinzugekommenen Rechtsgrund, sondern sie fließt unmittelbar aus ihrem eigenen Begriff und Wesen, ein Stück des großen Ganzen öffentlicher Verwaltung zu sein, dessen einheitlicher Mittelpunkt der Staat ist, als solcher überall gleichmäßig berufen, die entsprechende Aufsicht zu führen. Daher wird deren Eigenart gegenüber dem, was sich sonst noch Aufsicht nennt,

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, das Recht gegeben werden, die Ausgleichung nach Maßgabe des Gesetzes gegen jeden Armenverband zu verlangen, zu dessen Gunsten er sonst überbürdet sein würde.“ 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. Zivilrechtlich, sagt das Gericht, wenn das Zivilrecht „statthaft sein sollte“, wäre kein Anspruch begründet. Aber § 58 Abs. 2 trifft jede ungerechtfertigte Bereicherung zwischen Ortskrankenkassen. 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. Allerdings setzt es auch voraus ein gewisses Maß von erworbenem Verständnis für das öffentliche Recht.

<sup>1</sup> Über den Begriff der Aufsicht im allgemeinen vgl. Schoenborn, Oberaufsichtsrecht S. 5 ff.; Triepel, Reichsaufsicht S. 102 ff.; Halbey, Gem.Verf. u. Verw. S. 3; Schoen, Kom.Verb. S. 9; Blodig, Selbstverw. S. 47.

genügend zum Ausdruck bringen, wenn wir sie bezeichnen als die Staatsaufsicht schlechthin<sup>2</sup>.

Im Wesen dieser Staatsaufsicht liegt die Möglichkeit begründet, eine aufzehrende Wirkung zu üben gegenüber jeder Selbständigkeit des beaufsichtigten Verwaltungskörpers. Der Geistesart des Polizeistaates entsprach es, davon einen ausgiebigen Gebrauch zu machen. Man bezeichnete das mit einer nicht unpassenden Entlehnung aus dem bürgerlichen Familienrecht als das System der staatlichen Bevormundung. Demgegenüber erhob sich im Namen der wichtigsten Art rechtsfähiger Verwaltung, im Namen der Gemeinde 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 und Bedeutung 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<sup>3</sup>.

Die Anwendung der gleichen Grundsätze auf die öffentliche Genossenschaft ergab sich von selbst. Für die rechtsfähige Anstalt, die ja selber keine Mitglieder hat, konnte die neue Selbstverwaltung nur mittelbar von Bedeutung werden<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> 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“.

<sup>3</sup> 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.“

<sup>4</sup> Vgl. oben § 58 n. 2. 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. Vgl. oben S. 352 Note 1, S. 355 Note 7, S. 357 Note 11.

Aber dem entspricht die Gestalt, in welcher zur Zeit das Staatsaufsichtsrecht sich verwirklicht findet. Sie unterscheidet sich scharf von dem, was bei Dienstpflicht und Verleihung öffentlicher Unternehmungen an ihrer Stelle steht. Dort gestaltet sich wie wir sahen, die Aufsicht zu einem Gewaltverhältnis, in welches der Dienstpflichtige wie Beliehene gebracht wird und vermöge dessen ihnen nun innerhalb des Rahmens der übernommenen Verpflichtungen durch den Gewalthaber genauer bestimmt werden kann, was für sie Rechtens sein soll. Wollte man die gleiche Rechtsform hier zur Anwendung bringen, so würde sie die ganze Lebenstätigkeit des zu beaufsichtigenden Körpers, der ja für sonst nichts da ist, in Anspruch nehmen und von Selbstverwaltung bliebe nichts übrig.

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 hier für jeden Eingriff in ihre Selbständigkeit eines besonderen Rechtstitels, einer gesetzlichen Grundlage oder des, was ihr gleichsteht<sup>5</sup>.

II. Den eigentlichen Kern der Staatsaufsicht bilden drei zusammengehörige Rechte: das der Kenntnisnahme, der Rechtsbewahrung und der vorbehaltenen Zustimmung<sup>6</sup>.

1. Vor allem und als Grundlage alles weiteren hat der Staat das Recht, Kenntnis zu nehmen von den Dingen, die den Verwaltungskörper und damit ihn selbst angehen. Man bezeichnet das wohl auch als das Aufsichtsrecht im eigentlichen und engeren Sinne. Insofern diese Kenntnisnahme in erster Linie eine rein geistige Tätigkeit ist, kommt dabei noch nichts in Frage, was Inhalt eines Rechtes wäre. Von einem Rechte der Kenntnisnahme kann man erst sprechen, wenn zu diesem Zwecke dem der Aufsicht Unterliegenden gewisse Lasten und Gebundenheiten auferlegt sein sollen. Das wird in zweierlei Richtung der Fall sein:

— einmal, sofern die für die Kenntnisnahme erforderlichen Maßregeln der Aufsichtsbehörde von dem Verwaltungskörper und seinen

<sup>5</sup> 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.“

<sup>6</sup> Übersichtlich Gierke, Gen. Theorie S. 658 ff.; Keil, Landgem. Ord. S. 377 ff.



