

Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im
Linienverkehr“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

DER RECHTSCHARAKTER
DER NUTZUNGSVERHÄLTNISSE BEI DER
PERSONENBEFÖRDERUNG IM LINIENVERKEHR.

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Rechtswissenschaftlichen Doktorgrades der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Erwin Brune
aus Datteln/Westf.

1959

1. Berichterstatter: Prof. Dr. W o l f f
2. Berichterstatter: Prof. Dr. S c u p i n
3. Dekan: Prof. Dr. P r e d ö h l



Inhaltsübersicht

=====

	Seite
Einleitung	
§ 1 Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Personen-Linienverkehrs im modernen Staatswesen	1
§ 2 Grundzüge der gesetzlichen Regelung des Personen-Linienverkehrs	2
§ 3 Zweck und Ziel der Untersuchung	7
I. Kapitel: Begriff und technische Erscheinungsformen des Personen-Linienverkehrs	
§ 4 Definition der Personenbeförderung im Linienverkehr	9
§ 5 Technische Erscheinungsformen des Personen-Linienverkehrs	18
II. Kapitel: Rechtsträger und Rechtsformen der Personen-Linienverkehrsunternehmen	
§ 6 Unternehmen der öffentlichen Hand	28
§ 7 Gemischtwirtschaftliche Personen-Linienverkehrsunternehmen und solche privater Träger	37
III. Kapitel: Allgemeine Grundlagen für die Beurteilung des Rechtscharakters der Nutzungsverhältnisse im Personen-Linienverkehr	
§ 8 Die Gewährleistung des Personen-Linienverkehrs als Aufgabe des modernen Sozialstaates	43
§ 9 Die Stellung der Daseinsvorsorge im System des deutschen Verwaltungsrechts	47
§ 10 Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	54
§ 11 Kriterien für die rechtliche Einordnung der Nutzungsverhältnisse im Personen-Linienverkehr	63
IV. Kapitel: Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse in den einzelnen Bereichen des Personen-Linienverkehrs	
§ 12 Die Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst	66

	Seite
§ 13 Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Omnibus-Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn	79
§ 14 Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei den übrigen, Personen-Linienverkehr nach dem PBG betreibenden Unternehmen	108
§ 15 Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Personen-Linienverkehr der Eisenbahnen	123

Literaturverzeichnis

=====

- Abraham u. a. Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(Bonner Kommentar), Hamburg 1950.
- Aschenborn-Schneider Kommentar zum Postgesetz, 2. Auflage.
- Bärmann, Johannes Typisierte Zivilrechtsordnung der
Dassinsvorsorge, Karlsruhe 1948
- Ballerstedt Sozialisierendes Aktienrecht? Deutsche
Rechtszeitschrift, 6. Beiheft 1948.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kurzkomentar,
12. Auflage, München und Berlin 1956.
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, Kurzkomentar,
24. Auflage, München und Berlin 1956.
- Betti, Emilio Über sogenannte faktische Vertrags-
verhältnisse. Das Deutsche Privat-
recht in der Mitte des 20. Jahrhun-
derts (Festschrift für Heinrich Leh-
mann zum 80. Geburtstag) Band I,
1956, S. 253 f.
- Blume-Weirauch Eisenbahnverkehrsordnung, 4. Auflage,
Berlin und Leipzig 1928.
- Brand, Jürgen Die Rechtsstellung des Beliehenen.
Unveröff. Diss. jur. Münster, 1953.
- Brüggemann, Dieter Zur Konkurrenz zwischen Amtshaftung
und Haftung nach StVG bei Hoheitsfahr-
ten. Deutsches Autorecht, 1955, S. 233 f.
- Buff Übt der Schrankenwärter beim Schließen
seiner Schranken verkehrs- und sicher-
heitspolizeiliche Funktionen aus? Ver-
kehrsrechtliche Abhandlungen und Ent-
scheidungen, 1939, S 1 f.
- Burgbacher, Fritz Das gemischt öffentliche und gemischt-
wirtschaftliche Unternehmen in der Ener-
giewirtschaft, Manuskriptdruck 1947.
- Carl Schließung der Schranken der Reichsbahn,
Abfahrtszeichen des Fahrdienstleiters
und Betrieb eines Abstellbahnhofes, -
Teile einer bürgerlich-rechtlichen Tätig-
keit? Deutsches Recht, 1940, S 998 f.
- Diemer Nimmt die Deutsche Reichsbahn mit ihren
Beförderungsgeschäften öffentliche Ge-
walt wahr? Zeitschrift des Vereins mit-
teleuropäischer Eisenbahnverwaltungen,
1939, S. 753 f.
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, I. Band, 3. Auf-
lage, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930.

- Eger, Georg Das Gesetz über Kleinbahnen und Privat-
anschlußbahnen vom 28. Juli 1892, 3.
Auflage, Berlin-Leipzig 1913.
- Endemann, Fritz Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
9. Auflage, Band I, Berlin 1903.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 14. Auf-
lage, Tübingen 1954.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
14. Auflage, Tübingen 1952.
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, Münster 1952.
- Esser, Josef Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe 1949.
- Finger, Hans-Joachim Eisenbahngesetze, 3. Auflage, München-
Berlin 1952.
- ders. Eisenbahn-Verkehrsordnung, München-
Berlin 1951.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Allge-
meiner Teil, Band I, 6. Auflage, Mün-
chen-Berlin 1956.
- ders. Die Verwaltung als Leistungsträger,
Stuttgart 1938.
- Gadow u. a. Kommentar zum HGB (RGR-Kommentar),
2. Auflage, Berlin 1953.
- Geigel, Reinhard und Robert Der Haftpflichtprozeß, 8. Auflage,
München und Berlin 1956.
- v. Gierke, Julius Handelsrecht und Schiffahrtsrecht,
7. Auflage, Berlin 1955.
- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage,
Tübingen 1948.
- Gleim, W. Das Gesetz über Kleinbahnen und Privat-
anschlußbahnen vom 28. Juli 1892, 4. Auf-
lage, Berlin 1907.
- Glöggl, Hans Die verwaltungsrechtliche Stellung des
Straßenbahnunternehmers, Diss. jur.
Tübingen 1936.
- Göppert Zur rechtlichen Natur der Personenbeför-
derung auf Eisenbahnen, Diss. jur. Ber-
lin 1894.
- Goltermann, Erich Eisenbahnverkehrsordnung vom 8. Sept.
1938, Berlin-Bielefeld-München 1950.

- Gruenhagen, Werner Die Rechtsstellung des öffentlichen oder beliehenen Unternehmers im Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande, Diss. jur. Königsberg 1939.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz (Kommentar), Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956.
- Hatscheck, Julius Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1931.
- Haupt, Günther Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941.
- Hodemann, Justus Wilhelm Deutsches Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Berlin 1939.
- Heinze, Werner Reichsbahn, Reichspost und öffentliche Gewalt, Deutsche Justiz, 1941, S. 545 f.
- Helfritz, Hans Verwaltungsrecht, Hannover 1949.
- Holliger, Jakob Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Diss. jur. Zürich 1904.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1953 und 1954.
- ders. Beliehene Verbände, Deutsches Verwaltungsblatt, 1952, S. 456 f.
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Berlin 1914.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage (Neudruck), Offenburg 1948. Nachtrag zur 3. Auflage, Offenburg 1950.
- Jerusalem, Franz W. Grundriß des Verwaltungsrechts, Frankfurt 1947.
- Kaufmann, Erich Art. Verwaltung, Verwaltungsrecht. Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Band III, Tübingen 1914.
- Kelsen, Hans Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 31, 1913, S. 53 f.
- ders. Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Klein, Friedrich Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft, Band 106, 1950, S. 390 f.

- v. Köhler, Ludwig
Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart und Berlin 1935.
- Köttgen, Arnold
Deutsche Verwaltung, 1. Auflage, Berlin 1936.
- Laband, Paul
Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Auflage, Band III, Tübingen 1913.
- Laforet, Wilhelm
Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1953.
- ders.
Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, Neue Juristische Wochenschrift, 1956, S. 1897 f.
- Laux, Eberhard
Ist die Personenbeförderung der Bundespost im Linienverkehr Ausübung hoheitlicher Gewalt? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 772 f.
- Lebsanft, Arthur
Die Rechtsnatur der Eisenbahnfahrkarte und des Straßenbahnfahr Scheins, Diss. jur. Tübingen 1936.
- List, Friedrich
Die staats- und verwaltungsrechtliche Stellung der Deutschen Reichsbahn, Verkehrsrechtliche Rundschau, 1940, S. 1425 f.
- Löning, George A.
"Faktische Verträge" oder Öffentliches Recht? Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1942, S. 289 f.
- Mayer, Otto
Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München-Leipzig 1924.
- Mayer, Richard
Struktur und Wandlungen des Eisenbahnrechts, Die öffentliche Verwaltung, 1950, S. 420 f.
- ders.
Staatliche Planhoheit und Eisenbahnen, Die öffentliche Verwaltung, 1950, S. 86 f.
- Meyer, B. E.
Die staatsrechtliche Stellung der Deutschen Reichspost und Reichsbahn - der Rechtscharakter ihrer Leistungen, Deutsche Justiz, 1941, S. 361 f.
- Müller, Fritz
Straßenverkehrsrecht, 20. Auflage, Berlin 1957.
- Nebinger, Robert
Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 1. und 2. Auflage, Stuttgart 1946 und 1949.

- Nipperdey, Hans Carl Faktische Vertragsverhältnisse? Monatsschrift für Deutsches Recht, 1957, S. 127 f.
- Ohnesorge, W. Deutsche Reichspost und Staatsheit. Berlin 1938.
- ders. Zur Rechtsstellung der Deutschen Reichspost. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1937, S. 385 f.
- ders. Wege zu einem neuen Postnutzungsrecht, Deutsche Verwaltung, 1938, S. 97 f.
- Oppelt, Wilhelm Das Personenbeförderungsrecht, 3. Auflage, Bielefeld 1952.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, (Kurzkommentar), 15. Auflage, Berlin und München 1956.
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- Rings, W. Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. I Grundgesetz, Neue Juristische Wochenschrift, 1957, S. 657 f.
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Auflage, Berlin 1956.
- v. Savigny, F. C. System des heutigen römischen Rechts, 1. Auflage, Buch 1, Berlin 1840.
- Schenk, Josef Freiherr von Zur Rechtsform der wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand, Zeitschrift für öffentliche Wirtschaft 1941, S. 214 f.
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 3. Auflage, II. Band, Berlin und Frankfurt a. M., 1955; IV. Band, Berlin und Frankfurt a. M. 1957.
- Schuberth Post, Verkehr und Wirtschaft, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 1949.
- Schuster, Fritz Postrechtspraxis, 3. Auflage, Goslar 1954.
- Spiess, W. "Faktische Verträge" oder öffentliches Recht - oder Tarif? Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1942, S. 340 f.
- ders. Der Tarif als Verpflichtungsgrund, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1943, S. 170 f.

- Staks. Sind die Beförderungsgeschäfte der Deutschen Reichsbahn Ausübung hoheitlicher Tätigkeit? Zeitschrift des Vereins mitteleuropäischer Eisenbahnverwaltungen, 1940, S. 249 f.
- ders. Die Beförderungstätigkeit der Deutschen Reichsbahn als Ausübung öffentlicher Gewalt, Verkehrsrechtliche Rundschau, 1941, S. 1711 f.
- Stein-Jonas-Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen 1953.
- Surén-Loschelder Die Deutsche Gemeindeordnung, 2. Auflage, Berlin 1940.
- Tasche Vertragsverhältnisse nach nichtigem Vertragsschluß? Jherings Jahrbuch, Band 90, 1942, S. 101 f.
- Teichmann-Koehler Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 1. Band, 4. Auflage, Berlin 1936.
- Turegg, Kurt Egon Freiherr von Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1954.
- v. Veltheim, Hilmar Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, Diss. jur. Göttingen 1952.
- ders. Der Rechtscharakter des Kraftpostreisedienstes, Neue Juristische Wochenschrift, 1954, S. 1472 f.
- Wach, Adolf Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes, 1. Auflage, Band I, Leipzig 1885.
- Weber, Werner Der Rechtscharakter des Reichsbahnbetriebes und das Reichsgericht, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1939, S. 679 f.
- Werner, Leopold Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Eisenbahnhoheit, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, neue Folge, Band 1, 1948, S. 485 f.
- Wesenberg, Gerhard Zum Stande der Diskussion um die faktischen Vertragsverhältnisse. Deutsche Richterzeitung, 1953, S. 19.
- Weyer, Franz Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, Grünhuts Zeitschrift, Band 40, 1914, S. 182 f.
- Wieacker, Franz Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1943, S. 33 f.

Welff, Hans J.

Verwaltungsrecht I,
München und Berlin 1956.

ders.

Der Unterschied zwischen öffent-
lichem und privatem Recht,
Archiv des öffentlichen Rechts,
Band 76, 1950, S. 205 f.

I. Einleitung.

=====

§ 1 : Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Personen-Linienverkehrs im modernen Staatswesen.

Die stürmisch voranschreitende Entwicklung der Technik hat im letzten Jahrhundert in allen Kulturstaaten zu einer immer schneller voranschreitenden gewaltigen Ausdehnung und Entwicklung des Verkehrswesens geführt. Der ungeheure Aufschwung des Massenverkehrs auf Schienen und Straßen war die notwendige Voraussetzung für die immer weitergehende Differenzierung der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft, die die Grundlage für den heutigen Hochstand unserer Zivilisation bildet.

Auf der anderen Seite ist der Massenverkehr im modernen Staatswesen damit aber auch zu einer Einrichtung geworden, deren reibungsloses Funktionieren für breiteste Schichten des Volkes geradezu eine Existenzfrage ist. Die hochentwickelte arbeitsteilige Wirtschaft und die dadurch erst ermöglichte großstädtische Lebensweise sind in ihrem Bestand von den Leistungen des Verkehrs abhängig, sei es für den Transport lebensnotwendiger Versorgungsgüter, sei es für die tägliche Personenbeförderung von der Wohnung zu oft weit entfernten Arbeitsstellen oder für die Ermöglichung gelegentlicher Reisen, besonders zu Zwecken der Koordination des wirtschaftlichen Verhaltens. Die schmerzlichen Erfahrungen des Zusammenbruchs im Jahre 1945 haben mit furchtbarer Deutlichkeit gezeigt, daß das überörtliche und zum Teil sogar das örtliche Leben stillsteht und ein allgemeines Chaos unabwendbar wird, wenn der Verkehr längere Zeit zum Erliegen kommt.

Im Zuge dieser Entwicklung hat auch die Massenbeförderung von Personen mit Eisenbahnen, Straßenbahnen und Kraftfahrzeugen einen schnellen und immer noch anhaltenden Aufschwung genommen. Sie hat sich bereits heute zu einem eigenen Wirtschaftszweig entwickelt, dem nach Umfang und Leistungen auch in Deutschland ein Spitzenplatz im Rahmen der Gesamtwirtschaft zukommt.

Die nachfolgenden Zahlen über die Verkehrsleistung bei der Personenbeförderung im Linienverkehr in der Bundesrepublik im Jahre 1955 mögen dies veranschaulichen : +)

Verkehrsträger	Streckenlänge km	Beförderte Personen Mill.	Einnahmen Mill. DM
Bundesbahn ++)	30 684	1 288	1 505+++)
Andere Eisenbahnen ++)	6 122	159++++)	60+++)
Straßenbahnen	3 239	3 097	672
Obus-Unternehmen	671	262	54
Omnibusunternehmen	231 169	1 807	632

+) Die Zahlen sind dem Statistischen Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 1956, S. 304/305 und 330 entnommen.

++) Die Zahlen beziehen sich auf das Jahr 1954.

+++)

++++) Dazu wurden befördert im Schienenersatzverkehr mit Kraftomnibussen: 86 Mill. Personen.

§ 2 : Grundzüge der gesetzlichen Regelung des Personen-Linienverkehrs.

Diese vor allem in den letzten 40 Jahren sprunghaft vorangeschrittene Entwicklung hat nicht nur die Techniker und Wirtschaftler, sondern auch den Gesetzgeber vor eine Fülle neuer Aufgaben und Probleme gestellt. Ihm obliegt es, die widerstrebenden Interessen der einzelnen Verkehrsträger untereinander und die Interessenkonflikte zwischen Verkehrsträgern und Verkehrsnutzern ¹⁾ einerseits und den sonst durch die Verkehrs-

1) Die Antithese ist aus § 1 der Verordnung über den organisches Aufbau des Verkehrs vom 25. 9. 1935 (RGBl I S. 1169) übernommen.

entwicklung betroffenen Personenkreisen generell so zu regeln, daß die allgemeine Entwicklung des Massenverkehrs gefördert und zum Wohle der Allgemeinheit seine größtmögliche Sicherheit, Zuverlässigkeit und Schnelligkeit erreicht wird. Darüber hinaus ist es seine Aufgabe, angesichts der Angewiesenheit jedes Einzelnen auf die Benutzung der modernen Verkehrseinrichtungen auch dafür zu sorgen, daß sie von jedermann zu angemessenen Bedingungen in Anspruch genommen werden können.

Das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung ist vom Gesetzgeber schon frühzeitig erkannt und im Einklang mit der technischen Entwicklung zunächst auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens verwirklicht worden. Schon wenige Jahre nach der Eröffnung der ersten deutschen Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth im Jahre 1835 wurde in Preußen das Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. 11. 1838 erlassen ²⁾, das den übrigen deutschen Ländern für ihre in den folgenden Jahren ebenfalls einsetzende Eisenbahngesetzgebung zum Vorbild wurde und in seinen Grundzügen auch im heutigen Eisenbahnrecht noch fortlebt.

Als sich gegen Ende des vorigen Jahrhunderts mit dem Aufkommen der Straßenbahnen und Kleinbahnen von geringerer Verkehrsbedeutung ein vorwiegend der Personenbeförderung im Orts- und Nachbarortsverkehr dienender neuer Zweig des Massenverkehrs ausbildete, wurde auch er alsbald Gegenstand spezialgesetzlicher Regelungen ³⁾. Dasselbe war der Fall, als mit dem Ende des ersten Weltkrieges der Linienverkehr mit Kraftomnibussen seine Entwicklung zum dritten großen Zweig der Personenbeförderung im Rahmen des Massenverkehrs begann ⁴⁾.

Einen erheblichen gesetzgeberischen Fortschritt bedeutete das 1934 erlassene und 1937 neu gefaßte Gesetz über die Personenbeförderung zu Lande (PBG) ⁵⁾, das nach seinem Vorspruch als erster Schritt auf dem Wege zur Schaffung eines Reichsverkehrsrechts gedacht war, durch das die wirtschaftlich zusammengehörenden Verkehrszweige auch einer einheitlichen rechtlichen Ordnung zugeführt werden sollten. Die wesentliche Neuerung dieses Gesetzes

2) G. S. S. 105.

3) vgl. in Preußen das Gesetz über Kleinbahnen und Privat-Anschlußbahnen vom 28. 7. 1892 (G.S. S. 225).

4) vgl. die Linienverkehrsordnung von 1919 (RGBl I S. 97).

5) Gesetz vom 4. 12. 1934 in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 6. 12. 1937, (RGBl I S. 1319).

war, daß es unter Hintanstellung von Rechtsform und Rechtsträgerschaft der mit der Personenbeförderung befaßten Unternehmungen den wirtschaftlichen Begriff der Personenbeförderung zu Lande als Rechtsbegriff übernahm und von ihm ausgehend jeweils die einzelnen technischen und wirtschaftlichen Formen der Beförderungstätigkeit zur Grundlage der gesetzlichen Regelung machte 6).

Einen weiteren Schritt in dieser Richtung bedeutete das am 29. 3. 1951 in der Bundesrepublik erlassene Allgemeine Eisenbahngesetz 7), das, hier vom technischen Begriff der Eisenbahnen ausgehend, den gesamten nicht in den Bereich des PBG fallenden Schienenbahnenverkehr einer einheitlichen Ordnung unterwirft.

Beide Gesetze haben den Charakter von Rahmengesetzen, die die Eröffnung eines in ihren Bereich fallenden Betriebes im Interesse der planmäßigen Entwicklung eines strukturell und wirtschaftlich gesunden, betriebssicheren und zuverlässig funktionierenden Massenverkehrs von einer staatlichen Genehmigung abhängig machen, den staatlichen Verwaltungsbehörden weitgehende Aufsichts- und Überwachungsbefugnisse einräumen und im übrigen Ermächtigungen zum Erlaß von Durchführungsbestimmungen zur Regelung des technischen und verwaltungsmäßigen Betriebes der einzelnen Verkehrsunternehmen sowie der Modalitäten ihrer Inanspruchnahme durch die Verkehrsnutzer enthalten.

Hinsichtlich des Personenverkehrs ist das Verhältnis zwischen Verkehrsträgern und Verkehrsnutzern in diesen Gesetzen und ihren Durchführungsbestimmungen hauptsächlich nach drei Richtungen hin geregelt:

Einmal ist den Verkehrsnutzern in weitem Umfang eine Teilhabe an den Leistungen der Verkehrsträger garantiert, sei es unmittelbar in Form einer gesetzlichen Beförderungspflicht 8) oder mittel-

6) vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 36. Dieselbe gesetzgeberische Technik findet sich auch im Energiewirtschaftsgesetz vom 13. 12. 1935 (RGBl I S. 1451), wo ebenfalls unter Absehung von Rechtsformen und Rechtsträgern der wirtschaftliche Begriff der Energieversorgung den Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung bildet (vgl. Forsthoff, a.a.O. S. 34).

7) BGBl I S. 225.

8) vgl. § 3 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 8.9.1938 (RGBl II S. 663); § 63 der VO über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) vom 13. 2. 1939 (RGBl I S. 232).

bar in Form einer den Unternehmern auferlegten gesetzlichen Betriebshaftpflicht⁹⁾.

Zum anderen ist darin - soweit nicht in den betreffenden Spezialgesetzen selbst bereits geschehen -¹⁰⁾ Vorsorge getroffen, daß die Verkehrsnutzer auch tatsächlich in den Genuß der den Verkehrsträgern zu ihren Gunsten auferlegten weitgehenden Haftung kommen. Hierzu ist das Verbot des Haftungsausschlusses eingeführt, das den Verkehrsträgern ausdrücklich untersagt, die ihnen den beförderten Personen gegenüber obliegende Haftung durch eine entsprechende Gestaltung der Nutzungsverhältnisse einzuschränken oder auszuschließen.¹¹⁾

Zum Dritten ist den Verkehrsträgern die Verpflichtung auferlegt, unabdingbare und gegen jedermann gleichmäßig anzuwendende Tarife¹²⁾ aufzustellen, die zu veröffentlichen sind und die für den Inhalt der Nutzungsverhältnisse im einzelnen maßgeblichen Bestimmungen sowie die Beförderungsentgelte enthalten.¹³⁾ Für die Eisenbahnen ist der Inhalt dieser Tarife, soweit er die Modalitäten der Nutzungsverhältnisse betrifft, weitgehend durch gesetzliche Vorschriften zwingend vorgeschrieben¹⁴⁾, so daß den Verkehrsträgern für eine individuelle Ausgestaltung ihrer Tarifbestimmungen nur in Ausnahmefällen Raum bleibt¹⁵⁾. Im Geltungsbereich des PBG. sind solche gesetzlichen Vorschriften über den Inhalt der Nutzungsverhältnisse zwar nur in geringerem Umfang enthalten¹⁶⁾, jedoch sind die Verkehrsträger auch dort in der Gestaltung ihrer Tarife nicht wesentlich freier gestellt, weil diese der Genehmigung der Aufsichtsbehörde unterliegen¹⁷⁾.

Infolge dieser Genehmigungspflicht hat die Tarifgestaltung der dem PBG unterliegenden Verkehrsunternehmen auch nicht zu einer bunten Mannigfaltigkeit ihrer Beförderungsbedingungen geführt.

9) vgl. §§ 23, 24 PBG.

10) z.B. § 5 des Reichshaftpflichtgesetzes in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 15.8.1943 (RGBl I S. 489); § 8 II, Satz 2 des Straßenverkehrsgesetzes vom 19.12.1952 (BGBl I S. 837)

11) §§ 25, 28 PBG.

12) Der Begriff wird hier in seinem weiteren, Beförderungsbedingungen und -preise umfassenden Sinne verwandt. In seiner engeren Bedeutung wird darunter nur das Verzeichnis der Beförderungspreise und Nebenentgelte verstanden (vgl. Finger, Komm. z. EVO, 1951, Anm. 1 a zu § 6).

13) vgl. § 6 EVO; §§ 17, 24, 27 I, 32 PBG.

14) vgl. die Vorschriften des III. Abschn. der EVO, §§ 8 - 24.

15) Beispiele bei Finger, Komm. z. EVO, Anm. 4 c zu § 6.

16) §§ 24 - 28, 64 BOKraft und 43, 44 BOSTrab, (RGBl I S. 1247).

17) §§ 17 I, 24, 27 I PBG.

Im Gegenteil ist hier seit den letzten 20 Jahren eine sich immer klarer abzeichnende Standardisierungstendenz zu beobachten, die heute zu einer weitgehenden Vereinheitlichung der Beförderungsbedingungen bei den einzelnen Unternehmen und einer Annäherung an die entsprechenden Bestimmungen der Eisenbahnverkehrsordnung geführt hat.

Es mag sein, daß diese Entwicklung in der sehr vereinheitlichungsfreudigen nationalsozialistischen Ära durch die Verwaltungsbehörden auf dem Wege über die staatliche Tarifaufsicht von Staats wegen gefördert und gelenkt worden ist. Die hauptsächlichlichen Impulse sind jedoch aus den Bedürfnissen der Praxis heraus von den beteiligten Verkehrsunternehmungen selbst ausgegangen. Sie alle sehen sich täglich auf's neue einer sehr großen Zahl ihnen im einzelnen nicht bekannter und aus ihrer Anonymität auch nicht heraustretender Personen gegenüber, die ihre Verkehrsleistungen meist nur für verhältnismäßig kurze Zeit in Anspruch zu nehmen wünschen und anschließend ihrem Einflußbereich wieder entzogen sind. Damit sind sie vor die Notwendigkeit gestellt, eine Regelung zu finden, die ihnen gestattet, diese Vielzahl typischer Lebensverhältnisse auch rechtlich schnell und glatt abzuwickeln und dabei etwa auftretende Schwierigkeiten im Interesse beider Teile möglichst reibungslos und gleich an Ort und Stelle zu bereinigen.

Für diese verschiedenen, bei allen Verkehrsunternehmen aber im wesentlichen gleich gelagerten Probleme haben sich in der Praxis der einzelnen Betriebe jeweils bestimmte Gestaltungen der Beförderungsbedingungen als die zweckmäßigsten und praktisch brauchbarsten Lösungen bewährt. Sie sind dann im Laufe der Zeit von anderen Unternehmungen teilweise in direktem Erfahrungsaustausch und noch mehr auf dem Wege über von den Verbänden, Berufsständen und berufsständischen Organisationen ausgehende Anregungen oder Musterbedingungen in ihre eigenen Tarife übernommen worden.

Infolgedessen kann heute schon von einem einheitlichen Typus der Beförderungsbedingungen der Straßenbahn-, Obus- und Omnibus-Unternehmen gesprochen werden, der in vielem den entsprechenden Tarifbestimmungen der Eisenbahnen gleicht und dessen praktische Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit wohl allgemein anerkannt wird ¹⁸⁾.

18) vgl. das vom Bundesminister für Verkehr in Zusammenarbeit mit den beteiligten Verkehrsträgern und ihren Verbänden entwickelte Muster der Allg. Bef. Bed. f. d. Straßenbahn-, Obus- und Omnibus-Linienverkehr vom 17. 4. 1953, VKBl. 1953, S. 178 f.

§ 3 : Zweck und Ziel der Untersuchung.

Es hat sich aber gezeigt, daß die rechtliche Beurteilung und Bewertung dieser in der Praxis so überaus bewährten Beförderungsbedingungen doch erhebliche Schwierigkeiten in sich birgt. Sie rühren daher, daß ihre vorwiegend auf das Interesse an einer schnellen und reibungslosen Abwicklung sehr vieler gleichartiger Nutzungsverhältnisse zugeschnittenen Bestimmungen sich vielfach garnicht oder nur sehr schlecht in die Dogmatik des Privatrechts und insbesondere seines auf korrespondierenden Willenserklärungen in Gestalt von Angebot und Annahme aufgebauten Vertragsrechts einpassen lassen. Im einzelnen soll hierauf an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, da die daraus sich ergebenden Probleme im weiteren Verlauf der Untersuchung noch ausführlich aufgezeigt und behandelt werden.

Daß solche Schwierigkeiten bestehen, ist heute wohl allgemein anerkannt. In der Rechtsprechung sind sie bis heute allerdings fast garnicht behandelt, denn die gerichtliche Praxis hat sich mit ihnen nur in ganz seltenen Ausnahmefällen auseinanderzusetzen. Zwar wird die Anwendbarkeit und Auslegung der in den Tarifen enthaltenen Bestimmungen gelegentlich der Anlaß von Streitigkeiten zwischen Verkehrsträgern und Verkehrsnutzern. Zu einer gerichtlichen Austragung solcher Differenzen kommt es aber fast nie, weil der Streitwert und damit das wirtschaftliche Interesse der Parteien an einer Prozeßführung in solchen Fällen durchweg so gering zu sein pflegt, daß eine gerichtliche Auseinandersetzung wegen der damit verbundenen Unbequemlichkeiten nicht als lohnend empfunden wird ¹⁾. Und wenn tatsächlich einmal "wegen des Prinzips" ein solcher Rechtsstreit ausgefochten wird, so hindert im Zivilprozeß der fast immer unterhalb der Berufungsgrenze liegende Streitwert die Anrufung höherer Instanzen, deren Urteile veröffentlicht werden und dann der wissenschaftlichen Bearbeitung Material bieten könnten.

1) So hat z.B. eine leitende Persönlichkeit in einem kommunalen Verkehrsbetrieb einer Großstadt des Ruhrgebiets dem Verfasser erklärt, daß er in seiner 25jährigen Praxis weder in seinem noch in anderen Betrieben jemals einen Rechtsstreit im Zusammenhang mit der Anwendung und Auslegung der Allgemeinen Beförderungsbedingungen erlebt habe.

Aber auch die Rechtswissenschaft hat zur tieferen Durchdringung und befriedigenden Lösung der Probleme bisher verhältnismäßig wenig beigetragen. Die Kommentare zur Eisenbahnverkehrsordnung gehen zwar übereinstimmend davon aus, daß es sich bei den Eisenbahnnutzungsverhältnissen um privatrechtliche Werkverträge handele²⁾. Die aus der Anwendung der Vertragsvorschriften des BGB in solchen Fällen sich ergebenden mannigfaltigen Probleme und Schwierigkeiten werden aber gar nicht oder ohne tieferes Eindringen behandelt. Erläuterungen zu den Allgemeinen Beförderungsbedingungen im Straßenbahn-, Obus- und Omnibus-Linienverkehr fehlen überhaupt. In der nationalsozialistischen Zeit sind wohl einzelne Monographien und Aufsätze erschienen, in denen die Schwierigkeiten bei der Anwendung der zivilrechtlichen Vertragsdogmatik auf die Beförderungsverhältnisse des Massenverkehrs aufgezeigt und nach Lösungen gesucht wurde³⁾. Dabei sind die Probleme jedoch entweder nur zum Teil oder aber innerhalb eines größeren Zusammenhanges behandelt, der ein tieferes Eindringen in die hier interessierenden Fragenkomplexe verbot. Außerdem kam die damals hoffnungsvoll angebaute Diskussion infolge der Ungunst der Kriegsverhältnisse vorzeitig zum Erliegen und scheint erst in jüngster Zeit wieder in Fluß zu kommen⁴⁾.

Vor allem fehlt es bisher an einer Darstellung, die bei der Auseinandersetzung mit diesen Problemen vom Begriff der Personenbeförderung im Linienverkehr ausgehend die trotz der Verschiedenheit der Rechtsträger rechtlich im wesentlichen gleichliegenden Nutzungsverhältnisse in den einzelnen Verkehrszweigen zusammenfassend behandelt. Die nachfolgende Untersuchung will die Probleme auf dieser Ebene angehen und den Versuch machen, sie vom öffentlichen Recht her einer befriedigenden Lösung zuzuführen.

2) Goltermann, Komm. z. EVO, Vorbem. 3 vor § 8;
Finger, Komm. z. EVO, Vorbem. 3 a vor § 8;
Blume-Weirauch, Komm. z. EVO, 4. Aufl. 1928, S. 24.

3) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger;
Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse;
Löning, ZAkDR, 1942, 289 f.;
Spieß, ZAkDR, 1942, 340 f.;
Wieacker, ZAkDR, 1943, 33 f.;
Lehmann, Jher. Jahrb. 90 (1942), 121 f.

4) Larenz, NJW 1956, 1897 f.;
Nipperdey, MDR 1957, 129 f.;
Blomeyer, MDR 1957, 153.

I. Kapitel : Begriff und technische Erscheinungsformen des

Personen-Linienverkehrs.

§ 4 : Definition der Personenbeförderung im Linienverkehr.

Gegenstand einer Beförderung können sowohl Sachen als auch Personen sein. Beförderungsleistungen können daher erbracht werden auf dem Gebiete des Güterverkehrs und im Personenverkehr. Eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Bereichen bereitet im allgemeinen keine besonderen Schwierigkeiten. Sie können allenfalls dann auftreten, wenn Personen und Sachen gemeinsam Gegenstand eines einheitlichen Beförderungsverhältnisses sind. Entscheidend für die begriffliche Einordnung wird in solchen Fällen sein, wo objektiv der Schwerpunkt der Beförderungsleistung liegt. Wenn z.B. ein Reisender mit umfangreichen Musterkollektionen oder ein Bauer mit seinen zum Verkauf auf dem Wochenmarkt bestimmten landwirtschaftlichen Produkten die Eisenbahn in Anspruch nehmen, handelt es sich stets um Personenbeförderung, denn hier begleitet das Gut den Fahrgast, "die Person kann aus der Beförderung nicht hinweggedacht werden, ohne daß diese ihrem Wesen nach geändert werden würde." 1) Anders liegt der Fall, wenn z.B. einem Tiertransport oder einem sonstigen besonders wertvollen Gut ein Begleiter auf die Reise mitgegeben wird. Hier liegt der Schwerpunkt des Beförderungsverhältnisses nicht bei der vielleicht sogar entbehrlichen Begleitperson, sondern bei dem von ihr bewachten oder betreuten Gut, es handelt sich also um Güterbeförderung 2).

Personenbeförderung liegt auch dann vor, wenn die Landkraftposten der Deutschen Bundespost von Reisenden in Anspruch genommen werden. Zwar liegt hier vom Standpunkt der Postverwaltung aus der Schwerpunkt bei der Beförderung des Postgutes, denn Landkraftposten sind nach der Legaldefinition in § 2 Abs. V der Durchführungsverordnung zum PBG 3) Kraftwagenverbindungen der Post, die vornehmlich der Postsachenbeförderung über Land dienen und mit Fahrzeugen bedient werden, die mit höchstens 4 Sitzplätzen einschließlich des Führer-

1) Müller, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl., 1957, Anh. 4, Anm. 3 zu § 1 PBG.

2) ebenso Müller, a.a.O.

3) vom 26. 5. 1935, RGBl I S. 473.

sitzes ausgestattet sind⁴⁾. Trotzdem handelt es sich in diesen Fällen um Personenbeförderung. Die Reisenden und die mitgeführten Postgüter werden dort nämlich nicht auf Grund eines einheitlichen, sondern auf Grund ganz verschiedener Nutzungsverhältnisse befördert. Personen- und Gütertransport sind daher jeweils für sich zu betrachten, so daß hinsichtlich der Reisenden Personenbeförderung im Sinne des PBG vorliegt.

Eine Personenbeförderung kann nach dem Sprachgebrauch im Rahmen des Linienverkehrs oder im Gelegenheitsverkehr stattfinden. Diese Unterscheidung gilt auch im Bereich des Eisenbahnverkehrs, obwohl sie in die Eisenbahngesetzgebung nicht ausdrücklich eingegangen ist. Sie klingt aber auch dort an, z.B. in § 3 Abs. III der EVO, wo zwischen der Beförderung nach bestimmtem Fahrplan und mit nach Bedarf verkehrenden Zügen unterschieden wird und bei den letzteren wiederum die Sonderfahrten nach Bestellung gesondert behandelt werden. Im PBG werden Linienverkehr und Gelegenheitsverkehr dagegen ausdrücklich erwähnt und die jeweiligen Unternehmer in § 2 danach unterschieden, ob sie gewerbsmäßig Personen mit Landfahrzeugen linienmäßig oder nicht linienmäßig befördern. Diese Unterscheidung soll auch als Ausgangspunkt für den hier zu entwickelnden Begriff des Personen-Linienverkehrs dienen.

Voraussetzung ist somit zunächst eine gewerbsmäßige Beförderung. Damit entsteht das Problem, was hier unter Gewerbsmäßigkeit zu verstehen ist, denn dieses Wort wird in der deutschen Rechtssprache keineswegs in einem einheitlichen Sinne, sondern mit recht unterschiedlichen Inhalten verwandt. Im Anschluß an einen Erlaß des früheren Reichsverkehrsministers vom 7. 11. 1936 bezeichnet Müller in seiner Kommentierung des PBG als gewerbsmäßig eine Beförderung, "die in der Absicht der Gewinnerzielung und mit der Bereitwilligkeit der Wiederholung ausgeführt wird."⁵⁾ Die Richtigkeit dieser Auffassung muß bezweifelt werden. Wenn die Gewinnerzielungsabsicht Wesensmerkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des PBG wäre, ergäbe sich die Folge, daß Unternehmen, die - wie vielfach kommunale Verkehrsbetriebe - satzungsgemäß oder in ihrer tatsächlichen Geschäfts-

4) Die wirtschaftliche Bedeutung der Landkraftposten ist größer als vielfach angenommen wird. 1948 wurden allein im damaligen Vereinigten Wirtschaftsgebiet 790 Landkraftposten mit 43 000 km Streckenlänge betrieben, durch die allein im Dezember 1948 8 600 000 Personen befördert wurden. (Schuberth: Post, Verkehr und Wirtschaft in: Zeitschrift für Verkehrswissenschaft, 1949, 114).

5) Straßenverkehrsrecht, Anh. 4, Anm. 2 zu § 1 PBG.

gebarung nicht mit der Absicht der Gewinnerzielung, sondern nach dem Kostendeckungsprinzip arbeiten, ihre Beförderungstätigkeit nicht gewerbsmäßig betrieben und demgemäß das PBG auf sie überhaupt keine Anwendung fände. Das kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, denn, wie Müller a.a.O. richtig feststellt, ist das Wort "gewerbsmäßig" anstelle der früheren Fassung "gegen Entgelt" im Linienverkehrsgesetz von 1931⁶⁾ in das PBG nur deshalb eingeführt worden, um im Hinblick auf entstandene Zweifel klarzustellen, daß nicht die Entgeltlichkeit der einzelnen Beförderung, sondern die auf Einnahmeerzielung gerichtete Gesamtgebarung des Betriebes entscheidet. Die Änderung ist also lediglich redaktioneller Natur, es sollte mit ihr nicht etwa das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht neu in das PBG eingeführt werden. Das wird übrigens auch von Müller nicht behauptet. Seine abweichende Auffassung beruht wohl darauf, daß er irrtümlich Entgeltlichkeit und Gewinnerzielungsabsicht gleichsetzt⁷⁾. Die Gewinnerzielungsabsicht gehört aber ebenso wie im Beförderungssteuergesetz⁸⁾ nicht zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des PBG. Erforderlich ist vielmehr nur die Absicht des Unternehmers, durch die Beförderungstätigkeit wenigstens ihre Kosten deckende Einnahmen zu erzielen. Wie bereits erwähnt, brauchen diese nicht notwendig aus den Entgelten zu bestehen, die von den Verkehrsnutzern für die von ihnen in Anspruch genommenen Beförderungsleistungen bezahlt werden. Es reicht aus, wenn das Entgelt von einem Dritten gewährt wird, der an der Durchführung des Verkehrs interessiert ist, etwa einem Forstamt, das einem Unternehmer eine feste Vergütung dafür zahlt, daß er täglich in einem Omnibus Waldarbeiter vom Wohnort zur Arbeitsstelle und zurück befördert⁹⁾. Die Einnahmen brauchen schließlich auch nicht unmittelbar aus der Beförderungstätigkeit herzurühren. Es genügt vielmehr, daß

6) Kap. V des 5. Teils der 3. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6.10.1931 (RGBl. I S. 558).

7) a.a.O., Anm. 2 zu § 1 PBG.

8) § 1 des Beförderungssteuergesetzes vom 29.6.1926 in der Fassung vom 2.7.1936 (RGBl. I S. 531); vgl. dazu RVkBl B 1941 S. 209.

9) vgl. hierzu das Urteil des BVerwG vom 16.9.1954, Verkehrsrechtssammlung (VRS) 8, 158.

der Unternehmer mit der Einrichtung des Verkehrs mittelbar wirtschaftliche Vorteile erstrebt¹⁰⁾. Solche Fälle sind z.B. gegeben, wenn der Wirt eines Ausflugslokals oder die Geschäftsführung eines Spielkasinos einen kostenlosen Omnibus-Zubringerdienst für weiter entfernt wohnende Besucher einrichtet. Der wirtschaftliche Vorteil liegt dann in der erwarteten Geschäftsbelebung¹¹⁾.

Auch die bloße Bereitwilligkeit zur Wiederholung reicht nicht aus, um einen Verkehr als gewerbsmäßig zu qualifizieren, wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem bekannten Mitfahrerzentralen-Urteil vom 24. 2. 1956¹²⁾ dargelegt hat. Es vertritt dort mit Recht die Auffassung, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des PBG mit der Verwendung des Wortes "gewerbsmäßig" keinen anderen Sinn verbinden wollte, als den im Schrifttum und in der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gewerberechts bereits entwickelten¹³⁾. Im Gewerberecht wird als gewerbsmäßig aber nur eine nachhaltige, auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, Erwerbszwecken dienende Tätigkeit angesehen¹⁴⁾. Das ist aber mehr als die von Müller als Kriterium angesehene bloße Bereitwilligkeit zur Wiederholung. Folgerichtig ist das Bundesverwaltungsgericht daher auch zu dem Ergebnis gekommen, daß Kraftfahrzeugbesitzer, die gelegentlich, wenn auch wiederholt, bei Privatreisen Fremde mitnehmen, die ihnen dafür einen Kostenbeitrag zahlen, schon deswegen nicht gewerbsmäßig handeln, weil dies nicht im Rahmen einer auf die Dauer berechneten Betätigung geschieht.

Voraussetzung für einen Linienverkehr im Sinne des PBG ist also zunächst, daß die Beförderung gewerbsmäßig, das heißt im Rahmen einer nachhaltigen, auf die Dauer berechneten Tätigkeit und mit der Absicht, zumindest die Kosten deckende Einnahmen zu erzielen, durchgeführt wird. Da auch die Personenbeförderung mit Eisenbahnen in der Praxis stets nach diesen Grundsätzen erfolgt, kann das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit in seiner oben präzisierten Bedeutung auch für die im Rahmen dieser Untersuchung zu Grunde zu legende Linienverkehrsdefinition verwandt werden.

10) vgl. BVerwG, a.a.O.

11) ebenso Müller, Straßenverkehrsrecht, Anh. 4, Anm. 2 zu § 1 PBG.

12) VRS 10, 477 f.

13) a.a.O., S. 478.

14) vgl. BVerwG, a.a.O., S. 478 oben und die dortigen Zitate.

Nach dem PBG ist weiterhin für einen Linienverkehr erforderlich, daß die Beförderung mit Landfahrzeugen erfolgt. Die Einführung dieses Begriffsmerkmals ist für den Gebrauch im Rahmen dieser Untersuchung insoweit geeignet, als damit eine Abgrenzung gegenüber dem Verkehr mit Wasser- und Luftfahrzeugen vorgenommen wird, dessen Nutzungsverhältnisse nicht in die Erörterung einbezogen werden sollen. Andererseits bezeichnet § 2 Abs. II der DVC zum PBG als Landfahrzeuge jedoch nur solche Fahrzeuge, die im Straßenverkehr durch die Kraft von Maschinen oder Tieren bewegt werden. Das ist für die Zwecke dieser Untersuchung jedoch zu eng, da der Linienverkehrsbegriff dann weder die vielfach auf eigenem Gleiskörper außerhalb des Straßenverkehrs laufenden Straßenbahnen, noch die Eisenbahnen umfassen würde, deren Nutzungsverhältnisse ebenfalls mit untersucht werden sollen.

Die Definition bedarf daher einer Erweiterung und zwar dahingehend, daß Landfahrzeuge alle Fahrzeuge sind, die zu Lande durch mechanische Kraft bewegt werden. Dieser Begriffsinhalt entspricht in etwa auch dem des Sprachgebrauchs.

Eine solche gewerbsmäßige Personenbeförderung mit Landfahrzeugen qualifiziert sich als Linienverkehr dadurch, daß sie, wie in § 2 Ziff. 2 PBG das ausdrückt, "linienmäßig" erfolgt. Diese Linienmäßigkeit ist das Kriterium für die Abgrenzung gegenüber dem Gelegenheitsverkehr, der den gesamten nicht linienmäßigen Personenverkehr mit Landfahrzeugen begrifflich zusammenfaßt (§ 2 Ziff. 3 PBG). Eine Definition, wann eine Beförderung linienmäßig erfolgt, enthält § 4 PBG. Danach ist erforderlich, daß zwischen bestimmten Punkten planmäßig Fahrten ausgeführt werden, die dem öffentlichen Verkehr dienen.

Voraussetzung für eine linienmäßige Beförderung ist also zunächst, daß die Fahrten zwischen bestimmten Punkten ausgeführt werden. Diese Fassung ist im PBG hauptsächlich deshalb gewählt worden, um damit klarzustellen, daß für einen Linienverkehr nicht die Einhaltung einer bestimmten Fahrtstrecke, sondern lediglich das Anfahren bestimmter festliegender Punkte entscheidend ist. Linienverkehr liegt also auch dann vor, wenn ein Verkehrsunternehmer den oder die Zielorte auf jeweils verschiedenen Wegen erreicht. Notwendig ist nur, daß die Fahrten jeweils zwischen denselben Punkten stattfinden. Von einem Unternehmer veranstaltete sogenannte "Fahrten ins Blaue" mit jeweils unregelmäßig wechselnden Zielorten können daher, auch wenn sie regelmäßig stattfinden, keinen

Linienverkehr begründen. Sie sind vielmehr Gelegenheitsverkehr.

Weiterhin ist erforderlich, daß zwischen bestimmten Punkten ein planmäßiger Verkehr durchgeführt wird. Die Frage, wann ein solcher vorliegt, ist seit dem Bestehen der Kraftfahrzeug-Linienverordnung von 1919¹⁵⁾ umstritten und weder in den nachfolgenden Gesetzen¹⁶⁾ noch im PBG eindeutig beantwortet. § 3 Abs. III der DVO zum PBG und schon vorher § 3 der Durchführungsbestimmungen über den Überlandverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 9. 10. 1931¹⁷⁾ haben eine gewisse Klärung dadurch gebracht, daß nach ihnen eine linienmäßige Beförderung nicht durch das Fehlen eines Fahrplans mit bestimmten Abfahrts- und Ankunftszeiten ausgeschlossen wird. Wenn demnach die Beförderung auch nicht fahrplanmäßig zu erfolgen braucht, so ist doch eine in dem Wort "planmäßig" liegende Regelmäßigkeit und Unabhängigkeit der Fahrten vom jeweiligen Augenblicksbedarf für das Vorliegen eines Linienverkehrs unerlässlich. Maßgeblich ist hier, wie auch Müller feststellt, "der von vornherein bestehende, nicht erst im Einzelfall auf Bestellung gefaßte Willensentschluß des Unternehmers, einen Verkehr einzurichten."¹⁸⁾ Auf die Anzahl der Fahrten innerhalb eines gewissen Zeitraumes kommt es dann nicht mehr an, denn die starre Regelung im § 4 des PBG von 1934 ist durch die Neufassung dieser Vorschrift im Änderungsgesetz von 1937 beseitigt worden¹⁹⁾.

