

2. 1. Erlangen Angestellte preussischer Gemeinden und Gemeindeverbände schon durch die Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse auf sie Beamteneigenschaft trotz der Vorschrift in § 1 Satz 2 des preussischen Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899?

2. Zum Begriff der vorübergehenden Dienstleistungen im Sinne des § 2 dieses Gesetzes.

3. Unter welchen Voraussetzungen bedarf es der Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage durch das Plenum des Reichsgerichts? Preuß. Kommunalbeamtengesetz vom 30. Juli 1899 (G.S. S. 141) §§ 1, 2, 10 Abs. 2. RRG. § 4 Abs. 1. GVG. § 136 Abs. 2.

III. Zivilsenat. Ur. v. 29. September 1931 i. S. Kreis H. Sch. (Wekl.) w. R. (Kl.). III 366/30.

I. Landgericht Meiningen.

II. Oberlandesgericht Jena.

Der Kläger stand vom 1. Oktober 1918 bis zum 17. Oktober 1927 im Dienst des verklagten preussischen Kreises. Zunächst war er als Bürogehilfe unter Vorbehalt einer beiden Parteien zustehenden vierwöchigen Kündigung beschäftigt. Durch Beschluß des Kreis-ausschusses vom 8. September 1922 wurde ihm rückwirkend vom 1. August 1922 die Leitung des Wohnungsamtes sowie das Amt des Schriftführers beim Mieteinigungsamt und beim Kaufmanns- und Gewerbegericht übertragen. Diese Tätigkeit hat er bis zu seiner Entlassung am 17. Oktober 1927 ausgeübt. Am 27. November 1927 beantragte der Kläger beim Kreis-ausschuß, ihm die Beamteneigenschaft zuzuerkennen, da er seit dem 1. August 1922 obrigkeitliche Befugnisse ausgeübt habe und dadurch Beamter geworden sei. Sein Antrag wurde abgelehnt, die dagegen erhobene Beschwerde vom Bezirks-ausschuß zurückgewiesen.

Der Kläger hat daraufhin nach § 7 RRG. den Rechtsweg beschritten und die Feststellung beantragt, daß der verklagte Kreis verpflichtet sei, ihm das Gehalt nach der festzusetzenden Gehaltsgruppe, im Falle seiner Dienstunfähigkeit Ruhegehalt und nach seinem Tode den Hinterbliebenen Versorgungsgeld zu zahlen. Zur Begründung des Klagenspruchs trägt er vor, durch die Übertragung und Ausübung hoheitsrechtlicher Dienstverrichtungen sei er auch ohne Aus-

händigung einer Anstellungsurkunde Kommunalbeamter auf Lebenszeit geworden. Der Beklagte vertritt den Standpunkt, der Kläger sei nur Angestellter, aber nicht Beamter gewesen. Nach § 1 Satz 2 RBG. könne die Eigenschaft eines Kommunalbeamten nur durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde begründet werden. Da dem Kläger keine solche Urkunde erteilt worden, sei er nicht Beamter geworden. Dieser Wille des Gesetzgebers ergebe sich aus der Fassung des § 1 RBG., aber auch aus der amtlichen Begründung zum Gesetz und aus den Beratungen der gesetzgebenden Körperschaften. Der Beklagte macht weiter geltend, er habe nie die Absicht gehabt, den Kläger zum Beamten zu ernennen, sondern habe ihn stets als Angestellten angesehen, wie dies auch der Kläger selbst getan habe, und deshalb sei seine Bezahlung nach dem Tarif für Kommunalangestellte erfolgt. Ferner erhebt der Beklagte den Einwand, nach § 94 der Kreisordnung für Hessen-Nassau vom 7. Juni 1885 (G. S. 193) könne der Kreis nur durch drei Unterschriften verpflichtet werden, der Anstellungsbeschluß entspreche aber nicht diesen Formvorschriften. Weiter sei die Übertragung der laufenden Geschäfte des Kreises an andere Personen als den Landrat und die Kreisauschußmitglieder ungültig, weil sie gegen § 93 der Kreisordnung verstoße. Der Kläger habe daher nicht in rechtsgültiger Weise hoheitsrechtliche Dienstverrichtungen vorgenommen, sodaß er hierdurch keine Beamten-eigenschaft erlangt haben könne. Außerstenfalls handle es sich bei ihm nur um eine Nebentätigkeit und nur um vorübergehende Dienstleistungen nach § 2 RBG., weil er nur einen geringen Teil seiner Arbeitszeit dafür benötigt habe. Es habe von Anfang an festgestanden, daß das Mieteinigungs- und das Wohnungsamt nur vorübergehende Einrichtungen seien, da die erlassenen Verordnungen sämtlich nur für eine gewisse Zeit wirksam gewesen seien. Unter allen Umständen sei der Kläger nur Ründigungsbeamter geworden.

