Werk

Titel: II. Aus der Praxis des Staatsrechts

Ort: Tübingen

Jahr: 1923

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0044|log16

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

II.
Aus der Praxis des Staatsrechts.

Das Reichsgericht und die preußische Kabinettsorder vom 25. September 1834 über Dotationsansprüche der Pfarreien und Kirchengemeinden.

Von

HEINRICH TRIEPEL.

1.

Die Kabinettsorder König Friedrich Wilhelms III. vom 25. September 1834, über deren Vorgeschichte später noch genauer zu sprechen sein wird, bezog sich auf Dotationsansprüche, die von Pfarreien und Kirchengemeinden in den preußischen Landesteilen diesseits des Rheins gegen den preußischen Staat erhoben worden waren und in Zukunft erhoben werden würden. Es handelte sich um Ansprüche, die aus der Einziehung der Klöster und Stifter hergeleitet wurden, aus jener großen Säkularisation, die durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 eingeleitet und in Preußen durch mehrere Edikte und Kabinettsorders vollzogen worden war. Die Kabinettsorder vom 25. September 1834 war an den Minister der geistlichen Angelegenheiten, Freiherrn von Altenstein, und den Finanzminister Maaßen gerichtet und war die Antwort auf einen von den beiden Ministern unter dem 19. August 1834 dem Könige erstatteten Immediatbericht. Sie stellte für die Behandlung jener Ansprüche in einer bestimmten Beziehung „allgemeine Grundsätze“ auf und er-

ledigte gleichzeitig die „Anforderung“ einer einzelnen Gemeinde, der katholischen Gemeinde zu Geistingen im Kreise Siegburg, indem sie ihr einen jährlichen Zuschuß von 100 Rthlr. zur Dotation ihrer Pfarrstelle bewilligte.

Die Kabinettsorder ist weder in der Gesetzsammlung, noch in einem andern amtlichen Publikationsorgan veröffentlicht, noch auch in irgendeiner sonstigen Form zur Kenntnis anderer „Beteiligter“ als der beiden Minister gebracht worden. Sie würde vermutlich auch heute noch in den Aktenschränken der Ministerien ein verschwiegenes Dasein führen, wenn sie nicht — und zwar mehr als ein Menschenalter nach ihrem Erlasse — allem Anscheine nach infolge eines Bruchs der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit den Weg in eine wissenschaftliche Zeitschrift gefunden hätte. Sie ist in Band 19 des Archivs für katholisches Kirchenrecht (1868), S. 340 ff., nicht ganz korrekt und mit einer vielleicht nicht unbeabsichtigten Auslassung, abgedruckt worden.

Zum besseren Verständnisse wird es erforderlich sein, die Kabinettsorder im vollen Wortlaute hier nochmals wiederzugeben[1]:

„Aus Ihrem Bericht vom 19. v. Mts. habe Ich ersehen, nach welchen Grundsätzen Sie bisher bei Beurtheilung der, aus den Kloster-Aufhebungen abgeleiteten Dotations-Ansprüche der Pfarreien in den Landestheilen diesseits des Rheins, verfahren haben. Wenn nun auch solche den allgemeinen Rechtsprincipien entsprechen und bei der Verschiedenheit der Fälle und Verhältnisse nach Umständen und den Beweismitteln im Einzelnen näher zu beurtheilen bleibt, ob einem aufgehobenen Stifte oder Kloster gegen irgend eine Gemeine hinsichtlich der Seelsorge wirklich zu Recht beständige Verpflichtungen obgelegen haben oder nicht; so scheint es doch zulässig und nothwendig, mit Hinsicht auf die Bestimmungen des Reichs-Deputations-Schlusses vom 25. Februar 1803 allgemeine Grundsätze anzunehmen, welche bei den Ansprüchen der Pfarreien und Kirchen Gemeinen an den Staat zunächst im Auge gehalten werden können. Ich bin mit der von Ihnen, dem Staatsminister Freiherrn von Altenstein in dieser Beziehung geäußerten Ansicht einverstanden und genehmige derselben gemäß, daß eine rechtliche Verpflichtung und daher auch

---

[1] Akten des Preuß. Finanzministeriums IIIa Nr. 20. — I 9032/1834. — Beim Abdruck im Archiv für kathol. Kirchenrecht sind die beiden letzten Sätze weggeblieben.

ein Anspruch auf vollständige, oder ergänzende Dotation überall anzuerkennen sei, wo erweislich, entweder vor Errichtung des Stifts, oder Klosters schon eine Pfarrkirche existirte, welche mit den diesfälligen Pfarr-Verrichtungen dem Kloster oder Stifte übergeben worden ist, oder, wo das Pfarr-Officium späterhin dem Kloster oder Stifte von der geistlichen Behörde förmlich inkorporirt worden, oder, wo Stifter und Klöster sich anderweitig zur Leistung der Pfarrdienste, ausdrücklich und auf rechtsverbindliche Weise verpflichtet hatten, oder wo endlich die betreffende Gemeine, ohne zu einer anderen Pfarrkirche des Orts, oder der Nachbarschaft wirklich eingepfarrt zu sein, wenigstens 44 Jahre hindurch vom Jahre 1803 exclusive, an zurückgerechnet, also vom Jahre 1759 ab, im fehlerfreien ununterbrochenen Besitze der, von dem aufgehobenen Kloster oder Stift ihr geleisteten Pfarrdienste, sich befunden hat. Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß die zu gewährenden Entschädigungen nicht über den Ertrag des eingezogenen Kloster-p. Vermögens und über die früheren Verpflichtungen der Kloster-Geistlichen ausgedehnt werden dürfen, und daß, wenn etwa inzwischen einer Kirche oder Gemeine von der Zwischenherrschaft, oder diesseits eine anderweite Dotation oder Aushülfe für den gottesdienstlichen Bedarf gewährt worden ist, der diesfällige Betrag alsdann von dem rechtlichen Anspruch abgerechnet werden muß, daher auch dieser Punkt bei allen Anforderungen zunächst in Betracht zu ziehen und zu untersuchen ist. In Fällen dagegen, wo die Gemeinen auf die dauernden Leistungen geistlicher Institute ein vollkommenes Recht nicht gehabt haben, kann nach Meiner Ordre vom 30. August 1830 ein Anspruch auf die Dotation ihrer Pfarrei gegen den Staat, aus dem Reichs-Deputations-Schluß nicht anerkannt werden, wenn auch nach dem vorliegenden Berichte anzunehmen sein sollte, daß ihr Zustand sich durch die Aufhebung der Stifter, oder Klöster sonst verschlimmert habe, und bleibt es in dieser Beziehung bei dem Vorbehalte in der gedachten Ordre, nach Befinden nur im Wege der Gnade bei Dotation der Pfarreien zu Hülfe zu kommen. Die Anberaumung eines Präclusivtermins für die noch vorhandenen rechtlichen Ansprüche, ist übrigens allerdings nicht rathsam, da solche eine Menge unbegründeter Prätensionen zur Folge haben würde. Was nun insbesondere die Anforderung der katholischen Gemeine zu Geistingen im Kreise Siegburg anbetrifft; so finde Ich solche durch den beigebrachten Revers begründet und bewillige derselben den an-

getragenen Zuschuß von jährlich 100 R zur Dotation ihrer Pfarrstelle.

Berlin den 25ten September 1834.

gez. Friedrich Wilhelm.

An die Staatsminister Freiherr von Altenstein und Maaßen."

Ueber den rechtlichen Charakter der Kabinettsorder vom 25. September 1834 ist eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen ergangen. Diese zerfallen zeitlich und inhaltlich in zwei Gruppen.

a) Zuerst hat sich das Königliche Obertribunal in einem Erkenntnisse vom 22. Februar 1858 mit der Kabinettsorder beschäftigt. Der bischöfliche Stuhl zu Paderborn hatte eine Klage gegen den Fiskus, als Rechtsnachfolger des Klosters Dalheim, auf Dotation einer Pfarre angestrengt und hatte seinen Anspruch in erster Linie auf die Kabinettsorder gestützt. Das Obertribunal entschied, daß sich die Kabinettsorder „als eine bloße Instruktion für die Verwaltungsbehörden, keineswegs aber als eine Norm für die richterliche Entscheidung in Form einer authentischen Deklaration darstelle" [2].

Es ist zu beachten, daß diese Entscheidung dem Erlasse der Kabinettsorder zeitlich noch verhältnismäßig nahestand, und daß sie nur wenige Jahre nach Einführung der konstitutionellen Verfassung in Preußen, also noch in einer Periode ergangen ist, in welcher der gerichtlichen Praxis die rechtliche Bedeutung der aus der vorkonstitutionellen Zeit stammenden, vielgestaltigen königlichen Erlasse sozusagen im Blute lag. Von Interesse ist auch, daß in dem Prozesse, den das Erkenntnis des Obertribunals beendigte, die damals noch nirgends abgedruckte Kabinettsorder vom Kläger in einer Abschrift vorgelegt worden war, und daß der beklagte Fiskus sie nicht anerkannt, der Kläger deshalb die Edition verlangt hatte. Das Obertribunal hatte keinen Anlaß, sich mit dem Editionsantrage zu beschäftigen, erklärte indes, daß „eventuell" die Ministerien zur Edition der Order als einer Verwaltungsinstruktion nicht angehalten werden könnten.

b) In eine sehr viel spätere Epoche fallen die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, die es mit der Kabinettsorder zu tun haben. So viel ich sehe, sind es ihrer nicht weniger als zehn; die erste stammt aus dem Jahre 1900, die letzte aus dem Jahre 1922.

---

[2] Vgl. Striethorsts Archiv Bd. 29, S. 149.

Sie sind teils vom II., teils vom IV. Zivilsenat gefällt worden. Ich zähle sie in chronologischer Reihenfolge auf.

A) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 25. Januar 1900 i. S. der katholischen Kirchengemeinde Bielefeld gegen den Königlich Preußischen Fiskus, IV. 266/99;

B) Entscheidung des II. Zivilsenats vom 3. März 1907 i. S. St. gegen den Fiskus, II. 369/06, Jur. Wochenschr. 1907 S. 292, Nr. 54;

C) Entscheidung des II. Zivilsenats vom gleichen Tage, II. 382/06 (mir nicht im Wortlaute bekannt geworden);

D) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 15. November 1915 i. S. der Kirchengemeinde M. gegen den Fiskus. IV. 599/14, Warneyers Jahrb. 1916, S. 184, Nr. 120;

E) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 13. November 1916 i. S. der katholischen Kirchengemeinde Semmritz gegen den Preußischen Staat, IV. 211/16, Jur. Wochenschr. 1917, S. 228, Nr. 18;

F) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 19. Mai 1919 i. S. der katholischen Kirchengemeinde St. Jakob in Thorn gegen den Preußischen Staat, IV. 199/18, Entsch. d. RGZ. Bd. 96, S. 31;

G) Entscheidung des II. Zivilsenats vom 18. November 1919 i. S. der katholischen Pfarrgemeinde Heribertus in Deutz gegen den Fiskus, II. 233/19, Entsch. d. RGZ. Bd. 97 S. 170;

H) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 22. November 1920 i. S. der katholischen Kirchengemeinde Bonndorf u. Gen. gegen den badischen Staat, IV. 264/20, Entsch. d. RGZ. Bd. 101, S. 10 (hier wird der Kabinettsorder nebenher, aber unter bestimmter Betonung ihres rechtlichen Charakters Erwähnung getan);

J) Entscheidung des II. Zivilsenats vom 27. Januar 1922 (in der gleichen Sache wie bei G), II. 6/1921;

K) Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 15. Mai 1922 i. S. der katholischen Pfarrgemeinde in Nordhausen gegen den Staatsfiskus IV. 524/21, Entsch. d. RGZ. Bd. 104, S. 338; Jur. Wochenschr. 1922, S. 1579.

Der Einfachheit halber sollen diese Entscheidungen im folgenden mit der ihre Reihenfolge angebenden Ordnungsnummer, also als „Entscheidung A“, „Entscheidung B“ usw. bezeichnet werden.

Auf die Tatbestände, die den reichsgerichtlichen Erkenntnissen zugrunde lagen, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Es

handelte sich in allen Fällen darum, daß ein in den ersten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts eingezogenes Stift oder Kloster vor der Säkularisation für die Kultus- oder sonstigen Bedürfnisse einer Pfarrkirche gesorgt hatte und hierzu nach der Klagbehauptung aus einer früher stattgefundenen Inkorporation des Pfarramts oder aus einem sonstigen Rechtstitel verpflichtet gewesen war. Die Kläger hatten den Staat auf Zahlung von Dotationen, insbesondere auf eine den Zeitverhältnissen entsprechende Erhöhung der bereits gewährten Dotationen in Anspruch genommen. Sie hatten sich dabei entweder auf die Behauptung gestützt, daß der Fiskus als Rechtsnachfolger des säkularisierten Gutes für dessen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten einzustehen habe — worüber hier nicht weiter zu handeln ist — oder darauf, daß die Bestimmungen der Kabinettsorder von 1834 für sie, die Kläger, einen entsprechenden Rechtsanspruch geschaffen hätten, oder sie hatten beide Klagebegründungen miteinander verbunden.

Sowohl der II. wie der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts hat der Kabinettsorder eine völlig andere Bedeutung beigelegt als das Obertribunal; dessen Erkenntnis vom 22. Februar 1858 ist übrigens von beiden Senaten auffälligerweise vollkommen übersehen worden. Das Reichsgericht hat in allen seinen Entscheidungen die Kabinettsorder als ein „Gesetz“ angesehen und behandelt, aus dem die klagenden Kirchengemeinden vermögenswerte Rechte gegen den Staatsfiskus abzuleiten in der Lage seien, und auf dessen Verletzung durch den Vorderrichter die Revision gestützt werden könne.

Nach meiner Ueberzeugung ist der Charakter der Kabinettsorder vom Obertribunal richtig, vom Reichsgerichte unrichtig aufgefaßt worden.

2.