Leuten geduldet werden müssen: Akteneinsicht, Ortsbesichtigung, Anwesenheit bei Verhandlungen und Beratungen, „extraordinäre Kassenrevisionen“;

— sodann insofern, als dem Verwaltungskörper die Pflicht auferlegt wird, dieser Kenntnismahme zu helfen und entgegenzukommen durch eigene Leistungen: Anzeigen, Berichterstattung, schriftliche und mündliche Auskunfterteilung (Statistiken!).

Das alles gilt aber als im Rechte der Aufsicht von selbst enthalten <sup>7</sup>.

2. Die 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 das feststellt und zugleich die notwendigen Folgerungen zieht, um ihm die Geltung zu sichern <sup>8</sup>.

Er geht je nachdem auf Ungültigerklärung eines Beschlusses des Verwaltungskörpers oder auf Feststellung einer Verbindlichkeit, die ihm obliegt <sup>9</sup>.

An dem Verhalten, 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 Auf-

<sup>7</sup> Oertel, Städte-Ord. S. 622 f. — Die dem Rechte der Kenntnismahme 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 Verpflichtung ist juristisch eine solche der Anstalt selbst bzw. ihrer Organe.“

<sup>8</sup> Diese „Rechtsaufsicht“ wird überall als der eigentliche Kern angesehen und vorangestellt. O. V. G. 9. Mai 1893 (Entsch. XXV S. 49). 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.

<sup>9</sup> Seydel, Bayr. St. R. II S. 23: „Sachlich haben die Aufsichtsbeschlüsse für die Gemeinden die Natur rechtlicher Entscheidungen und sind daher der Rechtskraft fähig.“ Aber von Rechtskraft kann hier zunächst nur die Rede sein in dem Sinne von Unanfechtbarkeit wegen Ablauf der Beschwerdefrist; Dyrhoff, V. R. Pfl. Ges. zu Art. 10 Ziff. 2 Anm. 2.

sichtsbehörde in der Lage, ihnen durch die Geltendmachung dieses Stückes der Staatsaufsicht zu Hilfe zu kommen <sup>10</sup>.

Wenn dem Verletzten nach gesetzlicher Vorschrift ein Rechtsweg eröffnet ist, förmliche Beschwerde oder Klage, so hindert das nicht, daneben auch die Aufsichtsbehörde anzurufen, die wenigstens einen vorläufigen Schutz gewähren kann. Nur wo eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gegeben wäre, ist das ausgeschlossen; der Justiz darf sie hier nicht vorgreifen <sup>11</sup>.

Den Kern und Hauptanwendungsfall der Pflichtigerklärung liefern demnach die öffentlichrechtlichen Verbindlichkeiten, welche dem Verwaltungskörper obliegen um seiner selbst willen, unabhängig von wohlverworbenen Rechten eines Dritten. Das sind die Verbindlichkeiten, die sich aus seinem Daseinszwecke ergeben, aus seiner Aufgabe <sup>12</sup>. Sie sind wesentlich dem Staate gegenüber zu erfüllen, dessen Aufsichtsrechte gerade darauf besonders gerichtet sind. 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. Erst wenn 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 <sup>13</sup>, durch die Satzung,

<sup>10</sup> Bayr. Gem. Ord. Art. 157 Abs. 4: „Beschlüsse, welche nur eine Benachteiligung Einzelner enthalten, können lediglich auf rechtzeitig erhobene Beschwerde außer Wirkung gesetzt oder abgeändert werden.“ Kahr, Gem. Ord. II S. 42 ff. Ähnlich für die andere Art von aufsichtsrechtlichem Rechtsanspruch, 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.“

<sup>11</sup> 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 zweifachen 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.“

<sup>12</sup> Vgl. oben § 55, I n. 3, II n. 1; § 56, II n. 1; § 57, II n. 1; § 58, III n. 1.

<sup>13</sup> Dieser Fall ist in erster Linie gemeint, wenn die Gemeindeordnungen die aufsichtsrechtliche Wahrnehmung der Pflichten der Gemeinde hervorheben:

die dem Verwaltungskörper mitgegeben worden ist<sup>14</sup>, 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<sup>15</sup>.

3. Einen Schritt weiter geht das Aufsichtsrecht in den Fällen der vorbehaltenen Zustimmung. Diese Form trifft überall nur zu, wo ein besonderer Rechtstitel dafür besteht.

Man unterscheidet Genehmigung und Bestätigung. Erstere 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<sup>16</sup>.

