Werk

Titel: Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht

Autor: Eckstein, Ernst

Ort: Tübingen

Jahr: 1911

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0027|log88

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Aufsätze.

Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht.

Von

Dr. Ernst Eckstein, Frankfurt a. O.

Vorwort.

Der Begriff des Beamten ist häufig zum Gegenstande wissenschaftlicher Untersuchung gemacht worden, ohne daß es bisher gelungen ist, das Problem restlos zu lösen. Der Grund liegt m. E. darin, daß das Problem nicht richtig gestellt worden ist. Fast alle bisherigen Untersuchungen laufen darauf hinaus, den Begriff des Beamten abzugrenzen gegen den des Staatsdienstverpflichteten. Sieht man in dieser Abgrenzung den springenden Punkt, so muß man, wie bisher geschehen, bei der wissenschaftlichen Behandlung das Hauptgewicht legen auf das Moment der Anstellung und es ist zu fragen: durch was vollzieht sich der Anstellungsakt?

Ich will die Bedeutung dieser Frage keineswegs verkennen, aber ich glaube nicht, daß sie den eigentlichen Kern des Problems bildet. Gewiß kommt als Beamter nur in Betracht, wer nicht nur (im Sinne der bisherigen Lehre) Staatsdienst-

verpflichteter ist. Das Recht der Gegenwart kennt aber verschiedene Begriffe des Beamten und es kommt darauf an, diese verschiedenen Begriffe herauszuarbeiten. Es wird sich dabei zeigen, daß das Moment der Anstellung nicht von entscheidender Bedeutung ist, daß also bisher nur scheinbar die Frage gelöst ist: wer ist Beamter? — in Wirklichkeit aber die Frage: wie wird ein Beamter angestellt? — und daß man bei Stellung dieser Frage von ganz andern Prämissen auszugehen hat.

Wenn die folgenden Ausführungen die Kompliziertheit der Dinge aufdeckt, so glaube ich damit doch nicht ein altes Problem noch komplizierter zu machen, als vielmehr die Richtlinien zur Stellung und Lösung eines ganz andern Problems zu geben, das sich mit dem der Beamtenanstellung kaum berührt.

Es sei gleichzeitig darauf hingewiesen, daß bei unserer Fragestellung sich auch neue Perspektiven für weitere Probleme geben. Die Scheidungen innerhalb des Beamtenbegriffs, auf die unsere Untersuchung führt, scheinen mir die allein mögliche Ausgangsbasis zu sein für die Beantwortung der Fragen: was ist „öffentliches Amt", „öffentliche Urkunde", „öffentliche Behörde" usw.

Ich denke diese Fragen im einzelnen hier unberücksichtigt zu lassen, um sie zum Gegenstande einer selbständigen weiteren Untersuchung zu machen.

I. Zur Methode der Bestimmung des Beamtenbegriffs.

In der bisherigen Literatur wird die Bestimmung des Beamtenbegriffs von zwei verschiedenen Ausgangspunkten aus versucht. Der eine liegt auf dem Gebiet des Strafrechts und geht zurück auf die Definition im StrGB. § 359[1]; der andere

[1] Z. B. Staudinger-Engelmann[4] BGB. § 839. 4 b u. 1784. 1; Staudinger-Kober BGB. § 570 II 1 b; Reincke ZPO.[5] § 811. 7; Wilmowski-Levi[7] ZPO. § 341. 1 u. § 715. 13; Seuffert ZPO.[11] § 376. 2. Vorsichtiger schon drückt sich Delius Beamtenhaftpflicht[2] aus. S. 153 und noch mehr Meltz Beamten-

auf dem des Staatsrechts und fußt auf der Natur des Beamtenanstellungsvertrages, bez. Anstellungsakts[2]. Diese beiden Ausgangspunkte sind auf ihren methodischen Wert hin zu prüfen[3].

Wenn wir zunächst einmal von dem Inhalt des § 359 StrGB. absehen[4], so müssen wir schon Bedenken äußern gegen die Allgemeingültigkeit dieser Definition. Der § 359 sagt selbst: Beamte „im Sinne dieses Gesetzes" sind . . , ., will also gar nicht Geltung über das Strafgesetz hinaus beanspruchen[5].

Er könnte es aber auch gar nicht. Denn einmal ist der Beamtenbegriff schon in Gesetzen von Bedeutung, die vor dem Strafgesetzbuch erlassen sind; sodann könnte in späteren Gesetzen eine Beziehung auf den § 359 StrGB. nur anzunehmen

haftpflicht nach § 839 (Rostocker Studien II. 3. 1904) S. 9. der diese Methode ausdrücklich als bedenklich bezeichnet.

[2] LABAND, Staatsrecht[4] I. 401 ff; BINDING, Lehrb. bes. Teil III. S. 382 ff.; G. MEYER, Staatsr.[6] 495 und die dort Zitierten. Vgl. ferner PLANCK BGB.[3] § 570. 2b und EG. Art. 77/81 Vorbemerkung und § 839. 2 u. STAUDINGER a. a. O. Siehe auch zahlreiche Entscheidungen, z. B. v. KAMPTZ Rspr. d. Oberverwaltungsgerichts II. 381, PAREY, Rechtsgrundsätze III 353, 354, 358, Das Recht 11, S. 323.

[3] Zuweilen findet sich der Gedanke, daß eine Bestimmung des Beamtenbegriffes überhaupt unmöglich sei, in der Literatur z. B. bei ARNDT, Reichsstaatsrecht 1901, S. 633 ff., ders. RBG. 1908 § 1 Anm. 3 und mehrfach in der Praxis, z. B. v. KAMPTZ Rspr. II 379 u. 381 (wo die Entscheidung von den Umständen abhängig gemacht wird); PAREY, Rechtsgrundsätze des preuß. Ob.verw.gerichts III. 340. Skeptisch äußert sich auch BRAND RBG. 1902 § 1. 2 I A. Dieser Standpunkt scheint mir schlechthin unzulässig. Das Gesetz gebraucht den Begriff des Beamten als allgemeinen Begriff und will damit einen gewissen Personenkreis umgrenzen. Es ist daher gar nicht Problem, ob der Begriff wissenschaftlich festzulegen ist, sondern ihn festzulegen ist einfach Forderung an die Wissenschaft, der man nicht aus dem Wege zu gehen, sondern die man — sei es auch mit Schwierigkeiten, zu erfüllen hat.

[4] Darüber unten Abschn. IX.

[5] Ebenso MELTZ, Beamtenpflicht S. 9, anders DELIUS, Beamtenpflicht 153 und BINDING 382.

sein, wenn sie mittelbar oder unmittelbar den Beamtenbegriff dem Strafgesetz entnehmen. Das ist aber nicht der Fall, wie insbesondere die privatrechtlichen Gesetze lehren. Dort wird der Beamtenbegiff als ein historisch überlieferter Begriff übernommen, und er läßt sich zeitlich bis vor den Erlaß des Strafgesetzbuchs zurückverfolgen. Die Definition im § 359 könnte darum für andere Gesetze nur Bedeutung haben nicht weil sie die gesetzliche Definition ist, sondern weil sie die richtige ist, weil hier der objektive, d. h. allgemeingültige Beamtenbegriff, seinen zutreffenden Ausdruck gefunden hat.

Die Kritik hat darum den § 359 in nicht anderer Weise zu ihrem Gegenstande zu machen, wie etwa eine Definition des Beamtenbegriffs in irgend einem Lehrbuch. So betrachtet, zeigt sich sofort, daß der § 359 so gut wie ohne Wert ist; er gibt Steine statt Brot[6].

„Unter Beamten sind zu verstehen, alle im Dienste des Reichs oder .... eines Bundesstaats angestellten Personen . . .“ Damit ist Selbstverständliches gesagt. Beamte, die nicht im Dienste eines Staates angestellt sind, können so wenig Beamte sein, wie ein Offizier Offzier ist, der nicht beim Militär oder wie ein Lehrer Lehrer ist, der nicht im Schuldienst angestellt ist.

„Angestellt auf Lebenszeit, auf Zeit oder vorläufig“. Damit erhalten wir noch weniger Positives. „Auf Zeit oder vorläufig“ ist nicht eine Definition, eine Grenzziehung, sondern im Gegenteil, eine Grenzniederreißung. Wer etwa sagt: ein Ochse ist ein einfarbiges oder

[6] Nicht überzeugend scheint mir der Gedanke von REHM, Hirths Ann. 1900 S. 384, wonach StrGB. § 359 nicht den Begriff des Beamten, sonden den des Staatsdieners definieren will. Ueberhaupt scheint mir diese Scheidung zwischen Beamten und Staatsdiener im Sinne REHMs nicht zwingend und nicht völlig ausgebaut.

mehrfarbiges Rind usw., sagt damit eben, daß die Farbe nicht zur Definition gehört, so wenig, wie die Dauer der Anstellung zum Begriff des Beamten.

Ein gleiches gilt von der Vereidigung. Das Gesetz sagt, daß diese mit der Definition gerade nichts zu tun hat.

Somit bleibt nur die Anstellung. Aber hier ist der springende Punkt. Nicht jede vom Staat beschäftigte Person ist Beamter. Legt man Gewicht auf den Staatsdienst, so muß eben der Dienst des Beamten von dem Dienst des Nichtbeamten abweichen und wir kommen zu dem Zirkel: unter Staatsdienst ist hier nur der bestimmmte Dienst, der Beamtendienst zu verstehen. Was aber Beamtendienst ist, fragen wir dann vergeblich. — Legen wir das Gewicht auf „angestellt", so muß die Anstellung des Beamten abweichen von der des Nichtbeamten; wir haben also für „angestellt" zu lesen „als Beamter angestellt" [7] und stehen vor demselben Zirkel: ein Beamter ist ein Beamter.

Damit entfällt also die Möglichkeit, den § 359 zum Ausgangspunkt einer Begriffsbestimmung des Beamten zu machen [8]. Welche Bedeutung dieser (scheinbaren) Definition für das Strafrecht speziell zukommt, ist unten [9] zu behandeln. Hier kommt es nur auf die Feststellung an, daß wir nicht aus dem Strafrecht, sondern aus dem Staatsrecht oder gar aus unjuristischen allgemeinen Begriffen den Begriff des Beamten herleiten müssen. —

Die Herleitung aus dem Staatsrecht ist der andere Weg, der heute zumal von der öffentlich-rechtlichen

[7] So sagt z. B. das preuß. Kommunalbeamtengesetz vom 30. 7. 99 § 1: „Als Kommunalbeamter im Sinne dieses Gesetzes gilt, wer als Beamter für den Dienst eines Kommunalverbandes gegen Besoldung angestellt ist." Eine solche Fassung ist weit klarer und weniger irreführend als die Fassung des StrGB. § 359.

[8] Anders z. B. Olshausen[8] StRB. § 359. 2.

[9] Abschn. IX.

Literatur gegangen wird, während die privatrechtliche und prozessuale vorzugsweise den ersten geht[10].

Der Beamtenbegriff soll zurückzuführen sein auf den Anstellungsakt als Akt der Staatsgewalt. Die Begründung des Gewaltverhältnisses soll die Begründung der Beamteneigenschaft sein.

Bei näherer kritischer Untersuchung erweist sich auch hier, daß wir Steine statt Brod erhalten. Die Lehre geht von dem richtigen Gesichtspunkt aus, daß der Beamtenbegriff an sich gegeben ist, nicht etwa wie die Begriffe Hypothek, Pflegschaft, Aktiengesellschaft vom Gesetz geschaffen werden[11]. Auch wenn nirgends der Beamtenbegriff im Recht eine Rolle spielte, würde doch der Begriff existieren. Dann aber haben wir auch ein Recht zu fragen: wie kommt die herrschende Lehre dazu, dem Anstellungsakt diese Bedeutung beizulegen? Darf man diesen Punkt einfach wie ein Axiom hinnehmen? Sollte dieses Moment nicht unwichtig sein können und höchstens geeignet sein, eine irrelevante Scheidung in angestellte und nichtangestellte Beamte zu begründen oder umgekehrt, kann der Begriff der Anstellung nicht weit hinausgehen über den des Beamten und damit zu scheiden sein in beamtete und unbeamtete Angestellte?

Aber gleichviel, der Gedanke könnte ja richtig sein auch ohne Begründung, doch er scheint mir inhaltlich unbefriedigend.

Einmal würde sich der so definierte Beamtenbegriff nicht decken mit dem gewöhnlichen Beamtenbegriff. Die rein staatsrechtliche Bedeutung des Staates als Gewaltverhältnis tritt heute zurück hinter dem wirtschaftlichen Begriff Staat. Der Unterschied zwischen privaten und staatlichen Unternehmungen ist aufgehoben; der Staat tritt in einer Reihe

---

[10] Planck und Staudinger, die hier anzuführen wären — vgl. oben Anm. 2 — verweisen beide auch auf § 359.

[11] Zutreffend v. Kamptz in Handwörterbuch der preuß. Verwaltung 1906 unter Beamter S. 194.

neben den Privatpersonen im wirtschaftlichen Verkehr auf [12]. Der Staat gebraucht seine Staatsbeamten wie der Private seine Privatbeamten. Sehen wir darum von dem Anstellungsakt ab, so würde jeder innere Unterschied zwischen Privatbeamten und gewissen Staatsbeamten aufhören. Das entscheidende Merkmal wäre damit in ein Moment gelegt, das äußerlich völlig zurücktritt, denn ob eine Person durch staatlichen Autoritätsakt oder durch privaten Vertrag angestellt ist, dokumentiert sich nach außen nicht. Die Grenze zwischen dem Beamten und Nichtbeamten würde etwas Zufälliges haben.

Das Unbefriedigende zeigt sich sodann in den Konsequenzen, insbesondere im Strafrecht. Es ist mit dem Rechtsgefühl nicht gut vereinbar, daß ein Schwimmeister einer städtischen Badeanstalt so völlig anders zu behandeln sein soll als der in der Badeanstalt irgend eines gemeinnützigen Vereins angestellte Schwimmeister. Warum soll die Nötigung des einen als Beamtennötigung, die des andern als einfache Nötigung bestraft werden; warum der Kassenbeamte einer städtischen Badeanstalt, wenn er Gelder unterschlägt oder überhebt (§ 353 StrGB.) schärfer als im gleichen Falle der private Kassenbeamte? Nur weil der Dienstherr des einen zufällig die Kommune, der des andern ein gemeinnütziger Verein ist?

Ferner: Es ist anerkannten Rechtes, daß der Staat nach seiner Willkür einen Beamten mittels des staatsrechtlichen Beamtenanstellungsaktes oder aber mittels privaten Vertrages anstellen kann [13]. Es würde also in der Willkür des Staates liegen, nur noch mittels Nichtbeamten zu fungieren, ohne daß

[12] Deswegen muß man heute auch m. E. einen doppelten Begriff des Fiskus annehmen, einmal den der privatrechtlichen Erscheinungsform des Staates, sodann aber ein selbständiges, mit dem Begriff des Staates nicht mehr zusammenhängendes Rechtssubjekt. Ich habe versucht, diesen Gedanken unten weiter auszuführen, s. Abschn. III.

[13] Vgl. ARNDT, Reichsstaatsrecht 634 ff.

dadurch seine Funktion im geringsten beeinträchtigt ist. Es sei nur beiläufig erwähnt, daß der Staat so einen Begriff faktisch vom Erdboden verschwinden machen könnte. Was aber von größerer Bedeutung ist, ist die Möglichkeit, auf diese Weise den einschneidendsten Eingriff in das Recht zu vollziehen. Der Staat könnte so die ganzen Beamtenhaftungsbestimmungen aus den Angeln heben und sich stets damit exculpieren, daß er geltend macht, es liege kein Beamtenverhältnis vor. Eine solche Möglichkeit kann aber nicht vom Gesetz gebilligt sein. Normiert es eine Haftung des Staats für die Beamten, so geht es von dem Grundsatz aus, der Beamtenbegriff sei objektiv feststehend, seine Merkmale liegen im Wesen der Sache, nicht aber in einem internen, der Willkür anheimgegebenen Moment.

Um die Bedeutung dieser Momente zu würdigen, ziehe man eine Parallele. Man stelle sich vor, ein Gesetz bestimmte: jeder Schustergeselle hat die Fortbildungsschule zu besuchen, oder jeder Apotheker haftet bei Versehen auf doppelten Schadensersatz. Wäre es hier auch nur möglich, den Anstellungsakt entscheiden zu lassen für die Qualität als Schustergeselle oder Apotheker? Sollte der Schustergeselle, der im Vertrag als Laufbursche, der Apotheker, der unter der Bezeichnung Drogist engagiert ist, nicht von jenen gesetzlichen Bestimmungen getroffen werden?

Schließlich dürfte folgende Erwägung von Bedeutung sein. Der Anstellungakt regelt das interne Verhältnis zwischen dem Anstellenden und dem Angestellten, kann daher begriffsbestimmend sein nur für das interne Rechtsverhältnis. Dem Staat gegenüber ist Beamter, wer vom Staat unter den und den Voraussetzungen als Beamter angestellt ist. Soviel kann ohne weiteres zugegeben werden. Wo daher nur dieses interne Verhältnis in Betracht kommt, könnte der Anstellungsakt als entscheidendes Moment für die

Beamtenqualität in Betracht kommen. In den meisten gesetzlichen Bestimmungen handelt es sich aber gerade um das externe Beamtenverhältnis, und hierfür muß das interne Moment der Art der Anstellung irrelevant sein.

Alle diese Ueberlegungen führen zu dieser Forderung: die wesentlichen Merkmale des Beamtenbegriffs sind nicht in der Anstellung zu suchen. Unabhängig von der Anstellung müssen dem Beamtenbegriff seine Eigenheiten zukommen; die Merkmale müssen im Wesen der Sache selbst liegen. Jemand ist Beamter und wird deshalb angestellt oder wird als Beamter angestellt, nicht wird er Beamter, weil er angestellt ist.

Wir müssen also methodisch davon ausgehen, den Beamtenbegriff in seiner nicht internen Bedeutung zu analysieren, die so gefundenen Merkmale allgemein zu Grunde legen und sodann untersuchen, inwieweit dieser Beamtenbegriff in den einzelnen Gesetzen eine Erweiterung oder Einschränkung erfährt.

II. Analyse des externen Beamtenbegriffs.

Eine kurze Erörterung muß vorangeschickt werden. Wir hatten vorausgesetzt, daß der Beamtenbegriff ein vom Gesetz aufgenommener, nicht vom Gesetz geschaffener Begriff ist, daß daher dem Moment der Anstellung grundsätzlich nur Bedeutung für das interne Verhältnis zukommen kann, oder richtiger: daß die Anstellung kein dem Wesen des Begriffs entnommenes Moment ist. Dennoch kommt ihm eine gewisse Bedeutung zu, nämlich insoweit, als der Beamte nur unter der Voraussetzung der Anstellung als voller Beamter[14] anzusehen ist. Insoweit ist die von der Literatur fast durchweg stillschweigend acceptierte These richtig: niemand ist Beamter ohne Anstellung.

Aber umgekehrt, wenn die Anstellung allein jemanden noch

[14] Wir führen dafür unten Abschn. V den Begriff des Totalbeamten ein, neben dem es dann noch den des Partialbeamten gibt.

nicht zum Beamten machen kann, so muß grundsätzlich die Möglichkeit anerkannt werden, daß eine Anstellung erfolgt ist in der irrigen Voraussetzung, daß die betreffende Person auch Beamter ist; ja auch ein Gesetz kann die falsche Auffassung teilen, dieser oder jener Angestellte sei Beamter[15]. Die Tatsache der Anstellung enthebt uns also nicht der Untersuchung, ob der Betreffende auch wirklich Beamter ist. —

Eine Analyse des Begriffs muß von der Frage ausgehen: was unterscheidet den Beamten vom Nichtbeamten; oder dieselbe Frage anders gestellt: wo in dem Komplex unserer sozialen Begriffe ist diejenige Lücke, die nur von dem Begriff des Beamten ausgefüllt werden kann?

Die Stellung der Frage führt auf eine Antwort, die wohl unangreifbar sein dürfte: der Beamte kann nur im Staatsdienst stehen, nicht im Privatdienst. Wohl spricht man auch von einem Privatbeamten, doch ist hier nur die Benennung irreführend, die dem öffentlichen Recht entlehnt ist, und es ist anerkannt, daß wenn vom Beamtenrecht die Rede ist, der Privatbeamte nicht mit getroffen wird[16].

Aber diese Bestimmung, daß Beamter nicht ist, wer im Privatdienst steht, ist noch nicht ausreichend. Der Dienstherr an sich macht noch nicht die Eigenart des Dienstverpflichteten aus. Diese Bestimmung ist auch unvollständig, da der Staat vielfach selbst als Privatperson auftritt und es somit auch Privatangestellte des Staates gibt[17]. Im Staatsdienst stehen also nicht nur Beamte.

Die Tatsache, daß bei den Beamten nur der Staat, im übrigen aber jeder Private Dienstherr sein kann, ist nicht Grund-

[15] S. hierüber weiter unten.
[16] Vgl. Delius 156.
[17] S. u. Abschn. III.

lage für eine präzise Beantwortung unserer Frage; wir müssen schärfer fragen: inwiefern tritt der Staat als Dienstherr des Staatsbeamten uns anders gegenüber als der Private als Dienstherr des Privatangestellten (Privatbeamten)? Inwiefern enthält der Privatrechtsverkehr nicht die Lücke, die der Beamtenbegriff ausfüllt, sondern nur der öffentlich-rechtliche Rechtsverkehr?

Mit der so gestellten Frage stehen wir vor dem springenden Punkt. Wir hatten bereits darauf hingewiesen, daß der Staat auch Privatperson sein und Privatangestellte haben kann, insofern also Beamte nicht haben kann. Es kommt also auf den Unterschied an zwischen dem Staat als rein privatrechtlicher Person — z. B. eine staatliche Lotterieunternehmung, städtische Badeanstalt, Stellenvermittlung usw.[18] — und dem Staat als Staat. Das, was dem Staat Eigentümliches bleibt, wenn wir von seinem Auftreten als Privatperson absehen, ist der Moment der staatlichen Gewalt, die Staatshoheit. Der Staat als Verkörperung der organisierenden Gewalt tritt uns im Gegensatz zu der Privatperson entgegen. Er ist es, der das Privatrecht erst ermöglicht, ohne den die Privatperson wohl als Mensch, aber nicht als der Rechtsbegriff der Privatperson möglich ist, der sich selbst als Privatperson, als Fiskus ermöglicht.

