

Die Veröffentlichung des Werkes

„Dinglichkeit im Verwaltungsrecht“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Dinglichkeit im Verwaltungsrecht



Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Norbert Niehues
aus Stadtlöhn (Westfalen)

1963

13 548

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	<u>Seite</u>
§ 1 <u>Einführung</u>	1
<u>Erster Teil: Der bisherige Stand der Rechtswissenschaft als Ausgangspunkt</u>	3
<u>I. Kapitel: Negation des öffentlichen Sachenrechts</u> ..	4
§ 2 <u>Begriffsmäßiger Ausschluß</u>	4
I. stillschweigend	4
II. bewußt	5
§ 3 <u>Ausschluß aus sachlichen Gründen</u>	6
I. Keine unmittelbare Sachbeziehung im öffentlichen Recht	7
II. Die Verschiedenheit öffentlichen und privaten Rechts	8
<u>II. Kapitel: Die Konstruktionsversuche in der Rechtslehre</u>	9
§ 4 <u>Mangelnde Doppelzuständigkeit auf verschiedenen Rechtsebenen</u>	9
I. Vereinheitlichung des Sachenrechtsbegriffes unter Vermischung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Gesichtspunkte	9
II. Die Lehre O. Mayers	10
§ 5 <u>Öffentliches Sachenrecht als das Recht der öffentlichen Sache</u>	15

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Dekan: Prof. Dr. Schelsky

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 1963

	<u>Seite</u>
I. Die Rechtsbeziehung Privatperson - öffentliche Sache als Gegenstand des öffentlichen Sachenrechts	16
II. Die Rechtsbeziehung Subjekte hoheitlicher Gewalt - öffentliche Sache als Gegenstand des öffentlichen Sachenrechts	17
III. Öffentliche Sache als Rechtsverhältnis im Sinne von Maunz	18
§ 6 <u>Die Sachherrschaft als sachenrechtliches Merkmal von Rechtsbeziehungen der Verwaltungsträger zu den Sachen</u>	21
§ 7 <u>Zusammenfassung des ersten Teils</u>	25
<u>Zweiter Teil: Die Möglichkeit einer umfassenderen Abgrenzung des Verwaltungsrechts, soweit es sich auf Sachen bezieht</u>	26
<u>1. Abschnitt: Die grundlegenden Merkmale des öffentlichen Sachenrechts</u>	26
<u>I. Kapitel: Öffentlichrechtlicher Rechtscharakter</u> ...	27
§ 8 <u>Theorien und Anschauungen über Wesen und Merkmale des öffentlichen Rechts</u>	28
§ 9 <u>Stellungnahme</u>	30
<u>II. Kapitel: Sachenrechtlicher Charakter</u>	39
§ 10 <u>Begriff der Sache</u>	40
I. Der allgemeine Sachbegriff	40
II. Öffentliche Sache und Sache des öffentlichen Rechts	43

	<u>Seite</u>
§ 11 <u>Der formelle Sachenrechtsbegriff</u>	45
§ 12 <u>Der materielle Sachenrechtsbegriff</u>	45
I. <u>Unmittelbare oder mittelbare Person-Sachbeziehung</u>	47
a) Die Möglichkeit unmittelbarer Rechtsbeziehungen von Personen an Sachen in der Rechtsordnung	47
b) Unmittelbare Sachbeziehung im geltenden Recht	49
II. <u>Besonderer Inhalt der Person-Sachbeziehung</u>	56
a) Die überkommenen Darstellungen des materiellen Sachenrechtsbegriffs	56
b) Die Lehre Westermanns	58
1. Darstellung	59
2. Kritik	59
aa) Das Verhältnis zum allgemeinen Zuordnungsprinzip	59
bb) Das Verhältnis unmittelbare Sachbeziehung - Sachzuordnung	62
c) Loslösung zivilistischer Ausprägungen ...	64
<u>III. Kapitel: Verbindungsmöglichkeit zu einem öffentlichen Sachenrecht</u>	65
§ 13 <u>Unmittelbare Person-Sachbeziehung im öffentlichen Recht</u>	68
I. Die Möglichkeit unmittelbarer Rechtsbeziehungen von Personen an Sachen im öffentlichen Recht	68

	<u>Seite</u>
II. Beispiele unmittelbarer Person- Sachbeziehung im geltenden öffentlichen Recht	71
a) Konkretisierung der Sachbeziehung im öffentlichen Recht	72
b) Die unmittelbare Sachbeziehung als dingliches Merkmal im öffentlichen Recht	75
1. Ähnliche Folgeerscheinungen bei der Subjektsbestimmung durch Besitz oder (Grund-) Eigentum (sog. "subj. Dinglichkeit")	75
2. Fälle vermittelter Sachbeziehung im öffentlichen Recht	79
3. Fälle unmittelbarer Sachbeziehung im öffentlichen Recht	80
aa) Im Polizei- und Ordnungsrecht	80
bb) Im Recht der Indienststellung von Sachen zum öffentlichen Gebrauch u.ä.	85
a ₁) Öffentliches Wegerecht	85
b ₁) Öffentliches Wasserrecht	88
c ₁) Öffentliches Planungsrecht	91
d ₁) Öffentliches Wohnraumbewirtschaftungsrecht	92
§ 14 <u>Sachzuordnung als Funktion des öffentlichen Rechts</u>	92
I. Die Verbindung der Sachzuordnung mit allgemeinen Wesensmerkmalen und Funktionen des öffentlichen Rechts	93
a) Das Subjekt hoheitlicher Gewalt als Zuordnungs- und zugleich Berechtigungssubjekt	94
b) Bestimmtheit des Berechtigungssubjekts im öffentlichen Recht	97

	<u>Seite</u>
c) Die Entstehung und Veränderung der Zuordnungsverhältnisse im öffentlichen Recht	97
d) Zweck und Ausrichtung der Sachzuordnung im öffentlichen Recht	98
II. Zustandsregelung und Handlungsnormierung	99
III. Veränderung privatrechtlicher Sachzuordnung durch Hoheitsakt	101
§ 15 <u>Definition des öffentlichen Sachenrechts</u>	103
2. Abschnitt: <u>Öffentliches Sachenrecht im einzelnen</u> ...	104
I. Kapitel: <u>Einzelne Rechtsstoffgebiete als Bestandteile des öffentlichen Sachenrechts</u>	104
§ 16 <u>Recht, welches die Abwehr von Gefahren betrifft, die von dem Zustand von Sachen ausgehen</u>	105
I. Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht ..	105
II. Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht ...	107
a) Gewerbeordnung	107
b) Bauordnung	109
c) Straßenverkehrszulassungsordnung	113
d) Viehseuchengesetz	114
§ 17 <u>Recht, welches die Indienststellung von Sachen für den öffentlichen Gebrauch sowie deren allgemeine Nutzungsverhältnisse betrifft</u>	116
I. Öffentliches Straßen- und Wegerecht	117

	<u>Seite</u>
II. Öffentliches Wasserrecht	118
III. Öffentliches Bauplanungsrecht	119
IV. Öffentliches Wohnraumbewirtschaftungsrecht	120
<u>II. Kapitel: Die mit der öffentlichrechtlichen Sachzuordnung verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen sowie deren Ausübung</u>	120
§ 18 <u>Dingliche Berechtigungen und Verpflichtungen im öffentlichen Recht</u>	121
I. Die Befugnisse an der Sache	123
II. Dingliche Berechtigungen und Verpflichtungen im einzelnen	125
a) Konkurrierende Sachzuordnung und Umfang dinglicher Berechtigungen (Verpflichtungen)	126
1. Dingliche Berechtigungen der Träger öffentlicher Sachzuordnung	127
2. Dingliche Berechtigungen der Träger privatrechtlicher Sachzuordnung gegen den beteiligten Träger öffentlicher Sachzuordnung	127
b) Folgen der Ausübung der mit öffentlicher Sachzuordnung verbundenen Rechte auf die Befugnisse an der Sache sowie die dinglichen Berechtigungen	128
1. Einschränkung oder Erweiterung der Befugnisse des Eigentümers an der Sache	129
2. Die Rechte und Pflichten Dritter	130
3. Die weitergehende Benutzung (Sondernutzung) öffentlicher Sachen	130