Solange die Zustimmung nicht erteilt ist, fehlt dem Akte, der ihrer bedarf, die Rechtswirksamkeit<sup>17</sup>.

Sie kann, wie die Polizeierlaubnis, nur erteilt werden auf Gesuch des Verwaltungskörpers. Im Falle der endgültigen Versagung ist nach-

Preuß. Städte-Ord. v. 1831 § 139 („ihre Pflichten“); Sächs. Rev. Städte-Ord. § 134 („obliegende und im öffentlichen Interesse nötige Leistungen“); Bayr. Gem.Ord. Art. 15 Ziff. 3 („gesetzlich obliegende“).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Gierke, Gen.Theorie S. 654 Note 2. — 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.

<sup>17</sup> 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 hier noch kein rechtmäßiges Ortsstatut, bevor es die Genehmigung erhalten hat.

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.

träglich Zustimmung nur möglich auf neues Gesuch. Die erteilte Zustimmung kann nur zurückgenommen werden, wenn sie rechtmäßig nicht erteilt werden durfte oder erschlichen worden war<sup>18</sup>.

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 immer um besondere Gründe handeln, welche die Ausnahme rechtfertigen; ob das zutrifft, soll aber der Beaufichtigte nicht allein entscheiden, sondern nur unter Mitwirkung der staatlichen Behörde, der das Gesetz dafür eine Ermächtigung erteilt hat<sup>19</sup>.

III. Daran schließt sich nun das eigentümliche Verfahren der aufsichtsrechtlichen Zwangsvollstreckung.

Es beruht darauf, daß die staatliche Behörde nicht wie sonst auf den beaufichtigten Verwaltungskörper wirken will und nicht mit ihm, sondern geradezu an seiner Stelle.

Auf diese Weise greift der Staat für Ausnahmefälle in die Verfassung des Verwaltungskörpers ein, wenn er ihm kraft Aufsichtsrechts Vertretungsbeamte ernannt oder vorübergehende Verweser, Kommissarien<sup>20</sup>.

Aber auch die Besorgung einzelner Geschäfte kann er für ihn in die Hand nehmen, um sie in dessen Namen zu erledigen. Die berufene Vertreterschaft hat das zu dulden und als rechtsgültig anzuerkennen und, soweit an ihr liegt, zu vollziehen. Voraussetzung ist, daß eine dem Verwaltungskörper obliegende, aufsichtsrechtlich zu erzwingende Pflicht besteht, deren Erfüllung versagt wird. In diesem Sinne ist die Aufsichtsbehörde namentlich auch in der Lage, Verträge für den Verwaltungskörper abzuschließen oder Bevollmächtigte für ihn zu bestellen, deren er bedarf zur notwendig gewordenen Prozeßführung<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Vgl. oben Bd. I S. 244.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Vgl. oben § 59 II n. 2.

<sup>21</sup> So für Gemeinden: Preuß. Kom.Abq.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.

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

Die wichtigsten Fälle eines derartigen Eingreifens bedeuten Maßregeln gegen die Beamten und Vertreter persönlich oder verknüpfen sich mit der Aufstellung des Haushaltsplanes:

1. Die Beamten wie die Vertreter kraft Mitgliedschaftsrechts stehen, vom übertragenen Wirkungskreise abgesehen, unmittelbar nur zu ihrem Verwaltungskörper in einem Pflichtverhältnis. Der Staat macht aber auch außerhalb dieses begrenzten Gebietes, also im eigenen Wirkungskreise der Gemeinden und anderer Verwaltungskörper gegen diese Leute einen Machteinfluß geltend, der namentlich den Beamten gegenüber sehr kräftig entwickelt ist. Das ist dann stellvertretender Eingriff.

Es findet dabei eine Verbindung statt 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<sup>22</sup>.

Seine Machtmittel gehören einerseits der Dienststrafgewalt an, andererseits dem eigentlichen Erfüllungszwang.

Die Verhängung einer Dienststrafe durch die Aufsichtsbehörde setzt voraus, daß die Dienstpflicht dem Verwaltungskörper gegenüber verletzt worden sei; dem Staate gegenüber besteht ja keine. Das Ge-

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 vikariert hier für den ihm eingegliederten niederen Organismus, und läßt sein eigenes Leben in denselben einströmen, um einer Stockung oder einer Verderbnis des engeren Gemeinlebens abzuweichen.“

In Preußen wird diese aufsichtsrechtliche Maßregel regelmäßig ersetzt durch die allgemeinen Zwangsbefugnisse der Behörden zur Durchsetzung ihrer „Anordnungen“ gemäß L.V.G. § 132 (Zwangersatzvornahme, Zwangsstrafe, Gewaltanwendung; vgl. oben Bd. I S. 283 ff.). Oertel, Städte-Ord. S. 623; v. Brauchitsch, Verw.Gesetze I S. 224.