Die Frage, welche Bedeutung den vor der Einführung der konstitutionellen Verfassung vom Könige von Preußen erlassenen Edikten, Patenten, Kabinettsorders, Instruktionen usw. in der Zeit nach dem Erscheinen der Verfassungsurkunde zukomme, ist in der wissenschaftlichen Literatur, in den Verhandlungen des Landtags und in der Rechtsprechung der Gerichte vielfach erörtert worden. Es ist hier nicht der Ort, das ganze Problem von neuem und nach allen Seiten zu behandeln. Nur auf das Wichtigste soll eingegangen werden. Dabei ist aber vorab festzustellen, daß jene Frage in ganz verschiedenen Zusammenhängen auftaucht, die sorgfältig auseinandergehalten werden müssen.

a) Die vorkonstitutionellen königlichen Erlasse spielen zunächst eine Rolle in der Lehre, die — um uns in der von der Wissenschaft angenommenen Redeweise Otto Mayers auszudrücken — vom „Vorrang des Gesetzes“ handelt. Der Vorrang des Gesetzes bedeutet die dem Gesetze zukommende besondere Unverbrüchlichkeit, die besondere Kraft, vermöge deren es nur auf demselben Wege, auf dem es zustande gekommen ist, beseitigt, verändert oder unwirksam gemacht werden kann, während es seinerseits die ihm vorangegangenen Staatswillensakte, gleichviel in welcher Form sie entstanden sind, zu beseitigen, zu ändern oder unwirksam zu machen vermag. Das „formelle Gesetz“, das in Preußen vom Könige mit Zustimmung der beiden Häuser des Landtags erlassen worden ist, kann nur wieder durch ein anderes formelles Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden, nicht durch eine einseitige Verordnung des Königs. Es fragte sich nun, ob und in welchem Umfange an diesem Vorrange des Gesetzes auch „Gesetze“, Verordnungen, Edikte und sonstige Anordnungen teilnahmen, die vor dem Jahre 1850 der absolute König von Preußen hatte ergehen lassen, ob also z. B. die Landwehrordnung vom 21. November 1815 (Ges. Sammlg. 1816, S. 97) nach 1850 nur durch formelles Gesetz oder auch durch königliche Verordnung abgeändert werden konnte. Das war und ist also eine rein verfassungsrechtliche Frage, mit der unser Thema offenbar nichts zu tun hat. Die Frage ist übrigens weder in der Praxis, noch in der Theorie ganz einheitlich beantwortet worden. Ueberwiegend hat man wohl angenommen, daß es darauf ankomme, ob jene königlichen Erlasse in der Gesetzsammlung oder sonst „ordnungsmäßig“ verkündigt worden seien, so daß also nur die publizierten Kabinettsorders, Instruktionen usw. des Königs, sie aber auch alle, des Vorrangs der Gesetze teilhaftig geworden sind[3].

b) Die vorkonstitutionellen königlichen Erlasse spielen aber auch eine Rolle in dem Fragenkomplexe, der sich — wiederum in der Terminologie Otto Mayers — auf den „Vorbehalt des Gesetzes“ bezieht. Darunter versteht man in der Literatur zwei Dinge, die innerlich sehr nahe zusammenhängen.

---

[3] S. insbes. Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg usw. (1869), S. 73; Der Rechtsstaat, 2. Aufl. (1879) S. 218. — Ueber diese und andere Lehrmeinungen vgl. Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht (in der Festgabe für Otto Mayer, 1916), S. 192 ff., 199 ff.

Einmal umschreibt man mit jenem Ausdrucke den Kreis der Gegenstände, die seit der Herrschaft der konstitutionellen Verfassung nur durch formelles Gesetz rechtssatzmäßig „geregelt“ werden können. Damit haben die vorkonstitutionellen Gesetze usw. zunächst ja nichts zu schaffen. Sie gewinnen hier nur insoweit eine Bedeutung, als der „Vorbehalt“ mit dem „Vorrange“ des Gesetzes zusammenhängt. Denn der Vorbehalt ergreift natürlich in erster Linie alles, was bereits durch Gesetz geregelt ist; sind also vorkonstitutionelle Gesetze „vorrangskräftig“, so fällt das von ihnen geregelte Gebiet nunmehr in den Bereich des Gesetzesvorbehalts hinein.

Man begreift unter dem „Vorbehalt des Gesetzes“ aber auch — und dies ist vorzugsweise der Sinn, den Otto Mayer mit dem Ausdrucke verbindet — die Erscheinung, daß die Verfassung gewisse Akte der vollziehenden Gewalt, also vor allem der Verwaltung, nur geschehen läßt auf Grund von Gesetzen. Unter den Vorbehalt des Gesetzes fällt das, was im konstitutionellen Staate entweder nur in der Form eines Gesetzes selbst oder nur kraft einer gesetzlichen Ermächtigung geschehen darf. Ein Vorbehalt dieser Art erscheint namentlich in manchen „Grundrechten“; es dürfen etwa bestimmte Eingriffe in die persönliche Freiheit oder in das Eigentum des Bürgers nur „auf Grund eines Gesetzes“ vorgenommen werden. Wenn die Verfassung bei dieser Formulierung unter „Gesetz“ ein Gesetz im formellen, nicht etwa ein Gesetz im materiellen Sinne, also einen Rechtssatz versteht — worüber man im einzelnen Falle streiten kann und tatsächlich streitet — so haben wir es mit einem „Vorbehalte des Gesetzes“ zu tun. Der Begriff deckt sich also ungefähr, wenn auch nicht ganz, mit dem, was andere den „Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung“ nennen[4].

Mit den vorkonstitutionellen Gesetzen hat es nun in diesem Zusammenhange folgende Bewandtnis. Angesichts jener verfassungsmäßigen Vorbehalte, die sich auf große Gebiete erstreckten, wäre der konstitutionelle Staat und seine Verwaltung in arge Verlegenheit geraten, solange er auf jenen Gebieten noch keine eigenen Gesetze mit entsprechenden Ermächtigungen für die Verwaltung geschaffen hatte. Man half sich, indem man mit dem vorhandenen Bestande der Gesetze aus der Zeit des absoluten Staates wirtschaftete, bis der Bedarf durch Erlaß konstitutioneller Gesetze gedeckt war. Viele jener vorkonstitutionellen Gesetze, namentlich auf dem Gebiete des Polizeilichen, waren allerdings —

[4] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, 1. Aufl. S. 74 ff.; 2. Aufl. S. 71 ff.

wie es dem Wesen des Polizeistaates entsprach — gewiß nicht als „Ermächtigungen“ der Verwaltung gegenüber den Untertanen, nicht als „zweiseitig bindende“ Rechtssätze, sondern lediglich als Instruktionen des Landesherrn für seine Behörden und Beamten gedacht gewesen. Gleichwohl verwendete man sie jetzt als Lückenbüßer im Sinne des „Vorbehalts des Gesetzes“. Dabei mußte freilich, wenn man nicht den ganzen ungeheuren Stoff von Polizeiinstruktionen als „Gesetze“ in den neuen Staat hinüberschleppen wollte, doch nach irgendeinem Gesichtspunkte eine Auswahl getroffen werden. Da man auf den Inhalt nicht oder doch nur insofern abstellen konnte, als man beiseite ließ, was nicht einen irgendwie „allgemeinen“ Inhalt besaß, so griff man auch hier zu einem an sich sehr äußerlichen, aber wenigstens praktikablen Merkmale: man unterschied danach, ob ein Gesetz, eine Instruktion, eine Kabinettsorder p u b l i z i e r t war oder nicht. Man mochte dabei im Auge haben, daß eine Veröffentlichung „der Anordnung immerhin eine gewisse Richtung auf die Untertanen im Sinne des Gesetzes“ gab (Otto Mayer). Somit gilt nun als Gesetz im Sinne des verfassungsmäßigen Vorbehaltes auch der aus der Zeit des absoluten Staates stammende, ordnungsmäßig veröffentlichte königliche Erlaß allgemeinen Inhalts, ohne Rücksicht auf den Namen, den er trägt[5].

So wichtig nun diese Dinge sind, so haben doch offenbar auch sie mit dem Inhalte der Entscheidungen, die uns beschäftigen, nichts zu tun. Die Kabinettsorder von 1834 redet nicht von „Eingriffen“ der Verwaltung in den Rechtsstand der Untertanen, sondern von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Untertanen gegen den Staat. Der Vorbehalt des Gesetzes kommt hier nicht in Betracht.

c) Vielmehr handelt es sich augenscheinlich bei der Angelegenheit nm gar nichts anderes als um die Bestimmung des m a t e r i e l l e n Charakters einer aus vorkonstitutioneller Zeit stammenden königlichen Anordnung, um die Frage, ob diese eine „R e c h t s n o r m“, einen „R e c h t s s a t z“ geschaffen habe. Und zwar einen Rechtssatz in dem besonderen Sinne, daß er nicht bloß die dem anordnenden Könige unterstellten Behörden zu einem Tun oder Unterlassen dem Könige gegenüber verpflichtete — auch solche Normen kann man ja wissenschaftlich mit Fug als „Rechtssätze“ bezeichnen — sondern einen Rechtssatz im Sinne der Allgemeinverbindlichkeit, einen Satz, auf den

[5] Vgl. Otto Mayer, a. a. O. Bd. 1, 1. Aufl. S. 120 ff.; 2. Aufl. S. 83 f., 328 (in der Anm.); Anschütz, Verfassungsurkunde für den preußischen Staat Bd. 1, S. 140 f., 161 f. u. a. m.

sich auch die Untertanen sollen berufen können, einen „zweiseitig verbindenden“ Rechtssatz. Denn wenn die Kabinettsorder von 1834 nichts anderes ist als eine „Instruktion“ für die Minister, die ihnen ihr Verhalten gegenüber gewissen Pfarrgemeinden vorschreibt, so hat die Kabinettsorder für solche Pfarrgemeinden keine vor Gericht geltend zu machenden Ansprüche gegen den Staatsfiskus geschaffen, hat sie keine „Privatrechte begründet“ (Entscheidung B) und ist sie kein „Gesetz“, auf dessen Verletzung das Rechtsmittel der Revision gestützt werden kann (ZPO. § 549 in Verbindung mit EG. zur ZPO. § 12). „Verwaltungsvorschriften“ sind ja bekanntlich nur dann revisibel, wenn sie mehr als bloße Dienstanweisungen an die Behörden enthalten [6].

Es dreht sich also um eine Frage, die ebensogut bei einer unter der Herrschaft der konstitutionellen Verfassung erlassenen Verordnung, ja sogar gelegentlich bei einem konstitutionellen Gesetze auftauchen kann. Nur daß hier aus äußeren und inneren Gründen die Antwort meist leichter zu finden ist als bei einer Anordnung aus vorkonstitutioneller Zeit.

3.

Nun läßt sich für die Bestimmung des Charakters einer Kabinettsorder von der Art der vorliegenden ein ziemlich sicherer Anhalt wiederum gewinnen aus der Tatsache der geschehenen oder nicht geschehenen P u b l i k a t i o n. Nach der Auffassung des Reichsgerichts enthält die Kabinettsorder von 1834 Normen, die an gewisse abstrakt formulierte Tatbestände die Entstehung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Staatsfiskus geknüpft haben. Ob man diese Ansprüche als Ansprüche des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts ansehen will, tut nichts zur Sache. Jedenfalls wäre die Norm, die sie begründete, ein den Rechtsstand der Untertanen unmittelbar berührender, ein gemeinverbindlicher Rechtssatz gewesen. Solche Rechtssätze konnten aber in der Zeit, in der die Kabinettsorder erging, kraft staatlicher Anordnung nur entstehen, wenn diese k u n d g e g e b e n worden war. Nach § 10 ff. der Einleitung zum Allgemeinen Landrechte erhalten „Gesetze“ und „gesetzliche Verordnungen“ ihre rechtliche Verbindlichkeit erst von der Zeit an, da sie gehörig bekanntgemacht worden sind. Das

[6] Vgl. Stein, Zivilprozeßordnung 11. Aufl. Bd. 2, S. 80; Entsch. des RGZ. Bd. 40, S. 68 ff.; 48 S. 84 ff.; 68, S. 148; 78, S. 95 ff.; Jurist. Wochenschr. 1910, S. 663 u. a. m.

bezog sich jedenfalls, wie der Zusammenhang mit den vorangehenden Bestimmungen beweist, auf alle „Verordnungen, durch welche die besonderen Rechte und Pflichten der Bürger bestimmt oder die gemeinen Rechte abgeändert, ergänzt oder erklärt werden sollen“ (§ 7). Die Kabinettsorder von 1834 wäre — falls die Auffassung des Reichsgerichts zuträfe — unter die zweite der im § 7 genannten Kategorien gefallen; denn sie hätte die auf den „gemeinen Rechten“ beruhenden, aus dem Reichsdeputationshauptschluß folgenden oder aus der Universalsukzession des Staats in die säkularisierten Güter etwa entstandenen Verpflichtungen des Fiskus näher geregelt[6a]. Für die „gehörige“ Form der Publikation solcher Rechtssätze waren nun im Jahre 1834 die Verordnungen vom 27. Oktober 1810 (Ges. Sammlg. S. 1), vom 28. März 1811 (Ges. Sammlg. S. 165), vom 14. Jan. 1813 (Ges. Sammlg. S. 3) und vom 24. Juli 1826 (Ges. Sammlg. S. 73) entscheidend. Darnach war für Gesetze und Verordnungen, um sie verbindlich zu machen, der Abdruck in der Gesetzsammlung, mindestens aber in den Amtsblättern erforderlich. Allein die Kabinettsorder von 1834 ist weder in der Gesetzsammlung, noch sonstwo amtlich veröffentlicht worden. Daraus ergibt sich, daß sie „Gesetzeskraft“ selbst dann nicht erlangt haben würde, wenn sie — wovon noch zu reden — die Absicht gehabt hätte, eine über den Kreis der Ministerialbehörden hinausgehende, die Untertanen berührende Wirkung hervorzubringen. Und die Unterlassung der Publikation gewährt von vornherein eine Vermutung dafür, daß jene Absicht beim Könige nicht bestanden hat[7].

Aus diesem Grunde hat denn auch die oben (S. 209) angeführte Entscheidung des Obertribunals vom 22. Februar 1858 der Kabinettsorder den Charakter eines von den Gerichten als Entscheidungsnorm

---

[6a] Ob und in welchem Umfange eine solche Universalsukzession in Wirklichkeit stattgefunden hat, ist streitig, braucht aber hier nicht erörtert zu werden. Im Gegensatze zum RG. befindet sich das OVG. Vgl. die Entsch. Bd. 57, S. 233 mit Zitaten.