Schließlich gehört zur Linienmäßigkeit eines Verkehrs im Sinne des PBG, daß die einzelnen Fahrten jeweils dem öffentlichen Verkehr dienen. Wann das der Fall ist, ergibt sich aus dem PBG nicht unmittelbar, den § 3 Abs. I der DVO zu diesem Gesetz bestimmt lediglich, daß ein Unternehmen dann dem öffentlichen Verkehr dient, wenn

-
- 15) Verordnung betr. Kraftfahrzeuglinien vom 24. 1. 1919 (RGBl I S. 97).
 - 16) Kraftfahrliniengesetz vom 26.8.1925 (RGBl. I S. 319); Kraftfahrlinien VO vom 20.10.1928 (RGBl. I S. 380); Bestimmungen über den Überlandverkehr mit Kraftfahrzeugen, Kap. V des 5. Teils der 3. Notverordnung vom 6.10.1931, (RGBl. I S. 558).
 - 17) RGBl. I S. 572.
 - 18) Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl., 1957, Anh. 4, Anm. 1 e zu § 4 PBG unter Berufung auf KG in VBl. 1932, 853 und ProVG in JW 1931, 907.
 - 19) Damit dürfte auch § 3 Abs. IV der DVO zum PBG überholt sein, in dem Vorsorge gegen eine Umgehung des § 4 a.F. durch ein Zusammenwirken mehrerer Unternehmer im Gelegenheitsverkehr getroffen war.

seine Einrichtungen nach seiner Zweckbestimmung von jedermann benutzt werden können. Diese Definition, die auch in § 2 Abs. I des Allgemeinen Eisenbahngesetzes für die Charakterisierung der Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs übernommen worden ist, kann auch für die Auslegung des § 4 PBG herangezogen werden, denn es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, daß der Begriff des öffentlichen Verkehrs dort etwa ein anderer ist, als in den oben erwähnten Vorschriften.

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hat sich in einer zu § 8 Abs. II KFG ergangenen Entscheidung mit dem Begriff der Beförderung durch ein dem öffentlichen Verkehr dienendes Fahrzeug auseinandergesetzt und sieht eine solche dann als gegeben an, wenn die Benutzung des Fahrzeuges für die betreffende Fahrt "nicht auf einen subjektiv bestimmten oder unter sich dauernd verbundenen Personenkreis beschränkt, sondern grundsätzlich jedem gestattet ist." ²⁰⁾ Auch diese Interpretation, der auch der Bundesgerichtshof zugestimmt hat ²¹⁾, kann für die Auslegung des § 4 PBG herangezogen werden. Für die Entscheidung der Frage, wann dem öffentlichen Verkehr dienende Fahrten im Sinne dieser Vorschrift vorliegen, dürfte sie indes zu eng sein. Hierfür ist außer ihrer Zugänglichkeit für jedermann nämlich noch erforderlich, daß die Fahrten selbst mindestens überwiegend in öffentlichen Interesse durchgeführt werden. Dies erhellt sogleich, wenn man die schon oben erwähnten Fälle der von Hotels oder Spielbanken organisierten regelmäßigen Omnibus-Zubringerdienste betrachtet. Bei ihnen handelt es sich um gewerbs- und planmäßigen Personenverkehr mit Landfahrzeugen im Sinne des PBG, der einem grundsätzlich unbegrenzten und auch keineswegs unter sich verbundenen Personenkreis zur Verfügung steht. Trotzdem sind hier schon nach dem Sprachgebrauch keine Omnibuslinien vorhanden und niemand würde auf den Gedanken kommen, daß dem Unternehmer in solchen Fällen eine gesetzliche Betriebspflicht gemäß §§ 23, 24 PBG und eine Beförderungspflicht gegenüber jedermann gemäß § 63 BOKraft obliegt, wie da bei einem Linienverkehrsunternehmer der Fall ist. An einem Linienverkehr fehlt es aber nicht nur deshalb, weil bei privaten Zubringerdiensten die Bedienung der Linie und die

20) Urteil v. 21. 10. 1947, NJW 1950, 27.

21) Urteil v. 29. 11. 1951, VKBl. 1952, 193.

Beförderung darum ersuchender Personen im freien Ermessen des Unternehmers liegen ²²⁾, sondern auch darum, weil diese Fahrten in erster Linie nicht dem öffentlichen Interesse an der Befriedigung eines allgemeinen Verkehrsbedürfnisses, sondern dem privaten Interesse des Unternehmers, nämlich der Belebung seines Geschäftsbetriebes, dient.

Entsprechendes gilt auch für den sogenannten Werksverkehr, der von Industriebetrieben oder anderen Großunternehmen für den Transport ihrer Belegschaftsmitglieder oder zur Beförderung von Besuchern zum Betrieb oder seinen Außenstellen unterhalten wird. Auch er dient in erster Linie nicht den Interessen der Öffentlichkeit, sondern den eigenen Zwecken des jeweiligen Betriebes und eines unter sich verbundenen Personenkreises und zwar auch dann, wenn ihn nicht das Werk selbst, sondern ein von diesem beauftragter Unternehmer durchführt. Wenn dagegen das Werk oder der von ihm beauftragte Unternehmer bei den Werksfahrten im Rahmen etwa noch freier Plätze allgemein bereit ist, auch beliebige andere Personen gegen Entgelt mitzunehmen, liegt insoweit öffentlicher und damit auch Linienverkehr im Sinne des PBG vor, denn ihre Beförderung ist dann nicht den Interessen des Werkes untergeordnet und geht außerdem über den Rahmen eines subjektiv bestimmten oder unter sich verbundenen Personenkreises hinaus ²³⁾.

Nach alledem ergibt sich somit, daß eine Personenbeförderung im Sinne des § 4 PBG dann dem öffentlichen Verkehr dient, wenn die Teilnahme an den jeweiligen Fahrten nicht auf einen subjektiv bestimmten oder unter sich dauernd verbundenen Personenkreis beschränkt ist, sondern jedermann gestattet ist und der Verkehr damit vorwiegend im öffentlichen Interesse durchgeführt wird. Auch diese für den Bereich des PBG geltende Definition kann für die Kennzeichnung der Linienmäßigkeit eines Verkehrs im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung übernommen werden.

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, daß Personenbeförderung im Linienverkehr stets dann vorliegt, wenn Personen mit Landfahrzeugen im

22) So Müller, a.a.O., Anm. 1 e zu § 4 PBG unter Berufung auf OLG Jena in DAR 1930, 378. Er bedient sich dabei aber eines unzulässigen Umkehrschlusses, denn das PBG bestimmt nicht, daß öffentlicher Verkehr vorliegt, wenn Betriebs- und Beförderungspflicht bestehen, sondern umgekehrt, daß diese Pflichten Platz greifen, wenn öffentlicher, d.h. Linienverkehr betrieben wird.

23) vgl. hierzu auch BGHZ 1, 99.

öffentlichen Verkehr zwischen bestimmten Punkten planmäßig und gewerbsmäßig befördert werden.

§ 5 : Technische Erscheinungsformen des Personen-Linienverkehrs.

Die jahrzehntelange Entwicklung des Personen-Linienverkehrs hat auch in seiner technischen Durchführung zu mannigfaltigen Erscheinungsformen geführt. Demgemäß ist auch eine Reihe von Gesichtspunkten und Kriterien denkbar, nach denen sich die technischen Gestaltungsformen der Personenbeförderung im Linienverkehr systematisch gliedern lassen. Die Einteilung könnte z.B. erfolgen nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Verkehrsmittel, nach der Größe der durch den Verkehr miteinander verbundenen Räume (Nahverkehr - Fernverkehr) oder der zur Durchführung des Verkehrs benutzten mechanischen Kräfte (Schwerkraft, Tierkraft, Dampf, Elektrizität, flüssige oder gasförmige Treibstoffe). Die praktisch nächstliegende und deshalb auch im allgemeinen Sprachgebrauch am meisten verbreitete Einteilung knüpft an die zur Durchführung des Verkehrs verwendeten Transportmittel an. Da sie auch den Ausgangspunkt für die gesetzliche Regelung der sich danach ergebenden Zweige des Personen-Linienverkehrs bildet, soll sie auch der nachfolgenden Übersicht zu Grunde gelegt werden.

Der Personen-Linienverkehr kann danach in zwei große Gruppen eingeteilt werden: in den schienengebundenen und in den schienenfreien Verkehr. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Verkehrsarten liegt darin, daß beim schienengebundenen Verkehr die Transportmittel in einer festen Spur laufen, während sie beim schienenfreien Verkehr an eine solche nicht gebunden sind. Der Begriff der Schiene ist hier weiter zu fassen, als im allgemeinen Sprachgebrauch. Er umfaßt im Rahmen des schienengebundenen Verkehrs nicht nur die am Erdboden verlegten Geleise, auf denen die Räder der Beförderungsmittel laufen, sondern darüber hinaus auch alle anderen Vorrichtungen, die die Fahrzeuge an einen festen Spurweg binden. Daher sind z.B. auch Drahtseilbahnen, die Wuppertaler Schwebbahn oder die in der Entwicklung stehende "Alweg"-Einschienenbahn Schienenbahnen im vorerwähnten Sinne, ihr Betrieb gehört zum Bereich des schienengebundenen Verkehrs¹⁾.

Den größten Anteil am Streckennetz des schienengebundenen Verkehrs haben die Eisenbahnen. Die Beantwortung der Frage, was Eisenbahnen sind, scheint auf den ersten Blick einfach. Trotzdem ist eine ein-

1) Ebenso Finger, Eisenbahngesetze, 3. Aufl. 1952, Anm. 2 a zu Art. 74 GG.

heitliche juristische Definition nicht möglich, weil dieser Begriff vom Gesetzgeber mit verschiedenen Inhalten verwandt wird. Der weiteste Eisenbahnbegriff liegt dem Reichs-Haftpflichtgesetz von 1871 ²⁾ zu Grunde, wo nach einhelliger Meinung in der Wissenschaft und Rechtsprechung unter Eisenbahnen sämtliche Schienenbahnen zu verstehen sind ³⁾. Die Erklärung dafür liegt in dem Stande der technischen Entwicklung zur Zeit des Erlasses dieses Gesetzes, wo es außer den Eisenbahnen noch keine anderen mechanisch betriebenen Schienenbahnen gab.

Das Aufkommen der Straßenbahnen und anderer Bahnen besonderer Bauart hat dann zu einer Einengung dieses weiten Eisenbahnbegriffs geführt, die auch in die neuere Gesetzgebung eingegangen ist. Deutlich ist dies z.B. im Strafrecht zu erkennen, wo dem Tatbestand der Eisenbahntransportgefährdung in § 315 StGB zunächst ein weiter Eisenbahnbegriff, ähnlich dem des RHaftpflG zu Grunde lag, der dann 1935 durch die Schaffung des Sondertatbestandes der Straßenbahntransportgefährdung in § 315a StGB eine Einengung erfuhr ⁴⁾.

Das Bonner Grundgesetz spricht in Art. 74, Ziff. 23 von "Schienenbahnen, die nicht Bundeseisenbahnen sind, mit Ausnahme der Bergbahnen". Dort wird also der Begriff Schienenbahnen als Oberbegriff verwandt, der die Eisenbahnen und die Bergbahnen als Unterbegriffe umfaßt. Eine daran anknüpfende weitere begriffliche Präzisierung findet sich in dem heute für das Eisenbahnrecht grundlegenden Allgemeinen Eisenbahngesetz vom 29. 3. 1951 ⁵⁾, dessen § 1 Abs. I eine Legaldefinition der Eisenbahnen enthält und als solche "Schienenbahnen mit Ausnahme der Straßenbahnen und der nach ihrer Bau- oder Betriebs-

-
- 2) Gesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die beim Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7. 6. 1871, (RGBl. S. 207).
 - 3) vgl. Finger, Eisenbahngesetze, Anm. 2 c zu Art. 74 GG; Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 8. Aufl. 1956, Erl. 1 zu § 1 RHaftpflG, sowie RGZ 1, 247.
 - 4) Vgl. hierzu das sehr instruktive Urteil des OLG Neustadt vom 12. 11. 1952 (NJW 1953, 394). Bei der Neufassung der §§ 315 und 315 a StGB durch Art. 2 des Gesetzes zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. 12. 1952 (BGBl. I, S. 832) ist diese Antithese wieder aufgegeben und statt dessen der Einheitstatbestand der Transportgefährdung bei Schienenbahnen auf besonderem Bahnkörper oder Schwebebahnen geschaffen worden.
 - 5) BGBl. I S. 225.

weise ähnlichen Bahnen, der Bergbahnen und der sonstigen Bahnen besonderer Bauart" bezeichnet. Diese Definition ist, obwohl sie einen vorwiegend negativen Inhalt hat, dennoch für den Rahmen der vorliegenden Untersuchung ausreichend, da, wie noch zu zeigen sein wird, sowohl der Begriff der Straßenbahnen als auch der der Bahnen besonderer Bauart positiv hinreichend definiert werden kann.

Die im Dienste der Personenbeförderung im Linienverkehr stehenden Eisenbahnen lassen sich in zwei Hauptgruppen unterteilen: in Großbahnen und in Kleinbahnen. Die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Kategorie ist nicht etwa, wie dies naheliegend erscheinen mag, von der Spurweite abhängig, denn auch normalspurige Bahnen können Kleinbahnen sein ⁶⁾. Diese Unabhängigkeit von der Spurweite ist auch daraus erkennbar, daß neben der Unterscheidung "Großbahnen - Kleinbahnen" auch die inhaltlich gleiche Antithese "Bahnen des allgemeinen Verkehrs - Bahnen des nicht-allgemeinen Verkehrs" gebräuchlich ist. Das Kriterium für die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Gruppe ist vielmehr allein die Verkehrsbedeutung der jeweiligen Eisenbahn. Während die Großbahnen in erster Linie dem Fernverkehr dienen, liegt der Schwerpunkt des Kleinbahnverkehrs im örtlichen und nachbarörtlichen Bereich. Im Einzelfall kann die Einordnung allerdings Schwierigkeiten bereiten, da die Grenzen flüchtig sind ⁷⁾.

Ebenso wie für die Unterscheidung zwischen Groß- und Kleinbahnen ist die Verkehrsbedeutung auch das maßgebliche Kriterium für die weiterhin übliche Unterteilung der Großbahnen in Haupt- und Nebenbahnen. Auch hier sind die Grenzen flüchtig. Als Anhaltspunkt für die Zugehörigkeit zur einen oder anderen Kategorie kann einmal die Verkehrskapazität der jeweiligen Strecke und zum anderen auch die Art der auf ihr verkehrenden Züge dienen. So werden z.B. viergleisig ausgebaute Linien stets und zweigleisige meistens Hauptbahnen sein, während andererseits Fernzüge (L-, FD-, D- und Eilzüge) stets nur auf den Hauptbahnstrecken verkehren, denen die Nebenbahnen meist als Zubringer dienen. Im übrigen ist auch diese Unterscheidung rechtlich ohne Bedeutung, da heute für

6) so auch Finger, Eisenbahngesetze, Anm. 2 K aa) zu Art. 74 GG.

7) vgl. Finger, a.a.O., Anm. 2 K bb) zu Art. 74 GG. Im übrigen hat diese Unterscheidung ihre frühere Aktualität verloren, da der Geltungsbereich der EVO durch die Neufassung vom 8. 9. 1938 über die Bahnen des allgemeinen Verkehrs hinaus auf sämtliche Bahnen des öffentlichen Verkehrs erweitert worden ist (vgl. Golttermann, Komm. z. EVO, Anm. 2 zu § 1).

den Betrieb von Haupt- und Nebenbahnen dieselben Rechtsvorschriften maßgebend sind.

Die zweite Hauptgruppe des schienengebundenen Verkehrs bilden die Straßenbahnen. Anders als bei den Eisenbahnen steht hier für die Begriffsbestimmung eine Legaldefinition mit positivem Inhalt zur Verfügung. Sie ist in § 3 PBG enthalten, nach dessen Abs. I Straßenbahnen Schienenbahnen sind, "die ausschließlich oder überwiegend dem öffentlichen Personenverkehr innerhalb der Orte dienen, ferner solche, die trotz der Verbindung von Nachbarorten infolge ihrer hauptsächlichlichen Bestimmung für den Personenverkehr und ihrer baulichen und betrieblichen Einrichtungen der Ortsstraßenbahnen ähneln." Sie ist für den gesamten Bereich des PBG und seiner Durchführungsbestimmungen maßgebend und kann darüber hinaus nach dem Wegfall des § 315 a StGB a. F. mit seinem abweichenden Straßenbahnbegriff auch überall da zu Grunde gelegt werden, wo sonst im Gesetz von Straßenbahnen die Rede ist ⁸⁾.

§ 3 PBG geht von einem Grundtyp der Straßenbahnen aus, nämlich den Schienenbahnen, die ausschließlich oder überwiegend dem öffentlichen Personenverkehr innerhalb der Orte dienen. Sie werden allgemein als Ortsstraßenbahnen bezeichnet. Entwicklungsgeschichtlich sind sie der erste Straßenbahntyp, der mit der Elektrifizierung der Pferdebahnen in den größeren Städten entstand.

Zu ihnen trat im Laufe der weiteren Entwicklung, vor allem bedingt durch das Aneinanderrücken der sich ausdehnenden Städte in den Industriegebieten, ein weiterer Straßenbahntyp, der neben dem innerörtlichen Verkehr auch den Bedürfnissen des Nachbarortsverkehrs zu dienen bestimmt ist. Es sind dies die sogenannten Überlandstraßenbahnen, auf die sich der zweite Teil der Legaldefinition in § 3 Abs. I PBG bezieht. Da bei ihnen die Abgrenzung insbesondere gegenüber den Kleinbahnen Schwierigkeiten bereiten kann, enthält diese Vorschrift einige Merkmale, anhand derer die Klassifizierung einer Bahn im konkreten Falle vorgenommen werden kann. Das hervorragende Merkmal der Überlandstraßenbahnen ist danach, daß sie entweder ausschließlich oder aber zumindest ganz überwiegend der Personenbeförderung dienen. Daraus

8) z.B. im Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschäden vom 29. 4. 1940 (RGBl. I S. 691).

folgt durch Umkehrschluß, daß Schienenbahnen im Nachbarortsverkehr, die neben der Personenbeförderung auch einen namhafteren Güterverkehr bedienen, keine Straßenbahnen, sondern Eisenbahnen - zumeist Kleinbahnen - oder aber Bahnen besonderer Bauart sind ⁹⁾.

Daneben ist Voraussetzung für die Zugehörigkeit solcher Bahnen zu den Überlandstraßenbahnen, daß sie in ihren baulichen und betrieblichen Einrichtungen den Ortsstraßenbahnen ähneln. Welche Einrichtungen dieser Art für die Ortsstraßenbahnen typisch sind, ist im Gesetz leider nicht gesagt. Dennoch lassen sich aus der übereinstimmenden betrieblichen Gestaltung vieler unzweifelhaft als Straßenbahnen zu kennzeichnender Verkehrseinrichtungen gewisse gemeinsame Merkmale entnehmen, aus deren Vorhandensein oder Fehlen auf das Vorliegen einer Straßenbahn oder Kleinbahn geschlossen werden kann. So werden z.B. im regelmäßigen Straßenbahnverkehr praktisch niemals Dampfzüge eingesetzt, so daß im Zweifelsfall Strecken, auf denen solche verkehren, zu den Kleinbahnen zu rechnen sind. Umgekehrt kann allerdings aus dem Verkehren elektrischer Züge nicht auf das Vorliegen einer Straßenbahn geschlossen werden, da heute vielfach auch Kleinbahnen elektrifiziert sind. Ferner weisen die Schienen bei Straßenbahnen im allgemeinen ein Rillenprofil auf, während die Eisenbahnen ein Normalprofil verwenden. Auch die Streckenführung der Bahn kann Anhaltspunkte für ihre Einordnung geben. Wie schon aus der Bezeichnung "Straßen"bahnen zu entnehmen ist, sind ihre Schienen im allgemeinen in den Verkehrsstraßen und selten auf einem besonderen, straßenfreien Bahnkörper verlegt. Das Überwiegen eigener, straßenfreier Bahnkörper ist also ebenfalls ein Indiz, das gegen eine Überlandstraßenbahn und für eine Kleinbahn spricht ¹⁰⁾.

In trotz alledem noch verbleibenden Zweifelsfällen kommt die Vorschrift des § 7 PBG zur Anwendung, wonach die örtlich zuständige höhere Verwaltungsbehörde entscheidet, ob eine zu errichtende oder bereits in Betrieb befindliche Verkehrseinrichtung den Vorschriften des PBG unterliegt und gegebenenfalls zu welcher Verkehrsart sie gehört. Eine entsprechende Bestimmung befindet sich in § 1 Abs. II des Allgemeinen Eisenbahngeset-

9) so auch Finger, Eisenbahngesetze, Anm. 2 d) zu Art. 74 GG.

10) Die Kennzeichnung der Haltestellen und die Strecken-Signaleinrichtungen können für die Unterscheidung nicht herangezogen werden, da sie auf besonderen Rechtsvorschriften beruhen, deren Verbindlichkeit jeweils gerade die Folge der Zugehörigkeit zur einen oder anderen Kategorie ist.

zes, wo in Zweifelsfällen die obersten Landesverkehrsbehörden im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Verkehr entscheiden, ob und inwieweit ein Verkehrsunternehmen zu den Eisenbahnen im Sinne dieses Gesetzes zu rechnen ist.

Ein dritter Straßenbahntyp ist in § 3 Abs. II des PBG genannt, nämlich "die auf straßenfreiem Bahnkörper liegenden, dem öffentlichen Verkehr innerhalb der Orte oder dem Nachbarortsverkehr dienenden Hoch- und Untergrundbahnen". Sie sind also nicht in jedem Fall Straßenbahnen, sondern unter den genannten Voraussetzungen. In Übereinstimmung mit der Definition in Abs. I dürfte die Zweckbestimmungsklausel allerdings auch hier dahingehend auszulegen sein, daß Hoch- und U-Bahnen auch dann Straßenbahnen sind, wenn sie nur überwiegend dem öffentlichen Personenverkehr dienen, so daß eine gleichzeitige Güterbeförderung geringen Umfangs (z.B. Mitnahme von Postgut) ihnen nicht den Straßenbahncharakter nimmt. In den Ausführungsbestimmungen zu der als DVO zum PBG ergangenen Verordnung über den Bau und Betrieb von Straßenbahnen (BOStrab) vom 13. 11. 1937¹¹⁾ werden beim Vorliegen dieser Zweckbestimmung auch die Schienenschwebebahnen zu dieser Kategorie gezählt und mit den Hoch- und U-Bahnen unter dem Oberbegriff Stadtschnellbahnen zusammengefaßt¹²⁾.

Ein vierter Typ von Straßenbahnen wird durch konstruktive Merkmale bestimmt, die sie zur Überwindung großer Höhenunterschiede befähigen. Es handelt sich um Zahnrad- und um Seilbahnen, die ebenfalls unter den Straßenbahnbegriff fallen, wenn sie ganz oder überwiegend dem öffentlichen Personenverkehr im Orts- oder Nachbarortsbereich dienen und auch sonst in ihren baulichen und betrieblichen Einrichtungen mehr den Straßenbahnen als den Eisenbahnen ähneln¹³⁾.

Im übrigen stehen sie der dritten Hauptkategorie der Schienenbahnen nahe, die sich unter dem Sammelbegriff Bahnen besonderer

11) RVBl. B 1940 S. 295.

12) Nicht zu ihnen gehören die von der Bundesbahn in Hamburg betriebenen S-Bahnen und die Berliner S-Bahnen. Sie sind keine Straßenbahnen, sondern Eisenbahnen (so auch Finger, Eisenbahngesetze, Anm. 2 f) zu Art. 74 GG).

13) vgl. hierzu § 2 BOStrab in der Fassung der ÄnderungsVO vom 14. 8. 1953 (BGBl. I S. 974), wonach Hoch- und Untergrundbahnen, Schwebebahnen, Zahnradbahnen oder Seilbahnen Straßenbahnen besonderer Bauart sein und demgemäß den Bestimmungen des PBG unterliegen können.

Bauart zusammenfassen läßt. Er ist dem § 1 Abs. I des Allgemeinen Eisenbahngesetzes entnommen, wo er unter dem Oberbegriff Schienenbahnen als Unterbegriff neben den Eisenbahnen und Straßenbahnen aufgeführt ist. Zu diesen Bahnen besonderer Bauart gehören in erster Linie die Bergbahnen. Sie sind auch in Art. 74, Ziff. 23 GG besonders genannt, wo sie neben den nicht bundeseigenen Eisenbahnen als einzige Schienenbahnen von der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ausgenommen sind. Auch Zahnrad- und Seilbahnen gehören zu den Bergbahnen und damit zu den Bahnen besonderer Bauart, wenn bei ihnen die Voraussetzungen des § 3 PBG nicht gegeben sind und sie deshalb nicht zur Gruppe der Straßenbahnen gehören. Neben den Bergbahnen können auch Hoch- und U-Bahnen sowie Schienenschwebbahnen unter den Begriff der Bahnen besonderer Bauart fallen, wenn sie z.B. neben der Personenbeförderung auch einen namhafteren Güterverkehr bedienen oder - wie z.B. die Hamburger S-Bahnen - wegen andersartiger baulicher oder betrieblicher Einrichtungen nicht zu den Straßenbahnen gerechnet werden können.

Damit ist der Bereich der Schienenbahnen aufgezeigt, so daß es nun noch gilt, die technischen Erscheinungsformen bei der Personenbeförderung im schienenfreien Linienverkehr darzustellen. Eine den Schienenbahnen in etwa verwandte Form des schienenfreien Verkehrs stellt eine Betriebsart dar, bei der die verwendeten Fahrzeuge zwar nicht in festen Spuren laufen, in ihrer Bewegungsfreiheit aber dadurch eingeschränkt sind, daß sie vom Vorhandensein eines entlang der Fahrtstrecke laufenden stationären Stromversorgungssystems abhängig sind. Diese Verkehrsform kann als leitungsgebundener Verkehr bezeichnet werden. Dazu gehören in erster Linie die sogenannten Oberleitungsomnibusse oder Obusse, deren Antrieb genau wie bei den Straßenbahnen durch Elektromotoren erfolgt, die aus einer über der Strecke verspannten Fahrdrhtleitung gespeist werden. Auch für den Betrieb solcher Obus-Unternehmungen gelten das PBG und die BOKraft. Letztere enthält in ihrem § 1 auch eine Legaldefinition der Obusse, die die vorstehend aufgeführten Merkmale aufweist.

In den Bereich des leitungsgebundenen Verkehrs dürften auch die neuerdings in einigen Orten in der Schweiz versuchsweise betriebenen Gyrobusse fallen, die durch einen schweren Schwungrad angetrieben werden, der seinerseits über jeweils an den Haltestellen befindliche Stromanschlüsse elektromotorisch wieder in Bewegung gesetzt wird.

Die zweite, neben dem leitungsgebundenen Verkehr praktisch wesentlich bedeutungsvollere Gruppe des schienenfreien Verkehrs bildet der nicht

leitungsgebundene Verkehr, dessen Fahrzeuge während des Betriebes nicht von stationären Energiequellen abhängig sind und daher hinsichtlich ihrer Fahrtstrecke eine weitgehende Bewegungsfreiheit haben. Den Hauptanteil an der linienmäßigen Personenbeförderung im schienfreien, nicht leitungsgebundenen Verkehr haben die Omnibusse. Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. III der DVO zum PBG sind dies Landfahrzeuge ¹⁴⁾ mit mehr als 8 Sitzplätzen einschließlich des Führersitzes oder solche, die als Omnibusse zugelassen sind. Erforderlich ist, daß sie nach ihrer Bauart von vornherein zur Personenbeförderung bestimmt und nicht etwa durch behelfsmäßiges Anbringen von Sitzen in einen hierfür geeigneten Zustand gebracht worden sind. Letzterenfalls dürfte es sich meist um Lastwagen handeln, die in Abs. IV des § 2 der DVO zum PBG als Landfahrzeuge definiert sind, die nach ihrer Bauart nicht zur Beförderung von Personen, sondern zu Beförderung von Lasten bestimmt sind. Mit ihnen kann nach dem Inkrafttreten der Neufassung des § 34 des StVO ¹⁵⁾ eine Personenbeförderung im Linienverkehr aber nicht mehr betrieben werden, da sie nur noch zur Personenbeförderung im Werksverkehr eingesetzt werden dürfen.

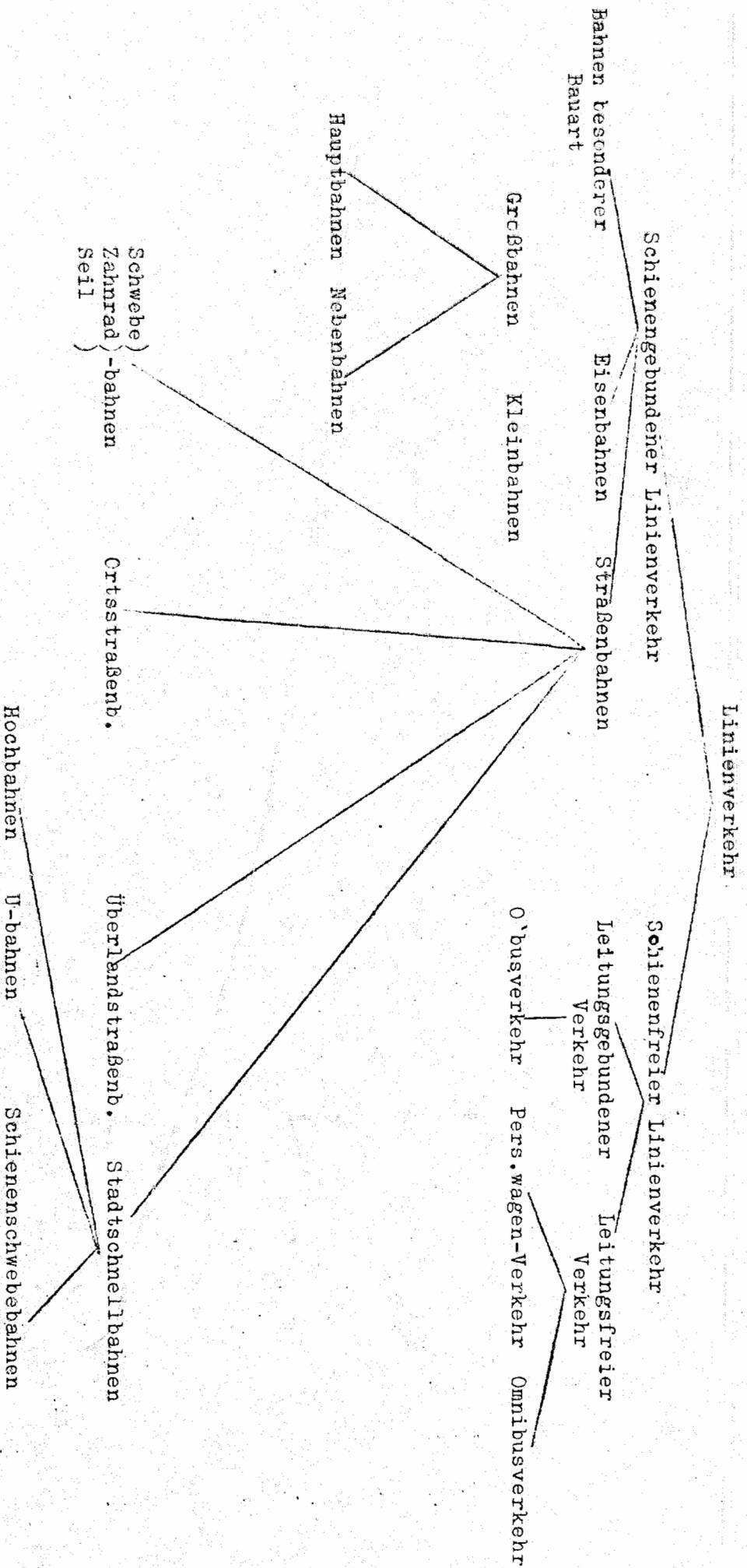
Praktisch weniger bedeutsam, aber immerhin möglich ist eine Personenbeförderung im Linienverkehr auch mit Personenkraftwagen. Unter Zugrundelegung der Omnibusdefinition in § 2 Abs. III der DVO zum PBG sind dies Landfahrzeuge, die nach ihrer Bauart zur Beförderung von Personen bestimmt sind, jedoch einschließlich des Führersitzes nur 8 oder weniger Sitzplätze enthalten. Zu ihnen gehören auch die jetzt häufig anzutreffenden sogenannten Kleinbusse, die im Sinne der obigen Definition also keine Omnibusse, sondern achtsitzige Personenwagen sind und im Personen-Linienverkehr auf abgelegene Strecken gelegentlich zu einer größeren Verkehrsbedeutung kommen können. Für den Einsatz von Personenwagen im Linienverkehr sind ebenfalls das PBG und seine Durchführungsbestimmungen, insbesondere die BOKraft, maßgebend. Als Kraftquellen dienen den Transportmitteln des schienfreien Linienverkehrs zumeist Verbrennungs- oder aber Elektromotoren. Anders als bei den Schienenbahnen ist die Antriebsart hier auch von einer gewissen rechtlichen Bedeutung, da § 1 Abs. II der BOSTrab die Kraftfahrzeuge mit elektromotorischem Antrieb ohne

14) Der Begriff ist hier im engen Sinne des § 2 Abs. I der DVO zum PBG aufzufassen.

15) Bekanntmachung vom 26. 3. 1956, BGBl. I, 271, 327.

Fahrdrhtleitung von dem Geltungsbereich dieser Vorschrift ausnimmt und Betrieb und Beschaffenheit solcher Fahrzeuge Sonderbestimmungen unterstellt, die von den Genehmigungsbehörden zu erlassen sind.

Übersicht über die technischen Erscheinungsformen der Personenbeförderung im Linienverkehr:



II. Kapitel : Rechtsträger und Rechtsformen der Personen-
=====

Linienvverkehrsunternehmen.
=====

§ 6 : Unternehmen der öffentlichen Hand.

Nachdem im vorangegangenen Paragraphen der Personen-Linienvverkehr ohne Rücksicht auf die Verkehrsunternehmen und ihre Träger allein nach seinen technischen Erscheinungsformen charakterisiert und aufgegliedert wurde, soll nachfolgend eine Übersicht über die Rechtsformen der Unternehmungen gegeben werden, die sich auf dem Gebiete der Personenbeförderung im Linienvverkehr betätigen. Ausgangspunkt einer solchen Betrachtung ist also das Personen-Linienvverkehrsunternehmen, das in Anlehnung an Otto Mayers klassische Anstaltsdefinition ¹⁾ ganz allgemein als eine organisatorische Zusammenfassung persönlicher und sachlicher Mittel angesehen werden kann, die entweder ganz oder teilweise der Personenbeförderung im Linienvverkehr zu dienen bestimmt sind.

Hiervon zu unterscheiden ist der Unternehmensträger, nämlich die natürliche oder juristische Person bzw. Personenmehrheit, die das Unternehmen betreibt und im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Bestimmungen der Aufsichtsbehörden die Verfügungsmacht über das Unternehmen als Ganzes und die in ihm eingesetzten Mittel hat. Da, wie bereits früher dargelegt, die gesetzliche Regelung des Personen-Linienvverkehrs bewußt nicht auf die Rechts- und Organisationsformen der Linienvverkehrsunternehmen abstellt, soll die nachfolgende Übersicht auch nicht von den Unternehmen, sondern von den Unternehmensträgern ausgehen. Das hat zudem auch den Vorteil, daß sie die wirtschaftlichen Positionen und Interessen im Bereiche des Personen-Linienvverkehrs augenfälliger hervortreten läßt.

Die bedeutendste Gruppe von Unternehmensträgern in diesem Bereich bilden die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, in erster Linie Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände. Sie lassen sich begrifflich zwar nicht ganz exakt, dafür aber prägnant und für den hier vorausgesetzten Gebrauch ausreichend präzise unter der Bezeich-

1) Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. II S.268.

nung "Öffentliche Hand" zusammenfassen ²⁾.

Die theoretisch einfachste Form für den Betrieb eines Personen-Linienverkehrsunternehmens durch die öffentliche Hand ist die, daß ein solches Unternehmen ohne besonderen Rechtsträger und ohne eigenen organisatorischen Unterbau in den Organisationsbereich des öffentlich-rechtlichen Unternehmensträgers eingegliedert ist. Es ist hier etwa an den Fall zu denken, daß eine ländliche Gemeinde einen Omnibus hält, mit dem sie in eigener Regie mit einem Gemeindebediensteten als Fahrer einen Zubringerverkehr zu den zweimal täglich auf dem einige Kilometer außerhalb des Ortskerns gelegenen Bahnhof einlaufenden Zügen durchführt. Solche Fälle sind in der heutigen Praxis aber äußerst selten und zwar deshalb, weil derartige Kleinunternehmen fast nie rentabel arbeiten können und darum die Tendenz haben, entweder in einem bereits bestehenden größeren Unternehmen aufzugehen oder aber ihren eigenen Betrieb durch Hinzunahme weiterer Linien auszuweiten. Dann führt aber die erhebliche Kapitalintensität derartiger Betriebe beinahe zwangsläufig dazu, daß für sie mindestens ein eigener organisatorischer Unterbau geschaffen wird ³⁾.

Wenn eine solche eigene Organisation, aber kein besonderer Rechtsträger besteht, liegt ein sogenannter Regiebetrieb vor. Auch sie sind in der Praxis heute kaum noch anzutreffen, da diese Organisationsform sich für Linienverkehrsunternehmen als unzweckmäßig erwiesen hat. Ihre Hauptnachteile sind schon 1919 in dem Bericht der Sozialisierungskommission über die Sozialisierung des Kohlenbergbaus zwar krass, aber dafür treffend herausgestellt worden: "Schwerfälligkeit der Leitung, Überhäufung der leitenden Beamten mit Kleinarbeit, unzweckmäßig häufiger Wechsel des Personals, absolut sehr geringe, im Verhältnis zur Privatindustrie direkt lächerliche Besoldung, Einengung der freien Betätigungsmöglichkeit, weitgehender Mangel an Verantwortungsfreude in finanziellen Fragen, vervielfachte Vorgesetz-

2) Diesen Begriff verwendet auch v. Schenk in seinem Aufsatz: zur Rechtsform der wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand, Zeitschrift für Öffentliche Wirtschaft 1941, 214 f.

3) Dazu nötigen auch schon die Bestimmungen in den §§ 24 BOSTrab und 4 BOKraft, nach denen bei Straßenbahn- und Omnibusunternehmen die Bestellung eines verantwortlichen Betriebsleiters erfolgen muß.

tenverhältnisse bis hinauf zur Abhängigkeit vom Parlament, ein System von Kontrollen statt Vertrauen und Anreiz zu selbständigem Handeln" 4). Sie lassen sich in der Feststellung zusammenfassen, daß die kameralistische Verwaltungspraxis den besonderen Eigenarten und Anforderungen der Führung von Linienverkehrsunternehmen nicht gerecht werden kann.

Diese Erkenntnis hat sich auch schon frühzeitig durchgesetzt und vor allem in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg vielfach zur Gründung von Verkehrsbetrieben in privat- oder handelsrechtlichen Organisationsformen mit eigener Rechtspersönlichkeit und zur Umbildung bestehender Regiebetriebe in solche geführt. Insbesondere auf kommunaler Ebene kam es zu einer Blütezeit von Verkehrsunternehmungen in Form von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die großenteils auch heute noch bestehen und als Eigengesellschaften 5) bezeichnet werden, wenn sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile in der Hand einer einzigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft vereinigt sind. Auch die Deutsche Reichsbahn wurde damals durch das Reichsbahngesetz vom 30. 8. 1924 6) aus ihrer engen Bindung zum Reich und seinem Vermögen losgelöst und in eine AG überführt, wobei allerdings nicht in erster Linie wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern die damalige internationale Verflechtung und die Übernahme von Verpflichtungen aus dem Dawes-Plan maßgebend waren 7).

Die Entwicklung war damit zum anderen Extrem hin ausgeschlagen. Die Nachteile der Regiebetriebe waren zwar überwunden, denn die neuen, weitgehend verselbständigten Eigengesellschaften waren nunmehr strukturell den Anforderungen einer wirtschaftlichen Betriebsführung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gewachsen. Dafür waren sie aber dem Einfluß ihrer öffentlich-rechtlichen Träger so weit entrückt, daß dadurch die Einheitlichkeit der Verwaltungsführung beeinträchtigt wurde. Gleichzeitig entglitten sie auch mehr und mehr der staatlichen Kommu-

4) zitiert nach : Ballerstedt, Sozialisiertes Aktienrecht? DRZ, 6. Beiheft S. 4.

5) Dieser Begriff hat später auch Eingang in die Gesetzessprache gefunden; vgl. § 8 Abs. II und III der Eigenbetriebsverordnung vom 21. 11. 1938 (RGBl. I S. 1650) und § 72 Abs. I der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. 10. 1952 (GuVBl. NRW S. 283).

6) RGBl. II S. 272.

7) vgl. hierzu LG Hagen in DVBl. 1950, 314.

nalaufsicht, was den betroffenen Gemeinden zwar manchmal als Vorteil erscheinen mochte, in Wahrheit aber wegen der damit verbundenen Gefahr wirtschaftlicher Mißgriffe sehr unerwünscht war.

Diesen im Laufe der Zeit erkannten Unzuträglichkeiten⁸⁾ suchte der Gesetzgeber im Bereich der Gemeinden durch die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935⁹⁾ und die auf Grund der darin enthaltenen Ermächtigung erlassene Eigenbetriebsverordnung vom 21. 11. 1938¹⁰⁾ zu steuern. Das dort geschaffene Institut der Eigenbetriebe stellt einen Kompromiß dar zwischen dem Bedürfnis nach wirtschaftlicher Beweglichkeit der kommunalen Wirtschaftsbetriebe und dem Interesse an der Erhaltung der Einheitlichkeit der Gemeindeverwaltung und -aufsicht. Die Eigenbetriebe haben im Gegensatz zu den Eigengesellschaften keine eigene Rechtspersönlichkeit, sie sind aber als Sondervermögen mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung aus dem sonstigen Betriebsvermögen der Gemeinden ausgegliedert und nehmen eine organisatorische Sonderstellung ein (vgl. §§ 1, 7 EigBetrVO). Die Werkleitung ist mit Ausnahme einer genau bezeichneten Reihe von der Trägergemeinde vorbehaltenen Entschließungen selbständig und für die wirtschaftliche Führung des Betriebes voll verantwortlich. Für das Rechnungswesen - Wirtschaftsplan, Buchführung, Jahresabschluß, Jahresbericht und Selbstkostenrechnung - sind in den §§ 12 - 21 EigBetrVO eingehende Vorschriften erlassen, die die Einhaltung kaufmännischer Grundsätze bei der Führung des Betriebes gewährleisten.

Um die Durchsetzung der neuen Betriebsform sicherzustellen, wurde in § 1 EigBetrVO bestimmt, daß die Gemeinden ihre wirtschaftlichen Unternehmungen ohne Rechtspersönlichkeit als Eigenbetriebe führen müssen, wobei Befreiungen nur im engen Rahmen möglich sind. Gleichzeitig wurde in § 75 DGO die Umwandlung von Eigenbetrieben in Eigengesellschaften der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterworfen.

8) vgl. Ziff. 1) der Amtl. Begrddg. zu § 74 DGO, DReichsanz. 1935 S. 25 f.

9) RGBl I S. 49.

10) RGBl I S. 1650.

Die Eigenbetriebe sind in der Praxis auch bei den kommunalen Verkehrsbetrieben weit verbreitet und haben sich dort als brauchbare Organisationsform erwiesen ¹¹⁾. In Nordrhein-Westfalen sind ihre Rechtsgrundlagen daher auch fast unverändert in die neue Gemeindeordnung eingegangen (vgl. die §§ 74, 75), und die am 22. 12. 1953 erlassene "Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen" ¹²⁾ hat die bewährten Regelungen der alten EigBetrVO von 1938 lediglich der neuen demokratisch-parlamentarischen Gemeindeverfassung angepaßt, sonst aber im wesentlichen unverändert übernommen.

Eine den Eigenbetrieben ähnliche Organisationsform haben heute auch die beiden großen Linienverkehrs-Unternehmen des Bundes, die Deutsche Bundesbahn und die Deutsche Bundespost. Die 1924 geschaffene Deutsche Reichsbahngesellschaft wurde 1937 durch das "Gesetz zur Neuregelung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen Reichsbahn" ¹³⁾ wieder "verreichlicht", d.h. ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit entkleidet und erneut in den Rahmen der allgemeinen Reichsverwaltung eingefügt, wobei sie ein Sondervermögen des Reiches wurde. Ihre nähere rechtliche Stellung und ihr organisatorischer Aufbau wurden im Reichsbahngesetz vom 4. 7. 1939 ¹⁴⁾ festgelegt. Neben der haftungsmässigen Trennung vom übrigen Reichsvermögen (§ 1 Abs. I) enthielt es besondere Bestimmungen über eine den kaufmännischen Grundsätzen angepaßte Geschäfts- und Wirtschaftsführung, die dem Reichsverkehrsminister als Generaldirektor der Deutschen Reichsbahn oblag. Da ein Sondervermögen nach deutschem Recht nicht rechtsfähig und damit prozessual auch nicht parteifähig ist, wurde wegen des praktischen Bedürfnisses in § 2 Abs. I bestimmt, daß die Deutsche Reichsbahn im rechtsgeschäftlichen Verkehr unter ihrem Namen handeln und Prozeßpartei sein kann.

Diese Organisationform ist auch nach der Errichtung der Bundesrepublik beibehalten worden. Art. 87 Abs. I GG bestimmt, daß die Bundeseseisenbahnen "in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau" geführt werden, und das jetzige Bundesbahngesetz vom 13. 12. 1951 ¹⁵⁾ entspricht in seinen Grundzügen dem Reichsbahngesetz von 1939. Lediglich in der Führungsspitze traten an die Stelle des Gene-

11) Vielfach firmieren sie unter der Bezeichnung: Stadtwerke X, Abt. Verkehrsbetriebe.

12) GuVBl NRW 1953 S. 435.

13) vom 10. 11. 1937, RGBl II S 47.

14) RGBl I S. 205.

15) BGBl I S. 955.

raldirektors ein Verwaltungsrat und ein Vorstand. Die Geschäftsführung steht unter der Aufsicht des Bundesministers für Verkehr, dem in bestimmten Fällen ein allgemeines Weisungsrecht und ein Einspruchsrrecht zusteht.

Auch die Deutsche Bundespost hat durch Kap. II, Art. 1 des Gesetzes zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung vom 27. 2. 1934¹⁶⁾ die Stellung eines Sondervermögens mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung erhalten, die auch durch das jetzt geltende "Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundespost" (BPVG) vom 21. 5. 1953 aufrecht erhalten worden ist¹⁷⁾. Im übrigen sind die Grundzüge der rechtlichen Gestaltung ihrer Organisation dieselben wie bei der Bundesbahn¹⁸⁾.

Damit dürften wohl die gebräuchlichsten und bedeutendsten Rechtsformen genannt sein, in denen Linienverkehrsunternehmen von einer einzelnen öffentlich-rechtlichen Trägerkörperschaft betrieben werden. Daneben sind natürlich auch noch andere Organisationsformen denkbar, wie z.B. die einer kraft Gesetzes oder besonderer Verleihung rechtsfähigen öffentlichen Anstalt¹⁹⁾ oder einer rechtsfähigen Stiftung öffentlichen Rechts. Im einzelnen braucht auf diese Organisationsformen aber nicht eingegangen zu werden, weil sie jedenfalls im Bereich des Personen-Linienverkehrs kaum vorkommen.

Während bisher nur Rechtsformen von Linienverkehrsunternehmen der öffentlichen Hand behandelt wurden, bei denen eine einzelne öffentlich-rechtliche Körperschaft Träger ist - sogen. Alleinbetriebe -²⁰⁾, sollen nun die Gemeinschaftsbetriebe der öffentlichen Hand erörtert werden, die gerade bei den Verkehrsunternehmen wegen ihrer oftmals überörtlichen Struktur vielfach vorkommen. So werden beispielsweise die im Rheinisch-Westfälischen Industriegebiet verbreitet anzutreffenden Überlandstraßenbahn-Systeme meist als Gemeinschaftsbetriebe geführt, deren Träger die durch sie verbundenen Gemeinden und Gemeindeverbände sind.

16) RGBl I S. 130.

17) BGBl I S. 225.

18) vgl. hierzu das Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost (PVWG) vom 24. 7. 1953, BGBl I S. 676.

19) Die oben behandelten Eigenbetriebe sind in Ermangelung eines besonderen Rechtsträgers als nicht-rechtsfähige oder unselbstständige Anstalten anzusehen.

20) Der Ausdruck ist von v. Schenk, ZöW 1941, 214 f. übernommen.