Die öffentliche Autorität nun kann nicht aus sich funktionieren wie auch sonst keine juristische Person weder des öffentlichen noch des privaten Rechts; sie bedarf zum Funktionieren der Organe; diese Organe sind die unmittelbaren und mittelbaren Staatsbehörden und Staatsbeamten.

Der Beamte und die Behörden, (die selber wieder nur durch Beamte funktionieren) bilden also insofern selbständige Begriffe, als in ihnen der Staat

[18] Bedenklich Entsch. Goltd. Arch. 37. 306.

funktioniert, der Staat in seiner Eigenart als öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis.

Wir kommen somit dazu als wichtigstes Merkmal des Beamten hervorzuheben die Trägerschaft der Staatshoheit und zu betonen, daß der Inhalt seiner Tätigkeit die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte den Beamten ausmacht[19], [20]; ein Merkmal, das in der früheren Literatur auch eine gewisse Rolle gespielt hat, jetzt aber fast aufgegeben ist[21], [22].

Dieses Merkmal ist noch nicht erschöpfend; es bedarf noch der näheren Umschreibung und Bestimmung.

---

[19] Wenn BINDING 382[3] im Anschluß an HÄLSCHNER Gemeines Strafrecht II 1033 die notwendige Unrichtigkeit dieses Gedankens behauptet, weil die Definition auf den Inhaber jeden Amtes passe, so scheint mir das unrichtig; versteht man aber unter „jedes Amt" jedes Staatsamt, so hieße das völlig im Einklang stehen mit unserer Anschauung.

[20] Derselbe Gesichtspunkt, aber nach anderer Richtung hin durchgeführt bei JELLINEK, System der subj. öffentl. Rechte[2] 214.

[21] Dogmengeschichtliches bei LABAND 410 ff.

[22] Heute vertreten von ZORN, Staatsrecht I[2] 294/8 und RÖNNE-ZORN, Preuß. Staatsrecht I[5] 420, in der Zivilistik anerkannt von CONRAD, Pfändungsbeschränkungen 1906 S. 385. — v. KAMPTZ in Handwörterbuch der preuß. Verwaltung unter Beamter S. 194 sagt, es komme auf die Ausübung staatlicher Funktionen an, schränkt aber den Begriff S. 195 wieder ein durch die Bemerkung, daß es sich nicht um Dienstgeschäfte obrigkeitlicher Natur zu handeln braucht, sondern auch um solche technischer, wissenschaftlicher oder wirtschaftlicher Natur. — Aehnliche Gesichtspunkte angedeutet bei G. MEYER[6] Staatsr. 495 (s. aber 497!), LABAND 414 (aber 404!); für die Methode s. auch OLSHAUSEN § 359. 7. — DELIUS Beamtenhaftpfl. 158 spricht davon, daß gewisse Aemter immer von öffentlichen Beamten bekleidet werden können. Warum, wenn nicht auch hier der Gedanke durchbricht, daß der Inhalt des Amts den Träger zum Beamten macht? (den Gedanken selbst bekämpft DELIUS unmittelbar vorher). Noch deutlicher S. 159 im Anschluß an RGStr. 16. 378. — In der Praxis kommt dieser Gesichtspunkt häufig zur Geltung, z. B. PAREY, Rechtsgrundsätze III 354, das Recht 06 S. 575 Nr. 1405, OLG. München (Strafsachen) 07. 328. — Gegen unsere Anschauung z. B. G. MEYER 497, HÄLSCHNER 1034, FRANK, StrGB.[7] § 359. III, LABAND 404, BINDING 385, STAUDINGER-KUHLENBECK EG. Art. 77. 2a, v. KAMPTZ Rspr. d. OVG. II S. 381 (s. auch S. 396).

Die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte muß stets ein Handeln aus eigener Initiative sein, die Staatsgewalt muß dem Beamten zu eigener Handhabung übertragen sein.

Dieses weitere Merkmal liegt eigentlich schon im Wesen der Sache. Wir sind davon ausgegangen, daß der Staat zum Fungieren der Organe bedarf, d. h. der Behörden und Beamten. Der Beamte handelt nicht für den Staat, sondern durch den Beamten fungiert der Staat selbst. Das Fungieren des Staates besteht aber nur in dem autoritativen Moment; der Staat ist die Verkörperung der Macht; was von ihm auf den Beamten übergeht ist die Ermächtigung; das übrige, die Intelligenz, die die staatliche Macht beseelt, das Mechanische, das zum realen Wirken erforderlich ist, fügt der Beamte aus seiner Person hinzu, beides ist nicht dem Staat inhärent. Das, was die Tätigkeit des Beamten zur eigentlichen Beamtentätigkeit macht, ist gerade dieses autoritative Moment, die Tätigkeit des Regierens, Verwaltens im weitesten Sinne, die Tätigkeit des Ordnens, Anordnens [23].

Hierin liegt das Moment des Handelns aus eigener Initiative begründet. Nur dem Staat kommt das autoritative Moment zu; der Beamte kann darum seine Funktionsgewalt nur aus der Staatshoheit herleiten. In so weit er fungiert, fungiert der Staat selbst. Leitet der Beamte seine Funktionsgewalt aus der Funktionsgewalt eines Dritten her, so handelt er für den Dritten, und zwar so weit dieser Dritte ihn ermächtigt, aber es fehlt das wesentliche Moment, daß in ihm der Staat fungiert. Sein Handeln gilt als das Handeln jenes Dritten und höchstens als dessen Handeln wird es zur Funktion des Staates. Er entnimmt seine Gewalt nicht der Staatshoheit, handelt nicht aus eigener Initiative, ist nicht Beamter. Ist ihm aber von jenem Dritten

[23] Vorzüglich hierüber Jellinek, Syst. d. subj. Rechte[2] 224, gegen den Laband 407[2] m. E. nicht überzeugend polemisiert.

die Funktionsgewalt zu eigener Initiative gegeben, so hat dieser ihn damit zum Beamten gemacht, da er jetzt nicht mehr für den Dritten handelt, sondern nun den Staat direkt repräsentiert[24].

Derselbe Gedanke kommt zum Ausdruck in einer andern Gegenüberstellung. Der Beamte, der seine Funktion zu eigener Initiative hat, hat sein Amt dem Staat gegenüber zu eigener Verantwortung inne; für denjenigen aber, dem nur ein Handeln für einen Dritten übertragen ist, trägt dieser Dritte die Verantwortung[25].

Eine weitere Gegenüberstellung, die hiermit eng zusammenhängt, dürfte fruchtbar sein. Wir haben gesehen, daß dadurch, daß jemandem die autoritative Gewalt übertragen wird, dieser zum Beamten wird. Dieser Uebertragungsakt kann aus diesem Grunde, weil er eben jenes Beamtenverhältnis, d. h. ein Rechtsverhältnis öffentlich rechtlicher Natur begründet, nicht rein privatrechtlicher Natur sein; der Beamte ist nicht der nach dem Privatrecht Dienstverpflichtete. Kehren wir den Satz um: soweit jemand als Dienstverpflichteter für den Staat tätig ist oder auch nur tätig sein kann, kann seine Tätigkeit, weil ihr der obrigkeitliche Inhalt fehlt, der ihn zum Beamten machen würde, nicht eine amtliche Tätigkeit sein[26]. Der vielfach vertretene

---

[24] Dieses Moment der eigenen Initiative angedeutet bei RÖNNE-ZORN S. 421.

[25] Mit Recht ist dieses Moment in einer Entscheidung OLG. München (Strafs.) 03. 35 als Kriterium für die Beamteneigenschaft verwendet: ein Amtsoffiziant kann darum nicht Beamter sein, weil die alleinige Verantwortung für sein Handeln den Amtmann trifft. Vgl. auch RGStr. 5. 338. — Diesen Ausführungen stehen nicht die des RGStr. 2. 191 entgegen; denn damit, daß die Anstellung einer Person „auf Haft und Gefahr" eines Dritten genehmigt wird, ist nicht gesagt, daß der Angestellte nicht auch eigene Verantwortung habe. Zutreffend OLSHAUSEN § 359. 7. — Das Moment der eigenen Verantwortlichkeit findet auch bei OLSHAUSEN § 359. 9 Verwendung.

[26] Angedeutet bei LÖNING, Verwaltungsrecht 115; anders DELIUS, Be-

Satz: der Staat könne seine Funktionen sowohl Beamten als privatrechtlich Verpflichteten anvertrauen, kann von unserer Anschauung aus darum nicht als richtig anerkannt werden [27]. — Das Moment der eigenen Initiative kommt hier wieder zur Geltung. Wer privatrechtlich zu Diensten verpflichtet ist, handelt nicht aus eigener Initiative, sondern seine Initiative gilt als die Initiative dessen, für den er fungiert; nur wer der unmittelbare Träger seines Amts ist, kann darum wirksam aus eigener Initiative handeln.

Die hier ausgeführten Gesichtspunkte durften gerade für die praktische Frage, wer Beamter ist, fruchtbar sein. Eine kurze Abschweifung in das Gebiet des Praktischen zur weiteren Erläuterung dürfte sich darum wohl rechtfertigen.

Es bedarf nicht der Ausführung, daß nach unserer Anschauung rein mechanische Dienste nicht zum Beamten machen können. Wem daher ausschließlich solche Dienste aufgetragen sind, dem müssen wir den Charakter des Beamten absprechen. Das Ofenheizen, Aktenabschreiben oder -heften sind nur mechanische Dienste, sie können daher nicht in Ausübung staatlicher Gewalt erfolgen, und der Heizer wie der Kanzlist sind darum nicht Beamte [28], [29]. Und dieses Resultat wird nicht

amtenhaftpfl. 159 und 160 [1] und BRAND RBG. 1902 § 1. 2 IB. 5, woselbst eingehende Literaturangaben.

[27] Daher praktisch zu prüfen: Hat die betreffende Person obrigkeitliche Gewalt? Wenn ja, wie es bei dem einmaligen Auftrag einen Gefangenentransport auszuführen möglich sein kann, nicht aber notwendig zu sein braucht, so wird sie für diesen Zeitraum Beamter. — Anders RGStr. 5. 418 und BINDING 388 [1]. Würde BINDING den folgenden Fall auch als „völlig verirrt" ansehen: eine Privatperson wird statt mit einem einmaligen Gefangenentransport mit einer mehrtägigen Vertretung des Gefangenenaufsehers betraut? Aehnliche Fälle OLG. München (Strafsachen) 6. 451, 9. 107 (s. aber auch 2. 519) und 7. 528, bei welchen Entscheidungen allerdings z. T. auch andere Gesichtspunkte hineinspielten.

[28] Sie stehen überhaupt nicht zum Staat in einem Rechtsverhältnis, sondern zum Justizfiskus; sie sind, wie unten Abschn. III ausgeführt wird, Staatsangestellte.

dadurch alteriert, daß die Tätigkeit des Heizers oder Kanzlisten öffentlich-rechtlichen Zwecken dient, ein Gesichtspunkt, der zuweilen zur Begriffsbestimmung des Beamten herangezogen wird[30].

Mechanische Dienste können darum auch nicht den Inhalt eines „Amts" ausmachen. Zum Innehaben eines Amts ist erforderlich, daß jemandem eine Tätigkeit „als Amt" aufgegeben ist, d. h. in bestimmtem Umkreise die Uebertragung eines Anordnens. Es muß ihm ein Wie der Ausführung obliegen. Man spricht auch im täglichen Leben nicht etwa von dem Amt des Messerputzens, wohl aber von dem Amt der Wirtschaftsführung, weil hiermit ein autoritatives Handeln, ein Handeln aus eigener Initiative verbunden ist, während dort von einem „eines Amtes Walten" keine Rede sein kann.

Freilich ist damit, daß jemand mechanische Dienste verrichtet, noch nicht gesagt, daß er nicht Beamter ist — allerdings tritt er insofern uns nicht als Beamter entgegen. Er kann aber aus einem andern Grunde Beamter sein[31]. Der Nachtwächter ist insofern er den Wachtdienst ausübt, nur mechanisch tätig und nicht Beamter, denn das kann schließlich ein Hund auch. Beamter ist er aber insofern, als er selbst das zur öffentlichen Sicherheit Erforderliche anordnet und seine Anordnung selbst vollstreckt. Darin unterscheidet er sich von

---

[29] Anders RGStr. 23. 405 und 5. 338, LABAND 408, BINDING 383, BRAND RBG. § 1. 2 I B 5 und die dort Zitierten. Siehe auch ARNDT RBG. § 1[3] gegen Zorn. — Für die Arbeiter einer Kgl. Pulverfabrik zutreffend RG. das Recht 07. 326, vgl. Delius 167.

[30] Z. B. MELTZ 9, CRUSEN-MÜLLER, Preuß. Ausf.Ges. Art. 72 II A 2, S. 618.

[31] So wird ein Schleusenmeister gleichzeitig Beamter der Wasserpolizei sein. Läßt er sich für die mechanische (nicht obrigkeitliche) Leistung des Durchschleusens eines Schiffes ein Geschenk geben, so nimmt er es für eine nicht obrigkeitliche Tätigkeit und es liegt so wenig Bestechung vor wie bei einem Privatbeamten Bestechung vorliegen kann. Anders RGStr. 14. 346.

einem bloßen Privatwächter, der nur die Gewalt seines Dienstherrn, dessen Hausrecht ausübt[32].

Zahlreiche „niedere Beamte“ sind darum Beamte, obwohl sie vorzugsweise mechanisch tätig sind. Der Gerichtsdiener z. B. hat eines Amtes aus eigener Initiative zu walten, wenngleich er meist nur auf Anordnung eines Vorgesetzten mechanisch tätig wird. Sobald aber etwa ein Vorgesetzter nicht zur Stelle ist, zeigt sich die obrigkeitliche Natur seines Dienstes[33]; so ist er z. B. während der Gerichtshof berät, im Gerichtssaal der Inhaber der Polizeigewalt genau so wie der Polizist auf der Straße. Ein Gleiches gilt vom Boten staatlicher Behörden, nie aber vom Heizer, Schreiber, Buchhalter[34] usw.

Auch umgekehrt muß man sich hüten, denjenigen gleich für einen Beamten zu halten, der in seiner Funktion eine gewisse Selbständigkeit hat. Die Krankenfürsorge ist heute, worauf ich unten zurückkomme, ein obrigkeitlicher Geschäftskreis. Wenn etwa der Oberarzt eines kommunalen Krankenhauses einem angestellten Arzt eine Krankenbehandlung aufträgt, so hat der Arzt trotz der Selbständigkeit seiner Tätigkeit doch keine anordnende Gewalt, kein Amt, während der anordnende Oberarzt ihm die Behandlung seinerseits in seiner Funktion als Beamter aufgetragen hat. Obwohl er ganz über das Wie der Behandlung zu entscheiden hat, sind seine Dienste doch, wenn auch nicht mechanisch, so doch Dienste rein privatrechtlicher Natur. —

Das Resultat unserer Ausführungen ist: der Inhalt und nur der Inhalt der Tätigkeit macht deren

---

[32] Nicht völlig einwandsfrei darum die Ausführungen des OLG. München (Strafs.) 8. 419 und 1. 99.

[33] Anders wohl bei sonstigen Dienern, z. B. dem Eisenbahnstationsdiener, Schuldiener usw.

[34] Anders z. B. OVG. 16. 158 hinsichtlich eines Bürovorstehers der Aeltesten der Kaufmannschaft.

Subjekt zum Beamten, nicht die Anstellung. Ja, es kann jemand, dem nicht obrigkeitliche Funktion obliegen, gar nicht als Beamter angestellt werden, und ein etwaiger Anstellungsakt macht den Betreffenden nicht zum obrigkeitlichen Beamten, ist vielmehr nur geeignet, bis zu einem gewissen Grade ihm die Rechte und Pflichten eines Beamten aufzuerlegen, wie des näheren unten ausgeführt werden wird [35].

Selbst jenen letzten Schritt glauben wir machen zu müssen: auch das Gesetz ist nicht imstande, eine Person, die nach dem Wesen ihrer Tätigkeit nicht Beamter ist, zum Beamten zu machen, so wenig wie es entsprechend jemanden etwa zur Militärperson machen kann [36] [37]. Es können durch ein solches Gesetz [38] wie durch einen entsprechenden Anstellungsakt eines Nichtbeamten, gewisse Rechte und Pflichten normiert werden, mehr aber nicht. So bleiben z. B. die Rechte Dritter unberührt; und wenn etwa durch Gesetz gewissen Reichsbankbeamten die Stellung von Beamten verliehen wird — während sie es m. E. dem Wesen ihrer Tätigkeit nach nicht sind — so kann sich ein Delinquent, der einen solchen Beamten genötigt hat,

---

[35] Wie auch das Umgekehrte — Ausschluß der Beamteneigenschaft in der Bestellungsurkunde — völlig irrelevant sein muß. Vgl. DELIUS 159, RGStr. 16. 378, OLSHAUSEN § 359. 7. Siehe auch den interessanten Fall, den BINDING 389/90 Anm. 3 aufführt.

[36] Anders DELIUS 153, wonach über die Qualität als Beamten das Reichsbeamtengesetz zu entscheiden haben soll. Auch wenn dieses Gesetz dies wollte — es setzt übrigens m. E. den Begriff voraus, vgl. LABAND 401 — so würde eine solche Bestimmung doch ohne Bedeutung sein. Ein besseres Beispiel würde der Lehrer sein, der nach ALR. II 12 § 65 Beamter sein soll. Weitere Beispiele siehe bei ARNDT, Reichsstaatsrecht S. 34.

[37] Vgl. auch LABAND 408: „Für das Reichsrecht ist es durch das durch Verordnung vom 30. 6. 73 publizierte Verzeichnis der Reichsbeamten unzweifelhaft, daß auch die Unterbeamten zu den Reichsbeamten gehören."

[38] Solche Gesetzesbestimmungen sind erlassen für die Reichstags- und Reichsbankbeamten; vgl. Ges. v. 31. 3. 73 § 156 und vom 14. 3. 75 § 28 (Bankgesetz). In beiden Gesetzen übrigens die vorsichtige Fassung: . . . haben die Rechte und Pflichten der Reichsbeamten.

wohl darauf berufen, daß der Betreffende nicht Beamter ist und daher nicht Beamtennötigung vorliegt [39].

Wir kommen auf Grund unserer Ausführungen zu folgender Definition des Beamten:

Beamter ist der im Umfange seines Amtes autoritative Träger der Staatsgewalt.

Das Moment der Anstellung hat, wie schon erwähnt, ausgeschaltet werden müssen. Auf andere Momente, die in andern Definitionsversuchen auftreten, ist hier nicht der Ort, kritisch näher einzugehen, zumal da in obigen allgemeinen Ausführungen implicite zu ihnen Stellung genommen ist. Es sei nur kurz erwähnt, daß nach unserer Anschauung weder Dauer des Dienstes erforderlich ist [40] — auch ein vorübergehend engagierter Gefangenenhilfsaufseher [41], selbst der Schöffe und Geschworene sind m. E. soweit sie tätig sind, als Beamte tätig [42] — noch ist es ausreichend, daß ihre Tätigkeit öffentlich-rechtlichen Aufgaben gewidmet ist [43]. Auch die Unterordnung unter eine vor-

---

[39] Anders anscheinend herrschende Meinung, z. B. LABAND 412.

[40] Anders BRÜCKNER, Das Recht 08, 465; REHM Hirths Ann. 00, 380; G. MEYER, Staatsr. 495; CRUSEN-MÜLLER, Preuß. Ausführ.Ges. S. 618, BRAND RBG. 1902 § 1. 2 I B 2 mit eingehenden weiteren Literaturangaben. Vgl. auch OVG. 13. 124.

[41] S. o. Anm. 27.

[42] Die Gegenmeinung wird vielfach — z. B. von NÖLDEKE GRUCHOT 42. 816 — darauf gestützt, daß Schöffen und Geschworene geradeso wie der Wehrpflichtige, nicht freiwillig, sondern in Ausübung ihrer Untertanenpflicht tätig werden, ohne in ein Beamtenverhältnis treten zu wollen. Dieses Moment ist beachtenswert, m. E. aber doch nicht entscheidend. Zwar sind die meisten Beamten freiwillig Beamte, doch läßt sich aus dem Wesen des Beamtenbegriffs kein Grund herleiten, daß nicht auch jemand gegen seinen Willen zum Beamten sollte gemacht werden können, und nicht nur für eine vorübergehende Tätigkeit. Ein treffendes Beispiel ist die innerhalb der gesetzlichen Dienstzeit zum Unteroffizier beförderte Militärperson.

[43] Unzutreffend TURNAU RBG.[2] § 1 Anm. 3.

gesetzte Behörde, die Einordnung in ein Gewaltverhältnis, dürfte — wenngleich das Merkmal meist zutrifft — nicht zur Definierung geeignet sein[44], da sie eine **Folge** des Beamtenverhältnisses ist, nicht aber dieses erst begründet oder gar dessen Inhalt ist[45 46]. Das Gewaltverhältnis hat zur Voraussetzung, daß der Beamte sich in die Gewalt begibt, da andernfalls bei den Beamten, die nicht freiwillig Beamte werden, der staatsrechtliche Grundsatz der Freiheit der Person angetastet werden würde[47]. Konsequenz ist, daß z. B. gegenüber dem Schöffen und Geschworenen ein Disziplinarrecht nicht statthat[48]. Auch sonst findet es sich übrigens, daß bei einer Beamtenanstellung die Einordnung in ein **Gewaltverhältnis** nicht vorliegt, so insbesondere bei Ehrenbeamten.

Die beiden Momente, die in unserer Definition des Beamten

---

[44] Dieses Moment findet sich vielfach, z. B. REHM Hirths Ann. 1900, S. 381 (siehe auch S. 387); BRÜCKNER, Das Recht 08. 465; BINDING 383; TURNAU RBG.[2] § 1[3].

[45] und außerdem bei gewissen Beamten — zumal den höchsten Beamten — nicht zutrifft. Der Bundesratsbevollmächtigte, der gewillkürte Stellvertreter des Monarchen, vielleicht auch der mit einer diplomatischen Mission Betraute üben staatshoheitliche Funktionen aus und sind darum Beamte, auch wenn man annimmt, daß ein Dienstgewaltverhältnis nicht begründet wird (was mir übrigens nicht so selbstverständlich scheint, als es nach BINDING 387 scheinen möchte. Darum dürfte auch der Gedanke BINDINGS a. a. O., daß alle durch öffentlich-rechtlichen Auftrag zur Führung von Staatsgeschäften Berufenen aus dem Kreise der Beamten ausscheiden, vom Gesichtspunkt der Methode aus angreifbar sein).