	<u>Seite</u>
§ 19 <u>Die Ausübung der mit öffentlicher Sachzuordnung verbundenen Rechte</u>	133
I. Die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse an der Sache	133
a) Tatsächliches Verwaltungshandeln	133
b) Rechtliche Maßnahmen	134
1. Feststellung und Gestaltung rechtlicher Sacheigenschaften	134
2. Dingliche Merkmale	136
3. Subsumtion unter den Begriff des Verwaltungsaktes	139
II. Die in Ausübung der dinglichen Berechtigungen (Verpflichtungen) ergehenden, hoheitlichen Maßnahmen	142
§ 20 <u>Zusammenfassung</u>	144

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- BÄRMANN, Johannes Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958
- BALTZ - FISCHER Preußisches Baupolizeirecht, 6. Aufl., unveränderter Nachdruck 1954
- BANIK, Emil Die gewerbepolizeiliche Genehmigung nach § 16 RGO unter besonderer Berücksichtigung des in der brit. Zone geltenden Rechts, DöV 1952, S. 172
- BAUR, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960
- BECKER, Erich Funktionshaushalt und Verwaltungsaufgaben, KKZ 1957, S. 106 ff (Kommunale-Kassen-Zeitschrift)
- BEINHARDT, Gerd Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung, DVBl. 1961, S. 608 ff
- BERNER, Georg Wandlungen des Polizeibegriffs seit 1945, DVBl. 1957, S. 810 ff
- BIELENBERG, Walter Die Rechtsnatur der vorbereitenden städtebaulichen Pläne, DVBl. 1960, S. 542 ff
- BOCHALLI Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl. 1959, S. 612 ff
- BRÜGELMANN u.a. Bundesbaugesetz, Kohlhammer Kommentare 1960
- BRUNE, Erwin Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Linienverkehr. Diss. Münster 1959

- BUSSLER, Peter Grundsätzliches zur Tierkörperbeseitigung, BayBü 1950, S. 86
- CLASEN, Heinrich Das mit Zivil- u. Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis, DöV 1959, S. 281
- Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959, S. 752
- Die Bebauungsgenehmigung, NJW 1959, S. 1616 ff
- DITTUS, Wilhelm Baupolizei, DVBl. 1956, S. 249 ff
- DOMBOIS, Hans Mensch und Sache, ZgesStaatsw., Bd. 110, 1954, S. 239 ff
- DREWS - WACKE Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961
- EBERT, Arnold Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem Bundesbaugesetz, NJW 1961, S. 1430 ff
- EICH Die Schuldverhältnisse bei Anliegerbeiträgen nach § 9 KAG: Der Gemeindehaushalt (51. Bd.) 1950, S. 134 ff
- EICHLER, Hermann Institutionen des Sachenrechts, 1. Bd. Allgem. Teil, Berlin 1954
- ENNECCERUS - NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hbd., 15. Aufl. Tübingen 1959
- ERMAN Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1958
- EYERMANN - FRÖHLER Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München u. Berlin 1960
- FELLNER - FISCHER Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Kommentar München u. Berlin 1953
- FISCHER, Josef Rechtliche Gestaltung u. Probleme der öffentlichen Grundstückslast, NJW 1955, S. 1583
- FLEINER, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 1960, Neudruck der 8. Aufl. 1928

PLEINER, Fritz Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906

FORSIHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Bd. 1, München, Berlin 1961

FREUND, Richard Das Polizei- und Ordnungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1959

FRIEDRICH, Karl Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, AöR 40. Bd. (1921), S. 257 ff

----- Über öffentliche dingliche Rechte, prVBl. 1939, S. 297 ff

----- Die Widmung zur öffentlichen Sache, prVBl., 42. Jahrg. 1920/21, S. 3 ff

FUCHS, Eugen Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1889

----- Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917

FUHR, Eberhard Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, Luchterhand Verlag 1960

GALETTE, Alfons Zur Entwicklung des "Polizei- und Ordnungsrechts", DVBl. 1955, S. 313 ff

GANSCHÉZIAN - FINCK Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957, S. 285 ff

GIACOMETTI, Z. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, I. Bd., Zürich 1960

GIERKE, Julius von Einheit des Rechts, Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht (ZHR) 111. Bd., S. 39 ff

----- Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Berlin u. Frankfurt 1959

GROEBE, Klaus Öffentliches Sachenrecht im Bayer. Straßen- und Wegegesetz, bayVWBl. 1959, S. 181 ff

HAHLER Das dingliche Recht, eine Fiktion; Diss. Mstr. 1936; 7063

HATSCHÉK Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 7/8. Aufl., Leipzig 1931

HEDEMANN, Justus Wilhelm Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 3. Bd., Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. Berlin 1960

HERRNRITT Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921

HÖLDER Über Ansprüche und Einreden, AcP 93. Bd., S. 1 ff (20)

HOFACHER Das "Eigentum" an Wasserläufen, Verw.-Arch. Bd. 30 (1925) S. 161 ff

HOLSTEIN, Günter Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung: in öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, Heft 3, 1921

HURST, Werner Zur Rechtsgrundlage der polizei- und ordnungsbehördlichen Haftung, Die Polizei 1961, S. 15 ff

JAHN, Friedrich-Adolf Rechtsanspruch bei der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen, Diss. jur. Münster 1961

JANSSEN, Fritz Gewerberechtliche und baurechtliche Genehmigung, Bayerische Verwaltungsblätter 1961, S. 141 ff

JELLINEK, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 7. Neudruck 1960

----- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919

JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht, Offenburg 1948, unveränderter Neudruck der 3. Aufl. 1931

KIRDORF, Wilhelm Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, DöV 1953, S. 50 ff

KLINGER Verwaltungsgerechtsordnung, Kommentar, Göttingen 1960

KOELLREUTER Grundfragen des Verwaltungsrechts, Köln - Berlin 1955

v. KÖHLER Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart - Berlin 1936

KÖTTGEN, Arnold "Öffentliches Sachenrecht", in Frank - Deutsches Verwaltungsrecht, § 22 München 1937

---- Bespr. von Erich MOLITOR, über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949, AcP 151. Bd., 1950/51, S. 167 ff

KRONSTEIN, Heinrich Buchbespr. von M. WOLFF - L. RAISER, Sachenrecht, 10. Bearb., und WESTERMANN, Sachenrecht, 3. Aufl., FamRZ 1959, S. 171

KÜHNE, Eberhard Versprechen und Gegenstand, AcP 140. Bd., S. 1 ff

LERCHE, Peter Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl. 1955, S. 283

LOSCHELDER, Wilhelm Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 819 ff

LUHMANN, Niklas Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft, Verw.-Arch. 49. Bd., 1958, S. 95 ff

MANG, Johann Aktuelle Fragen der Bayerischen Bauordnung im Lichte der Rechtsprechung, BayBü 1954, S. 124

MAUNZ Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München, Berlin, Leipzig 1933

MAUNZ, Theodor Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten. Die Verwaltung, hrsg. von Giese, Heft 11, 1957

MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., 3. Aufl. 1924

MAYER, Otto Eisenbahn- und Wegerecht, AöR, 16. Bd. 1901

MECKE de SWEBUSSIN, Heinz Die rechtliche Entstehung öffentlicher Straßen, Bauamt und Gemeindebau 1959, S. 10

MENGER, Christian-Friedrich System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

---- Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verw.-Arch., 50. Bd. (1959), S. 193 ff

MOLITOR, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949

MÜLLER, Wulf Eigentumsbegriff und Wasserrecht, Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 63. Bd. (1929), S. 129

NAWIASKY, Hans Allgemeine Rechtslehren als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948

OERTMANN, Paul Der Dinglichkeitsbegriff, Iherings Jahrbuch, Bd. 31, 1892, S. 415 ff

---- Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123. Bd. (1925), S. 129 ff

OESTREICHER Bundesleistungsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1957

PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., München und Berlin 1961

PETERS, Hans Lehrbuch der Verwaltung; Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949

PFLÜGER Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 79. Bd., S. 406 ff

QUARITSCH, Helmut Eigentum und Polizei, DVBl. 1959, S. 455 ff

RAISER, L. Buchbesprechung von H. WESTERMANNs Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1953, JR 1955, S. 118