<sup>22</sup> 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. Das stimmt allerdings nicht mehr seit der Städteordnung von 1808. Der Ausdruck „mittelbare Staatsbeamte“ ist seitdem eine Unwahrheit. Preuß, Amtsrecht. S. 118.

setz kann gleichwohl die Aufsichtsbehörde mit der Dienststrafgewalt ausrüsten<sup>23</sup>. Die Verletzung kann gerade darin liegen, daß die Aufsichtsbehörde dem Verwaltungskörper gegenüber eine diesem obliegende Verpflichtung festzustellen hatte, und der Beamte, der zur Besorgung der Sache für den Verwaltungskörper berufen ist, den Vollzug verabsäumt. Die Dienststrafgewalt kann dann wie ein Zwangsmittel verwendet werden<sup>24</sup>.

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.

Der Verwaltungskörper wird gezwungen durch den Zwang gegen seine Beamten und Vertreter<sup>25</sup>.

2. 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

<sup>23</sup> So Preuß. Ges. v. 21. Juli 1852, betr. die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten; § 1: „Das gegenwärtige Gesetz findet auf alle in unmittelbarem oder mittelbarem Staatsdienste stehenden Beamten Anwendung.“

<sup>24</sup> 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 29.

<sup>25</sup> Pr. L.V.G. § 132. Oertel, Städte-Ord. S. 623; v. Brauchitsch, Verw.Gesetze S. 224; Preuß, Amtsrecht S. 316 ff.

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 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.

der Befugnis, unter Umständen an Stelle der zunächst berufenen Vertretung selbst die Aufnahme eines Postens in den Haushaltsplan anzuordnen, seine Einschreibung zu bewirken <sup>26</sup>.

Der stellvertretende Beschluß hat auch hier wieder die Bedeutung eines Zwangsmittels gegen die Gemeinde. Man spricht von einer Zwangseinschreibung. Und zwar dient das Mittel dazu, eine Geldzahlung der Gemeinde zu erzwingen, die sie selbständig schuldet, oder die den Aufwand decken soll, den eine sonstige ihr obliegende und zu erzwingende Leistung verursachen wird <sup>27</sup>.

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 gegenüber der Volksvertretung. Die 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 ja 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 <sup>28</sup>.

Bedarf es in der Folge weiteren Zwanges, um den Willen der Aufsichtsbehörde durchzusetzen, so steht ihr die Verfügung über das Vermögen der Schuldnerin offen <sup>29</sup>.

<sup>26</sup> „Zwangsetatisierung“! Wißmann, Annalen 1911 S. 464, möchte dafür „Zwangseinkauf“ setzen.

<sup>27</sup> Die Zwangseinschreibung kann geschehen, um einen entstandenen Armenkostensatzanspruch 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 Aufsicht 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 Gehaltsätze der angestellten Lehrer auch für die Zukunft zu sichern).

<sup>28</sup> Vgl. oben § 59 Note 20 u. 21.

<sup>29</sup> Vor allem kann die Aufsichtsbehörde nötigenfalls über den Kopf des widerspenstigen Vorstandes hinweg die Anweisung an die Gemeindekasse geben. Preuß. Städte-Ord. § 56 Ziff. 4.

Handelt es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch, so wird seine Feststellung geschehen durch das verurteilende Erkenntnis eines ordentlichen Gerichts. Es steht der Landesgesetzgebung frei, inwieweit sie dann die zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsmittel und ihr Verfahren auch gegen Verwaltungskörper zur Anwendung kommen lassen will. Soweit das der Fall ist, tritt die Zwangseinschreibung davor zurück <sup>30</sup>. 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 allen Fällen 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 auch um durchzusetzender Rechtsansprüche 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 namentlich auch das Verhältnis der Aufsichtsbehörde zu dem Gläubiger, der für seine Forderung gegen die Gemeinde Befriedigung sucht, seine besondere Gestalt:

Er 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.

<sup>30</sup> 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, 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).

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, und danach richtet sich ihr Bescheid<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> A. L.R. II, 6 §§ 97 u. 98. Oertel, Städte-Ord. S. 241, zu § 50 Ziff. 3; 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 Voranschlags 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.