[46] Vgl. auch LABAND 405.

[47] Strenger genommen muß man scheiden zwischen den Beamten, die gegen ihren Willen Beamte werden (z. B. Hamburgische Senatsmitglieder, vgl. BINDING 384 und beförderte Wehrpflichtige) und denen, die ein Amt anzunehmen **verpflichtet** sind (z. B. Schöffen und Geschworene). Siehe BINDING a. a. O., HÄLSCHNER 131/2; zu allgemein OLSHAUSEN § 359. 2.

[48] Im übrigen aber gilt volles Beamtenrecht. Der Schöffe oder Unteroffizier, die in Ausübung ihres Amtes eine Unterschlagung begehen, sind wegen Amtsunterschlagung zu bestrafen und können sich nicht darauf berufen, daß sie ihr Amt nicht freiwillig innehaben.

zum Ausdruck kommen, daß zum Inhalt die Ausübung staatlicher Gewalt zur Form die Autorität in seiner Stellung erforderlich ist, ist früher in der Litteratur als Merkmal des Beamtenbegriffs mehrfach hervorgehoben worden, neuerdings aber fast aufgegeben[49]. Innere Gründe lassen sich m. E. für die Unrichtigkeit dieser Begriffsbestimmung nicht anführen. Der Grund für die Ablehnung dieser Anschauung[50] dürfte nur darin zu finden sein, daß man mit dieser Begriffsbestimmung offenbar nicht allen Phänomenen des Beamtenrechts gerecht wird. Statt daraufhin aber diese Definition zu verwerfen, sollte man vielmehr untersuchen, ob nicht hier oder da das Gesetz den Beamten in einem ganz andern Sinne nennt. Dazu sollen die folgenden Ausführungen dienen; es wird sich herausstellen, daß allerdings die Gesetze mehrere Beamtenbegriffe kennen. Wir werden den oben gefundenen engen Beamtenbegriff zu Grunde legen und ihn im einzelnen auf Grund der ratio legis zu erweitern haben und so einen Ausgleich finden, der die Klippen vermeidet, an denen unsere Lehre bei zu strikter Anwendung unseres Beamtenbegriffs scheitern würde, an denen aber auch die herrschende Lehre, insbesondere bei ihrer Anwendung im Strafrecht, vielfach gescheitert ist.

Dieser Gedanke, daß wir je nach dem Gebiet, in dem der Beamtenbegriff relevant wird, den allgemeinen Begriff des Beamten modifizieren müssen, ist von größter praktischer Tragweite. In der Literatur hat er bisher nur vereinzelt und nur

---

[49] Heute ist besonders ZORN Vertreter dieser Ansicht, vgl. Staatsrecht I[2] 294 und RÖNNE-ZORN, Preuß. Staatsrecht I[5] 420. In gleicher Richtung auch die Ausführungen von JELLINEK, Syst. d. subj. öffentl. Rechte[2] 214.

[50] Ausdrücklich abgelehnt von BINDING 385, G. MEYER 497 (vgl. aber 495), LABAND 404, ARNDT RBG. 1908 § 1[3], DELIUS, Beamtenhaftpflicht 158, BRAND RBG. § 1. 2. I B 5, OLSHAUSEN § 359. 4, STAUDINGER-KUHLENBECK EG. Art. 77. 2a, vgl. ferner aus der Rechtsprechung OLG. München (Strafs.) 07. 328, v. KAMPTZ, Rspr. d. Oberverwaltungsgerichts II 381 und 394.

nebenbei Anerkennung gefunden. Es seien genannt: Binding[51], der die Verschiedenheit im Staats- und Strafrecht, Meltz[52], der die vom Straf- und Privatrecht hervorhebt; in der Regel wird ausdrücklich oder stillschweigend angenommen, daß der Beamtenbegriff durchweg homogen ist[53].

Ehe wir auf die einzelnen Rechtsgebiete eingehen, empfiehlt es sich, erst der einzelnen Unterscheidungen herauszuarbeiten, die in den speziellen Ausführungen eine Rolle spielen werden.

III. Beamter und Staatsangestellter.

Wenn allgemein gelehrt wird, der Fiskus sei der Staat sofern er im privatrechtlichen Verkehr in Erscheinung tritt, so ist diese Lehre zwar nicht falsch, ist aber eher geeignet, die Frage des Verhältnisses von Staat zu Fiskus zu verdunkeln, statt sie aufzuhellen.

Der Begriff des Fiskus ist ebensowenig einheitlich wie der des Beamten; mit dem Worte Fiskus werden zwei verschiedene Begriffe bezeichnet.

Nehmen wir den Begriff des Staates in der Bedeutung, in der wir ihn oben zur Herleitung des Beamtenbegriffs zu nehmen genötigt waren, als die Verkörperung oder den Träger der Staatshoheit, den Staat als Gewaltverhältnis, so erfordert dieser Begriff des Staates einen Begriff des Fiskus, der im eigentlichsten Sinne von obiger Definition getroffen wird: Fiskus ist der Staat als Subjekt im privaten Rechtsverkehr. Der Staat tritt in einer Reihe von Phänomenen in Erscheinung, die in das Privatrecht hineinragen: das Rechtswesen, Militärwesen, Finanzwesen usw. In all diesen Institutionen ist es der Staat als solcher, der als Subjekt auftritt. Der Staat kann nicht abstrakt als Staat fungieren, er bedarf der Gerichts-

[51] S. 388; siehe auch LABAND 404.

[52] Beamtenhaftpflicht nach § 839. 1904, S. 9.

[53] Z. B. für das Strafrecht speziell von HÜLSCHNER II 1099, FRANK § 359. I, OLSHAUSEN § 359 1/2.

gebäude, Kasernen, muß Beamte anstellen, die für ihn fungieren usw. Insoweit er, der Staat, privatrechtliches Subjekt sein muß, wird er mit dem Wort Fiskus bezeichnet. Fiskus und Staat sind nicht verschiedene Begriffe: der Fiskus ist nichts als das abstrakte Medium, das Privatrechtsbeziehungen zum Staat vermittelt. Subjekt ist nicht der Fiskus sondern der Staat, der stets hinter ihm steht.

Daneben aber tritt der Fiskus noch in anderer Weise auf. Wenn eine Stadt eine Badeanstalt oder ein Stellenvermittlungsamt errichtet oder der Staat einen Bergbau oder — was vielleicht in gar nicht allzuweiter Ferne liegt — Warenhäuser betreibt, so hat das mit den Staatsfunktionen gar nichts zu tun. Das Subjekt, das hier auftritt, ist gar nicht ein öffentlichrechtlicher Begriff; sondern rein privatrechtlich, d. h. privatrechtlich nicht nur, soweit er am Rechtsverkehr teilnimmt, sondern in seinem Wesen, seinem Ursprung. Gerade so, wie etwa ein gemeinnütziger Verein, der eine Wärmehalle, oder eine Badeanstalt betreibt, völlig im Privatrecht wurzelt, wenn er auch gemeinnützige Zwecke verfolgt, so der Staat.

Genau genommen ist es überhaupt nicht der Staat, der hier auftritt. Der Staat erschöpft sich in seinen öffentlichrechtlichen Zwecken, in der Ausübung seiner Autorität, aber neben dem Staat bekommt hier der Fiskus seine selbständige Bedeutung. Indem der Staat sich als Fiskus als privatrechtliches Phänomen setzt, hat er den Fiskus als Privatperson geschaffen, hat die Möglichkeit geschaffen, daß der Fiskus nun auch als Fiskus, nicht nur als privatrechtliche Erscheinungsform des Staates, auftritt.

Der Staat hat außerhalb seiner öffentlich-rechtlichen Sphäre nichts zu suchen, der Fiskus kann sich in dieser Sphäre frei bewegen. Sofern nun der Fiskus nur als Fiskus

auftritt, steht hinter ihm nicht der Staat, nicht die Staatsgewalt. Der Fiskus ist vielmehr selbständig eine juristische Person des öffentlichen Rechts, wie etwa die Wald- oder Jagd- oder Berufsgenossenschaften privatrechtliche Personen des öffentlichen Rechts sind. Sie alle wurzeln wohl im öffentlichen Recht, nicht aber in der Staatsgewalt, und nichts von der Staatsgewalt verkörpert sich in ihnen. Das Rechtsband knüpft sich an den Fiskus und es geht nicht bis zum Staat zurückzuverfolgen wie in den Fällen, in denen der Fiskus als privatrechtliche Erscheinungsform des Staats auftritt [54].

Diese Doppelheit des Begriffs Fiskus führt uns zu einer wichtigen Scheidung im Begriff des Staatsangestellten. Wer im eigentlichen Sinne vom Staat angestellt ist — vermittelt durch den Fiskus — wer durch diese Staatsanstellung Staatsorgan wird und Träger eines Teils der Staatsgewalt, ist Beamter im engeren Sinne. Wer vom Fiskus als solchem angestellt ist, ist nicht eigentlicher Staatsangestellter als vielmehr Fiskalangestellter; er ist Angestellter einer Privatperson und nimmt höchstens im Verhältnis zum Fiskus diejenige Stelle ein, die sonst dem Beamten zukommt. Er ist aber nicht Beamter, ist es so wenig wie irgend ein Privatbeamter es ist. Er ist Privatbeamter des Fiskus.

Um den irreführenden Ausdruck Fiskalbeamter oder Fiskalangestellter zu vermeiden, sei im folgenden für Beamte dieser Art der terminus technicus „Staatsangestellter“ angewandt, während unter „Beamter“ stets der oben entwickelte Begriff des Beamten (Beamter im engeren Sinne) verstanden werden soll.

Von dem Rechtsverhältnis des Staatsangestellten ist wiederum zu scheiden das Dienstverhältnis des privat-

[54] Ueber die Verschiedenheit der Begriffe des Fiskus vgl. auch Delius S. 5/6. Delius will allerdings nur auf eine Verschiedenheit der staatlichen Funktionen hinaus.

rechtlich Dienstverpflichteten. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Fiskus und dem Staatsangestellten ist, sofern wir nur das innere Verhältnis in Betracht ziehen, ein Beamten- (Privatbeamten)verhältnis, nicht ein Dienstvertrag. Gewisse Dienste kann der Fiskus sich aber auch vermittels eines privaten Dienstvertrages verschaffen, so wie jede andere Privatperson auch. Die so Verpflichteten — Lohnschreiber, Hilfsheizer usw., oft der Gefängnisarzt[55] — stehen zum Fiskus in einem Dienstverhältnis, nicht aber in einem Anstellungsverhältnis. Ihr Verhältnis zu den Staatsangestellten ist dasselbe, wie es sich auch im Privatrechtsverkehr findet. Auch dort gibt es fest angestellte Privatbeamte, die den Staatsangestellten entsprechen, und neben diesen die im bloßen Dienstverhältnis, nicht Anstellungsverhältnis, beschäftigten Personen.

IV. Der Extern- und der Internbeamte.

Wie oben ausgeführt, sind die Funktionen des Staats zu teilen in die seinem Begriff nach wesentlichen — Ausübung der autoritativen Gewalt — und in die seiner privatrechtlichen Persönlichkeit, des Fiskus. Wollte man das soziale Leben den sozialen Begriffen gemäß ordnen, so würde die Wirklichkeit dieselben reinlichen Scheidungen aufweisen wie das System der Begriffe. Die Wirklichkeit aber ist anders. Der Staat hat nun einmal eine Reihe von Unternehmnngen in die Hand genommen und deren Verwaltung insbesondere die finanzielle in den Organismus des Staats eingegliedert. Es bestehen also gewisse Berührungspunkte zwischen dem Staat und den von dem privatrechtlichen Subjekt „Fiskus“ geleiteten Institutionen.

Soweit eine Behörde oder ein Beamter völlig innerhalb der Institution stehen, handelt es sich um reine Privatbehörden und Privatbeamte des Fiskus. Steht die Behörde oder der Beamte

[55] Vgl. Binding 387.

aber gerade innerhalb jenes Berührungsgebiets, vermitteln sie gerade diese Berührung, dann haben wir es mit solchen Behörden und Beamten zu tun, deren Stellung nach zwei Seiten charakteristisch sind. Zu jener Institution und überhaupt nach außen hin funktionieren sie nur als Organ jener Institution, in der nichts von Staatsgewalt verkörpert ist, nach innen aber, im Verhältnis zur Staatsverwaltung, sind sie dem Staatsorganismus der Verwaltung eingegliedert und somit selbst Staatsorgan. Die Personen sind nach außen nicht, nur nach innen Beamte: Internbeamte.

Das Verhältnis wird veranschaulicht durch die Parallele mit den Privatunternehmungen. Soweit die Parallele zu führen ist, soweit handelt es sich um Privatbeamte des Fiskus; wo aber die Parallele aufhört und ein Analogon im Privatrechtsverkehr nicht zu finden ist, weil es an jenem öffentlichrechtlichen Moment fehlt, dort ist die Möglichkeit für das interne Beamtenverhältnis gegeben.

Eine Badeanstalt kann von der Kommune wie von einem Privaten errichtet werden. In beiden Fällen würden die Anstaltsbeamten sich entsprechen. Das geht bis zum Direktor. Auch die städtische Badeanstalt hat einen Direktor, der zur Stadt steht wie jener Direktor zum Unternehmer. Dann aber gibt es noch eine Zentraldirektion, die im Privatrechtsverkehr fehlt, in welcher die Fäden, die das Privatinstitut des Fiskus mit der kommunalen Verwaltung verbinden, zusammenlaufen; die Stelle wo der Fiskus dem Staat (der Kommune) Rechenschaft ablegt (bei kleineren Kommunen ist der Direktor selbst diese Zentrale). Die Organe dieser Behörde sind zwar Staatsbeamte, sie fungieren nach außen aber nur als Organe der Privatinstitution, als fiskalische Angestellte. — So auch bei Reichsbeamten. Alle höheren Beamte der Reichsbank z. B., sofern deren Aufgaben sich nicht erschöpfen in ihrem Verhältnis zur Reichsbank als privatem Institut des Reichs, stehen dem Publikum nicht

anders gegenüber als die höheren Beamten der großen Privatbanken auch; dem Staat gegenüber sind sie aber Staatsbeamte, da sie innerhalb der staatlichen Finanzverwaltung stehen. Aber sie sind nicht Organe der Finanzverwaltung, also nicht schlechthin Beamte, sondern Organe der Reichsbank, und als solche nur Internbeamte.

Die Bedeutung dieser Scheidung in Extern- und Internbeamte liegt vorzugsweise auf dem Gebiet des Strafrechts. Der Internbeamte kann z. B. nicht Objekt eines Beamtenwiderstandes sein, wohl aber kann er sich bestechen und sonstige Vergehen im Amte sich zu schulden kommen lassen [56].

V. Der Total- und Partialbeamte.

Der Privatmann, der die Dienste eines andern in Anspruch nehmen will, hat zwei Wege, sie sich rechtlich zu sichern. Er kann die ganze Person sich verpflichten, die damit mit ihrer ganzen Arbeitskraft in den Dienst des Anstellenden tritt und der er ganz nach seinem Willen Dienste irgend welcher (oder auch nur vereinbarter) Art auftragen kann; so der Gesindedienstvertrag, die Verpflichtungsverträge des Portiers, des Reisenden usw.

Dem stehen gegenüber solche Dienstverträge, die nicht die ganze Person des Verpflichteten in Anspruch nehmen, sondern nur gewisse Dienstleistungen von ihm verlangen. So die Dienstverträge mit Aerzten, Rechtsanwälten, wissenschaftlichen Beiräten, sofern nicht die Sätze über den Werkvertrag zur Anwendung kommen. Die Person des Verpflichteten steht außerhalb des eigentlichen Dienstvertrages, wenngleich die Dienste persönlich geleistet werden müssen.

Entsprechend ist die Art wie der Staat sich der Dienste seiner Beamten versichert. Der Staat kann die ganze Person des Beamten in Anspruch nehmen. Der Angestellte wird

[56] Anders die oben Anm. 55 zitierten Autoren.

dadurch Beamter gleichviel in welchem Maße seine Tätigkeit gefordert wird. Der Staat kann ihn unbeschäftigt lassen, kann ihn zur Disposition stellen — der Beamte ist und bleibt Beamter, Beamter selbst wenn er amtlich nicht tätig ist. Der Staat hat auch ein Interesse daran, in der Regel die ganze Person des Beamten von dem Verpflichtungsverhältnis umspannen zu lassen. Denn der Beamte fungiert als Organ des Staats, er repräsentiert ihn. Die völlige Einbeziehung seiner ganzen Person gibt dem Staat die Garantie einer durch die eigene Interessen unbeeinflußten Pflichterfüllung, einer Einsetzung seiner ganzen Person für das Amt; sie gibt ihm aber auch Garantie eines entsprechend würdigen Auftretens. Gehört der Beamte dem Staat mit seiner ganzen Person an, dann kann auch der Staat ganz für seine Beamten eintreten, kann ihn äußerlich in die Umstände versetzen, die ihm ein würdiges Auftreten ermöglichen. Im Zweifel wird daher der Beamte Totalbeamter sein.

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Staat einen Privatmann zu seinem Organ machen will, ohne ihm seine Stellung als Privatmann zu nehmen; sei es, weil es sich nicht lohnt, eine Person mit ihrer ganzen Arbeitskraft in Anspruch zu nehmen, sei es, weil es den Umständen nach nicht geeignet ist. Zu dieser Art von Staatsorganen gehören die Handelsrichter, ländliche Standesbeamte, Konsuln usw. Dieser Personen versichert sich der Staat nur für gewisse Dienste und nur insoweit stehen sie in einem Beamtenverhältnis. Während der Totalbeamte mit seiner ganzen Person aus der Privatrechtssphäre herausgehoben wird, bleibt der Beamte dieser Art, der Partialbeamte, gerade völlig in ihr und verläßt sie nur, soweit er als Staatsorgan fungiert. Jener ist innerhalb und außerhalb seines Dienstes Beamter, dieser nur innerhalb seines Dienstes.

Jener ist mit seiner ganzen Person Träger der staatlichen Autorität, dieser nur als Verwalter seines Amts [57].

Eine ähnliche sachlich immerhin etwas abweichende Unterscheidung wie die unsrige findet sich in der Literatur zuweilen, die Scheidung in Berufs- und andere Beamte. Das Moment des Berufs aber scheint mir doch das Wesentliche nicht zu treffen. Leider ist von keinem Autor die Bedeutung dieser Scheidung eingehend ausgeführt [58]. Man begnügt sich mit der Bemerkung, auf den Nichtberufsbeamten finde das Beamtenrecht nur zum Teil Anwendung [59].

Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt im Gebiete des Staats- und des Strafrechts.

VI. Einige praktische Streitfragen.

Wir haben die allgemeinen Erörterungen zu Ende geführt. Es soll nun nicht unsere Aufgabe sein, im einzelnen sämtliche Kategorien der Beamten durchzugehen und auf ihre Zugehörigkeit zu den verschiedenen Arten zu prüfen. Es wäre das eine Aufgabe, die zu den ermüdendsten Einzeluntersuchungen führen würde. Es dürfte aber angebracht sein, einzelnen grundlegenden Fragen nach der Seite der Praxis hin nachzugehen und die Beamtenqualität einiger besonders wichtiger Beamtenkategorien, soweit sie in der bisherigen Praxis von Bedeutung geworden ist, zu untersuchen.

Wir sind oben von dem Gedanken ausgegangen, daß Beamter nur der ist, der ein Stück Staatsgewalt autoritativ ausübt.

---

[57] Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck in der preuß. Schiedsmannsordnung vom 29. 3. 79 § 6, wo es heißt: „Die Schiedsmänner haben bei Ausübung ihres Amtes die Rechte der Beamten."

[58] Vgl. z. B. G. Meyer, Staatsrecht 498, Laband 409 Anm. 2.

[59] Ab und zu findet sich dieser Gedanke stillschweigend verwertet. So sagt z. B. Binding 391: „Ist ein Hofbeamter . . . zum Standesbeamten für die fürstliche Familie ernannt worden, so erhält er insoweit Beamtencharakter.

Wir haben sodann den Unterschied des eigentlichen Beamten vom Privatbeamten des Fiskus erörtert. Es erhebt sich nun die Frage: wann handelt es sich um staatliche Funktionen, wann um private?

Die Beispiele, die wir bisher zur Erläuterung angezogen haben, dürften allerdings meist zu Zweifeln keinen Anlaß geben. Daß die Verwaltung im engeren Sinne, Regierung, daß die Rechtssprechung, die Diplomatie, das Militärwesen usw. Gegenstand staatlicher Funktionen sind, ist gewiß. Ebenso, daß der staatliche Bergbau, städtische gemeinnützige Unternehmungen, die königliche Porzellanmanufaktur, die Seehandlung usw. Privatunternehmungen des Fiskus sind. Bei der Reichsbank, die wir oben zu den Privatunternehmungen gezählt haben, könnte man vielleicht schon zweifeln, und mit mehr Recht noch bei den Museen, Reichsdruckerei, Münze, Unterrichtswesen, Feuerwehr, Post, Börsen, Handelskammern, Krankenhäusern usw. Gibt es hier allgemeingültige Merkmale, nach denen sie mit Sicherheit richtig subsumiert werden?

Allgemeingültige Merkmale gibt es m. E. nicht, dennoch möchten folgende Ueberlegungen eine Handhabe ergeben, die die Entscheidung mancher Kontroverse ermöglichen dürfte.

Es läßt sich nicht immer aus den Begriffen herleiten, welche öffentlich-rechtlichen Funktionen als Staatsfunktionen anzusehen sind; höchstens, daß man einen gewissen Kreis von Funktionen als von dem Begriff des Staates nicht trennbar nachweisen könnte, die also bei jedem Staat zu finden sind. Dieser Kreis aber ist eng, und schon bei derjenigen Funktion, die wir dem Staate ziemlich als am wesentlichsten zuzuschreiben gewohnt sind, bei der Rechtsprechung, lehrt uns die Geschichte, daß sie keinesfalls seit der Existenz des Staates staatlich war. Bei dem Unterrichtswesen zeigt heute noch ein Blick auf manche Staaten, daß es noch nicht überall öffentlich, sondern rein privat ist.