- REDMANN, Günter Formelle Rechtswidrigkeit im Gewerberecht, Gew.-Arch. 1959/60, S. 103
- RIETDORF, Fritz Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz - für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Stuttgart, München, Hannover 1957
- RÜMELIN, Gustav Obligation und Haftung, AcP 68. Bd., S. 152 ff
- Reden und Aufsätze, Freiburg und Tübingen 1881
- SCHALLENBERG Die Widmung; in Verwaltung und Wirtschaft, Heft 13, 1955
- SCHIEDEMAYER, Rudolf Einführung in das bayerische Polizeirecht, München und Berlin 1961
- SCHULTZE - von LASAULX Besprechung von WESTERMANNs Lehrbuch des Sachenrechts, 1951, AcP 151. Bd., 1950/51, S. 449 ff
- SCHULTZENSTEIN Die Widmung zur öffentlichen Sache: Verw.-Arch. 28. Bd., S. 169 ff
- SCHUNK - De CLERCK Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar 1961
- SCHÜTZ - FROHBERG Kommentar zum Bundesbaugesetz, Düsseldorf 1960
- SELBACH, Karl Zum Entwurf eines Wasserhaltungsgesetzes, DöV 1957, S. 202 ff
- SENGER - KURZMANN Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz (Nordrhein-Westfalen), Köln 1957
- SIEBERT, Wolfgang Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DöV 1959, S. 733 ff
- SIEDER - ZEITLER Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, München 1960
- STIER - SOMLO, Fritz/
ELSTER, Alexander Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6. Bd., Berlin u. Leipzig 1928

- STRICKSTOCK Das öffentliche Sachenrecht: Der Betrieb 1958, S. 1119
- SURÉN, Friedrich-Karl Gemeindeabgabenrecht der ehemals preußischen Gebiete, Kommentar 1950
- TEZNER, Friedrich Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, Arch. für öffentliches Recht, Bd. 9 (1894), S. 325 ff (376)
- THIERFELDER, Hans Ein neues Problem der Verkehrssicherungspflicht; DöV 1960, S. 898
- TUHR, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, erster Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
- v. TUREGG Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1956 Berlin
- Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren: MDR 1952, S. 150
- WAMBSGANZ, Ludwig Die Bauleitplanung, 1. Teil: NJW 1961, S. 461 ff
- WESTERMANN, Harry Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl. 1960
- Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum: Abhandlungen zum deutschen Gemeinrecht, Heft 9, Heide i. Holstein 1942
- WIETHAUP Aufgaben und Befugnisse der örtlichen Bauaufsichten (früher Baupolizei): DVBl. 1950, S. 666 ff
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., München und Berlin 1961
- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht: AöR 76. Bd. (1950/51), S. 205 ff
- WOLFF, Martin - RAISER, Ludwig Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957

ZIPPELIUS, Reinhold

Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das bay. Straßen- und Wegegesetz: DöV 1958, S. 838 ff

ZULEEG, Manfred

Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger aufgrund Verwaltungsaktes, Diss. Erlangen 1959

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis (seit 1818)
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886)
Bay, bay	= Bayern, bayerisch
BayBü	= Der Bayerische Bürgermeister (seit 1947)
BBauG	= Bundesbaugesetz v. 23.6.1960 (BGBl. I, S. 341)
BfernStrG	= Bundesfernstraßengesetz v. 6.8.1953 (BGBl. I, S. 1742)
BLG	= Bundesleistungsgesetz v. 19.10.1956 u. 27.9.1961 (BGBl. I, S. 1769)
DAR	= Deutsches Autorecht
DöV	= Die öffentliche Verwaltung (seit 1947)
DVB1	= Deutsches Verwaltungsblatt (Fortsetzung des Reichsverwaltungsblatts)
Gew.-Arch.	= Gewerbearchiv (seit 1955)
GewO	= Gewerbeordnung für das Deutsche Reich v. 1869 i.d.F. v. 26.7.1900 (RGBl., S. 871) und Änderungsgesetzen
hamb	= hamburgisch
ieS, iWS	= im engeren Sinne, im weiteren Sinne
JR	= Juristische Rundschau (seit 1947)
JZ	= Juristenzeitung (seit 1941)
LStrG	= Landesstraßengesetz für Nordrhein-Westfalen v. 28.11.1961 (nwGVBl. 1961, S. 305)
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)

NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
NW, nw	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
Pr, pr	= Preußen, preußisch
Rspr	= Rechtsprechung
RVO	= Rechtsverordnung
s.	= siehe
S.	= Seite
VBl	= Verwaltungsblatt (zumeist i.V.m. bay, pr etc.)
Verw.-Arch.	= Verwaltungsarchiv (1893 - 1942 und seit 1957)
Verw.-Rspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VGHBeb	= Verwaltungsgerichtshof für das (ehemalige) Land Württemberg-Hohenzollern zu Bebenhausen
VGVO	= Verordnung Nr. 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (BGBl. I, S. 1665)
VwVollstrG	= Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz v. 27.4.1953 (BGBl. I, S. 157)
wb	= württembergisch - badisch
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZgesStaatsw	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

§ 1 Einführung

Das deutsche Verwaltungsrecht kennt nicht erst seit neuerer Zeit gewisse Rechtserscheinungen, deren "sachenrechtlicher" Charakter behauptet oder gar anerkannt wird¹⁾. So hat besonders der Begriff der "Dinglichkeit" in Wissenschaft und Praxis allgemein Eingang und Verwendung gefunden, um die Sachbezogenheit gewisser Rechtsinstitute zu kennzeichnen. Dabei ist unter anderem von dinglichen Verwaltungsakten, dinglichen Berechtigungen und Verpflichtungen häufig die Rede, ohne daß zugleich eine rechtstheoretische und -systematische Grundlage für die Einführung der "Dinglichkeit" in das Verwaltungsrecht deutlich geworden ist. Die Sachbezogenheit allein vermag diesen verwaltungsrechtlichen Erscheinungen bestenfalls ein formales Kriterium zu geben, ebenso wie die "Befassung mit Sachen" für eine Abgrenzung zwischen Verwaltungspersonen- und Sachenrecht nur ein formales Kriterium bildet.

Der Begriff des Sachenrechts und seiner Determinationen²⁾ findet nur dann innerhalb des Verwaltungsrechts berechnete Anwendung, wenn auch dessen inhaltliche Merkmale vorhanden sind. Diese sind in ihren Grundlagen vorgegeben durch die Untersuchungen und Ergebnisse der Zivilrechtswissenschaft, die den materiellen Sachenrechtsbegriff geprägt hat. Es ist nicht zulässig, inhaltlich bestimmte Rechtsbegriffe des Zivilrechts - auch nicht mit dem Zusatz "öffentlich" - auf das Verwaltungsrecht zu übertragen, wenn nicht

1) s. MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 51

2) Dabei entsprechen sich inhaltlich die Begriffe "Sachenrechte" und "Dingliche Rechte", vgl. FISCHER in STIER - SOMLO / ELSTER, Handwörterbuch, Bd. V, S. 216; s.a. ENNECC.-NIPP., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1. Hbd., §§ 77 I, 2 u. 79 A

außer den besonderen öffentlichrechtlichen Verhältnissen zumindest die Grundmerkmale des übertragenen Begriffes vorhanden sind¹⁾. Sollte daher die inhaltliche Bestimmung derjenigen öffentlichrechtlichen Rechtsmaterie, die in der Sachbezogenheit ein gemeinsames formales Kriterium besitzt, mit den Grundlagen des materiellen Sachenrechts des Zivilrechts nichts gemeinsam haben, so wäre hierfür der Begriff "Öffentliches Sachenrecht" verfehlt. Das gleiche muß sodann für alle sachenrechtlichen Begriffsableitungen gelten, welche vor allem in Verbindung mit der Bezeichnung "Dinglich(-keit)" bekannt sind. Andererseits ergeben sich in dem materiellen Sachenrechtsbegriff des Zivilrechts und seiner öffentlichrechtlichen Besonderheiten die notwendigen Ansatzpunkte für den Versuch einer inhaltlichen Bestimmung des öffentlichrechtlichen Sachenrechtsbegriffs. Die nachfolgenden Erörterungen werden also erweisen müssen, daß entweder der Begriff "öffentliches Sachenrecht" verfehlt oder daß innerhalb des Verwaltungsrechts eine - nicht nur formale - Abgrenzung möglich ist, die den vorgegebenen Merkmalen dieses Begriffes gerecht wird.