## Sachregister für Band I und II.

### A.

Amt, öffentliches, ein Kreis mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgender Geschäfte, II S. 149; als juristische Person II S. 143.  
 Amtsantritt II S. 153.  
 Amtsentziehung II S. 155.  
 Amtseinkommen II S. 204 Note 2.  
 Amtshandlung, Verantwortlichkeit dafür, I S. 183; einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht I S. 185, 187, 192; Deckung durch amtlichen Irrtum I S. 188; durch Dienstbefehl I S. 191.  
 Anfechtungsklage I S. 155, 171.  
 Anlagen, gewerbliche, I S. 241.  
 Anschluß II S. 38.  
 Ansiedelungserlaubnis I S. 166 Note 7.  
 Anstalt, öffentliche, II S. 1; II S. 331.  
 Anstaltsnutzung II S. 269.  
 Anstaltsdisziplin II S. 285; Anstaltsgewalt II S. 285; Anstaltspolizei II S. 284; Anstaltsordnung II S. 271.  
 Anweisung im Gewaltverhältnis I S. 101.  
 Anzeigepflicht, polizeiliche, I S. 224.  
 Approbation, polizeiliche, I S. 246 Note 12.  
 Arten der Jur. Pers. d. öff. R. II S. 330.  
 Auflagen bei Polizeierlaubnis II S. 250; bei Verleihung eines besonderen Gebrauchsrechts II S. 151; bei Verleihung öffentlicher Unternehmungen II S. 243.  
 Auflösung der öff. Genossenschaft II S. 351.  
 Aufsicht über beliehene Unternehmer II S. 257; über rechtsfähige Verwaltungen II S. 331.  
 Austräge I S. 35.  
 Autonomie, Statut, Satzung I S. 85.

**B.**

Baubeschränkungen II S. 110 Note 5; S. 112 Note 10.

Bauerlaubnis, polizeiliche, I S. 241.  
 Beamtentum im Polizeistaate I S. 40; mittelbarer Staatsbeamter II S. 362 Note 20.  
 Befehl II S. 229; Polizeibefehl I S. 230; Finanzbefehl II S. 349; Dienstbefehl II S. 182.  
 Begleitschein I S. 349.  
 Behörden I S. 93; Behördenordnung I S. 16.  
 Beiladung I S. 144.  
 Beiträge I S. 315.  
 Berufsgenossenschaft II S. 342, 348; Beschlüsse, bindende, für Gemeindevorstandsbeamte II S. 377.  
 Beschwerden I S. 123; Bescheid I S. 125; Aufsichtsbeschwerde I S. 124 Note 3; Beschwerderecht I S. 125.  
 Besitz der öffentlichen Sache II S. 49.  
 Besitzeinweisung bei der Enteignung II S. 30.  
 Besoldung (Gehalt) II S. 204.  
 Bestätigung und Genehmigung von Selbstverwaltungsbeamten II S. 375 Note 12.  
 Beteiligte der Jur. Person II S. 325, 338.  
 Billigkeitsrecht, Ersatzansprüche daraus, II S. 295, II S. 382.  
 Brücken, öffentliche, II S. 51; Gemeingebrauch II S. 73.  
 Bürgerliche Rechtsstreitigkeit I S. 173.  
 Bürgermeister II S. 365, II S. 374ff.

### D.

Defektenbeschluß II S. 33.  
 Dienstaltersstufe II S. 207; Dienstbehörde II S. 181.  
 Dienstpflicht, öffentliche, II S. 135; an der Person hängend II S. 137; Diensteid II S. 137; Dienstgewalt II S. 181; Dienstantritt II S. 170; Dienstentlassung II S. 198; Dienststrafe II S. 193; Dienststrafbehörden II S. 200.  
 Durchsuchung I S. 304, 373.

## E.

Ehrenamt II S. 171.  
 Ehrengericht II S. 178.  
 Eigentum, öffentliches, Begriff II S. 40; Geschichte II S. 41.  
 Eigentum, Übergang bei der Enteignung II S. 26; bei Kriegseleistungen II S. 240 Note 19.  
 Eindringen, polizeiliches, I S. 304; II S. 126.  
 Eingemeindung II S. 359, 368.  
 Einspruch I S. 129.  
 Einziehung, Konfiskation als Finanzstrafe I S. 367.  
 Einziehung, Aufhebung der öffentlichen Sache II S. 69.  
 Eisenbahn, öffentliche, II S. 51; Bahnkörper als öffentliche Sache II S. 51.  
 Endigung der Anstaltspersönlichkeit II S. 340.  
 Enteignung, Geschichte II S. 2ff.; Expropriationsverträge II S. 33 Note 32; Rücktritt von der Enteignung II S. 34; Enteignung staatlicher Grundstücke II S. 16ff.; öffentlicher Sachen II S. 17.  
 Entschädigung, öffentlich-rechtliche, II S. 295.  
 Entscheidung I S. 99.  
 Erlaubnis I S. 239; zum Überschreiten des Bahnkörpers II S. 91.  
 Ermessen, freies, I S. 99.  
 Ersatzvornahme als Zwangsmaßregel I S. 284ff.  
 Extrajudizialappellation I S. 34.