[7] Vgl. hierzu im allgemeinen Bergius, Preußen in staatsrechtlicher Beziehung (1843) S. 28; v. Roenne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5. Aufl., hrsg. von Zorn, Bd. 1, S. 140; v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 16; Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 1, S. 90, 549; Arndt, Verordnungsrecht S. 28 ff.; Otto Mayer, a. a. O., 1. Aufl. S. 120 ff., 2. Aufl. S. 84; Anschütz, Verwaltungsarchiv Bd. 3, S. 391; Bd. 6, S. 593 f.; Thoma, a. a. O. S. 199. — Aus der Rechtsprechung vgl. vorläufig Entsch. des OVG. Bd. 6, S. 367.

für privatrechtliche Ansprüche anzuwendenden Rechtssatzes abgesprochen. Die Order, sagt das Obertribunal, ist weder in der Gesetzsammlung, noch in den Amtsblättern publiziert worden. Das wäre nach den Verordnungen von 1810, 1811 und 1826 nötig gewesen, wenn die in ihr enthaltenen Grundsätze in der Absicht und zu dem Zwecke festgestellt worden wären, Rechtsnormen zu schaffen. Durch den Mangel der Publikation in den offiziellen Organen „ist ihre Natur als eine ... bloße Instruktion für die Ministerien so deutlich bezeichnet, daß es auf die Frage: ob unter besonderen Umständen auch eine andere Art der Veröffentlichung Allerhöchster Erlasse ... für ausreichend erachtet werden konnte? gar nicht weiter ankommen kann". Dieselbe Erwägung findet sich schon in einem Erkenntnisse des Obertribunals, das am 30. Januar 1840 — also noch in vorkonstitutioneller Zeit! — ergangen ist. Es heißt dort, daß zwar ein landesherrlicher Befehl, der allgemein gebiete, ein älteres, zugunsten des Fiskus erlassenes Gesetz den Untertanen gegenüber milder zu handhaben", als eine Deklaration des bisherigen Gesetzes gelten müsse, „sei derselbe publiziert, wie er wolle". Aber eine Kabinettsorder muß allerdings „auf dem gewöhnlichen Wege durch die Gesetzsammlung oder durch die Amtsblätter" publiziert werden, wenn sie gegenseitige Rechtsverhältnisse der Untertanen regeln oder einen nach den allgemeinen Gesetzen wohl begründeten Anspruch gegen den Staat „elidieren" soll[8].

Daß dieser Grundsatz nicht nur gelte, wenn Ansprüche der Untertanen gegen den Staat „elidiert", sondern auch dann, wenn neue Ansprüche gegen den Staat geschaffen werden sollen, hat die Entscheidung des Obertribunals von 1858 mit Recht aus dem Präjudiz herausgelesen (a. a. O. S. 152). Im übrigen würde die Kabinettsorder von 1834, wenn ihr der vom Reichsgericht beigelegte Charakter innewohnte, auch Ansprüche von Untertanen gegen den Staat „elidiert" haben. Denn indem die Order die Voraussetzungen festlegte, unter denen fortan die Dotationsansprüche anzuerkennen seien, vernichtete sie die im bisherigen Rechte begründeten, soweit auf sie jene Voraussetzungen nicht zutrafen.

Die Tatsache der „gehörigen" Verkündigung ist nun freilich für die Charakterisierung einer vorkonstitutionellen Anordnung als einer Norm des „objektiven Rechts" nicht immer allein entscheidend.

Auf der einen Seite läßt sich nicht übersehen, daß in einer publi-

[8] Entsch. des Obertribunals Bd. 12 S. 145 ff.

zierten königlichen Order, mag sie sich Gesetz oder Edikt oder sonstwie nennen, auch bloße Dienstanweisungen, sei es allein, sei es in Verbindung mit allgemeinverbindlichen Sätzen, stehen können. Solche bloß „instruktionellen“ Vorschriften werden durch die Publikation nicht zu etwas anderem gemacht, als sie ohnedies sind; sie bleiben Dienstanweisungen, ohne die Natur „zweiseitig verbindlicher“ Rechtssätze zu erhalten. Es wird sich deshalb in diesem Zusammenhange, d. h. wenn es gilt, zu prüfen, ob eine Kabinettsorder usw. echte „Rechtssätze“ enthält — anders als in bezug auf den „Vorrang“ und den „Vorbehalt“ des Gesetzes (s. oben unter 2, a und b) — häufig erforderlich machen, selbst bei publizierten Verordnungen auch den Inhalt der Verordnung zu prüfen. So wenigstens die vorherrschende Meinung[9].

Auf der andern Seite — solange der preußische Staat absoluter Staat war, blieb es dem Könige freigestellt, im einzelnen Falle die von ihm selbst über die „gehörige“ Form der Gesetzespublikation aufgestellten Normen zu durchbrechen. Er konnte an die Stelle der normalen Verkündigungsform selbstherrlich eine andere setzen, wenn ihm dies die Verhältnisse des besonderen Falls als zweckmäßig erscheinen ließen. Und er hat nicht ganz selten von dieser Freiheit Gebrauch gemacht[10].

Allein wenn dergleichen geschah, so bedeutete es eben die Ersetzung einer gesetzlich bestimmten Art der Publikation durch eine andere Art. Des Königs Majestät ordnete, wie sich das Gutachten der Justizabteilung des Staatsrats vom 23. Oktober 1845 ausdrückt, „in einem einzelnen Falle für eine gesetzliche Bestimmung und in derselben eine andere Form der Publikation“ an[11].

Das war aber etwas anderes als die Anordnung, daß eine Norm mit Allgemeinverbindlichkeit ausgestattet werden solle, ohne überhaupt kundgegeben zu werden! Ob der König rechtlich in der Lage gewesen wäre, eine Anordnung solcher Art zu treffen, ist mehr als zweifelhaft. Man darf sich doch den preußischen Ab-

[9] Vgl. GNEIST, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S. 73; DERSELBE in v. Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. Bd. 3, S. 1063; BORNHAK, a. a. O. S. 90, 511.

[10] Vgl. HUBRICH, Hirths Annalen 1907, S. 85; DERSELBE, Verwaltungsarchiv Bd. 16, S. 439; DERSELBE, Die Entwicklung der Gesetzespublikation in Preußen (1918) S. 17, 47; ARNDT, Verwaltungsarchiv Bd. 28, S. 35.

[11] Vgl. die Stelle des Gutachtens bei HUBRICH, Gesetzespublikation, S. 85. auch in Hirths Annalen 1907 S. 85, Anm. 1.

solutismus, namentlich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, nicht als einen Zustand rechtloser Willkür vorstellen! Der brandenburgisch-preußische Staat hatte trotz der formellen Unbeschränktheit des Königtums bereits im 18. Jahrhundert eine rechtlich geordnete Verfassung. Durch eine gesetzliche Organisation der Behörden, durch die Unabhängigkeit der Justiz von der Verwaltung, ja durch eine gesetzliche Regelung der Bildung des höchsten Staatswillens (Einl. zum ALR. § 7 ff.; Verordnung wegen Einführung des Staatsrats vom 20. März 1817, Ges. S. S. 67) hatte sich der Monarch Bindungen auferlegt, die er nicht willkürlich abstreifen konnte. Man hat mit vollem Rechte das Allgemeine Landrecht die erste deutsche Verfassungsurkunde genannt[12]. Gewiß konnte der König gesetzliche Schranken seiner Allgewalt, z. B. die Vorschrift, daß alle Gesetzentwürfe der Vorberatung durch den Staatsrat unterliegen sollten, vermöge eines neuen Gesetzes beseitigen; aber es war nicht nur, wie TREITSCHKE sagt, „anfechtbar", sondern ungültig, wenn er dies gelegentlich durch einen einfachen mündlichen Befehl zu bewirken versuchte[13].

Den Grundsatz des Landrechts, wonach zur Verbindlichkeit eines „Gesetzes" die gehörige Bekanntmachung erforderlich ist, konnte der König durch Anordnungen über die Form der Bekanntmachung ergänzen. Er konnte ferner eine generelle Anordnung solcher Art auch im Einzelfalle durch Bestimmung eines anderen Publikationsmodus durchbrechen. Aber den Grundsatz selbst konnte er weder allgemein, noch für einen Spezialfall durch einen mündlichen oder durch einen geheimen, zu den Akten gegebenen Befehl aus der Welt schaffen.

Selbst wenn man aber in diesen Dingen den Umfang der königlichen Gewalt weiter abstecken wollte, so müßte man doch so viel zugeben, daß der König seinen Willen, es solle eine Norm im Widerspruche zum geltenden Rechte ohne Verkündigung Allgemeinverbindlichkeit erhalten, in irgendeiner Weise auszusprechen hatte. Wenn wirklich der König die Absicht gehabt hätte, eine im ganzen doch recht weittragende Regelung von Ansprüchen aus den Säkulari-

[12] Vgl. WALDECKER, Hirths Annalen 1915, S. 340. S. auch G. JELLINEK, Allgemeine Staatslehre 3. Aufl. S. 694 f.

[13] Vgl. v. TREITSCHKE, Deutsche Geschichte Bd. 3, 6. Aufl., S. 389 und dazu E. LOENING, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen S. 163, Anm. 1 gegen v. ROENNE-ZORN, Bd. 1, S. 139, Anm. 3. Vgl. auch ANSCHÜTZ, Verwaltungsarchiv Bd. 5, S. 78 ff.

sationen der geistlichen Güter durch ein geheimes Gesetz vorzunehmen — was freilich im Jahre 1834 ein unerhörter Vorgang gewesen wäre! — so wäre das mindeste, was man erwarten und verlangen müßte, daß er die Kabinettsorder als eine geheimzuhaltende bezeichnet hätte. Das ist aber nicht geschehen. Weder ausdrücklich, noch durch Wendungen, die einen Rückschluß auf einen derartigen Willen gestatten. In der Anordnung, daß man von der Anberaumung eines Präklusivtermins absehen solle, ist die Forderung nach Geheimhaltung nicht ohne weiteres zu finden. Höchstens dann, wenn man in der Kabinettsorder eine bloße Verwaltungsinstruktion erblickt; dann verstand sich freilich die Geheimhaltung ohnehin von selbst. War aber die Order, wie das Reichsgericht annimmt, bestimmt, Rechtsansprüche für die beteiligten Pfarreien zu erzeugen, sollte sie also nach dem Willen des Königs Rechtssätze entstehen lassen, so konnte aus dem Schweigen des Königs über die Veröffentlichung schlechterdings nicht geschlossen werden, daß er eine Bekanntmachung nicht wolle.

So bleibt also nur die Tatsache bestehen, daß die Kabinettsorder über eine Kundgabe an irgendwelche Interessenten, sei es durch Veröffentlichung oder in anderer Form, nichts bestimmt, und daß sie nicht kundgegeben worden ist. Woraus die Folgerung zu ziehen ist, daß sie nach dem zur Zeit ihres Erlasses geltenden Rechte den Charakter eines „Gesetzes“ nicht hat erlangen können, selbst wenn der König dies beabsichtigt haben sollte[13a]. Denn in irgendeiner Weise mußten königliche Erlasse, wenn anders sie zu objektivem Rechte werden sollten, in jener Zeit publiziert werden[14].

4.

Die Begründung, die das Reichsgericht in seinen Urteilen für die entgegengesetzte Meinung gegeben hat, ist auffallend dürftig. Die Mehrzahl der späteren Entscheidungen beschränkt sich ohnehin darauf, auf die „ständige Rechtsprechung“ der erkennenden Senate hinzuweisen. Die Entscheidung A begnügt sich mit der Wiedergabe einer Stelle aus einem früheren, in anderer Sache ergangenen Erkenntnisse, das, wie gleich zu zeigen, auf den Fall nicht paßt. Die Entscheidung B sagt,

---

[13a] Ebenso FÜRSTENAU, Jur. Wochenschr. 1922, S. 1580 f.

[14] So auch das im übrigen sehr weitgehende, bereits oben (S. 217, Anm. 8) angeführte Erkenntnis des Obertribunals vom 30. Januar 1840 (Entsch. Bd. 12, S. 150).

die Kabinettsorder sei zu einer Zeit erlassen, wo eine „unbedingt wesentliche Form für den Erlaß und die Publikation der Gesetze“ nicht bestand. Das mag einmal, obwohl es ungenau ist, zugegeben werden. Aber es beweist schlechterdings nicht, daß der König eine Anordnung, die objektives Recht schaffen sollte, überhaupt nicht kundzumachen brauchte. Und es ist deshalb wiederum mindestens ungenau, wenn die Entscheidung fortfährt, der König habe kraft seines souveränen Willens objektive Rechtsnormen als Gesetze erlassen dürfen, „ohne an irgend eine Form gebunden zu sein“. Die Entscheidung K zitiert Dernburgs Preußisches Privatrecht, Bd. 1, § 16, Anm. 2 (in der 5. Aufl. ist es § 15). Hier heißt es aber nur, daß der König die Vorschrift in § 7 der Einleitung zum Allg. Landrecht (Prüfung der Entwürfe durch die Gesetzgebungskommission) jederzeit überhaupt oder für einen besonderen Fall aufheben konnte. Von der Publikation handelt die Stelle nicht. Ueber diese sagt die Entscheidung K: „Sie war aber auch nicht nötig. Für die damalige Zeit gilt der Grundsatz, daß der auf Schaffung eines Rechtssatzes gerichtete Wille des Königs Gesetzeskraft hat, wenn eine Kundgebung dieses Willens vorliegt, gleichviel in welcher Form sie hervortritt. Es kann sogar eine mündliche Erklärung des Königs genügen. Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine vom König selbst an die mit der Ausführung betrauten Minister gerichtete Order, die sich inhaltlich als Gesetz darstellt. Das muß zu ihrer Wirksamkeit genügen.“ Auf die Frage, ob sich die Order wirklich „inhaltlich als Gesetz darstellt“, kommen wir alsbald noch zurück. Gesetzt, das sei richtig, so ist doch alles andere unzweifelhaft falsch. Der Grundsatz, daß es auf die Form der königlichen Kundgebung bei Schaffung von Rechtssätzen nicht ankomme, bestand zur „damaligen Zeit“ nicht; vielmehr galten damals bindende Gesetze über die Publikation von rechtsetzenden königlichen Verordnungen. Eine mündliche Erklärung genügte nach jenen Gesetzen nicht. Gewiß bestand für den König die Möglichkeit, seinen auf Schaffung eines Rechtssatzes gerichteten Willen auch in anderer als in der gesetzlichen Form »kundzugeben“; das war dann eine ad hoc vorgenommene Abänderung dieser Form. Aber immer mußte doch die „Kundgebung“ das sein, was dieses Wort besagt, d. h. eine Aeußerung, die den Inhalt des Rechtsatzes denen, die er anging, kundgab. Eine geheime Mitteilung an die Minister, die das Gesetz „auszuführen“ hatten, war eine solche Kundgebung gerade nicht.