1) Sinngemäß: Karl FRIEDRICHS, Über öffentlich-dingliche Rechte; prVbl 39. Bd., S. 298; ebenso SCHULTZENSTEIN: JW 1916, S. 240; vgl. hingegen O. MAYER, 2. Aufl., I. Bd., S. 120

Erster Teil

Der bisherige Stand der Rechtswissenschaft als Ausgangspunkt

Gewisse Vorstellungen über ein öffentliches Sachenrecht zumeist in der Form des Rechts der öffentlichen Sachen und deren Rechtsbeziehungen gehen zurück bis auf das römische Recht, das den *res publicae in usu publico* eine Stellung außerhalb des herrschenden Privatrechtssystems gab, indem es sie als *res extra commercium* auffaßte. Eine solche Stellung hatten ferner die *res divini juris* und die *flumina publica inna*¹⁾. Die im germanischen Recht anfangs zum Königseigentum gehörigen öffentlichen Sachen waren später Gegenstand von Regalrechten und der Gemeinnutzung²⁾.

In der Rechtslehre der Neuzeit ist mit der Evolution des öffentlichen Rechts³⁾ auch die Frage nach einem besonderen öffentlichen Sachenrecht immer wieder gestellt, jedoch von sehr verschiedener Grundlage her erörtert worden. Die daraus abgeleiteten Konstruktionsversuche können in ihrer Systematik und ihren Ergebnissen wenig Gemeinsames aufweisen. Nicht der Aufbau und die Fortentwicklung vorhandener Ideen ist Merkmal der gegebenen Theorien, sondern der Umbruch und die Neugestaltung auf anders gearteter - nicht selten ideologisch beeinflusster⁴⁾ - Grundlage, so

1) Vgl. Dig. 18, 1, 6, pr., Dig. 18, 1, 72 § 1 Dust. 2, 1 pr.

2) Vgl. H. PETERS, Lehrbuch, S. 207

3) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 94, 147; FLEINER, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, S. 9

4) KÖTTGEN in Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, § 22

daß das öffentliche Sachenrecht heute zu Recht als ein "vielgepflügtes Feld"¹⁾ oder als Beispiel eines unfertigen, der gesetzgeberischen wie der wissenschaftlichen Behandlung harrenden Rechtsstoffgebietes²⁾ bezeichnet wurde.

Die hier angestrebte Darstellung der Auffassungen in der Rechtslehre über ein öffentliches Sachenrecht ist trotz allem nicht historisch, d.h. nach der zeitlichen Reihenfolge der Abhandlungen, sondern nach sachlichen Gesichtspunkten gegliedert: Der in der Einführung angezeigte Gesichtswinkel dieser Erörterungen erfordert einmal, diejenigen Auffassungen in der Rechtslehre zu bestätigen oder zu widerlegen, welche der Existenz eines öffentlichen Sachenrechts widersprechen, zum anderen die bestehenden Konstruktionsversuche auf ihren Gehalt und ihre Verwendbarkeit zu prüfen. Dieser zweifache Ansatzpunkt soll bei der folgenden Darstellung der in der Rechtslehre gegebenen Auffassungen beachtet werden.

I. Kapitel

Negation des öffentlichen Sachenrechts

Ein Teil der Rechtslehre widerspricht der Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts, sei es, daß man es begriffsmäßig ausschließt oder sein Bestehen aus sachlichen Erwägungen ablehnt.

§ 2 Begrifflicher Ausschluß

I. Der begriffsmäßige Ausschluß im weitesten Sinne um-

1) Reinhold ZIPPELIUS, Grundfragen ..., DÖV 1958 S. 838

2) MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 1

faßt auch den Teil der Rechtslehre, der im Rahmen einer Gesamtdarstellung des Verwaltungsrechts den Begriff "öffentliches Sachenrecht" ohne nähere Angaben vermeldet, also stillschweigend ausschließt¹⁾. Der Aufbau dieser Gesamtdarstellungen weist vielfach die systematische Trennung der Rechtsbeziehungen von Subjekten des Verwaltungsrechts einerseits und Objekten andererseits auf, wobei im Rahmen der letztgenannten Kategorie im wesentlichen das Recht der öffentlichen Sachen aufgeführt ist. Hier darf man vermuten, daß dieser Teil der Rechtslehre den Begriff des öffentlichen Sachenrechts deshalb nicht verwendet, weil er ihn einerseits als Bezeichnung für das Recht der öffentlichen Sache zutreffend als zu eng auffaßt, zum andern aber eine weitergehende Konstruktionsmöglichkeit nicht erkennt. Die Identifizierung des öffentlichen Sachenrechts mit dem Recht der öffentlichen Sache mag demgegenüber auch den Vorstellungen jener Autoren entgegengestanden haben, welche die Erörterungen über das Recht der öffentlichen Sache dem Bereich der allgemeinen oder besonderen Institute des Verwaltungsrechts eingefügt haben.

II. Der Begriff des öffentlichen Sachenrechts wird aber auch von einem geringeren Teil der Rechtslehre bewußt ausgeschlossen. Nach FORSTHOFF²⁾ ist der Ausdruck "öffentliches Sachenrecht" zwar allgemein eingeführt, er müsse aber vermieden werden, weil das Recht der öffentlichen Sache eine Materie des öffentlichen Rechts eigener Prägung sei und weder ein Gegenstück noch ei-

1) so z.B. HATSCHKE, Lehrbuch, S. 472; KOELLREUTER, Grundfragen ..., S. 65 ff; von KÖHLER, Grundfragen ..., S. 297 ff; von TUREGG, Lehrbuch, S. 149; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., §§ 55 - 59, der jedoch die "Sachen des öffentlichen Rechts" mit den "öffentlichen Sachen" (ies) identifiziert, (aaO § 55 II a), s. dazu u. S. 44

2) Lehrbuch, 8. Aufl., S. 372; ähnlich PETERS, Lehrbuch, S. 208, vgl. S. 8

ne Ergänzung des bürgerlichen Sachenrechts.

FORSTHOFFs Kritik an der verbreiteten Identifizierung der Begriffe "öffentliches Sachenrecht" und "Recht der öffentlichen Sache" ist berechtigt, wenn auch die daraus hergeleitete Forderung, den Begriff des öffentlichen Sachenrechts ganz zu vermeiden, nicht zwingend ist, weil FORSTHOFF nicht ausschließt und auch nicht ausschließen kann, daß es im Verwaltungsrecht, abgesehen von dem Recht der öffentlichen Sache und darüber hinaus eine Rechtsmaterie gibt, der diese Begriffsbezeichnung zukommt. Ob das Recht der öffentlichen Sache als eine Materie des öffentlichen Rechts eigener Prägung oder als ein Teil des öffentlichen Sachenrechts angesehen werden muß, kann hier noch dahingestellt bleiben¹⁾, weil die Unzulässigkeit der dargelegten Begriffsidentifizierung nicht von der Entscheidung hierüber abhängt. Sie läßt vielmehr prima facie Verzeichnungen erkennen, welche teils einer sehr oberflächlichen Art der Begriffsbildung entstammen mögen, teils aber auch wegen der praktischen Handhabung und aus Gründen der Vereinfachung und Abkürzung bewußt hingenommen werden²⁾.

§ 3 Ausschluß aus sachlichen Gründen

Die Ablehnung des öffentlichen Sachenrechts in der Rechtslehre beschränkt sich nicht auf einen begrifflichen Ausschluß, sondern enthält auch den Widerspruch aus sachlichen Gründen.