## F.

Fähre, verliehene, II S. 262 Note 12.  
 Festungswerke II S. 54.  
 Feuerlöschwesen; Pflichtfeuerwehr II S. 220; Gewaltmaßregeln II S. 297.  
 Finanzen, Finanzgewalt I S. 315.  
 Fiskus. Alte Lehre II S. 49; fiskalische Verwaltungen I S. 115.  
 Flüsse, öffentliche, II S. 51.  
 Forstwesen: Hilfsinstitute des Privatrechts liefernd II S. 1; Forstschutzpersonal I S. 307.

## G.

Garnisonwachtdienst I S. 308.  
 Gebäude, öffentliche, II S. 56 Note 37.

Gebiet II S. 353.

Gebrauchserlaubnis an öffentlichen Sachen II S. 89.  
 Gebühren I S. 313; auf Gemeingebrauch II S. 87; auf Gebrauchserlaubnis II S. 94; auf verliehene Nutzungsrechte II S. 187; auf Anstaltsnutzung II S. 288.  
 Gegenvorstellung I S. 123.  
 Gemeingebrauch II S. 73; unrechter Gemeingebrauch II S. 73 Note 1.  
 Gemeinde II S. 352; Gemeindegebiet II S. 352; Gemeindemitglieder II S. 354; Gemeinbürger II S. 354; Gemeindeverband II S. 356; Gemeindevertretung II S. 365; Gemeindevolk II S. 354.  
 Gemeinwesen I S. 15; öffentliches II S. 356; politisches II S. 357.  
 Gendarmerie I S. 307.  
 Genossenschaft, öffentliche, II S. 342.  
 Gesamttakt siehe Vertrag.  
 Geschworenendienst II S. 168.  
 Gesetz, landesherrliches, I S. 42; im formellen und materiellen Sinne I S. 64 Note 2; für den Einzelfall I S. 67; Wirkungskräfte I S. 65.  
 Gewalt, öffentliche, I S. 15.  
 Gewaltverhältnis I S. 101; finanzrechtliche Überwachungsgewalt I S. 351; Anstaltsgewalt II S. 285; Dienstgewalt II S. 193.  
 Gewaltanwendung, polizeiliche, I S. 293.  
 Gewohnheitsrecht I S. 87ff.  
 Grundbuch bei der Enteignung II S. 29; bei öffentlichen Sachen II S. 64.

## H.

Haftung des Beamten für Schadensersatz I S. 192; mit erschwerter Rechtsverfolgung I S. 192ff.; des Dienstherrn statt seiner mit Rückgriffsrecht I S. 197.  
 Haftung Dritter für die Finanzstrafe I S. 368f.  
 Handelsrichter II S. 175.  
 Heerdienstpflicht, gesetzliche, II S. 167.  
 Hinterziehung I S. 361; Verhältnis zum Betrug I 362ff.  
 Hoheitsrechte I S. 27ff.

## I.

Innung II S. 346; Zwangsinnung II S. 346 Note 8.  
 Irrtum bei Polizeiverfehlung-I S. 269; bei Finanzvergehen I S. 365; bei rechtswidriger Amtshandlung I S. 188f.

## J.

Juristische Person des öffentlichen Rechts II S. 322; des Zivilrechts neben öffentlicher Verwaltung I S. 51.  
 Justiz I S. 5ff.; als Vorbild der Verwaltung I S. 65; Justizverwaltung I S. 7.

## K.

Kanal II S. 52, 53; Schleußen nicht im Gemeingebrauch II S. 53; angewiesene Liegestelle II S. 90; verliehener Kanal II S. 246.  
 Kirchengebäude II S. 55; Benutzungsgestattung II S. 91.  
 Kirchstühle, verliehene, II S. 97.  
 Kirchhof II S. 56; angewiesenes Kirchgrab II und verliehene Grabstätte II S. 97.  
 Kommando, militärisches, I S. 10.  
 Kommunalverband II S. 366.  
 Kompetenzkonflikt I S. 180; Kompetenzkonfliktshof I S. 181.  
 Konflikt, Vorentscheidung I S. 194.  
 Konten, fortlaufende, I S. 342.  
 Konterbande II S. 360.  
 Konzessions. Verleihung und Polizeierlaubnis.  
 Körperschaft II S. 322 Note 1, S. 352.  
 Kostenzahlungspflicht bei Zwangsersatzvornahme I S. 283f.  
 Krankenhaus II S. 335.  
 Kriegführung I S. 10.  
 Kriegsleistungen II S. 224 Note 17, S. 229 Note 29.  
 Kriegsschäden I S. 10.

## L.

Landlieferungsverbände II S. 240, 241.  
 Lasten, öffentliche, II S. 217; gemeine Lasten II S. 219; Verzugslasten II S. 230; Verbandlasten II S. 230; Selbstverwaltungslasten II S. 362.  
 Leinpfad II S. 112; Entschädigung dafür II S. 116.