Wir haben darum im einzelnen zu fragen, ob eine gewisse

Institution als staatliche — nicht nur fiskalische — anzusehen ist.

Ein m. E. zwingendes Merkmal dafür ist die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einem gewissen Fungieren. Wie schon erwähnt, ist eine derartige Verpflichtung a priori nur insoweit herzuleiten, als sie aus dem Staatsbegriff fließt; im übrigen entscheidet in erster Linie das Gesetz, insbesondere die Staatsverfassung. Wo durch Gesetz irgend eine Institution zur Staatsinstitution gemacht ist, haben wir es auch mit einem Fungieren der Staatsgewalt zu tun. Ein Beispiel ist das Unterrichtswesen. Die Schulpflicht ist dem Gesetz zufolge eine staatsbürgerliche Pflicht [60]. Ihr entspricht die staatliche Pflicht, Unterricht zu erteilen. Die öffentlichen Schulen sind keine Gefälligkeitsorganisationen des Fiskus, sondern unmittelbare Organe des Staats, im Gegensatz etwa zu Kunstschulen, Musikinstituten usw., zu deren Unterhaltung der Staat nicht staatsrechtlich verpflichtet ist, und die nicht, wie die Volksschulen, ein Gewaltverhältnis zu dem Staatsbürger vermitteln. Ein anderes Beispiel ist das Impfwesen. Der Impfzwang ist auf der einen Seite ein Impfduldungszwang, auf der andern eine Impfungspflicht des Staates, der dieser als Staat, nicht als Fiskus, nachzukommen hat, und der er durch eigene Organe, Staatsorgane nachkommt.

Bei dieser Gelegenheit sei noch einmal auf einen schon oben berührten Punkt hingewiesen. Der Begriff des Beamten im engeren Sinne, Externbeamten, war an die Voraussetzung geknüpft, daß der Beamte Träger der Staatsgewalt sein muß. Dadurch, daß eine Institution zur Staatsinstitution gemacht wird, verkörpert sich in ihr auch ein Teil der Staatsgewalt. So sind die Schulbehörden, Direktorate, Impfbehörden (überhaupt Sanitätsbehörden) Behörden im technischen Sinne und ihre Organe

---

[60] Vgl. Preuß. VU. Art. 21.

Beamte. Soweit es sich aber um das bloße Erfüllen dieser staatlichen Pflichten handelt, trägt die Erfüllung nicht den hoheitsrechtlichen Charakter. So wenig wie der Heizer bei einer Zollbehörde Träger der Staatsgewalt ist, so wenig ist es derjenige, dem nur die Tätigkeit des Impfens oder Lehrens zukommt. Weder dem Impfarzt noch dem Lehrer kommen irgend welche Rechte zu, die über diese Tätigkeit und evtl. die Handhabung der Schuldisziplin — die zweifellos auch einem Nichtbeamten, z. B. einer Aushilfs-Handarbeitslehrerin übertragen werden kann — hinausgehen. Sie sind also nicht Externbeamte [61]. Ja nicht einmal Internbeamte brauchen sie zu sein; in der Regel sind es die Lehrer, da sie als Kollegium der Schule nach innen ein Teil der Staatsorganisation sind, es sind aber nicht die rein technischen Lehrer, die außerhalb des Schulorganismus stehen und wie die Impfärzte als einfache Staatsangestellte, ja vielleicht nur als Privatverpflichtete des Fiskus — wie z. B. die Schulzahnärzte — anzusehen sind.

Die hier ausgeführten Gedanken klären auch gleichzeitig die rechtliche Stellung derjenigen Institutionen, in denen sich nicht unmittelbar die Staatsgewalt verkörpert, die aber derartigen Institutionen zu dienen bestimmt sind, z. B. die Münze und Reichsdruckerei, Pulverfabriken usw. Was oben bei Gelegenheit der mechanischen Dienste gesagt ist, muß hier gelten. Der Heizer und der Kanzlist sind nicht Beamte, weil sie nicht autoritative Träger der Staatsgewalt sind. Dasselbe muß von den Beamten solcher Institutionen gelten, die nur mechanische Aufgaben zu erfüllen haben. Der Staat *organisiert* das Münzwesen, aber er als Verkörperung der Staatsgewalt stellt keine Münzen her,

[61] Die Preuß. VU. hatte in Art. 23 — jetzt suspendiert, vgl. BITTER, Handwörterbuch d. preuß. Verw. II 39 — den öffentlichen Lehrern ausdrücklich die Rechte und Pflichten der Beamten verliehen. Es bleibe dahingestellt, wie weit eine solche Bestimmung möglich ist, und ob ihr uneingeschränkte Wirksamkeit, z. B. hinsichtlich des strafbaren Beamtenwiderstandes, zukommt; vgl. im übrigen oben S. 513.

druckt keine Reichskassenscheine [62]. Wenn es nicht aus anderen Gründen ungeeignet wäre, könnte man deren Herstellung ebensogut Privatinstituten anvertrauen [63] wie die Herstellung von Kommißbroten oder Waffenröcken. Die sämtlichen Beamten solcher Institute sind daher nur Staatsangestellte und zum geringen Teil nur — siehe die oben ausgeführten Grundsätze [64] — Internbeamte.

Auf zwei gesetzliche Staatsinstitutionen ist ein Hinweis angebracht, umsomehr, als bei ihnen die Subsumtion unter die Fiskalunternehmungen nahe liegen möchte. Es sind die P o s t und die E i s e n b a h n. Was ihnen ihr staatliches Gepräge gibt, ist ihre Exklusivität. Es ist mehr als ein bloßes Monopol, wenn den Privaten Post- und Eisenbahnunternehmungen so gut wie ganz untersagt sind. Der Staat hat Post und Eisenbahn als Staatsinstitute nötig. Gerichtliche Zustellungen, Aktenversendungen usw. könnte er ja wohl auch durch Private besorgen lassen, allein ihre Erledigung durch Staatsorgane empfiehlt sich mehr; der Staat kann so seine Sendungen, statt sie bloß befördern zu lassen, zustellen. Gibt dieses Moment diesen Instituten schon ein staatliches Gepräge, so noch mehr, das Zwangsverhältnis das zwischen Post, Eisenbahn und Staatsbürger besteht: der Staatsbürger ist verpflichtet, sich dieser Institutionen zu bedienen [65], der Staat ist verpflichtet, sie den Staatsbürgern zur Verfügung zu stellen (eine Pflicht, die mit dem Kontrahierungszwang des Apothekers nicht völlig identisch ist). Die Beförderung durch Post und Eisenbahn ist damit zu einer Aufgabe des Staats als solchen geworden, Post und Eisenbahn sind S t a a t s- nicht f i s k a l i s c h e Institute, ihre Verwaltung

[62] FRANK § 114 II hält die Reichsdruckerei für eine Behörde, ebenso RGStr. 19. 264.

[63] Siehe LABAND 404.

[64] Abschn. VI.

[65] Vgl. z. B. die Strafbestimmungen im Postgesetz.

Staatsverwaltung, und jeder Angestellte, dem unter eigener Initiative — die rein mechanische Hilfstätigkeit fällt also fort — ein Teil der Beförderung anvertraut ist, ist somit Beamter. Der Briefträger und Postillon [66], der Bahnwärter und Lokomotivführer (nicht aber der Heizer) und das gesamte Personal der Post- und Eisenbahnverwaltung sind darum Beamte.

Es ist aber zu beachten, daß im Verhältnis zum Publikum Post und Eisenbahn nicht als obrigkeitliche Institute fungieren. Es sind obrigkeitliche Institute, die zu den Bürgern in Privatrechtsverhältnisse treten, wenngleich der Bürger einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Eingehung dieses Privatrechtsverhältnisses hat. Im Verhältnis zum Publikum nimmt daher Post und Eisenbahn keine andere Rechtsstellung ein als etwa die Paketfahrtgesellschaft oder irgend eine Dampfschiffahrtsgesellschaft. Insoweit kommt auch m. E. die Beamtenqualität der Angestellten nicht in Betracht. Wenn daher ein Passagier einen Bahnbeamten besticht, ihn ohne Karte fahren zu lassen, so liegt weder aktive noch passive Bestechung vor; und dieses Resultat entspricht insbesondere bei der aktiven Bestechung durchaus dem Rechtsgefühl, das nicht zugeben kann, daß ein und dieselbe Handlung auf einem Postdampfer begangen nach so ganz andern Maßstäben beurteilt werden soll als bei einem privaten Passagierdampfer. Die bisherige Praxis macht leider diese unbefriedigende Scheidung [67] [68].

Nicht jede öffentlichrechtliche Institution, die sich auf das Gesetz stützt, hat ohne weiteres staatshoheitlichen Charakter. Börsen, Innungen, Aerztekammern, die Reichsbank, Staatsbanken usw. sind alles Institute, die sich auf das Gesetz gründen. Dennoch sind sie keine ver-

[66] Vgl. Delius 166.

[67] Z. B. RGStr. 10. 326.

[68] Näheres über die Fragen des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Fungierens einer Staatsbehörde bei Jellinek 221 woselbst weitere Verweisungen.

fassungsrechtlichen Staatsorgane. Der Staat ist nicht verpflichtet, eine Staatsbank oder das Reich eine Reichsbank zu bilden, kein Bürger, zu solchen Banken in irgend welche Beziehungen zu treten. Sie tragen darum ihren rein privatrechtlichen Charakter in sich, obwohl sie auch der öffentlichen Wohlfahrt dienen. „Die Reichsbank ist eine durch Vorschriften des öffentlichen Rechts eigentümlich modifizierte privatrechtliche Aktiengesellschaft. Die Reichsbank ist für die juristische Betrachtung nicht Staatsverkehrsanstalt, sondern fiskalischer Gewerbebetrieb“ [69]. Nur die staatlichen Ueberwachungsorgane, insbesondere die Mitglieder des Reichsbankdirektoriums und -kuratoriums [70] sind Beamte [71].

Auch wenn ein Institut ausschließlich sich auf das Gemeinwohl richtet und das Gesetz zur Grundlage hat, braucht es nicht verfassungsmäßiges Staatsorgan zu sein. Weder die Berufsgenossenschaften [72], noch die Provinzialfeuersozietäten [73], weder Börsen [74], noch Aerztekammern möchte ich als Staatsinstitute ansehen. Selbst bei den Handelskammern scheint mir ihre Staatsorganschaft zweifelhaft. Im Gegensatz zu den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts [75], das übrigens den Behördencharakter der Handelskammer verneint, möchte ich annehmen, daß gerade die Funktionen der Staatsgewalt ihr nicht zukommen, und wenn ihr einige disziplinarrechtliche Befugnisse über Börsenangestellte zustehen, so macht dieses sie noch nicht zum Staatsorgan, zumal die Börse selbst nicht Staatsorgan ist,

---

[69] Zorn, Staatsrecht II² 350. Anders RGStr. 15. 236.

[70] Gegen letzteres Laband 402.

[71] Ueber die Bedeutung der Bestimmung im Bankgesetz, die die Reichsbankbeamten zu Beamten macht, s. o. Anm. 40. Vgl. auch Laband 412.

[72] Vgl. den Fall OVG. 20. 42.

[73] Desgl. 11. 71.

[74] Beim Börsenausschuß übereinstimmend Laband 402, aber aus anderen Gründen.

[75] OVG. 19. 66; siehe auch 16. 158.

die Disziplinargewalt also, wie unten auszuführen ist, ihre Quelle nicht in der Staatsgewalt hat. Kommt es doch auch sonst vor, daß Nichtbeamten staatshoheitliche Funktion anvertraut werden, wie z. B. den Geistlichen. Dadurch allein werden sie aber höchstens zu Partialbeamten [76]. Hier handelt es sich aber um eine Art von Disziplinarrecht, das einen ganz andern Charakter hat als das gegenüber Beamten und etwa mit der Disziplinargewalt des Kapitäns gegen die Schiffsleute zu vergleichen ist. Ihre Handhabung ist keine obrigkeitliche Funktion [77].

Eine Reihe von Institutionen muß als Staatsinstitutionen angesehen werden, obwohl kein Gesetz sie in den Staatsorganismus einordnet. Hier beruht ihre Zugehörigkeit zum Staatsorganismus auf historischer Entwickelung.

Kein Staat ist verpflichtet, Museen anzulegen, jeder Staat kann das Sammeln von Kunstwerken den Privaten überlassen. Nimmt der Staat es aber in die Hand und betrachtet er es nicht — wie es an sich ja möglich wäre — als rein finanzielles Unternehmen, so macht der Staat damit die Pflege der Kunst und Wissenschaft zum Gegenstand seiner Staatsaufgaben, gerade so wie den Unterricht. Was der Staat tut, ist mehr als eine bloße Liebenswürdigkeit gegenüber den Staatsbürgern, im Gegensatz zu den Privatgallerien. Der Staat macht es zu seiner Pflicht, die Gegenstände der Kunst und Wissenschaft den Bürgern zugänglich zu machen. Der Bürger hat einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Zugänglichmachung, sodaß etwa die Schließung der Museen oder die Einführung sehr hoher Eintrittsgelder m. E. ein verfassungswidriger Zustand ist, weil eben durch Gewohnheitsrecht auf Grund historischer Entwickelung die Haltung von Museen zur staatsrechtlichen Pflicht des Staates geworden ist. Die Museen sind darum

---

[76] Noch weitergehend Olshausen § 132. 2.

[77] Treffend die anregenden Ausführungen von Jellinek 214.

Staatsinstitute und ihr gesamtes Personal mit Einschluß des Verwaltungspersonals gehört damit zu den Beamten [78].

Ein gleiches gilt von den Universitäten und andern staatlichen, vor allem aber bei einer Reihe kommunaler Instituten.

Auch hier ist es bei einigen offenbar, daß die Kommune als solche zu irgend einer Funktion verpflichtet ist und ihrer Pflicht mittels jener Institution genügt, so z. B. bei der Armenpflege und den Institutionen der Sicherheitspolizei, z. B. Desinfektionsanstalt; und es ist ebenso offenbar, daß bei andern eine solche Verpflichtung nicht vorliegt, z. B. Volksbibliotheken, Badeanstalten, Stellenvermittlungsinstituten, Markthallen usw.

Wo also kraft Gesetzes oder Gewohnheitsrechts der Kommune bestimmte Pflichten aufgelegt sind, ist die Kommune als solche, d. h. die in ihr verkörperte Kommunalgewalt (mittelbare Staatsgewalt) Subjekt der Leistung. Die Institutionen sind Kommunalorgane, sie sind öffentliche Behörden und ihre Organe wiederum sind Beamte, nicht nur Kommunalangestellte, soweit sie ein Amt unter eigener Initiative zu verwalten haben. Es sind schon genannt die Institute des Armenwesens, das nach dem Unterstützungswohnsitzgesetz vom 6. Juni 1870 den Kommunen oder kommunalen Verbänden obliegt, und die der Polizei; man könnte des weiteren anführen die Krankenhäuser die Feuerwehren [79] (mit Ausschluß der freiwilligen), da das Feuerlöschwesen seit Alters (vgl. ALR. II. 7. 37 [12], 70) Gemeinde-

---

[78] Die Staatsbibliotheken sind wohl gleich zu behandeln; zweifelhaft schon die Zentraldirektion der Monumenta Germanica, die Kommission für Arbeiterstatistik; vgl. LABAND 402, der in diesen Fällen die Beamtenqualität verneint, da es an einem Dienstverhältnis mangele. S. auch unten.

[79] Vgl. BITTER, Handwörterbuch I 517, PAREY, Rechtsgrunds. III 353, OVG 8. 403, DELIUS 163. Goltd. Arch. 58. 267.

last ist[80], ferner die Institute des Fortbildungsschulwesens[81] usw. Die Feuerwehroffiziere, die Spritzenführer, die Beamten der Verwaltung des Feuerlöschwesens, die Beamten der Deichverbände, Vorsteher von Armen-, Kranken-, Taubstummenanstalten[82], Direktoren der Fortbildungsschulen[83] usw. sind daher den Beamten im eigentlichen Sinne des Wortes, den Externbeamten, zuzuzählen.

Wo es sich dagegen nur um Institute der sozialen Fürsorge handelt, um Institute zur Förderung des Handels, des Verkehrs, des Gewerbes — unabhängig von der Verkehrs- usw. -polizei — da haben wir es mit privaten Instituten der Kommunen zu tun, die in nichts abweichen von den entsprechenden Instituten anderer Privater. Es ist kein Unterschied, ob der Stadtfiskus eine Bücherei unterhält, ob die Kirche es tut, eine Gewerkschaft oder die Aeltesten der Kaufmannschaft. Die Angestellten bei derartigen kommunalen Instituten, wie Lesehallen, Wärmehallen, sportlichen Einrichtungen, Parkverwaltungen, Badeanstalten, Straßenreinigung — soweit die Beamten nicht gleichzeitig Träger der Polizeigewalt sind — die von der Kommune zwar unterhalten werden aber nicht unterhalten werden müssen, sind daher nur Angestellte des kommunalen Fiskus, nicht aber Beamte. Nur diejenigen Personen, durch die die Berührung mit dem Kommunalorganismus vermittelt wird, sind, wie oben ausgeführt, als Internbeamte anzusehen.

Sofern aber eine Instituton einer Kommune Ausfluß der Polizeigewalt ist, ist sie Kommunal- d. h. mittelbare Staatsbehörde und ihre Angestellten sind Beamte. So hat es die Kommunalverwaltung in der Hand aus sich heraus neue

[80] Vgl. LÖNING, Verwaltungsrecht 685.

[81] Nicht aber Kunstschulen usw. vgl. unten S. 532 ff.

[82] Nicht aber, wenn die Leitung Privatpersonen übertragen ist, z. B. den Mitgliedern eines geistlichen Frauenordens; vgl. OLG. München (Strafsachen) 7. 528 (nicht unbedenklich!)

[83] Vgl. OVG. 30. 497.

Beamtenkategorien zu schaffen. Derartige Beamte sind z. B. die kommunalen Hundefänger[84], Wagemeister[85], Fleischbeschauer[86] und viele Beamte des Aufsichtswesens, insbesondere Kontrollbeamten, deren Beurkundungen daher auch obrigkeitliche Akte sind und deren Tätigkeit nicht eine Gefälligkeit der Kommune ist sondern Ausfluß der Kommunal-, d. h. mittelbaren Staatsgewalt. Daneben gibt es aber auch rein private Aufseher — ohne Polizeigewalt — der Kommune, die natürlich so wenig Beamte sind, wie Privatnachtwächter[87].

VII. Ueber einige wichtige Beamtenkategorien.

1. Regierung und Verwaltung.

Jede Regierungs- und Verwaltungsfunktion ist, wie aus sich selbst folgt, Ausübung der Staatsgewalt — gleichviel ob unmittelbar oder mittelbar — und alle Träger derartiger Funktionen sind daher Beamte: Monarch, Regent, Bundesrats-, Senats-, Magistratsmitglieder[88], sowie die Mitglieder der sonstigen Selbstverwaltungskorporationen, auch wenn ihre Mitgliedschaft nicht auf Anstellungsvertrag zurückzuführen ist (Hamburgischer Senat[89], Mitglieder des Provinzialrats, Bezirksausschusses usw.)[90]. Nicht dagegen fallen unter die Beamten die Kanzlisten, Buchhalter usw. bei Verwaltungsbehörden.

Die Mitglieder von Parlamenten und anderen Organen der Staats- oder kommunalen Bürgerschaft haben keine

---

[84] RGStr. 30. 29.

[85] RGStr. 18. 37.

[86] Bei deren Tätigkeit Binding 385[2] die obrigkeitliche Natur bestreitet. Dagegen mit Recht Delius 372. Vgl. im übrigen OLG. München, Strafsachen 4. 451.

[87] Nicht unbedenklich RGStr. 34. 287.

[88] Für Regent und Bundesratsmitglied bestritten von Binding 387 8.

[89] Vgl. Binding 384.

[90] Anders Binding 387.

obrigkeitlichen Funktionen [91]; Gesetzgeber ist allein die Regierung, usw., aber in Abhängigkeit von den parlamentarischen Korporationen, wie ja auch andere Abhängigkeiten bestehen, z. B. von Innungen, von der Geistlichkeit usw. — sie sind darum nicht Beamte [92]. Wohl aber die Parlamentspräsidenten, sofern ihnen obrigkeitliche Funktionen — zu denen die Parlamentsleitung aber wohl nicht gehört — obliegen; so hat der Reichstagspräsident die Anstellung und Disziplinargewalt über die Reichstagsbeamten [93]. — Zweifeln kann man bei den Mitgliedern der ersten Kammern, die nicht als Organe der Bürgerschaft angesehen werden können; ebensowenig sind sie aber Organe der Regierung. Immerhin wird durch die Art ihrer Berufung ihre Stellung der eines Regierungsorganes so ähnlich, daß man sich wohl für den Beamtencharakter ihrer Mitglieder entscheiden kann — somit gibt es auch geborene Beamte, z. B. die preußischen Prinzen als Mitglieder des Herrenhauses.

Beamte sind auch die bei politischen Wahlen leitend Beteiligten, denn da der Reichstag, Landtag usw. eine verfassungsrechtlich geschaffene und gewährleistete Institution ist — mehr als die nur verfassungsrechtlich geschüzte Kirche — so ist die Bildung der Gesetzgebungskörper eine staatsrechtliche Pflicht; die Wahlvorstände usw. sind die mittelbar bis auf die Verfassung zurückzuführenden Organe des Staates in der Erfüllung dieser Pflicht und darum (Partial)beamte [94].

Hinsichtlich der Finanzverwaltung ist bereits oben von den Staatsbanken und der Reichsbank gehandelt worden [95].

[91] Anders BINDING 391; dann könnte man aber dort, wo die ganze Bürgerschaft unmittelbar an der Gesetzgebung teilnimmt, wie in der Schweiz, auch jeden Bürger als Subjekt obrigkeitlicher Funktionen ansehen.

[92] Im Resultat übereinstimmend die herrschende Meinung z. B. RÖNNE-ZORN 420, REHM Hirths Annalen 00. 374, HÄLSCHNER II 1034, BINDING a. a. O.

[93] Vgl. BINDING 392.

[94] Ebenso Goltd. Arch. 53. 79, dagegen BINDING 388.

[95] S. o. S. 521.