I. Ansatzpunkt ist hierbei allgemein die schwierige Frage nach der Unmittelbarkeit der Person-Sachbeziehung als

1) s. darüber unter § 13 ff

2) s. MAUNZ, Das Recht ...: Die Verwaltung, Heft 11, 1957, S. 1

grundlegendes sachenrechtliches Merkmal. FLEINER¹⁾, G. JELLINEK²⁾ und GIACOMETTI³⁾ widersprechen der Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts, weil nur die unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen den Subjekten hoheitlicher Gewalt und den Privatrechtssubjekten Gegenstand öffentlichrechtlicher Rechtssätze sein könne. Danach verbleibe für eine unmittelbare Person-Sachbeziehung, welche als grundlegendes Merkmal des materiellen Sachenrechtsbegriffs angesehen wird, im öffentlichen Recht kein Raum⁴⁾.

G. JELLINEK und GIACOMETTI suchen eine Begründung in allgemein staatsrechtlichen Erwägungen: Die staatliche Befehlsgewalt beziehe sich unmittelbar nur auf Menschen. Es gebe keine Herrschaft des Staates über sein Gebiet ohne Vermittlung der Untertanen, denn diese sei nicht dominium sondern imperium. Die Berechtigung, von Personen des Gebietes Leistungen und Unterlassungen zu fordern, vermag nur indirekt eine Änderung in den Zuständen des Territoriums zur Folge zu haben. Daher könne auch im Sinne des Verwaltungsrechts die Institution eines öffentlichen Sachenrechts nicht begründet werden.

Die Erörterung der Fragen einer unmittelbaren Person-Sachbeziehung im öffentlichen Recht soll als eine der wesentlichen Grundlagen des konstruktiven Teils dieser Erörterungen dem zweiten Teil vorbehalten bleiben. Gegen die Auffassungen G. JELLINEKs und GIACOMETTIs läßt sich jedoch schon hier einwenden, daß der Schluß

1) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 149 ff

2) Allgemeine Staatslehre, S. 398 ff; System ..., S. 77

3) Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 196

4) Der Ausschluß einer unmittelbaren Person-Sachbeziehung hindert demgegenüber Otto MAYER, Lehrbuch II, S. 40, nicht, die Existenz eines öffentlichen Sachenrechts anzuerkennen. Vgl. unten: § 4 II; s. dazu besonders ZIPPELIUS, aaO, S. 839

von den Theorien der allgemeinen Staatslehre auf die Gestaltung verwaltungsrechtlicher Rechtsverhältnisse nicht zwingend begründet ist¹⁾.

II. Widerspruch aus sachlichen Gründen erhebt auch H. PETERS²⁾. Er erklärt es als verfehlt, für die öffentlichen Sachen ein besonderes, dem bürgerlichen Sachenrecht nachgebildetes Sachenrecht auszuarbeiten. Der Fehler dieses Versuches liege in dem irrigen Glauben einer Parallelität - statt einer Verschiedenheit - privaten und öffentlichen Rechts. Alle bisherigen Konstruktionen müßten daher schief erscheinen und hätten sich nicht durchgesetzt.

PETERS' Kritik an den Konstruktionsversuchen eines öffentlichen Sachenrechts als dem Recht der öffentlichen Sachen ist - ähnlich wie die FORSTHOFFS an einer entsprechenden Begriffsbildung - berechtigt, wenn auch hier aus sachlichen Gesichtspunkten wie dort aus begrifflichen Erwägungen nicht ausgeschlossen werden kann, daß es - abgesehen vom Recht der öffentlichen Sache - einen weiteren Teil des Verwaltungsrechts gibt, welcher seinem Inhalte nach "öffentliches Sachenrecht" ist. PETERS' Einwand, die Verschiedenheit privaten und öffentlichen Rechts sei verkannt, ist zudem einseitig gegen die Lehre Otto MAYERS³⁾ gerichtet, der mit der Konstruktion eines öffentlichen Eigentums gewisse Sachen ähnlich dem französischen Recht ganz dem privaten Rechtskreis entziehen will⁴⁾. Die Kritik an dieser sehr speziellen Rechtsauffassung über Gehalt und Wesen einer Rechtsmaterie vermag nicht die selbständige Existenz derselben im allgemeinen zu berühren.

1) Ebenso MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 57

2) Lehrbuch, S. 208

3) Eisenbahn- und Wegerecht, AöR Bd. 16, S. 40 ff; Deutsches Verwaltungsrecht 2. Bd., S. 1 ff

4) s. darüber im einzelnen § 4 II

II. Kapitel

Die Konstruktionsversuche in der Rechtslehre

Öffentlichrechtlicher Gehalt und besondere sachenrechtliche Merkmale sind die Grundlagen aller Konstruktionsversuche eines öffentlichen Sachenrechts, welche sich im einzelnen darin unterscheiden, daß sie hier oder dort Besonderheiten aufweisen.

§ 4 Mangelnde Doppelzuständigkeit auf verschiedenen Rechtsebenen

Eine Fehlbewertung des öffentlichrechtlichen Gehalts öffentlich-sachenrechtlicher Rechtsverhältnisse enthalten jene Konstruktionsversuche, die eine Vereinheitlichung des Sachenrechtsbegriffs unter Vermischung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Gesichtspunkte vertreten, aber auch diejenigen, welche umgekehrt die (öffentlichen) Sachen ganz dem Privatrecht entziehen und der ausschließlichen Herrschaft des öffentlichen Rechts unterstellen wollen.

I. Zu der erstgenannten Gruppe gehört FRIEDRICHS¹⁾, der es unternimmt, das Gesamtgebiet des Sachenrechts in öffentlicher und privater Beziehung von einem einheitlichen Gesichtswinkel als ein Sachenrecht zu ordnen²⁾. Das öffentliche und das private Recht stünden

1) Über öffentliche dingliche Rechte, prVbl 39. Jahrg. 1917, S. 297 ff; Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, AöR 40. Bd. (1921), S. 257 ff

2) Ähnlich bezeichnet es W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 508, als möglich, das Eigentum neutral zu gestalten, als ein dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht gleichermaßen angehöriges Rechtsinstitut; a.A. besonders MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 47

nicht auf zwei verschiedenen Ebenen und die Einteilung der Rechtssätze in öffentliches und bürgerliches Recht liege nicht in der Natur der Dinge, sondern in unserem Bedürfnis nach Ordnung. Daher sei nicht der privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Gehalt des Rechtsverhältnisses entscheidend, sondern allein die gemeinsame eigengeartete Rechtsbeziehung typisch sachenrechtlichen Inhalts, welche FRIEDRICHS in der unmittelbaren Herrschaft an der Sache, dem Ausschlußrecht gegenüber anderen Gläubigern und dem Merkmal der Rechtsnachfolge sieht.

II. Im Mittelpunkt der Lehre Otto MAYERS steht das Institut eines öffentlichen Eigentums, wie es das französische Verwaltungsrecht im domaine public entwickelt hat¹⁾. Bei öffentlichen Sachen sei die Herrschaft selbst schon zur öffentlichen Verwaltung gehörig und daraus ergebe sich als Forderung die Idee eines öffentlichen Sachenrechts, vor allem des öffentlichen Eigentums, das nichts anderes sei als ein öffentlichrechtlich gedachtes Eigentum.

Inhalt des öffentlichen Eigentums ist nach der Auffassung O. MAYERS die staatliche Beherrschung der Sache für dessen Zweck unter Ausschluß des Zivilrechts, womit die Sache ihre Eigenschaft als Sache des Zivilrechts schlechthin verliert. Die Zugehörigkeit der öffentlichen Sache an den Träger öffentlicher Verwaltung könne mehr oder weniger tief gehen, so daß auch die Zugehörigkeit des Rechts an der Sache zum Gebiete des öffentlichen Rechts eine mehr oder weniger vollkommene sei²⁾. O. MAYER unterscheidet - außer der Zugehörigkeit der Sache an den Staat aufgrund bloßen Besitzes - zwischen der umfassenden rechtlichen Herrschaft

1) O. MAYER, Eisenbahn- und Wegerecht aaO, S. 44 ff, sowie Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd. aaO

2) Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., aaO (S. 48)

des Staates über die Sache, die er öffentliches Eigentum nennt, und dem beschränkten Recht des Staates, vermöge dessen die für den bestimmten öffentlichen Zweck erforderliche Benutzung von dem Eigentümer geduldet werden muß. Wenn die öffentliche Sache wie im letzteren Falle dem Staate nur teilweise zugehört, so bedeute das ein dingliches Recht an fremder Sache, eine Dienstbarkeit, die dem Staate zustehe¹⁾. Diese sei ebenso öffentlichrechtlicher Natur²⁾ wie in jenem ersteren Falle das Eigentum. Demgegenüber verbleibe jedoch hier ein gewisses Recht an der belasteten Sache, welches seinerseits mit öffentlicher Verwaltung nichts zu tun habe, sondern ganz und gar dem bürgerlichen Recht angehöre. Die nur teilweise dem Staate zugehörige Sache steht nach der Auffassung O. MAYERS im "geteilten Recht", d.h. die öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Beziehungen an einer Sache können sich nicht - wie die herrschende Lehre annimmt - überlagern, sondern sind vertikal gescheiden.