Wenn an derartigen Unternehmungen ausschließlich öffentlich-rechtliche Körperschaften beteiligt sind, werden sie in Übereinstimmung mit Burgbacher²¹⁾ zur klareren Unterscheidung von den im nächsten Abschnitt zu behandelnden gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen zweckmäßigerweise als gemischt-öffentliche Unternehmungen zu bezeichnen sein. Als Rechtsformen bieten sich für sie die Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts an, insbesondere die GmbH und bei größeren Verkehrsbetrieben auch die AG, weil diese, wie bereits dargelegt, strukturell den Erfordernissen einer wirtschaftlichen Betriebsführung am besten gerecht werden. Sie haben sich deshalb auch in der Praxis am meisten durchgesetzt, zumal bei ihnen auch etwaigen Sonderinteressen eines Trägers durch eine geeignete Gestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung Rechnung getragen werden kann. Wenn Gemeinden als Träger beteiligt sind, besteht sogar ein gewisser Zwang, im Falle der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen eine GmbH oder AG zu gründen, weil § 69 Abs. I DGO und dementsprechend auch die neuen Länder-Gemeindeordnungen²²⁾ vorschreiben, daß für die Beteiligung einer Gemeinde an einem wirtschaftlichen Unternehmen eine Form gewählt werden muß, die ihre Haftung auf einen bestimmten Betrag begrenzt²³⁾. Eine Gemeinde könnte daher beispielsweise nicht Gesellschafterin eines Verkehrsbetriebes in Form einer OHG oder Komplementär einer KG sein. Technisch möglich wären für ein gemischt-öffentliches Unternehmen auch noch die Rechtsformen eines wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB) und einer KG a.A. (§§ 219 f. AktGes), in dem eine Gemeinde wohl Kommanditaktionär, nicht aber Komplementär sein könnte. Beide Formen kommen aber praktisch ebenfalls kaum vor.

Im übrigen haben die Gemeinden bei der Beteiligung an einem solchen gemischt-öffentlichen Unternehmen genau wie bei der Gründung, Übernahme oder Erweiterung eines Alleinbetriebes die Vorschriften des § 67 DGO bzw. die dem inhaltlich entsprechenden Bestimmungen der neuen Länder-Gemeindeordnungen zu beachten, die eine mit den natürlichen Aufgaben der Gemeinde nicht im Einklang stehende Ausweitung gemeindlicher Wirtschaftsführung verhindern wollen. Im einzelnen wird auf sie noch bei der Behandlung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen eingegangen werden.

21) Das gemischt öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Energiewirtschaft, Manuskriptdruck 1947.

22) vgl. z.B. § 71 Abs. I der NRW-Gemeindeordnung.

23) Eine entsprechende Bestimmung findet sich in § 48 der Reichshaushaltsordnung vom 14. 4. 1930 (RGBl II S. 693).

Der Gesetzgeber läßt auch hier erkennen, daß ihm jedenfalls bei einer Beteiligung von Gemeinden die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen für gemischt-öffentliche Unternehmungen unerwünscht ist, denn schon in § 69 Abs. II DGO war die Beteiligung einer Gemeinde an einem Zweckverband ausdrücklich von dem Gebot der Beschränkung der Gesellschafterhaftung auf einen bestimmten Betrag und der Anzeigepflicht an die Aufsichtsbehörde ausgenommen und die neue nordrhein-westfälische Gemeindeordnung bestimmt in § 71 Abs. IV darüber hinaus sogar, daß für eine solche Beteiligung auch die einschränkenden Bestimmungen über den Umfang der gemeindlichen Wirtschaftsführung keine Anwendung finden.

Bildung und Organisation solcher Zweckverbände, die auch bei gemischt-öffentlichen Verkehrsunternehmen gelegentlich vorkommen, sind im Zweckverbandsgesetz vom 7. 7. 1939 ²⁴⁾ festgelegt. Wenn in besonders gelagerten Fällen die Bildung eines Zweckverbandes nicht angebracht erscheint, können Gemeinden und Gemeindeverbände gemäß §§ 13, 14 des Zweckverbandsgesetzes mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde eine sogen. Ersatzvereinbarung schließen, daß anstelle eines Zweckverbandes einer der Beteiligten gegen angemessene Entschädigung seitens der übrigen die gemeinsame Aufgabe erfüllt oder den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihm betriebenen Einrichtung einräumt. Diese Möglichkeit könnte z.B. für den Anschluß einer kleineren Gemeinde an das bereits bestehende Linienverkehrsunternehmen einer größeren Nachbargemeinde ausgenutzt werden. Praktisch bestehende **derartige** Vereinbarungen sind dem Verfasser allerdings nicht bekannt geworden. Im Bereich der Personen-Linienverkehrsunternehmen haben sie sich bisher wohl ebensowenig durchsetzen können wie die Zweckverbände.

Als weitere öffentlich-rechtliche Organisationsform ist auch für gemischt-öffentliche Linienverkehrsunternehmen die rechtsfähige öffentliche Anstalt möglich, die auch von mehreren öffentlich-rechtlichen Körperschaften gemeinsam errichtet werden kann. Vom Zweckverband und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts unterscheidet sich eine solche Anstalt vor allem durch das Fehlen der Verbandsstruktur. Die Gesamtheit ihrer Träger tritt wohl als Anstaltsherr in Erscheinung, ohne aber, wie beim Zweck-

24) RGBl I S. 979.

verband, untereinander durch gemeinsame Mitgliedschaft verbunden zu sein. Im übrigen weisen solche Anstalten gegenüber den von einem einzelnen Träger errichteten keine Besonderheiten auf.

§ 7 : Gemischtwirtschaftliche Personen-Linienverkehrsunternehmen und solche privater Träger.

Bei den in Form von Gemeinschaftsbetrieben geführten Personen-Linienverkehrsunternehmen kommt es häufig vor, daß neben öffentlich-rechtlichen Körperschaften auch Privatpersonen oder juristische Personen des bürgerlichen oder Handelsrechts beteiligt sind. Gemeinden, die an der Aufrechterhaltung eines nicht rentablen Linienverkehrs oder an der Errichtung eines solchen mit zweifelhafter Rentabilität interessiert sind, suchen z.B. mitunter private Unternehmer hierfür zu gewinnen, indem sie diesen Darlehen oder Zuschüsse gewähren, Bürgschaften übernehmen oder Gewährleistungsverpflichtungen eingehen. Wenn es damit sein Bewenden hat, ohne daß der Gemeinde darüber hinaus wegen ihrer finanziellen Leistungen für das Unternehmen auch ein direkter Einfluß auf dessen Geschäftsführung eingeräumt ist, liegt eine sogenannte unechte Beteiligung vor ¹⁾.

Wenn das Unternehmen dagegen als echtes Gemeinschaftsunternehmen betrieben wird, bei dem Gemeinden oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften neben Privatpersonen auch an der Leitung beteiligt sind und also auch dort als Mitträger in Erscheinung treten, dann liegt ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vor ²⁾. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen kommen bei solchen Unternehmen praktisch nicht vor, weil die Trägerschaft bei ihnen ausschließlich öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten ist. Eine Ausnahme bilden lediglich die Zweckverbände, an denen sich nach besonderer Zulassung durch die oberste Aufsichtsbehörde auch natürliche Personen und juristische Personen des bürgerlichen oder des Handelsrechts beteiligen können (vgl. § 3 Abs. III des Zweckverbandsgesetzes).

Als Rechtsformen gemischtwirtschaftlicher Linienverkehrsunternehmen sind daher fast ausschließlich Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts anzutreffen. Die Wahlmöglichkeit unter ihnen ist aber für die Gemeinden ebenfalls durch

1) vgl. Surén-Loschelder, Komm. z. DGO, 2. Aufl. 1940, Anm. 2 d zu § 69.

2) Dies Kriterium hält auch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, S. 436, für entscheidend.

§ 69 DGO beschränkt, der auch bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen Anwendung findet und den Gemeinden eine Beteiligung an ihnen nur gestattet, wenn dafür eine Rechtsform gewählt wird, die ihre Haftung auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Der Zweck dieser Bestimmung, die inhaltlich auch in die neuen Länder-Gemeindeordnungen eingegangen ist, ist klar: Es soll verhindert werden, daß die Gemeinden unübersehbare finanzielle Risiken eingehen³⁾. Nicht infrage kommt daher die Beteiligung von Gemeinden an gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Rechtsform von offenen Handelsgesellschaften (§§ 105 f. HGB), Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§§ 705 f. BGB), eGmbH (§ 2 Ziff. 1 GenGes). Ferner kann eine Gemeinde nicht Komplementär einer KG oder KGaA sein, wohl dagegen Kommanditist bzw. Kommanditaktionär. Möglich sind ferner die Rechtsformen des wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB) und der eGmbH (§ 2 Ziff. 2 GenGes), wenn auch bei letzterer die im Besitz von Geschäftsanteilen befindliche Gemeinde kein Stimmrecht hat, da dies nur natürlichen Personen (Genossen) zusteht. Die Beteiligung an einer Genossenschaft wird daher treuhänderisch über eine natürliche Person erfolgen müssen. Als weiterer Nachteil, der bei Linienverkehrsunternehmen besonders ins Gewicht fällt, kommt hinzu, daß ungeachtet der Zahl seiner Geschäftsanteile jeder Genosse in der Generalversammlung nur eine Stimme haben kann (§ 43 Abs. II GenGes).

Die gebräuchlichsten Rechtsformen gemischtwirtschaftlicher Linienverkehrsunternehmen sind wegen ihrer bereits erwähnten strukturellen Vorzüge wiederum die Aktiengesellschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Die DGO und die insoweit übereinstimmenden neuen Länder-Gemeindeordnungen enthalten noch weitere Regelungen für die Beteiligung von Gemeinden an derartigen Unternehmungen, die sämtlich den Zweck verfolgen, "diese Beteiligung so wirksam und so sicher wie nur möglich zu gestalten"⁴⁾. § 69 DGO bestimmt, daß eine Beteiligung nur dann erfolgen darf, wenn die Voraussetzungen des § 67 DGO gegeben sind, also ein öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigt⁵⁾, dieser nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann und ferner das

3) so auch Forsthoff, Lehrb. der Verw., 6. Aufl., § 25, 5 c, S. 436.

4) Surén-Loschelder, Komm. z. DGO, 2. Aufl. 1940, Anm. 2 b bb) zu § 69 DGO; vgl. hierzu auch die entspr. Bestimmungen in § 48 der Reichshaushaltsordnung.

5) § 71 der NRW-Gemeindeordnung stellt sogar auf einen dringenden öffentlichen Zweck ab.

Unternehmen in seiner Größenordnung der Leistungskraft der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf angepaßt ist. § 68 DGO schreibt vor der Übernahme der Beteiligung eine Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde vor, damit diese noch Gelegenheit hat, etwaige Einwendungen und Bedenken vorzubringen.

Während diese Bestimmungen unmittelbar wirksam sind, weil sie Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft enthalten, ist nach erworbener Mitgliedschaft das gemischtwirtschaftliche Unternehmen für das Kommunalrecht und die staatliche Kommunalaufsicht nur noch über das Einflußrecht fassbar, das der beteiligten Gemeinde nach den Normen des Gesellschaftsrechts eingeräumt ist. Um den Willen der Gemeinde bei der Geschäftsführung der Gesellschaft soweit wie möglich zur Geltung zu bringen, bestimmen die Gemeindeordnungen, daß die Vertreter der Gemeinden in den Beschlußgremien der Gesellschaft für ihre Stimmabgabe an die Beschlüsse des Rates gebunden sind ⁶⁾. Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde können naturgemäß nur dann wirksam werden, wenn in den Unternehmen eine gemeindliche Stimmenmehrheit vorhanden ist, die in der Lage ist, ihren Willen durchzusetzen oder aber zumindest eine qualifizierte Minderheit, die bestimmte von der Mehrheit erstrebte Maßnahmen verhindern kann. So bestimmt z.B. § 71 Abs. I DGO, daß Gemeinden oder Gemeindeverbände bei einer Beteiligung von mehr als 75 % in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bei der Aufnahme von Darlehen und Kassenkrediten nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zustimmen dürfen. § 71 Abs. III der NRW-Gemeindeordnung macht die mittelbare Beteiligung einer Gemeinde von denselben Voraussetzungen abhängig, wie die unmittelbare Beteiligung, wenn die gemeindliche Beteiligung an dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, das seinerseits eine neue Beteiligung eingehen will, mehr als 50 % beträgt. Eine nicht ganz so weitgehende Bestimmung war schon im § 71 Abs. III DGO enthalten.

Privatpersonen sowie juristischen Personen des bürgerlichen oder Handelsrechts als Trägern von Personen-Linienverkehrsunternehmen ist die Wahl öffentlich-rechtlicher Organisationsformen für solche Unternehmungen versagt, da diese den öffent-

6) vgl. z. B. § 72 Abs. I der NRW-Gemeindeordnung.

lich-rechtlichen Trägern vorbehalten sind. Dagegen können sie diese in all den mannigfaltigen Rechtsformen betreiben, die das bürgerliche Recht und das Handelsrecht für eine wirtschaftliche Betätigung zur Verfügung stellen, da das Personenbeförderungsgesetz mit seinen Ausführungsbestimmungen und ebenso auch die entsprechenden Bestimmungen auf dem Gebiet des Eisenbahnrechts dem Personen-Linienverkehrsunternehmer insoweit freie Hand lassen. Ein breites Eingehen auf die einzelnen möglichen Organisationsformen erübrigt sich, weil sie durchweg schon bei der Darstellung der Unternehmensformen der öffentlichen Hand und der Formen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen behandelt wurden, sowie auch deshalb, weil bürgerlich-rechtlich und handelsrechtlich für die Errichtung und den Betrieb von Personen-Linienverkehrsunternehmen gegenüber sonstigen Unternehmen keine Besonderheiten gelten. Der besseren Übersicht halber sollen auch hier zunächst die Rechtsformen der Alleinbetriebe, bei denen eine einzelne Person Träger ist, und sodann die von einer Personenmehrheit getragenen Gemeinschaftsbetriebe behandelt werden.

Die einfachste Form des Alleinbetriebes eines Personen-Linienverkehrsunternehmens liegt vor, wenn dieses ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt wird und so klein ist, daß auf einen besonderen organisatorischen Unterbau verzichtet werden kann. Ein solcher Betrieb unterliegt dem bürgerlichen Recht. Die Bestimmungen des Handelsrechts finden auf ihn keine Anwendung, weil der Unternehmensträger kein Kaufmann im Sinne von § 1 HGB ist. Er betreibt nämlich kein Handelsgewerbe, denn ein solches ist nach § 1 Abs. II Ziff. 5 HGB im Bereich der Personenbeförderung zu Lande nur der Betrieb von zu solchen Zwecken bestimmten Anstalten. Dieser Begriff ist nicht identisch mit dem in der Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelten Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalten. Der Gesetzgeber des HGB hat mit der Verwendung des Wortes "Anstalten" vielmehr lediglich klarstellen wollen, daß die Personenbeförderung bei Kleinunternehmen kein Grundhandelsgeschäft ist. Demgemäß wird heute auch wohl einhellig die Ansicht vertreten, daß zu einer Anstalt i. S. von § 1 Abs. II Ziff. 5 HGB ein Großbetrieb gehört ⁷⁾. Ein solcher wird im allgemeinen dann vorlie-

7) Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, 2. Aufl. 1953, Anm. 40 zu § 1 HGB; Hildebrand in Schlegelberger, Komm. z. HGB, 3. Aufl. 1955, Anm. 50 zu § 1 HGB; Baumbach-Duden, Komm. z. HGB, 10. Aufl. 1953, Anm. 7 c zu § 1 HGB; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB, I Bd., 3. Aufl. 1930, Anm. 41 Ziff. 3 zu § 1 HGB; Teichmann-Koehler, Komm. Z. HGB, 1. Bd., 4. Aufl. 1936, Anm. 7 zu § 1 HGB; Julius v. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 7. Aufl. 1955, § 7 II Ziff. 5 c, S. 45.

gen, wenn nach Art und Umfang des Betriebes kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind ⁸⁾. Bei einem Unternehmer, der mit einem oder zwei Omnibussen eine Verkehrslinie bedient, und im Betrieb selbst mit am Steuer sitzt, wird das durchweg nicht der Fall sein ⁹⁾. Im Einzelfall wird die Abgrenzung zwischen Groß- und Kleinbetrieb Tatfrage sein.

Streitig ist dagegen, ob für eine Anstalt neben dem Großbetrieb noch erforderlich ist, daß der Verkehr auch fahrplanmäßig durchgeführt wird. Beim Linienverkehr ist das zwar meist der Fall. Die Frage ist aber auch dort nicht ganz ohne Bedeutung, da der Linienverkehr, wie oben auf S. 13 bereits dargelegt, nicht unbedingt fahrplanmäßig zu erfolgen braucht. Die Auffassung, die für einen anstaltsmäßigen Betrieb auch Fahrplanmäßigkeit fordert ¹⁰⁾, dürfte indes nicht haltbar sein. Der Gelegenheitsverkehr wäre dann nämlich niemals ein Grundhandelsgeschäft i. S. von § 1 Abs. II Ziff. 5 HGB. Es spricht aber nichts dafür, daß der Gesetzgeber etwa große Autodroschenbetriebe oder Omnibus-Reiseunternehmen nicht unter diese Vorschrift fallen lassen wollte. Vielmehr ist hier Julius von Gierke zuzustimmen, der eine derartige Gesetzesauslegung für gesucht hält und ausführt, daß Gesetz und Verkehrsanschauung zu einer solchen Interpretation keinen Anlaß geben und nicht der geringste Grund einzusehen sei, wieso ein Fahrplan hier die entscheidende Rolle spielen sollte ¹¹⁾.

Mit diesen Erörterungen ist schon die zweite Form von Alleinbetrieben im Personen-Linienverkehr erwähnt worden, nämlich die Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die aber wegen ihres Umfanges einen eigenen organisatorischen Unterbau und kaufmännische Einrichtungen erfordern. Bei ihnen wird es sich in der Regel um "Anstalten" im Sinne der erwähnten Bestimmung des HGB handeln, so daß ihr Träger damit Kaufmann ist und deshalb bei der Betriebsführung den Normen des

8) Hildebrand in Schlegelberger, a.a.O.;
Teichmann-Koehler, a.a.O.

9) Hildebrand in Schlegelberger, a.a.O.

10) Ehrenberg, Handbuch Bd. II, S. 39;
Dühringer-Hachenburg, a.a.O., (im Gegensatz z. 2. Aufl.).

11) so auch die heute überwiegende Auffassung; vgl. insbes.
Hildebrand in Schlegelberger, a.a.O.;
Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, a.a.O.;
Baumbach-Duden, a.a.O.

Handelsrechts unterworfen ist. Wegen der hohen Kapitalintensität von Linienverkehrsbetrieben kommen sie in der Praxis weitaus häufiger vor als die Betriebe ohne Anstaltscharakter, zumal auch die gesetzlichen Vorschriften über den Betrieb von Personen-Linienverkehrsunternehmen einen nicht unerheblichen organisatorischen Aufwand notwendig machen.

Als Alleinbetriebe mit eigener Rechtspersönlichkeit sind die in Form von Einmangeseellschaften betriebenen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu nennen. Handelsrechtliche Besonderheiten für solche Organisationsformen im Bereich des Personen-Linienverkehrs bestehen nicht.

Das Gleiche gilt auch für die von mehreren Personen als Gemeinschaftsbetriebe geführten Personen-Linienverkehrsunternehmen. Auch hier sind alle Rechtsformen zugelassen, die das bürgerliche Recht und das Handelsrecht vorsehen. Als Organisationsformen ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind hier wiederum zu nennen die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 f. BGB) und ihre Abart, die stille Gesellschaft (§§ 335 f. HGB), die offene Handelsgesellschaft (§§ 105 f. HGB) und die Kommanditgesellschaft (§§ 161 f. HGB).

Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit kommen im Bereich des Personen-Linienverkehrs vor allem vor in Form von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Möglich ist der Gemeinschaftsbetrieb solcher Unternehmen außerdem auch in Form von Kommanditgesellschaften auf Aktien (§§ 219 f. AktGes), wirtschaftlichen Vereinen (§§ 22 f. BGB) und auch in Form eingetragener Genossenschaften, wenngleich diese Formen auch praktisch wohl nicht vorkommen.

III. Kapitel : Allgemeine Grundlagen für die Beurteilung des
Rechtscharakters der Nutzungsverhältnisse im
Personen-Linienverkehr.

§ 8 : Die Gewährleistung des Personen-Linienverkehrs als Auf-
gabe des modernen Sozialstaates.

Bereits in der Einleitung ist auf die lebenswichtige Bedeutung eines reibungslos funktionierenden Verkehrswesens für die Existenz des Menschen in der heutigen Zeit hingewiesen worden. In den hochzivilisierten modernen Staaten ist das menschliche Zusammenleben gekennzeichnet durch eine sich immer feiner verästelnde arbeitsteilige Wirtschaft und ein früher unvorstellbar enges Beieinanderleben der Menschen, das zum großen Teil auch durch die gewaltige Bevölkerungszunahme bedingt ist und am sinnfälligsten in dem Begriff der großstädtischen Lebensweise zum Ausdruck kommt. Diese beiden, sich gegenseitig bedingenden und befördernden Erscheinungen haben mit ihrer immer weiter fortschreitenden Entwicklung zwar einen früher nicht für möglich gehaltenen Hochstand der Zivilisation herbeigeführt, jedoch zur Folge gehabt, daß der von dem Einzelmenschen oder der Familiengemeinschaft beherrschte Raum - das ist, um in dieser von Forsthoff¹⁾ entwickelten Terminologie zu bleiben, der Lebensraum, der dem Menschen so eng zugeordnet ist, daß er ihn als sein eigen betrachten darf - immer mehr und vielfach bis auf ein Minimum zusammengeschrumpft ist. Aus den weiten Jagdgründen der steinzeitlichen Jägerhorden hat die Entwicklung über den Hof der autarken Bauernfamilie des Altertums und Mittelalters zu der Kleinwohnung der heutigen Familie im großstädtischen Wohnblock geführt. Auf der anderen Seite hat sich der effektive Lebensraum, das ist der Raum, in dem sich das Leben des Menschen über den von ihm beherrschten Raum hinaus tatsächlich vollzieht, außerordentlich vergrößert. Während früher der Mensch in seinem ganzen Leben meist nicht über den Bereich seiner näheren Heimat hinaus kam, sind heute für den normalen Durchschnittsbürger Auslandsreisen ebensowenig mehr etwas Außergewöhnliches wie weite Entfernungen, die täglich auf dem Wege zwischen Wohnung und Ar-

1) Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 4, 5

beitsstelle zurückgelegt werden.

Die Schattenseite des modernen Zivilisationshochstandes liegt darin, daß er mit einem immer weitergehenden Verlust der früher innerhalb der Familien oder Familiengemeinschaften vorhandenen wirtschaftlichen Autarkie bezahlt worden ist. Der heutige Mensch ist nicht mehr in der Lage, sich die notwendigen und erwünschten Lebensgüter durch Nutzung eigener Sachen zu beschaffen; er muß sie sich im Wege der Appropriation zugänglich machen ²⁾.

Dieser Verlust der Privatautarkie hat überall dazu geführt, daß der Mensch in der modernen Zivilisation über die Befriedigung des elementaren Bedarfs an Nahrung, Kleidung und Obdach hinaus auf eine Reihe von weiteren Leistungen lebensnotwendig angewiesen ist. Besonders bei der großstädtischen Lebensweise wird dies augenfällig. Man stelle sich nur einmal vor, daß in einer Großstadt die Wasserversorgung, die Versorgung mit Strom oder Gas, die Kanalisation oder die Müllabfuhr versagen würden. Die Erfahrungen des Bombenkrieges haben gezeigt, daß ein allgemeines Chaos entsteht, wenn es nicht gelingt, die Versorgung mit diesen Leistungen in verhältnismäßig kurzer Zeit wieder in Gang zu bringen. Die Empfindlichkeit, mit der eine solche Situation den Einzelnen trifft, ist von dem Maße seines wirtschaftlichen Wohlergehens weitgehend unabhängig, der Arme wird dadurch genau so hart getroffen wie der Reiche.

All dies gilt ebenso für das Verkehrswesen und innerhalb dessen auch für den Personen-Linienverkehr, bei dem die laufende Anpassung der Kapazität der Verkehrsmittel an den immer weiter steigenden Bedarf und ein reibungsloses Funktionieren des Verkehrs für den modernen Menschen zu einer kaum weniger elementaren Lebensnotwendigkeit geworden ist als Nahrung, Kleidung und Obdach. Man versuche sich nur die Situation auszumalen, die etwa entsteht, wenn in einer Großstadt durch einen Streik des Fahrpersonals der Straßenbahn- und Omnibusverkehr lahmgelegt würde, oder wenn die Eisenbahn plötzlich ihren Betrieb einstellen würde!

In der Verwaltungsrechtswissenschaft gebührt Forsthoff das Verdienst, in seiner bereits erwähnten Monographie als erster in zusammenfassender Form auf die Bedeutung dieser Sozialfunktionen hingewiesen zu haben. Der von ihm hierfür geprägte Begriff der Daseinsvorsorge hat inzwischen weitgehend Eingang in die wissenschaftliche Terminologie ge-

2) Forsthoff, a.a.O., S. 5.

funden und bezeichnet allgemein diejenigen Veranstaltungen, welche zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses getroffen werden ³⁾. Zur Kennzeichnung der Verantwortung für das Funktionieren der Daseinsvorsorge hat Forsthoff den Begriff der Daseinsverantwortung eingeführt.

Damit entsteht die Frage, wer im modernen Staatswesen und insbesondere in der Bundesrepublik Träger der Daseinsverantwortung ist und damit letztlich auch für die Entwicklung und das Funktionieren des Personen-Linienverkehrs verantwortlich ist. Wegen der elementaren Bedeutung der Daseinsvorsorge für die Gesamtheit der Staatsbürger erscheint es schon an sich naheliegend, daß die Daseinsverantwortung zu den Aufgaben des Staates selbst gehört. Tatsächlich ist das in der Bundesrepublik auch der Fall. Es ergibt sich dies aus ihrer verfassungsmäßigen Grundstruktur als sozialer Rechtsstaat, die insbesondere in den Art. 20 Abs. I und 28 Abs. I des Grundgesetzes zum Ausdruck kommt. Diese vor-verfassungsrechtliche Norm - sie kann nach Art. 79 Abs. III GG auch nicht im Wege der Verfassungsänderung außer Kraft gesetzt werden - ist nicht etwa nur als programmatische Forderung anzusehen ⁴⁾, sondern als zugunsten des Staatsbürgers unmittelbar verbindlicher, aktueller Rechtssatz ⁵⁾, als generelle Ermächtigung an die Gesetzgebung zu konkretisierenden Gesetzen, die verpflichtenden Charakter besitzt ⁶⁾.

Mit Hamann läßt sich dieser Grundsatz der Sozialstaatlichkeit in weitester Form bestimmen als Präzisierung der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. I GG) auf den sozialen Bereich, als Inbegriff aller Verpflichtungen des Staates, die Achtung der Menschenwürde im sozialen Bereich zu verwirklichen, die neben den Befugnissen zu Eingriffen, die diesem Zweck dienen, vor allem

-
- 3) a.a.O., S. 6; vom Gesichtskreis des Wirtschaftsrechts aus ist Hedemann zu den gleichen Erkenntnissen gekommen, vgl. Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939, S. 203, 224.
- 4) so noch Wernicke im Bonner Kommentar zum GG, Erl. II 1 d zu Art. 20 GG.
- 5) Hamann, Komm. z. GG, 1956, Einf. I D 2 S. 31; Scheuner, VVdStRL 12 (1954) S. 12; Forsthoff, ebenda, S. 21; Klein, Bonner GG und Rechtsstaat, ZGesStW 106 (1950) S. 390 f. BVerwG 1, 161, BGHZ 9, 89; BAG in NJW 1955, 79.
- 6) BVerfG 1, 105.

auch die Pflicht zu entsprechendem Gewähren umfaßt 7). Bachof 8) konkretisiert diese Verpflichtung treffend dahin, daß sie die Hilfe des Staates in allen Fällen sozialer Bedürftigkeit gebietet, wobei diese nicht etwa lediglich im fürsorgerechtlichen Sinne zu verstehen ist, sondern jede existenzielle Abhängigkeit von der staatlichen Daseinsvorsorge auf allen ihren weitverzweigten Gebieten umfaßt. Wolff 9) konkretisiert diese Daseinsverantwortlichkeit des Staates noch weiter als Einstehenmüssen seiner Organe dafür, "daß niemand ohne Sicherheit seines Lebens, seiner Gesundheit und seines Eigentums, aber auch niemand ohne Wohnung, Ernährung, Kleidung, Licht, Hygiene, Krankenversorgung, Verkehrsmöglichkeit oder Bildungsmöglichkeit bleibt"

Den Organen des Staates, als die hier hauptsächlich die gesetzgebenden Körperschaften, die Regierung und vor allem die Verwaltung infrage kommen, stehen nun zwei Wege zur Verfügung, auf denen sie in Wahrnehmung der ihnen obliegenden Daseinsverantwortung ihrer Verpflichtung nachkommen können, die Daseinsvorsorge für die Angehörigen des Staatsvolkes zu gewährleisten. Einmal können sie sich hierzu eigener Unternehmen bedienen, wie das im Bereich des Personen-Linienverkehrs etwa bei den oben in § 6 behandelten Verkehrsbetrieben der öffentlichen Hand der Fall ist. Daneben haben sie aber auch die Möglichkeit, fremde Unternehmen in den Dienst dieser Aufgabe zu stellen, indem sie diese durch staatliche Hoheitsakte in ihrem funktionellen Zusammenhang erfassen und in den Dienst dieser Aufgabe stellen. Der Zugriff, der in der Form erfolgt, daß solche Unternehmen durch Festsetzung konkreter Leistungspflichten in den Dienst der Daseinsvorsorge gestellt und gleichzeitig einer besonderen Verantwortung gegenüber der Verwaltung unterworfen werden, erstreckt sich dann also nicht auf die Betriebsmittel der betreffenden Unternehmen, sondern auf die Unternehmen als solche, ihre Betriebsführung und ihre wirtschaftliche Gebarung 10).

Ein solcher Zugriff kann sich richten auf die wirtschaftliche Einrichtung als Ganzes oder aber lediglich auf einzelne ihrer Funktionen. Im Bereich des Personen-Linienverkehrs ist, wie später noch zu zeigen sein wird, der erste Weg gewählt und von der umfassenderen Form des Zugriffs Gebrauch gemacht worden.

7) Hamann, Komm. z. GG, Einf. I D 2, S. 31.

8) VVdStRL 12 (1954) S. 39.

9) Verwaltungsrecht I, 1956, § 11 II a 4, S. 37.

10) Forsthoff, Lehrb. des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, Vorbem. vor § 19, S. 308.

§ 9 : Die Stellung der Daseinsvorsorge im System des deutschen Verwaltungsrechts.

Die Einordnung der Daseinsvorsorge als aktueller Verpflichtung der Organe des sozialen Rechtsstaats in das System des Verwaltungsrechts bereitet der Verwaltungsrechtswissenschaft auch heute noch erhebliche Schwierigkeiten. Das hat entwicklungsgeschichtliche Ursachen, die vor allem in zwei Erscheinungen liegen:

Einmal ist die Daseinsvorsorge als soziologisches Phänomen im Vergleich zum Alter der Verwaltungsrechtswissenschaft verhältnismäßig jung, da sie eine Folge der massentümlichen Zivilisationsform ist, die sich im wesentlichen im Anschluß an die große Industrialisierungswelle entwickelt hat, die im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts ihren Anfang nahm. Noch wesentlich jünger ist die Erkenntnis, daß die Daseinsvorsorge im sozial orientierten modernen Staatswesen Aufgabe des Staates ist, die dieser in Wahrnehmung der ihm obliegenden Daseinsverantwortung zu gewährleisten hat. Sie hat erst nach dem ersten Weltkrieg angefangen, sich durchzusetzen, und ihre wissenschaftliche Durchdringung kann bis heute bei weitem noch nicht als abgeschlossen angesehen werden.

Hinzu kam, daß dieser sich damit der Verwaltung erschließende neue Aufgabenbereich sich nicht in die herkömmliche Systematik der Verwaltungstätigkeiten einfügen ließ, die damals an dem konstitutionell-liberalen Staatsbild des bürgerlichen Rechtsstaats orientiert war. Aufbauend auf der Anerkennung einer individuellen Freiheitsphäre der Staatsbürger, die ihren wesentlichen Niederschlag in den Grundrechten fand, und der sich daraus im Verhältnis des Einzelnen zum Staat ergebenden Polarität; staatlicher Zwang - individuelle Freiheit, wurde die Exekutive beherrscht von dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der neben dem Vorrang des Gesetzes den sogenannten Vorbehalt des Gesetzes umfaßt, wonach jeder Eingriff in die individuelle Freiheits- und Eigentumsphäre des Bürgers an eine gesetzliche Ermächtigung gebunden ist. Die Verwaltungstätigkeit wurde in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der dabei zur Anwendung kommenden Zwangsgewalt betrachtet. Sie konzentrierte sich entsprechend dem liberalen Staatsideal auf die Erhaltung der äußeren Sicherheit und Ordnung, um damit die äußeren Bedingungen für die freie Entfaltung und Sozialgestaltung der bür-

gerlichen Gesellschaft zu schaffen¹⁾. Daneben stand als zweite Form der Verwaltungstätigkeit die Verwaltung der fiskalischen Betriebe, die nicht unmittelbar öffentlichen Aufgaben dienen, sondern dazu bestimmt sind, mit ihrem Kapitalwert oder durch ihren Ertrag den öffentlichen Kassen Mittel zur Führung der öffentlichen Verwaltung zu schaffen²⁾. In diesem Bereich galten auch für die Verwaltung erwerbswirtschaftliche Grundsätze. Sie wurde als im wesentlichen den konkurrierenden privaten Unternehmern gleichstehend angesehen.

Zu diesem Dualismus von obrigkeitlicher Eingriffsverwaltung und fiskalischer Verwaltung trat nun die sich vor allem im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung entwickelnde neue Tätigkeit der Verwaltung auf den später in dem Begriff der Daseinsvorsorge systematisch zusammengefaßten Lebensgebieten. In die überkommenen Vorstellungen der Verwaltungstätigkeit ließ sie sich nicht einpassen. Von der fiskalischen Verwaltung unterschied sie sich dadurch, daß ihre Leistungen unmittelbar gemeinnützig der Wohlfahrt des einzelnen Bürgers dienen, während es für eine Einordnung in den Bereich der obrigkeitlichen Verwaltung vielfach an dem damals für diese als kennzeichnend angesehenen Merkmal der Zwangsgewalt fehlte. Im Laufe der Zeit setzte sich dann die Erkenntnis durch, daß es sich hier um einen dritten Bereich der Verwaltungstätigkeit handelte, der systematisch zwischen die obrigkeitliche Eingriffsverwaltung und die fiskalische Verwaltung gehörte.³⁾ Ihre terminologische Bezeichnung ist auch heute noch nicht einheitlich. Köttgen⁴⁾ bezeichnet sie als Fürsorgeverwaltung. Das erscheint jedoch nicht sehr glücklich, weil sich diese Begriffsbezeichnung nicht sinnfällig gegen den überkommenen Fürsorgebegriff im Sinne der Fürsorgepflichtverordnung abhebt. Teilweise wird sie als pflegende Verwaltung bezeichnet⁵⁾. Am prägnantesten dürfte im Anschluß an den von Forsthoff eingeführten Begriff der Daseinsvorsorge ihre Bezeichnung als Vorsorgeverwaltung sein.

1) Wolff, VwRecht I, § 9 I b 1, S. 29.

2) wüEVRO S. 417; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 50; Fleiner, Institutionen, 8. Aufl. 1928, S. 323.

3) Auf die Notwendigkeit dieser dogmatischen Neuorientierung hat vor allem und besonders eindringlich Forsthoff in seiner bereits genannten Monographie; "Die Verwaltung als Leistungsträger" hingewiesen; vgl. insbes. S. 1 - 20 pass.

4) Deutsche Verwaltung, 1936, S. 158 f.

5) so auch von Wolff, VwRecht I, § 3 II c S. 14.

Die eingangs erwähnten Schwierigkeiten erschöpfen sich aber keineswegs darin, diese neue Form der Verwaltungstätigkeit zu erfassen. Die eigentliche Problematik liegt vielmehr darin, festzustellen, in welcher Rechtsform die Verwaltung bei der Erfüllung ihrer neuen Aufgabe auftritt und diese in das System der überkommenen Rechtsformen der Verwaltungstätigkeit einzuordnen.

Ausgangspunkt solcher Bemühungen muß die Tatsache sein, daß der Verwaltung für ihre Tätigkeit, die in der Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer politischen Personenmehrheit besteht⁶⁾, öffentliche Gewalt anvertraut ist. Die darin zum Ausdruck kommende Machtstellung gibt ihr die Möglichkeit, ihre Tätigkeit in obrigkeitlicher Form auszuüben. Andererseits sind die Organe der öffentlichen Verwaltung aber nicht genötigt, in jedem Falle obrigkeitlich tätig zu werden. Vor allem die zum Finanzvermögen der öffentlichen Hand gehörenden Wirtschaftsbetriebe, z.B. Kohlenzechen oder staatliche Porzellanmanufakturen, werden rechtlich in derselben Weise verwaltet, wie dies auch bei privaten Konkurrenzbetrieben geschieht. Diese Verwaltungsform wird allgemein als fiskalische Verwaltung bezeichnet.

Damit sind die beiden großen Rechtsformen der Verwaltungstätigkeit aufgezeigt, in die nunmehr die Vorsorgeverwaltung einzuordnen wäre. Die Schwierigkeiten liegen hier ähnlich wie bei ihrer Einordnung in den Bereich der Verwaltungstätigkeiten. Auf den ersten Blick wird erkennbar, daß sie sich nicht ohne weiteres in die Rechtsform der fiskalischen Verwaltungstätigkeit einpassen läßt, wenn man beispielsweise den Fall herausgreift, daß eine Stadtgemeinde eine Müllabfuhr einrichtet und alle Gemeindegewohner durch Ortsstatut zwingt, ihren Müll von der städtischen Müllabfuhr abfahren zu lassen (sogen. Anschlußzwang). Diese Zwangsmittel stehen einem privaten Unternehmer nicht zur Verfügung. Es kann sich daher nicht um fiskalische Verwaltung handeln, vielmehr liegt hier obrigkeitliches Handeln in Ausübung öffentlicher Gewalt vor. Andererseits könnte dieselbe Stadtgemeinde ein städtisches Krankenhaus bauen und seinen Betrieb in eigener Regie führen, weil die vorhandenen Krankenhäuser privater Träger für die lebenswichtige ärztliche Versorgung der Be-

6) Wolff, VwRecht I, § 3 I a S. 13.

völkerung nicht mehr ausreicht. Hier wird die Verwaltung fiskalisch tätig, denn genau dasselbe könnte in derselben Form auch ein privater Unternehmer tun ⁷⁾.

Die Vorsorgeverwaltung bedarf der obrigkeitlichen Gestaltung nicht. Sie ist aber andererseits auch sehr wohl einer solchen fähig. Es zeigt sich also, daß sie auch in ihrer Rechtsform auf der Grenze zwischen obrigkeitlicher Verwaltung und fiskalischer Verwaltung steht.

Die Schwierigkeiten ihrer Einordnung werden noch erhöht durch den Umstand, daß die Anwendung obrigkeitlichen Zwanges durch die Verwaltung zwar eine besonders sinnfällige Erscheinungsform, aber keineswegs das entscheidende Kennzeichen ihrer Tätigkeit im hoheitlichen Bereich ist. Zwar zeigt seine Anwendung an, daß hoheitliches Verwaltungshandeln vorliegt, aber umgekehrt braucht durchaus noch keine fiskalische Verwaltungstätigkeit vorzuliegen, wenn die Verwaltung bei ihrer Tätigkeit auf obrigkeitlichen Zwang verzichtet oder aber zu seiner Anwendung keine gesetzliche Möglichkeit hat. Der obrigkeitliche Zwang ist vielmehr das Kriterium, wonach sich die hoheitliche Tätigkeit der Verwaltung in zwei Gruppen einteilen läßt, die gemeinhin als obrigkeitliche Verwaltung und schlichte Hoheitsverwaltung bezeichnet werden. Diese vor allem

7) Erst recht liegt vielfach fiskalische Tätigkeit der Verwaltung vor, wenn der Begriff der Daseinsvorsorge in dem von Forsthoff (Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 6. Aufl. 1956, Vorbem. vor § 19, S. 306) neuerdings gegenüber seiner ursprünglichen Konzeption (Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 41) erweiterten Sinne dahin aufgefaßt wird, daß sie alles umfaßt, "was von der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen." Danach würde z.B. auch der Betrieb einer an sich unrentablen Kohlenzeche zur Daseinsvorsorge gehören, den die Verwaltung deshalb aufrecht erhält, um den dort beschäftigten Arbeitern die Arbeitsplätze zu erhalten. Ja sogar die Einrichtung und der Betrieb von Einzelhandelsgeschäften durch eine ländliche Gemeinde wäre Vorsorgeverwaltung, wenn dies in erster Linie deshalb geschähe, um den Bürgern günstige Einkaufsmöglichkeiten am Orte zu eröffnen. Der eigentliche Bereich der fiskalischen Verwaltung wäre dann kaum noch zu typisieren, weil auch in der öffentlichen Wirtschaft neben dem Gewinnstreben in zunehmendem Maße soziale Gesichtspunkte in den Vordergrund treten. Es erscheint daher angebracht, einer solchen Verwässerung des Daseinsvorsorge-Begriffes zu begegnen, indem man Forsthoffs sonst brauchbare Definition dadurch einengt, daß anstatt auf "nützliche" auf "notwendige" Leistungen abgehoben wird.

vom Reichsgericht auf dem Gebiete der Amtshaftung⁸⁾ entwickelte Unterscheidung ist seit langem auch Allgemeingut der Verwaltungsrechtswissenschaft geworden⁹⁾.

Da die Verwaltung auch bei ihrer Tätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge sehr wohl ohne obrigkeitlichen Zwang auszukommen vermag, und seine Anwendung dort sogar verhältnismäßig selten ist, muß die Rechtsform für die dort ausgeübte Leistungstätigkeit also vorwiegend im Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung und der fiskalischen Verwaltung liegen. Wo sie nun einzuordnen ist, kann generell nicht entschieden werden, weil es für die Vorsorgeverwaltung an einer gesetzlichen Gesamtregelung fehlt und es daher notwendig ist, diesen komplexen Begriff aufzulösen. In ihm ist eine ganze Reihe von Leistungen zusammengefaßt, deren der Mensch unter den heutigen soziologischen Gegebenheiten notwendig bedarf, und der Personen-Linienverkehr ist nur ein Teil davon. Die Leistungen auf den Gebieten der Daseinsvorsorge werden zudem von einer Vielzahl unterschiedlich organisierter Unternehmen dargeboten. Soweit daher nicht gesetzliche Regelungen wenigstens für Gruppen von Leistungen der Daseinsvorsorge vorhanden sind, anhand derer die Einordnung in den Bereich der hoheitlichen oder der fiskalischen Verwaltung möglich ist, muß dieses Bemühen von der rechtlichen Struktur der einzelnen Unternehmen ausgehen, die im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind¹⁰⁾. Das ist in der Tat bisher auch geschehen, erweist sich jedoch in sehr vielen Fällen als außerordentlich schwierig. Die Träger der Verwaltung sind nämlich im Rahmen der auch für sie geltenden gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich frei in ihrer

8) § 839 BGB in Verb. mit Art. 131 WRV, bzw. heute Art. 34 GG; vgl. z.B. RGZ 144, 262 (267); 145, 182 (185); 165, 91 (97/98); 168, 143 (158). Sie ist jetzt auch vom BGH übernommen worden, vgl. BGHZ 9, 145 und 16, 111 sowie BGH in NJW 1956, 745.

9) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, § 2 I S. 21; Nebinger, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1946, § 1 A 1, S. 3; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 II b S. 75.
Die dagegen von v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954, auf S. 23 in Anm. 3) erhobenen terminologischen Bedenken dürften nicht begründet sein, weil die Bezeichnungen im praktischen Gebrauch so sehr geläufig geworden sind, daß die Gefahr einer mißverständlichen Deutung ihres Sinngehaltes nicht mehr akut sein dürfte.

10) Für die in privatrechtlichen Rechtsformen betriebenen Unternehmen der öffentlichen Hand, die gemischtwirtschaftlichen Betriebe und die reinen Privatunternehmen stellt sich dabei noch die Vorfrage, ob sie überhaupt öffentliche Verwaltung ausüben können und gegebenenfalls wieweit das bei ihnen der Fall ist.

Entscheidung, ob sie Leistungen auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge in fiskalischer oder in hoheitlicher Form gewähren wollen. Die Kunst der Verwaltungsführung besteht gerade darin, die jeweils für den bestimmten Zweck am besten geeignete Form zu finden und anzuwenden¹¹⁾. Da für die Einordnung eines bestimmten Unternehmens der in seiner rechtlichen Struktur zum Ausdruck gekommene Wille des Verwaltungsträgers maßgebend ist¹²⁾, muß also dieser ermittelt werden und zwar meist im Wege mühevoller Auslegung, weil er bei den meisten Unternehmen leider nicht klar zum Ausdruck gekommen ist. Es würde an dieser Stelle zu weit führen, die einzelnen, für die Unterscheidung in Betracht kommenden Kriterien aufzuzeigen. Hier soll vielmehr der allgemeine Hinweis auf die Schwierigkeit des Unterfangens und die bestehenden weitgehenden Meinungsverschiedenheiten in Wissenschaft und Praxis genügen, zu deren Kennzeichnung nur auf die Problematik der rechtlichen Einordnung der kommunalen Versorgungsbetriebe hingewiesen sei, die in allen Lehrbüchern des Verwaltungsrechts bei den Erörterungen über die öffentlichen Anstalten einen breiten Raum einnehmen, ohne daß angesichts des Fehlens klarer gesetzlicher Regelungen hier bis heute eine dogmatisch und systematisch allseits befriedigende Lösung gefunden worden wäre.

Dennoch dürfen die bestehenden Schwierigkeiten nicht davon abhalten, die Einordnung im Einzelfall vorzunehmen, da sie gegebenenfalls von entscheidender Bedeutung für die Arten der entstehenden Ansprüche und ihre Rechtsformen, die Rechtsmittel, Zuständigkeiten u.a.m. ist. Dies wird besonders deutlich, wenn man die Tatsache bedenkt, daß die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltung parallel läuft mit dem Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. Es ist allgemein anerkannt, daß die hoheitliche Verwaltung öffentlichem Recht folgt, während die fiskalische Verwaltung den Normen des Privatrechts untersteht. Diese Synonymität der Begriffspaare erschließt aber zugleich die Möglichkeit, die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht für die Einordnung von Unternehmen der Daseinsvorsorge in den Bereich der hoheitlichen oder fiskalischen Verwaltung heranzuziehen. Läßt sich nämlich feststellen, daß das Unternehmen in seiner Struktur öffentlich-rechtlich konzipiert ist, dann gehört es in den Bereich der hoheitlichen Verwaltung. Ist die Struktur dagegen privat-

11) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 III a, S. 75.

12) so die wohl einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur; vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, § 22 II 1, S. 513; Forsthoff, Lehrbuch, § 21 II, S. 342, sowie RGZ 158, 83 (91).

rechtlich ausgerichtet, haben wir es mit fiskalischer Verwaltung zu tun. Es ist also eine Prüfung angebracht, ob sich öffentliches und privates Recht anhand allgemein gültiger und klar faßbarer Kriterien sauber scheiden lassen.

§ 10 : Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.

Dieses Problem ist fast so alt wie die gesamte Rechtswissenschaft, und heute ist weitgehend die Ansicht verbreitet, daß eine allseits befriedigende Lösung noch nicht gefunden worden ist und vielleicht auch gar nicht möglich ist. Dabei hat es an Versuchen, eine klare Abgrenzung zu finden, wahrlich nicht gefehlt, und demgemäß ist auch eine Vielfalt von Theorien entwickelt und verfochten worden, auf die hier im einzelnen einzugehen weit über den Rahmen dieser Untersuchung hinaus gehen würde ¹⁾.

Zunächst muß festgehalten werden, daß ein Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht tatsächlich besteht. Die ihn leugnende monistische Theorie der von Kelsen begründeten Wiener Schule ²⁾ hat sich nicht durchsetzen können. Erst recht ist eine Unterscheidung im deutschen Rechtskreis erforderlich geworden, nachdem das Grundgesetz in Art. 93 Abs. I Ziff. 4 ausdrücklich von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten spricht.