Mag sich bei den Bankbeamten zum Teil auch ihre Beamtenqualität verteidigen lassen, so scheint mir das doch völlig unmöglich bei denjenigen Beamten, deren Tätigkeit sich ganz innerhalb der privatrechtlichen Funktionen solcher Banken erschöpft, z. B. beim Reichsbankagent [96].

2. Hofbeamte.

Die Beamteneigenschaft der Hofbeamten wird zwar von der Literatur überwiegend verneint [97], aber folgender Gesichtspunkt dürfte für eine andere Auffassung sprechen. Der Hof des Monarchen ist mehr als nur eine Institution für die Person oder Familie des Monarchen. Es gehört nicht nur zur staatsrechtlichen Pflicht des Monarchen, die Staatsgeschäfte zu besorgen, sondern er muß auch, als Vertreter des Staates entsprechend repräsentieren; nicht seine Person allein tritt repräsentierend auf, sondern auch das repräsentierte Staatswesen in ihm. Sofern der Hof die Aufgabe hat, der Repräsentation des Monarchen und damit des Staates zu dienen, insofern muß er als staatliche Institution angesehen werden. Und wenn die Hofbeamten auch der Person des Monarchen unterstellt sind, so stehen sie doch nicht im persönlichen Dienste des Monarchen [98], sondern im Staatsdienste und sind darum als Beamte anzusehen [99].

3. Das Militärwesen.

Es herrscht kaum ein Zweifel, daß die Berufsmilitärpersonen den Beamten zuzuzählen sind, ferner, daß die Gemeinen (und Gefreiten) als solche nie Beamte sind, auch wenn

[96] Anders v. Kamptz, Rspr. d. OVG. II. 394.

[97] G. Meyer, Staatsr. 495, Binding 391, Rehm a. a. O. 387, Delius 170, Olshausen § 359. 14, Oppenhoff § 359. 30, Crusen-Müller, Ausf.-Ges. Art. 72 II A 2 S. 618, Gaupp-Stein 790 § 376 II; RGStr. 21. 381 OLG. 6. 419.

[98] Anders Binding 391.

[99] Ebenso Conrad, Pfändungsbeschränkungen 385.

sie einmal mit einer Aufgabe betraut sind, in der sie anscheinend Staatsgewalt ausüben, z. B. der Wachtposten oder der Führer einer Wache. Sie können auch darum nicht Beamte sein, weil das Moment der eigenen Initiative fehlt, denn sie entnehmen ihre Gewalt der ihres Vorgesetzten (während der Unteroffizier eigene Gewalt hat und höchstens ihre Handhabung an den Befehl seines Vorgesetzten gebunden ist). Ein Gemeiner kann nicht unmittelbarer Träger der Staatsgewalt sein [100].

Umstritten ist die Frage der Beamteneigenschaft bei den nicht angestellten Militärpersonen. Man hat geglaubt, sie verneinen zu müssen aus dem Gesichtspunkt heraus, daß es an einer Anstellung fehlt, da diese Militärpersonen in Ausübung ihrer Untertanenpflicht fungieren. Wir haben aber schon oben ausgeführt, daß das nicht ausschlaggebend sein kann. Da nun in der Art des Dienstes zwischen angestellten und nichtangestellten Militärpersonen kein Unterschied ist, und diese in gleicher Weise wie jene die Staatsgewalt ausüben, so muß m. E. sowohl für Reserveoffiziere [101] wie für die unter dem Offiziersrang stehenden beförderten Wehrpflichtigen die Beamtenqualität bejaht werden. Der einzige Unterschied besteht darin, daß der eine Total-, der andere Partialbeamter ist. Eine andere Auffassung würde auch zu recht unbilligen Resultaten führen; so müßte der, der einen im Dienst befindlichen Reserveoffizier nötigt, anders bestraft werden als wenn er einen angestellten Offizier nötigt. — Die Beamtenqualität nur bei den Offizieren der Reserve zu bejahen, nicht aber bei Soldaten unter dem Offiziersrang, scheint mir nicht angängig.

---

[100] Hinsichtlich der angestellten Militärpersonen vgl. BINDING 386, LABAND IV. 175, RGStr. 29. 15, RMG. 5. 210. Siehe auch OLSHAUSEN § 359 1 und 8.

[101] Ebenso FRANK § 359. II, OLSHAUSEN § 359. 8a, SCHNEIDER, Rechtliche Natur des Offiziersdienstes 1906 S. 28 ff., RGStr. 23./17. Dagegen BINDING 386.

Die Gendarmerie gehört dem Berufsmilitär an und ist schon aus diesem Grunde dem Beamtentum zuzuzählen[102].

4. Das Justizwesen.

Daß die ordentlichen Justizbeamten — vom Minister bis herab zum Gerichtsschreiber — Beamte sind, bedarf nicht der Ausführung. Die ohne Handhabung der Staatsgewalt tätigen Beamten sind, wie oben dargestellt, nur als Staatsangestellte anzusehen (Kanzlisten usw). Von den Richtern müssen alle die zu den Beamten gerechnet werden, deren Tätigkeit staatliche Rechtsprechung ist — nicht also der Schiedsrichter, der als privater Richter fungiert — auch wenn sie nicht angestellt sind oder gar nur in Erfüllung der Untertanenpflicht fungieren. Ich nehme darum keinen Anstand, auch die Gewerbe-, Konsular-, Kolonialgerichtsmitglieder und -beisitzer[103], selbst Schöffen und Geschworene[104] als Beamte (Partialbeamte) anzusehen.

Auch die Referendare sind Beamte, da auch sie obrigkeitliche Funktionen wahrzunehmen haben[105] — insbesondere als Gerichtsschreiber oder Richter kraft Auftrags — und es tut ihrer Stellung keinen Abbruch, daß sie noch im Vorbereitungsdienst sind. Ueberhaupt kann die Tatsache, daß jemand vorläufig zu seiner eigenen Ausbildung angestellt ist, als Merkmal gegen seine Beamteneigenschaft gar nicht herangezogen werden[106];

---

[102] Delius 169, Olshausen § 359. 1 RGStr. 33. 383.

[103] Anders Binding 386.

[104] Dagegen herrschende Meinung: Nöldeke Gruchot 42. 816, Frank § 359. II, Hälschner II 1033, Laband 402, Binding 386, Rönne-Zorn 420, Meltz, Haftpfl. d. Beamten 9, Planck BGB. § 839. 2, RG. Jur. W. Schr. 06. 549.

[105] So herrschende Lehre: Frank § 359. III, Hälschner II 1031, G. Meyer 499, Crusen-Müller Art. 72 II A 2, gegen Binding 387.

[106] Mit Recht Olshausen § 359. 5 und 9 gegen Binding 386. Vgl. auch OLG. München, Strafsachen 4. 118 und das Recht 12 Nr. 432.

es kommt allein auf die Art seiner Dienste an. In der Regel wird darum wohl zwar die Beamteneigenschaft zu verneinen sein [107], da den zum Zwecke der Vorbereitung angestellten Personen meist kein Amt zu eigener Verwaltung anvertraut wird [108]. Aber wie die Referendare schon eine Ausnahme sind, so mag es auch eine Reihe anderer Ausnahmen, z. B. im Eisenbahndienst, geben.

Daß die Notare Beamte sind, folgt schon aus ihrer Funktion als öffentliche Urkundspersonen [109]. Aber nur so weit sie in dieser, ihrer Funktion als öffentlicher Urkundspersonen in Betracht kommen, sind sie als Beamte tätig; ihre sonstige Tätigkeit ist rein privater Natur. Mit Recht wird darum ein Unterschied gemacht zwischen seinen Amtsgeschäften und Berufspflichten [110]. Zweifelhaft dürfte es sein, ob der Notar Total- oder Partialbeamter ist; doch dürfte dieser Frage keine große praktische Bedeutung zukommen.

5. Die Geistlichkeit.

Streitfrage ist, ob der Kultus heute eine staatliche Institution ist oder eine zwar öffentlichrechtliche aber vom Staat unabhängig, nur unter staatlicher Aufsicht stehende. Bei den staatlich nicht aufgenommenen Religionen — insbesondere also bei den Sekten — kann ein Zweifel nicht obwalten, daß das letztere der Fall ist, daß demnach die entsprechenden Angestellten nicht zu den Beamten gehören.

Doch auch bei den staatlich aufgenommenen Religionen

---

[107] Anders Delius 163 [1].

[108] Vgl. die Urteile in Anm. 111.

[109] Vgl. Frank § 359 IV., Delius 310, anders Oertmann BGB. § 839. 2.

[110] Vgl. Delius 310 ff. und RG. das Recht 09 Nr. 3776; dagegen aber die Entscheidung das Recht 06 Nr. 1196, siehe auch RG. Ziv. 49. 237 und Jur. W.Schr. 01 582, vgl. ferner badische Notar.Ztg. 09 106 für badisches Recht.

möchte ich den gleichen Standpunkt vertreten. Die staatliche Aufnahme macht eine Religion zwar zur Staatsreligion, aber damit ist nicht gesagt, daß der Staat auch die aufgenommene Kirche zu einer staatlichen Institution macht. Die historische Entwickelung hat die Kirche gezeitigt als ein selbständiges Gemeinwesen und ich möchte nicht annehmen, daß eine Kirche durch die staatliche Aufnahme allein diese ihre Realität verlieren sollte. Die Kirche ist nicht als ein staatlicher und nur selbständig organisierter Verband anzusehen, wie etwa die Kommune, Provinzen, Armenverbände usw., sondern als die an sich unabhängige, nur der staatlichen Aufsicht unterworfene Korporation. Die Funktionen der Kirche sind nicht mittelbare Funktionen des Staats, die Geistlichkeit folglich nicht Träger der Staatsgewalt, und sie gehört darum nicht der Beamtenschaft an.

Das Gegenteil gilt von der Ausübung der staatlichen Kirchenhoheit. Sie ist Ausübung der Staatsgewalt und die Träger dieses Teils der Staatsgewalt sind nach obigen Grundsätzen Beamte.

Im einzelnen ergeben sich eine Reihe von Schwierigkeiten, die auf die Gegenüberstellung der Kirchenhoheit und des Kirchenregiments zurückzuführen sind; so z. B. bei der Frage der Verwaltung des Kirchenvermögens. Es ist hier nicht der Ort, diese komplizierten Verhältnisse eingehend zu behandeln und wir begnügen uns mit dem Hinweis auf die entsprechenden eingehenden Ausführungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts, die, wenn sie die schwierigen Fragen m. E. auch nicht in erschöpfender oder unangreifbarer Weise lösen, doch jedenfalls das Problem scharf herausarbeiten [111] [112].

---

[111] OVG. 20. 451, 22. 36 ff., s. auch 19. 44. Zusammenstellung bei v. Kamptz, Rspr. II 374 und 384 ff. Neuere Entscheidung Jhrb. d. Strafrechts 08. 82.

[112] Für grundsätzliche Verneinung der Beamteneigenschaft bei Geist-

Daß die Geistlichen, sofern sie als Standesbeamte, Schulinspektoren usw. obrigkeitliche Funktionen haben, als Beamte (Partialbeamte) anzusehen sind, bedarf nicht der Ausführung[113].

6. Das Bildungswesen.

Als staatliche Institute sind zweifellos die Universitäten anzusehen sowie die Schulen außer den Privatschulen; als Beamte darum mindestens die Rektoren, Dekane, Vorsteher der einzelnen Universitätsinstitute, Verwaltungsbeamte, Schuldirektoren usw. Die Lehrer und Professoren zählen, wie schon oben ausgeführt, m. E. nicht zu den Externbeamten, wohl aber zu den Internbeamten und gleichzeitig Staatsangestellten[114]. Bei den Faktoren, Assistenten und sonstigen Lehrkräften, die in der Selbstverwaltung der Bildungsanstalten (Professorenkollegium, Schulkollegium) keine Mitwirkungsrechte und -pflichten haben z. B. die technischen Schullehrer), ist auch die Qualität als Internbeamte zu verneinen. Die Privatdozenten sind nicht einmal Staatsangestellte[115].

lichen, OLSHAUSEN § 360. 8bα, RÖNNE-ZORN 424, BINDING 394, G. MEYER 495, GAUPP-STEIN ZPO. 376 II, OERTMANN, Bayrisches Privatrecht 258, für grundsätzliche Bejahung STAUDINGER BGB. § 839. 4b, DELIUS 171[5] bezüglich kirchenregimentlicher Beamter vgl. PAREY, Rechtsgrundsätze III 346, dagegen aber II 386, bezüglich eines Kassenbeamten einer Kirchengemeinde Sächs. Arch. 1. 454, bezügl. der Konsistorien, RÖNNE-ZORN 425 und PAREY III 361 gegen RGStr. 2. 133 und 3. 97. — FRANK § 359 II bejaht die Beamteneigenschaft nur hinsichtlich der staatlichen Funktionen. MELTZ 13 will die Frage nach Landesrecht entscheiden, ebenso RG. Rspr. 10. 385: REHM Hirths Ann. 1900. 370 weist auf die Gefängnisgeistlichen hin.

[113] Siehe FRANK § 359 II RGRspr. 5. 56, OPPENHOFF, Rspr. 15. 375 und 768.

[114] Anders herrschende Meinung; für Professoren DELIUS 167, für Lehrer FRANK § 359 II, RÖNNE-ZORN 420, RGStr. 25. 89, Recht 12 Nr. 2890 OVG. 30. 497, PAREY, Rechtsgrunds. III 349 (s. aber die Einschränkungen 350), sehr bedenklich OLG. München Strafs. 3. 123 und 4. 144. Dagegen RGStr. 28. 19.

[115] Herrschende Meinung übereinstimmend z. B. FRANK a. a. O., BINDING 387, CRUSEN-MÜLLER Art. 72. II A. 2, dagegen DELIUS 167.

Die Schulaufsicht ist obrigkeitliche Funktion, die Aufsichtsbeamten sind darum Beamte[116]. Ein gleiches gilt von der Vermögensverwaltung der Schulen und Schulverbände; ein Schulkassenrendant dürfte aber aus anderen Gründen den Beamten nicht beizuzählen sein[117].

Den staatlichen (und kommunalen, d. h. mittelbar staatlichen) Schulen stehen diejenigen gegenüber, die nach unserer Terminologie am besten fiskalische Schulen genannt werden dürften, die Schulen, die nicht vom Staat sondern von dem selbständigen Rechtssubjekt des Fiskus unterhalten werden. Hierher gehören Kunstschulen, Konservatorien usw. Bei ihnen kann von einer Ausübung der Staatsgewalt wohl nicht die Rede sein; die Lehrer an solchen Schulen sind demnach höchstens Staatsangestellte; nur die Leiter dürften, wie oben[118] ausgeführt, den Internbeamten zuzuzählen sein[119].

Den Kunstschulen usw. sind die Hoftheater anzureihen. Auf sie trifft das gleiche zu wie auf jene. Die Mitglieder solcher Theater, wie auch die Theaterbeamten sind darum nur Staatsangestellte[120]. Der Intendant dürfte als Internbeamter anzusehen sein[121].

Die Angestellten der Museen und staatlichen Bibliotheken[122] sind, wie oben[123] bereits dargelegt, Beamte.

Nicht staatliche Unternehmungen sind die vom Staat geförderten, von ihm angeregten, selbst die von ihm geschaffenen

---

[116] Siehe aber OLG. München Str. 8. 465.

[117] Schon weil es an der eigenen Initiative fehlen wird. Anders v. KAMPTZ Rspr. d. OVG. II 404.

[118] S. o. Abschn. IV.

[119] Vgl. hierzu PAREY, Rechtsgrundsätze d. OVG. III 354[1].

[120] Ebenso CONRAD, Pfändungsbeschränkungen 385.

[121] Zu weitgehend — für volle Beamtenqualität — Ob.Trib. 42. 27 und CRUSEN-MÜLLER Art. 72 II A 2.

[122] Anders wohl bei kommunalen.

[123] S. oben S. 522.

Kommissionen usw., die wissenschaftlichen und ähnlichen Aufgaben zu dienen bestimmt sind. Die Herausgabe der Monumenta Germanica, der vergleichenden Darstellung des inländischen und ausländischen Strafrechts, die Tätigkeit der Kommission zur Ausarbeitung eines Gesetzbuchs gehören hierher [124].

7. Soziale Fürsorge und Medizinalwesen.

Dem Medizinalwesen liegt in erster Linie eine Aufsichtstätigkeit ob, die es zu einer staatlichen Institution macht. Die Mitglieder der Medizinalbehörden sind darum Beamte, ebenso der Kreisarzt [125], nicht aber die nur als Aerzte angestellten Personen, z. B. Impfärzte [126], die in Krankenhäusern angestellten Aerzte [127], Gefängnisärzte [128] usw. [129].

Beamte sind die Vorsteher von Irrenhäusern, Waisenhäusern, Armenhäusern [130] und solchen Institutionen, die als staatliche anzusehen sind, nicht aber die der rein fiskalischen Institutionen, der sozialen Fürsorge, z. B. des Charlottenburger Ledigenheims, städtischer Wärmehallen usw.

Beamte sind ferner diejenigen Personen, denen die Handhabung einer staatlichen Aufsicht obliegt, z. B. Fleischbeschauer [131], Fischereiaufseher [132], nicht aber Totengräber [133], dagegen wohl Leichenbeschauer [134] usw.

---

[124] Vgl. LABAND 406.

[125] RGStr. 33. 29, OVG bei PAREY III 358.

[126] Anders OLG. München Str. 3 580.

[127] RG. Rspr. 6. 711.

[128] Vgl. RGStr. 33. 29, DELIUS 167, dagegen REHM Hirths Ann. 1900. 370.

[129] Für alle diese Kategorien grundsätzlich anders anscheinend DELIUS 172.

[130] Vgl. OVG. bei PAREY III 351, siehe auch RG. in Goltd. Arch. 41. 400 hinsichtlich eines Kreislazaretts.

[131] RGStr. 214, 17. 94, 20. 313 OLG. München Str. 4. 451 (siehe aber auch RGStr. 20. 70).

[132] RG. Str. 25. 112.

[133] Anders Recht 12 Nr. 1462.

[134] OLG. München Str. 1. 87.

Krankenkassen dürften als staatliche Institute anzusehen sein[135], doch stehen sie schon sehr nahe der Grenze zu den nichtstaatlichen Korporationen des öffentlichen Rechts, zu welchen ich alle staatlichen Zwangsverbände zählen möchte, deren Aufgabe die Förderung privater Zwecke ist[136]; so in erster Linie die Berufsgenossenschaften, Deichverbände, Wald-, Haubergs-, Jagdgenossenschaften usw. Die Angestellten dieser Institute sind darum nicht Beamte[137].

Die Feuerwehren sind mittelbar staatliche Institute, die leitenden Beamten darum Beamte im technischen Sinne. Die freiwillige Feuerwehr ist auch dann nicht staatliche Institution, wenn sie obrigkeitlich genehmigt oder beaufsichtigt ist. Der Dirigent einer solchen Feuerwehr könnte darum höchstens insofern Beamter sein, als ihm etwa die Polizeigewalt übertragen ist[138]. — Die nicht leitenden Beamten einer Feuerwehr, z. B. Spritzenmänner, sind nicht Beamte[139].

Städtische Sparkassen sind Gefälligkeitsinstitute der Kommune, ihre Angestellten darum nicht Beamte[140].

8. Innere Verwaltung.

Vor allem ist hier die Scheidung in obrigkeitliche, anordnende Tätigkeit und nur ausführende mechanische von Bedeutung. Nicht Beamte sind darum Bezirksamtsschreiber[141], Gemeindeschreiber[142] u. s. w., wohl aber Gemeindediener[143] (vgl.

[135] Anders FRANK § 359 II.

[136] FRANK a. a. O., OVG. bei PAREY III 359. Gut RG. das Recht 08. Nr. 1711.

[137] Grundsätzlich anders DELIUS 171/3; siehe auch OVG. bei PAREY III 352, ferner RG. BOLZE 2 Nr. 561.

[138] Anders OVG. 8. 403 und DELIUS 163.

[139] Vgl. OVG. bei PAREY III 353 und RG. in Goltd. Arch. 58. 267.

[140] Anders DELIUS 419, siehe auch 435.

[141] Vgl. OLG. München 1. 509.

[142] Anders ebenda 4. 586.

[143] So München 1. 120. Siehe auch den komplizierten Fall ebenda 2.

die obigen Ausführungen über den Gerichtsdiener).

Steuereinnehmer dürften in der Regel Beamte sein, es sei denn, daß sie ohne obrigkeitliche Gewalt bloß als Beauftragte tätig sind[144].

Daß die Angestellten rein fiskalischer Unternehmungen nicht Beamte sind, ist oben[145] ausgeführt. So muß die Beamtenqualität für einen Gasanstaltsdirektor — der aber Internbeamter sein kann — und Personen mit ähnlicher Funktion verneint werden[146].

Die Aufsichtsbeamten bei kommunalen Institutionen führen nicht notwendig eine staatliche Aufsicht aus und brauchen darum nicht Beamte zu sein (vielfach werden sie gleichzeitig Träger der Polizeigewalt und darum Beamte sein). Die Praxis neigt dazu[147], bei derartigen Angestellten leicht die Beamtenqualität zu bejahen, ohne zu berücksichtigen, daß ein städtischer Kiesgruben- oder Wegeaufseher sich in nichts von einem privaten unterscheidet. Sie haben die Aufgabe, zu prüfen, ob in ihrem Bezirk die Wege oder die Gruben in Ordnung sind, eine Tätigkeit, die gewiß nicht eine obrigkeitliche genannt werden kann. Die Stellung solcher Angestellter ist eine ähnliche wie die der Nachtwächter, die oben[148] bereits behandelt ist. Auch die Nachtwächter sind höchstens als Inhaber der Polizeigewalt Beamte.

9. Post und Eisenbahn.

Die ausschlaggebenden Gesichtspunkte sind oben[149] bereits dargelegt wo auch darauf hingewiesen ist, daß diejenigen Post-

519: die Schulinspektion bedient sich eines Gemeindedieners. Im konkreten Fall möchte ich keine Beamtentätigkeit annehmen, weil die Eigenschaft als Gemeindediener mit dem speziellen Auftrag nichts zu tun hat.

[144] Siehe das Beispiel bei Olshausen § 359. 15a V.

[145] S. o. Abschn. III.

[146] Anders RGStr. 1. 153, siehe auch 29. 273.

[147] Z. B. OLG. München Str. 1. 99, siehe auch ebenda 6. 451.