Neben dieser in besonderem Maße für die Lehre O. MAYERS bedeutsamen Rechtstrennung und -teilung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rechtsbeziehungen sind aber noch andere Merkmale der von ihm unternommenen Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts beachtenswert:

Für O. MAYER ist das öffentliche Sachenrecht - im wesentlichen als ein Recht der öffentlichen Sache - nicht Teil des Verwaltungsrechts. Dieses könne auf das

1) aaO, S. 49 und 107 ff; vgl. demgegenüber den Begriff der "verwaltungsrechtlichen Dienstbarkeit" bei H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 42 II b

2) Die Bezeichnungen "rechtliche Natur" oder "Rechtsnatur" sind unrichtig, weil dadurch das normative Wesen alles Rechtlichen, das gerade nicht naturhaft ist, verkannt wird. Vgl. dazu H.J. WOLFF in einer Anmerkung z.U.d. BGH v. 26.3.1953, JZ 1953, S. 552

öffentliche Eigentum keine Anwendung finden, weil es im Gegensatz zu diesem Untertanenrecht sei, nämlich für den einzelnen und sein Eigentum geschaffen¹⁾.

Die Theorie von der dem öffentlichen Recht eigenen Ungleichheit der Rechtssubjekte, welche niemals im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und einer Sache in Erscheinung treten könne, ist es ferner, die O. MAYER davon abhält, unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat als Subjekt hoheitlicher Gewalt und der Sache als Rechtsobjekt anzuerkennen²⁾. Er geht dabei von der - zumindest heute nicht mehr herrschenden - Auffassung aus, daß auch im Zivilrecht zwischen dem Eigentümer und der Sache kein Rechtsverhältnis, keine rechtlich geordnete Beziehung bestünde³⁾. Macht über die Sache sei immer nur etwas Tatsächliches. Das Eigentum jedoch bedeute einen Inbegriff von rechtlichen Beziehungen, die solche Macht umgeben, um sie zu sichern und zu ordnen. Diese Beziehungen könnten stets nur zu anderen Rechtssubjekten bestehen und ihre Regelung mache die Rechtsordnung des Eigentums aus: Vollzug auf der Grundlage rechtlicher Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte sei Privateigentum, auf der Grundlage rechtlicher Ungleichheit öffentlichrechtliches Eigentum.

O. MAYER leugnet also wie FLEINER, G. JELLINEK, GIA-

1) aaO, S. 64; Diese Deduktion erscheint nicht folgerichtig, da O. MAYER auch für das hoheitliche Sachbeherrschungsrecht nicht die unmittelbare Objektbeziehung anerkennt und sich bei deren Vermittlung durch einen Privatrechtsträger das Herrschaftsmoment auch auf diesen erstreckt. Vgl. darüber ZIPPELIUS, aaO (S. 839). Ein äußerer Unterschied ist bestenfalls darin zu sehen, daß O. MAYER das hoheitliche Sachbeherrschungsrecht nicht entsprechend einer sonst üblichen Darstellungsweise vom Gesichtswinkel der betroffenen Privatrechtsträger (vgl. H. J. WOLFF aaO, § 42), sondern von dem der jeweiligen Hoheitsträger definiert.

2) aaO, S. 40

3) Vgl. darüber im einzelnen unter § 12 I

COMETTI u.a.¹⁾ die unmittelbare Person- Sachbeziehung. Abgesehen von der unrichtigen Auffassung, daß solch unmittelbare Rechtsbeziehungen auch im Zivilrecht nicht vorhanden seien, kann auch die Begründung mit der sogenannten Subjektionstheorie²⁾ schon deshalb nicht überzeugen, weil die Unter- oder Gleichordnung der an dem Rechtsverhältnis Beteiligten als Unterscheidungsmerkmal für dessen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter nicht geeignet ist³⁾. Es ist jedoch bemerkenswert, daß O. MAYER von seiner Anschauung her nicht wie FLEINER und andere die Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts grundsätzlich ablehnt, sondern mit Hinweis auf die angeblich gleiche Rechtssituation im Zivilrecht gerade die ausschließliche Personalgebundenheit der Rechtsbeziehungen als typisch sachenrechtliches Merkmal hinstellt⁴⁾.

Die Auffassungen FRIEDRICHS' und O. MAYERS haben gemeinsam, daß sie im Ergebnis die Eigenständigkeit der zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehungen an der Sache in ihrem Verhältnis zueinander aufheben und damit - von der Sache her gesehen - die Doppelzuordnung auf verschiedenrechtlicher Ebene leugnen: FRIEDRICHS, indem er mit der Theorie, das priva-

1) Vgl. o. S. 7, Anm. 1, 2, 3

2) Vgl. darüber im einzelnen unter § 8

3) Vgl. darüber im einzelnen unter § 9; im übrigen wird auch hier die Unzulänglichkeit der Subjektionstheorie erkennbar, weil sie zu einer von der - zumindest im Bereich der herrschenden Zivilrechtslehre - abwegigen Sachenrechtskonstruktion zwingt. Vgl. auch S. 33

4) Vgl. dazu besonders Reinhold ZIPPELIUS, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts ...: DÖV 1958, S. 839; Im Recht des Eigentums sei die Sache nur Bezugsobjekt von wirklichen und möglichen Rechtsbeziehungen zu anderen Personen. Dabei sei es auch denkbar, daß diese Rechtsbeziehungen zu anderen Personen nicht privatrechtlich, sondern öffentlichrechtlich ausgestaltet werden.

te und das öffentliche Recht stünden nicht auf zwei verschiedenen Ebenen, alle Unterschiede leugnet, O. MAYER, indem nach seiner Auffassung die Rechtsbeziehungen auf privatrechtlicher Ebene denjenigen auf öffentlichrechtlicher Ebene nicht nur untergeordnet, sondern von diesen ausgeschlossen sind. Beide Auffassungen enthalten, wenn auch in verschiedener Weise, einen Bruch mit der im deutschen Rechtsbereich herrschenden Lehre von der rechtssystematischen Eigenständigkeit privaten und öffentlichen Rechts, die weder eine allgemeine Vermischung der Rechtsbeziehungen im Sinne FRIEDRICHS' noch den Ausschluß von Rechtsbeziehungen auf anderer Ebene im Sinne Otto MAYERS kennt¹⁾. Die Theorien FRIEDRICHS' und O. MAYERS haben daher nicht durchdringen können²⁾, wenn auch bis heute immer wieder einzelne Autoren - meist aus Erwägungen im Interesse der Verwaltungspraxis - für die Lehre O. MAYERS eintreten³⁾.

Die Eigenständigkeit öffentlichrechtlicher sowie privatrechtlicher Rechtsbeziehungen ist nicht nur Ausfluß eines allgemeinen Ordnungsbedürfnisses, sondern ergibt sich aus dem Charakter des öffentlichen Rechts als *S o n d e r r e c h t* gegenüber dem allgemeineren

- 1) s. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 und § 55 IV; zur Kritik an den Lehren FRIEDRICHS' und O. MAYERS: MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 47 und 54
- 2) Über gewisse Ansatzpunkte in der Gesetzgebung s. Hinw. bei WOLFF aaO
- 3) s. z.B. Peter LERCHE, Zum Rechtsschutz im Recht der öffentlichen Sachen, DVBl 1955, S. 283; tritt aus prozeßrechtlichen Erwägungen für die Lehre Otto MAYERS ein; s. ferner Heinrich CLASEN, Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis, DöV 1958 S. 281; In den neueren Landesstraßen- und Wegegesetzen findet der Begriff "öffentliches Eigentum" gelegentliche Verwendung (vgl. z.B. § 4 hmbWegeG v. 4.4.1961, hmbGVBl, S. 117). Das erscheint jedoch nicht als eine Anerkennung und Übernahme der von O. MAYER diesem Begriff zugesprochenen eigenen Merkmale.