Die beiden vorderen Rechtszüge haben dem Klageantrag in der Hauptsache entsprochen. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt in der Hauptsache davon ab, ob der Kläger auch ohne Aushändigung einer Anstellungsurkunde (§ 1 Satz 2 RBG.) durch die bloße Übertragung der Ausübung staatshoheitsrechtlicher Befugnisse die Eigenschaft eines preu-

rischen Kommunalbeamten auf Lebenszeit erlangt hat und ob infolgedessen die vom verklagten Kreis verfügte Entlassung des Klägers auf seine Gehaltsansprüche ohne Einfluß ist. Der erkennende Senat hat in mehreren in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen diese Frage bejaht (RGUrt. vom 13. März 1928 III 303/27, vom 14. Juni 1929 III 447/28, abgedr. JW. 1929 S. 3381 Nr. 10 und JWR. Bd. 2 S. 291, und vom 11. Oktober 1929 III 10/29, abgedr. RGZ. Bd. 125 S. 420). Der gleiche Rechtsstandpunkt wird in den Senatsurteilen vom 3. Oktober 1930 III 97/30, vom 3. Februar 1931 III 79/30, abgedr. RGZ. Bd. 131 S. 308, vom 3. März 1931 III 223/30, abgedr. RGZ. Bd. 132 S. 61, und vom 27. März 1931 III 215/30, abgedr. RGZ. Bd. 132 S. 234/35, eingenommen. Eine Untersuchung, wie weit die Anfänge dieser Rechtsprechung zurückreichen, ob sich Ansätze dazu erst im Senatsurteil RGZ. Bd. 89 S. 294 und demnächst in RGZ. Bd. 99 S. 265 oder bereits in früheren Urteilen des Senats finden, und ob in der noch weiter zurückliegenden Rechtsprechung eine abweichende Ansicht vertreten wurde, ist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, um die es sich hier allein handelt, bedeutungslos und daher abzulehnen. Tatsache ist jedenfalls, daß die Rechtsentwicklung zu dem eingangs festgestellten Ergebnis geführt hat, und es kann sich daher nur fragen, ob der Rechtsatz, daß Angestellte preußischer Gemeinden und Gemeindeverbände nicht nur durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde, sondern auch durch die bloße Übertragung obrigkeitlicher Dienstverrichtungen Beamteneigenschaft erlangen können, aufrecht zu erhalten oder, wie die Revision dies verlangt, preiszugeben ist. Auch nach nochmaliger Prüfung der erheblichen Bedenken, die im überwiegenden Teil des Schrifttums gegen diese Rechtsprechung erhoben worden sind, hält es der Senat für geboten, bei seiner neueren Rechtsprechung stehen-zubleiben. Ihr liegt das Bestreben zugrunde, aus dem inneren Wesen des Beamtentums nach Möglichkeit eine einheitliche Rechtsstellung der Beamten in Reich, Ländern und Gemeindeverbänden heraus-zubilden und dem Rechtsgrundsatz allgemeine Anerkennung zu verschaffen, daß mit der Verrichtung hoheitsrechtlicher Dienstverrichtungen, der Ausübung öffentlicher Gewalt, nur auf Lebenszeit angestellte, mit allen Machtvollkommenheiten ihres Amtes ausgestattete und mit aller Verantwortlichkeit ihrer Stellung umkleidete Beamte betraut werden dürfen. Schon § 4 Abs. 1 RBG. bestimmte, jeder Reichsbeamte