Die älteste, eine zeitlang herrschende und auch heute vereinzelt noch vertretene Theorie ist unter der Bezeichnung Interessentheorie bekannt ³⁾. Aufbauend auf Ulpian, D I 1.1 § 2 ⁴⁾, definiert sie, daß öffentliches Recht vorliegt, wenn allein oder zumindest überwiegend

-
- 1) In seiner 1904 verfaßten Züricher Dissertation über das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht erwähnt Holliger bereits 17 verschiedene Ansichten. Eine kurze Übersicht über die von den einzelnen Theorien verwandten hauptsächlichsten Unterscheidungskriterien findet sich bei Wolff, VwRecht I, § 22 II a, S. 68/69, wo ihre Brauchbarkeit jeweils auch kurz kritisch gewürdigt ist.
 - 2) Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, AÖR 31 (1913) S. 53 f.; derselbe, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 80 f.; Weyer, Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, GrünhutsZ 40 (1914), 183 f.
 - 3) von ihren Hauptvertretern seien genannt:
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, 1. Buch S.22;
Wach, Handb. des Dt. Zivilprozeßrechts, 1885, 1. Bd., S. 93 f.;
Endemann, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, 1903, Bd. 1, S. 25.
Auch das Reichsgericht hat sie zeitweilig vertreten, jedoch später zugunsten der Subjektionstheorie wieder aufgegeben, vgl. RGZ 57, 350 (352); 64, 197 f.; 125, 109.
Heute noch vertritt sie v. Turegg, Lehrb. des VwRechts, 2. Aufl. 1954, Kap. III 1 a S. 36.
 - 4) Publicum jus est, quod ad statum rei Romanum spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

Zwecke der Allgemeinheit verfolgt werden, Privatrecht dagegen, wenn es sich um Zwecke von einzelnen Personen oder Personengruppen handelt. Hiergegen läßt sich mit Recht einwenden, daß die Ermittlung des überwiegenden Allgemein- oder Privatinteresses vielfach kaum möglich ist, da die Abwägung oft eine Vielzahl kollidierender Interessen umgreifen muß. So wird die Gestaltung von Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Personen auf weiten Gebieten - z.B. im Familienrecht - nicht nur im Interesse der dadurch berührten Personen, sondern weitgehend auch im Interesse der Allgemeinheit liegen. Umgekehrt liegen Maßnahmen, mit denen Zwecke der Allgemeinheit verfolgt werden, oft weitgehend zugleich im Interesse von Einzelpersonen, z.B. in der öffentlichen Gesundheitsfürsorge. Wolff ⁵⁾ formuliert allgemein, daß alles Recht der Ordnung menschlichen Zusammenlebens dient und daher öffentlich und im öffentlichen Interesse gilt, dabei auch zugleich für Einzelmenschen und in deren Interesse. Zudem lassen sich für die Wertung der widerstreitenden Interessen keine objektiven Kriterien finden. Aus diesen Gründen ist die Interessentheorie für die angestrebte Unterscheidung unbrauchbar, da sie gerade in den zweifelhaften Fällen keine eindeutigen Ergebnisse liefern kann.

Die heute herrschende Theorie für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist die sogen. Subjektionstheorie, die mitunter auch als Mehrwerttheorie bezeichnet wird ⁶⁾. Eine von ihren Vertretern wohl allgemein anerkannte Ausprägung hat sie im Kommentar von Stein-Jonas-Schönke ⁷⁾ gefunden:

5) Verwaltungsrecht I, § 22 II a Ziff. 6 S. 69.

6) von ihren Vertretern seien genannt:
Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 384 f.;
Fleiner, Institutionen, 8. Aufl., 1928, S. 51 f.;
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl. 1931, S. 15;
Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, § 6 Ziff. 2 S. 98 f.;
ferner die führenden Kommentare zur ZPO:
Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl. 1953, Vorbem. II A 1 vor § 1;
Baumbach-Lauterbach, 24. Aufl. 1956, Vorbem. I B vor §§ 13 - 17 GVG; sowie
Rosenberg, Lehrbuch des Dt. Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. 1956, § 1 V S. 5;
Auch das Reichsgericht ist ihr zuletzt in ständiger Rechtsprechung gefolgt:
vgl. RGZ 153, 1 f.; 154, 167 f.; 166, 218 f.; 167, 284.

7) Komm. z. ZPO, 18. Aufl. 1953, Vorbem. II A 1 vor § 1, S. 56.

"Maßgebend ist das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch oder die sonstige Rechtsfolge abgeleitet wird, nicht der sogenannte Rechtstitel oder die Eigenschaft als vermögensrechtlicher Anspruch."

"Öffentlich-rechtlich ist das Rechtsverhältnis, in dem der Einzelne kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates oder einer sonstigen öffentlichen Gemeinschaft zu dieser öffentlichen Gewalt oder ihren Trägern oder den der gleichen Gewalt Unterworfenen steht.

Privatrechtlich ist das Rechtsverhältnis der Gasetzesuntertanen zueinander, das nicht unmittelbar von ihrer Zugehörigkeit zu einem Gemeinwesen beeinflusst wird."

Danach ist das entscheidende Kennzeichen für die Zugehörigkeit eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht die in ihm zum Ausdruck kommende öffentliche Gewalt, die ihren Trägern ein rechtliches Übergewicht gegenüber anderen Rechtssubjekten verleiht. Im privaten Recht fehlt diese öffentliche Gewalt. Dort stehen die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten sich gleichgeordnet gegenüber.

Bei diesem Begriffspaar Unterordnung - Gleichordnung setzen auch gleich die hauptsächlichsten Angriffe gegen die Subjektionstheorie ein. Es wird mit Recht eingewandt, daß es unzweifelhaft dem Privatrecht angehörende Rechtsverhältnisse gibt, innerhalb derer die Beteiligten nicht gleichgeordnet, sondern über- bzw. untergeordnet sind, z. B. im Rahmen der elterlichen Gewalt oder bei vielen Arbeitsverhältnissen. Andererseits gibt es ebenso unstrittig im öffentlichen Recht wurzelnde Rechtsbeziehungen, wo die Beteiligten völlig gleichgeordnet nebeneinander stehen, z. B. im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Verträgen oder all den anderen Materien, die Gegenstand echter Parteistreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten sein können. Schließlich gibt es Rechtsverhältnisse, bei denen überhaupt keine Beteiligten vorhanden sind und die somit anhand des Begriffspaares Unterordnung - Gleichordnung überhaupt nicht als zum öffentlichen oder privaten Recht gehörig klassifiziert werden können.

Des weiteren bietet die Subjektionstheorie kein exaktes Kriterium, wann ein an einem Rechtsverhältnis Beteiligter in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig wird. Wie bereits im vorigen Paragraphen angedeutet, können Träger öffentlicher Gewalt im Rechtsverkehr auch ohne diese tätig werden, eben im Bereich der fiskalischen Verwaltung. Zudem liegt der Kreis der potentiellen Träger öffentlicher Gewalt nicht fest. Auch Subjekte des Privatrechts können mit öffentlicher Gewalt beliehen werden, und die Schwierigkeiten, zu deren Lösung die Subjektionstheorie keinerlei Hilfe bietet, bestehen oftmals gerade darin, im Einzelfall

zu erkennen, ob eine Beleiung vorliegt oder nicht ⁸⁾. Wie läßt sich erkennen, wann eine "sonstige öffentliche Gemeinschaft" im Sinne der oben angeführten Definition vorliegt? Zudem ist, worauf Wolff ⁹⁾ zutreffend hinweist, eine "öffentliche Gemeinschaft" ein Selbstwiderspruch.

Es läßt sich auch nicht von etwaigen das Rechtsverhältnis beeinflussenden Zwangsbefugnissen auf das Vorliegen öffentlicher Gewalt schließen, da die Zwangsbefugnisse sich ja gerade erst aus dieser ergeben.

All das könnte noch angehen, wenn der Bereich des Privatrechts mit Hilfe der Subjektionstheorie eindeutig erfaßbar wäre. Aber hier erhebt sich neben der Zweifelhafteigkeit der dort angeblich herrschenden Gleichordnung auch das weitere Bedenken, daß auch dem öffentlichen Recht Rechtsverhältnisse eigen sind, die nicht von der unmittelbaren Zugehörigkeit des Unterworfenen zu einem Gemeinwesen beeinflusst sind. Wolff ¹⁰⁾ verweist hier mit Recht auf die Ausländer, zu denen danach überhaupt keine öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen bestehen könnten.

Den tieferen Grund für alle diese Unzulänglichkeiten der Subjektionstheorie hat Wolff in seiner bereits genannten Abhandlung aufgezeigt ¹¹⁾. Er stellt zunächst zutreffend fest, daß der Begriff des Rechtsverhältnisses, auf den die herrschende Lehre abhebt, komplex ist, da es einen - abstrakten - Rechtssatz und einen - konkreten - Lebenssachverhalt umgreift, die einen Anspruch begründen, wenn der Sachverhalt mit dem Tatbestand des Rechtssatzes übereinstimmt ¹²⁾. Da die herrschende Lehre ausdrücklich darauf hinweist, daß nicht der Rechtstitel maßgebend sei, stellt sie somit nicht auf den das Rechtsverhältnis bestimmenden Rechtssatz, sondern auf den Sachverhalt ab. Dabei übersehen ihre Vertreter aber, daß die unterschiedlichen sozialen Lebensverhältnisse für den Gesetzgeber ja gerade erst der Anlaß sind, sie entweder durch Rechtssätze des öffentlichen Rechts oder aber durch solche des Privatrechts zu ordnen. Zwar wird er dieser sich aus den Sachverhalten ergebenden unterschiedlichen Notwendig-

8) vgl. hierzu die unten in § 14 folgenden Ausführungen.

9) Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AÖR 76 (1950) S. 205 f.

10) a.a.O. S. 206.

11) a.a.O. S. 211.

12) a.a.O. S. 205.

keit im allgemeinen in der richtigen Weise Rechnung tragen. Das muß aber nicht unbedingt der Fall sein, und ob es der Fall ist, ist gerade in den Grenzgebieten am meisten zweifelhaft, wo die Theorie der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ihre eigentliche Bewährungsprobe zu bestehen hat.

Aus diesem Grunde kann auch der Versuch, das Problem durch eine Kombination der Subjektionstheorie mit der Interessentheorie zu lösen, letztlich nicht den erstrebten Erfolg bringen. Dieser Weg ist in dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg von 1931 besprochen worden¹³⁾. Es ist zwar zuzugeben, daß dadurch eine Reihe der oben angeführten Bedenken ausgeräumt und in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle eine richtige Klassifizierung möglich ist. Dennoch wird auch sie wegen der beiden Theorien inhärenten grundsätzlichen Unzulänglichkeiten gerade in schwierigen Zweifelsfällen versagen und außerdem bleibt das Bedenken, daß die Lösung dogmatisch nicht befriedigend ist.

Neuerdings ist nunmehr von Wolff in seiner bereits genannten grundsätzlichen Abhandlung eine neue Theorie der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht entwickelt worden, die auf die in Ansätzen schon früher gelegentlich vertretene Rechtstiteltheorie zurückgeht und von ihm weiter entwickelt und verfeinert worden ist¹⁴⁾. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre geht er davon aus, daß der Unterschied zwischen beiden Gebieten ein rechtssystematischer des objektiven Rechts ist und folgert daraus, daß die Unterscheidung an die Rechtssätze anknüpfen muß, weil das objektive Recht aus Rechtssätzen besteht. Die logische Form der Rechtssätze definiert er allgemein dahin, daß ein Zurechnungsobjekt eine Rechtsfolge setzen soll oder darf, wenn durch ein Zurechnungsobjekt oder durch ein sonstiges Ereignis der die Rechtsfolge bedingende Tatbestand erfüllt wird. Dabei können Zurechnungs- und Zuordnungsobjekt identisch sein, sie müssen es aber nicht. Wenn z.B. durch einen Kraftfahrer als Zurechnungsobjekt der Tatbestand des § 7 StVG erfüllt wird - ein Fußgänger wird beim Betriebe des Kraftfahrzeuges angefahren und verletzt -, so darf dieser Fußgänger als Rechtssubjekt die in der

13) S. 68: "Das öffentliche Recht umfaßt alle Verhältnisse, in denen der Staat, Körperschaften oder Anstalten als Träger der Staatshoheit Einzelnen gegenüberstehen, und es umfaßt außerdem die Verhältnisse, in denen der Staat, Körperschaften, Anstalten oder Einzelne einander gleichgeordnet gegenüberstehen, soweit diese Verhältnisse überwiegend im öffentlichen Interesse geordnet sind.

14) AÖR 76 (1950) S. 205 f.; vgl. auch Verwaltungsrecht I, § 22 II c, S. 69/70.

genannten Vorschrift vorgesehene Rechtsfolge setzen und den Halter des Kraftfahrzeuges als Pflichtsubjekt auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, der seinerseits verpflichtet ist, diesen in dem in den §§ 7 ff. StVG festgelegten Umfange zu leisten. Fußgänger und Halter sind somit die Zuordnungssubjekte dieser Rechtsnorm.

Entscheidend dafür, ob ein Rechtssatz zum öffentlichen oder privaten Recht gehört, ist nun die Art der beteiligten Zuordnungssubjekte. Sie können nämlich Träger oder Organe öffentlicher Gewalt oder sonstige Rechtspersonen sein. Solche Träger öffentlicher Gewalt können zwar auch Zuordnungssubjekte von Rechtssätzen des Privatrechts sein, es gibt aber andererseits auch Rechtssätze, bei denen wenigstens ein Zuordnungssubjekt Träger öffentlicher Gewalt sein muß. Diese Rechtssätze bilden insgesamt das öffentliche Recht, das sich somit als Sonderrecht der Träger öffentlicher Gewalt und ihrer Organe darstellt. In Zweifelsfällen muß also auf den Rechtssatz zurückgegangen werden, aus dem die zu untersuchende Rechtsfolge abgeleitet wird. Er ist privatrechtlich, wenn sich auch eine beliebige Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson darauf berufen kann. Dagegen gehört er dem öffentlichen Recht an, wenn die Rechtsfolge nur einem Träger öffentlicher Gewalt oder einem seiner Organe zugeordnet werden kann.

Unter Trägern öffentlicher Gewalt versteht Wolff dabei den Staat, seine Körperschaften oder anstaltlichen Glieder, oder mit öffentlicher Gewalt beliehene Privatrechtssubjekte. Ihre Organe versteht er nicht als natürliche Personen - sie sind allenfalls Organwalter -, sondern institutionelle Subjekte transitorischer (Wahrnehmungs-) Zuständigkeiten. Sie unterscheiden sich von den Privatrechtssubjekten und deren Organen dadurch, daß ihre Individualität ausschließlich durch Rechtssätze oder auf Grund von Rechtssätzen durch Staatsakte bestimmt wird. Dagegen wird die Individualität natürlicher Personen durch die Tatsache ihrer Geburt bestimmt. Die Individualität juristischer Personen des Privatrechts und ihrer Organe wird zwar auch durch Rechtssätze oder Staatsakte bestimmt, aber lediglich abstrakt, während ihre konkrete Bestimmung durch Willensentschlüsse von Menschen erfolgt. So ist z.B. im Aktiengesetz festgelegt, daß eine Aktiengesellschaft einen Vorstand und einen Aufsichtsrat haben muß. Die Individualität dieser Organe wird jedoch nicht durch diese gesetzlichen Bestimmungen, sondern beim Aufsichtsrat durch die Wahl seiner Mitglieder durch die Hauptversammlung und beim Vorstand durch die Bestellung seiner Mitglieder

durch den Aufsichtsrat bestimmt. Die Individualität eines öffentlichen Organs wird dagegen konkret durch Rechtssatz oder Staatsakt bestimmt. Beispielsweise erfolgt die Einrichtung eines neuen Amtsgerichts ausschließlich durch Gesetz, in dem für den konkreten Fall genau festgelegt wird, daß für einen genau bezeichneten Bezirk an einem bestimmten Ort ein neues Amtsgericht eingerichtet wird. Für Willensentschlüsse von einzelnen Privatpersonen ist hier kein Raum. Bei den mit öffentlicher Gewalt beliehenen Privatpersonen wird ihre Individualität als Privatperson zwar auf die gleiche Weise bestimmt wie bei anderen Privatpersonen. Dagegen wird ihre Individualität als Träger öffentlicher Gewalt durch Rechtssatz oder Staatsakt bestimmt, eben durch die Beleihung.

Öffentliches Recht ist danach der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche nur Subjekte berechtigen oder verpflichten, von denen wenigstens eines ausschließlich durch Rechtssatz oder Staatsakt bestimmt ist.

Diese Definition weicht teilweise von der von Wolff in seiner Abhandlung über den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht gegebenen Begriffsbestimmung ab, wo er als öffentliches Recht den "Inbegriff derjenigen Rechtssätze" bezeichnet, "welche nur solche Subjekte berechtigen oder verpflichten, die ausschließlich durch Rechtssätze oder Staatsakte bestimmt sind, oder die auf Grund eines Tatbestandes berechtigen oder verpflichten, der nur einem solchen Subjekt zurechenbar ist." ¹⁵⁾

Sie versucht zunächst klarer herauszustellen, daß auch bei dem öffentlichen Recht angehörenden Rechtssätzen als Zuordnungssubjekt sehr wohl auch Privatpersonen infrage kommen können, während bei der von Wolff gewählten Formulierung leicht der mißverständliche Eindruck entstehen kann, daß sämtliche Zuordnungssubjekte Träger öffentlicher Gewalt sein müssen ¹⁶⁾. Daß letzteres nicht notwendig ist, sondern vielmehr nur ein Zuordnungssubjekt Träger öffentlicher Gewalt sein muß, wird auch von Wolff selbst in seiner Abhandlung angenommen und erhellt sofort etwa an dem Beispiel der sicherlich dem öffentlichen Recht angehörenden Rechtssätze der Fürsorgepflichtverordnung, wo Zuordnungssubjekte der dort normierten Leistungsansprüche einmal die berechnigte, hilfsbedürftig gewordene Privatperson und zum anderen der zur Hilfeleistung

15) AÖR 76 (1950) S. 210.

16) so zutreffend auch v. Veltheim, Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, 1952.

verpflichtete zuständige Bezirksfürsorgeverband sind.

Weiterhin enthält die obige Definition nicht mehr das von Wolff neben der Zuordnung einbezogene Kriterium der Zurechnung. Auf die letztere kommt es nämlich nicht an, da ein Rechtssatz, dessen Zuordnungssubjekte ausschließlich Privatpersonen sind, niemals dadurch zu einem solchen des öffentlichen Rechts werden kann, daß etwa ein Träger öffentlicher Gewalt oder eines seiner Organe den die Rechtsfolge bedingenden Tatbestand verwirklicht¹⁷⁾. Wolff selbst hat inzwischen auch das Kriterium der Zurechnung aus seiner Definition des öffentlichen Rechts eliminiert¹⁸⁾.

Dagegen erscheint es nicht notwendig, als Zuordnungssubjekte in der Definition auch die mit öffentlicher Gewalt Beliehenen¹⁹⁾ ausdrücklich zu erwähnen, wie dies v. Veltheim²⁰⁾ für erforderlich hält. Zwar ist ihm darin beizupflichten, daß die Individualität der Beliehenen nicht anders bestimmt ist wie bei den sonstigen Privatrechtssubjekten. Darin erschöpft sie sich aber nicht, wenn sie mit öffentlicher Gewalt beliehen sind. Es ist dann vielmehr ein Teil ihrer Individualität - nämlich, Träger öffentlicher Gewalt zu sein - genau wie bei den "geborenen" Trägern öffentlicher Gewalt und ihren Organen ausschließlich durch Rechtssatz oder Staatsakt bestimmt.

Die Rechtstiteltheorie in dieser von Wolff entwickelten und oben neu präzisierten Form führt trotz ihrer völligen dogmatischen Verschiedenheit von der herrschenden Lehre im Vergleich mit dieser kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen. Sie hat aber den Vorteil, rechtstheoretisch exakt zu sein, und vermeidet daher auch die wohlbegründeten Einwendungen, die sich gegen die herrschende Lehre richten²¹⁾. Durch ihr Anknüpfen an die Rechtssätze stellt sie

17) im Ergebnis ebenso auch v. Veltheim, a.a.O.

18) vgl. Verwaltungsrecht I, 1956, § 22 II c: "Öffentliches Recht ist also der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist."

19) Näheres über das Institut des Beliehenen siehe unten in § 14.

20) a.a.O., S. 105 f.

21) Die von v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954, III. Kap. Ziff. 1 in Anm. 5) auf S. 37 geäußerten Bedenken, es sei nicht recht ersichtlich, wieso bei der Rechtstiteltheorie der von Wolff selbst befürchtete Zirkel vermieden werden könne, da ja erst einmal feststehen müsse, nach welchem Recht die Subjekte die genannten Eigenschaften erhalten sollen, sind nicht recht verständlich.

aber im Gegensatz zur Subjektionstheorie klar, daß der Umfang des öffentlichen Rechts allein vom Willen des Gesetzgebers abhängt. Bei vielen Lebenssachverhalten steht es ihm frei, sie aus der Ordnung des Privatrechts herauszunehmen und öffentlich-rechtlich zu gestalten. Nur in diesem Sinne kann daher davon die Rede sein, daß der Bestand des öffentlichen Rechts schwankend ist. Meinungsverschiedenheiten, ob ein bestimmtes Lebensverhältnis nach öffentlichem oder nach privatem Recht zu beurteilen ist, haben danach ihre Ursache entweder darin, daß anstatt an die maßgebenden Rechtssätze an andere Gesichtspunkte angeknüpft wird, oder aber darin, daß der Charakter der maßgebenden Rechtssätze unterschiedlich aufgefaßt wird. Vielfach beruhen sie auch darauf, daß durch einen gesetzgeberischen Eingriff früher nach Privatrecht geregelte Lebensverhältnisse nunmehr öffentlich-rechtlich geregelt sind oder umgekehrt, und daß der dadurch eingetretene Wechsel der Rechtssphäre nicht allseits klar erkannt wird. Da im übrigen bei der Unterscheidung jeweils auf den einzelnen Rechtsatz abzustellen ist, können des weiteren komplexe Lebenssachverhalte teils öffentlich-rechtlich und teils privatrechtlich geregelt sein. Ist aber auch nur eine Verpflichtung innerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses öffentlich-rechtlich geregelt, dann gilt dies auch für das Rechtsverhältnis als Ganzes, das heißt für jede mit der öffentlich-rechtlich geregelten Verpflichtung in unmittelbarem Zusammenhang stehende Berechtigung und Verpflichtung. In Zweifelsfällen ist eine oft nicht einfache Analyse und Auslegung erforderlich, wobei eine Vermutung für den privatrechtlichen Charakter spricht, weil das öffentliche Recht ein Sonderrecht ist.²²⁾

22) vgl. zu all diesen Folgerungen Wolff, Verwaltungsrecht I, § 22 III, S. 70/71.

§ 11 : Kriterien für die rechtliche Einordnung der Nutzungsverhältnisse im Personen-Linienverkehr.

Wenn nunmehr auf der Grundlage der Rechtstiteltheorie der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse in den einzelnen Zweigen des Personen-Linienverkehrs untersucht werden soll, so ist nach den obigen Darlegungen also darauf abzustellen, ob und gegebenenfalls inwieweit diese Nutzungsverhältnisse durch Rechtssätze geregelt sind, die dem öffentlichen Recht angehören.

Für die danach vorzunehmende Prüfung, die darauf hinausläuft, ob eine privatrechtliche Betätigung des Personen-Linienverkehrsunternehmens vorliegt oder ob dieses in Ausübung öffentlicher Gewalt hoheitlich tätig wird, wird vielfach eine Betrachtung der rechtlichen Gestaltung der Beziehungen zwischen dem Unternehmen und seinen Benutzern allein nicht ausreichen, weil sie nicht in allen Fällen genügende Anhaltspunkte bietet, ob es sich dabei um öffentliches Recht oder um Privatrecht handelt. Die Untersuchung muß sich daher auch auf das Unternehmen selbst erstrecken und analysieren, in welcher Form dieses tätig wird, ob seine Beförderungstätigkeit sich auf der Grundlage des Privatrechts vollzieht oder ob sie Ausübung öffentlicher Gewalt ist. Dabei ist zu beachten, daß eine öffentlich-rechtliche Regelung der Beförderungstätigkeit Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Gestaltung der Nutzungsverhältnisse ist. Wenn dagegen der Betrieb des Verkehrsunternehmens selbst schon privatrechtlich ausgestaltet ist, ist das bei den Nutzungsverhältnissen, den Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmen und seinen Benutzern, notwendig ebenso. Daraus kann aber nicht im Wege des Umkehrschlusses gefolgert werden, daß einer öffentlich-rechtlichen Ordnung des Unternehmens notwendig auch eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse entsprechen muß. Aus dem Grundsatz, daß Träger öffentlicher Gewalt und ihre Organe stets die Möglichkeit haben, auch im Bereich des Privatrechts tätig zu werden, folgt vielmehr, daß es ihnen freisteht, von dieser Möglichkeit nur bei der rechtlichen Ordnung ihrer Beziehungen zu dem ihre Leistungen in Anspruch nehmenden Personenkreis Gebrauch zu machen.

Es kann danach also wohl der Fall sein, daß bei einem Personen-Linienverkehrsunternehmen der Betrieb selbst Ausübung öffentlicher Gewalt ist, während die Nutzungsverhältnisse privatrechtlich geregelt sind. Allerdings wird eine öffentlich-rechtliche Gestaltung des Un-

ternehmensbetriebes vielfach ein Anhaltspunkt dafür sein, daß auch die Nutzungsverhältnisse öffentlich-rechtlich geregelt sind.

Hinsichtlich der einzelnen, bei der Prüfung in Betracht zu ziehenden Merkmale kann auch auf der Grundlage der Rechtstiteltheorie durchweg den Grundsätzen gefolgt werden, die das Reichsgericht für die Unterscheidung entwickelt hat, ob im Einzelfall eine privatrechtliche Betätigung oder aber Ausübung öffentlicher Gewalt vorliegt und die inzwischen auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes übernommen worden sind ¹⁾. Soweit ersichtlich, haben sie auch im Schrifttum allgemeine Billigung gefunden ²⁾.

Danach kommt es nicht auf die Zielsetzung des Unternehmens an, ebenso auch nicht darauf, ob mit seinem Betrieb eine Gewinnerzielung erstrebt wird oder ob bei der Geschäftsgebarung der Grundsatz der Gemeinnützigkeit im Vordergrund steht ³⁾. Auch ein etwaiger Monopolcharakter des Unternehmens ist ebensowenig entscheidend wie das Fehlen von Zwangsmitteln, da letztere, wie bereits dargelegt, für den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung nicht wesensnotwendig sind.

Entscheidend ist vielmehr, ob die rechtliche Ausgestaltung den Willen des zuständigen Hoheitsträgers erkennen läßt, das Unternehmen nicht im privatrechtlichen Bereich nach Art eines privaten Unternehmers zu betreiben, sondern als eine im Rahmen seines hoheitlichen Tätigkeitsbereichs liegende öffentliche Aufgabe durchzuführen. Hierbei sind alle Elemente der Organisation insgesamt zu bewerten, wobei in erster Linie der gliederungsmäßige Aufbau des Betriebes, die rechtliche Regelung seines Aufgabenbereiches und seine Ordnung im Verhältnis zu den Benutzern in Betracht zu ziehen ist. Auch die geschichtliche Entwicklung des Unternehmens wird vielfach Anhaltspunkte für die Einordnung bieten.

Zu beachten ist ferner, daß eine Tätigkeit des Unternehmens, die lebensmäßig eine Einheit bildet, nicht in einzelne Tätigkeitsakte aufgespal-

1) vgl. insbesondere die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 158, 83 (91); ferner RGZ 161, 341 (345) und aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes insbesondere BGHZ 6, 304 = NJW 1952, 1211; BGHZ 9, 145 = NJW 1953, 778 = JZ 1953, 551; BGHZ 16, 111 = NJW 1955, 458; BGH in NJW 1956, 745 sowie OLG Braunschweig in Archiv für Post- und Fernmeldewesen, 1955, 399.

2) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, § 22 II S. 513; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, § 21 II S. 342; v. Veltheim, NJW 1954, 1473; Schuster, ArchPF 1955, 402.

3) so auch v. Veltheim, NJW 1954, 1474 gegen Laux, NJW 1952, 772.

ten werden darf, die dann unterschiedlich als hoheitlich oder privatrechtlich angesehen werden. Die einheitliche Tätigkeit kann vielmehr auch rechtlich nur einheitlich klassifiziert werden ⁴⁾. Beispielsweise geht es nicht an, bei der Post die Entgegennahme und Zustellung von Briefen anders zu behandeln als ihre Beförderung vom Absender zum Empfänger; die ganze Briefpostbeförderung stellt sich vielmehr als Einheit dar, die auch rechtlich nur eine einheitliche Bewertung zuläßt ⁵⁾.

Anhand dieser Kriterien soll nunmehr in eine Prüfung der einzelnen Typen der Nutzungsverhältnisse im Bereich des Personen-Linienverkehrs eingetreten werden.

4) RGZ 158, 83 (93); BGHZ 16, 111.

5) RGZ 158, 93.

IV. Kapitel : Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse in den
=====

einzelnen Bereichen des Personen-Linienverkehrs.
=====

§ 12 : Die Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst.

Wenn an den Anfang der Untersuchung der Nutzungsverhältnisse in den einzelnen Zweigen des Personen-Linienverkehrs der Postreisedienst gestellt wird, so geschieht dies im Verfolg der bereits in der Einleitung ¹⁾ erwähnten Zielsetzung der Untersuchung deshalb, weil hier der öffentlich-rechtliche Charakter der Nutzungsverhältnisse wohl am klarsten zu Tage tritt und nach der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 23. 2. 1956 ²⁾ jetzt auch in der Rechtsprechung allgemein anerkannt werden dürfte.

Die rechtlichen Grundlagen für die organisatorische Gestaltung des deutschen Postwesens bilden heute Art. 87 Abs. I GG, das Gesetz über die Verwaltung der Deutschen Bundespost (PVwG) vom 24. 7. 1953 ³⁾ und das Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundespost vom 21. 5. 1953 ⁴⁾. Danach wird die Deutsche Bundespost als bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt (Art. 87 Abs. I GG), deren Vermögenswerte dem Bund gehören und von diesem getrennt vom übrigen Bundesvermögen als Sondervermögen "Deutsche Bundespost" mit eigener Haushalts- und Rechnungsführung verwaltet werden. Leiter der Verwaltung ist der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen, dem für bestimmte Verwaltungsaufgaben ein Verwaltungsrat zur Seite steht. Es handelt sich bei der Deutschen Bundespost um eine in die Behördenorganisation des Bundes eingebaute Sonderverwaltung, die die Aufgabe hat, die öffentlichen Rechte und Pflichten des Bundes auf dem Gebiete des Post- und Fernmeldewesens wahrzunehmen ⁵⁾. Unter den öffentlichen Rechten des Bundes sind in erster Linie das im Postgesetz vom 28.10. 1871 ⁶⁾ verankerte Postregal und das im Fernmeldegesetz vom 14.1.1928 ⁷⁾ statuierte Fernmelderegale zu verstehen ⁸⁾.

1) vgl. oben S. 8.

2) NJW 1956, 745.

3) BGBl I S. 676.

4) BGBl I S. 225.

5) § 1 Abs. II PVwG.

6) Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches, RGBl S. 347.

7) Gesetz über Fernmeldeanlagen, RGBl 1928 I S. 8.

8) Dieses Alleinrecht des Bundes als Monopol zu bezeichnen, ist technisch unrichtig, denn für den Monopolbegriff ist der fiskalische Zweck ein wesentliches Merkmal, wie er z.B. beim Branntwein- und

Grundlage für die Rechtsbeziehungen der Post zu ihren Benutzern ist auf dem Gebiete des Postwesens und des Postreisedienstes die Postordnung vom 30. 1. 1929 in der Fassung vom 6. 7. 1938⁹⁾. Die gesetzliche Ermächtigung zu ihrem Erlaß war zunächst der § 2 des Reichspost-Finanzgesetzes vom 18. 3. 1924¹⁰⁾, das später durch Kapitel II des Gesetzes zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung vom 27. 2. 1934¹¹⁾ ersetzt wurde, wobei die Ermächtigung in Art. I § 4 dieses Gesetzes übernommen wurde. Heute ist das Gesetz durch das PVWG ersetzt worden, das in § 14 eine Ermächtigung des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen enthält, die Rechtsverordnungen über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Post- und Fernmeldewesens zu erlassen.

§ 62 Abs. I der Postordnung enthält wiederum eine Ermächtigung zum Erlaß von Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst, von der der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen auch Gebrauch gemacht hat. Die "Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst" gelten seit dem 4. 10. 1953 in der im Amtsblatt des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen, Ausgabe A, 1953, S. 615 f. veröffentlichten Fassung.

Außerdem gilt für den Postreiseverkehr mit Ausnahme der Landkraftposten auch ein Teil der Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes.

Daß die Organe der Post Träger öffentlicher Gewalt sind, ist in Rechtsprechung und Wissenschaft von Anfang an wohl nie ernsthaft streitig gewesen¹²⁾. Der Streit ging vielmehr stets darum, ob die Post bei ihrem Betriebe diese öffentliche Gewalt auch ausübt und damit hoheitlich tätig wird, oder ob es sich dabei um eine privatrechtlich-fiskalische Tätigkeit handelt. Seinen Ausgang hat er wohl von einer Kontroverse zwischen Otto Mayer¹³⁾ und

Zündwarenmonopol deutlich in Erscheinung tritt. Beim Post- und Telegraphenregal ist dagegen die Gewinnerzielungsabsicht allenfalls von untergeordneter Bedeutung, während ihr Hauptzweck darin liegt, damit die Voraussetzungen für eine reibungslose und billige Gewährung der entsprechenden Leistungen im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge zu schaffen (vgl. hierzu die Anm. von Schuster zu dem Urteil des OLG Oldenburg, Archiv für Post- und Fernmeldewesen (ArchPF) 1955, 394).

9) RGBI I S. 881.

10) RGBI I S. 287.

11) RGBI I S. 130.

12) vgl. RGZ 158, 83 (85).

13) Deutsches Verwaltungsrecht II, 1924, S. 276 f.

Laband ¹⁴⁾ genommen ¹⁵⁾. Während der erstere von Anfang an für eine öffentlich-rechtliche Auffassung der Nutzungsverhältnisse bei der Post im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung eintrat, vertrat Laband die Auffassung, daß die Beziehungen der Post zu ihren Benutzern im Rahmen privatrechtlicher Verträge abgewickelt würden. Dieser letzteren Ansicht hat sich zunächst auch das Reichsgericht angeschlossen ¹⁶⁾. Im Schrifttum wurde die privatrechtliche Auffassung hauptsächlich vertreten im Postgesetzkommentar von Aschenborn-Schneider ¹⁷⁾. Als Hauptargument für ihre Ansicht wiesen die Vertreter der privatrechtlichen Auffassung auf den damaligen § 50 des Postgesetzes hin, wonach ein besonderes Reglement "die weiteren bei der Benutzung der Postanstalt zu beobachtenden Vorschriften" festlegen sollte, die dann "als Bestandteil des Vertrages zwischen der Postanstalt und dem Absender beziehungsweise Reisenden" gelten sollten ¹⁸⁾.

In den Jahren nach 1936 bahnte sich jedoch vor allem unter dem Eindruck mehrerer richtungweisender Aufsätze des damaligen Reichspostministers Ohnesorge, der nachdrücklich für eine öffentlich-rechtliche Auffassung der Nutzungsverhältnisse bei der Post eintrat ¹⁹⁾, in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ein Wandel in der Auffassung an. Erstmals sah das Reichsgericht in einem Urteil vom 31. 8. 1937 die Beziehungen der Fernsprechteilnehmer zur Post als öffentlich-rechtliche Verträge an ²⁰⁾. In der grundlegenden Entscheidung vom 15. 3. 1938 stellte es weiter heraus, daß auch die Briefpostbeförderung Ausübung öffentlicher Gewalt sei ²¹⁾. In diesem Urteil legte es dar, daß sich aus dem Ausdruck "Vertrag" in

14) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1913, I S. 479, III S. 50 f.

15) vgl. Schuster in seiner Anm. zu LVG Braunschweig, DVBl 1949, 436 f.

16) vgl. RGZ 70, 314; 98, 348; 104, 141; 107, 41; 109, 101 und 209; RGJW 1926, 2295; RGZ 139, 149.

17) Komm. z. Postgesetz, 2. Aufl. S. 41.

18) so neuerdings auch noch LVG Braunschweig, DV 1949, 436.

19) vgl. ZAKDR 1937, 385 f.; DV 1937, 259; DV 1938, 97; wo er die Stellung und Tätigkeit der Post als Hoheitsverwaltung kennzeichnet, deren Charakter durch ihre Stellung als Reichsverwaltung, durch ihre in der Ausübung der Post- und Fernmeldehoheit bestehende Tätigkeit und durch die von ihr bewirkte staatliche Führung und Fürsorge bestimmt werde, wobei sie nicht als Einnahmequelle dienen, sondern der Allgemeinheit ohne Rücksicht auf Gewinn ein gut funktionierendes Nachrichtenwesen bereitzustellen habe.

20) RGZ 155, 333.

21) RGZ 158, 83.

§ 50 Abs. II PostG nichts Zwingendes für die privatrechtliche Auffassung folgern lasse, denn einmal seien auch öffentlich-rechtliche Verträge denkbar und zum anderen dürfe nicht überschen werden, daß die Bedingungen dieser "Verträge" von der Postverwaltung kraft gesetzlicher Ermächtigung einseitig festgelegt würden. Es wies dann auf das Postregal und den Postzwang hin, ferner auf den besonderen Schutz des Postgeheimnisses bei der Briefbeförderung (§ 5 PostG) und auf das Recht der Post, ihre Gebühren im Verwaltungszwangsverfahren unmittelbar beizutreiben (§ 25 PostG). Aus alledem folgte es, daß die Post "nicht wie ein privater Unternehmer, nicht um privatrechtliche Geschäfte zu tätigen und Gewinn zu erzielen, sondern als Hoheitsträger, der die Posthoheit des Reiches ausübt, in obrigkeitlicher und fürsorgender Betätigung, in Ausübung öffentlicher Gewalt" dem Publikum gegenüber trete und dabei kraft der von ihr ausgehenden Befugnis und Verpflichtung eine der Volksgesamtheit dienende öffentliche Aufgabe erfülle ²²⁾. Als nächstes erklärte das Reichsgericht durch Urteil vom 23. 6. 1939 unter Aufgabe seiner früheren gegenteiligen Rechtsprechung auch den Postscheckdienst als Ausübung öffentlicher Gewalt ²³⁾ und sodann durch Urteil vom 12. 7. 1940 ebenfalls die Beförderung der Paketpost ²⁴⁾, obwohl Pakete nicht Gegenstände des Postregals und des Postzwanges seien. Schließlich wurde auch die Tätigkeit der Post auf dem Gebiete des Rundfunkwesens als Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen ²⁵⁾. Zum Rechtscharakter des Postreisedienstes Stellung zu nehmen, hatte das Reichsgericht, soweit ersichtlich, nach 1937 keine Gelegenheit. Es hat bei den oben genannten Entscheidungen auch stets vermieden, sich hinsichtlich sämtlicher Zweige des Postbetriebes festzulegen und seine Erörterungen jeweils auf den konkret zur Entscheidung stehenden Tätigkeitszweig beschränkt.

Nachdem der Wandel in der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Schrifttum zunächst wohl allgemeine Billigung gefunden hatte, wurden nach dem Kriege erneut Zweifel an der Richtigkeit der neuen Auffassung laut, die in erster Linie damit begründet wurden, daß der Wandel zur öffentlich-rechtlichen Charakterisierung der Post-Nutzungsverhältnisse in der zur Ausweitung des Bereichs der hoheitlichen Tätigkeit des Staates

22) RGZ 158, 92/93.

23) RGZ 161, 174.

24) RGZ 164, 273.

25) RG in DR 1941, 1225.

neigenden national-sozialistischen Staatsauffassung begründet gewesen sei ²⁶⁾. Demgegenüber hat aber v. Veltheim ²⁷⁾ überzeugend darauf hingewiesen, daß gerade das sorgfältige und schrittweise Vorgehen des Reichsgerichts, in dessen rechtstheoretisch tiefeschürfenden Begründungen spezifisch national-sozialistische Gedankengänge nicht erkennbar seien, eindeutig gegen eine solche Annahme spreche, zumal es im Gegensatz zur Post die Beförderungstätigkeit der Reichsbahn nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt anerkannt habe.

Speziell zur Frage des Rechtscharakters des Postreisedienstes hat nach dem Kriege erstmals wohl Laux ²⁸⁾ Stellung genommen, der ihn für eine sich im Bereich des Privatrechts vollziehende Tätigkeit der Post hält. Er ist der Auffassung, daß hier eine öffentlich-rechtliche Konstruktion allein von der historischen Rechtsgrundlage der Post, den Regalien, her, nicht haltbar sei. Auf sie müsse man aber schon zurückgehen, da sonst keine eindeutigen Hinweise zu finden seien, sondern im Gegenteil alles für eine privatrechtliche Ordnung spreche. So habe der Personenvorkehr bei der Post heute keine primäre Bedeutung mehr. Die Post kalkuliere zudem ihre Fahrpreise nach kaufmännischen Gesichtspunkten und betreibe nur fiskalisch lohnende Strecken. Schließlich meint er, daß eine Auffassung des Postreiseverkehrs als Ausübung öffentlicher Gewalt rechtlich schwer lösbare Konflikte mit dem Beförderungsrecht der Bundesbahn entstehen ließe, da im behördlichen Aufbau von Bahn und Post keine wesentlichen Unterschiede mehr bestünden und beide Institute staatliche, anstaltlich geordnete Sondervermögen seien. Bei der Bahn habe das Reichsgericht auch nach ihrer Neuordnung durch das Reichsbahngesetz von 1939 an seiner Ansicht festgehalten, daß die Personenbeförderung dort eine privatrechtlich geregelte Tätigkeit sei, was später auch der BGH bestätigt habe. Laux führt dann weiter aus, es sei doch ein verwirrendes Bild, wenn man wohl der Post, nicht aber der Bahn hoheitliche Tätigkeit zubilligen wolle, obwohl auf vielen Linien Bahn und Post im Omnibusverkehr die Strecken gemeinsam beführen und verweist in diesem Zusammenhang auf einen alten Ausspruch Schneiders als eines führenden Kenners des Postrechts: "Denn ich kann mich nun und nimmermehr davon überzeugen, daß derjenige, der in Dresden den Wagen der sächsischen staatlichen Kraftwagenverwaltung besteigt, einen privatrechtlichen Beförderungsvertrag abschließt, derjenige aber, der sich in Sachsens Hauptstadt dem Postwagen anvertraut, in ein öffentlich-rechtliches

26) LVG Braunschweig, DV 1949, 436; OLG Tübingen, NJW 1953, 910 = ArchPF 1955, 399; Laux, NJW 1952, 772.

27) NJW 1955, 1472.

28) NJW 1952, 772.

Anstaltsverhältnis zur Post tritt." 29)

In der Rechtsprechung sind Laux nach dem Kriege gefolgt die Oberlandesgerichte Tübingen ³⁰⁾ und Koblenz ³¹⁾, beide vor allem unter Hinweis auf die Untragbarkeit einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung des Omnibuslinienverkehrs von Bahn und Post, sowie ferner das OLG Oldenburg ³²⁾. Auch im Schrifttum ist sie bis in die jüngste Zeit hinein verbreitet ³³⁾. Bei näherer Betrachtung der von Laux und den anderen Vertretern der privatrechtlichen Auffassung für sie vorgebrachten Gründe zeigt sich aber, daß diese nicht stichhaltig sind.

Auf das Argument, daß der seinerzeitige Wandel in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei der Beurteilung des Rechtscharakters der Tätigkeiten der Post durch national-sozialistische Gedankengänge beeinflußt gewesen sei, ist bereits oben eingegangen worden. Anhaltspunkte hierfür sind angesichts der vom Reichsgericht gegebenen eingehenden und wohlfundierten Begründungen auch bei kritischer Betrachtung nicht zu erkennen.

Auch der vielfach in den Vordergrund gestellte Hinweis auf die Parallele zwischen dem Postreisedienst und dem angeblich privatrechtlich gestalteten Omnibus-Liniendienst der Bundesbahn geht fehl. Mit demselben Recht ließe er sich ins Feld führen, um auch bei der Bundesbahn einer öffentlich-rechtlichen Auffassung des Rechtscharakters ihres Omnibus-Linienverkehrs das Wort zu reden. Untermauert werden könnte eine derartige Argumentation noch durch den weiteren Schluß, daß der Postreisedienst deshalb Ausübung öffentlicher Gewalt sein müsse, weil dies auch bei den anderen Zweigen ihrer Tätigkeit, z. B. bei der Brief- und Paketbeförderung, nach "allgemeiner Ansicht" der Fall sei. Derartige Folgerungen sind aber nicht überzeugend, weil sie von falschen Voraussetzungen ausgehen. Bereits im vorigen Paragraphen wurde herausgestellt, daß es für die Beurteilung dieser Fra-

29) Grundsätze des Verkehrsrechts in Post und Telegraphie in Wissenschaft und Praxis, Bd. 40, S. 84; Zitiert nach Laux, NJW 1952, 77

30) NJW 1953, 910 = ArchPF 1955, 399.

31) ArchPF 1955, 404.

32) NdsRpfl 1955, 170.

33) Brüggemann in DAR 1955, 253;

Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 7. Aufl. 1954, S. 198;

Müller, Straßenverkehrsrecht, 19. Aufl., § 16 B IV b S. 343;

Palandt-Gramm, 13. Aufl., Anm. 2 A c zu § 839 BGB;

ge nicht auf den äußerlichen Anschein einer lebensmäßigen Inlichkeit, sondern allein darauf ankommt, ob aus der rechtlichen Gestaltung der Darbietung dieser wirtschaftlich und technisch gleichartigen Leistungen der Wille des zuständigen Hoheitsträgers erkennbar wird, sie in Ausübung öffentlicher Gewalt und damit auf öffentlich-rechtlicher Grundlage oder aber im Rahmen des fiskalisch-privatrechtlichen Bereiches zu gewähren. Dabei ist es sehr wohl möglich, dem Benutzer dieselben Arten von Leistungen entweder im Rahmen privatrechtlicher Verträge oder aber auf Grund öffentlich-rechtlicher Nutzungsverhältnisse darzubieten. So wird z. B. niemand bestreiten können, daß etwa die Benutzung einer gemeindeeigenen Badeanstalt sowohl auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung als auch auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages erfolgen kann, wenn es auch schwer halten mag, einem juristisch nicht vorgebildeten Benutzer diesen Unterschied klarzumachen. Dessen Entgegnung würde wahrscheinlich sein, für eine Gleichartigkeit der Nutzungsverhältnisse müsse doch sprechen, daß er in jedem Falle 0,50 DM Eintritt zu bezahlen habe.

Dem weiteren Hinweis, der privatrechtliche Charakter des Postreisedienstes sei daraus zu ersehen, daß die Post ihre Fahrpreise nach kaufmännischen Gesichtspunkten kalkuliere und sich nur mit dem Betrieb fiskalisch lohnender Strecken befasse, muß entgegengehalten werden, daß er hinsichtlich des letzteren Gesichtspunktes schon rein sachlich unrichtig ist. Wie auch der BGH ³⁴⁾ zutreffend bemerkt, geht die Verkehrspolitik der Post gerade dahin, unter Zurückstellung des Gesichtspunktes der Rentabilität mit ihrem Linienverkehr auch verkehrsmäßig ungünstig gelegene Orte aus dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge heraus zu bedienen. Im übrigen mag es zwar sein, daß die Post ihre Fahrpreise im Postreisedienst so kalkuliert, daß die daraus erzielten Einnahmen wenigstens zur Deckung der dabei anfallenden Unkosten ausreichen. Zweifelhaft ist aber schon, ob sie diesen Tätigkeitszweig betreibt, um damit Gewinne zu erzielen, da sie dann wohl als erstes den Betrieb auf den nicht rentablen Strecken einstellen oder aber die Fahrpreise dort höher festsetzen würde. Aber selbst wenn eine Gewinnerzielung erstrebt würde, spräche das nicht zwingend für den privatrechtlichen Charakter des Postreisedienstes, da das Merkmal der Gewinnerzielung für die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Tätigkeit bereits seit langem nicht mehr herangezogen wird ³⁵⁾.

34) NJW 1956, 746.

35) so auch v. Veltheim, NJW 1955, 1474 und die dort in Anm. 65 Zitierten.