Im übrigen begnügen sich die erkennenden Senate damit, ältere

reichsgerichtliche Entscheidungen, in andern Sachen ergangen, als Stütze ihrer Auffassung anzuführen. Schlägt man diese Entscheidungen aber nach, so findet man, daß sie ohne Ausnahme für die jetzt vom Reichsgerichte angenommene Auffassung nicht beweisend sind, daß sie im Gegenteil gerade für die von mir vorgetragene Anschauung ins Feld geführt werden können.

a) Die Entscheidung A beruft sich auf das Erkenntnis des I. Zivilsenats vom 24. Januar 1885, Entsch. des RGZ. Bd. 13, S. 215 ff. Dieses Urteil bezog sich auf die Feuersozietätsreglements vom 29. Dezember 1718 und vom 1. Mai 1794, also z. T. auf einen vorlandrechtlichen königlichen Erlaß. Das Reichsgericht erklärte die Reglements für Gesetze im Sinne der Zivilprozeßordnung und des preußischen Staatsrechts, da in ihnen der Wille des absoluten Monarchen, objektive Rechtsnormen zu setzen, deutlich erklärt worden sei. Und es hatte damit durchaus recht. Denn die Reglements enthielten in der Tat Anordnungen, die für „Männiglich in hiesigen Unseren Residentzien" bestimmt waren. Vor allem war in beiden Reglements deren Publikation angeordnet, und sie war auch ohne Zweifel erfolgt. Sie war auch für beide notwendig gewesen. Denn der Grundsatz, daß „Gesetze" irgendwie kundgegeben werden müssen, um verbindlich zu werden, hat auch schon vor der Zeit des Landrechts in Preußen bestanden; hat doch die Verordnung vom 24. August 1717 (Rabe I, 1, S. 449) sogar genaue Vorschriften über die Publikation königlicher Edikte gegeben[15]! Im übrigen würde, wenn es damit anders stände, das vor der Zeit des Landrechts geltende preußische Recht nicht auf die Kabinettsorder von 1834 angewandt werden können.

b) Die Entscheidung K beruft sich auf das Erkenntnis des I. Zivilsenats vom 5. Oktober 1891, Entsch. des RGZ. Bd. 28, S. 393 ff. Dieses Urteil bezieht sich auf eine „Generalorder und Instruktion für die Niederschlesischen Steuerräte wegen zu errichtender Feuersozietäten" vom 6./7. Juni 1742, also wiederum auf einan vorlandrechtlichen Erlaß. Die Order war vom schlesischen Provinzialminister Grafen Münchow der Kriegs- und Domänenkammer in Breslau mitgeteilt worden. Sie war vom Könige nicht unterschrieben, bezeichnete sich auch nicht als eine „auf Allerhöchsten Spezialbefehl" erlassene Order.

---

[15] Vgl. Anschütz, Verwaltungsarchiv Bd. 6, S. 594 (wodurch Bd. 5, S. 391 berichtigt wird); Hubrich, Verwaltungsarchiv Bd. 16, S. 437 ff. Gesetzespublikation S. 15 ff.

Das Reichsgericht hat gleichwohl nach den Umständen angenommen, daß es sich um eine auf königlichen Spezialbefehl ergangene Mitteilung gehandelt habe. Das Urteil sagt ferner: „Für die vorlandrechtliche (!) preußische Gesetzgebung gilt der von der Doktrin, wie von der Praxis anerkannte Grundsatz, daß der auf Schaffung eines Rechtssatzes gerichtete Wille des Königs Gesetzeskraft hat, wenn eine auf königlichem Befehl beruhende Kundgebung dieses Willens vorliegt, gleichviel in welcher Form dieselbe hervortritt.“ Der Kernpunkt der Entscheidung liegt also darin, daß sie es für zulässig erklärt, das Vorhandensein des königlichen Gesetzesbefehls nicht nur aus dem üblichen Vermerk „Auf Seiner Königlichen Majestät Allerhöchsten Spezialbefehl“, sondern auch aus anderen Umständen zu erschließen. Die Form der Kundgebung ist gleichgültig. Daß aber eine Kundgebung überflüssig sei, wird nicht gesagt.

c) Die Entscheidung K bezieht sich ferner auf das Urteil des III. Zivilsenats vom 28. November 1913, Entsch. des RGZ. Bd. 84, S. 168 ff. Hier wird S. 181 die Frage erörtert, ob die Kabinettsorder vom 20. Mai 1832 über das Disziplinarverfahren gegen die Hofstaatsbeamten Normen des objektiven Rechts geschaffen oder bloß eine Dienstanweisung für die davon betroffenen Behörden und Beamten gegeben habe. Die Frage wird im Sinne der ersten Alternative beantwortet. Erstlich mit Rücksicht auf den Inhalt der Order, zweitens weil die gehörige Bekanntmachung auf Grund des § 11 der Einl. zum ALR. nicht zu bezweifeln sei. Denn die Order sei zwar nicht in der Gesetzsammlung oder in den Amtsblättern publiziert worden; aber der König habe, wozu er befugt gewesen, durch eine lex specialis eine andere Publikationsform geschaffen, indem er am Schlusse der Order den Hausminister beauftragt habe, „sämtliche Königliche Hofstaaten hiernach mit Instruktion zu versehen“, d. h. allen Hofstaaten die Order bekanntzumachen. Es war in diesem Falle, wenn der Befehl befolgt wurde, allen Beteiligten die königliche Anordnung kundgegeben worden. Ein Vergleich mit der Kabinettsorder von 1834 läßt sich also schlechterdings nicht ziehen.

d) Die Entscheidung K beruft sich schließlich auf das Urteil des IV. Zivilsenats vom 1. Februar 1915 (17. Dezember 1914?) IV. 498/14, mitgeteilt in der Zeitschrift „Das Recht“, Bd. 19 (1915), Sp. 197. Das Urteil betrifft die nicht veröffentlichte Kabinettsorder über das Verhältnis der Stadt Berlin zum Charité-Krankenhause vom 6. Juni 1835. Der König hatte auch hier, wie der Senat sagt, eine von der

Regel abweichende Art der Bekanntmachung angeordnet, wozu er als absoluter Herrscher berechtigt war. Er hatte nämlich teils wörtlich, teils dem Sinne nach befohlen, die Order sowohl der Stadt Berlin, wie den Organen der Charité mitzuteilen. „Da es sich um Berechtigungen der Stadt Berlin ausschließlich der Charité gegenüber handelte, war nur für diese beiden Beteiligten eine Kenntnis vom Inhalt der Kabinettsorder von Interesse.“ Eine durchaus richtige Entscheidung. Inwiefern sie sich aber als Stütze für die Behauptung verwenden lassen soll, daß eine geheimgehaltene Kabinettsorder objektives Recht für die „Beteiligten“ habe schaffen können, ist nicht zu verstehen.

Man sieht also: mit den Präjudizien, mit denen die neuerlichen Entscheidungen des Reichsgerichts arbeiten, ist es nichts. Es wäre richtiger gewesen, wenn der Gerichtshof ein Urteil des IV. Zivilsenats vom 13. Mai 1886 (Entsch. RGZ. Bd. 16, S. 209) berücksichtigt hätte. Dieses bezog sich auf eine unveröffentlichte Kabinettsorder vom 8. März 1847, nach der Sparkassenbücher und Quittungen über zurückbezahlte Spareinlagen von gewisser Höhe von der Stempelsteuer befreit sein sollten. Da die Kabinettsorder in der Gesetzsammlung hätte publiziert werden müssen, in ihr aber nicht publiziert worden ist, so ist sie, sagt das Gericht, kein Gesetz, sondern instruktionelle Verwaltungsvorschrift. Es spielt — müssen wir hinzufügen — in diesem Falle keine Rolle, daß die fragliche Kabinettsorder nach dem Erlasse des Gesetzes, betreffend die Publikation der Gesetze vom 3. April 1846 (Ges. Sammlg. S. 151) ergangen ist. Denn abgesehen davon, daß dieses Gesetz bezüglich der Notwendigkeit einer Bekanntmachung königlicher Erlasse von Rechtssatzinhalt keine Neuerung getroffen hat, so befand sich im Jahre 1847 der absolute Monarch auch diesem Gesetz gegenüber in keiner anderen Lage als der absolute Monarch im Jahre 1834 gegenüber den älteren Bestimmungen[16].

5.

Bei den bisherigen Erörterungen haben wir immer noch unterstellt, daß die Kabinettsorder vom 25. September 1834 die Absicht gehabt habe, gemeinverbindliches Recht zu schaffen. In Wirklichkeit ist dies nun aber, wie ich im Gegensatze zum Reichsgerichte und in Uebereinstimmung mit dem Obertribunal glaube, nicht der Fall ge-

[16] Vgl. das oben S. 218 angeführte Staatsratsgutachten vom 23. Oktober 1845: „Auch wenn das vorliegende Gesetz ergeht,“ kann der König im Einzelfall eine andere Publikationsform bestimmen.

wesen. Sollte also das Reichsgericht mit der Annahme recht haben, daß eine geheimgehaltene königliche Order „objektive Rechtsnormen“ habe schaffen können, so würde dies angesichts des Inhalts der Kabinettsorder gleichgültig sein [17].

Daß der König bei Erlaß der Order Rechtssätze, nicht bloße Dienstvorschriften habe schaffen wollen, wird in der Mehrzahl der reichsgerichtlichen Entscheidungen ohne nähere Begründung, so, als ob es fast selbstverständlich wäre, zum Ausgangspunkte genommen. Nur die Entscheidung F gibt unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte eine genauere Entwickelung. Die Entscheidung B weist auf den „Inhalt“ der Order hin; dieser habe „die Voraussetzungen des Anspruchs auf die Dotationen und auch die Grundsätze, in welchem Umfange dieselben im allgemeinen zu gewähren sind, bestimmt“.

Diese Behauptung ist in zweifacher Hinsicht unrichtig. Die Kabinettsorder will nicht die Voraussetzungen für Ansprüche gegen den Staat bestimmen, d. h. die Entstehung von Ansprüchen gegen den Staat regeln, sondern sie verordnet, unter welchen Voraussetzungen gewisse Ansprüche der Pfarreien und Gemeinden in Zukunft von der Regierung anzuerkennen seien. Und sie bezieht sich nicht auf alle Dotationsansprüche und nicht auf alle deren Befriedigung betreffenden Fragen, sondern sie handelt in ihrem Hauptteile von einer ganz besonderen, für die Anerkennung der Ansprüche präjudizierlichen Frage: nach welchen Grundsätzen es „beurteilt“ werden solle, ob einem aufgehobenen Stifte oder Kloster gegen eine Gemeinde hinsichtlich der Seelsorge wirkliche Rechtsverpflichtungen obgelegen haben

[17] Die Auffassung des Reichsgerichts in bezug auf die Kabinettsorder ist von KAHL in einer Besprechung der Entscheidung vom 13. November 1916 gebilligt worden (Jur. Wochenschr. 1917, S. 229 in der Anmerkung). Er sagt, die Kabinettsorder habe ihrer Absicht und ihrem Inhalte nach „die Bedeutung einer allgemeinen Rechtsquelle“. Sie „kodifiziere“ gewissermaßen die Grundsätze, die in Ausführung von § 35 des RDHS. für das Ausmaß der Ansprüche von Pfarreien und Gemeinden an den Staat maßgebend zu sein haben. Ich weiß nicht, ob KAHL diese Ansicht nach näherer Prüfung des Akteninhalts aufrechterhalten würde. — Zu der Annahme einer „Kodifikation“ hat vielleicht die im Archiv für katholisches Kirchenrecht der Order vorgesetzte Ueberschrift Veranlassung gegeben. Diese fehlt im Original, sie ist vom Herausgeber willkürlich — möglicherweise nicht ohne Tendenz — hinzugefügt worden.

oder nicht. Der Wortlaut der nicht sehr glücklich redigierten Kabinettsorder läßt allerdings diese Spezialisierung nicht deutlich erkennen. Sie ergibt sich indes aus dem Berichte der zwei Minister vom 19. August 1834, auf den die Order in ihrem Eingange Bezug nimmt, und ohne dessen Betrachtung sie gar nicht verstanden werden kann. Dieser Bericht ist in der Entscheidung F (S. 34 f.) im Auszuge wiedergegeben, aber nach meiner Meinung nicht richtig gewürdigt worden.

Der Bericht vom 19. August 1834 hat eine längere Vorgeschichte, die im einzelnen zu schildern, hier zu weit führen würde. Es genügt, folgendes festzustellen[18]. Die Behandlung der Dotationsansprüche der Pfarreien, die aus der Säkularisation der Stifter und Klöster hergeleitet wurden, hatte schon seit längerer Zeit Schwierigkeiten gemacht. Es waren u. a. Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Minister der geistlichen Angelegenheiten und dem Finanzminister aufgetaucht, die der erstere in einem Berichte vom 20. Mai 1828 dem Könige vorgetragen hatte. Der König verlangt nunmehr über eine bestimmte Frage, wegen deren es auf Feststellung eines „Grundsatzes" ankomme, einen gutachtlichen Bericht des Staatsministeriums (28. Juni 1828). Dieser wird unter dem 17. Juli erstattet und findet die Billigung des Königs, der gleichzeitig einer einzelnen Gemeinde, deren Ansprüche die Verhandlung veranlaßt hatte, eine Dotation zuerkennt (30. August 1830). Am 24. Juli 1833 beantragen Kultus- und Finanzminister beim Könige die Bewilligung einer Dotation für die Pfarrei Geistingen. Der König hat Bedenken. Es können, meint er, in den Landesteilen, in denen die Gesetzgebung durch die Zwischenherrschaft während der Napoleonischen Zeit Aenderungen erlitten habe, Zweifel entstehen (Geistingen liegt im ehemaligen Großherzogtum Berg). Es erscheint notwendig, einen „Grundsatz" festzustellen, „von welchem hiernächst in den einzelnen Fällen nach Bewandtnis der Umstände Ausnahmen zu bewilligen, von einem billigen Ermessen abhängt". Die beiden Minister — nicht etwa das Staatsministerium — werden beauftragt, in nähere Erwägung zu ziehen, in welcher Art „hierbei verfahren" und welcher allgemeine „Grundsatz" festzustellen sei, um die Staatskasse nicht mit Verpflichtungen zu belästigen, welche unter der Fremdherrschaft bereits erloschen waren, oder, wie in dem vorliegenden Falle, aus der Verpflichtung eines Klosters hergeleitet werden, welches bereits vor 30 Jahren aufgehoben sei. Bis zum Eingange des Berichts bleibt die Entschei-

[18] Nach den Akten des Finanz- und des Kultusministeriums.

dung über den Anspruch der Gemeinde Geistingen vorbehalten (19. August 1833). Man sieht: der König will nicht allgemeine Grundsätze über die ganze Dotationsfrage aufgestellt sehen, er will nicht eine „Kodifikation“ der ganzen Rechtsmaterie in die Wege leiten, sondern er will, daß man ihm Grundsätze für die „Beurteilung“ einer ganz bestimmten Einzelfrage vorschlägt.