erhalte bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde. Das Reichsgericht hat diese Vorschrift in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, daß sie nur eine Sollvorschrift enthalte, daß der Anstellungsurkunde bei den Reichsbeamten keine rechtsbegründende (konstitutive) Bedeutung zukomme und daß die Eigenschaft eines Reichsbeamten auch „ohne die Zufertigung einer Anstellungsurkunde erworben werden könne“ (RGZ. Bd. 6 S. 107; Bd. 28 S. 84 und 90). Diese drei Entscheidungen, die übrigens nicht vom erkennenden Senat herrühren, auf denen aber die sich gleichbleibende spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts beruht, lagen bei Erlass des preussischen Kommunalbeamtengesetzes bereits vor. Wenn daher der damalige Gesetzgeber einer dem § 4 RBG. rechtsähnlichen Auslegung der Vorschrift dieses Gesetzes über die Aushändigung einer Bestallungsurkunde wirksam vorbeugen wollte, so war es notwendig, diesem Willen im Gesetz selbst unzweideutigen Ausdruck zu verleihen. Nun bestimmt zwar § 1 RBG. (in anderer Fassung als § 4 RBG.), die Anstellung als Kommunalbeamter erfolge durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde. Daß aber dieser Formalakt die unerläßliche Voraussetzung für die Erlangung der Beamteneigenschaft bilden und jede andere Möglichkeit der Begründung eines Beamtenverhältnisses ausgeschlossen sein solle, sagt das Gesetz selbst nicht. Sonach läßt auch die Fassung des § 1 RBG. die Auslegung zu, daß die Aushändigung einer Anstellungsurkunde nur den Regelfall darstellen, die Anstellung eines Beamten durch schlüssige Handlungen aber nicht schlechthin ausgeschlossen sein soll. Dem Umstand, daß die Begründung des Entwurfs zum Kommunalbeamtengesetz (Druckf. des Preuß. Herrenhauses 1899 Nr. 27 S. 13) eine stillschweigende Beamtenanstellung für die Zukunft ausgeschlossen wissen will, ist demgegenüber keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Denn die gleiche Begründung (daf. S. 14) bezeichnet es als „leitenden Grundgedanken“ des Kommunalbeamtenrechts, daß obrigkeitliche Dienstverrichtungen ausschließlich von Beamten ausgeübt werden müssen, und sichert das Festhalten des Gesetzentwurfs an diesem Grundsatz zu. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wie dieses im Interesse der Beamtenanwärter und der allgemeinen Rechtssicherheit gleich wichtige Ziel erreicht werden sollte, wenn es jeder kommunalen Anstellungsbehörde freistünde, im bürgerlichrechtlichen Dienstverhältnis verpflichtete Personen zwar mit Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrauen, aber

durch Nichtaushändigung einer Anstellungsurkunde die Begründung eines öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnisses zu verhindern. Diese Erwägungen und sonach gerade die Anwendung des vom Gesetzgeber des Kommunalbeamtengesetzes als „leitender Grundgedanke“ bezeichneten Rechtsfahes führen zwanglos zu dem in RÖZ. Bd. 125 S. 421 enthaltenen Ausspruch, die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsrechten könne der Natur der Sache nach nur im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnisses eingeräumt werden und nicht der Gegenstand eines privatrechtlichen Dienstvertrags sein; wer sie übertragen erhalte, werde aus dem inneren Wesen der Sache heraus Beamter (RÖZ. Bd. 37 S. 225).

Kann hiernach der auf die Fassung des § 1 RÖG. gestützte Revisionsangriff dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen, so erweist sich auch die Meinung der Revision als unzutreffend, der Senat könne nicht ohne vorgängige Herbeiführung einer Entscheidung des Plenums nach § 136 Abs. 2 RÖG. zur Zurückweisung des Rechtsmittels gelangen. Zwei Gründe werden für diese Ansicht angeführt:

1. Die Entscheidung RÖZ. Bd. 125 S. 420 führt auf S. 422 aus, eine gesetzliche Vorschrift, welche die Kundgebung des Anstellungswillens durch Übertragung von Dienstverrichtungen öffentlichrechtlicher Art ausschliesse, würde keine Beachtung verdienen. Die Revision will in diesem Ausspruch die Aufstellung eines mit der Rechtsprechung sämtlicher Senate des Reichsgerichts im Widerspruch stehenden allgemeinen Rechtsfahes finden, daß der Richter an ein ordnungsmäßig erlassenes Gesetz nicht gebunden sei. Diese Annahme wird durch die sonstige Rechtsprechung des erkennenden Senats, namentlich durch die auch von der Revision in Bezug genommene Entscheidung RÖZ. Bd. 107 S. 317 widerlegt, an welcher der Senat festhält.

2. Richtig ist, daß der 2. Strafsenat des Reichsgerichts in einem Urteil vom 8. Juli 1902 (RÖSt. Bd. 35 S. 326/27) im Gegensatz zu der neueren Rechtsprechung des erkennenden Senats ausgesprochen hat, daß der damalige Angeklagte, da ihm keine Anstellungsurkunde ausgehändigt worden sei, nicht Kommunalbeamter im Sinne des preussischen Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899 geworden und als solcher nicht angestellt sei, und daß die Eigenschaft eines „Kommunalbeamten im Sinne dieses Gesetzes“ erst mit der Aushändigung der Anstellungsurkunde erlangt werde. Es ist weiter