Das Gleiche gilt auch für den von Laux vermißten Monopolcharakter des Postreisedienstes. Auch er ist nicht wesensnotwendig für eine öffentlich-rechtliche Gestaltung der damit zusammenhängenden Nutzungsverhältnisse, und aus seinem Fehlen kann nichts für deren privatrechtlichen Charakter hergeleitet werden³⁶⁾. Im übrigen ist der Postreisedienst im Laufe der Zeit zwar aus dem Postregal herausgelöst worden³⁷⁾, jedoch gelten die im Postgesetz von 1871 enthaltenen alten Vorrechte der früheren Pferdeposten auch heute noch fort, soweit sie durch die veränderten Verhältnisse inzwischen nicht inhaltlich gegenstandslos geworden sind³⁸⁾.

Fehl gehen auch die Versuche, den Postreisedienst nur als eine Nebentätigkeit der Bundespost anzusehen und daraus herzuleiten, daß seine rechtliche Ordnung anders zu bewerten sei als die der Hauptzweige des Postbetriebes. Hierzu hat Schuster unter eingehender Darlegung der geschichtlichen Entwicklung seiner rechtlichen Gestaltung und der dazu im Laufe der Zeit vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur überzeugend nachgewiesen, daß das nicht richtig ist, sondern vielmehr der Postreisedienst früher wie heute einen integrierenden Bestandteil des Postwesens bildet³⁹⁾. Auch v. Veltheim weist darauf hin, daß die Personenbeförderung zu den üblichen Zweigen des Postbetriebes gehöre⁴⁰⁾. Und ebenso stellt auch der BGH unter Hinweis auf die §§ 54 f. PostO fest, daß die Personenbeförderung eine typische Aufgabe der Post sei⁴¹⁾. Schließlich muß auch hier wiederum darauf hingewiesen werden, daß eine derartige Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebentätigkeiten für die Qualifizierung ihres Rechtscharakters ungeeignet ist, weil hierfür allein die konkrete rechtliche Ausgestaltung des betreffenden Betriebszweiges maßgebend ist.

Letztlich ist auch dem Argument aus § 50 PostG, das bereits das Reichsgericht als nicht zugkräftig angesehen hatte, heute vollends der Boden entzogen, nachdem diese Vorschrift durch § 36 Ziff. 3 PVWG mit Wirkung vom 1. 8. 1953 nunmehr auch formell aufgehoben worden ist.

36) v. Veltheim, a.a.O.

37) vgl. hierzu die geschichtlichen Ausführungen von Schuster, ArchPF 1955, 402.

38) so auch BGH in NJW 1955, 1474 und OLG Frankfurt, ArchPF 1955, 401.

39) ArchPF 1955, 402 f.

40) NJW 1955, 1474.

41) NJW 1956, 746.

Nachdem sich so gezeigt hat, daß bei kritischer Betrachtung nichts dazu nötig, den Postreisedienst und die sich darauf beziehenden Nutzungsverhältnisse privatrechtlich aufzufassen, ja daß sich aus den von den Vertretern der privatrechtlichen Auffassung vorgebrachten Argumenten nicht einmal Anhaltspunkte dafür gewinnen lassen, soll nunmehr geprüft werden, ob die rechtliche Ordnung dieses Zweiges der Posttätigkeit Hinweise oder gar entscheidende Gesichtspunkte dafür bietet, daß sie auf Rechtssätzen beruht, die dem öffentlichen Recht angehören.

Hier ist zunächst auf den auch heute noch in Kraft befindlichen § 6 des Gesetzes über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden vom 10. 8. 1925 ⁴²⁾ hinzuweisen, wo ausdrücklich festgelegt ist, daß die Post bei ihrer Tätigkeit ihr anvertraute öffentliche Gewalt ausübt. Merkwürdigerweise ist dieser Gesichtspunkt erst vor verhältnismäßig kurzer Zeit in die Diskussion eingeführt worden ⁴³⁾, was seinen Grund mutmaßlich darin hat, daß die Vorschrift in einem Gesetz enthalten ist, das mit dem eigentlichen Problembereich in keinem direkten Zusammenhang steht. Das ändert aber nichts daran, daß dieser klaren Kundgebung des gesetzgeberischen Willens schlechterdings nichts entgegenzusetzen ist.

Nachdem vom Reichsgericht ⁴⁴⁾ herausgestellt und auch vom Bundesgerichtshof ⁴⁵⁾ übernommenen Satz, daß dieselbe Handlung - als die hier die Durchführung des Postreisedienstes anzusehen wäre - nicht zugleich öffentlich-rechtlicher und bürgerlich rechtlicher Natur sein kann, würde damit gleichzeitig feststehen, daß auch die Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst öffentlich-rechtlich geregelt sind. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb dieser übrigens in der Rechtslehre sehr bestrittene Grundsatz eine so weitgehende Geltung haben und es ausgeschlossen erscheinen lassen soll, daß die Beförderungstätigkeit an sich auf Grund von Rechtssätzen erfolgt, die dem öffentlichen Recht angehören, während die Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Beförderten privatrechtlich gestaltet sind ⁴⁶⁾, zumal auch der BGH an

42) RGBI I S. 252.

43) zuerst wohl in der bereits erwähnten Entscheidung des OLG Frankfurt vom 23. 9. 1954, ArchPF 1955, 401. Auch der BGH weist in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 23. 2. 1956 darauf hin, vgl. NJW 1956, 746.

44) RGZ 162, 364 (365).

45) BGH in NJW 1952, 219.

46) so Weber, ZAkDR 1939, 679 (680);
Carl, DR 1940, 998 (1002);
List, VR 1940, 1425 (1428 f.).

anderer Stelle ⁴⁷⁾ die Ansicht vertritt, daß z. B. die Einweisung eines Kranken in ein Krankenhaus auf öffentlichem Recht beruhen kann, während die Behandlung, die sich daran anschließt, aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages erfolgt.

Vielmehr ist mit der Feststellung, dass der Postreisedienst Ausübung öffentlicher Gewalt ist, nur die Basis gewonnen, auf der eine öffentlich-rechtliche Gestaltung der Nutzungsverhältnisse überhaupt denkbar ist. Der Betrieb des Postreisedienstes als Ausübung öffentlicher Gewalt ist zwar ein Indiz für eine öffentlich-rechtliche Gestaltung der Nutzungsverhältnisse, dafür allein aber nicht entscheidend. Eine Prüfung, ob dies auch tatsächlich der Fall ist, muß vielmehr auch die rechtlichen Bestimmungen umgreifen, die die Grundlage für die Beziehungen zwischen der Post und den Reisenden bilden, also die PostO und die dazu ergangenen Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst.

Schon bei einer oberflächlichen Durchsicht der PostO fällt auf, daß die von den Benutzern zu zahlenden Entgelte als "Fahrgebühren" bezeichnet werden ⁴⁸⁾. Desgleichen ist dort von einer Erstattungsgebühr die Rede, die die Post erhebt, wenn Fahrgebühren unter bestimmten Voraussetzungen erstattet werden ⁴⁹⁾. Gebühren sind aber öffentlich-rechtliche Gegenleistungen für die besondere Inanspruchnahme einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung ⁵⁰⁾. Wenn aber die vom Benutzer zu entrichtende Gegenleistung einen öffentlich-rechtlichen Charakter hat, muß dies notwendigerweise auch für das ganze, Leistung und Gegenleistung umfassende Nutzungsverhältnis gelten. Dieser Schluß läßt sich aber nur dann ziehen, wenn der Begriff "Gebühr" hier in dem oben erwähnten engeren Sinne verwandt worden ist. Das muß nicht notwendig der Fall sein, weil das Wort "Gebühr" im Sprachgebrauch vielfach auch in einem weiteren, privatrechtliche Entgelte mit umfassenden Sinne verwandt wird. Immerhin fällt bei der PostO aber ins Gewicht, daß der Begriff Fahrgebühren erst in der Neufassung vom 6. 7. 1938 ⁵¹⁾ eingeführt worden ist, während in der bis dahin geltenden Fassung von 1929 lediglich von "Fahr-geld" die Rede war. Der Gesetzgeber wird diese Änderung kaum ohne Absicht vorgenommen haben, zumal sie gerade in der Zeit erfolgte, als sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Wandel zu der von

47) BGHZ 4, 138 = NJW 1952, 382 (384) unter Hinweis auf RGZ 91, 263.

48) vgl. § 56 Abs. I PostO.

49) § 58 PostO.

50) Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, § 17 II S. 387.

51) RGBI I S. 881.

der Post selbst gewünschten öffentlich-rechtlichen Auffassung der Postnutzungsverhältnisse anbehrte. Wenn dazu berücksichtigt wird, daß nach § 25 PostG fällige Gebühren im Verwaltungszwangsverfahren eingezogen werden können, auf einem Wege also, der in erster Linie für öffentlich-rechtliche Abgaben vorgesehen ist, dann wird man diese Umstände als wesentliche Indizien dafür ansehen können, daß der Gesetzgeber bei der Änderung der PostO im Jahre 1938 die Fahrgebühren als öffentlich-rechtliche Entgelte aufgefaßt wissen und auch auf diese Weise den öffentlich-rechtlichen Charakter der Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst betonen wollte.

Einen weiteren Hinweis in dieser Richtung bietet auch die Strafvorschrift des § 29 PostG, wonach bei Gebührenhinterziehungen im Postreisedienst das Vierfache des hinterzogenen Betrages, mindestens jedoch 3,-- DM erhoben werden, und die das dabei anzuwendende Verfahren regelnden §§ 34 f. PostG. Auch diese Vorschriften sind heute noch in Kraft, wenngleich die Postverwaltung heute im allgemeinen keinen Gebrauch mehr von ihnen macht und statt dessen nach § 6 der Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst verfährt⁵²⁾. Diese Bestimmungen gehören dem öffentlichen Recht an, weil sie einen Strafcharakter aufweisen und Zuordnungsobjekt des Strafanspruches nur ein Träger öffentlicher Gewalt sein kann.

Das entscheidende Kennzeichen für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst ist aber folgendes: Die Rechtsbeziehungen zwischen der Post und den Reisenden sind abstrakt in allen Einzelheiten festgelegt, und zwar durch die PostO, die, wie eingangs dargelegt, eine Rechtsverordnung ist, und die auf Grund der in ihr enthaltenen Ermächtigung erlassenen Ordnungsvorschriften, die somit ebenfalls materiellen Gesetzescharakter haben⁵³⁾. Die darin enthaltenen Bestimmungen binden sowohl die Post als auch jeden den Postreisedienst in Anspruch nehmenden Reisenden, ohne daß sie im Einzelfall auch nur teilweise abbedungen werden und statt dessen etwas anderes vereinbart werden könnte. Für die ein entscheidendes Merkmal privatrechtlicher Nutzungsverhältnisse bildende Vertragsfreiheit ist kein Raum. Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß heute auch der In-

52) § 6, Abs. I: "Wer ohne gültigen Fahrtausweis angetroffen wird, obwohl er Gelegenheit hatte, einen solchen zu lösen oder abfertigen zu lassen, oder wer den Wagen vor Entrichtung des Fahrgeldes oder vor Abfertigung seines Fahrtausweises verlassen will, hat für die ganze zurückgelegte Strecke, unbeschadet einer strafrechtlichen Verfolgung, das Doppelte des Fahrpreises, mindestens 3,- DM zu zahlen."

53) vgl. hierzu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII a S. 89.

halt privatrechtlicher Verträge vielfach in allen Einzelheiten durch "Allgemeine Geschäftsbedingungen" abstrakt festgelegt ist, denn der wesentliche Unterschied liegt darin, daß solche im Einzelfall sehr wohl ganz oder teilweise abdingbar sind.

Eine derartige einseitige, abstrakte und verbindliche Festlegung des gesamten Inhaltes der Nutzungsverhältnisse deutet aber auf ihren öffentlich-rechtlichen Charakter hin, und zwar in dem Sinne, daß hier eine öffentlich-rechtliche Anstaltsordnung vorliegt. Daß die rechtliche Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst tatsächlich diesen Charakter hat, läßt sich auch noch durch weitere Einzelheiten belegen. So vermeidet die Postordnung bei der Regelung der Nutzungsverhältnisse den Gebrauch des Wortes "Vertrag". Sie spricht statt dessen von der Benutzung, der Zulassung zur Benutzung und dem Ausschluß von der Beförderung und bedient sich damit der in Anstaltsordnungen üblichen Terminologie. Eine ganze Reihe von Einzelbestimmungen aus den Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst läßt sich dogmatisch befriedigend nur als Ausfluß der Anstaltsgewalt erklären, wie z. B. die bereits erwähnten Bestimmungen über die Erhebung eines erhöhten Fahrgeldes (§ 6), die Befugnis zur Einziehung von Fahrausweisen in den in § 5 Ziff. 3 vorgesehenen Fällen, oder die in § 12 festgelegte Befugnis der Post zur Erhebung einer Reinigungsgebühr, sogar für die Verunreinigung von Warteräumen. Im Einzelnen soll an dieser Stelle jedoch nicht weiter hierauf eingegangen werden, da die oben bereits erörterten Merkmale ausreichen, den Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst eindeutig als eine öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung zu bestimmen⁵⁴⁾.

54) so auch v. Veltheim, NJW 1955, 1474;
Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, § 22 II S. 513;
Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, Kap. 20 III S. 487 und 490;
Forsthoff, Lehrbuch der Verwaltung, 6. Aufl. 1956, § 21.1 S. 343,
Anm. 4;
Wolif, Verwaltungsrecht I, § 64 II S. 286;
derselbe, AÖR 1950, 217 Anm. 18);
v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954, 5. Kap.
Ziff. 5 S. 85, Anm. 7);
Löning, ZAKDR 1942, 289 (290);
Ohnesorge, DV 1938, 97 (99);
derselbe, ZAKDR 1937, 386;
Schuster, Postrechtspraxis, 3. Aufl. 1954, Ic 4 S. 10;
derselbe, ArchPF 1955, 402;
Meyer, DJ 1941, 361;
Heinze, DJ 1941, 545;

sowie aus der Rechtsprechung:
CLG Kiel, DV 1939, 1616;
CLG Schleswig, SchlHA 1949, 206;

Daran vermag auch ein Hinweis darauf nichts zu ändern, daß in der Einleitung zum Teil A der Ordnungsvorschriften von einem "Beförderungsvertrag" die Rede ist, dessen Bestandteil die Allgemeinen Beförderungsbedingungen mit dem Besteigen des Wagens werden sollen. Daraus allein kann angesichts der Vielzahl der gegen ein solches Vertragsverhältnis sprechenden Gründe nichts dafür hergeleitet werden, daß es sich bei den Nutzungsverhältnissen im Postreisedienst um öffentlich-rechtliche oder gar privatrechtliche Verträge handelt⁵⁵⁾, zumal nach der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung - sie geht wörtlich auf das vom Bundesminister für Verkehr veröffentlichte Muster der Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn-, Obus- und Omnibusverkehr vom 17. 4. 1953⁵⁶⁾ zurück - nicht von der Hand zu weisen ist, daß sie von der Bundespost übernommen worden ist, ohne daß sie sich damit auch die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen zu eigen machen wollte.

OLG Frankfurt, ArchPF 1955, 398 und 401;
OLG Königsberg, HRR 1942, Nr. 74

und jetzt auch

BGH in NJW 1956, 746 = JZ 1956, 488 m. zust. Anm. von Wolff.

Teilweise kommt in diesen Zitaten allerdings nicht klar zum Ausdruck, daß es sich um ein öffentlich-rechtliches Anstaltsnutzungsverhältnis handelt, jedoch sind alle Zitierten darüber einig, daß die Nutzungsverhältnisse bei der Post öffentlich-rechtlich geregelt sind.

55) so schon hinsichtlich des Wortes "Vertrag" im alten § 50 PostG:
RGZ 158, 83 (92).

56) VKBl 1953, S. 175.

§ 13 : Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Omnibus-
Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn.

Wie bereits im vorigen Paragraphen erörtert, wird von den Vertretern der privatrechtlichen Auffassung der Nutzungsverhältnisse im Postreisedienst immer wieder dessen Ähnlichkeit mit dem angeblich "bewußt privatrechtlich" gestalteten Omnibus-Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn hervorgehoben. Wenn diese Argumentation auch fehlt geht, soweit sie auf eine lebensmäßige, weitgehende Ähnlichkeit der Abwicklung beider Dienste hinweist, so kann ihr jedoch andererseits eine gewisse Berechtigung insoweit nicht abgesprochen werden; als die gesetzlichen Bestimmungen über die organisatorische Gestaltung der Deutschen Bundesbahn in der Tat eine weitgehende Ähnlichkeit mit den Organisationsnormen der Bundespost aufweisen.

Es gilt auch hier Art. 87 Abs. I GG, wonach ebenso wie die Bundespost auch die Bundeseisenbahnen in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt werden. Rechtsstellung und Organisation der Deutschen Bundesbahn sind ebenso wie bei der Post in zwei grundlegenden Gesetzen festgelegt: dem Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundesbahn vom 2. 3. 1951 ¹⁾ und dem Bundesbahngesetz vom 13. 12. 1951 ²⁾. Danach wird das Bundeseisenbahnvermögen von der Bundesrepublik Deutschland unter dem Namen "Deutsche Bundesbahn" als nichtrechtsfähiges Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung verwaltet, das vom übrigen Vermögen des Bundes, seinen Rechten und Verbindlichkeiten getrennt zu halten ist, und zwar auch haftungsmäßig. Die Dienststellen der Deutschen Bundesbahn sind Bundesbehörden, die Erfüllung der Aufgaben der DB ist öffentlicher Dienst. Die Geschäftsführung obliegt einem vierköpfigen Vorstand, wobei bestimmte Kompetenzen einem Verwaltungsrat vorbehalten sind, während der Bundesminister für Verkehr allgemeine Anordnungen erläßt, um den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik auch im Bereich der Bundesbahn Geltung zu verschaffen. Daneben obliegt ihm die Genehmigung der Tarife, und außerdem hat er gewisse Aufsichts- und Einspruchsbefugnisse. In ihren Grundzügen entspricht die organisatorische Gestaltung der Deutschen Bundesbahn derjenigen, die die frühere Deutsche Reichsbahn durch Art. 2 des Gesetzes vom 10. 2. 1937 ³⁾

1) BGBl I, S. 155.

2) BGBl I, S. 955.

3) Gesetz zur Neuregelung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen Reichsbahn, RGBl II S. 47.

und das Reichsbahngesetz vom 4. 7. 1939⁴⁾ erhalten hatte. Demgemäß ist heute wie damals nicht streitig, daß die Reichs- beziehungsweise Bundesbahn eine Hoheitsverwaltung ist, die an sich die Möglichkeit hat, im Rahmen öffentlicher Gewalt und damit auf öffentlich-rechtlicher Grundlage tätig zu werden. Ebenso unbestritten ist auch, daß sie auf Teilgebieten ihrer Tätigkeit hoheitliche Machtbefugnisse ausübt, z. B. im Rahmen der Bahnpolizeigewalt (§§ 74 f. der Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 17. 7. 1928⁵⁾) oder wenn sie von dem ihr zustehenden Enteignungsrecht Gebrauch macht (§ 37 BundesbahnG bzw. § 27 ReichsbahnG). Umstritten ist dagegen vor allem, ob die Bahn bei ihrer Beförderungstätigkeit öffentliche Gewalt ausübt, oder ob sie sich dabei im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis bewegt. Dieser Streit begann etwa zur selben Zeit, als sich bei der Post die Wandlung von der privatrechtlichen zur öffentlich-rechtlichen Auffassung des Rechtscharakters ihrer Tätigkeit vollzog. Die damals in Wissenschaft und Rechtsprechung auf beiden Seiten verwandten Argumente sind angesichts der in den Grundzügen gleichgebliebenen rechtlichen Gestaltung der Organisation der Bahn auch heute noch durchweg aktuell und wesentliche neue Gesichtspunkte sind seitdem nicht mehr hervorgetreten.

Nachdem bis 1938 wohl einhellig die Auffassung vertreten wurde, daß die Personbeförderung der Reichsbahn sich im Rahmen bürgerlich-rechtlicher Werkverträge vollziehe⁶⁾, erhob sich im Anschluß an den Wandel in der höchststrichterlichen Rechtsprechung zu den Nutzungsverhältnissen bei der Reichspost die Frage, ob die Beförderungstätigkeit der Reichsbahn nicht auch als Ausübung öffentlicher Gewalt und damit öffentlich-rechtlich aufzufassen sei. Das Reichsgericht hat dies Frage in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 6. 10. 1939, RGZ 161, 341 f., verneint, als das Problem zur Entscheidung stand, ob ein Fahrdienstleiter, der einem auf dem Bahnhof haltenden Personenzug das Abfahrtszeichen gibt, dabei in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig wird, was von der Vorinstanz, dem OLG Köln, bejaht worden war.

Der Ausgangspunkt der Entscheidung des Reichsgerichts ist derselbe, wie bei der Post-Entscheidung RGZ 158, 83: Maßgebend ist nach Ansicht des Senats, "in welcher Weise die Ordnung des Betriebes und sein Aufgabenbereich geregelt sind und ob der gliederungsmäßig Aufbau des Unterneh-

4) Gesetz über die Deutsche Reichsbahn, RGBl I S. 1205.

5) RGBl II S. 541.

6) vgl. hierzu z. B. RGZ 86, 377 und 151, 279.

mens den Willen des Hoheitsträgers aufzeigt, das Unternehmen im ganzen oder in gewissen Beziehungen nicht nach Art eines Privatunternehmens in seinem bürgerlichrechtlichen Geschäftskreis bestehen zu lassen, sondern als eine im Rahmen seines obrigkeitlichen Tätigkeitsgebietes liegende öffentliche Aufgabe durchzuführen." Anhand dieses Maßstabes stellte das Reichsgericht dann heraus, es könne nicht entscheidend sein, daß die Reichsbahn ein Sondervermögen des Reiches sei, ihre Dienststellen Reichsbehörden, ihre Beamten Reichsbeamte und die Erfüllung ihrer Aufgaben öffentlicher Dienst, weil dies bei vielen Unternehmungen der öffentlichen Hand der Fall sei, die dennoch im bürgerlichrechtlichen Geschäftskreis tätig würden. Ebenso sei nicht entscheidend die Bedeutung der Eisenbahn als tragende Grundlage des organisierten Zusammenlebens der Menschen im Staate sowie im Rahmen der Landesverteidigung und für rein staatliche Bedürfnisse, weil daraus noch nichts für die Rechtsform zu gewinnen sei, in der sie ihre Zwecke erfülle. Auch das Tarifrecht der Reichsbahn, also die einseitige Preisfestsetzung für die Benutzung ihrer Einrichtungen sei ebensowenig entscheidend wie der Umstand, daß sie hoheitliche Machtbefugnisse, wie die Bahnpolizei und das Enteignungsrecht ausübe, denn nahezu alle diese Befugnisse und Aufgaben habe schon die frühere Deutsche Reichsbahngesellschaft gehabt, bei der nicht bezweifelt worden sei, daß sie sich bürgerlich-rechtlich betätigte.

Auf der anderen Seite dürfe aber nicht verkannt werden, daß die Reichsbahn, wenn sie auch keine Gewerbebetrieb sei, doch eine ihrer Natur nach wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, da die von ihr geforderten Leistungsentgelte von den Benutzern nach rein wirtschaftlichen Grundsätzen bewertet wurden. Nach allgemeiner Auffassung verkaufe die Bahn ihre Leistungen und dies habe der Gesetzgeber auch dadurch anerkannt, daß die Beförderung von Personen und Gütern seit jeher als Handelsgeschäft im HGB und der dieses ergänzenden EVO geregelt sei. Die Güterbeförderung bei der Post sei dagegen in § 452 HGB ausdrücklich aus dem im HGB geregelten Frachtgeschäft ausgenommen worden.

Der unterschiedliche Wille des Hoheitsträgers bei der rechtlichen Gestaltung von Bahn und Post zeige sich weiter auch darin, daß die Bahn kein Alleinrecht zur Beförderung von Personen und Gütern habe, wie dies bei der Post im Bereich der Briefbeförderung der Fall sei, und einen Verwaltungszwang nur im Rahmen der Bahnpolizei ausüben könne.

Wenn des weiteren der gliederungsmäßige Aufbau der Reichsbahn sich beamtenrechtlich kaum von dem der Reichspost unterscheide, so habe der

Gesetzgeber aber sicher nicht ohne Absicht festgelegt, daß der Reichsverkehrsminister als Leiter der Reichsbahn die Bezeichnung "Generaldirektor" führe und der Staatssekretär und die Ministerialdirektoren ihm als "stellvertretender Generaldirektor" und als "Vorstandsmitglieder" zur Seite gestellt seien. Nach der Begründung des Reichsbahngesetzes sei dies deshalb geschehen, um die eigene Wirtschaftsführung der Reichsbahn und die besondere Verantwortung des Leiters für diese Wirtschaftsführung auch nach außen hin in Erscheinung treten zu lassen. Die Doppelstellung der Reichsbahn, einerseits ihr Wesen als Hoheitsverwaltung und andererseits ihr Wesen als wirtschaftliches Unternehmen, sei anders als bei der Post also auch im Gesetze selbst zum Ausdruck gebracht worden.

Schließlich könne auch nicht übersehen werden, daß nach § 14 des Reichsbahngesetzes die Leistungen der Reichsbahn für andere Verwaltungen unter den üblichen Bedingungen angemessen abzugelten seien.

Aus alledem zieht das Reichsgericht den Schluß, daß die Personenbeförderung durch die Reichsbahn "auch heute noch nicht Ausübung fürsorglicher Hoheitsgewalt" sei.

An dieser Rechtsprechung hat das Reichsgericht auch in seinem Urteil vom 19. 1. 1940, RGZ 162, 364, festgehalten, wo die Frage zur Entscheidung stand, ob die Tätigkeit eines Schrankenwärters der Deutschen Reichsbahn Ausübung öffentlicher Gewalt sei. Es hat sie verneint und sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Schrankenwärter bei der Betätigung der Schranken lediglich in Erfüllung der der Bahn obliegenden bürgerlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht tätig würden. Auf die Angriffe des Schrifttums gegen seine Fahrdienstleiter-Entscheidung vom 6. 10. 1937, die auch dahin gingen, daß in ihr an einer zu starren Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht festgehalten und übersehen werde, daß die Reichsbahn sehr wohl gleichzeitig aus dem Beförderungsvertrag und aus Amtspflichtverletzung haften könne, hat es in diesem Zusammenhange entgegnet, daß sie nicht überzeugen könnten, weil die Ausübung staatshoheitlicher Gewalt oder Fürsorge an sich die Betätigung durch einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag ausschließe und im übrigen kein Anlaß bestehe, von den Ausführungen in den früheren Urteilen abzugehen. Auch in der Folgezeit ist das Reichsgericht trotz teilweise heftiger Kritik ⁷⁾ von dieser Rechtsprechung, die im Schrifttum ande-

7) vgl. die Anm. Schneiders zu dem Urteil des RG vom 2. 9. 1938, in dem, allerdings ohne ins Einzelne gehende Begründung, der Betrieb eines Verschiebebahnhofs als privatrechtliche Tätigkeit und nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt bezeichnet worden war (ZakDR 1939, 206 f.; das Urteil ist auch in JW 1938, 2969 veröffentlicht), sowie Weber, ZakDR 1939, 679 f.;

rerseits auch teilweise Zustimmung gefunden hat ⁸⁾, nicht mehr abgegangen ⁹⁾. Nach dem Zusammenbruch 1945 hat sie sich auch der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone zu eigen gemacht ¹⁰⁾ und später wurde sie auch vom Bundesgerichtshof übernommen.

In seiner ersten Entscheidung, der der Fall zu Grunde lag, daß die Reichsbahn nach dem Zusammenbruch einer auf einem Verschiebebahnhof stehen gebliebenen Bagger verkauft hatte, hat er sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Verkauf nach den Bestimmungen der EVO und damit nach bürgerlichem Recht und nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt sei, weil die EVO ein Teil des Handelsrechts sei, der nur aus Zweckmäßigkeitsgründen aus dem HGB herausgenommen und in einer besonderen Rechtsverordnung zusammengefaßt worden sei. Zumindest gelte dies hinsichtlich der die Güterbeförderung betreffenden Bestimmungen. Weiterhin ist in der Entscheidung ausgeführt, daß die heutige Bundesbahn zwar nicht im Rechtssinne, aber doch der Sache nach Kaufmann sei. Im Anschluß an RGZ 162, 364 (365) übernimmt der BGH in dieser Entscheidung auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß dieselbe Handlung nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Natur sein könne ¹¹⁾.

In einer weiteren Entscheidung vom 19. 6. 1952 ¹²⁾ vertritt der BGH in Abweichung von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts ¹³⁾ sogar die Auffassung, daß die Ausstellung von Beförderungspapieren durch die Reichsbahn auch dann keine öffentliche Gewalt sei, wenn es sich dabei um öffentliche Urkunden handle. Dabei wird unter Bezugnahme auf RGZ 161, 341 und RGZ 162, 364 wiederum die Ansicht vertreten, daß die Bestimmungen der EVO nach ihrem Inhalt und ihrer Entste-

Carl, DR 1940, 998 f. und
List, VR 1940, 1425 f.

8) Diemer, VZ 1939, 753 f.;
Staks, DR 1939, 1702;
derselbe, ZVMEV 1940, 249;
derselbe, VR 1941, 1711 f.;
Buff, VAE 1939, 1;
Heinze, DJ 1941, 545.

9) vgl. RGZ 162, 379; 170, 1; RG in VAE 1940, 176; DR 1941, 666;
DR 1944, 491.

10) NJW 1951, 112 = BB 1951, 218.

11) Urteil v. 23. 4. 1951, BGHZ 2, 37 = NJW 1952, 219 = BB 1951, 458.

12) BGHZ 6, 304 = NJW 1952, 1211. Die Entscheidung ist von Goltermann, NJW 1952, 1211, mit dem Hinweis kritisiert worden, daß nach § 41b EPO zum Begriff der öffentlichen Urkunde notwendig gehöre, daß sie in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte ausgestellt sei.

13) RGZ 107, 272; RGJW 1927, 1352 Nr. 4.

hung bürgerlich-rechtlicher Natur seien und keine Anstaltsordnung, die die Beziehungen zwischen der Anstalt und ihren Benutzern dem öffentlichen Recht unterwerfen. Beiläufig wird weiter erwähnt, daß auch die von der Reichsbahn betriebene Beförderung im Kraftverkehr nicht als Ausübung fürsorglicher Hoheitsgewalt, sondern als rein privatrechtliche Betätigung angesehen werden müsse. Hoheitliche Gewalt oder Fürsorge über die Reichsbahn nur im Rahmen der Bahnpolizei aus.

Schließlich ist der BGH in zwei weiteren Entscheidungen vom 6. 10. 1952¹⁴⁾ und vom 3. 12. 1953¹⁵⁾ der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch insoweit gefolgt, als dieses sich auf den Standpunkt gestellt hat, daß die Tätigkeit eines Schrankenwärters auch bei ortsbedienten Schranken keine Ausübung öffentlicher Gewalt sei. Dieser Ansicht ist auch das OLG Neustadt in einem Urteil vom 11. 10. 1952¹⁶⁾ gefolgt.

Diese kurze Übersicht über die höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, daß eine Entscheidung, die sich ausdrücklich mit dem Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Omnibus-Linienverkehr der Bahn befaßt, soweit ersichtlich, bisher noch nicht ergangen ist. Da die ihn bestimmenden Rechtsätze nicht in der EVO enthalten sind, die nur die Nutzungsverhältnisse im Eisenbahnverkehr regelt, wird sofort deutlich, daß das Hauptargument der Vertreter der privatrechtlichen Auffassung, die EVO sei Bestandteil des Handelsrechts, hier nicht anwendbar ist. Dagegen ist aber eine kritische Untersuchung der aus den Rechtssätzen über die organisatorische Gestaltung der früheren Reichsbahn und jetzigen Bundesbahn entnommenen Argumente erforderlich, weil sie ja auch für den Omnibus-Linienverkehr maßgebend sind, dessen Nutzungsverhältnisse nach den früheren Darlegungen dann nicht öffentlich-rechtlich geregelt sein können, wenn schon in der rechtlichen Gestaltung der Organisation des Unternehmens selbst der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, den gesamten Bahnbetrieb nach Art eines privatrechtlichen Unternehmens zu führen.

Insoweit hat das Reichsgericht zunächst darauf hingewiesen, daß die Tätigkeit der Bahn ihrer Natur nach eine wirtschaftliche sei, weil die Eisenbahnen nach allgemeiner Auffassung ihre Leistungen "verkauften". Dem ist entgegenzuhalten, daß das auch bei der Post schließlich nicht anders ist, die nach ebenso "allgemeiner Auffassung" ihre Briefmarken auch "verkauft". Im übrigen würde eine solche Argumentation wiederum auf das für

14) NJW 1953, 384 mit zust. Anm. von Goltermann, a.a.O., S. 387.

15) MDR 1954, S. B 20, Nr. 201.

16) NJW 1953, 387.

die Unterscheidung zwischen Ausübung öffentlicher Gewalt und fiskalischer Tätigkeit längst überholte Kriterium "wirtschaftlich - nichtwirtschaftlich" hinauslaufen¹⁷⁾. Etwa anderes wäre es, wenn im Gegensatz zur früheren Reichsbahn aus den Organisationsnormen der heutigen Bundesbahn zu ersehen wäre, daß diese Kaufmann i. S. von § 1 HGB ist. Das ist jedoch vom BGH auch für die Bundesbahn im Anschluß an Finger zutreffend verneint worden^{18) 19)}. Es ergibt sich dies im übrigen auch aus § 9 BundesbahnG, wo offenbar in bewußter Abwandlung des Handelsrechtlichen Begriffs von der "Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" bestimmt ist, daß der Vorstand die Sorgfalt eines "ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers" walten zu lassen habe. Daß die Bundesbahn auch beim Betriebe ihres Omnibus-Linienverkehrs kein Gewerbe ausübt, ergibt sich weiterhin auch aus § 1 Abs. I Ziff. 2 des Personenbeförderungsgesetzes. Nachdem dort in der ursprünglichen Fassung vom 4. 12. 1934 in Ziff. 1 festgelegt war, daß das Gesetz für die gewerbsmäßige Personenbeförderung gelte und in Ziff. 2 sein Geltungsbe- reich auch auf die Personenbeförderung der Post ausgedehnt war, ist bei der 1937 erfolgten Neufassung des Gesetzes in Ziff. 2 neben der Post auch die Reichsbahn ausdrücklich erwähnt worden. In der amtlichen Begründung wurde als Erläuterung hierzu gegeben, daß dies erforderlich geworden sei, nachdem die Reichsbahn durch das Gesetz vom 10. 2. 1937 ebenso wie die Post wieder eine Hoheitsverwaltung des Reiches geworden sei²⁰⁾.

Wenn das Reichsgericht und seine Anhänger weiterhin argumentieren, daß die unterschiedliche Auffassung der Nutzungsverhältnisse auch deshalb berechtigt sei, weil der Post viel weitergehende staatshoheitliche Rechte übertragen seien als der Bahn, so ist darauf mit Weber²¹⁾ und Carl²²⁾ zu entgegnen, daß diese unterschiedliche Stellung teilweise in der Natur der Sache begründet liegt, da ein Postgeheimnis eben nur im Rahmen des Postbetriebes sinnvoll ist und das Reichsgericht, sowie ihm folgend der Bundesgerichtshof, auch das bei der Post ebenfalls fehlende Allein- und Zwangsrecht bei der Paket- und Personenbeförderung nicht für ausschlaggebend halten. Wenn schließlich anders als bei der Post bei der Bahn eine Einziehung der Beförderungsentgel-

17) so auch Weber, ZAkDR 1939, 679.

18) NJW 1952, 221.

19) Finger, Komm. z. EVO, 1951, Anm. 1 a zu § 1 EVO.

20) zitiert bei Oppelt, Komm. z. PBG, 3. Aufl. 1952, Anm. 4 zu § 1.

21) ZAkDR 1939, 680.

22) DR 1940, 998.

te im Verwaltungszwangsverfahren nicht vorgesehen ist, so stehen der Bahn andererseits Hoheitsrechte, wie die Bahnpolizeigewalt und das Ent eignungsrecht, zu, denen die Post nichts Vergleichbares entgegensetzen hat.

Dem weiteren Hinweis des Reichsgerichts, daß der Reichsverkehrsminister als Leiter der Reichsbahn die Bezeichnung "Generaldirektor" führe, den seinerzeit schon Weber ²³⁾ für wenig einleuchtend gehalten hat, ist nunmehr vollends der Boden entzogen, nachdem diese Bezeichnung nicht in das neue Bundesbahngesetz übergegangen ist und das Führungsgremium statt dessen die neutrale Bezeichnung "Vorstand" erhalten hat, in der sogar ein Anklingen an die vielfach gebräuchliche Bezeichnung "Behördenvorstand" gefunden werden kann.

Auch der in § 5 des Bundesbahngesetzes übernommene gegenseitigen Leistungs-Abgeltungspflicht zwischen der Bundesbahn und anderen Behörden kann in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zukommen, weil sie im Rahmen der §§ 28 und 29 Bundesbahng gesehen werden muß, die eine gesunde Wirtschaftsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen vorschreiben, die jederzeit eine sichere Feststellung der Finanzlage der Bundesbahn ermöglichen soll.

Nach alledem zeigt sich also, daß sowohl bei der früheren Deutschen Reichsbahn als auch bei der heutigen Deutschen Bundesbahn die Organisationsnormen keine zwingenden Hinweise oder auch nur Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers enthalten, daß das Unternehmen bei seiner Beförderungstätigkeit keine öffentliche Gewalt ausüben und sich statt dessen im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreise bewegen soll. Andererseits muß dem Reichsgericht und den Verteidigern seiner Rechtsprechung sowie dem Bundesgerichtshof zugegeben werden, daß diese Bestimmungen auch keinen zwingenden Hinweis enthalten, daß die Bundesbahn ebenso wie früher die Reichsbahn bei ihrer Beförderungstätigkeit öffentliche Gewalt ausübt. Die Stellung der Bundesbahn als Hoheitsverwaltung und ihre lebenswichtigen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge lassen allein nicht darauf schließen, daß auch die Rechtsbeziehungen zu ihren Benutzern öffentlich-rechtlich geregelt sind, da auch Hoheitsverwaltungen sehr wohl im bürgerlich-rechtlichen Geschäftsbereich tätig werden können, und zwar auch bei der Gewährung von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge. Für die Bundesbahn fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung, daß ihre Tätigkeit Ausübung öffentlicher Gewalt ist, wie dies bei der Post in § 6

23) ZAKDR 1939, 680.

des Gegenseitigkeits-Besteuerungsgesetzes von 1925 ²⁴⁾ klarge stellt ist. Der Umstand, daß die Bahn auf Teilgebieten ihrer Tätigkeit öffentliche Gewalt ausübt, wie im Rahmen der Bahnpolizei oder im Enteignungsverfahren, mag zwar einen Anhaltspunkt dafür bieten, daß dies auch bei ihrer Beförderungstätigkeit der Fall ist, besagt dies aber nicht notwendig.

Wenn insbesondere Weber ²⁵⁾ den hoheitlichen Charakter der Bahnbeförderung auch mit dem dem § 6 Abs. III des Bundesbahngesetzes entsprechenden § 3 Abs. III des Reichsbahngesetzes begründen will, wonach die Erfüllung der Aufgaben der Bahn öffentlicher Dienst ist, so haben dem Staks ²⁶⁾ und Heinze ²⁷⁾ mit Recht entgegengehalten, daß öffentlicher Dienst jede Beschäftigung im Dienste des Reiches (heute des Bundes bzw. der Länder) oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften sei, und zwar ohne Rücksicht auf die Art dieser Tätigkeit. Zwar kann öffentlicher Dienst in der Ausübung öffentlicher Gewalt bestehen. Das muß aber nicht notwendig so sein, da z. B. ein Beamter im Rahmen seiner Tätigkeit im öffentlichen Dienst sehr wohl auch privatrechtliche Verträge schließen kann, die dann in den Bereich der fiskalischen Tätigkeit seiner Behörde fallen, z. B. beim Einkauf von Büromaterial oder bei der Vergabe von Aufträgen für die Neuerrichtung eines Verwaltungsgebäudes.

Für die Frage nach dem Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Omnibus-Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn müssen also weiterhin die diese regelnden Rechtsnormen herangezogen und daraufhin untersucht werden, ob sich aus ihnen der Wille des Gesetzgebers ergibt, sie in der Form privatrechtlicher Verträge abzuwickeln oder aber sie dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Hier ist zunächst das Personenbeförderungsgesetz zu nennen, das kraft ausdrücklicher Bestimmung in § 1 Abs. I Ziff. 2 auch für den Omnibus-Verkehr der Bundesbahn Anwendung findet. Danach bedarf die Bundesbahn für die Errichtung neuer Verkehrslinien zwar keiner Genehmigung (§ 14, Abs. I), jedoch gilt auch für sie die Verpflichtung, Beförderungspreise, Beförderungsbedingungen und Fahrpläne vor der Einführung zu veröffentlichen und die festgesetzten Beförderungspreise gleichmäßig anzuwenden (§§ 27 Abs. I, 17 PBG). Ferner hat der Reichsverkehrsminister (jetzt der Bundesminister für Verkehr) das Recht, sich jederzeit über Art und Umfang der

24) RGBI I, S. 252; vgl. hierzu auch die Ausf. auf Seite 73/74.

25) ZAkDR 1939, 679.

26) VZ 1940, 249.

27) DJ 1941, 546.

unter das PBG fallenden Personenbeförderung zu unterrichten und die für die Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die dann auch für die Bundesbahn verbindlich sind (§§ 38 und 39 PBG). Hier ist insbesondere die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) vom 13. 2. 1939²⁸⁾ zu nennen, von der allerdings nur die Bestimmungen über die technische Ausrüstung und Beschaffenheit der Fahrzeuge (§§ 31 - 62) für die Bundesbahn Anwendung finden.

Der Vorschrift des § 17 PBG ist die Verwaltung der Bundesbahn durch den Erlaß der "Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Bahnbusverkehr" nachgekommen, die in der z. Zt. gültigen Fassung unter der Nr. 610 a des Tarifverzeichnisses veröffentlicht und seit dem 1. 4. 1955 in Kraft sind. Ihre weitgehende Ähnlichkeit mit den "Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst" erklärt sich daher, daß auch sie auf die Musterbedingungen des Bundesministers für Verkehrs vom 17. 4. 1953²⁹⁾ zurückgehen. Als Anhang zu den Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Bahnbusverkehr ist der Bahnoustarif veröffentlicht worden, der z. Zt. in der Fassung von 1956 in Kraft ist.

Bei der Durchsicht dieser Bestimmungen fällt auf, daß in ihnen anders als in der PostO und den Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst die Beförderungsentgelte nicht als Gebühren, sondern als Beförderungspreise, Fahrpreise oder Fahrgeld bezeichnet werden, so daß hieraus keine Rückschlüsse auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Nutzungsverhältnisse gezogen werden können. Lediglich in § 10 Abs. II der AllgBefBed ist die Rede davon, daß bei Verunreinigung von Bahnbussen und Aufenthaltsräumen Reinigungsgebühren zu zahlen sind, und § 9 des Bahnoustarifes bestimmt unter der Überschrift "Nebengebühren", daß bei Übertretung des Rauchverbotes 2,-- DM und bei Verunreinigung von Fahrzeugen und Ausstattungsgegenständen 3,-- DM erhoben werden.

Auf der anderen Seite bestimmt § 1 der AllgBefBed, daß diese "mit dem Besteigen des Wagens Bestandteil des Beförderungsvertrages" werden. Wollte man hier bei dem Ausdruck "Beförderungsvertrag" stehenbleiben, so könnte man in der Tat leicht in die Versuchung geraten, darin einen entscheidenden Gesichtspunkt dafür zu sehen, daß die Bundesbahn als der zuständige Hoheitsträger hier ihren Willen zum Ausdruck gebracht hat, im Bahnbusverkehr die Rechtsbeziehungen zu ihren Benutzern in

28) RGBI I, S. 232.

29) VxB1 1953, 175.

der Form privatrechtlicher Verträge abzuwickeln. Bei näherer Betrachtung erweist sich die ganze Bestimmung jedoch als äußerst problematisch. Ihr praktischer Zweck leuchtet schnell ein; Es soll damit erreicht werden, daß für jeden Benutzer eines Bahnbusses vom Augenblick des Einsteigens an die Allgemeinen Beförderungsbedingungen mit den darin enthaltenen Verpflichtungen des Fahrgastes rechtsverbindlich sind. Läßt sich das aber auf dem Wege erreichen, der der Verwaltung der Bundesbahn bei der Fassung dieser Bestimmung vorschwebte?

Wenn die Allgemeinen Beförderungsbedingungen mit dem Besteigen des Wagens Bestandteil des Beförderungsvertrages werden sollen, muß dieser Vertrag logischerweise entweder schon vor dem Einsteigen oder aber spätestens in diesem Augenblick zustande kommen, da die Beförderungsbedingungen mit dem Einsteigen ja nicht Bestandteil eines noch gar nicht existenten Vertrages werden können.

Da ein Vertrag durch Willenserklärungen der beteiligten Vertragspartner zustande kommt, in denen sie ihren auf den Eintritt der Rechtsfolge gerichteten Willen einander in Form von Angebot und Annahme erklären (§ 151 BGB), muß also untersucht werden, worin hier die korrespondierenden, auf den Abschluß des Beförderungsvertrages von einem bestimmten Ort zum anderen gerichteten Willenserklärungen der Vertreter der Bundesbahn und der Reisenden gefunden werden können.

Verhältnismäßig einfach ließen diese sich dann konstruieren, wenn der Fahrgast den Omnibusfahrtschein vor dem Besteigen des Wagens löst, etwa am Fahrkartenschalter eines Bahnhofs. Seine Erklärung, einen Fahrtschein nach X lösen zu wollen, könnte dann als Angebot für den Abschluß eines Beförderungsvertrages nach X und die Aushändigung des gewünschten Fahrtscheines durch den Fahrkartenverkäufer als Annahme dieses Angebotes angesehen werden. Schwieriger wird es aber schon bei der Deutung des Erwerbs einer Zeitkarte. Wird damit etwa eine ganze Anzahl von Beförderungsverträgen "auf Vorrat" geschlossen? Eine solche Vorstellung mutet doch etwas befremdlich an. Im übrigen sind die Fälle des vorherigen Erwerbs des Fahrausweises aber nicht der Normalfall im Omnibusreiseverkehr. Die Regel ist dort vielmehr, daß ein Fahrgast an einer Haltestelle des Bahnbusses in diesen einsteigt und erst während der Fahrt dem Schaffner das Reiseziel angibt und den Fahrtschein löst. Wie verhält es sich da mit Vertragsangebot und -annahme? Die während der Fahrt abgegebenen Willenserklärungen können für den Vertragsschluß nicht mehr von Belang sein, da dieser ja schon mit dem Einsteigen erfolgt sein muß. Es wäre der Gedanke zu erwägen, daß die

Bundesbahn dadurch, daß sie ihren Bus nach dem veröffentlichten Fahrplan verkehren läßt, durch schlüssiges Verhalten einer unbestimmten Vielzahl potentieller Fahrgäste das Angebot macht, mit ihnen nach Maßgabe der Allgemeinen Beförderungsbedingungen und des Bahnbus-Tarifbeschlusses Beförderungsverträge jeweils von der Haltestelle, an der diese einsteigen, bis zu dem von ihnen gewünschten Reiseziel zu schließen. Das würde zwar aus dem Rahmen der in ähnlich liegenden Fällen geübten zivilrechtlichen Praxis fallen, die in sogenannten öffentlichen Angeboten - Zeitungsanzeigen, Schaufensterdekorationen - keine Angebote im Sinne von § 145 BGB sieht, sondern lediglich Aufforderungen an die Öffentlichkeit, entsprechende Vertragsangebote zu machen ³⁰⁾, könnte aber noch hingenommen werden. Schwierig wird es aber schon bei der Konstruktion der Annahme eines solchen Angebotes durch den Fahrgast, die dann darin gesehen werden müßte, daß er an der Haltestelle in den Bus einsteigt. Dem Einwand, daß kein Fahrgast beim Einsteigen eine Erklärung über die Angebotsannahme abgibt, könnte noch durch den Hinweis auf § 151 Satz 1, 2. Halbsatz, BGB begegnet werden, wonach eine Annahmeerklärung nicht erforderlich ist, wenn die Verkehrssitte sie nicht erwartet. Dennoch erscheint die Konstruktion eines solchen Vertragsverhältnisses, bei dem dann Angebot und Annahme durch schlüssiges Verhalten erklärt würden und der wesentliche Inhalt des Vertrages schon im voraus einseitig und unabdingbar festgelegt ist, nach alledem doch reichlich blutleer, wie Haupt ³¹⁾ zutreffend bemerkt hat.