## M.

Machtsprüche in Justizsachen I S. 41.  
 Mahnung, Unterschied von Befehl II S. 233 Note 11; II S. 325.  
 Märkte II S. 43; Marktsitz II S. 93.  
 Militärschießplätze II S. 125.  
 Mitgliedsrechte bei der Körperschaft II S. 330.  
 Monopol I S. 350; Muttergemeinwesen II S. 331, 333, 335, 337, 343.

## N.

Nachhebung der Steuer I S. 329; Nachveranlagung II S. 329.  
 Naturalleistungen II S. 219.  
 Niederlagen, öffentliche, I S. 340.  
 Notstandsrecht, polizeiliches, I S. 297; Staatsnotrecht I S. 11; Notverordnung I S. 11.

## O.

Observanz I S. 80.  
 Öffentliche Verwaltung I S. 116.  
 Ordnungsstrafe I S. 359; für Gemeindebeamte II S. 378 Note 22.  
 Ordnungswidrigkeit I S. 361.  
 Organ II S. 143.  
 Ortspolizei II S. 362 Note 20.

## P.

Partei I S. 138; Parteirechte I S. 139; Hilfsrecht II S. 141; rechtliches Gehör II S. 142; Recht auf das Urteil II S. 123; Recht am Urteil (Rechtskraft) II S. 143; Parteirolle II S. 145; Behörden in der Parteirolle II S. 145; Partei kraft Amtes II S. 146 Note 15; Parteilastigkeiten des öffentlichen Rechtes II S. 139.  
 Person II S. 323.  
 Pferdeaushebung II S. 229 Note 29.  
 Politik II S. 352, 357, 395.  
 Polizeigewalt I S. 209; Geschichte der Polizei I S. 203ff.; gerichtliche und administrative I S. 210; präventive und regressive P., Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei I S. 211; Sicherheits- und Verwaltungspolizei I S. 211; Polizeibefehl I S. 226; Polizeierlaubnis I S. 232; Polizeiaufsicht I 224.

Post, Nutzungsverhältnis II S. 271;  
Annahmepflicht II S. 279 Note 17;  
Postregal und Postzwang II S. 282  
Note 24; Gebühren II S. 288.  
Postgarantie II 293 Note 19.  
Prägravation im Lastenverband II  
S. 239.  
Privatkreditlager I S. 340.  
Privatleben gegenüber der Polizei-  
gewalt I S. 217; gegenüber der  
Dienstbefehlsgewalt II S. 187.

## Q.

Quartierleistung II S. 227.  
Qualitäts- und Repartitions-  
steuer I S. 323.

## R.

Rayonbeschränkungen II S. 111.  
Rechte, öffentliche, der einzelnen I  
S. 105; Arten I S. 107; Rechts-  
anschauung, gebundene, I S. 171.  
Rechtskraft I S. 162; absolute als  
Verbot an die Gerichte, sich noch  
einmal mit der Sache zu befassen;  
relative als Gebundenheit durch  
das Recht der Partei I S. 163.  
Rechtspflege I S. 5; Rechtsprechung  
I S. 132.  
Rechtsweg als Erledigung einer Streit-  
sache im Prozeßverfahren I S. 136.  
Regierung I S. 2.  
Reichsbank II S. 250, 339.  
Reichskammergericht I S. 28.  
Reserveoffizier II S. 179 Note 31,  
S. 180 Note 33 u. 34.  
Rückkauf verliehener öffentlicher  
Unternehmungen II S. 267.  
Ruhestand II S. 159ff.; Ruhegehalt  
II S. 208; einstweiliger Ruhestand II  
S. 156; Wartegeld II S. 156f.

## S.

Satzung, körperschaftliche (Statut),  
als Rechtsquelle für die Körper-  
schaftsverfassung I S. 8; statutori-  
sche Vorschriften I S. 87.  
Schlachthaus II S. 282 Note 24.  
Schließung der öffentl. Genossen-  
schaft S. 350.  
Schule, öffentliche, II S. 283; Schul-  
zwang II S. 281.  
Schutzmannschaft I S. 299.  
Selbstverwaltungskörper II S. 357.  
Sparkasse II S. 75, 274 Note 10.

Staat I S. 1; Staatsidee und Fürst  
I S. 39; Staat und Fiskus I S. 49;  
Staat als unechte juristische Person  
II S. 329f.  
Staatsaufsicht II S. 391; beim  
Gewaltverhältnis II S. 395.  
Standesdisziplin II S. 203.  
Stempelsteuer I S. 327.  
Steuer I S. 316; feste und bewegliche  
I S. 318; direkte und indirekte I  
S. 319; Steuerbescheid I S. 322;  
Steuerveranlagung I S. 318;  
Steuerkataster I S. 323.  
Steuerpflicht, abgeschwächte, I  
S. 337; gestundete I S. 339; be-  
dingte I S. 341; schwebende I  
S. 344.  
Stifter II S. 332.  
Stiftung, rechtsfähige, II S. 335f.  
Strafe I S. 257.  
Straße, öffentliche, II S. 51; Privat-  
straßen II S. 73 Note 1; Straßen-  
polizei I S. 211; Straßenreinigungs-  
pflicht II S. 88.  
Straßenbahnunternehmen, ver-  
lichesenes, II S. 249.