richtig, daß sich der 4. und der 3. Straffenat des Reichsgerichts dieser Rechtsansicht angeschlossen haben (RGSt. Bd. 50 S. 356, Bd. 56 S. 367). Dies nötigt jedoch nicht zur Einleitung eines Verfahrens nach § 136 Abs. 2 GG. Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung der Zivil- wie der Straffenate des Reichsgerichts bedarf es einer Entscheidung der Vereinigten Senate oder des Plenums nur dann, wenn die Rechtsansicht, von der abgewichen werden soll, die wesentliche Grundlage der früheren Entscheidung bildet, wenn diese auf der Entscheidung gerade der streitigen Rechtsfrage beruht, wenn es sich also nicht lediglich um beiläufige Bemerkungen handelt (RGZ. Bd. 26 S. 431 und 433, Bd. 31 S. 153 und 154, Bd. 44 S. 263, Bd. 63 S. 46, Bd. 70 S. 433, Bd. 73 S. 387, Bd. 76 S. 145, Bd. 105 S. 90; RGSt. Bd. 39 S. 248, Bd. 47 S. 381, Bd. 48 S. 84 und S. 200, Bd. 49 S. 50 und S. 386, Bd. 57 S. 241, Bd. 58 S. 425).

In dem Urteil RGSt. Bd. 35 S. 325 stand zur Entscheidung, ob sich der Angeklagte einer einfachen Unterschlagung (§ 246 StGB.) oder einer Amtsuntererschlagung nach § 350 StGB. schuldig gemacht habe; es war also in erster Reihe die Rechtsfrage zu prüfen, ob er im Sinne des § 359 StGB. als Beamter anzusehen sei. Nun sind Rechtsprechung und Schrifttum im wesentlichen darüber einig, daß der Begriff des Beamten im Sinne des Strafrechts ein anderer ist als der Beamtenbegriff nach Reichs- und Landesstaatsrecht. Das kommt gerade in der Begründung dieses Urteils klar zum Ausdruck, wo auf Seite 327 ausgeführt wird, es könne nicht zweifelhaft sein, daß durch die Vorschriften des Kommunalbeamtengesetzes die materiellen Voraussetzungen für die Bestimmung der Beamteneigenschaft im Sinne des § 359 StGB. gar nicht berührt würden. In der dem Abdruck des Urteils in der amtlichen Sammlung vorangestellten Frage wird denn auch der der Entscheidung zugrundeliegende Rechtsatz dahin gefaßt: „Was erfordert die Anstellung als Beamter im Sinne des Strafgesetzbuchs?“ Auf die Frage, ob der damalige Angeklagte Beamter im Sinne des § 1 RWG. geworden war oder nicht, kam es infolgedessen auch nach der Ansicht des damals erkennenden Straffenats in keiner Weise an. Das Urteil hätte genau ebenso ergehen müssen, wenn die Ausführungen über das Kommunalbeamtengesetz weggeblieben wären; diese sind also — vom Standpunkt des § 136 GG. aus gesehen — nur beiläufige Bemerkungen, auf ihnen beruht die frühere Entscheidung nicht. Das gleiche gilt

von den Urteilen RGSt. Bd. 50 S. 356 und Bd. 56 S. 367. Übrigens hat der 2. Strafsenat des Reichsgerichts im Urteil vom 22. Dezember 1930 2 D 927/30 seinen früheren Rechtsstandpunkt zwar nicht aufgegeben, er hat sich aber der Rechtsprechung des erkennenden Senats so weitgehend genähert, daß auch im Hinblick hierauf die Herbeiführung einer Plenarentscheidung nicht veranlaßt wäre.

In rechtlich einwandfreier Weise stellt das angefochtene Urteil fest, daß dem Kläger sowohl durch die Bestellung zum Leiter des Wohnungsamtes wie auch durch die Übertragung der Tätigkeit des Schriftführers beim Mietminderungsamt und beim Kaufmanns- und Gewerbegericht die Ausübung staatshoheitsrechtlicher Dienstverrichtungen anvertraut worden ist. Es befindet sich hierbei in Übereinstimmung mit der Auffassung des Senats, wie sie in den eingangs angeführten Urteilen vom 13. März 1928, 14. Juni 1929 und 11. Oktober 1929 niedergelegt ist. Auf die Begründung dieser Urteile wird verwiesen. . . .