Der Bericht vom 19. August 1834, der den königlichen Auftrag erledigt, ist nun allerdings wesentlich breiter angelegt. Er streift zunächst ganz allgemein die Frage, ob es nötig sei, allgemeine Grundsätze aufzustellen, um die Staatskasse nicht mit bereits erloschenen oder doch in Vergessenheit geratenen Verpflichtungen zu belästigen. Beide Minister sind sich einig, daß es nicht der Aufstellung neuer Grundsätze, sondern nur der sorgfältigen Anwendung der bestehenden Prinzipien auf jeden einzelnen Fall bedürfe. Ueber diese Prinzipien verbreitet sich der Bericht sehr ausführlich; er erörtert, wie die einzelnen Fragen nach dem Reichsdeputationshauptschlusse, nach gemeinem Rechte, nach dem allgemeinen Landrechte zu entscheiden seien. Auf diesen Rechtsnormen beruhen die „Grundsätze“, nach denen bisher verfahren worden sei, und die der König am 30. August 1830 auch im wesentlichen sanktioniert habe. Diese „Grundsätze“ seien allerdings nur als „Interpretationen“ des Reichsdeputationshauptschlusses zu betrachten, „entsprächen“ indes auch den „allgemeinen Rechtsprinzipien“, dürften daher unbedenklich auch dort zum Anhalt genommen werden, wo die Säkularisation ein anderes Fundament besitze. Es sei also angezeigt, die „Grundsätze“ im allgemeinen festzuhalten. Drei Fragen könnten allerdings aufgeworfen werden:

1. Ob nicht in manchen Landesteilen durch die Zwischenregierungen an den Ansprüchen etwas geändert sei;

2. ob etwa den schwebenden Ansprüchen durch Anberaumung eines Präklusionstermins eine Grenze zu setzen sei;

3. ob nicht eine nähere „Vereinigung“, d. h. eine Verständigung darüber zweckmäßig wäre, in welchen Fällen anzunehmen sei, daß eine Gemeinde gegen ein geistliches Institut ein wohlerworbenes Recht auf gewisse Leistungen gehabt habe.

Nachdem sich der Bericht über die erste und die zweite Frage ausgesprochen, stellt er fest, daß die Beantwortung der dritten Frage in jedem Einzelfalle die größten Schwierigkeiten mache. Die Minister sind sich wieder darin einig, daß die Fälle zu verschieden gelagert seien, um die Aufstellung besonderer „Grundsätze“ für ihre „Beur-

teilung“ zu gestatten. Die Beurteilung bleibe besser in jedem Einzelfalle ihrem pflichtmäßigen Ermessen, nötigenfalls der richterlichen Entscheidung überlassen. Wenn man aber einen allgemeinen „Grundsatz“ für erforderlich halte, so mache der mitunterzeichnete Minister der geistlichen Angelegenheiten einen Vorschlag, in welchen Fällen „eine rechtliche Verpflichtung des Klosters“ und daher auch ein Dotationsanspruch der Pfarrei gegen den Staat „anzuerkennen“ sei. Und nun kommt der die vier Voraussetzungen enthaltende Satz, der dann wörtlich in die Kabinettsorder vom 25. September 1834 aufgenommen worden ist.

Die aufzustellenden Grundsätze sollen sich also — was die Entscheidung F völlig verkannt hat —, nur auf eine einzige, wenn auch hervorragend wichtige Frage beziehen, nur auf die dritte der Fragen, die im Berichte als einer besonderen Behandlung bedürftig erklärt worden waren. Und der Bericht schlägt nichts anderes vor, als daß eventuell eine Verständigung über einen Grundsatz stattfinde, nach dem in Einzelfällen eine bestimmte, für die Anerkennung eines Dotationsanspruchs präjudizielle Rechtsfrage von der prüfenden Staatsbehörde „beurteilt“ werden solle.

Nun vergleiche man hiermit den Wortlaut der Kabinettsorder. Es ist schlechterdings nicht richtig, daß der König — wie das Erkenntnis F offenbar annimmt — dem Vorschlage der Minister, die Entscheidung über Dotationsgesuche ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu überlassen, überhaupt nicht beigetreten sei und neue generelle Grundsätze über die Dotationsansprüche aufgestellt habe. Vielmehr geht die Order trotz ihrer sehr allgemein gehaltenen Eingangssätze fast ausschließlich auf die dritte der im Ministerialberichte aufgeworfenen Sonderfragen ein und „genehmigt“ in bezug auf diese die vom Minister der geistlichen Angelegenheiten vorgeschlagenen „Grundsätze“. Von dem übrigen, sehr ausführlichen Inhalte des Berichts über die bisherige Anwendung und Auslegung des Reichs- und Landesrechts in bezug auf die Rechtsfolgen der Säkularisation ist gar nicht die Rede; er wird mit den Worten abgetan, daß das Verfahren der Regierung den allgemeinen Rechtsprinzipien entspreche. Nur ergänzungsweise und fast nebenher handelt die Kabinettsorder von dem Maße der zu gewährenden Dotationen und von der Frage der Anberaumung eines Präklusionstermines. In der Hauptsache aber dreht sich die ganze Order nur darum, wie zu „beurteilen“ sei, ob einem aufgehobenen Stifte oder Kloster gegen irgendeine Gemeinde hinsichtlich der Seel-

sorge wirklich zu Recht bestehende Verpflichtungen obgelegen haben. Und die vier Grundsätze sollen lediglich das jeweilige Urteil darüber ermöglichen, ob eine „rechtliche Verpflichtung“ (scil. des ehemaligen Klosters oder Stifts) und daher auch ein „Anspruch auf vollständige oder ergänzende Dotation“ (scil. gegen den Staat) anzuerkennen sei. Im Schlußsatze wird dann der von der Gemeinde Geistingen erhobene Anspruch auf Grund eines von ihr vorgelegten Reverses des Klosters Seligenthal vom Könige selber anerkannt.

Bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte der Kabinettsorder kann man, wie ich glaube, gar nicht auf den Gedanken kommen, daß sie für die Dotationsansprüche neues objektives Recht habe schaffen wollen. Der König wendet sich in der Order an seine Minister, er gibt ihnen eine Anweisung, unter welchen Voraussetzungen sie gewisse, gegen den Staat erhobene Ansprüche anzuerkennen oder abzulehnen haben. Die Voraussetzungen werden in bestimmten „Grundsätzen“ zusammengestellt. Diese wollen nicht das bestehende Recht, die „allgemeinen Rechtsprinzipien“ abändern, sondern sie wollen sagen, wie das bestehende Recht in einer besonders wichtigen Frage angewandt, wie es „interpretiert“ werden solle. In diesem Sinne waren die „Grundsätze“ von den Ministern vorgeschlagen, und in diesem Sinne war der Ausdruck „Grundsätze“ auch in früheren Ministerialberichten wiederholt gebraucht worden. Es handelt sich also um Verwaltungsgrundsätze, nicht um Rechtsgrundsätze. Es handelt sich um Grundsätze, die, wie der König sagt, „zunächst im Auge behalten werden können“. Zum Ueberfluß hebt der König einige „Punkte“ hervor, die in erster Linie „in Betracht zu ziehen und zu untersuchen“ seien. Er behält sich vor, in gewissen Fällen den Pfarreien „im Wege der Gnade zu Hilfe zu kommen“. Das ist nicht — jedenfalls nicht im Jahre 1834 — die Sprache des Königs als des Gesetzgebers, sondern die Sprache des Königs als des Hauptes der Staatsverwaltung. Kurz, die Kabinettsorder ist ein geradezu typisches Beispiel nicht eines Gesetzes mit Rechtssatzinhalt, sondern einer Verwaltungsinstruktion[18a]. Es dürften sich in den Akten der Ministerien, vor allem des Finanzministeriums, zahlreiche andere Kabinettsorders von ähnlicher Form finden, von denen noch niemand behauptet hat, daß sie Rechtssätze geschaffen haben.

Damit ist auch die in einigen der Entscheidungen des Reichs-

[18a] Ebenso FÜRSTENAU, a. a. O. S. 1581.

gerichts ausgesprochene Meinung widerlegt, die Kabinettsorder von 1834 besitze die Eigenschaft einer Deklaration, gemeint ist: einer authentischen Interpretation. Eine authentische Interpretation ist die „Feststellung des Inhalts eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle“ [19]. Sie kann nur geschehen durch einen Rechtssatz, der allgemeinverbindlich anordnet, in welchem Sinne ein älterer Rechtssatz verstanden und ausgelegt werden solle. Aber die Kabinettsorder ist, wie gezeigt wurde, selbst kein Rechtssatz, und sie nennt keinen Rechtssatz, dessen Auslegung zweifelhaft sei und festgelegt werden solle [20].

Uebrigens wollen die reichsgerichtlichen Entscheidungen, die von einer „Deklaration“ sprechen, diese auf ganz verschiedene „Gesetze“ bezogen wissen. Die Entscheidung A nennt die Kabinettsorder vom 24. Mai 1829, die Entscheidung K die Kabinettsorder vom 31. Januar 1827 wegen Regulierung des preußischen Anteils an der Zentralschuld des ehemaligen Königreiches Westfalen (Ges. Sammlg. S. 13). Aber die Kabinettsorder vom 24. Mai 1829, die nicht publiziert ist und daher vom Reichsgericht mit Unrecht als „Gesetz“ angesehen wird, enthielt nichts anderes als eine Bestimmung über die Auflösung des Franziskanerklosters in Bielefeld und über die Dotationen aus dem Vermögen dieses Klosters, war also inhaltlich eine Verfügung, kein Rechtssatz. Die Kabinettsorder vom 31. Januar 1827 stellt unter A fest, welche westfälischen Verpflichtungen der preußische Staat bereits übernommen habe (darunter die Befriedigung der Ansprüche an die säkularisierten Stifter und Klöster), unter B, welche Schulden er weiterhin übernehmen werde. Das eine ist nichts als die Feststellung einer Tatsache, das andere die Erklärung einer Schuldübernahme, beides also kein Rechtssatz. Die Bestimmungen unter C betreffen das Liquidationsverfahren; sie können als Rechtssätze angesehen werden. Aber sie beziehen sich nur auf die Liquidation der unter B bezeichneten Schulden und haben mit den Verpflichtungen aus den Klosteraufhebungen nichts zu tun. Wenn daher das Reichsgericht davon spricht, daß die Kabinettsorder von 1834 eine mit „rückwirkender Kraft“ ausgestattete „Deklaration“ der beiden älteren Kabinettsorders sei, so kann das höchstens in dem Sinne verstanden werden, daß die Kabinettsorder von 1834 die durch ihre Vorgängerinnen geschaffenen Rechtsverhältnisse berühre. Ob

[19] Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 1 S. 33 f.

[20] Anz, Deutsche Juristenzeitung 1920, Sp. 900: „Gegenstand der authentischen Interpretation kann nur eine bestimmte Rechtsnorm sein, deren Auslegung zweifelhaft ist.“

sie das gewollt und ob sie es gekonnt habe, darüber wird sich streiten lassen. Aber es hat mit unserer Frage nichts zu tun. Jedenfalls besitzt die Kabinettsorder weder ihrem Wortlaute, noch ihrem Sinne nach den Charakter einer authentischen Interpretation von Rechtssätzen.

Mit alledem glaube ich nachgewiesen zu haben, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts die rechtliche Bedeutung der Kabinettsorder vom 25. September 1834 verkannt hat. Ob die Entscheidungen der beiden Zivilsenate die Kabinettsorder im einzelnen zutreffend ausgelegt, und ob sie im übrigen die zur Beurteilung stehenden Rechtsfragen richtig beantwortet haben, fällt nicht in den Rahmen, der meiner Besprechung gezogen ist.

Unio per subjectionem extinctiva und Compatronat.

Zwei Rechtsgutachten.

Von

CONRAD BORNHAK.

I.

Das Eigentum am Stresowkirchhofe in Spandau.

Die St. Nikolaikirchengemeinde in Spandau behauptet Eigentümerin des auf dem Grundbuchblatte der Gemeinde eingetragenen Stresowkirchhofes zu sein. Dort sei ein Leichenbahrenhaus auf dem Stresowplatze und ein Anteil an ungetrennten Hofräumen eingetragen, jener Anteil sei eben der Kirchhof, den die Gemeinde seit Jahrhunderten besessen habe. Der Kirchhof habe nämlich ursprünglich zu dem auf dem Stresow stehenden St. Gertraudenhospitale gehört und seit 1462 als Begräbnisstätte der Hospitaliten gedient, auf dem Kirchhofe habe die St. Gertraudenkapelle gestanden. Im Jahre 1515 habe Bischof Hieronymus von Brandenburg genehmigt, daß die Kommende St. Gertraud, da sie zur Erhaltung eines eigenen Priesters nicht ausreichte, zur Erhaltung der Orgel und des Organisten der Pfarrkirche St. Nikolai verwendet werde. Durch die erste Kirchenvisitation nach Einführung der Reformation sei ausweislich des Visitationsabschiedes vom 25. April 1541 die St. Nikolaikirche im Besitze der Kommende bestätigt. Den Gottesdienst in der St. Gertraudenkapelle hätten die Prediger von St. Nikolai gehalten, bis die Kapelle

1640 auf Befehl des Grafen Schwarzenberg aus fortifikatorischen Gründen abgerissen wurde, während der Friedhof erhalten blieb. Dieser diente nun den zur St. Nikolaigemeinde gehörigen Grundbesitzern von Stresow bis 1879, wo er aus sanitären Gründen geschlossen wurde, als Begräbnisplatz. Durch einen Irrtum des Katasteramtes sei nun jener Friedhof als Parzellen 330/21 und 312/21 auf den Namen des Maurermeisters Leopold Bäthge in Spandau eingetragen. Die St. Nikolaikirchengemeinde beansprucht Anerkennung ihres Eigentums.