Die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Anwendung der zivilrechtlichen Vertragsdogmatik auf die Beförderungsverhältnisse im Bahnbus-Linienverkehr sind jedoch noch andere. Wie ist es, wenn der Fahrgast einen überfüllten Bus besteigt in der vorgefaßten Absicht, keinen Beförderungsvertrag schließen, sondern "schwarz" fahren zu wollen? Man könnte dem entgegenhalten, daß nicht der innere Wille des Vertragspartners entscheidend ist, sondern der in der Erklärung, also dem Einsteigen, in Erscheinung tretende sogen. objektivierte Wille, wonach das Besteigen des Busses eben gemeinhin den Willen des Einsteigenden zum Ausdruck bringt, einen Beförderungsvertrag abzuschließen. Das hilft aber dann nicht mehr weiter, wenn der Schwarzfahrer seinen gegenteiligen Willen schon

30) vgl. für die ähnlich wie beim Bahnbusverkehr liegenden Verhältnisse im Eisenbahnverkehr: Blume-Weirauch, Komm. z. EVO, 4. Aufl. 1928, S. 24, 2, wo der Tarif als Anregung zum Vertragsabschluß angesehen wird.

31) Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941, S. 21.

vor dem Einsteigen oder beim Einsteigen erklärt, etwa einem mitreisenden Bekannten gegenüber. Hier versagt die Vertragsdogmatik, denn über diese Grenze ist durch keine Interpretation hinweg zu kommen³²⁾, obwohl jedermann sich darüber klar ist, daß der Schwarzfahrer zumindest das geschuldete Fahrgeld und darüber hinaus auch das in solchen Fällen vorgesehene erhöhte Fahrgeld (§ 9 AllgBefBed) bezahlen muß, da diese Bestimmung ja vor allem im Hinblick auf etwaige Schwarzfahrer geschaffen worden ist.

Wie ist es ferner, wenn der Fahrgast an der Haltestelle in einen falschen Bus einsteigt und dies erst bemerkt, nachdem er, vom Schaffner nach Zurücklegung einer erheblichen Fahrtstrecke zu Lösung eines Fahrscheines aufgefordert, ein Reiseziel nennt, das der Fahrtstrecke des Busses genau entgegengesetzt liegt? Die zivilrechtlich einzig mögliche Konstruktion, in dem überraschten Gesicht des Fahrgastes und seinen anschließenden Erklärungen nach Aufdeckung seines Irrtums durch den Schaffner eine Anfechtung des durch beiderseitiges schlüssiges Verhalten bereits beim Einsteigen zustande gekommenen Beförderungsvertrages sehen zu wollen, mutet doch ein wenig abenteuerlich an. Ihre Konsequenzen decken sich auch nicht mit der in solchen Fällen in der Praxis üblichen und nach dem Rechtsgefühl auch zu billigen Handhabung, daß der Fahrgast dennoch den Fahrpreis für die bereits zurückgelegte Strecke bezahlen muß, wenn der Schaffner im Einzelfall nicht etwa aus Billigkeitsgründen von der Erhebung des Fahrgeldes absieht. Aus den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung kann die Zahlungspflicht schon deswegen nicht hergeleitet werden, weil der Fahrgast durch die Beförderung in der falschen Richtung ja das Gegenteil einer Bereicherung erfahren hat.

Wie ist schließlich der Fall des geisteskranken Fahrgastes zu beurteilen, der nach § 104 Ziff. 2 BGB geschäftsunfähig ist und daher gar keine rechtserhebliche Willenserklärung abgeben kann? Mag er vielleicht selten vorkommen, so ist dafür der Fall umso häufiger, daß ein Minderjähriger ohne Begleitung des gesetzlichen Vertreters den Linienbus benutzt. Wenn er den Fahrpreis nicht von seinem Taschengeld bezahlt (§ 110 BGB) und der gesetzliche Vertreter nicht vorher eingewilligt hat, würde der Beförderungsvertrag nach § 108 BGB schwebend unwirksam sein und von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängen. In der Praxis denkt aber kein Schaffner daran, den

32) Larenz, NJW 1956, 1897 (1899).

Jugendlichen beim Besteigen des Wagens nach diesen Dingen zu fragen oder ihn gar von der Beförderung auszuschließen, weil ihm die spätere Genehmigung des Vertrages durch den gesetzlichen Vertreter zu unsicher erscheint³³⁾. Weder der Bundesbahn noch irgendeinem anderen Linienverkehrsunternehmen würde es auch in den Sinn kommen, dem gesetzlichen Vertreter das von seinem Mündel bezahlte Fahrgeld zurückzuzahlen, wenn dieser später erklärt, daß er die Genehmigung des Beförderungsvertrages verweigere. Daß die Unternehmen daran recht tun, wird wohl kaum ernsthaft bestritten, wie denn auch wohl einhellig die Ansicht vertreten wird, daß die Vorschriften über Willensmängel und Geschäftsfähigkeit im Bereich des Personen-Linienverkehrs jedenfalls nicht in vollem Umfange anwendbar sind, weil dieses "mit der glatten Abwicklung des Massenverkehrs unvereinbar wäre"³⁴⁾. Man wird im Privatrecht aber vergebens nach einer Bestimmung suchen, wonach Willensmängel oder mangelnde Geschäftsfähigkeit unbeachtlich sind, wenn sich das Gegenteil mit einer glatten Abwicklung von Massenverträgen nicht verträgt.

Es ist hier schon Larenz beizupflichten, wenn er zu dieser Problematik erklärt, der Jurist gerate darob in Verlegenheit, weil er merke, daß mit seinen Schulbegriffen hier etwas nicht stimme³⁵⁾.

Der erste, der sich in einer geschlossenen Betrachtung bemühte, diese in die Dogmatik der klassischen Vertragslehre nicht hineinpassenden Erscheinungen zu erfassen und die darin liegende Problematik einer dogmatisch haltbaren Lösung zuzuführen, war wohl Haupt in seiner schon klassisch gewordenen, 1941 gehaltenen Leipziger Antrittsvorlesung über faktische Vertragsverhältnisse, deren Gedankengänge er dann in dem gleichnamigen Beitrag in der Festschrift der Leipziger Juristischen Fakultät für Sieber, Bd. II S. 1 f. veröffentlicht hat.

Er geht dabei davon aus, daß in der modernen Organisation des Zusammenlebens der Einzelne vielfach darauf angewiesen sei, Leistungen zu erbringen oder in Empfang zu nehmen, ohne seinen Vertragspartner auswählen oder den Vertragsinhalt individuell bestimmen zu können. In solchen

33) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 31, Anm. 83).

34) Haupt, a.a.O., S. 31; ebenso
Larenz, NJW 1956, 1899;
derselbe, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. 1953, § 4 II S. 27;
Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil des BGB, 14. Aufl. 1955, § 164
VII S. 697;
Betti in Festschrift für Lehmann, 1956, Bd. I S. 253 (256).

Auch Otto Mayer hat dies für den Bereich der Post schon frühzeitig erkannt und als Argument gegen die damals herrschende privatrechtliche Betrachtungsweise der dort vorkommenden Nutzungsverhältnisse ins Feld geführt (vgl. Dt. Verwaltungsrecht I, S. 278, Anm. 14).

35) NJW 156, 1897.

Fällen finde vielfach ein Vertragsschluß durch korrespondierende Willenserklärungen in der Praxis garnicht mehr statt. Daher die bisherige Vertragsdogmatik solche Willenserklärungen in Gestalt von Angebot und Annahme für das Zustandekommen von Vertragsverhältnissen für unerlässlich halte, werde immer wieder und vielfach recht gewaltsam versucht, sie in den Lebenssachverhalt hineinzukonstruieren, mit dem Erfolg, daß der Begriff der Willenserklärung in seinem Inhalt immer mehr verflache. Diese Mißheiligkeit trete bei einer ganzen Reihe von Rechtsbeziehungen des täglichen Lebens in Erscheinung, in denen die sozialen Beziehungen zwischen den beteiligten Partnern nach Vertragsrecht abgewickelt würden, denen aber allen gemeinsam sei, daß sie nicht durch Angebot und Annahme, sondern in Wahrheit rein faktisch zustande kämen. Haupt teilt diese Sachverhalte in drei große Gruppen ein, die er als faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontaktes, kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis und solche kraft sozialer Leistungsverpflichtung bezeichnet. In die erste Gruppe ordnet er hauptsächlich die Fälle ein, die gemeinhin über die Rechtsfigur der culpa in contrahendo abgewickelt werden, die zweite Gruppe umfaßt hauptsächlich die Problemkomplexe der faktischen Gesellschaft und des faktischen Arbeitsverhältnisses und als zu dritten Gruppe gehörig sieht er in erster Linie die Nutzungsverhältnisse im Bereich der öffentlichen Versorgungsunternehmen und des Personen-Linienverkehrs an. Bei der Erörterung der Problematik dieses letzteren Bereiches zeigt Haupt die im wesentlichen bereits oben dargelegten Schwierigkeiten bei der Konstruktion rechtsgeschäftlicher Vertragsschlüsse auf und kommt dann zu dem Ergebnis, daß derartige Verträge bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel in Wahrheit garnicht abgeschlossen werden. Entscheidend für die Begründung der beiderseitigen Rechte und Pflichten sei vielmehr unmittelbar die Tatsache, daß der Fahrgast in das Verkehrsmittel einsteige ³⁶⁾.

Zusammenfassen läßt sich das Ergebnis der Haupt'schen Untersuchung dahin, daß nach seiner Ansicht Vertragsverhältnisse heute nicht mehr nur durch Angebot und Annahme, sondern daneben in bestimmten Fällen auch durch ein rein tatsächliches Verhalten der beteiligten Personen zustande kommen. Das Anliegen Haupts dürfte ein doppeltes sein: Einmal geht es ihm darum, zu einer der Wirklichkeit des Lebens besser gerecht werdenden Auffassung über das Zustandekommen der von ihm behandelten Vertragsbeziehungen zu kommen, und zum anderen versucht er, zu

36) Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 21 und 31 f.

einer dogmatisch haltbaren Begründung für das allgemein als richtig anerkannte Ergebnis zu gelangen, daß die in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts festgelegten gesetzlichen Folgen von Willensmängeln und fehlender Geschäftsfähigkeit in solchen Fällen gar nicht oder nur in ganz beschränktem Umfange eintreten. Letzteres gelingt ihm tatsächlich auch und zwar deshalb, weil diese hier nicht zum Tragen kommenden Rechtsfolgen sämtlich darauf zurückgehen, daß die sonst zum Vertragsschluß gehörenden Willenserklärungen irgendwie mangelhaft sind. Werden diese Willenserklärungen aber aus den Vertragstatbeständen durch die These eliminiert, daß die Vertragsverhältnisse rein faktisch zustande kommen, so ist damit auch der gesetzliche Ansatzpunkt für ihre etwaige Nichtigkeit wegen vorhandener Willensmängel aus den Angeln gehoben. Offen bleibt nur die Frage, ob die Prämisse Haupts haltbar ist, daß Verträge auf faktischem Wege zustande kommen können.

Wie nicht anders zu erwarten war, haben die Darlegungen Haupts nach ihrem Bekanntwerden zu einer umfangreichen wissenschaftlichen Diskussion geführt³⁷⁾, die neuerdings wieder in Fluß gekommen ist, nachdem der Bundesgerichtshof sich diese Gedankengänge teilweise zu eigen gemacht hat³⁸⁾.

Bedenken gegen die Lehre Haupts richteten sich zunächst dagegen, daß die Begriffsbildung des faktischen Vertrages rein negativ und deshalb grundsätzlich uferlos sei, da das die einzelnen Erscheinungsformen verbindende Element lediglich darin liege, daß die Verträge nicht durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zustande kämen. Es fehle an der erforderlichen Konkretisierung, und wenn diese vorgenommen werden, zeige sich, daß die Problemlösung jeweils auf ganz verschiedene Weise erfolgen könne

-
- 37) Löning, ZAKDR 1942, 289 f.;
Spiess, ZAKDR 1942, 340 f. und ZAKDR 1943, 170 f.;
Wieacker, ZAKDR 1943, 33 f.
Tasche, JherJahrb 90 (1942), 101 f.;
Lehmann, JherJahrb 90 (1942), 131 f.;
Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948;
Nipperdey in Enneccerus, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1955, § 164 VII S. 697;
Lehmann in Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. 1954, § 26 IV S. 111;
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. 1953, § 4 II S. 27;
Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949, § 22 S. 21;
Wesenberg, DRiZ 1953, 19 f.;
Betti, Festschrift für Lehmann, 1956, Bd. I S. 253 f.
- 38) BGH Urteil v. 14. 7. 1956, NJW 1956, 1475, sowie Urt. v. 29. 1. 1957, NJW 1957, 627;
Larenz, NJW 1956, 1897 f.;
Nipperdey, MDR 1957, 129 f.

und müsse ³⁹⁾ - Auf diese Bedenken braucht hier aber nicht weiter eingegangen zu werden, weil im Rahmen dieser Untersuchung nur ein Teilkomplex der Haupt'schen Begriffsbildung in Frage steht, nämlich die faktischen Verträge kraft sozialer Leistungsverpflichtung, die von anderen Formen faktischer Verträge ohne weiteres abzugrenzen sind und für sich auch hinreichend konkretisiert werden können.

Außer Betracht bleiben können auch die gegen die Begriffsbildung Haupts erhobenen terminologischen Bedenken. Larenz ⁴⁰⁾ meint hierzu, der Ausdruck faktische Vertragsverhältnisse sei unglücklich, weil er den Eindruck aufkommen ließe, es handele sich um außerrechtliche Verträge. Während es sich in Wahrheit um nach Vertragsrecht zu beurteilende Rechtsverhältnisse handele. Er schlägt daher vor, sie als "Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten" zu bezeichnen. Wieacker ⁴¹⁾ weist auf den Doppelsinn des Vertragsbegriffes hin, der einmal als die Vertragsvereinbarung und dann auch als die Vertragsordnung verstanden werde und schlägt deshalb vor, die von Haupt gemeinten Erscheinungen unter Weglassung des Vertragsbegriffes als "Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung" zu bezeichnen. In dieselbe Richtung geht auch der von Esser vorgeschlagene Begriff der "faktischen Obligationsentstehung" ⁴²⁾. Im Grunde stimmen diese Kritiker nämlich alle mit der Haupt'schen Erkenntnis überein, daß es sich hier um Leistungsbeziehungen handelt, die nicht nach Vertragsrecht entstehen, wohl aber nach diesem abzuwickeln sind.

Weitere Bedenken gegen Haupt setzen bei der Bewertung des Verhaltens der an den faktischen Vertragsverhältnissen kraft sozialer Leistungsverpflichtung beteiligten Unternehmen ein, und ihre Vertreter kommen zu dem Ergebnis, daß auf Seiten der Unternehmen nicht nur ein rein faktisches, sondern ein rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt. So bewertet Larenz die Tarifveröffentlichung als rechtsgeschäftliches Handeln, weil sie eine an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung und dazu bestimmt sei, späterhin Rechtsfolgen herbeizuführen und den Inhalt aller demnächst zustandekommenden Rechtsverhältnisse zwischen

39) Spiess, ZAkDR 1942, 341;
Lehmann, JherJahrb 90 (1942), 131, der insbesondere dort,
S. 142, eine solche Konkretisierung versucht hat.

40) Lehrbuch des Schuldrechts, § 4 II S. 28.

41) ZAkDR 1943, 34.

42) Lehrbuch des Schuldrechts, 1949, § 22 S. 21.

dem Unternehmen und seinen Benutzern zu bestimmen⁴³⁾. Dagegen sei das auf dem Tarif beruhende öffentliche Angebot der Leistung in Gestalt des Betriebes der Verkehrsmittel eine tatsächliche Handlung, die ihre rechtliche Bedeutsamkeit durch eine von Larenz als sozialtypisch bezeichnete Umweltbewertung erhalte. Spiess⁴⁴⁾ stellt den bei derartigen Leistungsverhältnissen stets vorhandenen und für ihre Abwicklung maßgebenden Tarif sogar in den Mittelpunkt der von ihm vorgeschlagenen Problemlösung. Er sieht seine Bekanntgabe als einseitiges Rechtsgeschäft an und hält sie neben dem Vertragsantrag für den "zweiten Ankerbelegungsmotor für Rechtsgeschäfte und ggf. auch Verträge"⁴⁵⁾. Dem hat aber Larenz mit Recht entgegengehalten, daß die Tarifveröffentlichung eines Verkehrsunternehmens allein noch kein einseitiges Rechtsgeschäft sei, weil sie nämlich nicht unmittelbar, sondern erst in Verbindung mit dem Verkehren der Beförderungsmittel und dem Einsteigen des Fahrgastes Rechtsfolgen herbeiführe⁴⁶⁾. Nipperdey⁴⁷⁾, der die Lehre Haupts auch im übrigen scharf kritisiert und ihr entgegenhält, daß sie weder mit dem geltenden Recht vereinbar, noch der Lebensauffassung entsprechend, noch praktisch notwendig sei, ist dagegen der Auffassung, beim Halten eines öffentlichen Verkehrsmittels an einer Haltestelle komme für jedermann erkennbar zum Ausdruck, daß alle, die mitfahren wollten, gegen ein bestimmtes, der Höhe nach meist vorher öffentlich bekanntgemachtes Entgelt befördert werden sollten, und das genüge völlig, um ein rechtsgeschäftliches Angebot i. S. der §§ 145 f. BGB anzunehmen⁴⁸⁾.

Aber selbst wenn man dieser, am weitesten auf den Boden der klassischen Vorstellung über das Zustandekommen von Verträgen zurückkehrenden Auffassung folgen wollte, so wäre damit die These Haupts über das faktische Zustandekommen solcher Leistungsverhältnisse erst zur Hälfte widerlegt. Übrig bleibt nämlich immer noch die Behauptung Haupts, daß die Annahme

43) NJW 1956, 1898.

44) ZAKDR 1942, 340.

45) a.a.O., S. 344. Die von Spiess vorgenommene außerordentliche Ausweitung des Tarifbegriffes ist aber sehr bedenklich, zumal er behauptet, daß jeder Veröffentlichung eines Leistungsangebotes eine den Erklärenden bindende Wirkung zukommt. Es erscheint kaum haltbar, wenn er z. B. bei Tankstellen in dem Anschlag der Benzinpreise eine Tarif-erklärung sieht mit der sich daraus ergebenden Rechtspflicht des Besitzers, an jeden Kraftfahrer Benzin zu dem angebotenen Preis zu verkaufen (S. 342).

46) NJW 1956, 1898.

47) MDR 1957, 129; desgl. Allgem. Teil, § 164 VII S. 697.

48) MDR 1957, 129.

des Leistungsangebotes keine rechtsgeschäftliche sei, sondern durch rein faktisches Verhalten des Fahrgastes erfolge. Hier stimmen wohl alle Kritiker darin überein, daß in dem allgemein für allein relevant gehaltenen Einsteigen des Fahrgastes in das Verkehrsmittel jedenfalls nicht immer eine Angebotsannahme in Form einer auf den Abschluß eines Beförderungsvertrages gerichteten Willenserklärung liegt. Nipperdey⁴⁹⁾ meint hierzu zwar, daß dies doch der Fall sei, da der Einsteigende sich durchaus bewußt sei, eine rechtlich erhebliche Erklärung abzugeben, daß er eine solche abgeben wolle und dies auch tue, denn er wisse genau, daß er durch das Einsteigen und das Mitfahren zu erkennen gebe, er wolle durch den Unternehmer gegen Entgelt befördert werden. Er muß aber selbst zugeben, daß dies eben doch nur "in aller Regel" der Fall ist⁵⁰⁾ und nicht gilt, wenn der gegenteilige Wille ausdrücklich erklärt wird.

Demgemäß ist auch versucht worden, den Begriff der Willenserklärung zu erweitern, um auch diese Erscheinungen noch unter den durch korrespondierende Willenserklärungen zustande kommenden rechtsgeschäftlichen Vertragsbegriff bringen zu können. So fordert Bärman⁵¹⁾, den Vertragsbegriff von seiner "konsensualistischen Enge" zu befreien und es dadurch zu ermöglichen, auch den "massenförmigen und dadurch typengenormten" Vertrag unter den Vertragsbegriff zu subsumieren. Auch Betti schlägt vor, sich "von der doktrinären Denkform einer auf die rechtlichen Wirkungen abzielenden "Willens"erklärung zu befreien und mit größerer Lebensnähe die soziale Erheblichkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns zu bestimmen."⁵²⁾ In die gleiche Richtung zielen auch die Bemühungen Lehmanns, der diesen Leistungsbeziehungen ebenfalls einen rechtsgeschäftlichen Charakter beimißt, dies aber nur dadurch erreichen kann, daß er den Rechtsgrund für ihre Wirksamkeit nicht in der von den Beteiligten vorgenommenen Ordnung ihrer Beziehungen, sondern regelmäßig im Schutz der Rechts- und Verkehrssicherheit sieht⁵³⁾.

All dem hält Larenz mit Recht entgegen, daß im Bereich des rechtsgeschäftlichen Handelns nicht etwas als Inhalt einer Willenserklärung zugerechnet werden könne, was eindeutig als nicht gewollt zu erkennen sei und eine Rechtsfolge dann nicht mehr auf ein Rechtsgeschäft

49) MDR 1957, 129.

50) MDR 1957, 130.

51) Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948, S. 89.

52) Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 266.

53) JherJahrb 90 (1942), 139.

zurückgeführt werden könne, wenn ein ihr entgegengesetzter Wille ausdrücklich erklärt sei. Es würde einen Rückschritt der Dogmatik bedeuten, den bisherigen Begriff des Rechtsgeschäfts, der doch auf die meisten privatrechtsgestaltenden Akte zutreffe, auszuweiten und ihn "in dem sehr viel weiteren und unbestimmteren Begriff des sozialbedeutsamen und für das Privatrecht erheblichen, rechtmäßigen Handelns überhaupt aufgehen zu lassen."⁵⁴⁾ Er bestreitet daher auch den rechtsgeschäftlichen Charakter solcher Leistungsbeziehungen und sieht die schuldbegründende Wirkung des von ihm ebenso wie von Haupt als rein tatsächlich bewerteten Verhaltens der Benutzer darin, daß es sozialtypisch in der Weise sei, daß es vom Verkehr ohne Rücksicht auf den Willen der Handelnden als die Verpflichtung begründend bewertet werde.

Aber auch dieser Gedankengang, der sicher eine beachtliche dogmatische Weiterentwicklung und Vertiefung der Haupt'schen Lehre bedeutet, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich dabei um eine Erweiterung des im Sinne der Vertragsordnung verstandenen Vertragsbegriffes handelt, die den Boden der überkommenen Privatrechtsdogmatik verläßt. Damit setzt sie sich auch dem Angriff aus, daß sie sich nicht mehr im Rahmen des geltenden Rechts hält.⁵⁵⁾

Ebenso angreifbar ist aber auch die von Nipperdey vertretene Auffassung, daß auch bei Nutzungsverhältnissen im Bereich des modernen Massenverkehrs in aller Regel rechtsgeschäftlich zustande gekommene Vertragsverhältnisse vorlägen und es stets nur darum gehe, in regelwidrigen Fällen Korrekturen vorzunehmen. Nipperdey geht dann aber nur auf einen derart korrekturbedürftigen Fall ein, nämlich den, daß der auf Grund des Vertragsangebotes des Unternehmers die Leistung in Anspruch nehmende Benutzer ausdrücklich erklärt, dies nicht auf der Grundlage des Angebotes tun zu wollen. Eine solche Erklärung sieht er dann als eine "nach Treu und Glauben unbeachtliche protestatio facto contraria" an.⁵⁶⁾ Dieser Lösung muß aber entgegengehalten werden, daß sie dogmatisch genau so wenig befriedigend ist, wie die von Nipperdey so entschieden abgelehnten Konstruktionen, da sie ihre Zuflucht zu der Generalklausel des § 242 BGB nimmt und dadurch noch weiter zu der schon lange als mißlich angesehenen dogmatischen Überfrachtung dieser ultima ratio der Rechtswissenschaft beiträgt. Mag dies hier noch angehen, weil die in ihrem begrifflichen Gehalt dem venire contra proprium factum nahestehende protestatio facto contraria ebenso wie diese

54) NJW 1956, 1899.

55) so insbes. Nipperdey, MDR 1957, 129 und Allgem. Teil, 1955, S. 697.

56) MDR 1957, 130.

als typische Ausprägung des in § 242 BGB niedergelegten Grundsatzes von Treu und Glauben angesehen werden kann, so werden diese Bedenken aber unabweisbar, wenn Treu und Glauben auch dazu herhalten müssen, die eingeschränkte Geltung der Vorschriften über Willensmängel, z. B. Minderjährigkeit oder Irrtum, im Personen-Linienverkehr zu rechtfertigen. Nipperdey nimmt zu dieser Frage zwar nicht Stellung, aber eine andere Lösungsmöglichkeit dürfte auf dem Boden seiner Auffassung kaum zu finden sein.

Nach alledem zeigt sich also, daß trotz der zahlreichen bisherigen Bemühungen, die Nutzungsverhältnisse im Bereich des Personen-Linienverkehrs nach dem PBG als privatrechtliche Verträge zu deuten, hierfür noch kein dogmatisch wirklich überzeugender Weg hat aufgezeigt werden können. Dies gilt auch für Wolff⁵⁷⁾, der einen besonderen Bereich des Verwaltungsprivatrechts annimmt, wenn ein Subjekt öffentlicher Verwaltung Privatrechtsverhältnisse eingeht, um in privatrechtlichen Formen unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke zu verfolgen. Man wird ihm folgen können, wenn er eine Besonderheit dieses Verwaltungsprivatrechts darin sieht, daß die Träger der öffentlichen Verwaltung und ihre Organe hier nicht im Vollgenuß der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie sind, sondern gewissen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen, die ihnen z. B. verbieten, bei Abschluß und Gestaltung privatrechtlicher Verträge sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede zu machen. Wenn er aber weiterhin der Ansicht ist, ein Kennzeichen dieses Verwaltungsprivatrechts sei es auch, daß im Bereich der öffentlichen Versorgungsunternehmen "gegenseitige vertragliche Rechtsbeziehungen auch ohne individuellen vertraglichen Begründungsakt oder bei Mängeln desselben" zustande kämen⁵⁸⁾, so muß das doch erheblichen Bedenken begegnen. Seine Ansicht würde nämlich darauf hinauslaufen, daß Subjekte der öffentlichen Verwaltung, wenn sie im Rahmen der Daseinsvorsorge Leistungen auf der Grundlage privatrechtlicher Nutzungsverhältnisse gewähren, besser gestellt wären als Privatpersonen, die gleichartige Leistungen erbringen. Während die letzteren sich dann privatrechtliche Einwendungen der Benutzer, wie mangelnde Geschäftsfähigkeit und Irrtum, entgegenhalten lassen und die daran geknüpften, für das Unternehmen meist nachteiligen Rechtsfolgen in Kauf nehmen müßten, wäre dies bei den ersteren nicht der Fall. Für die Zulässigkeit einer solchen Differenzierung bieten aber die Rechtssätze des öf-

57) Verwaltungsrecht I, § 23 I b, S. 73/74.

58) a.a.O., S. 74.

fentlichen Rechts keinen Anhaltspunkt. Sie würde vielmehr dem hergebrachten Grundsatz der Verwaltungsrechtsdogmatik widersprechen, daß auch ein Subjekt öffentlicher Verwaltung, wenn es sich im Rechtsverkehr auf den Boden des Privatrechts begibt, nicht anders zu behandeln ist als ein Privatrechtssubjekt und im Verhältnis zu diesem keine Vorrechte genießt.

Danach bestehen aber auch für den Bereich der Nutzungsverhältnisse im Omnibus-Liniendienst der Deutschen Bundesbahn ganz erhebliche Bedenken dagegen, die Bestimmung im § 1 der Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Bahnbusverkehr, daß diese mit dem Besteigen des Wagens Bestandteil des Beförderungsvertrages werden, als Ausdruck des Willens der Bundesbahnverwaltung anzusehen, ihre Beförderungstätigkeit im Bahnbusverkehr in der Rechtsform privatrechtlicher Beförderungsverträge abzuwickeln, und zwar deshalb, weil angesichts der konkreten Gestaltung der Allgemeinen Beförderungsbedingungen eine dogmatisch befriedigende Konstruktion des Zustandekommens derartiger Verträge nicht möglich ist.

Darüber hinaus bieten die AllgBefBed für eine Deutung als Vertragsordnung aber noch weitere Probleme. Sie liegen darin, daß auch verschiedene Bestimmungen über die Abwicklung dieser Leistungsbeziehungen nicht in den Rahmen privatrechtlicher Vertragsordnungen passen. Hier ist zunächst der § 9 der AllgBefBed zu nennen, wonach derjenige, der während der Fahrt ohne gültigen Fahrausweis angetroffen wird oder den Wagen vor Entrichtung des Fahrgeldes oder vor Entwertung seines Fahrausweises verlassen will, für die ganze zurückgelegte Strecke das Doppelte des Fahrpreises, mindestens aber 3,- DM zu zahlen hat. Weiter ist dort bestimmt, daß der Berechnung des nachzuzahlenden Fahrpreises der Ausgangspunkt der Fahrt zugrunde gelegt wird, wenn die zurückgelegte Strecke nicht einwandfrei nachgewiesen werden kann. Im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages müßte eine solche Bestimmung als vereinbarte Vertragsstrafe i. S. der §§ 329 f. BGB angesehen werden mit der Folge, daß nach der zwingenden Vorschrift des § 343 BGB der Fahrgast ihre richterliche Herabsetzung verlangen könnte mit der Begründung, sie sei unangemessen hoch, - eine merkwürdig anmutende Konsequenz, die, soweit ersichtlich, auch nirgendwo gezogen wird 59). Außerdem würde sich dann die Rechtsgültigkeit der weiteren Bestimmung 1 in § 9 Abs. III AllgBefBed als sehr fragwürdig erweisen, wonach ein Rei-

59) Hinsichtlich des fast gleichlautenden § 15 EVO lehnt Finger, Komm.z. EVO, 1951, Anm. 16 zu § 15, sie ausdrücklich ab mit dem Hinweis, daß es sich um eine "Verbindlichkeit kraft Gesetzes" handle. Für den Bahnbusverkehr ist ein solcher Ausweg aber schon deshalb nicht gangbar, weil die AllgBefBed keinen Gesetzescharakter haben.

sender von der Weiterfahrt ausgeschlossen werden kann, wenn er die sofortige Zahlung des erhöhten Fahrgeldes verweigert. Durch ihre Anwendung könnte die Bundesbahn nämlich ggf. einen erheblichen Druck auf den Fahrgast ausüben. Zahlt dieser das erhöhte Fahrgeld, dann begibt er sich der Möglichkeit, eine richterliche Herabsetzung zu verlangen, weil sie nach Entrichtung der Strafe gesetzlich ausgeschlossen ist. Der Einwand der Sittenwidrigkeit liegt hier zumindest nahe.

Ähnliches gilt auch für die sogenannte Rauchbuße, deren rechtliche Grundlage das in § 5 Abs. VI AllgBefBed statuierte Rauchverbot und § 9 lit. a) des Bahnbustarifbeschlusses bilden, wonach bei Übertretung des Rauchverbotes 2,-- DM zu zahlen sind. Auch hier erschiene es doch sehr gekünstelt, die Rauchbuße als privatrechtliche Vertragsstrafe zu charakterisieren, was im übrigen auch zur Folge hätte, daß ein passionierter Raucher sich mit der Zahlung der Buße die Möglichkeit erkaufen könnte, trotz Verbot im Bus weiter zu rauchen, da eine Vertragsstrafe nicht mehrfach verwirkt wird, wenn ein und dieselbe Handlung fortgesetzt wird. In der Praxis wird aber wohl niemand daran zweifeln, daß der Schaffner berechtigt ist, die Befolgung des Rauchverbotes dadurch durchzusetzen, daß er einem solchen Fahrgast den Ausschluß von der Weiterbeförderung androht.

Wie soll ferner der Rechtscharakter der sogenannten Reinigungsgebühr gedeutet werden, die nach § 16 Abs. II AllgBefBed in Verbindung mit § 9 lit. b) des Bahnbustarifbeschlusses 3,-- DM beträgt und dann erhoben wird, wenn jemand einen Bahnbus oder einen Aufenthaltsraum verunreinigt? Ihre Deutung als Vertragsstrafe versagt hier schon deshalb, weil sie auch von solchen Personen erhoben werden kann, die noch garnicht mit dem Bahnbus befördert worden sind und dies vielleicht sogar garnicht wollen, da sie den Aufenthaltsraum nur als Zuflucht benutzt haben, um ihren Rausch auszuschlafen. In derartigen Fällen kann aber von einem Vertragsverhältnis, das die Voraussetzung für eine Vertragsstrafe ist, wirklich keine Rede sein. Auch der Versuch, die Reinigungsgebühr als Schadensersatzanspruch anzusehen, muß mißlingen, weil solche nach § 249 BGB in erster Linie auf Naturalrestitution gehen und außerdem die Höhe des im Einzelfall durch die Verunreinigung entstandenen Schadens wohl nur in den seltensten Fällen genau 3,-- DM betragen dürfte.

Es zeigt sich also, daß die Rechtssätze der Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Bahnbusverkehr sowohl hinsichtlich des Zustandekommens der Nutzungsverhältnisse als auch in Bezug auf ihre Abwick-

lung sich nicht in das System der für privatrechtliche Verträge maßgebenden Rechtssätze des Privatrechts einfügen lassen und teilweise sogar in unüberbrückbarem Gegensatz zu ihnen stehen. Das muß aber den Gedanken nahelegen, daß die AllgBefBed trotz der in § 1 erfolgten Verwendung des Wortes "Beförderungsvertrag" in Wahrheit doch keine privatrechtliche Vertragsordnung sind, sondern Rechtssätze, die diese Nutzungsverhältnisse nach öffentlichem Recht regeln, wie das bei den Ordnungsvorschriften für den Postreisedienst auch der Fall ist.

Hinsichtlich einzelner Bestimmungen wird dies gelegentlich auch anerkannt. So vertritt z. B. neuerdings das OLG Neustadt die Auffassung, daß das erhöhte Fahrgeld auch den Charakter einer Ordnungsstrafe habe⁶⁰⁾. Die Entscheidung betrifft zwar das erhöhte Fahrgeld im Eisenbahnverkehr. Sie kann aber auch für den Bahnbus-Linienverkehr herangezogen werden, weil die entsprechenden Bestimmungen (§ 15 EVO und § 9 AllgBefBed) in den maßgebenden Teilen völlig gleichlautend sind. Folgt man aber dieser Auffassung, so bedeutet das die Anerkennung, daß die Bundesbahn zur Forderung des erhöhten Fahrgeldes und entsprechend auch der Rauchbuße auf Grund von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts berechtigt ist und dem Reisenden zumindest insoweit in Ausübung öffentlicher Gewalt entgegen tritt⁶¹⁾.

Das wiederum gibt Veranlassung die AllgBefBed daraufhin zu prüfen, ob sie nicht in allen Teilen die Nutzungsverhältnisse im Bahnbus-Reiseverkehr durch Rechtssätze regeln, die dem öffentlichen Recht angehören. Da die Deutsche Bundesbahn ebenso wie die Deutsche Bundespost eine nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalt ist, wären die AllgBefBed also daraufhin zu untersuchen, ob sie als öffentlich-rechtliche Anstaltsordnung qualifiziert werden können oder ob angesichts ihrer konkreten Gestaltung hiergegen durchgreifende Bedenken bestehen.

Anstaltsordnungen sind Verwaltungsanordnungen i. w. S., die Gegenstand und Maß der Anstaltsleistungen, die Voraussetzungen für ihre Benutzung und die Berechtigung der Benutzer gegenüber der Anstalt regeln⁶²⁾.

Positiv-rechtliche allgemeine Vorschriften über das Anstaltsordnungs-

60) Urt. v. 17. 10. 1951, MDR 1952, 184.

61) Diese richtige Konsequenz wird vereinzelt auch gezogen, z. B. bei den Straßenbahnen von Lebsaft: Die Rechtsnatur der Eisenbahnfahrkarte und des Straßenbahnfahr Scheins, Diss. jur. Tübingen 1936, S. 23 und Glögger; Die verwaltungsrechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers, Diss. jur. Tübingen 1936, S. 33/34.

62) vgl. § 142 wüEVO v. 1931.

recht, das vom Anstaltsherrn kraft der ihm zustehenden Anstaltsgewalt einseitig gesetzt wird, finden sich leider nur in ganz geringem Umfange, was wohl darauf zurückzuführen ist, daß die Ausgestaltung des positiven öffentlichen Rechts auf dem Gebiet des Anstaltswesens mit der tatsächlichen Entwicklung der öffentlichen Anstalten nicht Schritt gehalten hat ⁶³⁾. Jedoch hat vor allem die Verwaltungsrechtswissenschaft eine Reihe solche Grundsätze entwickelt, die allgemeine Anerkennung gefunden haben und so heute gesichertes Allgemeingut der Verwaltungsrechtslehre geworden sind.

So ist z. B. allgemein anerkannt, daß die öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung nicht auf der Grundlage von Verträgen erfolgt. An die Stelle des Vertragsschlusses tritt vielmehr die Zulassung zur Anstaltsnutzung durch den Anstaltsherrn, die entweder durch förmlichen Verwaltungsakt oder aber durch rein tatsächliches Gewähren des Zuganges zur Anstalt erfolgen kann ⁶⁴⁾. Mit der Zulassung tritt der Benutzer in den Ordnungsbereich der Anstalt ein mit der Folge, daß er nunmehr auch den Bestimmungen der Anstaltsordnung unterworfen ist und den sich daraus für ihn ergebenden Pflichten nachzukommen hat. Ohne Bedeutung für den Eintritt dieser Rechtsfolge ist es, ob der Benutzer geschäftsfähig ist oder nicht, da der Begriff der Geschäftsfähigkeit nur im Privatrecht relevant ist.

Damit wird sogleich klar, daß eine Charakterisierung der Nutzungsverhältnisse im Bahnbus-Linienverkehr als öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung tatsächlich die gesamten Schwierigkeiten beseitigen würde, die die Zivilrechtslehre in solchen Fällen mit der Konstruktion eines Vertragsschlusses und insbesondere der eingeschränkten Geltung der privatrechtlichen Vorschriften über die Rechtsfolge von Willensmängeln und mangelnder Geschäftsfähigkeit hat. Die hier an die Stelle des rechtsgeschäftlichen oder faktischen Vertragsverhältnisses tretende Zulassung zur Anstaltsnutzung würde formlos erfolgen und zwar dadurch, daß dem Fahrgast an der Haltestelle das Einsteigen in den Bahnbus gestattet wird. Mit dem Einsteigen träte der Fahrgast in den Anstaltsbereich ein und das wäre dann der Rechtsgrund dafür, daß von diesem Augenblick an auch die Anstaltsordnung in Gestalt der AllgBefBed für ihn verbindlich ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er das will oder nicht, oder ob er geschäftsfähig ist. Voraussetzung ist lediglich, daß der Benutzer über die natürliche Einsichtsfähigkeit verfügt,

63) wüEVRO S. 145.

64) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, § 21.1 S. 343.

daß die Benutzung des Bahnbusses für ihn bestimmte Verpflichtungen, insbesondere die zur Zahlung des Benutzungsentgeltes, mit sich bringt. Ein fünfjähriges Kind, das an der Haltestelle nur aus spielerischem Vergnügen in den Bus einsteigt und mitfährt, ohne sich dabei etwas zu denken, wird also nicht zur Zahlung verpflichtet sein⁶⁵⁾.

Die so für den Fahrgast mit dem Einsteigen in den Bus eingetretene Unterworfenheit unter die AllgBefBed wäre dann auch der alleinige Rechtsgrund dafür, daß er nunmehr auch die Verpflichtungen zu erfüllen hat, die die darin enthaltenen Rechtssätze ihm auferlegen. Dazu gehört in erster Linie die sich aus § 3 ergebende Pflicht, unverzüglich nach dem Besteigen des Wagens beim Schaffner unter Angabe des Fahrtzieles den erforderlichen Fahrschein zu lösen, womit er dann zugleich der Verpflichtung zur Entrichtung des im Bahnustarif festgesetzten Beförderungspreises nachkäme. Würde der Reisende schon vor Antritt der Fahrt einen Fahrausweis gelöst haben, so wäre das nichts anderes, als daß er einer ihm bei der späteren Anstaltsnutzung obliegenden Verpflichtung schon im voraus nachgekommen wäre und dann während der Fahrt nur noch die Pflicht hätte, seinen Fahrausweis entwerten zu lassen. Die Anstaltsordnung würde ihn auch dazu verpflichten, während er Fahrt jederzeit zum Vorzeigen seines Fahrausweises in der Lage zu sein und andernfalls das erhöhte Fahrgeld nach § 9 Allg BefBed zu zahlen.

Die Beförderungsentgelte wären dann als öffentlich-rechtliche Gebühren anzusehen, und die AllgBefBed in Verbindung mit dem Bahnustarif müßten somit auch den Anforderungen entsprechen, die an eine öffentlich-rechtliche Gebührenordnung zu stellen sind. Auch das ist der Fall. Die Gebühren sind im Bahnustarif im voraus einseitig festgelegt⁶⁶⁾. Als Gebührenmaßstab dient die zurückgelegte Fahrtstrecke. Gebührenermäßigungen (Rückfahrschein, Wochenkarten, Monatskarten) sind an abstrakt festgelegte Voraussetzungen geknüpft und müssen auf Antrag jedem Fahrgast gewährt werden. Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Gebührenerhebung⁶⁷⁾ ist

65) Dieses Ergebnis entspricht auch der von Larenz, NJW 1956, 1899, vertretenen Auffassung, die dieser von seinem privatrechtlichen Ausgangspunkt her damit zu begründen genötigt ist, daß einem solchen Kinde die Fähigkeit fehle, die "sozialtypische Bedeutung" seines Handelns zu erkennen. Die Geschäftsfähigkeit des Benutzers ist dagegen - anders als bei den Vertretern der privatrechtlichen Auffassung - nicht deshalb ohne Bedeutung, weil ihre Rechtsfolgen mit der glatten Abwicklung des Massenverkehrs unvereinbar sind, sondern deshalb, weil sie ihm Rahmen der öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung unbeachtlich ist.

66) vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S. 387; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 333.

67) vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S. 386.

durch den in § 17 Abs. II PBG statuierten Tarifzwang gewährleistet, wonach die festgesetzten Beförderungspreise gleichmäßig anzuwenden sind und Ermäßigungen, die nicht unter gleichen Bedingungen jedermann zugute kommen, verboten und nichtig sind.

Gebühren wären dann auch das erhöhte Fahrgeld, die Rauchbuße und die Reinigungsgebühr. Auch hier sind ihre Höhe und die Tatbestände für ihre Entstehung abstrakt, abschließend und unabdingbar festgelegt. Der Rechtsgrund für die bei Erfüllung des Entstehungstatbestandes eintretende Zahlungspflicht des Reisenden wäre wiederum in der mit der Zulassung für ihn eingetretenen Verbindlichkeit der AllgBefBed zu sehen, so daß auf die Heranziehung des Gesichtspunktes der Vertragsstrafe verzichtet werden könnte. Auch die Verwirkung der Reinigungsgebühr für die Verunreinigung von Aufenthaltsräumen durch Nichtreisende ließe sich zwanglos dadurch rechtfertigen, daß auch solche Personen der Anstaltsordnung unterworfen sind, weil sie sich in den Ordnungsbereich der Anstalt hineinbegeben haben, der auch die Aufenthaltsräume mit umfaßt (68).

Insgesamt wird, soweit ersichtlich, auch wohl nirgends bestritten, daß die AllgBefBed und der Bahnustarif an sich den an eine Anstaltsordnung zu stellenden Anforderungen entsprechen. Die eigentlichen Gründe, weshalb die Auffassung, daß die Nutzungsverhältnisse im Bahnbusverkehr den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung haben, sich bisher noch nicht durchzusetzen vermochte und statt dessen trotz aller Schwierigkeiten mit solcher Zähigkeit an der Auffassung festgehalten wird, es handele sich dabei um privatrechtliche Beförderungsverträge, sind auch ganz andere. Sicherlich spielt hier auch das psychologische Moment mit, daß die privatrechtliche Auffassung seit Jahrzehnten herrschend ist und die Zivilrechtswissenschaft, wenn sie den Sprung ins Dunkle erwägt, schließlich die "Übel, die wir kennen, den neuen, unbekanntem" vorzieht, wie dies Wieacker einmal in Abwandlung des bekannten Hamlet-Zitates ausgedrückt hat (69).

Hinzu kommt aber ein weiterer Grund, der darin liegt, daß, wie bereits früher erwähnt, die Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Personen-Linienverkehrsunternehmen heute weitgehend vereinheitlicht sind und in fast gleichlautender Form nicht nur bei den anstaltlich organisierten Omnibus-Reisediensten der Bundesbahn und Bundespost, sondern auch im

68) so schon Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1924, S. 287 Anm. 7) für die Warteräume der Post.

69) ZAKDR 1943, 33.

Straßenbahnverkehr und auch bei privatrechtlich organisierten Linienverkehrsunternehmen der öffentlichen Hand, gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen und sogar reinen Privatunternehmen gelten. Hier weisen die Vertreter der privatrechtlichen Auffassung darauf hin, daß von einer öffentlich-rechtlichen Gestaltung der Nutzungsverhältnisse doch dann nicht die Rede sein könne, wenn das Unternehmen selbst privatrechtlich organisiert sei.

Diese Einwendungen haben sich insbesondere gegen Löning gerichtet, als dieser 1942 in einer Auseinandersetzung mit Haupts Studie über die faktischen Vertragsverhältnisse die Auffassung vertrat, daß die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel heutzutage nach öffentlichem Recht erfolge, auch wenn diese als Handelsgesellschaften organisiert seien ⁷⁰⁾. Er weist dort darauf hin, daß die öffentlichen Versorgungsunternehmen in zunehmendem Maße dazu übergegangen seien, sich bei der rechtlichen Gestaltung der Nutzungsverhältnisse der typischen privatrechtlichen Vertragstechnik zu entäußern, weil sie sich für die reibungslose Durchführung ihrer Aufgaben als ungeeignet und zu schwach erwiesen hätte. Die Unternehmen bedienten sich hierbei vielmehr durchweg des öffentlichen Rechts, und das sei deshalb zulässig, weil alle öffentlichen Verkehrsunternehmen einer einheitlichen öffentlichen Aufgabe dienten, nämlich der "Erfüllung einer der Gemeinschaft obliegenden Daseinsvorsorge" ⁷¹⁾.

Insbesondere Wieacker hat dem entgegenggehalten, es sei nicht angängig, wenn Löning seine Deduktion aus dem Begriff der öffentlichen Verwaltung ableite, die sich die Aufgabe der Daseinsvorsorge angegliedert habe. Die privatrechtlich organisierten Versorgungsunternehmen verwalteten nämlich nicht, sondern sie seien Gegenstand der allgemeinen oder der Wirtschaftsverwaltung. Die darin zum Ausdruck kommende Ansicht, öffentliche Verwaltung könne nur von öffentlich-rechtlich organisierten Trägern und ihren Organen ausgeübt werden, bestätigt Wieacker auch dadurch, daß er Löning unterstellt, er habe seine Ausführungen in erster Linie wohl de lege ferenda verstanden und dann fortfährt, dem stehe aber entgegen, daß ja keineswegs beabsichtigt sei, alle öffentlichen Versorgungsunternehmen zu verstaatlichen ⁷²⁾. Eine solche Auffassung ist aber unrichtig, denn seit Otto Mayer ist allgemein anerkannt, daß auch Subjekte des Privatrechts Träger öffentlicher Verwaltung sein können, und zwar dann, wenn sie Beliehene sind. Darin liegt auch das Versäumnis Lönings, der sich einfach mit der Feststellung begnügt hat, daß alle Versorgungsunterneh-

70) ZAKDR 1942, 289 (291).

71) a.a.O., S. 291.

72) ZAKDR 1943, 36.

men einer öffentlichen Aufgabe dienen, aber anscheinend nicht klar gesehen hat, daß das nicht allein entscheidend ist, sondern vielmehr Voraussetzung für eine öffentlich-rechtliche Gestaltung der Nutzungsverhältnisse bei privatrechtlich organisierten Unternehmen ist, daß sie Beliehene sind und die Beleihung auch das Recht zu einer derartigen Gestaltung der Nutzungsverhältnisse umfaßt.