[148] S. oben. [149] S. oben.

beamte — im Eisenbahnwesen kommen solche Beamte wohl nicht vor — die ausschließlich dem privatrechtlichen Verkehr mit dem Publikum zu dienen haben, nicht unter die Beamten fallen, da sie keine obrigkeitliche Tätigkeit haben. Dies gilt insbesondere von den Postagenten[150]. (Vgl. auch die ähnlichen Ausführungen hinsichtlich der Reichsbankagenten oben.)

Die Beamten der Privateisenbahnen gehören als solche nicht zu den Beamten[151]; soweit ihnen aber die Polizeigewalt übertragen ist, fungieren sie als Träger der Staatsgewalt, als Beamte (Partialbeamte)[152] [153]. Ein Gleiches gilt von Stationsdienern, denen im Einzelfall die Handhabung der Polizeigewalt aufgetragen wird[154], vorausgesetzt, daß der Auftrag sie zu unmittelbaren Trägern der Polizeigewalt macht und sie nicht nur als mechanische Diener ihres Vorgesetzten fungieren[155].

Ist die Verwaltung einer Privateisenbahn einer staatlichen Eisenbahndirektion übertragen, so fungieren die staatlichen Beamten insoweit doch nicht in Ausübung der Staatsgewalt und insofern kommt ihre Beamteneigenschaft nicht zur Geltung[156].

VIII. Die Bedeutung der Beamtenbegriffe im öffentlichen Recht.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Beamten ist ein durch öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte eigentümliches;

[150] Anders RGStr. 21. 310, s. auch Goltd. Arch. 40. 337.

[151] Vgl. Olshausen § 359. 15 b I.

[152] RGStr. 10. 325.

[153] Vgl. die ähnlichen Rechtsverhältnisse bei den privaten Feld- und Forstpolizeibeamten — Olshausen § 358. 15 a III und die bei Delius 163 zitierten Entscheidungen.

[154] Vgl. OLG. München Str. 2. 143 und 3. 41.

[155] Deswegen scheinen mir die Feststellungen der in den genannten Entscheidungen noch nicht ausreichend oder mindestens der Ergänzung bedürftig für den Tatbestand des § 113 StrGB.; würde der Tatbestand doch auch dann nicht vorliegen, wenn etwa ein Gerichtsvollzieher einen Schlosser mit dem Aufbrechen einer Tür beauftragt und diesem Schlosser Widerstand geleistet wird.

[156] Abweichend Oppenhoff Rspr. 16. 707 und 18. 505.

es ist nicht ein privatrechtliches sondern rein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, wenngleich bis zu einem gewissen Grade dieses Rechtsverhältnis nach Analogie des privatrechtlichen Dienstvertrages zu behandeln[157] ist. Wir haben zu untersuchen: 1. inwiefern wird der Internbeamte 2. inwiefern der Staatsangestellte 3. inwiefern der Partialbeamte von dem eigentümlichen Beamtenrechtsverhältnis umfaßt?

1. Der Internbeamte.

Das, worauf es hier ankommt, ist nur das interne Verhältnis zwischen dem Staat und dem Beamten. Die Frage, inwieweit der Beamte nach außen hin als Träger der Staatsgewalt fungiert, liegt diesem Gebiet völlig fern. Der Internbeamte ist nach innen Staatsorgan, wenn er auch nach außen nicht als solches in Funktion tritt. Er ist Staatsorgan, d. h. er steht dem Staat als Staat, nicht dem Fiskus gegenüber. Er untersteht darum im vollen Umfange dem öffentlich-rechtlichen Beamtenrecht.

2. Der Staatsangestellte.

Wir hatten oben die rechtliche Stellung des Staatsangestellten bereits untersucht und den Unterschied von der rechtlichen Stellung des Beamten darin gefunden, daß er gerade zum Fiskus, zu der privatrechtlichen Person des Staates, nicht aber zum Staat als der Verkörperung von Hoheitsrechten, in Rechtsbeziehung steht, daß sein Verhältnis mündet in dem Rechtssubjekt „Fiskus“ und nicht zurückgeführt werden kann bis zu dem Rechtssubjekt „Staat“.

Auf der eigentümlichen Natur des Staates aber beruht die Eigentümlichkeit des Beamtenverhältnisses. Der Staat tritt in

[157] Vgl. über die umstrittene Frage, wie das Rechtsverhältnis im einzelnen zu konstruieren ist, die grundlegenden Ausführungen von LABAND 410 ff.

ein Herrschaftsverhältnis zum Beamten, in ein Gewaltverhältnis, das seine Quelle hat nur in der Staatsgewalt. Soweit der Staat aber als privatrechtliche Person auftritt, tritt er eben nicht als Staat auf. Der Fiskus ist nicht Träger der Staatsgewalt; er kann also zu seinen Angestellten in kein anderes Rechtsverhältnis treten als ein anderer Privater auch[158].

Wir kommen demnach zu dem Resultat: Die Anstellung des Staatsangestellten kann nicht wie die des Beamten ein öffentlich-rechtliches Beamtenverhältnis begründen. Der Anstellungsakt ist ein Dienstvertrag — ist es, wird nicht etwa nur so behandelt — und eine Disziplinargewalt kann nicht bestehen.

Dieses ist die Grundlage. Man muß sich aber hüten, zu frühzeitig Konsequenzen zu ziehen. Denn es besteht kein Zweifel, daß der Staat die Staatsangestellten den Beamten gleichsetzen will; die Unterwerfung unter das Beamtenrecht ist daher Inhalt des Anstellungsvertrages.

Das führt zu einer Reihe von Konsequenzen. Das Beamtenrecht ist für den Beamten schlechthin Recht, für den Staatsangestellten nur lex contractus. Fügt sich daher der Angestellte dem Beamtenrecht nicht, so handelt er vertragswidrig, nicht rechtswidrig. Die gesetzlichen Bestimmungen über Zuständigkeit der Gerichte finden nur Anwendung als Zuständigkeitsvereinbarung. Klagt daher etwa der Staatsangestellte entgegen dem § 70 GVG beim Amtsgericht, so erfolgt nicht

---

[158] Dies muß der Grundsatz sein. Daß bei näherem Eingehen auf die rechtliche Eigenart dieses Gewaltverhältnisses und seine verschiedene Formen gewisse Modifikationen einzutreten haben, beweisen die Ausführungen von JELLINEK Syst. d. öff. sub. Rechte[2] 214. Es würde unsere Darstellung nur verdunkeln, wenn ich an dieser Stelle diese komplizierten Verhältnisse eingehender darstellen wollte. Ich denke sie an anderer Stelle noch zu behandeln.

unbedingt Abweisung ab instantia, wie beim eigentlichen Beamten, sondern nur, wenn der Fiskus es geltend macht. Es kann also zum Versäumnisurteil kommen.

Von Bedeutung ist die Frage der Anwendbarkeit des Disziplinarrechts. Da das Disziplinarverhältnis als öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis nur gegenüber dem Beamten, bestehen kann, so hat das Disziplinarrecht Geltung für den Staatsangestellten nur von dem Gesichtspunkt der Konventionalstrafe. Daraus folgt, daß z. B. die Verhängung von Arrest nicht zulässig ist und nicht vollstreckt werden kann, denn die persönliche Freiheit ist ein unveräußerliches Gut und kann darum für das Konventionalstrafrecht nicht in Betracht kommen.

Von Bedeutung ist weiter die Frage der Anwendbarkeit des Disziplinarverfahrens. Auch der Privatangestellte kann sich vertraglich einem gewissen Verfahren unterwerfen; das Verfahren wird damit aber nicht zum Prozeß [159]. Wohl kann der Staat seine Disziplinarbehörden veranlassen, auch bei den Angestellten des Fiskus zu fungieren; sie dürfen darum aber das Verfahren nicht als Prozeß im eigentlichen Sinne behandeln, d. h. das Ersuchen der ordentlichen Gerichte zur Rechtshilfe ist unzulässig ebenso wie die Vereidigung von Zeugen und sonstige rein prozessuale Maßnahmen. Die Frage der Konkurrenz eines derartigen, uneigentlichen, unechten, Disziplinarverfahrens mit einem ordentlichen Strafverfahren wegen desselben Vergehens und die Anwendbarkeit des Satzes ne bis in idem sei hier nur flüchtig berührt, da ich sie in anderem Zusammenhang eingehend darzustellen gedenke. Es sei an

[159] Arndt, Staatsrecht des Reichs 635 will dem Disziplinarstrafrecht auch in seiner Anwendung auf den Beamten einen mehr privaten Charakter geben und glaubt, der Beamte brauche im Disziplinarverfahren sich nicht einmal zu stellen (was beim Staatsangestellten allerdings richtig ist). Eine andere Frage ist es, welche Zwangsmittel gegen einen solchen Beamten zur Anwendung kommen können.

dieser Stelle nur darauf hingewiesen, daß ein Disziplinarstrafurteil gegen den Staatsangestellten — anders beim Beamten — auf den ordentlichen staatlichen Strafanspruch ohne jeden Einfluß ist.

3. Der Partialbeamte.

Problem ist hier nicht, ob überhaupt der Partialbeamte im öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis steht; das ist vielmehr selbstverständlich; Problem ist nur, inwieweit er ihm, insbesondere dem Disziplinarrecht unterworfen ist.

Als unterscheidendes Merkmal zwischen dem Total- und dem Partialbeamten hatten wir oben gefunden: Der Totalbeamte steht mit seiner ganzen Person im Beamtenverhältnis, der Partialbeamte nur mit einem Teil, soweit nämlich sein Amt seine Tätigkeit es erfordert.

Daraus folgt: der Totalbeamte ist für seine ganze Person dem Staate verantwortlich; der Partialbeamte aber, der mit einem Teil seiner Person Privatperson bleibt, kann es nur sein, soweit er sich dem Staat unterstellt hat, d. h. soweit er nicht Privatperson bleibt. Innerhalb seiner amtlichen Tätigkeit untersteht er voll dem Beamtenrecht, insbesondere hat er die Gehorsamspflicht. Außerhalb seines Amtes aber kann er tun und lassen, was er will, auch dem Verbot des Vorgesetzten zuwider. Man halte sich ein Beispiel vor Augen: die Berufsfeuerwehr wird in kleinen Kommunen von Leuten ausgeübt, die ihr Amt nur nebenbei versehen. Soll der Spritzenführer, der irgend einen fernliegenden Hauptberuf hat, etwa verpflichtet sein, ständig die Lokale nicht zu besuchen, deren Besuch den sonstigen Beamten verboten ist?

Andere Fragen des öffentlichen Rechts interessieren hier weniger, da es sich, wie z. B. im Steuerrecht von dem wohl ohne Zweifel der Staatsangestellte genau so betroffen wird wie die Beamten im engeren Sinne nicht um die Unterscheidungen

innerhalb der oben dargelegten Beamtenkategorien handelt, sondern lediglich darum, ob jemand im Staatsdienst angestellt ist oder nicht. Der angestellte unterscheidet sich vom nicht angestellten Staatsdiener genau so wie der Privatangestellte (Privatbeamte) vom gewöhnlichen Dienstvertragsverpflichteten. Wann eine Anstellung vorliegt und was zu den Voraussetzungen der Anstellung erforderlich ist, ist eine alte Kontroverse, in die an dieser Stelle nicht eingegriffen werden soll. Welche weittragende Bedeutung dieser Frage zukommt, erhellt aus der großen Zahl von Entscheidungen, die über diese Frage ergangen sind. Vgl. Parey, Rechtsgrundsätze der Oberverwaltungsgerichte III[4] S. 339 ff. und Fuisting, Preußische direkte Steuern III[3] S. 67 ff.

Man sollte sich aber stets vor Augen halten, daß diese Frage mit den hier zu untersuchenden nichts gemein hat, daß insbesondere die Feststellung, daß jemand im Staatsdienst — richtiger: Fiskaldienst — angestellt ist, gar nichts darüber besagt, ob er Beamter, oder gar was für ein Beamter er ist. Die Vermischung beider Probleme hat, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgehen wird, der Klärung, der einschlägigen Fragen im Wege gestanden und zu einer Reihe unbefriedigender Entscheidungen geführt.

IX. Die Bedeutung der Beamtenbegriffe im Strafrecht.

Man könnte anzunehmen geneigt sein, daß der Verschiedenheit der Beamtenbegriffe im Strafrecht überhaupt keine Bedeutung beizumessen sei, da das Gesetz selbst im § 359 StrGB. die Möglichkeit einer verschiedenen Behandlung der verschiedenen Kategorien beseitigt, und einen einheitlichen Beamtenbegriff voraussetzt oder gar konstituiert [160].

[160] Vgl. Frank § 359 I und III, Olshausen § 359. 1 und § 110 Vorbem. 1; RGStr. 29. 18.

Ich halte diese Anschauung nicht für haltbar. Wir sind oben[161] schon auf den Inhalt des § 359 eingegangen und haben festgestellt, daß er nicht eine Definition des Beamtenbegriffs enthält. Der § 359 definiert nicht, sondern er erläutert — oder soll wenigstens erläutern; er erläutert den Beamtenbegriff dahin, daß gewisse Momente, die in der früheren Literatur eine gewisse Rolle gespielt haben, für ihn nicht von Bedeutung sind.

Daß im § 359 der Gesetzgeber — nicht das Gesetz — einen einheitlichen Beamtenbegriff voraussetzt, ist zuzugeben. Damit ist aber nichts entschieden. Liegen im Gesetz Verschiedenheiten begründet, die der Gesetzgeber selbst nicht gesehen hat, so hat sich eben der Gesetzgeber geirrt, und die Wissenschaft hat unbekümmert um diesen Irrtum ihren Weg zu gehen.

Die Interpretation der einschlägigen Gesetzesbestimmungen kann daher in den entscheidenden Punkten nicht auf § 359 zurückgreifen. Sie hat den Beamtenbegriff als außerhalb des Strafrechts stehenden Begriff anzuerkennen; und wenn dieser Begriff, wie ich glaube allgemein nachgewiesen zu haben und im besonderen noch nachweisen werde, nicht einheitlich ist, so hat sie aus der einzelnen Gesetzesbestimmung heraus zu deduzieren, welcher Beamtenbegriff jeweilig zu Grunde liegt. Für die Methode wird in erster Linie die Berücksichtigung der ratio legis fruchtbar sein.

Gehen wir auf die einzelnen Beamtendelikte ein:

1. Widerstand gegen die Staatsgewalt.

Auf diesem Gebiete zeigt sich am krassesten, wohin die herrschende Lehre führt, die keinen Unterschied zwischen dem öffentlichen Staatsbeamten und dem fiskalischen Privatbeamten (Staatsangestellten) macht.

Ein Beispiel: Von der herrschenden Lehre (vgl. OLSHAUSEN

[161] S. o. Abschn. I.

§ 114. 1 HÄLSCHNER Gemeines Strafrecht II 821 FRANK, § 114 II) wird ausdrücklich auf § 359 verwiesen, dort aber ausgeführt, es komme auf die Art der Dienste nicht an (OLSHAUSEN § 359. 4), sodaß also die kommunalen Angestellten von den §§ 113 und 114 umfaßt werden. Die Straßenreinigung wird von der Kommune betrieben; der angestellte Straßenreinigungsbeamte — in der Regel also wohl auch der ganz junge Straßenfeger — ist also städtischer Beamter. Wer also einen solchen Jungen nötigt, auch seinen Hausflur mit auszufegen oder vor seinem Hause nicht zu fegen, macht sich der Beamtennötigung strafbar und wird, wenn man ihm nicht mildernde Umstände zubilligt, mit mindestens drei Monaten Gefängnis bestraft, jedenfalls aber überhaupt mit Gefängnis.

Es dürfte angebracht sein, an dieser Stelle das Beispiel weiter auszubeuten.

Nimmt dieser Straßenfeger für besonders sorgfältiges Fegen eine Zigarre als Geschenk an, so kann ihn das bis zu 6 Monaten Gefängnis kosten (§ 331); nimmt er aber gar das Geschenk für die Unterlassung des Fegens, so wandert er ins Zuchthaus (§ 332) und der arme Hausbesitzer ins Gefängnis (§ 333). Und nun denke man gar an die zahllosen Trinkgelder und kleinen Pflichtwidrigkeiten in dem Badebetrieb einer städtischen Badeanstalt!

Ferner: wenn jener Straßenfeger einem im Wege stehenden Kinde eine Ohrfeige versetzt, so tritt Gefängnis ein nicht unter drei Monaten (§ 340). Und die gleiche Strafe trifft den städtischen Badediener, der ein Stückchen Seife mit nach Haus nimmt (§ 350).

Sehen wir einmal davon ab, wie sehr durch entsprechende Urteile das Rechtsgefühl verletzt werden kann (so ist tatsächlich nach einem Urteil des Oberlandesgerichts München [162] ein Schüler, der dem Lehrer bei einer Züchtigung Widerstand

---

[162] OLG. München Str. 3. 123.

leistet, wegen Beamtenwiderstandes nach § 113 zu bestrafen, und wenn man nicht einen mildernden Umstand an den Haaren herbeizieht, mit Gefängnis von mindestens vierzehn Tagen) so muß es als völlig ungerechtfertigt erscheinen, wenn das Gesetz Unterscheidungen in die Dinge hineinträgt, die dem gewöhnlichen gesunden Menschenverstand nie aufgehen werden, so die Unterscheidung zwischen dem Badediener der städtischen und dem einer von einem gemeinnützigen Verein unterhaltenen Badeanstalt oder zwischen dem Angestellten der Reichsbank gegenüber dem einer der großen Privatbanken. Ersterer ist in den aufgeführten Fällen strafbar, während der letztere straflos ist.

Worauf es mir ankam, war der Nachweis, daß wir nicht schematisch im Strafrecht irgend einen Beamtenbegriff zugrunde zu legen haben, sondern daß dort, wo offenbar der Staatsangestellte nicht vom Gesetz betroffen wird, die ratio legis heranzuziehen ist, um festzustellen, wer als Beamter in Betracht kommt.

Bei den Widerstandsdelikten gegen die Staatsgewalt liegt die ratio legis auf der Hand. Wie die Ueberschrift der fraglichen Delikte schon zum Ausdruck bringt, soll durch die §§ 113/114 die Staatsgewalt geschützt werden[163]. Wir werden damit vom Gesetz selbst auf jenes Moment geführt, dessen Bedeutung schon oben dargelegt ist. Der Beamte muß Träger der zu schützenden Staatsgewalt sein. Der Staatsangestellte scheidet darum aus. Desgleichen auch der Internbeamte, da auch er ja nach außen nicht als Träger der Staatsgewalt fungiert. Daß dagegen gegen den Partialbeamten Beamtenwiderstand und -nötigung begangen werden kann, bedarf kaum der Erwähnung.

2. Die Delikte gegen die im „Amt“ verkörperte staatliche Autorität.

Die hier zu behandelnden Delikte schließen sich denen, die

[163] Vgl. OLSHAUSEN § 113. 1.

direkt gegen die Staatsgewalt gerichtet sind, an. Während aber dort die Staatsgewalt als solche angegriffen wird, handelt es sich hier um die bloße Beeinträchtigung der staatlichen Autorität.

Es sind die Delikte gegen § 132 (Amtsanmaßung) und gegen § 360 Ziffer 8 (die Annahme einer Uniform, Amtskleidung, eines Amtszeichens). Es ist offenbar, daß der Gegenstand des Rechtsschutzes nur die staatliche Autorität[164] ist, daß also dort, wo von staatlicher Autorität nicht die Rede sein kann, diese Delikte gar nicht begangen werden können.

Die Aemter und Amtstrachten innerhalb rein fiskalischer Institutionen unterscheiden sich in nichts von denen privater Institutionen, und so wenig die Anmaßung des Amtes oder das Tragen der Uniform eines privaten Bademeisters oder Bankkassierers[165] strafbar sein kann, so wenig kann es die gleiche Handlung sein in Hinsicht auf den städtischen Bademeister oder den Reichsbankkassierer[166]; denn wenn hier der Staat auch der Unternehmer ist, so ist er es nur in seiner privatrechtlichen Realität, als Fiskus.

Auch hier also haben wir den Staatsangestellten auszuschließen.

An dieser Stelle dürfte auch das Delikt gegen § 133 Erwähnung finden. Geschützt sind Urkunden, Register usw., die sich in „amtlicher Aufbewahrung" befinden. Was ist hier unter amtlicher Aufbewahrung zu verstehen? Zweifellos wohl nur die Aufbewahrung unter staatlicher Autorität; wird doch auch das Delikt durch die Ueberschrift „Vergehen wider die öffentliche Ordnung" in diesem Sinne

---

[164] Olshausen § 360. 8a und dγ, siehe auch Regers Entsch. 29. 294.

[165] Olshausen § 360. 8b verweist auf das Beispiel der Wach- und Schließgesellschaft.

[166] Etwas abweichend Rüdorff-Stenglein[5] § 360. 13.

charakterisiert. Gegenstände, die von einem privatrechtlichen Institut des Staats oder der Kommune aufbewahrt werden, werden daher von § 133 nicht betroffen, dies gilt von den städtischen Badeanstalten, Parkverwaltungen, von der Reichsbank, Handelskammer, Börse usw. In gleichem Sinne ist der Begriff des Beamten im § 133 auszulegen, also unter Ausschluß des Staatsangestellten. Wer also den Kehrbesen eines Straßenfegers beschädigt, wird nicht gleich mit Gefängnis nach § 133 bestraft.

3. Die falsche amtliche Versicherung.

Das Gesetz fordert in § 155. 3, daß ein Beamter eine amtliche Versicherung unter Berufung auf seinen Diensteid abgibt. Was ist ein Beamter, eine amtliche Versicherung, ein Diensteid im Sinne dieser Bestimmung?

Es ist auszugehen vom Diensteid. Einen Diensteid kann jeder leisten und leisten lassen; es fragt sich nur, wann ihm der nach den Normen über den Meineid relevante Charakter des Eides zukommt.