Das Berufungsgericht hat auch geprüft, ob der Kläger etwa nur zu vorübergehenden Dienstleistungen im Sinne des § 2 Abs. 1 RBG. angestellt oder ob seine Tätigkeit nur nebenamtlicher Natur war (Abs. 2 das.), und hat diese Frage überwiegend aus tatsächlichen Erwägungen verneint, die keinen Rechtsirrtum erkennen lassen. Dieser Rechtsstandpunkt wird nicht dadurch erschüttert, daß die Revision an Hand der Entstehungsgeschichte und der Weiterentwicklung der Mieterfußverordnung und der Wohnungsmangelverordnung darzulegen versucht, diese gesetzlichen Maßnahmen seien von Anfang an befristet gewesen. Die Revision muß selbst anerkennen, daß sich das Wohnungsmangelgesetz in der Fassung vom 26. Juli 1923 (RGBl. I S. 754) keinen Endtermin für seine Geltungsdauer gesetzt hat, und wenn ein solcher in der Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 7. Teil Kap. IV Art. I (RGBl. I S. 598) — also nach Erlaß des Berufungsurteils — und zwar erst auf den 1. April 1934 bestimmt wurde, so ist dies eher geeignet, die Ansicht des Berufungsrichters, daß sich das Außerkrafttreten des Wohnungsmangelgesetzes noch nicht voraussehen lasse, zu bestätigen als sie zu entkräften. Es läßt sich zudem auch heute noch nicht zuverlässig beurteilen, ob nicht die Verhältnisse, wie in zahlreichen vorausgegangenen Fällen, abermals zu einer Hinausschiebung des Endtermins nötigen werden. Das Vor-

bringen der Revision, daß im verklagten Kreis das Wohnungsmangelgesetz bereits im Februar 1930 völlig außer Kraft gesetzt worden sei und daß die Geschäfte des Mieteinigungsamts inzwischen an das Amtsgericht übergegangen seien, ist neu und daher in diesem Rechtszug nicht zu berücksichtigen (§ 561 ZPO.). Daß endlich schon bei der Anstellung des Klägers im September 1922 eine Aufhebung der Kaufmanns- und Gewerbegerichte vorauszusehen gewesen wäre und auch insoweit nur vorübergehende Dienstleistungen des Klägers hätten in Frage kommen können, behauptet die Revision selbst nicht. Hierzu kommt aber noch folgendes: Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist es erforderlich, daß die Beschränkung der Annahme zu vorübergehenden Dienstleistungen dem Beamten gegenüber vor dem Dienstantritt klar und zweifelndfrei zum Ausdruck gelangt (vgl. RGUrt. vom 21. September 1926 III 539/25 und vom 3. Oktober 1930 III 97/30; § 10 Abs. 2 RBG.). An einer dahingehenden Feststellung fehlt es hier, wie denn auch im übrigen den beiden erwähnten Entscheidungen, auf welche die Revision Bezug nimmt, ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt.

Nach dem Ausspruch des Berufungsgerichts verstößt die Übertragung der Leitung des Kreiswohnungsamtes an den Kläger nicht gegen die Vorschriften der §§ 93, 94 der Kreisordnung für die Provinz Hessen-Nassau vom 7. Juni 1885. Auf die Verletzung dieser Rechtsnorm kann die Revision nicht gestützt werden (§ 549 ZPO.).

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Kläger mit Wirkung vom 1. August 1922 ohne Hinzufügung einer Kündigungs-klausel angestellt worden ist, beruht auf einer tatsächlichen Feststellung, gegen welche die Revision nicht anzukämpfen vermag. Jedenfalls ist weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien über die Kündbarkeit des Beamtenverhältnisses festgestellt.

Die Anwendbarkeit der preußischen Verordnung zur Durchführung der Verordnung des Reichspräsidenten vom 24. August 1931 usw. (sog. Spar-Notverordnung) vom 12. September 1931 (GS. S. 179), im besonderen des zweiten Teils Kapitel VIII, kann hier nicht in Frage kommen. Landesrechtliche Normen, die erst nach Erlass des Berufungsurteils verkündet worden sind, können nach der Rechtsprechung des Senats im Rechtszug der Revision keine Berücksichtigung finden (RGUrt. vom 28. Januar 1927 III



---

195/26, abgedr. *JW.* 1927 S. 1257 Nr. 15). Davon abgesehen treten die Vorschriften des Kapitels VIII des zweiten Teils nach § 4 das erst mit Wirkung vom 1. Oktober 1931 in Kraft. Daß etwa die in Rede stehenden Vorschriften, wie die Revision meint, als authentische Interpretation der Vorschriften des Kommunalbeamtengesetzes angesehen werden könnten, ist ausgeschlossen. Denn es fehlt an einem dahingehenden Ausdruck in der Spar-Notverordnung, aber auch an jedem sonstigen Anhaltspunkt für diese Annahme.