Besonders deutlich wird dies, wenn man diese Frage von der Rechtstiteltheorie in der oben in § 10 erarbeiteten Form ⁷³⁾ aus betrachtet. Da nach ihr öffentliches Recht der Inbegriff derjenigen Rechtssätze ist, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist, könnten die in der seit 1953 vereinheitlichten Form heute bei allen dem PBG unterstehenden Personen-Linienverkehrsunternehmen fast gleichlautend geltenden Allgemeinen Beförderungsbedingungen dann keine öffentlich-rechtliche Nutzungsregelung sein, wenn sie auch bei Verkehrsunternehmen in Kraft wären, die nicht Subjekte öffentlicher Gewalt sind. Umgekehrt würde der Auffassung, daß sie in der den Musterbedingungen des Bundesministers für Verkehr entsprechenden Form auch bei privatrechtlich organisierten Verkehrsunternehmen die Nutzungsverhältnisse nach öffentlichem Recht regeln, dann nichts mehr entgegen stehen, wenn der Nachweis geführt werden kann, daß diese Unternehmen Beliehene sind und die Beleihung auch das Recht zu einer solchen öffentlich-rechtlichen Gestaltung der Nutzungsverhältnisse umfaßt.

Nach den vorangegangenen Darlegungen müßte das angesichts der unüberwindlichen Schwierigkeiten, die in den AllgBefBed enthaltenen Rechtssätze in den Rahmen der privatrechtlichen Vertragsdogmatik einzupassen, sogar geschehen.

Dieser im folgenden noch zu erbringende Nachweis würde dann der letzte Beweis und damit zugleich auch der Prüfstein für die Richtigkeit der Ansicht sein, daß die Nutzungsverhältnisse im Omnibus-Linienverkehr der Deutschen Bundesbahn nach öffentlichem Recht und zwar in Form einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung geregelt sind.

73) siehe oben S. 58 f.

§ 14 : Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei den übrigen, Personen-Linienverkehr nach dem PBG betreibenden Unternehmen.

Das Institut des Beliehenen beruht auf der Erkenntnis, daß die Träger öffentlicher Gewalt bestimmte hoheitliche Zuständigkeiten auf Privatpersonen übertragen können, die von diesen dann im eigenen Namen und zu eigenem Recht ausgeübt werden. Solche Beleihungen erweisen sich mitunter als vorteilhaft, weil Privatpersonen wegen ihrer größeren Anpassungs- und Entschließungsfähigkeit, ihrer Erfahrung und Sachkunde sowie ihrer manchmal größeren finanziellen Möglichkeiten vor allem auf wirtschaftlichem Gebiet für die Wahrnehmung hoheitlicher Zuständigkeiten oft besser geeignet sind als Behörden. Für die letzteren haben Beleihungen zudem oft den Vorteil, daß sie zu einer Dezentralisierung und Entbürokratisierung beitragen, daß wirtschaftliche Risiken vermieden werden und andererseits die Kapitalkraft der Beliehenen in den Dienst der Sache gestellt werden kann ¹⁾.

Dogmatisch erfaßt und in den Bereich der Verwaltungsrechtswissenschaft eingeführt worden ist der Begriff des Beliehenen vor allem durch Otto Mayer ²⁾. Dieser sieht in der Beleihung, die er auch als Konzession bezeichnet, einen Verwaltungsakt mit der Rechtswirkung, daß dem Beliehenen dadurch rechtliche Macht gegeben werde über ein Stück öffentlicher Verwaltung und die darin erscheinende öffentliche Gewalt zur Ausübung eigenen Namens ³⁾. Das den Gegenstand der Beleihung bildende Stück öffentlicher Verwaltung stellt sich nach seiner Auffassung entweder dar als eine öffentliche Sache oder aber als ein öffentliches Unternehmen, so daß als Hauptformen der Beleihung die Verleihung einer besonderen Gebrauchserlaubnis an einer öffentlichen Sache und die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens anzutreffen seien.

Das ist aber zu weitgehend und macht Otto Mayers Begriffsbildung unscharf, weil es auf diese Weise nicht möglich ist, die Beleihung gegen die von ihr wesensverschiedene Verleihung abzugrenzen. Der Fehler dürfte darin liegen, daß Otto Mayer den Gegenstand der Beleihung als "Stück öffentlicher Verwaltung" bezeichnet und dabei verkennt, daß dem Verwaltungsbegriff ein dynamisches Element innewohnt, weil alles Verwalten letztlich eine auf die Besorgung gemeinsamer Angelegenheiten einer politischen Personen-

1) vgl. hierzu sowie zu den folgenden Erörterungen auch Jürgen Brand, Die Rechtsstellung des Beliehenen, unveröff. Diss. jur. Münster, 1953.

2) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1924, S. 95 f. und 243 f.

3) a.a.O., S. 95/96.

vielfach gerichtete Tätigkeit ist ⁴⁾. So gesehen ist aber wohl der von Otto Mayer herausgestellte Fall der "Verleihung eines öffentlichen Unternehmens" als Übertragung eines "Stückes öffentlicher Verwaltung" auf den Beliehenen anzusehen, nicht dagegen die "Verleihung der besonderen Gebrauchserlaubnis an einer öffentlichen Sache", denn die öffentlichen Sachen und auch die Rechte an ihnen sind nicht ein "Stück", sondern Gegenstand der öffentlichen Verwaltung. Tatsächlich hat sich Otto Mayers Rechtsfigur des Beliehenen auch nur in der von ihm definierten Unterart der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens durchgesetzt. Die Verleihung einer besonderen Gebrauchserlaubnis an einer öffentlichen Sache ist dagegen etwas ganz anderes, da bei ihr eine Übertragung öffentlicher Gewalt - besser gesagt: hoheitlicher Zuständigkeiten - nicht stattfindet. Die Verleihung ist ein Sonderfall der behördlichen Erlaubnis und gibt dem Begünstigten lediglich ein volles subjektives Recht auf gesteigerten Sondergebrauch an einer öffentlichen Sache, z. B. zur Verlegung von Kabeln in einem öffentlichen Weg. Dieses Recht ist verzichtbar und begründet für den Berechtigten im allgemeinen auch keine besonderen Pflichten ⁵⁾.

Die im Anschluß an Otto Mayer für die Beliehenen üblich gewordene Bezeichnung als "beliehene öffentliche Unternehmer" ⁶⁾ kann auch noch zu Mißverständnissen Anlaß geben. Zwar ist sie für den Bereich des Verwaltungsrechts vom Standpunkt Otto Mayers aus nicht zu beanstanden, weil dieser den Begriff des öffentlichen Unternehmens außerordentlich weit faßt und darunter jedes durch seinen besonderen Zweck gekennzeichnete und abgegrenzte Stück öffentlicher Verwaltung versteht ⁷⁾. Andererseits klingt aber mit den Worten "Unternehmen" und "Unternehmer" die Vorstellung an, daß es sich bei dem Gegenstand der Beleihung vornehmlich um hoheitliche Zuständigkeiten auf wirtschaftlichem Gebiet handele ⁸⁾. Das wäre aber zu eng, da schon im Bereich der Verwaltung eine Beleihung nicht nur mit Aufgaben unternehmerischer Art, sondern auch mit Koordinierungs- und Regelungszuständigkeiten möglich

4) vgl. hierzu Wolffs Definition des Verwaltungsbegriffs in Verwaltungsrecht I, § 3 I S. 11 und 13.

5) vgl. hierzu Wolff, Verwaltungsrecht I, § 48 II c, S. 207, der im übrigen die Benutzung öffentlicher Sachen nach ihrer Intensität einteilt in schlichten Gemeingebrauch, gesteigerten Gemeingebrauch, schlichten Sondergebrauch und gesteigerten Sondergebrauch (a.a.O., S. 255 - 262).

6) s. z. B. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, § 23 I S. 526.

7) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924, S. 1.

8) Diese Auffassung findet sich z.B. bei Huber, DVBl 1952, 456.

ist. Darüber hinaus ist eine Beleihung nicht nur mit Verwaltungsaufgaben, sondern auch mit Zuständigkeiten aus anderen Bereichen der Staatstätigkeit möglich. Jellinek erwähnt z. B. die in den Zeiten des Lehnsstaates üblich gewesene Beleihung mit der Patrimonialgerichtsbarkeit ⁹⁾. Huber stellt heraus, daß z. B. eine Beleihung mit Rechtsetzungskompetenzen vorliegt, wenn Tarifpartnern im Arbeitsrecht die Befugnis zuerkannt wird, allgemeinverbindliche Tarifverträge abzuschließen ¹⁰⁾. Der deswegen von Huber gemachte Vorschlag, statt von "beliehenen öffentlichen Unternehmern" von "beliehenen Verbänden" zu sprechen, ist aber auch nicht zweckmäßig, da nicht nur Verbände, sondern auch Einzelpersonen Beliehene sein können. Es dürfte sich daher empfehlen, statt dessen ganz allgemein von "Beliehenen" zu sprechen, wie dies bereits Otto Mayer ¹¹⁾ getan hat und neuerdings auch von Helfritz ¹²⁾, Laforet ¹³⁾, Jerusalem ¹⁴⁾ und Wolff ¹⁵⁾ so gehalten wird.

Otto Mayers Begriffsbildung ist andererseits insofern zu weit, als er eine Beleihung mit Verwaltungskompetenzen auch bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften für möglich hält und ihre Wirkung so sieht, daß diesen durch die Beleihung neben der von ihnen kraft ihres inneren Wesens ausgeübten öffentlichen Verwaltung eine zusätzliche, zufällige Ausstattung mit öffentlicher Verwaltung erwachse. In solchen Fällen liegt nämlich in Wahrheit keine Beleihung, sondern Auftragsverwaltung vor. Ihre Abgrenzung gegenüber der Beleihung wird nur möglich, wenn der Begriff des Beliehenen dahingehend eingeengt wird, daß hierunter nur Privatpersonen verstanden werden können ¹⁶⁾. Damit kann zugleich auch die Abgrenzung gegenüber der Selbstverwaltung vorgenommen werden, deren Träger und Organe im übrigen von Natur aus dazu bestimmt sind, öffentliche Verwaltung zu führen, während dies bei den Beliehenen nicht zu ihren notwendigen Zwecken gehört ¹⁷⁾.

Zu eng ist dagegen Otto Mayers Auffassung, daß der Beleihungsakt stets ein Verwaltungsakt sei, da die Beleihung sehr wohl auch durch Gesetz erfolgen

9) Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 526.

10) DVBl 1952, 458.

11) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 95.

12) Verwaltungsrecht, 1949, S. 67.

13) Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 80.

14) Grundriß des Verwaltungsrechts, 1947, S. 81 f.

15) AÖR 1950, 209 und Verwaltungsrecht I, § 4 III b) S. 20.

16) Fleiner, Institutionen, 8. Aufl. 1928, S. 346;
Wolff, AÖR 1950, 209.

17) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 243;
Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 546.

kann 18).

Ein wesentliches Kennzeichen der Beleihung ist es ferner, daß der Beliehene nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die ihm übertragenen hoheitlichen Zuständigkeiten wahrzunehmen. Dieses Erfordernis klingt zwar auch bei Otto Mayer an ¹⁹⁾, sollte jedoch um seiner Wichtigkeit willen auch in der Definition des Beliehenen zum Ausdruck kommen, da hierin zugleich auch ein entscheidender Unterschied zwischen der Beleihung und der behördlichen Erlaubnis, insbesondere der Verleihung, liegt ²⁰⁾. Das verkennt z. B. Kaufmann, der in seiner Kritik an der Lehre Otto Meyers die Möglichkeit einer Beleihung leugnet, ihn dabei aber lediglich insoweit zu widerlegen versucht, als auch die behördliche Erlaubnis dem Inhaber ein subjektives öffentliches Recht gewähre, und daraus herleitet, daß seine Rechtsstellung nicht anders sei als die eines Beliehenen ²¹⁾.

Nach alledem läßt sich der Begriff des Beliehenen i. w. S. also dahin definieren, daß es sich dabei um (juristische oder natürliche) Personen des Privatrechts handelt, die auf Grund staatlichen Hoheitsaktes bestimmte hoheitliche Zuständigkeiten im eigenen Namen wahrzunehmen berechtigt und verpflichtet sind.

Diese Definition ermöglicht auch eine klare Abgrenzung der Beleihung von der Übertragung eines öffentlichen Amtes, da der Beliehene im eigenen Namen tätig wird, während der Beamte seine Tätigkeit im Namen seines Dienstherrn ausübt ²²⁾. Sie bringt ferner zum Ausdruck, daß der Umfang der Beleihung mit hoheitlichen Zuständigkeiten stets genau festgelegt und begrenzt sein muß. Huber, der dieses Erfordernis jetzt zutreffend aus Art. 33 Abs. IV GG ableitet, bezeichnet es als quantitative Beschränkung der Beleihung und sieht daneben auch eine qualitative Begrenzung als notwendig an, die sich dahin auspräge, daß der Beliehene einer ständigen administrativen Kontrolle unterliege ²³⁾. Auch darin ist ihm zuzustimmen.

So fundamental der Unterschied zwischen der Beleihung und der Erlaub-

18) so auch Huber, DVBl 1952, 456.

19) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 255; Fleiner, Institutionen, S. 346/349.

20) so auch Köhler, Grundlehren des Dt. Verwaltungsrechts, 1935, S. 147.

21) Erich Kaufmann, Art. Verwaltung, Verwaltungsrecht in WStVR, 1914, Bd. III, S. 702 f.

22) so auch schon Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 243; ebenso Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 526.

23) DVBl 1952, 456.

nis ist, kann doch die Entscheidung, ob das eine oder das andere vorliegt, im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das liegt einmal daran, daß die Beleihung begrifflich nicht überall sauber von der Erlaubnis i. w. S., der Verleihung, geschieden wird und auch in der Gesetzessprache gelegentlich von einer Verleihung die Rede ist, wo in Wahrheit eine Beleihung gemeint ist²⁴⁾. Zum anderen wird die Unterscheidung zwischen Beleihung und Erlaubnis oft auch dadurch erschwert, daß der Gegenstand der Erlaubnis nicht notwendig ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache zu sein braucht, sondern auch eine wirtschaftliche Tätigkeit sein kann, für die aus verwaltungspolizeilichen Gründen eine Genehmigung erforderlich ist. Eine solche erlaubnispflichtige wirtschaftliche Tätigkeit ist rein äußerlich oft kaum von der Tätigkeit eines Beliehenen zu unterscheiden, und die Schwierigkeiten treten meist dann auf, wenn - wie das leider meist der Fall ist, - weder der Genehmigungsakt noch seine gesetzlichen Grundlagen eine ausdrückliche Feststellung darüber enthalten, ob eine Beleihung oder eine bloße Gewerbeerlaubnis vorliegt. Die Differenzierung Otto Mayers, daß die Beleihung dem Beliehenen die sonst nicht gegebene Möglichkeit eröffne, ein Stück öffentlicher Verwaltung zu führen, während die gewerbepolizeiliche Erlaubnis für den Empfänger einfach die natürliche Freiheit wiederherstelle, vermag hier nicht weiterzuhelfen, da das Problem ja gerade darin liegt, zu erkennen, ob die Betätigung im Einzelfall "ursprünglich frei" oder ein "Stück öffentlicher Verwaltung" ist. Eine Unterscheidung wird in solchen Fällen vielmehr nur dann gelingen, wenn man die Einzelheiten der Rechtsstellung des betreffenden Unternehmers in Betracht zieht und daraufhin untersucht, ob sie insgesamt die Merkmale der Beleihung aufweisen.

Für die Beurteilung der Frage, ob die von dem betreffenden Unternehmer ausgeübte Tätigkeit die Wahrnehmung eines staatlichen Hoheitsrechts ist, wird vielfach die geschichtliche Entwicklung ihrer rechtlichen Gestaltung Anhaltspunkte geben. Dabei muß allerdings berücksichtigt werden, daß es jedenfalls im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit Hoheitsrechte a priori nicht gibt, daß aber die Träger öffentlicher Gewalt die Befugnis haben, bestimmte Funktionen in der Weise an sich zu ziehen, daß sie hoheitliche Tätigkeiten werden und von Privatpersonen nur noch ausgeübt werden können, wenn diese mit ihrer Wahrnehmung beliehen sind. Weiter-

24) Ein typischer Fall für eine solche begriffliche Unklarheit ist der § 4 Abs. II des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29. 3. 1951, BGBl I. S. 225, und daran anschließend auch der § 2 des Nordrhein-Westfälischen Landeseisenbahngesetzes vom 5. 2. 1957, GuVBl NRW S. 11; vgl. dazu unten S. 126/127.

hin ist zu beachten, daß die Tätigkeit eines Unternehmers vielfach komplex ist und er daher unter Umständen nur hinsichtlich einzelner von ihm wahrgenommener Zuständigkeiten Beliehener ist, nicht jedoch für seine Gesamttätigkeit. Ein typisches Beispiel hierfür ist der auch von Wolff ²⁵⁾ erwähnte Schiffskapitän, der nicht etwa mit einem (garnicht bestehenden) staatlichen Hoheitsrecht zur Führung von Schiffen beliehen ist, sondern Beliehener nur hinsichtlich der ihm auf hoher See obliegenden Zuständigkeiten von Standesbeamten und Hilfsorganen der Strafrechtspflege ist ²⁶⁾.

Andererseits läßt der Umstand, daß eine Privatperson im Rahmen ihrer Tätigkeit hinsichtlich einzelner Funktionen Beliehener ist, gelegentlich auch Rückschlüsse darauf zu, daß das bei anderen von ihr ausgeübten Funktionen ebenso ist. Derartige Folgerungen sind aber keineswegs zwingend, sie haben nur die Bedeutung von Indizien. Wesentlich stärker dafür, daß es sich bei der in Frage stehenden Tätigkeit um die Wahrnehmung eines Hoheitsrechts handelt, spricht dagegen schon, wenn der Erteilung der Genehmigung nach den dafür maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen eine Bedürfnisprüfung durch die Genehmigungsbehörde vorausgeht. Eine solche Prüfung wird wegen Art. 12 GG nämlich dann meist nicht zulässig sein, wenn die Genehmigung lediglich den Charakter einer gewerblichen Erlaubnis hat. Dagegen ist sie bei einer Beleihung stets statthaft, weil diese Ermessenssache der beleihenden Behörde ist ²⁷⁾.

Wenn eine Prüfung unter diesen Gesichtspunkten noch keine endgültige Klarheit bringt, muß weiter der Umfang der öffentlich-rechtlichen Pflichten untersucht werden, denen der betreffende Unternehmer in Bezug auf die von ihm ausgeübte Tätigkeit unterliegt. Auch daraus lassen sich Rückschlüsse ziehen, ob im Einzelfall eine Beleihung oder lediglich eine Erlaubnis vorliegt. Bereits in der oben entwickelten Definition des Beliehenen ist als wesentliches Merkmal seine Verpflichtung herausgestellt worden, die ihm übertragenen hoheitlichen Zuständigkeiten auch wahrzunehmen. Wenn also die gesetzlichen Bestimmungen für die Erteilung der Genehmigung oder aber die Genehmigungsbedingungen selbst eine Verpflichtung des Unternehmers zur Ausübung der ihm

25) Verwaltungsrecht I, § 4 I a, S. 17.

26) so auch Jürgen Brand, Die Rechtsstellung des Beliehenen, S. 23.

27) vgl. hierzu auch Rings, NJW 1957, 657 f. und BVerwG in NJW 1955, 1532 f. und 1956, 723 f.

genehmigten Tätigkeit enthalten, - sogenannte Betriebspflicht -, so ist das zumindest ein ganz wesentlicher Anhaltspunkt für die Annahme, daß eine Beleihung vorliegt ²⁸⁾.

Nicht ganz so prägnant, aber dennoch als wesentliches Indiz verwertbar sind in diesem Zusammenhang auch der Umfang und die Intensität der staatlichen Aufsicht, der der Unternehmer bei seiner Tätigkeit unterliegt. Wegen des bereits erörterten Erfordernisses ihrer qualitativen Begrenzung werden sie bei der Beleihung meist größer sein als bei einer lediglich erlaubnispflichtigen Tätigkeit, die nur aus polizeilichen Gesichtspunkten überwacht wird, denn bei Hoheitsrechten besteht ein besonderes öffentliches Interesse an ihrer korrekten und zuverlässigen Wahrnehmung durch den damit Beliehenen ²⁹⁾.

Die Kehrseite ihrer durchweg besonders stark ausgeprägten Pflichtstellung ist bei den Beliehenen oftmals ein im Vergleich zu den Erlaubnisnehmern verstärkter gesetzlicher Schutz gegen Einwirkungsmöglichkeiten von Dritten auf den Betrieb und den Bestand des Unternehmens, wie etwa Konkurrenzverbote, staatliche Garantiezusagen, besondere Schutzvorschriften im Falle der Zwangsvollstreckung und auch strafrechtliche Schutzbestimmungen, die eine ungestörte Betriebsführung gewährleisten sollen. Sie alle sind ebenfalls Indizien für das Vorliegen einer Beleihung.

Wenn nun konkret geprüft werden soll, ob die Personen-Linienverkehr nach dem PBG betreibenden Privatpersonen Beliehene sind, so genügt es nach den obigen allgemeinen Darlegungen nicht, allein darauf hinzuweisen, daß z. B. Kleinbahnunternehmer fähig sind, Gegenstände in amtliche Verwahrung zu nehmen (RGSt 53/219), oder daß nach § 22 Abs. VII der 1. AusAnw zum Pr.-Kleinbahngesetz beziehungsweise § 47 BOSTrab ihren Angestellten die Rechte und Pflichten von Polizei-Executivbeamten für den Bereich der bahnpolizeilichen Geschäfte übertragen werden können ³⁰⁾. Zwar sprechen diese Bestimmungen dafür, daß die infrage kommenden privaten Linienverkehrsunternehmen insoweit mit Hoheitsrechten ausgestattet und damit Beliehene sind. Mit dieser Erkenntnis steht aber noch keineswegs fest, daß das bei diesen Unternehmen auch hinsichtlich der anderen von ihnen

28) Die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Betriebspflicht denkbar ist, ohne daß der Unternehmer Beliehener ist, soll hier nicht erörtert werden, da dies über den Rahmen der Untersuchung hinausgehen würde.

29) so auch Glöggler, Die verwaltungsrechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers, Diss. jur. Tübingen 1936, S. 21, 24.

30) so noch Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 527.

ausgeübten Funktionen der Fall ist und daß insbesondere auch die von ihnen durchgeführte Beförderungstätigkeit als solche die Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes ist. Gerade darauf kommt es hier aber entscheidend an, denn, wie bereits in § 13³¹⁾ dargelegt wurde, ist das Voraussetzung für die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Gestaltung der Nutzungsverhältnisse.

Um die privaten Personen-Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG hinsichtlich ihrer Beförderungstätigkeit als Beliehene zu qualifizieren, muß also der Nachweis erbracht werden, daß sie auch insoweit ein staatliches Hoheitsrecht³²⁾ wahrnehmen. Er wird dadurch erleichtert, daß er nicht für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche des Personen-Linienverkehrs nach dem PBG - Omnibus-, Straßenbahn- und Obus-Verkehr - und die einzelnen Unternehmer jeweils gesondert erbracht werden muß. Vielmehr ist davon auszugehen, daß innerhalb des PBG die Rechtsstellung aller privaten Linienverkehrsunternehmer die gleiche ist. Das ergibt sich deutlich aus der bereits in § 3 dieser Untersuchung erwähnten Konstruktion des PBG, die nicht von den Unternehmen und ihren Trägern ausgeht, sondern den zunächst wirtschaftlichen Begriff der Personenbeförderung zu Lande zum Rechtsbegriff erhebt und ihn ohne Rücksicht auf die rechtliche Organisation und die Träger der einzelnen Verkehrsunternehmen zum Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung macht³³⁾. Der Gesetzgeber hat in § 8 PBG sogar ausdrücklich bestimmt, daß die Vorschriften des Gesetzes durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts nicht umgangen werden dürfen. Entweder sind also alle Privatunternehmer, die Personen-Linienverkehr nach dem PBG betreiben, Beliehene oder aber keiner von ihnen.

Die entscheidende Frage ist also, ob für den Bereich des PBG eine staatliche Linienverkehrshoheit besteht. Sie kann nicht schon deswegen bejaht werden, weil der Personen-Linienverkehr in den Bereich der Daseinsvorsorge gehört, deren Gewährleistung im sozialen Rechtsstaat eine Aufgabe des Staates ist³⁴⁾. Zur Daseinsvorsorge gehört nämlich

31) s. oben S. 106/107.

32) Fleiner, Institutionen, S. 343, verwendet hierfür den weniger klaren Ausdruck: "staatliches Monopol im Rechtssinne".

33) s. oben S. 3/4.

34) s. oben S. 43 f.; das hat offenbar auch Löning, ZAkDR 1942, 291, nicht klar erkannt, wenn er meint, daß allein die von ihnen verrichtete öffentliche Aufgabe (sc. Daseinsvorsorge) es sei, die die Linienverkehrsunternehmen in das öffentliche Recht hineinstelle.

beispielsweise auch die Gewährleistung eines ordnungsmäßig funktionierenden Handels mit für den Verbraucher notwendigen Lebensmitteln. Sicherlich kann deswegen aber nicht die Rede davon sein, daß alle Lebensmittelkäufer Beliehene wären, denn für eine solche Annahme wäre das Bestehen einer staatlichen Lebensmittel-Hoheit erforderlich, die es jedenfalls bei uns aber nicht gibt.

Es kommt vielmehr darauf an, ob der Staat seiner Gewährleistungspflicht in dem betreffenden Bereich der Daseinsvorsorge lediglich durch die Statuierung gewisser, im Interesse der Allgemeinheit für notwendig erachteter Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse und ihre Ausübung durch die Verwaltung nachkommt oder ob er die gesamte Tätigkeit in diesem Bereich durch gesetzliche Maßnahmen an sich gezogen und sich als eigene Aufgabe vorbehalten und damit ein Hoheitsrecht begründet hat. Damit ist nicht gesagt, daß der Staat dieses Hoheitsrecht auch ausschließlich selbst wahrnehmen muß. Er kann im Wege der Beleihung wiederum Privatpersonen damit beauftragen. Ein solches Hoheitsrecht ist z. B. im Fernmeldewesen begründet, das im Anfang seiner Entwicklung in den Händen von Privatunternehmen lag, bis es dann der Staat als ausschließlich eigene Aufgabe an sich zog und damit eine staatliche Fernmeldehoheit begründete ³⁵⁾.

Im Bereich des Personen-Linienverkehrs sind aus der geschichtlichen Entwicklung seiner gesetzlichen Regelung wesentliche Hinweise für das Bestehen einer staatlichen Linienverkehrshoheit zu entnehmen. Charakteristisch ist hier das Preußische Kleinbahngesetz von 1892 ³⁶⁾, das bis zum Inkrafttreten des PBG im Jahre 1934 in Preußen die Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und den Kleinbahnunternehmern regelte, zu denen nach der Terminologie des Gesetzes auch die Straßenbahnunternehmer gehörten ³⁷⁾. Nach § 2 dieses Gesetzes bedarf es zur Herstellung und zum Betriebe einer Kleinbahn der Genehmigung der zuständigen Behörde, desgleichen für wesentliche Erweiterungen oder sonstige wesentliche Änderungen des Unternehmens, der Anlage oder des Betriebes. Um den Rechtscharakter dieser Kleinbahngenehmigung entwickelte sich alsbald ein lebhafter Meinungsstreit, wobei die

35) vgl. das Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches vom 6. 4. 1892, RGBl S. 467 und jetzt § 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928, RGBl I S. 8.

36) Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. 7. 1892, G.S. S. 225.

37) vgl. § 1 des Gesetzes und Abs. III der Einleitung zu der dazu erlassenen l. Ausführungsanweisung vom 12. 8. 1898 (abgedruckt bei Eger, Komm. z. Pr. Kleinbahnges., 3. Aufl. 1913, S. 1/2), wo die mit Maschinenkraft betriebenen Kleinbahnen in städtische Straßenbahnen und nebenbahnähnliche Kleinbahnen unterteilt werden.

Hauptrepräsentanten der Streitmeinungen die beiden Kommentatoren des Pr. Kleinbahngesetzes, Gleim und Eger, waren. Während Gleim³⁸⁾ die Ansicht vertrat, daß es sich bei der Kleinbahngenehmigung um eine besonders ausgestaltete polizeiliche Genehmigung handele, die scharf von der Eisenbahnkonzession nach dem Preußischen Eisenbahngesetz von 1838³⁹⁾ zu unterscheiden sei, welche dem Inhaber ein Privilegium verleihe, vertrat Eger⁴⁰⁾ im scharfen Gegensatz zu Gleim nachdrücklich die Auffassung, daß der Rechtscharakter der Kleinbahngenehmigung nicht anders zu beurteilen sei, als der der Eisenbahnkonzession nach dem Gesetz von 1838 und keinesfalls polizeilicher Art sei.

Wie neuerdings v. Veltheim⁴¹⁾ in seiner kritischen Stellungnahme zu dieser Frage überzeugend dargelegt hat, vermag bei beiden Autoren die Begründung der von ihnen vertretenen Ansichten nicht zu überzeugen, weil beide das von ihnen verwandte Begriffspaar Gewerbepolizeierlaubnis - Privileg nicht klar definiert haben und eine solche Definition angesichts der Verschwommenheit dieser Begriffe wohl auch garnicht möglich ist. Im Ergebnis ist aber die Auffassung Egers richtig, die auch in der Praxis herrschend geworden ist. Auch das hat v. Veltheim überzeugend nachgewiesen und zwar durch einen Vergleich des Preußischen Kleinbahngesetzes mit dem für den Bau und Betrieb von Großbahnen maßgebenden Eisenbahngesetz von 1838. Dabei ergibt sich, daß der Unterschied zwischen den Klein- und Großbahnen hauptsächlich in ihrer wirtschaftlichen Verkehrsbedeutung liegt, während beide Gruppen in einem charakteristischen Merkmal übereinstimmen, nämlich darin, daß sie dem öffentlichen Verkehr dienen (§ 1 Pr. Kleinbahnges. und § 26 Pr. Eisenbahnges.) und sich dadurch von den ebenfalls im Pr. Kleinbahnges. behandelten Privatanschlußbahnen unterscheiden, bei denen dies nicht der Fall ist (§ 43 Pr. Kleinbahnges.). Weiterhin läßt die in den §§ 28 und 29 Pr. Kleinbahnges. festgelegte Anschlußberechtigung und -verpflichtung an andere Klein- und Großbahnen erkennen, daß der Gesetzgeber von der Vorstellung eines einheitlichen Netzes der Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs ausging. Bestätigt wird dies dadurch, daß der Staat sich ein Ankaufsrecht bei Kleinbahnen vorbehalten hat, die einen bestimmten Grad von Verkehrsbedeutung erreicht haben, sowie ferner dadurch, daß Groß- und Kleinbahnen dieselben Verpflichtungen hinsichtlich der Belange der

38) Komm. z. Pr. Kleinbahnges., 1907, Anm. zu § 2, S. 58 f.

39) Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. 11. 1838, GS. S. 505.

40) Komm. z. Pr. Kleinbahngesetz, 3. Aufl. 1913, Anm. zu § 2, S. 37 f.

41) Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, Diss. jur. Göttingen 1952, S. 162 f.

Landesverteidigung und der Post- und Telegraphenverwaltung auferlegt sind. Daraus folgert v. Veltheim zutreffend, daß bei einer so weitgehenden Ähnlichkeit der rechtlichen Gestaltung der Klein- und Großbahnen schon im Gesetz selbst deutliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sein müßten, daß der Rechtscharakter der Kleinbahngenehmigung ein anderer sei als der der Großbahngenehmigung. Da das aber nicht der Fall sei und die Großbahngenehmigung aus der geschichtlichen Entwicklung des Eisenbahnrechts heraus verstanden werden müsse, mit der der Staat einen Teil der allein bei ihm liegenden, von dem alten Straßenregal abgeleiteten Eisenbahnhoheit auf Privatunternehmer übertrage, müsse auch für die Kleinbahnen dasselbe gelten, deren Unternehmer somit Beliehene seien ⁴²⁾.

auf dieselbe Weise läßt sich weiter folgern, daß der ohnehin zur Ausdehnung der staatlichen Hoheitsrechte tendierende nationalsozialistische Gesetzgeber bei der Schaffung des PBG an diesem Rechtscharakter der Straßenbahngenehmigung nichts ändern wollte, als er die gesetzliche Regelung des Baues und Betriebes von Straßenbahnen aus dem Pr. Kleinbahnges. herauslöste und in das PBG übernahm, denn ein Vergleich dieser beiden Gesetze zeigt, daß die öffentlich-rechtliche Pflicht-Stellung der Straßenbahnunternehmer nach dem PBG eher noch stärker ausgeprägt ist als früher nach dem Pr. Kleinbahngesetz. Dagegen spricht auch nicht, daß auch die übrigen Linienverkehrsunternehmen nach dem PBG (Omnibus- und Obusbetriebe) derselben Genehmigung bedürfen und im wesentlichen den gleichen Bindungen unterliegen wie die Straßenbahnunternehmen. Dies kann nämlich ebensogut den Schluß nahelegen, daß der Staat die Gewährleistung des gesamten Personen-Linienverkehrs nach dem PBG als Anliegen der Daseinsvorsorge dadurch sichergestellt hat, daß er den Betrieb von Linienverkehr zum Hoheitsrecht gemacht hat, indem er eine staatliche Linienverkehrshoheit begründete und seitdem eine Tätigkeit von Privatpersonen auf diesem Gebiet nur im Rahmen einer Beleihung zuläßt.

Diese Auffassung läßt sich weiter erhärten durch eine Betrachtung der Rechtsstellung der privaten Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG. Bereits oben auf S. 111 ist ausgeführt, daß ein wesentliches Merkmal der Stellung eines Beliehenen seine Verpflichtung ist, die ihm übertragenen hoheitlichen Zuständigkeiten auch wahrzunehmen. Tatsächlich ist eine solche Betriebspflicht sowohl für die Straßenbahnen als auch für die anderen Linienverkehrsunternehmen nach dem PBG normiert. Sie alle sind durch

42) a. a. O., S. 173 und 150 f.; vgl. dazu auch die in § 15 folgenden Ausführungen.

die §§ 23 und 24 PBG ausdrücklich verpflichtet, ihren Betrieb während der Dauer der Genehmigung ordnungsmäßig aufrecht zu erhalten und hierfür auf Verlangen Sicherheit zu bestellen. Darüber hinausgehend enthält § 63 der auf Grund der Ermächtigung in § 39 PBG erlassenen BOKraft⁴³⁾ sogar noch eine ausdrückliche Beförderungspflicht der Omnibus- und Obusunternehmer im Linienverkehr gegenüber ihren Fahrgästen, um dadurch auch unmittelbar sicherzustellen, daß die Verkehrsnutzer in jedem Falle in den Genuß der für sie daseinsnotwendigen Beförderungsleistungen kommen können. Für die Straßenbahnunternehmer ist der Betriebspflicht noch eine sogen. Baupflicht vorgeschaltet. Ihnen ist nach § 21 PBG bei Erteilung der Genehmigung eine Frist für die betriebsfertige Herstellung der Bahn und die Eröffnung des Betriebes zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Genehmigungsbehörde die Genehmigung für erloschen erklären kann. Kennzeichnend ist auch hier wieder die Tatsache, daß der Betriebspflicht nur die Linienverkehrsunternehmer unterliegen, nicht dagegen die Unternehmer von Gelegenheitsverkehr, die nicht Beliehene sind, sondern lediglich ein erlaubnispflichtiges Gewerbe betreiben. Auch das erweist sich als durchaus folgerichtig, wenn man davon ausgeht, daß die Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG Beliehene sind.

Dieselbe, bei Annahme einer Beleihung wegen der dort stets erforderlichen quantitativen Beschränkung⁴⁴⁾ folgerichtige Differenzierung der Linienverkehrsunternehmen und der Unternehmen des Gelegenheitsverkehrs, die die ersteren weitaus stärkeren öffentlich-rechtlichen Bindungen bei der Führung des Betriebes unterwirft als die letzteren, findet sich auch in den §§ 15 und 24 PBG. Danach bedürfen nur im Linienverkehr Beförderungspreise, Beförderungsbedingungen und Fahrpläne der Zustimmung der Genehmigungsbehörde. Sie müssen außerdem vor der Einführung veröffentlicht werden. Zusammen mit der Betriebspflicht stellt dies eine ganz wesentliche Einengung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der Linienverkehrsunternehmer dar, die dadurch gerade in den wirtschaftlich entscheidenden Punkten in einem Maße von der Genehmigungsbehörde abhängig sind, wie das bei Unternehmern, die lediglich ein erlaubnispflichtiges Gewerbe betreiben, kaum je der Fall ist.

Auf der anderen Seite genießt der Betrieb von Linienverkehrsunternehmen im Gegensatz zum Gelegenheitsverkehr und anderen daseinsnotwendi-

43) VO über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr vom 13. 2. 1939, (RGBl I, S. 232).

44) s. oben S. 111.

gen gewerblichen Tätigkeiten aber auch einen besonderen Schutz gegen Eingriffe Dritter. Hier ist einmal das Gesetz über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes von Bahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 7. 3. 1934 zu nennen ⁴⁵⁾, dessen §§ 3 und 4 bestimmen, daß Zwangsversteigerungen dem Betrieb gewidmeter unbeweglicher Gegenstände ebenso wie die Verwertung gepfändeter oder zur Sicherheit übereigneter Fahrbetriebsmittel bis zum Erlöschen der Betriebsgenehmigung nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde zulässig sind und die Unternehmen auch in Konkursverfahren bestimmte Vergünstigungen haben (§ 2). Weiterhin ist in diesem Zusammenhange auf § 316 b StGB hinzuweisen, wonach mit Gefängnis und in besonders schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft wird, wer vorsätzlich den Betrieb dem öffentlichen Verkehr dienender Unternehmen dadurch verhindert oder stört, daß er eine dem Betrieb dienende Sache zerstört, beschädigt, beseitigt, verändert oder unbrauchbar macht, oder die für den Betrieb bestimmte elektrische Kraft entzieht. Schutzgut dieser Strafnorm ist also der Betrieb der öffentlichen Verkehrsunternehmen als solcher.

Schließlich ist auch in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß durch den Betrieb eines privaten Linienverkehrsunternehmens beschwerte Dritte gegen diesen nicht mit der privatrechtlichen Unterlassungsklage vorgehen können, weil das einen unzulässigen Eingriff in staatshoheitliche Rechte bedeuten würde ⁴⁶⁾.

Zusammenfassend kann nach alledem gesagt werden, daß die oben im einzelnen aufgezeigten besonderen Merkmale der Rechtsstellung der privaten Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG typische Kennzeichen für die besondere Rechtsstellung von Beliehenen sind und damit die Richtigkeit der zunächst aus der historischen Entwicklung abgeleiteten Auffassung bestätigen, daß es sich bei der Durchführung des Personen-Linienverkehrs um die Wahrnehmung eines staatlichen Hoheitsrechtes handelt. Damit dürfte aber der Schluß unabweisbar sein, daß die privaten Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG Beliehene sind, da sie auf Grund eines staatlichen Hoheitsaktes - der ihnen gem. § 2 PBG erteilten Linienverkehrsgenehmigung - eine hoheitliche Zuständigkeit, die staatliche Linienverkehrshoheit, im eigenen Namen wahrzunehmen berechtigt und verpflichtet sind und somit bei der

45) RGBl II S. 91 mit den durch das Allgemeine Eisenbahngesetz vom 29. 3. 1951 (BGBl I S. 225) eingeführten Änderungen.

46) so z. B. RGZ 59, 70 für die Berliner Hoch- und U-Bahn; RGZ 58, 134 unter Hinweis auf die Unvereinbarkeit mit der solchen Unternehmen obliegenden Betriebspflicht; RGZ 57, 224 für den Betrieb von Straßenbahnen; ferner RGZ 7, 267 und RGZ 17, 103.

Durchführung ihres Verkehrs in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden⁴⁷.

Sind aber die privaten Linienverkehrsunternehmen nach dem PBG Beliehene und damit "gekorene" Träger öffentlicher Gewalt, dann haben sie ebenso wie die "geborenen" Träger öffentlicher Gewalt auch die Möglichkeit, die Rechtsbeziehungen zu ihren Benutzern nach öffentlichem Recht zu regeln. Die entgegenstehende Auffassung Fleiners, daß die Beliehenen ihre Rechtsbeziehungen zu Dritten nur privatrechtlich gestalten könnten⁴⁸⁾, ist nicht gerechtfertigt und von ihm selbst auch nicht weiter begründet worden. Für eine solche Annahme bedürfte es aber konkreter gesetzlicher Anhaltspunkte, die jedoch nicht gegeben sind. Es läßt sich im Gegenteil die nach § 17 Abs. I PBG erforderliche Zustimmung der Genehmigungsbehörde zu den Beförderungspreisen und Beförderungsbedingungen sogar dahin deuten, daß die Beleihung sich damit ausdrücklich auch auf die Befugnis des Unternehmers erstreckt, die Nutzungsverhältnisse nach öffentlichem Recht zu regeln, wenn eben die genehmigten Bedingungen öffentlich-rechtlichen Charakter haben, wie das nach den Darlegungen im vorigen Paragraphen bei den den Musterbedingungen des Bundesministers für Verkehr entsprechenden Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Fall ist.

Wie bereits oben auf S. 102 - 107 dargelegt, dürfte mit dieser Qualifizierung der privaten Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG als Beliehene zugleich der Schlußstein für den Nachweis erbracht sein, daß die Rechtssätze über die Nutzungsverhältnisse im Personen-Linienverkehr nach dem PBG sowohl im Bundesbahn-Reisedienst als auch in allen anderen Fällen, in denen die Allgemeinen Beförderungsbedingungen den

47) Diese Auffassung hat sich in der Verwaltungsrechtswissenschaft auch schon weitgehend durchgesetzt; vgl. hierzu: Glöggl, Die verwaltungsrechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers, Diss. jur. Tübingen 1936, S. 39 f., 42; Gruenhagen, Die Rechtsstellung des öffentlichen oder beliehenen Unternehmers nach dem Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande, Diss. jur. Tübingen 1936, der in seiner stark von nationalsozialistischen Gedankengängen durchsetzten Untersuchung allerdings zu dem Ergebnis kommt, daß die Rechtsstellung der Personen-Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG noch über eine Beleihung i. S. Otto Meyers hinausgehe und "durch die gliedhafte Stellung in der lebendigen Ordnung der Gemeinschaft und durch die Pflichtgebundenheit" bestimmt sei (S. 29); Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 249; Fleiner, Institutionen, S. 343, 350; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 528, 529; Nebinger, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1946, S. 255, 183 Anm. 7; Huber, DVBl 1952, 457.

48) Institutionen, S. 347.

Musterbedingungen des Bundesministers für Verkehr entsprechen, dem öffentlichen Recht angehören, und zwar deshalb, weil angesichts ihrer konkreten, in die Dogmatik des privaten Vertragsrechts nicht einzupassenden Gestaltung das Zuordnungsobjekt "Unternehmer" nur ein Träger öffentlicher Gewalt sein kann.

Ob die Nutzungsverhältnisse auch bei den privaten Personen-Linienverkehrsunternehmen als öffentlich-rechtliche Anstaltsnutzung zu charakterisieren sind, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob diese Unternehmen ebenfalls als öffentliche Anstalten bezeichnet werden können. Das wäre bei Zugrundelegung des weiten Anstaltsbegriffes von Otto Mayer ⁴⁹⁾, Fleiner ⁵⁰⁾ und Jellinek ⁵¹⁾ möglich, erscheint jedoch wegen der damit verbundenen Gefahr einer übermäßigen Ausweitung und Verflachung des Anstaltsbegriffes nicht tunlich. Vielmehr sollten unter öffentlichen Anstalten nur Einrichtungen des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts verstanden werden, wie dies auch in Art. 138 wüEVRO vorgeschlagen wird ⁵²⁾. Im übrigen kann diese Streitfrage das gewonnene Ergebnis nicht in Frage stellen, da die Nutzungsverhältnisse als analogon zur öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung angesehen werden müßten, wenn die privaten Personen-Linienverkehrsunternehmen keine öffentlichen Anstalten sind.

49) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 268.

50) Institutionen, S. 124 ("öffentliche Anstalten in Privatrechtsform").

51) Verwaltungsrecht, S. 513.

52) vgl. hierzu auch die Erörterung dieser Frage bei Glögler, S. 43 f.

§ 15 : Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse im Personen-
Linienverkehr der Eisenbahnen.

Nach diesen Darlegungen wird es nunmehr verhältnismäßig schnell gelingen, auch den Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Eisenbahnverkehr zu bestimmen. Die hierfür maßgebenden Rechtssätze sind in der Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO) vom 8. 9. 1938 ¹⁾ und den dazu gehörigen Tarifen enthalten, in die auch die auf Grund des § 2 Abs. I EVO erlassenen allgemeinen und besonderen Ausführungsbestimmungen aufgenommen sind.

Die Eisenbahn-Verkehrsordnung ist eine Rechtsverordnung und gilt, wie ihr § 1 bestimmt, auf allen dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnen Deutschlands. Dies sind nach der Legaldefinition in den §§ 1 Abs. I und 2 Abs. I des Allgemeinen Eisenbahngesetzes vom 29. 3. 1951 ²⁾ alle Schienenbahnen mit Ausnahme der Straßenbahnen und der nach ihrer Bau- und Betriebsweise ähnlichen Bahnen, der Bergbahnen und der sonstigen Bahnen besonderer Bauart, wenn sie nach ihrer Zweckbestimmung von jedermann zur Personen- oder zur Güterbeförderung benutzt werden können. Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen findet also die EVO Anwendung, ohne daß es noch auf die Rechtsform der Unternehmen oder darauf ankäme, ob ihre Träger Subjekte des öffentlichen Rechts oder Privatrechtssubjekte sind. Zuordnungssubjekte der in der EVO enthaltenen Rechtssätze können also sowohl öffentlich-rechtlich organisierte Eisenbahnunternehmen als auch solche mit privatrechtlicher Struktur sein.

Um nun die Rechtssätze der EVO, die, wie im einzelnen später noch darzulegen sein wird, hinsichtlich des Zustandekommens und der Abwicklung der Nutzungsverhältnisse weitgehend mit den Allgemeinen Beförderungsbedingungen im Straßenbahn-, Obus- und Omnibuslinienverkehr übereinstimmen, ebenfalls als zum öffentlichen Recht gehörig qualifizieren zu können, müßte also zunächst nachgewiesen werden, daß auch bei ihnen als Zuordnungssubjekte auf einer Seite ausschließlich Subjekte hoheitlicher Gewalt stehen. Dazu wäre wiederum der Nachweis erforderlich, daß die den Bestimmungen der EVO unterliegenden privaten Eisenbahnunternehmen Beliehene sind, was dann der Fall wäre, wenn das Recht, Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs zu bauen und zu betreiben, ein Hoheitsrecht wäre.

1) RGBl II, S. 663.

2) BGBl I, S. 225.

Das Bestehen eines Hoheitsrechtes des Staates zum Bau und Betrieb von Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs, das gemeinhin als Eisenbahnhoheit bezeichnet wird, ist tatsächlich sowohl anhand der geschichtlichen Entwicklung des Eisenbahnrechts als auch aus seiner heutigen Gestaltung zu belegen und in Wissenschaft und Rechtsprechung auch durchweg anerkannt.

Die geschichtliche Entwicklung des Eisenbahnrechts in Deutschland ging von der offenbar aus England übernommenen Vorstellung aus, daß die Eisenbahnen als eine besondere Art von öffentlichen Straßen anzusehen seien ³⁾. Das klingt schon in dem 1833 an den König von Bayern gerichteten Konzessionsgesuch für die erste deutsche Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth an, in dem unter Ziff. 3) beantragt wurde: "der Eisenbahn selbst und ihren Fortsetzungen die Rechte und den Schutz der Staatsstraßen allerhuldreichst zuzusichern" ⁴⁾. Noch deutlicher wird dies im Preußischen Eisenbahngesetz vom 3. 11. 1838, wo beispielsweise der Umfang des der Eisenbahngesellschaft zustehenden Enteignungsrechts im § 8 Ziff. 5 festgelegt ist, "damit die Bahn als eine öffentliche Straße der allgemeinen Benutzung dienen könne". Auch in den §§ 29 und 30 wird in folgerichtiger Durchführung dieses Grundgedankens unterschieden zwischen der Bahn und deren Zubehör und dem Fuhr- und Transportunternehmen nebst dem dazugehörigen Inventar, und ebenso in § 32 zwischen dem Bahngeld und dem Fuhrlohn. Dementsprechend sah § 27 des Gesetzes auch ein sogenanntes Mitbetriebsrecht anderer Unternehmer vor mit dem Inhalt, daß diese gegen Zahlung eines Bahngeldes die Berechtigung zur Durchführung von Transporten auf der Bahnstrecke erwerben konnten, was allerdings niemals praktisch geworden ist.