Der Maurermeister Bäthge bestreitet diesen Eigentumsanspruch der St. Nikolaikirchengemeinde. Er meint, ein Teil seines Hofes möge wohl früher Kirchhof gewesen sein, wie man denn dort mehrfach menschliche Gebeine gefunden habe, aber ein Hospital, ein Leichenbahrenhaus und eine Kapelle habe schon wegen Raummangels dort nicht stehen können. Es müßten also diese früher umfangreichen Grundstücke früher irgend einmal in Privatbesitz übergegangen sein. Im übrigen seien die früheren Rechtsverhältnisse der St. Gertraudenkapelle, von der man nicht einmal wisse, wo sie gestanden habe, ganz gleichgültig.

Es ist ein Gutachten erfordert über die Behauptungen,

daß die St. Nikolaikirchengemeinde durch Uebergabe oder wie sonst auf Grund eines Rechtstitels (und zwar auf Grund welchen Titels und wann?) das Eigentum an dem Stresowkirchhofe erworben habe, daß insbesondere

a) in den Jahren 1541 oder 1543 (oder wann?) die alte St. Gertraudenkapelle in ihrem gesamten damaligen wirtschaftlichen und rechtlichen Bestande, also auch mit dem zu ihrer Kommende gehörigen Grund und Boden, d. h. mit dem alten Stresowkirchhofe dem gemeinen Kasten der St. Nikolaipfarrkirche von den Visitatoren zugeschlagen worden sei;

b) daß der Stresowkirchhof bereits auf Grund der in den Jahren 1531 und 1543 (oder wann?) in Spandau abgehaltenen Generalvisitationen als Zubehör oder Bestandteil der Gertraudenkapelle in das Eigentum der Nikolaipfarrkirche als des zur Disposition des dortigen gemeinen Kastens ausschließlich legitimierten Rechtssubjekts übergegangen sei.

Nach einer im Spandauer Stadtbuche enthaltenen Urkunde: „Datum 1471 am Tage Thome cantuar. episcop. in den hilgen wynachten“ verkauften mehrere Spandauer Bürger mit Zustimmung der Gewerke und der ganzen Gemeinde den armen Leuten des Hospitals auf dem

Stresow vor der Stadt, welches den Jungfrauen Maria, Gertrud und Barbara geweiht war, eine jährliche Rente von 12 Schock Groschen märkischer Währung für 216 Schock gleicher Münze bis zur Rückzahlung dieser Summe [1]. Dies ist die erste urkundlich nachweisbare Erwähnung des Hospitals auf dem Stresow bei Spandau, das später nur noch nach St. Gertrud genannt wurde. Das Hospital war nicht unbemittelt, da es der Gemeinde Spandau ein Darlehen gewähren konnte, wofür diese zur Umgehung des kanonischen Zinsverbotes in der damals üblichen Form dem Hospitale eine rückkaufbare Rente verkaufte. Das Hospital hatte, wie die spätere Entwicklung zeigt, auch eine Kapelle für die Hospitalinsassen.

Im Gegensatze zum mosaischen und zum römischen Rechte, das die Verlegung der Begräbnisstätten außerhalb der Städte gebot, legte man nun im Mittelalter großen Wert darauf, in geweihter Erde im Schatten der Kirche begraben zu werden. Am meisten entsprach natürlich dieser Auffassung das Begräbnis in der Kirche selbst. Da dies aber nicht für alle möglich war, wurden durch Konzilienbeschlüsse die C. Bracar. I (563) 18 die Leichen in den Umkreis der Kirchengebäude (area) verwiesen, „de foris circa murum basilicae“ [2].

Daß eine Hospitalkirche mit einem Kirchhofe als Begräbnisstätte für die Insassen umgeben war, ist daher selbstverständlich, wie denn der Bestand einer Begräbnisstätte für spätere Zeiten bezeugt ist. Aber sie muß mit Hospital und Kapelle gleichzeitig entstanden sein, beide sind ohne den Kirchhof nach mittelalterlicher Anschauung nicht denkbar.

Der Kirchhof bildet nun, wo er wirklich um und an der Kirche liegt, eine eigentliche Pertinenz [3].

Die Selbstverständlichkeit des Bestehens eines Hospitalkirchhofes und seine rechtliche Eigenschaft als Pertinenz von Hospital und Kirche läßt es begreiflich erscheinen, daß der Kirchhof nicht besonders erwähnt wird. Er teilt eben als Pertinenz das Schicksal der Kapelle.

Der Inbegriff der vermögensrechtlichen Beziehungen der Kapelle mit allem, was dazu gehört, wird als die Kommende St. Gertrud bezeichnet. Unter der Kommende versteht man an sich die Nutz-

[1] Riedel, Codex diplomaticus Brandenburgensis I, 11, S. 527.

[2] Vgl. Friedberg, Kirchenrecht, 5. Aufl., Leipzig 1903, S. 500.

[3] Vgl. c. un. de consecratione eccl. vel alt. in VI^to III, 21; Richter-Dove-Kahl, Kirchenrecht, 8. Aufl., Leipzig 1886, S. 500.

nießung des Beneficiums, das man auch vielfach Kirchenlehen nannte, durch einen anderen als den berechtigten Inhaber des Amtes, wie denn die Päpste vielfach Kommenden ohne die Verpflichtung persönlichen Dienstes an ihre Anhänger verliehen[4]. Wo das Beneficium oder die Pfründe überhaupt keinen Amtsinhaber mehr hatte, sondern nur die Nutzungsrechte am Vermögen der kirchlichen Anstalt in Betracht kamen, erscheinen Kommende und Beneficium als gleichwertig.

Daß Bischof Hieronymus von Spandau 1515 die Kommende St. Gertrud der Pfarrkirche St. Nikolai einverleibt habe[5], läßt sich urkundlich nicht nachweisen. Insbesondere findet sich in der Riedelschen Sammlung eine entsprechende Urkunde nicht. Das würde freilich noch nichts beweisen, da die Urkunde verloren oder Riedel entgangen sein kann. Aber auffällig wäre es bei der Sorgfalt, mit der Riedel alle Urkunden gesammelt hat, immerhin, wenn für eine 1804 berichtete ortsgeschichtliche Tatsache 1856 der urkundliche Belag nicht mehr vorhanden gewesen sein sollte.

Aber es sprechen auch innere Gründe gegen eine solche angeblich 1515 erfolgte Einverleibung. Es ist vielmehr mit ziemlicher Sicherheit anzunehmen, daß die Kommende St. Gertrud bis zur Reformation selbständig geblieben ist.

So heißt es in den Visitationsverhandlungen von 1543, die sonst im wesentlichen die von 1541 wiederholen und den damaligen Zustand feststellen:

„In dißer Stad Ist auch ein Capeln Mauritis genant, gelegen und vor der Stad ein Capeln zum Heiligen Geist dabei ist ein Hospital. Ein Capeln S. Gerdruden, dabei auch ein Hospital, und die Capel S. Jorgen, dabei ein Hospital der aussezigen gewesen. Aber weil das war weitter von der Stad gelegen, Sund die armen darzu zu das Hospital zum heiligen Geist transferirt.“ Da die Aufhebung des gewesenen Hospitals St. Georg erwähnt wird, hätte aller Anlaß vorgelegen, auch die Entziehung der Selbständigkeit von St. Gertrud zu erwähnen, wenn es nicht mehr selbständig gewesen wäre.

Dazu kommt weiter: die Pfarrkirche St. Nikolai stand unter dem Patronate des Jungfrauenklosters zu Spandau, das erst 1541 auf sein

---

[4] Richter-Dove-Kahl a. a. O. S. 479, 1323.

[5] So Schulze, Zur Beschreibung und Geschichte von Spandau, 1804, Bd. 1, S. 371, Bd. 2, S. 669.

Patronat zu Gunsten des Rates verzichtete. Bei St. Gertrud wird aber wie bei den meisten anderen Kapellen angegeben: Collatores der Rat. Unter dem Kollationsrechte ist nichts anderes zu verstehen als das Patronat, indem man die wichtigste Befugnis des Patronats, die Uebertragung des geistlichen Amtes, für das Patronat überhaupt nimmt, und es außerhalb des Patronats eine Befugnis von Laien zur Besetzung geistlicher Aemter an den einzelnen Kirchen nicht gibt. Wäre St. Gertrud bereits 1541 in St. Nikolai einverleibt gewesen, so hätte es keinen eigenen Patron haben können, sondern mit unter dem des Klosters stehen müssen.

Endlich sagen die Visitationsverhandlungen von 1541 wie von 1543 von der St. Gertruds-Kommende: „vacirt itzo“. Das geistliche Amt war also nicht besetzt. „Vacieren“ kann nur ein geistliches Amt, das noch vorhanden ist. Die Bemerkung wäre vollständig gegenstandslos, wenn St. Gertrud bereits St. Nikolai einverleibt gewesen wäre. Denn dann wäre es als selbständige Pfründe untergegangen gewesen, konnte also nicht mehr vacieren.

St. Gertrud mit Hospital, Kapelle und Kirchhof und den mannigfachen Hebungen, die die Visitationsverhandlungen aufzählen, war also bis 1541 eine selbständige, von der Pfarrkirche St. Nikolai unabhängige kirchliche Anstalt mit eigener juristischer Persönlichkeit.

Nun fanden auf Grund der vom Landesherren erlassenen Visitationsordnungen mit Einführung der Reformation umfassende kirchliche Visitationen durch landesherrliche Beauftragte, einen Prälaten, einen Ritter und einen Rechtsverständigen statt. Auf Grund der ersten Visitationsordnung von 1539[6] erfolgte die Visitation von 1539—1542. An diese erste Kirchenvisitation schloß sich unmittelbar die zweite an auf Grund der nicht mehr erhaltenen Visitationsordnung von 1542. Es ist begreiflich, daß in der kurzen Zeit keine wesentlichen Veränderungen eingetreten waren. So stimmen denn für Spandau die Visitationsverhandlungen von 1543 im wesentlichen mit denen von 1541 überein. Ueber St. Gertrud findet sich genau dieselbe Bemerkung.

Namentlich hatten die Visitatoren über das kirchliche Vermögen Verfügung zu treffen, da durch die Reformation die Voraussetzungen seiner bisherigen Verwendung zum Teil fortgefallen waren. Dabei wurden die verschiedenen kirchlichen Vermögensmassen, Meß- und

[6] Riedel, Cod. dipl. Brandenb. III, 3, S. 471.

Altarstiftungen, Kapellen, in einen gemeinsamen Kirchenkasten zur Unterhaltung der Kirche zusammengeworfen[7].

Dieses Schicksal hatte auch die Kommende St. Gertrud.

Die Visitationsabschiede von 1541 und 1543 besagen übereinstimmend.

„In gehaltener Visitation zu Spandow seint durch vnser gnedigsten vnd gnedigen Herrn des Churfürsten auch des Bischofs zu Brandenburg verordnete visitatores zu gemeinen Kasten daselbst zur Unterhaltung der Kirchen vnd Schulen die volgenden einkommen vnd nutzung etlicher geistlichen commenden vnd anderer Zins gewant vnd geschlagen."

Bei der Aufzählung im einzelnen heißt es dann:

„Volget von den lehen in den capeln",

und darunter:

„Die comende Gerdruds in S. Gerdruds capel sol auch von nun an sampt irer nutzung vnd einkommen in den gemeinen kasten komen".

Danach ist die Kommende St. Gertrud 1541 mit allem, was dazu gehörte, „von nun an" dem der Unterhaltung der St. Nikolaikirche dienenden gemeinen Kasten einverleibt worden.

Die Befugnis der Visitatoren zu dieser Maßregel gründet sich im letzten Grunde auf das mit der Reformation vom Landesherrn in Anspruch genommene landesherrliche Kirchenregiment. Gewiß war dieses Kirchenregiment vom Standpunkte der katholischen Kirche und des kanonischen Rechts eine Usurpation. Es ist begreiflich, daß man diese von protestantischer Seite durch staats- und kirchenrechtliche Untersuchungen über den Rechtsgrund des landesherrlichen Kirchenregiments zu rechtfertigen suchte. Diese Versuche können hier unerörtert bleiben. Jedenfalls leidet es keinen Zweifel, daß das landesherrliche Kirchenregiment seit der Reformation in den protestantischen Ländern Deutschlands, soweit sich nicht im Gegensatze zum Landesherrn synodale Verfassungen durchgesetzt hatten, zu Recht besteht.

Kraft dieser Ausdehnung der Landesstaatsgewalt über das kirchliche Gebiet konnte der Landesherr für die Kirche seines Landes entsprechende Ordnungen erlassen.

Einer ständischen Mitwirkung bei Erlaß der kirchlichen Ordnungen bedurfte es von Hause aus nicht. Man darf sich überhaupt das Ver-

---

[7] Vgl. Isaacsohn, Geschichte des preußischen Beamtentums, Berlin 1874 ff., Bd. 1, S. 250.

hältnis von Landesherren und Ständen nicht im Sinne des modernen Konstitutionalismus als rechtlich fest umgrenzt denken. Abgesehen von dem feststehenden ständischen Steuerbewilligungsrechte handelte es sich bei den beiderseitigen Befugnissen wesentlich um eine Machtfrage. Wenn der Landesherr die Macht hatte, eine allgemeine Maßregel durchzusetzen, hatte er auch das Recht dazu. Und andererseits wenn der Landesherr die Stände zu Steuerbewilligungen brauchte, mußte er sich auch bei seinen anderen Anordnungen der Regierung und Gesetzgebung ihren Wünschen anbequemen. Bei der Unsicherheit des beiderseitigen Verhältnisses spielten natürlich Präzedenzfälle eine große Rolle. Gerade auf kirchlichem Gebiete gab es aber solche zugunsten der Stände nicht. Der Landesherr, der in die durch Aufhören der katholischen Kirchengewalt gerissene Bresche einsprang, nahm daher auf kirchlichem Gebiete zunächst eine unumschränkte Gewalt für sich in Anspruch[8]. Kraft dieser hatte er auch ein kirchliches Gesetzgebungsrecht ohne ständische Mitwirkung. In Form eines Weistums wird dies anerkannt in dem Entwurfe der brandenburgischen Konsistorialordnung von 1561: „Uns auch als dem Landesfürsten aus fürstlicher Obrigkeit, Hoheit und wegen unsers tragenden Amts gebühret und zustehet, rebus sic stantibus, nicht allein in weltlichen, sondern auch in geistlichen Sachen Recht und Gerechtigkeit männiglichen in Unserm Churfürstenthum und Landen mitzutheilen, auch geistliche Ordnungen, dadurch Zucht und Ehrbarkeit erhalten, aufzurichten und derowegen nicht verbunden sein, Unserer Landschaft Bewilligung darinne zu requiriren und zu erfordern.“ Der protestantische Landesherr des Reformationszeitalters war also für seine Landeskirche der absolute Gesetzgeber.