Privatrecht¹⁾. In dieser Eigenschaft kann das öffentliche Recht das Privatrecht nur in seiner *A n w e n d - b a r k e i t* und *D u r c h s e t z b a r k e i t*, nicht aber dessen Existenz überhaupt ausschließen, auch nicht teilweise, etwa soweit die öffentliche Verwaltung die Sache betrifft²⁾, denn das Verhältnis der Spezialität ist nicht konträrer Art und kennzeichnet nicht die *R e c h t t e i l u n g*, sondern die Beziehungen vom Allgemeinen zum Besonderen. Daher ist auch die hier dargelegte Fehlbewertung des öffentlichrechtlichen Gehalts öffentlichsachenrechtlicher Rechtsverhältnisse bei FRIEDRICHS und in der Lehre O. MAYERS letztlich in einer - wenn auch jeweils verschiedenen - Verkennung des öffentlichen Rechts als *S o n d e r r e c h t* begründet.

§ 5 Öffentliches Sachenrecht als das Recht der öffentlichen Sache

Nicht viele Konstruktionsversuche eines öffentlichen Sachenrechts sind so exponiert wie die FRIEDRICHS' und insbesondere O. MAYERS. Für die meisten ihrer Art ist öffentliches Sachenrecht nichts weiter als ein Inbegriff von Rechtssätzen, welche sich auf *ö f f e n t - l i c h e* Sachen beziehen, kurz: das Recht der *ö f f e n t l i c h e n S a c h e*³⁾. Hier sind in der Regel weder das Verhältnis von öffentlichem und priva-

- 1) Nämlich das der Träger öffentlicher Gewalt und ihrer Organe: s. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22, III
- 2) Vgl. anders O. MAYER, aaO, S. 49
- 3) Auch die Erörterungen O. MAYERS, aaO, betreffen im wesentlichen die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sache, wenngleich der Abschnitt "öffentliches Sachenrecht" z.B. auch das Entschädigungsrecht enthält. Trotzdem war die Lehre O. MAYERS in einem selbständigen Teil voranzustellen, weil sie ihre besondere Eigenart nicht in den an dieser Stelle zu erörternden Merkmalen findet.

tem Recht, noch die besonderen, typisch sachenrechtlichen Merkmale problematisch. Mittelpunkt aller Erörterungen ist vielmehr die Entstehung der öffentlichen Sache und das Ausmaß der Gebrauchsrechte des Einzelnen an ihnen. Sie unterscheiden sich zumeist darin, ob sie die Rechtsbeziehung Privatperson - öffentliche Sache oder die der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu öffentlichen Sachen zum Gegenstand haben oder gar unter Vermeidung jeglicher Objektbezogenheit die öffentliche Sache als ein Rechtsverhältnis ansehen.

I. Das öffentliche Sachenrecht erscheint in der Rechtslehre teilweise als ein Inbegriff von Rechtssätzen, welche die Rechtsbeziehungen der Privatperson zu den öffentlichen Sachen regeln¹⁾. Diese Darstellung ist vereinfachend und dem Gesichtswinkel vieler Gesetze angepaßt²⁾, enthält jedoch eine schiefe Grundlage darin, daß in der Frage nach dem objektiven Recht die öffentlichrechtliche Sachbeziehung niemals die Beziehungspunkte Privatperson - öffentliche Sache zum Gegenstand haben kann. Öffentliches Sachenrecht in objektivem Sinne ist ein Inbegriff bestimmter öffentlichrechtlicher Rechtssätze, welche nach der hier vertretenen Subjektstheorie³⁾ ihren besonderen öffentlichrechtlichen Charakter darin findet, daß mindestens ein Zuordnungssubjekt ausschließlich Subjekt hoheitlicher Gewalt ist. Wenn schon die grundlegenden Rechtsstellungen im Sachenrecht nur ein Berechtigungssubjekt kennen⁴⁾, so kann dieses damit im öffentlichen (Sachen-) Recht nur Subjekt hoheitlicher Gewalt, nicht aber Privatrechtssubjekt sein⁵⁾.

1) Vgl. z.B. S. 1 mit Anm. 1

2) Über die Zweckmäßigkeit und Berechtigung solcher Darstellungsweise im allgemeinen s. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 42

3) s. dazu im einzelnen unter §§ 8 und 9

4) s. darüber im einzelnen unter § 12 I

5) Vgl. dazu besonders S. 96 ff

II. Den anerkannten rechtsdogmatischen Grundlagen sowie der Struktur des objektiven Rechts entsprechen eher jene Konstruktionsversuche, welche die Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den öffentlichen Sachen betreffen.

Ihr überwiegender Teil entbehrt einer Begründung, warum das öffentliche Sachenrecht mit dem Recht der öffentlichen Sache gleichgesetzt wird und sich schon damit in seinem Gehalt erschöpfen soll¹⁾. Allein KÖTTGEN²⁾ hat hier die Frage gestellt, ob sich nicht darüberhinaus alle Fälle, in denen die hoheitliche Verwaltung in eine wie auch immer geartete Beziehung zu Sachgütern tritt, zu einem systematischen Ganzen "verschweißen" lassen. Ein solches System sei aber nur im Hinblick auf Wesen und Funktion des Verwaltungsrechts aufbaubar. KÖTTGEN proklamierte 1937 aus der Rechts- und Staatsauffassung seiner Zeit den Vorrang der Verwaltung als umfassendes Phänomen gegenüber dem Verwaltungsrecht. Wegen der Mannigfaltigkeit aktiver Verwaltung sei somit kein eigentliches System möglich. Damit schrumpfe das öffentliche Sachenrecht als ein Recht der öffentlichen Sache zusammen.

KÖTTGENs Fragestellung und Suche nach einem systematischen Ganzen ist berechtigt, denn die in der Praxis eingeführte (stillschweigende) Beschränkung des öffentlichen Sachenrechts als das Recht der öffentlichen Sache erscheint, gerade wenn man die Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den öffentlichen Sachen als dessen Gegenstand ansieht, schon auf den er-

1) s. z.B. HERRNRITZ, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 138 ff; SCHALLENBERG, Die Widmung, Verwaltung und Wirtschaft, Heft 13, 1955; STRICKSTOCK, Das öffentliche Sachenrecht, Der Betrieb, 1958, S. 1119

2) Öffentliches Sachenrecht, in FRANK, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 433

sten Blick als eine Systemverkrümmung. Seine politisch fundierte Argumentation bedarf zudem heute keiner weiteren Erörterung. Es besteht daher nicht die logische Konsequenz, die rechtlichen Beziehungen zwischen den Trägern hoheitlicher Gewalt und den Sachen, soweit diese im Verwaltungsrecht öffentlichrechtlich geregelt sind, auf die Beziehungen der Träger hoheitlicher Gewalt ausschließlich gerade zu den öffentlichen Sachen zu beschränken. Damit bietet sich eine wesentlich umfassendere Abgrenzung als die Überkommene an.

III. Während sich die vorangehend dargestellten Konstruktionsversuche eines öffentlichen Sachenrechts als Recht der öffentlichen Sache in der Frage nach der Zuordnungssubjektivität öffentlich-sachenrechtlicher Rechtssätze unterscheiden, findet sich eine weitere Besonderheit in der Lehre von MAUNZ¹⁾, der das öffentliche Sachenrecht als ein Recht ansieht, welches sich um die öffentliche Sache als ein Rechtsverhältnis gruppiert. Die öffentliche Sache sei von substantiellen Vorstellungen gelöst und ausschließlich als Beziehung ihres Rechtsträgers zur Norm aufzufassen²⁾, sie sei daher nichts anderes als Rechtspflicht eines Trägers öffentlicher Verwaltung³⁾.