Es dürfte auch hier wieder auf den Begriff der staatlichen Autorität ankommen. Wohl ist der Begriff des Eides ein rein ethischer oder religiöser: aber derartige Werte können nicht Gegenstand des Rechtsschutzes sein. Der Eid kann nur geschützt werden sofern in ihm ein Recht auf Wahrheit und Treue sein greifbares Dasein erhält. Ein derartiges Recht steht aber nur dem Staate zu, denn nur der Staat hat ein Interesse an Treue und Wahrheit, das über das pekuniäre und höchstens ethische Interesse des Privaten hinausgeht. So ist auch jede Erforschung der Wahrheit, insbesondere die gewaltsame, die Erzwingung der wahrheiterschöpfenden Aussage aus den Händen der Privaten genommen und in die des Staates gelegt. Damit bekommt der Begriff des Eides sein ihm eigentümliches Gepräge als einer Institution nicht der Religion sondern des öffentlichen Rechts.

Ein Eid ist nur möglich gegenüber dem Staat. Ein Diensteid, der spätere Eide zu ersetzen imstande sein soll, muß demnach auch gegenüber dem Staate geleistet sein, wenn ihm der dem Eide eigentümliche Charakter, das öffentlich-rechtliche Moment, zukommen soll. Der Staatsangestellte, fiskalische Beamte leistet seinen Eid aber nicht dem Staate, sondern seinem Dienstherrn der rein privatrechtlichen Person des Staates dem Fiskus; der ihm abgenommene Diensteid kann darum nicht ein Eid sein, sowenig wie der Eid, der von einem privaten Bankdirektor gegenüber einem Privatbeamten abgenommen wird.

Zuweilen mag es vorkommen, daß ein bloßer Staatsangestellter einen Diensteid gegenüber einem Staatsbeamten leistet. Ein gültiger Eid liegt dann vor; es fragt sich aber, ob ein Staatsangestellter sich überhaupt des Delikts gegen § 155 Abs. III schuldig machen kann; ob der Staatsangestellte hier unter den Beamtenbegriff fällt.

Ich möchte die Frage bejahen. Denn im Gesetz ist das Wort „Beamter" nicht gewählt, um eine bestimmte Kategorie von Personen von einer andern Kategorie, der der Nichtbeamten, abzugrenzen. Das Gewicht liegt vielmehr auf dem Wort Diensteid, und der Gesetzgeber geht von der Vorstellung aus, daß nur ein Beamter sich auf einen Diensteid berufen kann. Das Gesetz ist demnach so zu interpretieren, als stünde dort: wenn jemand eine Versicherung usw. abgibt. Der Staatsangestellte ist darum des Meineides nach § 155 Abs. III fähig, sofern sein Diensteid ein Eid ist.

Mit diesen Ausführungen haben wir gleichzeitig für die Interpretation der „amtlichen Versicherung" argumentiert. Das „Amt", auf die die amtliche Versicherung sich bezieht, braucht daher kein mit dem Begriff der Staatsgewalt zusammenhängendes zu sein, es genügt ein fiskalisches Amt; nach Olshausen [167])

[167] § 155. 6.

braucht die Versicherung sich nicht einmal auf eine Amtstätigkeit zu beziehen, ein Standpunkt, der mir in Uebereinstimmung z. B. mit OPPENHOFF [168]), nicht unbedenklich erscheint.

Für die Praxis sei darauf hingewiesen, daß es sich empfiehlt, mit der Zulassung der Berufung auf den Diensteid vorsichtig zu sein. In der Regel wird nur der Beamte im engeren Sinne, d. h. nicht der Staatsangestellte, einen Diensteid, der tauglicher Gegenstand für ein Eidesdelikt sein kann, geleistet haben. Es dürfte sich daher empfehlen, jeden Staatsangestellten grundsätzlich in ordentlicher Weise zu vereidigen.

4. Das Sittlichkeitsdelikt des Beamten.

Der § 174 bedroht mit Strafe die Beamten (und andere Personen), die mit den ihrer Obhut — unter den bestimmten in Abs. II und III näher ausgeführten Umständen — anvertrauten Personen unzüchtige Handlungen vornehmen.

Die ratio legis geht nicht darauf, den Beamten als solchen unter eine schärfere Strafe zu stellen als den Nichtbeamten — so ist dieses Delikt im Gesetz auch nicht unter den „Verbrechen im Amte“ aufgeführt — sondern gewissen Personen einen besonderen Schutz zu gewähren. Und zwar handelt es sich um solche Personen, die sich in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis befinden. Das Gesetz legt hier den Ton nicht auf Beamte, geht vielmehr von dem Gedanken aus, daß die zu schützenden Personen nur der Obhut von Beamten anvertraut werden. Es will den Beamten nicht in Gegensatz bringen zu den Staatsangestellten, sondern zu gewöhnlichen Privatleuten. So soll z. B. nicht der Mechaniker, der in einem Krankenhause eine Klingel repariert und sich dabei an den Internierten vergeht, von der Strafbestimmung des § 174 betroffen werden. Aber auch alle Staatsangestellten (Kommunalprivatbeamte) ausschließen, z. B. die ge-

[168] § 155. 11.

wöhnlichen untergeordneten Krankenwärter, hieße, gewiß den Intentionen des Gesetzes nicht gerecht werden.

Eins wird aber bei diesem Delikt nicht übersehen werden dürfen, daß es nämlich auf ein amtliches Anvertrauen von Personen ankommt. Nur sofern der Staat von Staats wegen die Obhut in die Hand nimmt, ist dieser besondere Schutz gerechtfertigt, nur also, soweit es sich um die öffentliche Kranken- und Armenpflege, um die öffentliche Fürsorge für gefährdete Kinder u. s. w. handelt. Sobald es sich um rein privatrechtliche Beziehungen handelt, scheint mir die besondere strafrechtliche Behandlung nicht mehr gerechtfertigt. Man würde sonst in die unbilligsten Zwiespälte kommen. So ist nicht abzusehen, warum etwa der Hausmeister eines öffentlichen, mit einem Internat verbundenen Musikinstituts anders behandelt werden sollte als der eines privaten. Im Hinblick auf die jetzt immer zahlreicher werdenden kommunalen Privatinstitute dürfte der Hinweis hierauf besonders angebracht sein.

5. Die Beamtenbeleidigung.

Die Beamtenbeleidigung ist nicht ein besonderes Delikt vielmehr nur Gegenstand eines besonderen Strafantragsrechts — § 196 Str.GB.

Hauptfrage ist auch hier wieder: fällt die Beleidigung des Staatsangestellten unter diese Bestimmung? Gehen wir auf die ratio legis ein, so kommen wir wieder auf das mehrfach uns entgegengetretene Moment der staatlichen Autorität. Der Beamte fungiert nicht für sich, sondern für den Staat, dessen Organ er ist. Läßt er sich beleidigen, so fällt ein Teil der Beleidigung auf den Staat[169]), der durch einen nicht völlig einwandsfreien Beamten fungiert. Der Staat hat aber ein öffentlich-rechtliches Interesse daran, und die staatliche Autorität erfordert es, daß seine Beamten in

[169] Vgl. Oppenhoff § 196. 2.

der Oeffentlichkeit fleckenlos dastehen. Darum muß die Möglichkeit gegeben sein, daß im gerichtlichen Verfahren die Fleckenlosigkeit des Beamten sich erweist oder aber dem Staat die Grundlagen verschafft werden, gegen den nicht makellosen Beamten vorzugehen. Auch prävenierend soll der § 196 wirken, da jeder sich hüten wird, eine Beleidigung auszusprechen, die mit Wahrscheinlichkeit den Strafantrag nach sich zieht; und auch daran hat der Staat ein Interesse.

Ist ein gleiches Interesse auch vom Staat als privatrechtlicher Person anzunehmen? Ein gewisses Interesse zweifellos; aber dieses Interesse unterscheidet sich in nichts von dem Interesse, das auch andere Privatpersonen daran haben, daß ihre Beamten nicht beleidigt werden. Was hier geschützt werden soll, ist aber gerade nicht dieses allgemeine Interesse, sondern das darüber hinausgehende, öffentlich-rechtlicher Natur. Ein solches ist bei den rein fiskalischen Unternehmungen nicht anzunehmen. Die Staatsangestellten werden darum von § 196 nicht getroffen.

Dieses Resultat entspricht auch der Billigkeit, wenn man die Frage einmal von anderer Seite, vom Standpunkt des Beleidigers aus, beleuchtet.

Wer die Ehre eines Staatsbeamten, des Trägers staatlicher Hoheitsrechte, angreift, muß wissen, daß sein Angriff über die Person des Beleidigten hinausgeht. Wer dagegen eine solche Person beleidigt, die ihm in gleicher Funktion auch im Privatrechtsverkehr entgegentritt, kann sich nur bewußt sein, diese Person allein anzugreifen. Es ist nicht begreiflich, inwiefern es einen Unterschied ausmachen soll, ob jemand den Kassierer der Deutschen Bank oder der Reichsbank, den Lehrer eines königlichen oder eines privaten Konservatoriums beleidigt, und es wäre unbillig, sollte der Beleidiger im einen Falle einer größeren Antragsmöglichkeit ausgesetzt sein als im andern.

Daß dem Staat hier ausnahmsweise die Kirche gleichgestellt

ist, dürfte kaum zu einer andern Auffassung führen.

Zweifelhaft möchte es sein, ob man den Internbeamten hierher zu rechnen hat oder nicht. Dafür spricht, daß er in den staatlichen Organismus eingegliedert ist. Doch dürften die Gegengründe überwiegen. So weit der Internbeamte in amtliche Tätigkeit tritt, so weit ist er gerade nicht Organ der Staatsgewalt. Dann kann aber auch die Beleidigung des Internbeamten nicht die staatliche Autorität berühren, da ja nach außen nicht der Staat, sondern nur der Fiskus hinter dem Beamten steht. So scheint mir eine Beleidigung etwa des Intendanten eines Hoftheaters nicht geeignet, das Strafantragsrecht Dritter zu begründen.

Berechtigter dürfte der Gedanke sein, den Internbeamten insoweit hierherzuzählen, als er in seiner internen Beamteneigenschaft hervortritt, sofern also der Internbeamte dem Staat gegenüber in Funktion tritt, insbesondere über seine Tätigkeit Rechenschaft ablegt. In dieser Tätigkeit ist der Internbeamte partialer Externbeamte und unterliegt dem gesamten Beamtenrecht.

6. Die Delikte im Amt.

Die Delikte im Amt zerfallen je nach dem Gegenstand des Strafrechtsschutzes in zwei Gruppen, die allerdings ineinander verschmelzen. Die erste Gruppe ist ein Schutz des Publikums, die zweite ein Schutz des Staates gegen Beamte. Obwohl die ratio legis für beide Gruppen völlig verschieden ist, ergibt sich für unsere Fragen das gleiche Resultat.

Bei den Delikten der ersten Gruppe kommt in besonders starkem Maße das Moment zur Geltung, auf das wir wiederholt hingewiesen haben.

Soweit der Staat als Staat in Funktion tritt, steht er als das Subjekt, als das er auftritt, einzig da. Die Verkörperung der Gewalt über den Bürger ist der Staat. Der Bürger

hat nicht wie im Privatverkehr die Wahl, sich mit dem Staat einzulassen, sondern er steht als solcher bereits in Beziehungen zum Staat; er muß sich mit den Organen des Staates einlassen. Diese Notwendigkeit erfordert einen besonderen Schutz des Bürgers gegen Uebergriffe des Beamten und eine Pflicht des Staats, mit allen Mitteln dahin zu wirken, daß seine Organe ihren Aufgaben gemäß pflichtgetreu fungieren. Der Bürger hat einen Anspruch darauf, daß, soweit er zu dem Staat in ein Zwangsverhältnis tritt, er das denkbar größte Vertrauen hegen kann.

Bei den Delikten der zweiten Gruppe handelt es sich darum, daß der Staat dieser eben erwähnten Pflicht, die Garantien für ein zuverlässiges Beamtentum zu geben, genügt. Er muß sich gegen den Beamten schützen, da eine Untreue des Beamten gegen ihn in letzter Linie doch wieder auf den Bürger zurückwirkt, z. B. die Unterschlagung und Fälschung im Amte.

In beiden Fällen kommt m. E. nur der Beamte im engeren Sinne in Betracht, nicht der Staatsangestellte. Denn beim Staatsangestellten tritt uns nicht die öffentlich-rechtliche Person des Staates entgegen, sondern die privat-rechtliche, des Fiskus. Es liegt aber nicht der geringste Grund vor, den Fiskus und seine Privatbeamten irgendwie anders zu stellen als sonstige Privatpersonen, da der Fiskus sich nach außen von jenen in nichts unterscheidet. Es läßt sich vom gesetzgeberischen Standpunkt aus durchaus rechtfertigen, einen Teil der Amtsdelikte, insbesondere die Bestechung, auf die Privatbeamten zu übertragen. Geltendes Recht ist das noch nicht. Und so lange es das noch nicht ist, würde es als ein ungerechtfertigter Zwiespalt erscheinen, wollte man ein privates Unternehmen des Fiskus nach ganz anderen strafrechtlichen Gesichtspunkten behandeln als die gleichen Unternehmungen von Privatpersonen. Ob der Beamte eines staatlichen Bergwerks oder der eines privaten, der Kassierer der städtischen oder einer sonstigen Volks-

badeanstalt, ein Angestellter der Reichs- oder der Deutschen Bank, der Kontrolleur einer kommunalen oder privaten Gasanstalt eine Unterschlagung, einen Hausfriedensbruch oder sonst ein Delikt im Amt begeht, kann für das Rechtsgefühl keinen Unterschied ausmachen und darf es darum auch nicht für das Strafrecht.

Man wende nicht ein, daß bei gewissen Angestellten ein Schutz wie gegen andere Beamte angebracht ist. Gewiß ist zuzugeben, daß etwa der Kanzlist eines Gerichts durch seine Stellung den Zugang zu den Akten hat und daß dem Staat durch ihn die gleiche Gefahr droht, wie durch irgendeinen ungetreuen Sekretär oder Aktuar. Hier aber kann m. E. auf diesem Wege keine befriedigende Scheidung gefunden werden; denn könnte man dieselbe Argumentation nicht auch auf den stundenweis engagierten Lohnschreiber, auf den Aktenhefter, schließlich auf die Reinmachefrau anwenden? Wenn jene aber nur unter die einfachen Strafbestimmungen sollen, dann kann es nicht als unbefriedigend erscheinen, wenn man den Kanzlisten gleich behandelt. Ja es ließe sich eher ein Wort für diese Behandlung sagen. Der Beamte, der die Verwaltung eines Amtes unter eigener Verantwortung übernimmt, steht zu dem Staat in einem intensiveren Treueverhältnis als der bloß mechanisch tätige Angestellte. Sein Delikt wird durch die besondere Untreue auch besonders strafwürdig.

Im übrigen aber sollte man mit derartigen Dingen nur an die Gesetzgebung herantreten. Wie oben schon dafür eingetreten ist, daß die Bestrafung der Bestechung auch auf Privatbeamte ausgedehnt wird, so möchte ich auch vorschlagen, die Amtsunterschlagung hinsichtlich des Personenkreises erheblich zu erweitern. Vielleicht empfiehlt sich die allgemeine Strafschärfung und fakultativ Ehrverlust bei Vermögensdelikten, wenn sie unter Mißbrauch einer besonderen Vertrauensstellung in einem öffentlichen oder privaten Betriebe erfolgen.

Inwieweit der Internbeamte ein Amtsdelikt begehen kann, ist nach den oben ausgeführten Gesichtspunkten zu beurteilen. Soweit er nach innen, dem Staat gegenüber, als Staatsorgan fungiert, ist er Partialbeamter, im übrigen aber nichts als Staatsangestellter, sodaß also z. B. ein Gasanstaltsdirektor, soweit er als solcher in Betracht kommt, nicht Subjekt eines Amtsdelikts sein kann.

7. Die sonstige Bedeutung des Beamtenbegriffs im Strafrecht.

Es bleiben uns noch einige Fälle zu besprechen, in denen die Beamteneigenschaft für die Strafbarkeit eines Delikts von Bedeutung wird.

a) Auch das Auslandsdelikt kann bestraft werden, wenn es von jemandem begangen ist als Beamten des deutschen Reichs oder eines Bundesstaats und diese Handlung nach deutschem Recht ein Amtsdelikt sein würde. — § 4 StrGB. die Frage, wer hier „Beamter“ ist, die übrigens von geringer praktischer Bedeutung ist, ist im Sinne obiger Ausführungen über die Amtsdelikte zu entscheiden, so daß sich hier ein weiteres Eingehen erübrigt.

b) Bei der Teilnahme an einer geheimen oder staatsgefährlichen Verbindung kann gegen Beamte auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter erkannt werden — §§ 128/9 StrGB.

Diese Delikte sind ein Gegenstück zu dem Widerstand gegen die Staatsgewalt, nur daß hier der Beamte nicht Objekt, sondern Subjekt der Delikte ist. Was geschützt werden soll ist hier wie dort die staatliche Autorität und die Sicherheit des Staates in seinem Bestande. Nur der Staat, soweit er als Staat in Betracht kommt, nicht als Privatperson, ist Objekt des Schutzes; nur der Beamte, der Organ des Staates in dieser Bedeutung ist, also der Externbeamte, kann taugliches Subjekt der mit Ehrverlust strafbaren Teilnahme an einer Verbindung sein.

Den Staatsangestellten dieser Bestrafung unterwerfen, hieße den Staat aus seiner privatrechtlichen Stellung, die ihm in dieser Hinsicht allein zukommt, in unzulässiger Weise herausheben. Die Tatsache, daß ein privates — wenn auch gemeinnütziges — Unternehmen vom Fiskus ausgeht, alteriert nicht den Pflichtenkreis des im Dienste des Fiskus angestellten Bürgers gegenüber dem Staat; und vergeht sich ein Angestellter des Fiskus gegen den Staat — die öffentliche Ordnung — so vergeht er sich nicht schwerer als irgend ein Privatangestellter.

Ueber die Frage, ob Partialbeamte unter § 128/9 fallen können, kann man streiten. Es spricht dafür die Art der besonderen Strafe und man kann nicht ohne Berechtigung sagen, daß, wenn ein Totalbeamter der Bekleidung öffentlicher Aemter für unfähig erklärt worden, der Beamte also nicht wieder in ein Beamtenverhältnis, selbst nicht in ein Partialbeamtenverhältnis treten kann, daß dann diese Unfähigkeitserklärung auch beim Partialbeamten zulässig sein muß. Dem spricht aber entgegen, daß der Partialbeamte nicht mit seiner ganzen Person Organ des Staates ist. Es ist ein beträchtlicher Unterschied, ob jemand seine Privatperson, über die er völlig Herr bleibt, wenn er auch partiell als Staatsorgan wirkt, der Staatsautorität entgegensetzt, oder ob ein Beamter, der mit seiner ganzen Person Staatsorgan ist, der zum Staat in ein Gewalt- und Gehorsamsverhältnis tritt, sich gegen § 128/9 vergeht, zumal wenn der Partialbeamte — etwa ein ländlicher Standesbeamter — nur stundenweise Beamter ist. Es scheint mir darum nicht billig, daß jedem Partialbeamten die Möglichkeit soll genommen werden können, je wieder ein Staatsamt annehmen zu können, während man diese Möglichkeit der Privatperson offen lassen muß. Unbilligkeiten, zu denen meine Ansicht führen könnte, würden auf disziplinarischem Wege ausgeglichen werden können.

X. Die Beamtenbegriffe im Zivilrecht.

Mit dem Uebergang vom öffentlichen und Straf- zum Privatrecht ändert sich unsere Stellung in methodischer Hinsicht. Während dort wesentliche allgemeine Gesichtspunkte hineinspielten, insbesondere der, daß einem Staatsangestellten keine andere öffentlichrechtliche und strafrechtliche Stellung zukommen kann als dem Privatbeamten, da hier die Person, nicht nur ihre pekuniäre Lage in Frage steht, müssen für die privatrechtliche Seite unseres Problems alle derartigen Erwägungen von vornherein fortfallen.

Hier handelt es sich nur um Pflichten und Rechte, insbesondere um Privilegien, die das Privatrecht an sich jedem verleihen oder auferlegen kann — man denke an das Sonderrecht des Kaufmanns, des Schiffers, Apothekers, Verlegers, Automobilbesitzers oder Bauunternehmers — um die Person nicht oder nicht unmittelbar. Alle derartigen Erwägungen, wie sie in den letzten Abschnitten dieser Untersuchungen eine Rolle gespielt haben, mögen für das folgende de lege ferenda von Wert sein; de lege lata sind sie unfruchtbar.

1. Allgemeines.

Das Rechtsverhältnis des Beamten und das des Staatsangestellten zum Staat (Fiskus) unterscheiden sich darin, daß ersteres rein öffentlichrechtlicher Natur, letzteres rein privatrechtlicher Natur ist. Dieser Grundsatz wird nicht dadurch alteriert, daß auch das öffentlichrechtliche Verhältnis nach den Grundsätzen des Dienstvertrages zu behandeln ist und daß das Staatsangestelltenverhältnis zum Gegenstande hat, so weit möglich das gleiche wie das Beamtenverhältnis zu schaffen[170]. Dennoch führt die begriffliche Verschiedenheit zu einigen praktischen Konsequenzen[171].

[170] S. o. Abschn. VIII 2.

[171] Ueber das folgende vgl. Behr DJZ. 09. 1486.

Da das Beamtenverhältnis öffentlich-rechtlich ist, darum bringt die Kündigung des Beamten das Verhältnis noch nicht zum Erlöschen, sondern erst die Entlassung, während das Angestelltenverhältnis wie jedes Dienstverhältnis im Privatverkehr durch Kündigung erlischt. Der Beamte ist bis zur Entlassung selbst, wenn diese verzögert wird, zur weiteren Dienstleistung verpflichtet, der Staatsangestellte nicht.

Die Kündigung des Beamten ist juristisch ein Antrag auf Entlassung und kann darum an Bedingungen geknüpft werden, die des Staatsangestellten muß bedingungslos erfolgen.

Der Antrag des Beamten auf Entlassung kann selbst nach erfolgter Annahme bis zur Entlassungsverfügung widerrufen werden, die Kündigung des Staatsangestellten wird mit der Ankunft perfekt[172].

2. Das Recht der Beamtenhaftpflicht.

Der § 839 BGB. normiert eine Sonderhaftpflicht für Beamte wegen Verletzung der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht.

In Zweifel ziehen kann man m. E. nur die Frage, ob der Staatsangestellte hier unter Beamter mitzuverstehen ist oder nicht. Die Frage ist zu verneinen.