In dieser Eigenschaft erließ der Landesherr die Visitationsordnung von 1539. Dadurch wurden die Visitatoren ermächtigt, zur Ueberführung in die neuen, durch die Reformation gebotenen Verhältnisse alle ihnen zweckdienlich erscheinenden Verfügungen zu treffen namentlich in vermögensrechtlicher Hinsicht. Diese Verfügungen gründeten sich also unmittelbar auf die Ermächtigung der höchsten Gewalt, sie ergehen von des Kurfürsten verordneten Visitatoren.

Kraft der erteilten Vollmacht schlugen die Visitatoren 1541 und in fast wörtlicher Wiederholung 1543 „von nun an“ die bisher selb-

---

[8] Vgl. Bornhak, Preuß. Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903, S. 60 ff.

ständige Kommende St. Gertrud zum gemeinen Kasten und verleibten damit ihr Vermögen dem der St. Nikolaikirche zu Spandau ein.

Wenn auch Luther einst vor dem Elsterthore mit der päpstlichen Bannbulle ein Corpus iuris canonici verbrannt hatte, so konnte sich doch die neue Kirche von den Grundlagen des bisherigen Rechtszustandes nicht einfach losreißen. Das kanonische Recht blieb daher anerkanntermaßen auch für die protestantischen Landeskirchen in Geltung, soweit es nicht der evangelischen Glaubensansicht oder den neuen kirchlichen Ordnungen widersprach. So ist denn auch die Einverleibung der Kommende St. Gertrud in die Pfarrkirche St. Nikolai nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes zu beurteilen.

Danach handelt es sich um eine Vereinigung von zwei bisher selbständigen kirchlichen Aemtern zu ungleichem Rechte, unio per subjectionem oder accessoria, wie sie besonders bei Pfarrämtern vorkommt[9]. Dadurch wird das eine Kirchenamt zu einem Accessorium des anderen und verliert zu dessen Gunsten seine Selbständigkeit — ein Verhältnis, das man gewöhnlich mit Ecclesia mater und filia bezeichnet. Beide Aemter erhalten denselben Amtsinhaber, wenn auch dieser berechtigt ist, sich bei der Tochterkirche durch einen Kaplan oder anderweitig vertreten zu lassen. Grundsätzlich sollen bei einer solchen Vereinigung zwar die beiderseitigen Vermögen gesondert, also die juristische Persönlichkeit der unterworfenen Tochterkirche erhalten bleiben. Man kann aber noch einen Schritt weiter gehen und auch die Temporalien verschmelzen, womit die juristische Persönlichkeit des einverleibten Amtes nebst Pfründe erlischt, und das Vermögen auf die Mutterkirche übergeht. Das ist die besondere Unterart der Unio extinctiva.

Um eine solche handelt es sich hier.

Die Kommende St. Gertrud ist daher im Jahre 1541 mit ihrem gesamten Vermögen von den Visitatoren kraft der ihnen erteilten landesherrlichen Ermächtigung durch Unio per subjectionem extinctiva dem gemeinen Kasten der St. Nikolaipfarrkirche zugeschlagen. Damit vollzog sich durch Universalsuccession der Eintritt von St. Nikolai in alle Rechte und Pflichten der nunmehr erloschenen Kommende St. Gertrud.

Will man einen modernen Rechtsbegriff anwenden, so handelt es sich um eine von den Visitatoren als Bevollmächtigten des Landes-

[9] Vgl. Richter-Dove-Kahl a. a. O. S. 615.

herrn vorgenommene Enteignung des gesamten Vermögens der Kommende St. Gertrud zugunsten der Pfarrkirche Nikolai. Damit erlosch gleichzeitig die juristische Persönlichkeit von St. Gertrud.

Daß der Besitz von St. Gertrud von den Visitatoren 1541 der Nikolaikirche förmlich übergeben ist, kann als möglich, ja wahrscheinlich bezeichnet werden. Die Urkunden ergeben darüber nichts. Es läßt sich also nicht behaupten und beweisen. Die Uebergabe war aber auch ganz gleichgültig für den Rechtsübergang. Der wertvollste Bestandteil des Vermögens von St. Gertrud waren wohl die in den Urkunden einzeln aufgezählten Hebungen, also Forderungen von St. Gertrud, die nun auf St. Nikolai übergingen. Diese konnten natürlich nicht übergeben werden. Aber auch bei den körperlichen Sachen, die zum Vermögen von St. Gertrud gehörten, handelt es sich um eine Universalsuccession. Die Besitzübergabe oder Tradition war aber nach gemeinem Rechte nur erforderlich zur Eigentumsübertragung bei einzelnen körperlichen Sachen unter Lebenden. Es kommt also auf die Uebergabe gar nicht an.

Unter den einzelnen Vermögensbestandteilen der Kommende St. Gertrud wird nun freilich nirgends ein Kirchhof aufgezählt. Das ist sehr begreiflich. Denn die Aufzählung wird nur vorgenommen vom Gesichtspunkte des Einkommens, wie auch ausdrücklich die Ueberschrift des Verzeichnisses lautet. Ein Kirchhof, auf dem arme Hospitaliten begraben wurden, brachte aber nichts ein. Selbstverständlich mußte die Hospitalkirche einen Kirchhof haben, innerhalb dessen sie samt dem Hospitale stand. Daß mit der ganzen Kommende St. Gertrud auch dieser Kirchplatz (area) zum gemeinen Kasten von St. Nikolai kam, bedurfte gar nicht der besonderen Erwähnung. Er gehörte eben mit dazu.

Nun hat sich allerdings das ursprüngliche Verhältnis umgekehrt. Was aus den einzelnen Hebungen geworden ist, weiß man nicht. Sie sind wahrscheinlich sämtlich auf irgendeine Art, zuletzt durch Ablösung untergegangen. Hospital und Kapelle sind allmählich verfallen und abgerissen. So blieb nur der Kirchhof übrig.

Wenn später unstreitig die Stresower ihre Toten auf dem Kirchhofe begraben haben, ohne dafür Gebühren zu entrichten, so änderte das an den Eigentumsverhältnissen nichts. Denn nach § 183 II, 11 A. L. R. spricht die Vermutung dafür, daß Kirchhöfe und Begräbnisplätze kirchliches Eigentum sind, und das Eigentum einer Stadt- oder Dorfgemeinde muß nach § 190 a. a. O. besonders erwiesen werden.

Wenn die Stresower ihre Leichen auf dem Kirchhofe beerdigen durften, so hatten sie nach § 761 a. a. O. auch die Verpflichtung der Unterhaltung des Kirchhofs, so lange er als solcher bestand, als gemeine Last. Denn nur, wo die Grabstellen bezahlt werden, ist nach § 762 a. a. O. die Unterhaltung des Kirchhofs Sache der Kirchenkasse. Die Unterhaltung des Kirchhofes durch die Stresower, die auf ihm unentgeltlich beerdigen durften, steht also mit dem fortdauernden Eigentum der St. Nikolaikirchengemeinde nicht in Widerspruch. Daß sie ihr 1541 erworbenes Eigentum jemals verloren hätte, ist nicht nachzuweisen.

Hiernach ist die St. Gertraudenkapelle im Jahre 1541 in ihrem gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Bestande, also auch mit dem zu ihrer Kommende gehörigen Grund und Boden, d. h. mit dem alten Stresowkirchhofe dem gemeinen Kasten der St. Nikolaipfarrkirche von den Visitatoren zugeschlagen. Damit ist die St. Nikolaipfarrkirche durch Unio per subjectionem extinctiva von St. Gertrud oder durch Enteignung von deren gesamtem Vermögen Eigentümerin des Stresowkirchhofes geworden. Es ist nicht nachgewiesen, daß sie dieses Eigentum später jemals aufgegeben oder verloren habe.

II.

Das Patronatsrecht an der St. Johanniskirche in Thorn.

Das dem Deutschen Orden an den Kirchen seines Landes zustehende Patronatsrecht war mit der Abtretung Westpreußens an die Krone Polens übergegangen. Insbesondere hatte sich König Kasimir in dem Hauptprivileg für Thorn vom 26. August 1457 die St. Johanniskirche in Thorn ausdrücklich vorbehalten. Doch schon König Alexander erteilte am Donnerstag vor Laurentius (7. August 1505) der Stadt Thorn ein neues Privilegium, in dem es heißt:

„Nos intellegentes inopiam ecclesiae Sancti Johannis — juris patronatus nostri, annuentes que votis et petitionibus praeconsolum et consulum Thorun ecclesiam ipsam ejusque fundum augere et privatis eorum fortunis eam dotare volentium, praesertim vero providere cupientes, ut Rector — ministrique competentiorem victus habeaut provisionem,

iisdem praeconsulibus et consulibus . . jus patronatus et praesentandi alternatis vicibus . . nobiscum habendum dandum et conferendum duximus.“

Nachdem die Stellung der Stadt Thorn zur St. Johanniskirche

durch das Eindringen der Jesuiten zeitweise verdunkelt war, wurde der frühere Zustand wiederhergestellt durch den Dissidententraktat von 1768, in dessen Art. III § 10 es heißt:

„Jus patronatus ecclesiae parochialis S. Johannis Thorunii, ad Serenissimos Reges et Magistratum dictae civitatis ex alterna vice spectans, quo idem Magistratus ab eo tempore, postquam illud patribus Jesuitis concessum est, exclusus fuerat, ad ipsum denuo pertinebit illoque succedente vocatione utetur."

Es handelt sich nun darum:

1. Läßt der Wortlaut des von Alexander von Polen am 7. August 1505 dem Magistrate der Stadt Thorn gegebenen Privilegs mit Rücksicht auf das damals geltende kirchliche und weltliche Recht die Auslegung zu, daß der König dem Magistrate von Thorn das gesamte Patronatsrecht übertragen und sich nur ein vom Patronate unabhängiges Vorschlagsrecht für die Ernennung der Geistlichen vorbehalten habe, das er abwechselnd mit dem Magistrate von Thorn ausüben wollte, da diesem als Patron nunmehr auch das Vorschlagsrecht zugestanden habe?

Oder muß das erwähnte Privileg dahin ausgelegt werden, daß der König dem Magistrate das Mitpatronat übertragen, und daß er die Ausübung des den beiden nunmehrigen Mitpatronen zustehenden Vorschlagsrechtes in der Weise geregelt hat, daß abwechselnd der eine und der andere Patron den Geistlichen vorschlagen sollte?

Ist also die Wendung „jus patronatus et praesentandi" gewissermaßen eine Tautologie, und dient sie dazu, um das vornehmste Recht des Patrons, das Vorschlagsrecht, besonders hervorzuheben und im Anschlusse daran seine Ausübung sofort zu regeln?

2. Ist es möglich, daß in dem Artikel III § 10 des Dissidententraktats von 1768 der Ausdruck „jus patronatus" nicht in seinem eigentlichen Sinne gebraucht ist, sondern kurz bezeichnen sollte

a) das dem Magistrate zu Thorn als dem Patron zustehende Vorschlagsrecht,

b) das dem Könige von Polen unabhängig von einem Patronatsrechte zustehende Vorschlagsrecht?

Das Privilegium von 1505 überträgt dem Magistrate von Thorn das „jus patronatus et praesentandi alternatis vicibus nobiscum habendum, dandum et conferendum".

Es bedarf zunächst einer grammatischen Auslegung dieser Stelle. Dabei ist von der Tatsache auszugehen, daß wir es nicht mit mittelalterlichem Mönchslatein zu tun haben, sondern uns im Zeitalter des

Humanismus und der Renaissance befinden, in dem man auf klassisches ciceronianisches Latein Gewicht legte. Die Urkunde ist denn auch in dieser Hinsicht von unanfechtbarer Latinität. Es handelt sich also um das Latein, wie es seit den Zeiten der Humanisten in unseren höheren Schulen gelehrt wird.

Die Copula „et“ zwischen den beiden Worten „patronatus“ und „praesentandi“ kann zunächst nicht die gewöhnliche Bedeutung haben, im Sinne des deutschen „und“ mehrere gleichgeordnete Begriffe aneinander zu reihen. Denn die gleichgeordneten Begriffe sind nicht vorhanden. Das Patronatsrecht als ein Inbegriff von Rechten und Pflichten schließt an sich das Präsentationsrecht als wichtigsten Ausfluß ein. Man kann also nicht Patronatsrecht und Präsentationsrecht verleihen.

Vielmehr wird an das Allgemeine etwas Besonderes angereiht. Es erfolgt die Uebertragung des Patronates „und zwar“ des darin enthaltenden Präsentationsrechtes abwechselnd. „Et“ ist in demselben Sinne aufzufassen wie in dem bekannten Verse Vergils: Quidquid id est, timeo Danaos et dona ferentes, ich fürchte die Danaer und zwar ganz besonders, wenn sie Geschenke bringen.

Abwechselnd mit wem? Das ist ganz selbstverständlich und braucht nicht besonders gesagt zu werden. Doch bisweilen sagt man namentlich in Urkunden vorsichtigerweise auch das Ueberflüssige. Sollte es deshalb nicht heißen: Abwechselnd mit uns?

Das führt auf die weitere Frage, ob sich das „nobiscum“ nur auf die Abwechselung oder auf den ganzen vorher erwähnten Begriff des Patronates samt dem darin enthaltenen Präsentationsrechte bezieht. Das Wort „cum“ bedeutet nun zunächst das örtliche Zusammensein mit einer Person oder konkreten Sache, wird aber dann auch auf abstrakte Dinge übertragen, um die Gleichzeitigkeit auszudrücken[10]. Bei einer Abwechselung ist diese Gleichzeitigkeit geradezu ausgeschlossen. Hier „cum“ zu gebrauchen, würde ein Germanismus sein, der dem Geiste klassischer Latinität ins Gesicht schlüge. So etwas darf man auch dem Verfasser der Urkunde nicht zutrauen. Das „nobiscum“ kann sich daher nur auf den ganzen vorangegangenen Begriff beziehen und die Gemeinsamkeit des Patronates ausdrücken.