In dieser Gleichsetzung der Eisenbahnen mit den öffentlichen Straßen lag auch die dogmatische Grundlage für die Vorstellung, daß der Bau und Betrieb von Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs ein staatliches Hoheitsrecht war. Sie knüpfte an das landesherrliche Straßenregal an, das sich aus der mittelalterlichen Vorstellung von den königlichen Straßen entwickelt hatte und in Form der Erteilung von Privilegien oder Konzessionen an Privatpersonen zur Ausübung übertragen werden konnte ⁵⁾. Demgemäß

3) vgl. hierzu den Liverpool-Manchester-Railway-Act vom 6. 4. 1826, worin bestimmt ist, daß die Eisenbahn eine freie Straße sein solle, frei wie die Landstraßen und der Kanal gegen Zahlung gewisser Wegegelder an die Eisenbahngesellschaft (zit. nach Göppert, Zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen, Diss. jur. Berlin, 1894, S. 32).

4) zitiert nach v. Veltheim, Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, S. 106.

5) vgl. Werner, ÖstZÖR 1948, 485 f.;
Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 248;

wurde auch der Bau und Betrieb von Eisenbahnen in allen deutschen Ländern von Anfang an als eine Angelegenheit angesehen, die von Privatpersonen nur auf Grund einer landesherrlichen Konzession ausgeführt werden konnte. Diese Übung führte wiederum zur Festigung der Vorstellung von der Eisenbahnhoheit des Staates, wobei es nicht einmal überall für notwendig gehalten wurde, diese gesetzlich besonders zu verankern. So ist in Sachsen eine Anzahl von Eisenbahnen konzessioniert worden, ohne daß dort ein besonderes Eisenbahngesetz vorhanden gewesen wäre. Als dann 1898 zweifelhaft wurde, ob auch die städtischen Straßenbahnen konzessionspflichtig seien, führte die Staatsregierung auf Veranlassung der Zweiten Ständekammer des Landtages in einer grundsätzlichen Stellungnahme folgendes aus:

"Die Staatsregierung steht entsprechend der auch in allen anderen Staaten zur Geltung gelangten und von der Rechtswissenschaft einhellig adoptierten Auffassung auf dem Standpunkt, daß es zur Anlage und zum Betriebe einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahn nicht bloß behördlicher Erlaubniß, sondern eines besonderen staatlichen Verleihungsaktes (Konzession in diesem Sinne) bedarf. Die Begründung eines öffentlichen Unternehmens von solcher Bedeutung und so einschneidenden Wirkungen in Bezug auf die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse weiter Kreise der Bevölkerung, wie es eine für den allgemeinen Verkehr erstellte Eisenbahn ist, fällt in das Bereich der Staatshoheit und der allgemeinen Kulturaufgaben des Staates selbst. Wenn daher der Staat einer Privatperson oder einer privaten oder öffentlichen Korporation das Recht zu einem solchen Unternehmen erteilt, so giebt er damit nicht, wie bei der gewerbepolizeilichen und baupolizeilichen Erlaubniß die Befugniß zu einer Thätigkeit, welche an sich schon auf Grund der natürlichen Freiheit geübt werden kann, aber durch besonderen Rechtssatz beschränkt ist, sondern er verleiht eine Macht aus sich selbst heraus, eine Befugniß, die abgeleitet ist von seinem eigenen Wesen und an sich einen Theil der öffentlichen Verwaltung bildet." 6)

Darin kommt zugleich auch die inzwischen eingetretene dogmatische Weiterentwicklung der Vorstellung von der rechtlichen Grundlage der staatlichen Eisenbahnhoheit zum Ausdruck, die nunmehr von der Verknüpfung mit dem alten Straßenregal gelöst und in durchaus modern anmutenden Gedankengängen an die Vorstellung von der Daseinsvorsorge als Staatsaufgabe herangebracht wurde.

Auf dieser sich langsam wandelnden dogmatischen Grundlage hat sich die Vorstellung von der staatlichen Eisenbahnhoheit als Inbegriff des

Fleiner, Institutionen, S. 344 f.;
v. Veltheim, Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, S. 152 f.

6) Drucksachen der Zweiten Ständekammer des sächsischen Landtages 1898 Nr. 280; zitiert nach v. Veltheim, a.a.O., S. 148.

staatlichen Alleinrechts, Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs zu bauen und zu betreiben, bis heute unverändert erhalten⁷⁾. Sie bildete zugleich die Grundlage für die Auffassung, daß nie für den Bau und Betrieb solcher Bahnen durch Privatrechtssubjekte erforderliche Konzession etwas anderes sei als eine bloße Gewerbeerlaubnis und die Übertragung eines Hoheitsrechts bedeutete. Gerade aus der Eisenbahnkonzession heraus ist die Rechtsfigur des Belehienen entwickelt worden, wobei gerade sie in der Verwaltungsrechtswissenschaft vielfach als Musterbeispiel einer Beleihung herausgestellt wurde⁸⁾.

Daß die sich auf den Bau und Betrieb von Bahnen des öffentlichen Verkehrs beziehende Eisenbahngenehmigung wirklich eine Beleihung ist, klingt nunmehr auch in der Terminologie der heutigen Eisenbahngesetzgebung an. So bestimmt § 4 II AllgEisGes, daß das Recht, eine neue öffentliche Eisenbahn zu bauen und zu betreiben, erst dann, wenn der Bundesminister für Verkehr erklärt hat, daß es nicht für die Deutsche Bundesbahn in Anspruch genommen wird, vom Lande selbst ausgeübt oder von der obersten Landesverkehrsbehörde an ein Unternehmen verliehen werden kann, wenn diese ein Verkehrsbedürfnis dafür anerkannt hat. Derselben Terminologie bedient sich auch das Nordrhein-Westfälische Landeseisenbahngesetz vom 5. 2. 1957⁹⁾, wo es in § 2 heißt, daß das Recht zum Bau und Betrieb einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahn vom Minister für Wirtschaft und Verkehr verliehen wird. Für den Bau und Betrieb von nicht dem öffentlichen Verkehr dienenden Anschlußbahnen ist demgegenüber nach § 34 des Gesetzes lediglich eine Erlaubnis der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich. Erfreulicherweise sind also jetzt die in der alten Eisenbahngesetzgebung üblich gewesenen unscharfen Begriffe "Konzession", "Genehmigung" und "Privileg" überwunden worden, und gleichzeitig ist klar zum Ausdruck gebracht, daß das Recht zum Bau und Betrieb einer Bahn des öffentlichen Verkehrs begrifflich etwas wesentlich anderes ist als die Erlaubnis zum Bau und Betrieb einer nicht dem öffentlichen Verkehr dienenden Anschlußbahn. Be-

7) vgl. z. B. Art. 90 WRV und die Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich v. 18. 10. 1924, RGZ 108, 17.

8) vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 247, 248; Fleiner, Institutionen, S. 348 f.; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 524 f.; Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1948, S. 77; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 494; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 87; Huber, DVBl. 1952, 487; List, VR 1940, 1425 f.; Boldt, Anm. zu RG in DR 1940, 1220, DR 1941, 50.

9) GuVBl NRW S. 11. Dieses Gesetz ist in Nordrhein-Westfalen nunmehr an die Stelle des Pr.Eisenbahngesetzes von 1838 und des Pr.Kleinbahngesetzes von 1892 getreten.

dauerlich ist dabei nur, daß der Gesetzgeber davon spricht, daß das Recht verliehen werden kann und damit den oben auf S. 109 dargelegten terminologischen Unterschied zwischen der Verleihung und der Beleihung verwischt. Gemeint ist in beiden Gesetzen mit der "Verleihung des Bau- und Betriebsrechts für Bahnen des öffentlichen Verkehrs" jedoch eindeutig eine Beleihung, denn die Gesetzgeber haben der nunmehr zum Allgemeingut der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft gewordenen Erkenntnis Rechnung tragen wollen, daß die privaten Eisenbahnunternehmer des öffentlichen Verkehrs Beliehene sind und die e. ktere, aber sprachlich etwas schwerfälligere Formulierung, daß Unternehmer mit dem Recht beliehen werden können, wohl nur deshalb nicht gewählt, weil die Antithese Beleihung - Verleihung noch verhältnismäßig jung ist und sich im verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch noch nicht allgemein durchgesetzt hat.

Die Auffassung, daß es sich bei der Eisenbahngenehmigung für Bahnen des öffentlichen Verkehrs wirklich um eine Beleihung mit der Wahrnehmung eines staatlichen Hoheitsrechts handelt, wird dadurch bestätigt, daß sie sowohl nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) als auch nach dem Landeseisenbahngesetz (LEG) von einer Bedürfnisprüfung abhängig ist und nur dann erfolgen darf, wenn ein Verkehrsbedürfnis vorhanden und anerkannt ist (§§ 4 Abs. II AEG und 6 Abs. I Ziff. 4 LEG). In § 6 Abs. II LEG ist darüber hinaus sogar ausdrücklich bestimmt, daß ein Rechtsanspruch auf die Genehmigung nicht bestehe, was seinen Grund nur darin haben kann, daß die Entscheidung des Hoheitsträgers, ob er Hoheitsrechte im Wege der Beleihung auf Privatpersonen übertragen will, stets eine Ermessensangelegenheit ist.

Auch die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen Privatpersonen als Eisenbahnunternehmer unterliegen, sind außerordentlich stark und deuten daher auf eine Beleihung hin. Die für diese wesentliche Betriebspflicht ist zwar im AEG nicht ausdrücklich normiert. Jedoch ist auch hier das Gesetz über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes von Bahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 7. 2. 1934¹⁰⁾ maßgebend, nach dessen § 1 der Betrieb von Bahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde eingeschränkt oder stillgelegt werden darf.

10) RGBl II, S. 91. Daß dieses Gesetz auch heute noch fortgilt, ergibt sich aus § 4 Abs. IV AEG, der noch Änderungen des Gesetzes enthält.

Dagegen ist in § 21 LEG die Betriebspflicht des Unternehmers ausdrücklich festgelegt, wobei ihr in § 16 LEG noch eine Bau- und Unterhaltungspflicht vorgeschaltet ist, und zwar in der Weise, daß mit der Belieferung die Rechtspflicht des Unternehmers entsteht, die Eisenbahn mit ihrem Zubehör nach dem festgestellten Plan zu bauen, ordnungsgemäß zu unterhalten und zu erneuern.

Ebenso wie im PBG hat sich auch im Eisenbahnrecht bei den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs der Staat die Tarifhoheit vorbehalten mit der Folge, daß die Aufstellung, Änderung und Aufhebung von Tarifen der Genehmigung der zuständigen Behörde bedarf (§§ 6 Abs. III und IV LEG und 25 LEG). In Nordrhein-Westfalen gibt § 26 LEG dem Minister für Wirtschaft und Verkehr sogar ein aktives Einwirkungsrecht auf die Tarife, da er von den Unternehmern Änderungen verlangen kann, die er im öffentlichen Interesse für notwendig erachtet. Nach § 27 LEG kann er daneben auch zumutbare Änderungen der Fahrpläne verlangen.

Während die Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG wenigstens in gewissem Umfange die Möglichkeit haben, ihre Allgemeinen Beförderungsbedingungen selbst zu gestalten, ist dies den Eisenbahnunternehmern völlig verwehrt, da sie sämtlich den für alle Eisenbahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs geltenden Vorschriften der EVO unterliegen, die die Nutzungsverhältnisse im Eisenbahnverkehr bis ins einzelne zwingend regeln.

Auch hinsichtlich des Baues und der technischen Abwicklung des Betriebes der Bahnen unterliegen die Eisenbahnunternehmer des öffentlichen Verkehrs bis ins einzelne gehenden zwingenden Vorschriften, die ebenfalls in einer Reihe von Rechtsverordnungen enthalten sind. Hier sind zu nennen die Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (BO) vom 17. 7. 1928 ¹¹⁾, die Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung für Schmalspurbahnen (BOS) vom 25. 6. 1943 ¹²⁾, die Eisenbahn-Signalordnung (ESO) vom 28. 12. 1934 ¹³⁾ sowie ferner die vereinfachte Eisenbahn-Bau und Betriebsordnung für Schmalspurbahnen (vBOS) vom 25. 6. 1943 ¹⁵⁾ und die vereinfachte Eisenbahn-Signalordnung (vESO) vom 15. 3. 1943 ¹⁶⁾.

Schließlich gehört zu den öffentlich-rechtlichen Bindungen der Eisenbahnunternehmer auch ihre Verpflichtung, den Anschluß angrenzender Eisenbahnen zu gestatten (§§ 7 AEG und 17 LEG).

11) RGBl II, S. 541.

12) RGBl II, S. 285.

13) RGBl 1935, Teil II, S. 67.

14) RGBl II, S. 31.

15) RGBl II, S. 321.

16) RGBl II, S. 97.

Die Einhaltung aller dieser Verpflichtungen wird ebenso wie im PBG durch eine staatliche Aufsicht überwacht, die hier als Eisenbahnaufsicht bezeichnet wird (§§ 6 AEG und 28 LEG). § 28 LEG erläutert in den Absätzen II und III die Rahmenvorschrift des § 6 AEG für den Bereich des Landes Nordrhein-Westfalen noch dahin, daß die Aufsicht insbesondere die Überwachung des Baues, der Unterhaltung, des Betriebes, der Betriebsmittel und des Verkehrs sowie der Finanzlage (!) des Unternehmens umfaßt und daß der Minister für Wirtschaft und Verkehr als Aufsichtsbehörde jede erforderliche Auskunft verlangen kann, sowie berechtigt ist, das Unternehmen, die Anlage und den Betrieb zu besichtigen oder durch seine Beauftragten besichtigen zu lassen. Anordnungen auf Grund des LEG können nach § 40 des Gesetzes von der Aufsichtsbehörde nach den für die Durchsetzung von Verwaltungsmaßnahmen allgemein geltenden landesrechtlichen Bestimmungen erzwungen werden.

Insgesamt zeigt dieser Überblick deutlich, daß die privaten Eisenbahnunternehmer in ihrer Betriebsführung noch weitaus stärker durch öffentlich-rechtliche Vorschriften gebunden sind als die Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG. Für eine die sonstigen Privatunternehmer kennzeichnende unternehmerische Freiheit in der Betriebsführung bleibt hier kaum noch Raum.

All das deutet ebenso auf ihre Stellung als Beliehene hin wie der erhöhte Rechtsschutz, den auch die privaten Eisenbahnunternehmer genau so wie die Personen-Linienverkehrsunternehmer nach dem PBG gegenüber Eingriffen Dritter in den Betrieb genießen. Hier ist einmal wiederum das Gesetz vom 7. 3. 1934 über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes von Bahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs zu nennen, das die Zwangsvollstreckung in Betriebsmittel und die Verwertung gepfändeter oder zur Sicherheit übereigneter Fahrbetriebsmittel für unzulässig erklärt, bzw. von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig macht. Zum anderen hat das dem Bau von Eisenbahnen vorangehende Planfeststellungsverfahren (§§ 13, 14 LEG) zur Folge, daß nach rechtskräftiger Feststellung Beseitigungs- und Änderungsansprüche Dritter gegenüber festgestellten Anlagen ausgeschlossen sind (§ 13 Abs. VII LEG)¹⁷⁾. Schließlich genießen die Eisenbahnunternehmen des öffentlichen Verkehrs auch den besonderen strafrechtlichen Schutz des § 316 b StGB.

Nach alledem erscheint wohl die Schlußfolgerung unabweisbar, daß Privatrechtssubjekte, die öffentliche Eisenbahnen betreiben, ebenfalls Be-

17) vgl. hierzu des Näheren: Richard Mayer, Staatliche Planhoheit und Eisenbahnen, DÖV 1950, 36.

liehene sind, da sie auf Grund eines staatlichen Hoheitsaktes hoheitliche Zuständigkeiten, die hier Ausfluß der staatlichen Eisenbahnhoheit sind, im eigenen Namen wahrzunehmen berechtigt und verpflichtet sind.

Damit ist also der Ausgangspunkt gewonnen, von dem aus die Möglichkeit gegeben ist, daß die Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Eisenbahnverkehr ebenso wie im übrigen Personen-Linienverkehr nach öffentlichem Recht geregelt sind. Ob das aber tatsächlich der Fall ist, muß die Untersuchung der Rechtssätze der EVO selbst ergeben. Diese können nicht schon deshalb als zum öffentlichen Recht gehörig bezeichnet werden, weil als Zuordnungssubjekte auf Seiten der Eisenbahnunternehmen ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt stehen¹⁸⁾. Das würde nämlich nicht ausschließen, daß die Nutzungsverhältnisse vom Gesetzgeber dennoch privatrechtlich geregelt sind, da ja auch Träger hoheitlicher Gewalt immer die Möglichkeit haben, sich bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zu Dritten auf den Boden des Privatrechts zu begeben. Beispielsweise könnte doch ein Ministerium für seinen Dienstbereich durch eine Verwaltungsanordnung Bestimmungen für den Büromaterialeinkauf erlassen, die dann aber nicht allein deshalb als zum öffentlichen Recht gehörig qualifiziert werden könnten, weil die Zuordnungssubjekte auf einer Seite Träger hoheitlicher Gewalt sind. Maßgebend ist vielmehr die konkrete gesetzliche Gestaltung, die die Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Eisenbahnverkehr in der EVO gefunden haben. Nur wenn sie in einer Weise erfolgt ist, die sich mit den allgemeinen Normen des Privatrechts und insbesondere des privaten Vertragsrechts nicht vereinbaren läßt, handelt es sich bei diesen Rechtssätzen um öffentliches Recht, weil sich dann nicht jedermann auf sie berufen kann, sondern die Zuordnungssubjekte auf einer Seite nur Träger hoheitlicher Gewalt sein können.

Die Untersuchung muß sich also ebenso wie bei den Allgemeinen Beförderungsbedingungen im Linienverkehr nach dem PBG zunächst darauf erstrecken, ob die EVO zwingende Anhaltspunkte dafür bietet, daß ihre Rechtssätze dem bürgerlichen Recht oder dem Handelsrecht angehören. Wenn das nicht der Fall ist, muß weiter geprüft werden, ob und inwieweit bei diesen Rechtssätzen etwas zwingend gegen eine solche Annahme spricht. Erst wenn das der Fall ist, gehören sie dem öffentlichen Recht an, weil sie dann so beschaffen sind, daß Zuordnungssubjekt bei ihnen auf einer Seite nur ein Subjekt öffentlicher Gewalt sein kann.

18) so v. Veltheim, Rechtscharakter, S. 175.

Von den Vertretern der privatrechtlichen Auffassung des Rechtscharakters der Nutzungsverhältnisse im Eisenbahnverkehr wird als Hauptargument für die Begründung ihrer Ansicht herangezogen, daß die EVO zum Handelsrecht gehöre, weil sie auf das HGB zurückgehe. Dort seien nämlich im 7. Abschnitt des von den Handelsgeschäften handelnden III. Buches Vorschriften über die Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs enthalten, die bei der Schaffung der EVO im wesentlichen unverändert in diese übernommen worden seien¹⁹⁾. Wenn das auch für die Personenbeförderung nicht gelte, so gehörten die sie regelnden Vorschriften der EVO aber ebenfalls zum Handelsrecht, weil sie auf Grund der Ermächtigung in § 460 HGB vom Reichsverkehrsminister erlassen seien.²⁰⁾ Dem hat seinerzeit aber bereits Werner Weber entgegengehalten, daß die Personenbeförderung auf den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs in Wahrheit nicht im HGB geregelt, sondern durch § 460 HGB aus dem Bereich des Handelsrechts heraus und in die EVO verwiesen worden sei, die eine Rechtsverordnung mit dem deutlichen Charakter einer Anstaltsordnung sei²¹⁾. Hier dürfte die eine Argumentation genau soviel für sich haben, wie die andere, und das Ergebnis wäre, daß sich aus § 460 HGB weder für die Begründung der einen noch der anderen Ansicht etwas Überzeugendes herleiten läßt.

Im übrigen ist dem Hinweis auf § 460 HGB jetzt auch dadurch die Grundlage entzogen, daß diese Vorschrift nicht mehr in Kraft ist. Wenn man schon nicht der mit beachtlichen Gründen von Schlegelberger vertretenen Auffassung folgen will, daß § 460 HGB mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erloschen ist, weil es sich um eine unter Art. 129 Abs. III GG fallende Ermächtigung zum Erlass von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen handelt²²⁾, so ist § 460 HGB jedenfalls durch § 3 Abs. I lit. b) des Allgemeinen Eisenbahngesetzes überholt, der die Bundesregierung ermächtigt, für die dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnen durch Rechtsverordnungen einheitliche Vorschriften für die Gü-

19) so z. B. RGZ 161, 341 (344, 347).

20) Diemer, VZ 1939, 753;
Staks, VR 1941, 1712.

21) ZAKDR 1939, 679; ebenso auch
Carl, DR 1940, 1001;
v. Veltheim, Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses, S. 181;
Wolff, AÖR 76 (1950), 217 Anm. 18).

22) Schlegelberger, Komm. z. HGB, 3. Aufl. 1957, Anm. 1 zu § 458 und Anm. 1 zu § 460 HGB.

ter- und Personenbeförderung zu erlassen²³⁾. Seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes kann also auf keinen Fall mehr die Ansicht vertreten werden, daß die die Personenbeförderung betreffenden Rechtssätze der EVO ihre Grundlage im HGB hätten.

Auch eine Betrachtung der Rechtssätze der EVO selbst ergibt keine zwingenden Hinweise dafür, daß die Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung dort auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge geregelt sind. In sämtlichen, die Personenbeförderung betreffenden Vorschriften - §§ 1 bis 24 EVO - ist nirgendwo von einem Beförderungsvertrag die Rede. Mag das auch nur ein äußerliches Kennzeichen sein, dem keine entscheidende Bedeutung zukommt, so zeugt doch die Gesamtheit dieser Rechtssätze, daß der Versuch, die durch sie geregelten Nutzungsverhältnisse als privatrechtliche, auf korrespondierenden Willenserklärungen beruhende Verträge zu konstruieren, hier denselben Schwierigkeiten begegnet, wie bei den Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Linienverkehr nach dem PBG.

Sie beginnen schon mit der Frage nach dem Zeitpunkt, an dem der "Beförderungsvertrag" zustandekommt. Die EVO selbst sagt hierüber nichts. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß hierfür das Lösen des Fahrausweises maßgebend sei²⁴⁾. Im Regelfalle mag eine solche Annahme zu befriedigenden Ergebnissen führen, da im Eisenbahnverkehr, anders als im Straßenbahn- oder Omnibusverkehr, der Fahrausweis zumeist vor Antritt der Fahrt gelöst wird. Schwierigkeiten entstehen aber schon, wenn Reisende die Fahrt von einem Bahnhof aus antreten, der keine Fahrkartenausgabe hat, und der Fahrkartenverkauf somit während der Fahrt im Zuge stattfindet, oder wenn ein Reisender vor Abgang des Zuges keine Zeit mehr hat, eine Fahrkarte zu lösen, und deshalb im Zuge nachlöst. Soll die Rechtsstellung solcher Reisender nach Antritt der Fahrt bis zur Lösung des Fahrausweises anders sein als nachher²⁵⁾? Auf dem Boden der privatrechtlichen Auffassung ließe sich diese Konsequenz nur vermeiden, wenn in solchen Fällen das Einsteigen des Reisenden in den Zug als durch schlüssiges Verhalten erklärte Annahme des durch das Verkehren des Zuges schlüssig er-

23) Durch die VO über die Ermächtigung des Bundesministers für Verkehr zum Erlass von Rechtsverordnungen auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens vom 28. 9. 1955 (BGBI I, S. 654) hat die Bundesregierung diese Ermächtigung gemäß § 3 Abs. II AEG auf den Bundesminister für Verkehr delegiert.

24) Finger, Komm. z. EVO, 1951, Vorbem. 4 a vor § 8 EVO;
Goltermann, Komm. z. EVO, 1950, Anm. 1 zu § 3 EVO, S. 37.

25) Eine solche unhaltbare Konsequenz zieht tatsächlich Goltermann, Komm. z. EVO, Anm. 5 zu § 4 EVO für den Fall eines Gepäckdiebstahls durch Bahnbedienstete.

klärten Angebotes des Bahn zum Abschluß des Beförderungsvertrages angesehen würde. Eine derartige Konstruktion würde aber wieder den bereits von Haupt geäußerten Bedenken begegnen, daß sie allzu fiktiv erscheint und das Institut der Willenserklärung bis zur Bedeutungslosigkeit entwertet²⁶⁾.

Mit den Mitteln der privatrechtlichen Vertragslogik nicht mehr lösbar sind aber bereits die Fälle, in denen konkrete Tatsachen zwingend gegen die Annahme korrespondierender, auf den Abschluß eines Beförderungsvertrages zielender Willenserklärungen sprechen. An erster Stelle ist hier wiederum der bereits von Lorenz²⁷⁾ erwähnte Fall des Schwarzfahrers zu nennen, der beim Einsteigen ausdrücklich zu erkennen gibt, keinen Beförderungsvertrag schließen zu wollen. Daß er dennoch einen Anspruch auf Beförderung hat und demgemäß auch in einem Rechtsverhältnis zu dem ihn befördernden Bahnunternehmen steht, kann aus § 15 Abs. IV S. 1 EVO entnommen werden, wonach er erst von der Weiterfahrt ausgeschlossen werden kann, wenn er nach Aufforderung die sofortige Zahlung verweigert²⁸⁾. Wie soll dieses Rechtsverhältnis aber als privatrechtlicher Vertrag aufgefaßt werden, nachdem bereits oben in § 13 eingehend dargelegt worden ist, daß auch die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen mit ihren Abwandlungen dieses Problem nicht befriedigend zu lösen vermag?

Wie soll ferner die in erster Linie gerade für Schwarzfahrer geschaffene Bestimmung über das erhöhte Fahrgeld (§ 15 Abs. III EVO) vom Boden der privatrechtlichen Vertragsdogmatik her gerechtfertigt werden? Das ist hier ebensowenig möglich wie bei den entsprechenden Bestimmungen in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn-, Obus- und Omnibus-Linienverkehr. Wie bereits erwähnt, hat das OLG Neustadt/Weinstr. daraus die richtige Konsequenz gezogen, daß § 15 Abs. III EVO einen Ordnungsstrafcharakter habe²⁹⁾. Das bedeutet aber die Anerkennung, daß es sich dabei um einen Rechtssatz handelt, der dem öffentlichen Recht angehört.

Auch eine konsequente Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften über Willensmängel führt im Bereich der EVO zu kaum überwindlichen Schwierigkeiten. Wenn beispielsweise ein Reisender am Fahrkartenschalter eine Fahrkarte von A nach B fordert, der Verkäufer sich aber vergräuft und

26) Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 6, 21.

27) NJW 1956, 1899.

28) so auch v. Veltheim, Rechtscharakter, S. 187.

29) MDR 1952, 184; vgl. dazu auch die Ausführungen oben auf S. 106.

ihm statt dessen eine Fahrkarte nach C aushändigt, kann ändert das nichts daran, daß hier Überzeinstimmende, auf den Abschluß eines Beförderungsvertrages von A nach B gerichtet. Willenserklärungen vorliegen würden und demgemäß ein solcher Vertrag für diese Strecke zustande gekommen wäre. Fährt der Reisende, der diesen Irrtum nicht bemerkt hat, mit dieser Fahrkarte aber im Eure nach B, so wird er genau wie ein Schwarzfahrer dort als Reisender ohne gültigen Fahrausweis behandelt. Finger³⁰⁾ löst diesen Fall wie Alexander der Große das Problem des Gordischen Knotens, in dem er die Auffassung vertritt, der Beförderungsvertrag gelte mit dem Inhalt als abgeschlossen, der den Angaben auf dem Fahrausweis entspreche. Ähnlich liegt auch der Fall des Reisenden, der irrtümlich in den falschen Zug einsteigt und nach den privatrechtlichen Vorschriften ohne weiteres zur Anfechtung berechtigt wäre, in Wirklichkeit nach Ziff. 6 f der Ausf. Best. zu § 15 EVO aber verpflichtet ist, den einfachen Fahrpreis für die irrtümlich durchgeführte Strecke nachzuzahlen.

Auch die Bestimmungen des Privatrechts über die Rechtsfolgen mangelnder Geschäftsfähigkeit passen im Bereich der EVO nicht. Da die EVO keine gegenteiligen Vorschriften enthält, vertreten die Kommentatoren zwar folgerichtig die Ansicht, daß Minderjährige Beförderungsverträge allein nur unter den Voraussetzungen der §§ 110, 112 oder 113 BGB abschließen können, während ihre Wirksamkeit sonst von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig sei³¹⁾. Dennoch denkt in der Praxis aber kein Fahrkartenverkäufer daran, etwa einen Achtzehnjährigen nach der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu fragen, selbst wenn dieser eine Fahrkarte zu einem weit entfernten Zielort lösen will. Gerichtliche Entscheidungen der interessanten Frage, ob der gesetzliche Vertreter etwa den von einem Minderjährigen ohne seine Einwilligung gezahlten Fahrpreis von der Bahn mit der Begründung zurückverlangen könnte, daß er die Genehmigung des Beförderungsvertrages verweigere, sind bisher nicht bekannt geworden. Mit Sicherheit würden aber die damit etwa befaßten Gerichte nach Lösungen suchen, um die an sich zwingende Konsequenz der Verurteilung des Bahnunternehmens zur Rückzahlung des Fahrgeldes zu vermeiden, weil ein solches Ergebnis mit dem Interesse an einer glatten Abwicklung derartiger Nutzungsverhältnisse einfach nicht vereinbar ist.

Wie soll ferner die in den §§ 17 Abs. IV und 19 Abs. III EVO statuierte

30) Komm. z. EVO, Anm. 8 zu § 10 EVO.

31) so z. B. auch Finger, Komm. z. EVO, Vorbem. 4 d bb) vor § 8 EVO; Blume-Weirauch, Komm. z. EVO, 4. Aufl. 1928, Vorbem. B V vor Abschnitt III, S. 27.

Bauchbuße von 2,-- DM aus privatrechtlicher Sicht dogmatisch haltbar begründet werden, ohne von Dingen Gewalt anzutun? Erst recht unmöglich ist dies, wenn es sich dabei um Reisende handelt, die noch gar keinen Fahrausweis gelöst und damit noch der privatrechtlichen Auffassung auch noch keinen Beförderungsvertrag geschlossen haben, oder um ebenfalls unter § 17 Abs. IV fallende Benützer von Warterräumen, die gar nicht mit der Bahn fahren wollen. Daß auch diese im übrigen nach § 15 Abs. II EVO 3,-- DM zu bezahlen haben, wenn sie unbefugt in einem zur Abfahrt bereitstehenden Zuge verweilen, dürfte nicht zweifelhaft sein. Dogmatisch haltbar dürfte aber auch in all diesen Fällen nur die Auffassung sein, daß diese Vorschriften, ebenso wie die über das erhöhte Fahrgeld, einen Ordnungsstrafcharakter haben, also dem öffentlichen Recht angehören. Ähnliches gilt auch für die Erstattung von Reinigungskosten, für die nach § 20 Abs. III EVO feste Sätze bestimmt werden können. Wenn das geschieht, können sie aber nicht mehr den Charakter von privatrechtlichen Schadensersatzansprüchen haben ³²⁾.

Alle diese Schwierigkeiten können auch nicht durch die vor allem hinsichtlich des erhöhten Fahrgeldes vertretene Auffassung behoben werden, daß es sich dabei um "Verbindlichkeiten kraft Gesetzes" handle ³³⁾. Das bedeutet im Grunde doch nur ein verschleiertes Eingeständnis dessen, daß die Regeln des privatrechtlichen Vertragsrechts hier nicht passen, und es besagt auch nicht mehr als eben dieses. Ebenso verfehlt wäre auch der Einwand, daß die oben angeführten Beispiele doch nur einige Ausnahmefälle betreffen, in denen die Rechtsätze der EVO sich nicht in den Rahmen der privatrechtlichen Vertragsdogmatik einpassen ließen, während dies bei der weitaus überwiegenden Zahl jener Rechtsätze aber ohne weiteres möglich sei. Um es an einem drastischen Beispiel zu verdeutlichen, wäre das etwa dasselbe, als wenn man versuchen wollte, einen Esel als Pferd zu bezeichnen und dabei auf die weitgehenden Ähnlichkeiten beider Tiergattungen hinwiese, die nicht wegzuleugnenden Unterschiede aber mit dem Bemerkten abtäte, sie fielen im Verhältnis zu den übereinstimmenden Merkmalen nicht ins Gewicht. Gerade die sich bei der Einordnung in ein bestimmtes Schema ergebenden Schwierigkeiten

32) Finger, a.a.O., Anm. 17 zu § 20 EVO bemerkt hierzu, der Einwand, daß die festen Sätze höher seien als die tatsächlichen Reinigungs- oder Instandsetzungskosten, sei unbeachtlich. Eine nähere Begründung für diese den privatrechtlichen Vorstellungen widersprechende Annahme gibt er allerdings nicht.

33) so Finger, a.a.O., Anm. 16 zu § 15 EVO; Blume-Weirauch, a.a.O., Vorbem. B V vor Abschn. III der EVO, s. 27.

richtigen sind in solchen Fällen aber das Wesentliche, da sich erst bei ihnen zeigt, ob das Schema paßt oder nicht und wie es ist, die auf. zur Suche nach einem anderen Schema nötigen, in das alle Merkmale hineingepaßt. Wenn nun in der EVO eine Reihe von Rechtsätzen enthalten ist, die nicht dem Privatrecht angehören können und deshalb zum öffentlichen Recht gehören müssen, so muß das vielmehr Anlaß zu der weiteren Prüfung geben, ob darüber hinaus nicht sämtliche Rechtsätze der EVO dem öffentlichen Recht angehören. Das heißt also, ob in der EVO nicht zumindest die Nutzungsverhältnisse im Personenverkehr insgesamt nach öffentlichem Recht geregelt sind.

Nachdem die der EVO in ihrem Aufbau weitgehend ähnlichen Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn-, Obus und Omnibuslinienverkehr aber oben in den §§ 13 und 14 als öffentlich-rechtliche Anstaltsordnung charakterisiert worden sind, erscheint es naheliegend, auch die Rechtsätze der EVO daraufhin zu untersuchen, ob sie in ihrer Gesamtheit nicht auch eine solche Anstaltsordnung sind.

Ein Hauptkennzeichen der alsdann vorliegenden öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung ist es, daß die von den Benutzern zu zahlenden Entgelte öffentlich-rechtliche Gebühren wären. Tatsächlich werden diese Entgelte in der EVO auch an verschiedenen Stellen als Gebühren bezeichnet. So ist in § 6 Abs. I EVO von Gebühren für die Nebenleistungen der Eisenbahn (Nebengebühren) die Rede. § 24 Abs. III EVO bestimmt, daß Gebühren für Platzkarten nicht erstattet werden. Wenn dem nun entgegengehalten werden sollte, daß nur die Entgelte für Nebenleistungen als Gebühren bezeichnet werden, während die Fahrpreise selbst nirgendwo so bezeichnet sind, so spricht das nicht zwingend dagegen, daß es sich dabei nicht ebenfalls um Gebühren handelt. Ebenso gut ließe sich nämlich folgern, daß, wenn in der EVO von Nebengebühren gesprochen wird, in ihr auch die entsprechenden Hauptgebühren oder eigentlichen Gebühren vorhanden sein müssen. Im übrigen werden in der EVO auch Beförderungsentgelte ausdrücklich als Gebühren bezeichnet. So ist in den AllgAusfBest zu § 12 EVO unter B 2 von Beförderungsentgelten für Sonderzüge die Rede und in den Ziffern 4 und 6 der AllgAusfBest zu § 22 EVO von Beförderungsentgelten für Tiere, die Reisende mit sich führen. Die Vertreter der privatrechtlichen Auffassung werden zugeben müssen, daß es doch ein merkwürdig anmutendes Ergebnis wäre, wenn in der EVO die Nutzungsverhältnisse bei den Reisenden privatrechtlich geregelt wären, während die Beförderung sie begleitender Hunde, für die eine Kinderfahrkarte gelöst werden muß, öffentlich-rechtlich geregelt ist.

Zuzugoben ist allerdings, daß das Vorkommen des Wortes "Gebühre" in den Rechtssätzen der EVO kein entscheidendes Merkmal, sondern nur ein Indiz dafür ist, daß es sich dabei um nach öffentlichem Recht geforderte Entgelte handelt, denn der Gebührenbegriff wird auch vom Gesetzgeber nicht immer terminologisch exakt, sondern gelegentlich auch für privatrechtliche Entgelte gebraucht. Entscheidend ist vielmehr auch hier, ob die sich auf die Nutzungsentgelte beziehenden Rechtssätze der EVO in ihrer Gesamtstruktur den Charakter einer Gebührenordnung haben und den an diese zu stellenden Anforderungen genügen.

Eine Prüfung ergibt hier, daß das bei der EVO ebenso der Fall ist, wie bei den All-Befehl für den Personen-Linienverkehr nach dem PBO. Die in § 6 EVO statuierte Verpflichtung der Eisenbahnunternehmer zur Aufstellung von Tarifen und die gleichfalls dort normierten Grundsätze für die Tarifenwendung entsprechen in vollem Umfange den an öffentlich-rechtliche Gebührenordnungen zu stellenden Anforderungen. Die Beförderungsentgelte und die Nebengebühren richten sich nach festen Sätzen, die von den Eisenbahnunternehmen einseitig festgelegt werden und vor dem Inkrafttreten veröffentlicht werden müssen. Bei der Anwendung der Tarife unterliegen die Unternehmen dem Tarifzwang. Er äußert sich einmal in ihrer Verpflichtung, die Tarife gegenüber jedermann in gleicher Weise anzuwenden - sogen. Grundsatz der Tarifgleichheit - und zum anderen in dem Grundsatz der Unabdingbarkeit der Tarife, der die Nichtigkeit aller eine Partei gegenüber den Tarifen begünstigenden Sonderabmachungen zur Folge hat und an ihre Stelle automatisch die entsprechenden Tarifbestimmungen treten läßt³⁴⁾. Im Verein mit dem in § 3 Abs. I EVO statuierten Beförderungszwang der Eisenbahnunternehmen, der das Gegenstück des Tarifzwanges bildet³⁵⁾, wird damit dem das Gebührenrecht beherrschenden Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Gebührenerhebung in vollem Umfange Rechnung getragen³⁶⁾.

Die EVO entspricht also den Merkmalen einer Anstaltsordnung jedenfalls insoweit, als die in ihr und in den Tarifen festgelegten Entgelte ohne weiteres sämtlich als öffentlich-rechtliche Gebühren angesehen werden

34) vgl. hierzu Finger, Komm. z. EVO, Anm. 1 d aa) zu § 6 EVO.

35) Finger, a.a.O., Anm. 1 d bb) zu § 6 EVO.

36) ebenso v. Veltheim, Rechtscharakter, S. 20 f.
Auch Wolff, AÖR 76, 1950, 217 Anm. 18 sieht in § 6 EVO und dem entsprechenden, bei der Güterbeförderung im Schienenersatzverkehr mit Kraftwagen zur Anwendung kommenden § 3 Abs. IV EVO die Rechtsgrundlage dafür, daß es sich bei den Nutzungsentgelten für die Bahnbeförderung um öffentlich-rechtliche Gebühren handelt.

können. Darüber hinaus würde die Auffassung, daß es sich bei ihr um eine Anstaltsordnung handelt, auch alle die Schwierigkeiten und Mischlichkeiten beseitigen, die auf dem Boden der privatrechtlichen Auffassung bei der Konstruktion eines auf korrespondierenden Willenserklärungen beruhenden Beförderungsvertrages bestehen. Solche Konstruktionen wären entbehrlich, weil bei der öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung an die Stelle des Vertragschlusses die einfache, auch in Form der tatsächlichen Durchführung des Zutrittes zu den Einrichtungen der Anstalt mögliche Zulassung tritt, die zur Folge hat, daß damit für die Benutzer ohne Rücksicht auf ihren etwaigen abweichenden Willen die Anstaltsordnung verbindlich wird, wenn sie nur über die erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen.

Dasselbe gilt auch für die ebenfalls bereits oben aufgezählten Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn bei der Abwicklung der Nutzungsverhältnisse im Eisenbahn-Personenverkehr die für das Vertragsrecht geltenden Normen des BGB oder HGB angewandt werden. Das erhöhte Fahrgeld, die Rauchbuße und auch die Buße für das unbefugte Verweilen in zur Abfahrt bereitstehenden Zügen könnten, wenn es sich bei der EVO um eine Anstaltsordnung handelt, zwanglos als Ordnungsstrafen charakterisiert werden, zu deren Erhebung der Bahnunternehmer kraft der ihm als Anstaltsherrn zustehenden Anstaltsgewalt legitimiert ist.

Wegen weiterer Einzelheiten sei hier, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die entsprechenden Darlegungen bei der Erörterung der AllgBefBed für den Personen-Linienverkehr nach dem PBG verwiesen ³⁷⁾. Insgesamt gesehen bereitet es bei keinem der in der EVO enthaltenen Rechtssätze, die sich auf die Personenbeförderung beziehen, irgendwelche Schwierigkeiten, sie als Bestandteil einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsordnung zu deuten.

Dann ist aber auch die Folgerung unabweisbar, daß diese Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, weil der Gesetzgeber durch sie die Nutzungsverhältnisse im Eisenbahn-Personenverkehr nach Art einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsnutzung gestaltet hat. Demgegenüber kann auch einem Hinweis auf § 3 Abs. I lit. b des Allgemeinen Eisenbahngesetzes keine entscheidende Bedeutung mehr zukommen, der die Bundesregierung zur Aufstellung einheitlicher Vorschriften über die Beförderung von Personen und Gütern auf den Eisenbahnen ermächtigt und dabei anordnet, daß diese mit den Vorschriften des Handelsrechts übereinstimmen müssen. Diese Bindung muß vielmehr so verstanden werden, daß der Gesetzgeber damit lediglich sicherstellen wollte; daß auch bei etwaigen zukünftigen Änderungen der EVO die

37) vgl. oben S. 103 f.

Übereinstimmung ihrer Rechtesätze mit den Vorschriften des 7. Abschnittes des III. Buches des HGB erhalten bleibt. Diese Vorschriften (§§ 453 bis 459 HGB) handeln aber sämtlich nur von der Güterbeförderung. Dazu würden sie auch einer öffentlich-rechtlichen Gestaltung dieser Nutzungsverhältnisse nicht im Wege stehen, weil sie sich alle ohne Schwierigkeiten auch in den Rahmen einer Anstaltsordnung einfügen lassen.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß entgegen der durchaus herrschenden Meinung³⁸⁾ die Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Eisenbahnverkehr nicht als privatrechtliche Werkverträge anzusehen sind, sondern den Charakter öffentlich-rechtlicher Anstaltsnutzungsverhältnisse haben³⁹⁾. Sie sind auch dann öffentlich-rechtlich geregelt, wenn es sich bei den Eisenbahn-Unternehmen um Privatrechtssubjekte handelt, und zwar analog der Anstaltsnutzung.

Ob und inwieweit diese Auffassung sich im Laufe der Zeit in Wissenschaft und Rechtsprechung durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Die Aussichten hierfür dürften jedenfalls im Augenblick nicht allzu groß sein. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist seit langem und einhellig auf die gegenteilige Ansicht festgelegt. Es wird schwerhalten, hier einen Wandel herbeizuführen, nachdem ein solcher Versuch bereits einmal gescheitert ist. Hinzu kommt, daß er auch erheblichen Widerständen von Seiten der Bundesbahnverwaltung und darüber hinaus aller Personen-Linienvkehrsunternehmen begegnet. Sie alle haben hämlich ein Interesse daran, daß es bei der herrschenden privatrechtlichen Auffassung bleibt, da an-

38) Neben den früher bereits Zitierten mögen hier noch genannt werden:

Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, § 21 Ziff. 1 Anm. 4) S. 343;

Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, § 20 IV S. 496;

v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 5. Kap. Ziff. 5 Anm. 7) S. 85;

Schlegelberger, Komm. z. HGB, 3. Aufl. 1957, Note 2 zu § 460 HGB;

Gadow, RGR-Komm. z. HGB, 1943, Anm. 9 zu § 460 HGB;

Baumbach-Duden, Komm. z. HGB, 12. Aufl. 1956, Anm. 1 zu § 460 HGB;

Staudinger-Kober, Komm. z. BGB, 10. Aufl., Vorbem. 11 a vor § 631 BGB;

Erman-Drees, Handkomm. z. BGB, 1952, Anm. 10 e zu § 839 BGB.

39) so auch v. Veltheim, Der Rechtscharakter des Eisenbahnbeförderungsverhältnisses; und

Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 VIII S. 89, § 42 II a 3 S. 170, § 64 II C. 2 S. 286 sowie auch AÖR 76 (1950), S. 217 Anm. 18).

Auch Jellinek hat in dem 1950 herausgegebenen Nachtrag zur 3. Auflage seines Lehrbuchs entgegen seiner früher vertretenen Auffassung zum Ausdruck gebracht, daß der Eisenbahnbetrieb öffentlich-rechtlich geregelt sei, da kein tieferer, rechtstheoretischer Grund vorläge, die Eisenbahnen im Rechtssystem anders einzuordnen als die Post (vgl. Nachtrag S. 40).

denfalls bei gegen sie gerichteten Schadensersatzansprüchen die Haftung nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zum Tragen käme, die ihnen die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises nach § 831 BGB verschließt⁴⁰⁾.

Immerhin ist aber zu erwarten, daß mit der fortschreitenden wissenschaftlichen Durchdringung und dogmatischen Erfassung des Verwaltungsrechts, insbesondere auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, die Abkehr von den überkommenen privatrechtlichen Vorstellungen immer weniger zu einem "Sprung ins Ungewisse" wird. Das bestärkt die Hoffnung, daß es in nicht allzu ferner Zukunft vor allem auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung gelingen wird, ihre bisherigen Bedenken zu überwinden und sich zu einer öffentlich-rechtlichen Auffassung des Rechtscharakters der Nutzungsverhältnisse im gesamten Bereich des Personen-Linienverkehrs durchzurufen. Die vorliegende Untersuchung möge hierzu einen bescheidenen Beitrag leisten.

40) Letzteres dürfte übrigens auch für die auf dem Gebiet des Personen-Linienverkehrs tätigen Privatrechtssubjekte gelten. Als Beliehene zählen auch sie zu den Körperschaften i. S. von Art. 34 GG, denn dieser Begriff umfaßt dort nicht nur die öffentlich-rechtlichen Körperschaften i. e. S., sondern darüber hinaus alle Träger öffentlicher Gewalt (so auch Wolff, Verwaltungsrecht I, § 64 II e S. 287). Die gegenteilige Ansicht v. Veltheims (Rechtscharakter, S. 221/222) beruht auf einer zu engen Auffassung des Körperschaftsbegriffes in Art. 34 GG.

Lebenslauf des Verfassers

=====

Geboren am 9. August 1923 in Datteln/Westf. als Sohn des Hilfsschullehrers Otto Brune und seiner Ehefrau Maria, geb. Jacobs. Deutscher Staatsangehöriger. Schulbesuch in Datteln, Reifeprüfung an der dortigen Oberschule für Jungen am 5. März 1941. Mai 1941 bis Juni 1945 Wehrdienst bei der Luftwaffe. Winter 1945/46 bis Sommer 1948 sechssemestriges Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Erste juristische Staatsprüfung abgelegt am 31. Januar 1949 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm/Westf. April 1949 bis Juli 1952 Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm/Westf., während dieser Zeit weiteres zweisemestriges Studium der Rechtswissenschaft als Gasthörer an der Universität Münster. Große juristische Staatsprüfung bestanden am 31. Juli 1952 vor dem Landesprüfungsamt in Düsseldorf. Dezember 1952 Eintritt als Richter in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Tätigkeit beim Landgericht in Dortmund, bei den Amtsgerichten in Dortmund-Hörde, Lüdinghausen, Recklinghausen und Dortmund, seit dem 1. November 1956 Landgerichtsrat beim Landgericht in Dortmund. Seit dem 1. Januar 1958 abgeordnet als juristischer Hilfsarbeiter an das Bundesverwaltungsgericht in Berlin. Mündliche Doktorprüfung bestanden am 15. Juli 1958.