## T.

Tarifsteuer I S. 325; Tarif für  
Anstaltsgebühren II S. 290.  
Telegraphenanstalt, Recht auf ihre  
Leistung II S. 243; Regal II S. 282;  
Haftung II S. 293 Note 21.  
Theater II S. 274 Note 11.  
Trennung der Gewalten I S. 55;  
Trennung von Justiz und Ver-  
waltung I S. 178.  
Trinkhallen I S. 166; Treuepflicht  
im öffentl. Dienst II S. 136.  
Trunkenbold, Freiheitsbeschränkung  
I S. 127 Note 9.  
Truppenübungen auf Privatgrund-  
stücken II S. 128.

## U.

Überwachung, polizeiliche, I S. 233;  
I S. 373.  
Ungehorsamsstrafe I S. 272, 371.  
Ungültigkeit von Verwaltungsakten  
I S. 95; aufsichtsrechtliche II  
S. 718.  
Universität II S. 338.  
Unmittelbarer Zwang I S. 287ff.  
Unternehmen, öffentliches, II S. 1.

## V.

Veranlagung I S. 319.  
Veredelungsverkehr I S. 343.  
Verein als Grundlage der öff. Ge-  
nossenschaft II S. 342; Vereins-  
gewalt II S. 349.  
Vereinbarung II S. 381 Note 2.  
Verleihung (Konzession) besonderer  
Nutzung an einer öffentlichen Sache  
II S. 95; eines öffentlichen Unter-  
nehmens II S. 243; des Enteignungs-  
rechtes II S. 9 Note 19; Versiche-  
rungsausschüsse II S. 338 Note 13.  
Verordnung (Rechtsverordnung) I  
S. 83; besonders ermächtigte Aus-  
führungsverordnung, Notverordnung  
I S. 84; Verwaltungsverordnung,  
Verwaltungsvorschrift.  
Versetzung in ein anderes Amt II  
S. 153.  
Vertrag, öffentl.-rechtlicher, II S. 262  
Note 11; über Steuerpflicht I S. 336;  
im Lastenverband II S. 238; zwischen  
Verwaltungskörpern II S. 383.  
Vertreter, verfassungsmäßige, II  
S. 368; kraft Mitgliedschaftsrecht II  
S. 371; Vertretungsamt II S. 374.  
Verwaltung I S. 13.  
Verwaltungsakt I S. 93; Geschichte  
S. 57ff.; selbständiger I S. 97;  
auf Unterwerfung I S. 98; Ver-  
waltungsurteile I S. 151.  
Verwaltungsrechtspflege I S. 131;  
über subjektive Rechte, über  
objektives Recht I S. 132;  
Akte des freien Ermessens I  
S. 133.

Verzicht auf Polizeierlaubnis I S. 254;  
Zurücknahme wegen Rechtswidrig-  
keit I S. 255.  
Volk II S. 354 Note 6; Volksver-  
tretung II S. 370.  
Vollstreckungsbeamte I S. 299;  
Vollstreckungsbehörden I S. 375.  
Vorentscheidung I S. 194.  
Vorfrage fremder Zuständigkeit I  
S. 178, 184.

## W.

Waffengebrauch I S. 306.  
Wahl von Körperschaftsvertretern II  
S. 371; Wahlämter II S. 376.  
Widmung der öff. Sache II S. 58.  
Wille der jur. Pers. II S. 323f.  
Wirkungskreis der Gemeinde II  
S. 378; eigener und übertragener II  
S. 362.  
Wohlerworbene Rechte I S. 31.

## Z.

Zeugenpflicht II S. 221.  
Zivilrecht, Anwendbarkeit auf Ver-  
waltung I S. 115.  
Zoll I S. 326, 339.  
Zurücknahme des Polizeibefehls I  
S. 239; der Erlaubnis I S. 254.  
Zuständigkeit der Zivilgerichte  
gegenüber der Verwaltung I S. 172.  
Zwangsbeitreibung I S. 371.  
Zwangsdienstpflicht II S. 167.  
Zwangseinschreibung II S. 402.  
Zwangsgenossenschaft II S. 345.  
Zwangsvollstreckung gegen den  
eigenen Staat II S. 380f.; gegen  
den fremden Staat I S. 381 Note 23.  
Zweckverband II S. 382.