Wir stoßen hier wieder auf jene Scheidung, die schon bisher eine große Rolle gespielt: nämlich zwischen eigentlichen Beamten als Trägern der staatlichen Autorität und den bloßen Staats-(Fiskal)angestellten. Es heißt im § 839: verletzt ein Beamter „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht". Eine solche Amtspflicht liegt m. E. nur vor, wenn der Beamte autoritativer Vertreter der Staatsgewalt ist. Fehlt ihm selbst die Autorität, so kann seine Amtspflicht nicht Dritten gegenüber bestehen, sondern nur gegen-

[172] Siehe den praktischen Fall in Hans.Ger.Zt. 09 Beibl. Nr. 55.

über seinem Vorgesetzten, der für ihn die Autorität inne hat und sie statt seiner und durch ihn ausübt. Er hat dann selbst weder ein Amt noch eine Amtspflicht. Die Worte „Amtspflicht gegenüber Dritten" besagen, daß dem Beamten ein Stück der staatlichen Autorität zur Ausübung anvertraut sein muß. Der bloße Staatsangestellte, z. B. der Kanzlist oder Heizer, der staatliche Berg- oder der Reichsbankbeamte haben Amtspflichten gegenüber Dritten so wenig wie Privatbeamte. Auf ihn beziehen sich darum die §§ 839, 841 nicht.

Zum gleichen Resultat führt folgende Ueberlegung. Die ratio legis für die Normierung einer besonderen Beamtenflicht liegt darin, daß der Staat dem Bürger gegenüber eben in seiner Eigenart als Staat auftritt. Der Bürger hat es nicht, wie im Privatrechtsverkehr in der Hand, sich an diesen oder jenen zu wenden, mit dem Staat muß er sich einlassen. Es ist darum gesetzgeberisch durchaus gerechtfertigt, über die Bestimmung des § 823 BGB. hinaus[173] durch eine besondere Haftpflicht des Beamten dem Bürger eine besondere Gewähr gegen Schädigungen und für die Pflichterfüllung der Beamten zu geben. Beruht doch auf diesem Gesichtspunkt die dem Landesgesetz vorbehaltene besondere Haftung des Staates, nämlich nur bei dem Schaden, der in Ausübung der öffentlichen Gewalt verursacht wird[174].

Diese Erwägungen treffen aber nur zu auf den Beamten als Organ der staatlichen Autorität; auf den Staatsangestellten nicht. Dem Bürger gegenüber dem Staatsangestellten und damit indirekt gegenüber dem Fiskus als der privatrechtlichen Person des Staates jene vorteilhaftere Stellung geben, hieße ohne gesetzgeberischen Grund einen Gegensatz zu andern Privatpersonen schaffen, der im Wesen der Sache nicht zu erblicken ist.

[173] Auf das besondere Verhältnis des § 839 zum § 823 ist hier nicht der Ort näher einzugehen; vgl. darüber STAUDINGER § 839. 3.

[174] Einf.Ges. Art. 77.

Auch darum können also die §§ 839, 841 nur auf den Beamten im engeren Sinne, nicht auf den Staatsangestellten bezogen werden.

Hier ist eine kurze Abschweifung am Platz. Nach welchen Grundsätzen bemißt sich die Haftung des Staates?

Handelt es sich um Beamte im engeren Sinn, so kann die landesrechtliche Sonderhaftung des Staates nach EG. Art. 77 zum BGB. eingreifen. Fehlt es an einer Sonderregelung oder handelt es sich um einen Staatsangestellten, so fragt es sich, ob die Staatshaftung aus § 31 in Verbindung mit § 89 BGB. herzuleiten ist.

Der § 31 erfordert einen Schaden, zugefügt durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter der juristischen Person in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen. Zur Untersuchung, was unter verfassungsmäßig berufenem Vertreter zu verstehen ist, gehen wir am besten vom Beispiel aus.

Ein gemeinnütziger Verein unterhält eine Badeanstalt mit einem Anstaltsdirektor und einem Schwimmmeister. Es ist offenbar, daß wohl der Direktor verfassungsmäßig berufener Vertreter des Vereins ist, der Schwimmmeister aber nicht. Der Grund liegt darin, daß der letztere nur angestellt ist, um dem Verein zur Erfüllung seiner Aufgaben zu dienen, der erstere aber selbst ein Teil des Organismus ist, durch den der Verein fungiert. Der eine ist Organ und kraft seiner Organschaft Vertreter, der letztere nur Dienstverpflichteter und Vertreter nur kraft seiner Bevollmächtigung, seiner Anstellung. Der eine entnimmt seine Funktionsgewalt direkt der Vereinsverfassung, der andere nur indirekt, soweit sie ihm übertragen ist.

Mit diesen Ausführungen ist bereits die Parallele aufge-

deckt, die mir hier fruchtbar erscheint, nämlich die mit dem Staatsangestellten und dem Beamten. Wir hatten den Beamten definiert als den autoritativen Träger der Staatsgewalt und seine Stellung als Organ des Staates in Gegensatz gebracht zu der rein privatrechtlichen Stellung des Staatsangestellten. Nun ist die Scheidung in Organe, d. h. verfassungsmäßig berufene Vertreter und andere Vertreter im Wesen jeder juristischen Person gelegen: das Organ handelt als die juristische Person, der sonstige Vertreter für sie. Wie wir oben aber das Wesen des Beamten entwickelt haben, ist der Beamte im engen Sinne das Staatsorgan, d. h. der verfassungsmäßig berufene Vertreter des Staats, während der Staatsangestellte dieses nicht ist, da er nur für den Staat handelt. Nur die Externbeamten werden daher m. E. von dem § 31 BGB. betroffen.

Dieser Weg scheint mir der einzige, der geeignet ist, dem § 31 BGB. einen scharf begrenzbaren Inhalt zu geben.

Für jede juristische Person ist zu fragen: welches Maß von Funktionsmöglichkeit, von Willen, kommt der Verfassung zufolge ihr zu? in welche Aemter sind die Funktionen aufgeteilt? wer ist Inhaber der Aemter und damit Organ?

Ein Krankenhaus z. B. hat verfassungsmäßig — die Verfassung kann in dem Begriff selbst enthalten sein — die Funktion der Krankenfürsorge. Organ und Inhaber eines Amtes ist jeder, der seine Fürsorgegewalt der Verfassung entnimmt: der Direktor und die leitenden Aerzte, der Hausmeister usw. Wem dagegen nur die Krankenpflege obliegt und solche Verrichtungen, die nicht Willensfunktionen der juristischen Person sind, wer also nicht Aemter innehat, wie die gewöhnlichen Aerzte, Küchenmeister, Portier usw., der ist nur Angestellter[175], nicht verfas-

[175] Zutreffend RG. das Recht 12 Nr. 90, bedenklich aber OLG. München Strafs. 7. 528.

sungsmäßig berufener Vertreter und für ihn wird nur gehaftet nach §§ 278 und 831 BGB.

Es ist hier nicht der Ort, dem Problem im einzelnen nachzugehen. Auf eines sei nur noch hingewiesen: während die juristischen Personen des Privatrechts ihre Organisation ihrer Verfassung (Statut) entnehmen, ist bei denen des öffentlichen Rechtes, bei denen es an einer eigentlichen Verfassung überhaupt fehlt, das Verhältnis anders. Die Organisation ist eben ein Teil ihrer Verfassung[176] und sie wird darum in erster Linie Quelle sein für die Beurteilung der Frage, ob ein Angestellter nur dieses ist oder aber Organ, „Beamter im engeren Sinne" der juristischen Person[177 178].

In der Literatur finden sich mehrfach Anklänge an unsere Ausführungen. Wenn aber im allgemeinen nur Gewicht gelegt wird darauf, ob jemand unter eigener Initiative und Verantwortung handelt, so scheint mir das nicht präzis genug und trifft auch nicht den prinzipiellen Kern. Ja, mehrfach möchte diese Anschauung zu unrichtigen Resultaten führen. So handelte der Portier, der bei Glatteis Sand zu streuen hat, oder die Schwester, der die Obhut eines Kranken anvertraut ist, doch gewiß aus eigener Initiative und in eigener Verantwortung, ohne daß sie doch als verfassungsmäßig berufene Vertreter der juristischen Person, der das Krankenhaus zugehört, anzusehen sind[179].

3. Das Mietskündigungsrecht des Beamten.

Der § 570, der dem Beamten bei etwaiger Versetzung ein Recht zur vorzeitigen Mietskündigung gibt, ist ein Privilegium

[176] Gut die Ausführungen RGZiv. 53. 276 hinsichtlich der Kreisverfassung.

[177] Siehe auch RGZiv. 62. 35 hinsichtlich eines Kreisbaumeisters.

[178] Im einzelnen wird zu berücksichtigen sein die Selbständigkeit der Stellung, die Wichtigkeit und der Umfang des Geschäftsbereichs; vgl. die treffenden Ausführungen RGZiv. 70. 120 in Hinsicht auf einen Stadtbaumeister.

[179] Ueber den ganzen Abschnitt siehe die Ausführungen RGZiv. 53. 278,

des Beamtenstandes, ein Privilegium, das indirekt dem Staat zugute kommt. Insoweit es auf die Möglichkeit einer Versetzung ankommt, steht der Beamte dem Staatsangestellten völlig gleich. Daß das Gesetz nur jenem, nicht diesem das Privileg hat zuteil werden lassen wollen, läßt sich durch nichts rechtfertigen. Es dürfte darum wohl unzweifelhaft sein, daß der § 570 sich auch auf den Staatsangestellten — natürlich nicht auf den nur Dienstverpflichteten des Staats — erstreckt. Die Tatsache, daß dem Staat (Fiskus) so eine Vergünstigung zuteil wird, die den entsprechenden Privatunternehmungen nicht zukommt, obwohl bei ihnen Versetzungen genau so vorkommen wie dort, spricht nicht gegen unsere Auffassung, da der Fiskus, z. B. auf steuerrechtlichem Gebiete, vielfach derartige Vergünstigungen hat.

Die Frage, ob das Kündigungsrecht auch den Partialbeamten zusteht, dürfte darum von geringer Bedeutung sein, als nur selten Versetzungen von Partialbeamten vorkommen. Der Partialbeamte steht zu dem Staat in einem andern Verhältnis als der Totalbeamte, er hat seine Person nicht unterworfen. Er braucht einer Versetzung, die ja stets in die Freiheit der Person eingreift, nicht wie der Totalbeamte, Folge zu leisten. Der Staat kann ihm sein Amt nehmen, es einem andern übertragen, ihm selbst wieder übertragen, falls er seinen Wohnort wechselt, es fehlt aber an der Möglichkeit einer Versetzung im technischen Sinne des Wortes. Dem Partialbeamten steht darum das Kündigungsrecht aus § 570 nicht zu.

Auch vom Standpunkt des Vermieters muß man zu demselben Resultat kommen. Er schließt den Mietvertrag mit der Privatperson ab, gleichviel ob diese nebenbei staatliche Verrichtungen besorgt oder nicht. Er weiß vielleicht von der Beamtennatur des Mieters gar nichts und kann nicht mit einer

---

die in ihren theoretischen Teilen sich mit den unsrigen vielfach berühren, im Praktischen zuweilen allerdings abzuweichen scheinen.

plötzlichen Kündigung rechnen. Bei dem Totalbeamten weiß er dagegen, mit wem er es zu tun hat und welchen Gefahren er ausgesetzt ist. Es ist nichts als billig, daß er von dem Partialbeamten Aushaltung des Mietsvertrages verlangen kann.

4. Die Gehaltsabtretung nach § 411 BGB.

Die ratio legis dieser Bestimmung liegt in den praktischen Schwierigkeiten, die ohne sie für die öffentlichen Kassen bestehen würden. Der § 411 enthält ein Privileg für den Fiskus, nicht für den Staat als solchen und es ist darum anzunehmen, daß ihm dieses Privileg zukommen soll, gleichviel ob die Gehaltszahlungen an Beamte im eigentlichen Sinne oder an Staatsangestellte zu erfolgen haben.

5. Die ehe- und vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des BGB.

Die familienrechtlichen Bestimmungen der §§ 1315, und 1784 weisen auf das Landesrecht zurück. Es ist zu untersuchen, inwieweit das Landesrecht maßgebend sein kann. Selbstverständlich kann durch Landesrecht dem eigentlichen Beamten die Eheschließung und Uebernahme von Vormundschaften ohne Erlaubnis untersagt werden, denn der Beamte tritt zum Staat in ein besonderes persönliches Abhängigkeitsverhältnis, die Untersagung liegt im Bereich der Disziplinargewalt.

Der Staatsangestellte dagegen steht nicht in diesem Abhängigkeitsverhältnis. Zwar unterwirft sich der Staatsangestellte durch Eingehung des Angestelltenverhältnisses dem Beamtenrecht. Aber eine privatrechtliche Verpflichtung, Ehen nicht ohne Erlaubnis einzugehen, muß als unsittlich bezeichnet werden, zumal dem Fiskus, wenn der Angestellte eine unwürdige Ehe eingeht, andere Mittel, insbesondere das Recht der Entlassung, zustehen. Eine privatrechtliche Verpflichtung, Vormundschaften nicht ohne Erlaubnis zu führen, würde gleichfalls eine unzuläs-

sige Beeinträchtigung, der persönlichen Freiheit bedeuten. Das Landesrecht würde also einen ungesetzlichen Zustand schaffen, wollte es in die familienrechtliche freie Selbstbestimmung der Staatsangestellten eingreifen.

Es fragt sich, ob einem solchen landesrechtlichen Eingriff, sei es durch (Ministerial)-Verfügung, sei es durch Gesetz, rechtliche Wirksamkeit zukommen kann. Die Frage liegt auf öffentlichrechtlichem Gebiet und ist allgemeiner so zu stellen: kann durch landesrechtliches Gesetz in die staatsrechtlich zugesicherte freie Sphäre der Persönlichkeit eingegriffen werden? Ist ein solches Gesetz nur ungesetzlich oder ist es nichtig?

Durch die Verfassung der Einzelstaaten ist die Freiheit der Persönlichkeit verfassungsmäßig gesichert. Ein Gesetz das einen Verstoß gegen die Verfassung enthält, ist m. E. nichtig. So wenig, wie ein Gesetz gültig wäre, das bestimmte, daß Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften nicht ohne staatliche Erlaubnis heiraten dürfen oder Vormundschaften führen, so wenig kann das Staatsgesetz die Freiheit der Staatsangestellten (Privatbeamten des Staats) beschränken. Der Vormundschaftsrichter muß demnach ein solches Gesetz ignorieren und er kann und muß sogar dem Staatsangestellten in gleicher Weise Vormundschaften auferlegen wie irgendwelchen andern Privatbeamten. Die gleiche Konsequenz ist in Hinsicht auf die Eheschließung zu ziehen.

Es braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, daß die gleichen Erwägungen auf den Partialbeamten zutreffen. Auch er bleibt mit seiner Person Privater und muß darum im uneinschränkbaren Recht der freien Selbstbestimmung bleiben.

XI. Die Beamtenbegriffe im Zivil- und Strafprozeßrecht.

1. Die Zuständigkeit für Rechtsstreite um Beamtenansprüche gegen den Fiskus.

Die Bestimmung des § 70 GVG., wonach für Ansprüche des Beamten gegen den Fiskus ausschließlich das Landgericht zuständig ist, ist als ein Privilegium des Fiskus anzusehen, denn es ist ein Privilegium, nicht eine Last für den Fiskus, wenn er nur an Orten mit einem Landgericht, bei Unterwerfung auch des Gegners unter den Anwaltszwang und vor der wegen der stärkeren Besetzung zuverlässigeren Landgerichtskammer Recht zu nehmen braucht, wodurch die Revision bis ans Reichsgericht zulässig ist[180]. Handelt es sich aber um ein Privilegium des Fiskus, so ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz dem Fiskus dieses Privileg nur hinsichtlich der Beamten im engeren Sinne hat erteilen wollen. Der Staatsangestellte fällt vielmehr auch unter diese Bestimmung des § 70 GVG., die auf ihn übrigens auch schon wegen der im Anstellungsvertrag implicite enthaltenen Zuständigkeitsvereinbarung Anwendung zu finden hat.

2. Das Zeugenrecht.

Nach Zivil- sowie Strafprozeßrecht ist die Vernehmung von Beamten als Zeugen und Sachverständige an die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde geknüpft[181]. Die ratio dieser Bestimmungen ist das öffentlich-rechtliche Interesse des Staats an der Geheimhaltung derjenigen Tatsachen, deren Offenkundigkeit dem Staatswohl Nachteile bereiten könnte. Diese ratio legis deutet darauf hin, daß der Staat allein als Staat hier in Betracht kommt, nicht in seiner rein privatrechtlichen

---

[180] Vgl. Hahn, Materialien zum GVG. S. 787/8 und RGZiv. 33. 246.
[181] §§ 53, 76 StrPO.; §§ 376, 408 ZPO.

Existenz als Fiskus. Auch der Fiskus mag ein Interesse daran haben, daß gewisse Dinge nicht bekannt werden; dieses Interesse — das auch jedes Privatunternehmen hat — ist aber ein ganz anderes als jenes, und im Interesse der Rechtspflege verdient es keinen weiteren Schutz als den es durch das Zeugnisverweigerungsrecht bereits genießt. Ein gleiches gilt von dem Interesse des Staates an der Nichtvernehmung solcher Personen, die überhaupt nicht als Beamte in Betracht kommen können: Nichtbeamte, die durch Zufall Zeugen von Vorgängen werden, deren Offenkundigkeit unerwünscht ist.

Nach diesen Erwägungen scheint es mir erforderlich, wieder den Einschnitt zu machen zwischen Staat und Fiskus, Beamten und Staatsangestellten (Privatbeamten des Staats). Der Staatsangestellte unterliegt der uneingeschränkten Zeugnispflicht und dem Zeugnisrecht. Eine Einholung einer Genehmigung ist nicht erforderlich und wenn dem Staatsangestellten sein Fungieren als Zeuge von der vorgesetzten Behörde verboten wird, hat das Gericht das Verbot als ungesetzlich zu ignorieren und eventuell durch Verhängung von Strafen die Aussage zu erzwingen[182]. Der Staatsangestellte ist verpflichtet, dem Zeugniszwang zu folgen. Er muß mindestens vor Gericht erscheinen und kann dann evtl. das Zeugnis verweigern.

Ein Gleiches gilt vom Sachverständigen (ZPO. § 408 II). Eine Erklärung der vorgesetzten Behörde eines Staatsangestellten, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachteil bereiten würde, ist ebensowenig zu berücksichtigen, wie wenn ein Privatunternehmen eine derartige Erklärung abgibt.

3. Die Zwangsvollstreckung gegen Beamte.

Die Zwangsvollstreckung gegen Beamte ist insoweit einge-

[182] Für eine Beschwerde, die sonst zulässig ist (Löwe, StrPO.[12] § 54. 5) ist hier kein Raum.

schränkt, als ihnen die zur Dienstverwaltung erforderlichen Gegenstände, anständige Kleidung, Diensteinkommen und ein gewisser Geldbetrag[183] als unpfändbar vorbehalten bleibt[184].

Dieses Privilegium ist zwar unmittelbar ein Privileg des Beamten, mittelbar aber auch des Staats, dessen Ansehen durch Beeinträchtigung seiner Beamten leiden würde. Ob der Staat als Staat oder ob er als Privatperson auftritt, tut nichts zur Sache; es ist schließlich doch die staatliche Autorität, die darunter leidet, wenn irgend eines seiner Organe, bezw. Vertreter, sei es ein Beamter im engeren Sinne, sei es ein Staatsangestellter seinen Dienst mangels der erforderlichen Gegenstände oder standesgemäßen Auftretens nicht wie es wünschenswert ist, ausüben kann. Von diesem Gesichtspunkt aus ist ja auch der Personenkreis, dem das Privileg zukommt, über die Beamten hinaus erweitert.

Die Partialbeamten dagegen zählen m. E. nicht hierher. Da ihre Person weder Staat noch Fiskus repräsentiert, treffen obige Erwägungen auf sie nicht zu.

In gleicher Weise wie die Bestimmungen über die Pfändung dürfte der § 910 ZPO. zu interpretieren sein, der im Interesse eines geordneten Verwaltungsbetriebes die Verhaftung von Beamten (und Staatsangestellten) an gewisse Voraussetzungen knüpft. Es würde aber wohl der ratio legis entsprechen, hier die Partialbeamten den Totalbeamten gleichzustellen.

4. Die Vorentscheidung bei Beamtenverfolgungen.

Das EG. zum GVG. läßt in § 11 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, die die Verfolgung von Beamten an die Vorentscheidung einer Behörde knüpft.

Die Ausführungen über das Zeugenrecht treffen unmittelbar auch hier zu. Es ist nicht anzunehmen, daß dem Staat als privatrechtlicher Person eine Sonderstellung einge-

[183] §§ 811. 7/8 und 850[8] ZPO.

[184] Vgl. Conrad, Pfändungsbeschränkungen 06 S. 385.

räumt werden soll, vielmehr nur dem Staat als Staat. Die Staatsangestellten unterliegen darum m. E. der unbeschränkten Verfolgbarkeit.

5. Beamte als Schöffen und Geschworene.

Zu Schöffen und Geschworenen sollen nicht ernannt werden Reichs- und Staatsbeamte, die jederzeit einstweilig in den Ruhestand versetzt werden können[185]. Die ratio legis ist, die Sicherheit der Rechtsprechung zu erhöhen, da Beamte, denen die Versetzung in den Ruhestand droht, vielleicht in der Aeußerung ihrer Ueberzeugung befangen sein möchten. Auch die Staatsangestellten haben den Fiskus und somit den Staat zum Brotherrn und es dürfte der ratio legis entsprechen, die §§ 34, 85 GVG. auf Staatsangestellte zur Anwendung zu bringen.

Im Strafprozeß kommt auch in § 105 StrPrO. der Beamtenbegriff vor: bei Wohnungsdurchsuchungen ohne Beisein des Richters oder Staatsanwalts sollen ein „Gemeindebeamter" oder zwei Gemeindemitglieder zugezogen werden, da es sich hier nur um eine Sollvorschrift handelt, so ist die Frage, welche Art Gemeindebeamter gemeint ist, ohne praktische Bedeutung. Jedenfalls aber ist der Beamte nicht nur im engen Sinn gemeint, denn die Beamteneigenschaft ist nur hervorgehoben, um eine Gewähr für die Vertrauenswürdigkeit zu haben, und diese kommt auch dem Staatsangestellten zu.

[185] §§ 34, 85 GVG.