Die Stelle würde daher in sorgfältiger Interpunktion dahin zu umschreiben sein: „jus patronatus (et praesentandi alternatis vicibus) nobis-

[10] Vgl. Grysar, Theorie des lateinischen Stils, Köln 1831, S. 421; Heinichen, Lat. deutsches Schulwörterbuch, Leipzig 1864, Bd. 1, unter cum; Zumpt, Lat. Grammatik, 13. Aufl., Berlin 1874, S. 225.

cum habendum, dandum et conferendum.“ Zu einem anderen Ergebnisse könnte man nur gelangen bei der Annahme, daß der Verfasser der Urkunde sich in unverzeihlichen lateinischen Sprachdummheiten bewegt hätte, wozu aber sonst der Inhalt der Urkunde keinen Anlaß bietet.

Hätte der König beabsichtigt, das volle Patronat auf den Magistrat zu übertragen, sich aber dabei das abwechselnde Präsentationsrecht vorzubehalten, wobei die kirchenrechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorbehaltes vorläufig einmal dahingestellt bleiben mag, so hätte das in der Urkunde ganz anders ausgedrückt werden müssen. Es hätte dann ungefähr heißen müssen: „Jus patronatus habendum etc. duximus, reservato tamen nobis jure praesentandi alternatis vicibus.“

So führt die grammatische Auslegung zu dem Ergebnisse, daß es sich um die Uebertragung des Mitpatronates an den Magistrat gemeinsam mit dem Könige handelt. Dabei wird die gemeinschaftliche Ausübung des wichtigsten Ausflusses des Patronates, des Präsentationsrechtes, dahin geregelt, daß eine abwechselnde Ausübung bei jeder Stellenerledigung — einmal der König und einmal der Magistrat — stattfinden soll.

Nach der inneren Entwicklung des Patronatsrechtes war aber auch gar nichts anderes möglich, eine Loslösung des halben Präsentationsrechtes von der Wurzel des Patronates ausgeschlossen.

Das klassische kanonische Recht hat nach den heißen Kämpfen des Investiturstreites grundsätzlich jede Besetzung geistlicher Aemter durch Laien beseitigt. Mit diesem auf göttliches Recht zurückgeführten Grundsatze kreuzten sich aber bestehende Einrichtungen, so vor allem die Eigentümerkirche der Grundherren in Deutschland, wo aus dem Eigentum an der Kirche einerseits die Pflicht ihrer Erhaltung, andererseits das Recht, den Priester einzusetzen, gefolgert wurde[11]. Das kanonische Recht setzte sich demgegenüber wenigstens insoweit durch, daß dem Patrone nur die Präsentation des Geistlichen blieb, während die Kollation des Amtes auf den Bischof überging. Die Kollation oder Ernennung ist daher allerdings etwas vom Patronate verschiedenes, nicht dagegen die Präsentation, die als Ausfluß des Patronates in ihm enthalten liegt. Bei der grundsätzlichen Abneigung gegen jede Besetzung geistlicher Aemter durch Laien kennt daher das kanonische Recht

[11] Vgl. über diese Entstehung des Patronats Richter-Dove-Kahl, Kirchenrecht, 8. Aufl., Leipzig 1886, S. 670; Friedberg, Kirchenrecht, 5. Aufl., Leipzig 1903, S. 347.

auch kein besonderes, vom Patronate losgelöstes Präsentationsrecht. Das kanonische Recht hat das Patronat trotz seiner kanonischen Prinzipienwidrigkeit allenfalls verdaut, ähnliche Erscheinungen gleicher Art anzuerkennen, hatte es keine Veranlassung.

Dem steht auch das sogenannte landesherrliche Patronat nicht entgegen, zumal es sich dabei um keine einheitliche Erscheinung, sondern um die verschiedenartigsten Rechtseinrichtungen handelt[12].

Einmal war in den deutschen Koloniallanden des Ostens — nicht nur in Preußen, sondern ebensowohl in Brandenburg und anderswo — die Landesherrschaft Eigentümerin alles Grund und Bodens kraft Eroberung und tat ihn dann an Kolonisten nach verschiedenem Rechte aus. Auf diesem Boden entstanden naturgemäß Eigentümerkirchen und mit ihnen das Patronat. Die grundherrlichen Rechte, zu denen auch das Patronat gehörte, gerieten dann vielfach durch Veräußerungen in andere Hände, kamen an geistliche und städtische Korporationen wie an Rittergutsbesitzer. Aber soweit eine solche Veräußerung nicht nachweisbar war, sprach eine allgemeine Vermutung dafür, daß der Landesherr im Besitze der ortsobrigkeitlichen Gewalt und damit auch des Patronates sei. Aber dieses landesherrliche Patronat, wie weit verbreitet es auch rein statistisch genommen namentlich im Osten Deutschlands sein mochte, war doch rechtlich nichts anderes als das gewöhnliche Patronat des kanonischen Rechtes. Namentlich läßt sich aus ihm kein vom Patronate losgelöstes Präsentationsrecht für geistliche Aemter herleiten. Entweder hat der Landesherr ein Präsentationsrecht kraft Patronats, oder er hat überhaupt kein Präsentationsrecht.

Eine zweite Art des landesherrlichen Patronatsrechtes ist als durchaus unkanonisch erst ein Erzeugnis des Polizeistaates und der Aufklärung des 18. Jahrhunderts. Sie wurzelt für die protestantischen Staaten im Territorialsysteme von Thomasius und Just Hennig Böhmer und findet ihren reinsten gesetzgeberischen Ausdruck im preußischen Allgemeinen Landrechte II, 11, für die katholischen Staaten findet die entsprechende Uebertragung statt im Josephinismus, der Kirchenpolitik Kaiser Josephs II. Bei allgemeiner Glaubens- und Gewissensfreiheit erscheint als erste Aufgabe der staatlichen Kirchenpolitik die Wahrung des Friedens unter den einzelnen Bekenntnissen, andrerseits hat die Kirche die Aufgabe, unter Ausschluß jedes dogmatischen Gezänkes dem Staate gute Bürger zu erziehen. Von beiden Gesichtspunkten aus nimmt

[12] Vgl. Hinschius, Das landesherrliche Patronatrecht, Berlin 1856.

der Staat die Kirchen unter seine Verwaltung und betrachtet die Geistlichen der anerkannten Religionsgemeinschaften als Staatsbeamte. Der Staat hat daher auch unabhängig vom Patronate ein präsumtives Ernennungsrecht für die geistlichen Aemter, das er allenfalls an kirchliche Organe delegiert. Hier kann man allerdings von einem, vom eigentlichen Patronate losgelösten staatlichen Ernennungsrechte zu geistlichen Aemtern reden. Es kann davon abgesehen werden, daß das Territorialsystem derzeit nicht mehr geltendes Recht ist, daß der allerdings später wieder aufgehobene Art. 18 der Verfassungsurkunde seine wichtigste Folgerung, das staatliche Ernennungs-, Vorschlags-, Wahl- und Bestätigungrecht bei Besetzung kirchlicher Stellen, soweit es nicht auf dem Patronate oder besonderen Rechtstiteln beruht, ausdrücklich aufgehoben hat. Jedenfalls ist die territorialistisch-josephinische Auffassung des landesherrlichen Patronatsrechtes erst ein Erzeugnis des 18. Jahrhunderts und kann daher nicht angewendet werden für Auslegung einer Urkunde aus dem Anfange des 16. Jahrhunderts. Dazu kommt, daß die Periode des aufgeklärten Depotismus in allen ihren Erscheinungen, also auch in ihrer Kirchenpolitik, gerade an Polen spurlos vorübergegangen ist[13].

Endlich hat die katholische Kirche — entgegen ihrem im Investiturstreite vertretenen grundsätzlichen Standpunkte — auch in dem hier in Betracht kommenden Zeitalter vor der Reformation der Staatsgewalt wieder Ernennungsrechte für geistliche Aemter eingeräumt. Das gilt nicht nur für den deutschen Orden, der ja eine geistliche Genossenschaft war, sondern auch für weltliche Landesherren, die damit eine Gewalt über die Kirche ihres Landes erwarben[14]. Allein das war kein gemeines Kirchenrecht, sondern beruhte gerade auf dessen Durchbrechung durch besondere päpstliche Privilegien. Nie und nimmermehr konnte ein Landesherr ein solches Ernennungsrecht für sich schaffen. Von einem Jus speciali titulo acquisitum des polnischen Königs auf abwechselnde Bestellung des Pfarrers kann im vorliegenden Falle auch nicht die Rede sein.

So bleibt nur das gewöhnliche Patronat übrig.

---

[13] Die besondere Entwicklung des landesherrlichen Patronatsrechtes anläßlich der Säkularisationen kommt hier überhaupt nicht in Frage. Vgl. darüber FRIEDBERG a. a. O. S. 355 ff.

[14] Beispiele für Brandenburg in meiner Preußischen Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1903, S. 50.

Dieses läßt zwar im Compatronate mehrere gemeinsame Inhaber jenes Inbegriffs von Rechten und Pflichten, die man als Patronat bezeichnet, nicht aber die Loslösung einzelner Befugnisse für verschiedene Inhaber zu. Es handelt sich um ein Jus plurium in solidum[15].

Eine besonders schwierige Frage des gemeinsamen Patronates war dabei immer, wer von den mehreren Patronen im gegebenen Falle das Präsentationsrecht auszuüben hatte. Das kanonische Recht enthält hier in c. 3 X de jure patron. III, 38 und Clem. 2 h. t. III, 12 nur dispositive Bestimmungen, indem es auf relative Stimmenmehrheit der Präsentierenden verweist. Das ist natürlich ein oft wenig befriedigender Zustand, zumal wenn es sich wie hier nur um zwei Patrone handelt, unter denen Stimmenmehrheit hergestellt werden soll. Die Beteiligten können aber diesen unbefriedigenden Zustand des dispositiven Rechtes durch besondere Abkommen unter sich über die gemeinsame Ausübung des Patronates verbessern. In erster Linie wird dabei auf den Alternierungsvertrag verwiesen, wonach die Compatrone das Präsentationsrecht abwechselnd auszuüben haben[16].

Im vorliegenden Falle ist freilich die Bestimmung über den Wechsel der Präsentation der Natur der Dinge nach nicht vertragsmäßig, sondern bei Uebertragung des Compatronates erfolgt. Aber eben jener Wechsel ist auch eine Einrichtung, die durchaus im Bannkreise des Compatronates liegt.

Demgemäß muß das von Alexander von Polen am 7. August 1505 dem Magistrate der Stadt Thorn mit Rücksicht auf das damals geltende kirchliche und weltliche Recht nach Wortlaut und Sinn dahin ausgelegt werden, daß dem Magistrate das Mitpatronat übertragen und dabei die Ausübung des den beiden nunmehrigen Mitpatronen zustehenden Vorschlagsrechtes in der Weise geregelt ist, daß abwechselnd der eine und der andere Patron den Geistlichen vorschlagen sollte. Indem jus patronatus et praesentandi nebeneinander gestellt werden, wird nur das vornehmste Recht des Patrons, das Vorschlagsrecht, besonders hervorgehoben, und im Anschlusse daran seine Ausübung geregelt.

Hält man sich an diese feststehenden Voraussetzungen, so ergibt sich auch ohne weiteres der Sinn des Art. III § 10 des Dissidenten-

---

[15] Richter a. a. O. S. 676.

[16] A. a. O. S. 684 N. 4; Zorn, Kirchenrecht, Stuttgart 1888, S. 353.

traktates von 1768. Denn man muß doch von der Annahme ausgehen, daß der Dissidententraktat in dieser Hinsicht nicht neues Recht schaffen, sondern nur das ältere, durch das Eindringen der Jesuiten verdunkelte Recht wiederherstellen sollte.

Vom sprachlichen Gesichtspunkte ist zunächst nicht anzunehmen, daß in demselben Satze das Wort „patronatus“ einen anderen als den gewöhnlichen und vielmehr einen doppelten Sinn gehabt haben sollte, einmal das dem Magistrate von Thorn als Patron zustehende Vorschlagsrecht und außerdem das dem Könige von Polen unabhängig von einem Patronate zustehende Vorschlagsrecht. Mit dem Worte Patronat verband sich seit Jahrhunderten ein feststehender kirchenrechtlicher Begriff. Wenn man das Wort wählte, so meinte man auch diesen Begriff. Daß das Wort „patronatus“ hier nur das Vorschlagsrecht, sei es des Patrons, sei es nun gar des Nichtpatrons, bedeuten sollte, erscheint um so mehr ausgeschlossen, als es ja für das Vorschlagsrecht auch eine feststehende kanonistische Bezeichnung gab, nämlich „jus praesentandi“. Bei Wiederherstellung des älteren Rechtszustandes in dem Dissidententraktate hat man doch auch unzweifelhaft die Beurkundung dieses älteren Rechtszustandes in dem Privileg von 1505 vor Augen gehabt. Hier war aber nebeneinander von „jus patronatus et praesentandi“ die Rede. Der Verfasser des Dissidententraktates wurde also, wenn man so sagen darf, geradezu mit der Nase darauf gestoßen, das Wort „jus praesentandi“ zu gebrauchen, wenn er nur das Vorschlagsrecht gemeint hätte. Mit „patronatus“ ist eben nichts anderes gemeint als Patronat.

Nun könnte allerdings Zweifel erregen die Wendung „jus patronatus ad serenissimos reges et magistratum ex alterna vice spectans“. Denn selbstverständlich kann nicht das Patronat, sondern nur das Vorschlagsrecht zwischen zwei Personen wechseln. Richtiger wäre die Rede gewesen von dem Patronate, bei dem das Vorschlagsrecht wechselt. Der Verfasser hatte augenscheinlich beim Patronate dessen wichtigste Erscheinung, das Vorschlagsrecht im Auge und übertrug sprachlich dessen Wechsel auf das Patronat. Aber das rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß er mit „patronatus“ nur das Vorschlagsrecht gemeint habe. Wenn er auch nur an das Vorschlagsrecht dachte, so war es doch jenes Vorschlagsrecht, das ein Ausfluß des Patronates ist. Indem die Urkunde dieses Vorschlagsrecht dem Könige und dem Magistrate abwechselnd zuschreibt, erkennt sie gleichzeitig an, daß beide Mitpatrone sind.

Das Wort „patronatus“ ist also auch in dem Dissidententraktate in seinem eigentlichen Sinne gebraucht.

Somit ergibt sowohl das Privilegium von 1505 wie der Dissidententraktat von 1768 einen geschlossenen Kreis von sprachlichen und rechtlichen Beweisgründen für ein Mitpatronat des Staates und des Magistrates an der St. Johanniskirche in Thorn.