Wenngleich der Versuch von MAUNZ, die öffentliche Sache von ihrem körperlichen Substrat zu lösen, keine Anerkennung finden konnte⁴⁾ und auch MAUNZ⁵⁾ sich inzwischen von dieser Auffassung gelöst hat, so bleibt doch die von ihm gegebene Darstellung der "Hauptproble-

1) Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933

2) MAUNZ aaO, S. 72

3) MAUNZ aaO, S. 201

4) s. ZIPPELIUS, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts, DöV 1958, S. 839

5) Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten: Die Verwaltung, Heft 11 (1957), S. 1 ff

me des öffentlichen Sachenrechts" gerade deshalb beachtenswert, weil MAUNZ sich mit der Möglichkeit einer umfassenderen Abgrenzung wie kein anderer auseinandersetzt, bevor er sie ablehnt.

Öffentliches Sachenrecht ist nach MAUNZ derjenige Teil des öffentlichen Rechts, der außer den öffentlichrechtlichen Merkmalen noch typisch sachenrechtliche aufweist. Letzteres könne die besondere Qualität der Berechtigung oder aber der Gegenstand der Norm sein. Die Erkenntnis hierüber müsse das Verwaltungsrecht aus den Theorien des Zivilrechts über den Begriff des Sachenrechts entnehmen¹⁾.

MAUNZ versucht den Nachweis, daß auch im Zivilrecht die Qualität der Berechtigung als typisch sachenrechtliches Merkmal nicht fixierbar sei. Da sich Sachenrechte von Rechten anderer Art qualitativ nicht unterscheiden, sei die Existenz von Sachenrechten im subjektiven Sinne überhaupt zu verneinen²⁾. Die Systematik der herrschenden Privatrechtslehre gehe von einem vorgestellten Gegensatz zwischen rechtlicher Willensbeherrschung und rechtlicher Sachbeherrschung aus. Sie habe zur Voraussetzung, daß eine rechtliche Herrschaft im Sinne einer Realisierung subjektiver Rechte nicht bloß im Verhältnis von Rechtspersonen untereinander, sondern auch von Rechtspersonen einerseits und Sachen andererseits denkbar sei³⁾. Diese Vorstellung bilde die Basis für den Gegensatz von Leistungsansprüchen und Sachbeherrschungsrechten, von Obligationenrecht und Sachenrecht. Der Anerkennung einer unmittelbaren Person - Sachbeziehung als allgemein-sachenrechtliche Erscheinung müsse die weitere Frage nach dem besonderen sachenrechtlichen Gehalt dieser Rechtsbeziehung folgen. Die Privatrechtslehre habe vergebens

1) MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 45

2) MAUNZ aaO, S. 45

3) MAUNZ aaO, S. 41

in der besonderen Qualität der Berechtigung, nämlich in der "Gewährung unmittelbarer Sachherrschaft", in der "Absolutheit des Klageschutzes" oder in dem negativen Merkmal des "Ausschlusses positiver Leistungspflichten" typisch sachenrechtliche Merkmale gesucht¹⁾. Die Sachenrechte wiesen somit kein anderes Merkmal auf, als daß sie inhaltlich in gewisser Weise von Sachen im Rechtssinne handeln. Allein die Befassung mit Sachen sei jedoch nicht minder imstande, dem Sachenrecht auch nur ein formales Kriterium zu geben, denn der Begriff der Sache sei etwas durchaus Willkürliches, eine positiv rechtliche Zufälligkeit²⁾. Darum müsse der privatrechtliche Sachenrechtsbegriff den gleichen, rein positiv-rechtlichen und zufälligen Charakter hiermit teilen. Anders sei das nur bei der ö f f e n t - l i c h e n Sache. Diese sei rechtlich bestimmbar, und zwar - wie MAUNZ hier annimmt³⁾ - als ein Rechtsverhältnis besonderer Art. Daraus ergebe sich die Beschränkung des öffentlichen Sachenrechts als das Recht der öffentlichen Sache oder als ein Recht, das sich um die öffentliche Sache gruppiert.

MAUNZs Frage nach einer umfassenderen Konstruktionsmöglichkeit betrifft zu Recht die Untersuchung einer unmittelbaren Person - Sachbeziehung als allgemein sachenrechtliche Erscheinung einerseits und deren typisch sachenrechtlichen Gehalt andererseits, denn dieses sind die Grundlagen des materiellen Sachenrechtsbegriffs, welcher je nach seiner Ausrichtung auf verschiedener Rechtsebene dem öffentlichen oder privaten Recht anzugehören vermag. Während MAUNZ die Existenz einer unmittelbaren Person - Sachbeziehung nicht ausschließen kann - wenngleich er diese als "ideologische

1) Zur Kritik an diesen Auffassungen s. MAUNZ aaO, S. 45

2) MAUNZ aaO, S. 44

3) Vgl. zur Änderung der Anschauungen MAUNZs: Das Recht: Die Verwaltung, Heft 11 (1957), S. 1 ff

Fesseln" für entbehrlich und verwirrend ansieht¹⁾ -, scheidet nach seiner Auffassung der Konstruktionsversuch eines umfassenderen öffentlichen Sachenrechts letztlich daran, daß die weitere Suche nach einem besonderen sachenrechtlichen Gehalt dieser Rechtsbeziehung für ihn zu keinem Ergebnis führt.

Und in der Tat sind die von ihm aufgeführten und widerlegten Sachenrechtstheorien nicht geeignet, den typisch sachenrechtlichen Gehalt dieser Rechtsbeziehungen zu kennzeichnen. Die ausführliche Stellungnahme hierzu sowie die Darstellung einer allgemeingültigen Sachenrechtstheorie bleibt dem konstruktiven Teil dieser Erörterungen vorbehalten²⁾. MAUNZ ist jedoch an dieser Stelle entgegenzuhalten, daß die Ablehnung von vorgegebenen Theorien nicht zwingend zu dem Schluß berechtigt, daß das, was diese nicht auszudrücken vermögen und daher falsch ausgedrückt haben, nicht dennoch zu existieren vermag. Es erscheint, daß MAUNZ die Schwäche der Sachenrechtstheorien zur Zeit der Entstehung seiner Schrift nicht sehr betroffen hat, da so für ihn der Weg frei wurde, das öffentliche Sachenrecht als ein Recht zu konstruieren, das sich um die öffentliche Sache als ein R e c h t s v e r h ä l t - n i s gruppiert.

§ 6 Die Sachherrschaft als sachenrechtliches Merkmal von Rechtsbeziehungen der Verwaltungsträger zu den Sachen

Die bisher dargestellten Konstruktionsversuche eines öffentlichen Sachenrechts in der Rechtslehre ließen sich zum einen Teil durch die Fehlbewertung des Verhältnisses privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher

1) MAUNZ aaO, S. 45; vgl. darüber im einzelnen u. §§ 12 I, 13

2) s. dazu unter Teil II

Rechtsbeziehungen zu einander, zum anderen Teil durch die nicht gerechtfertigte Beschränkung auf das Recht der öffentlichen Sache kennzeichnen. Hinzuzufügen bleibt als eine Sachenrechtstheorie besonderer Art die Lehre TEZNERs¹⁾. TEZNERs Schrift ist vor fast sieben Jahrzehnten erschienen, und wenn auch der Inhalt seiner Erörterungen nicht allein durch den Zeitablauf berührt sein kann, so entstünde doch die Gefahr gewisser Verfälschungen, wollte man bei dessen Wiedergabe die Darstellungsweise jener Zeit durch eine solche heutigen Sprachgebrauchs ersetzen:

"Gestritten wird, ob von einem publicistischen Sachenrecht gesprochen werden kann (2). Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß der Staat nach Maßgabe der bestehenden Normen behufs unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Zwecke über die in seinem Gebiete gelegenen Sachen verfügen kann, so wie der Private über Sachen verfügt kraft dinglichen Rechts. Fälle solcher unmittelbarer publicistischer Herrschaft über Sachen liegen vor, wenn der Staat oder ein öffentlicher Verband über Privatsachen in bestimmter Weise zur Verwirklichung eines polizeilichen Zwecks verfügt, sei es, daß es, wie bei den *res nullius* oder *derelictae*, an einem Subjicierten fehlt, der eine in Betreff der Sache bestehende polizeiliche Pflicht zu erfüllen vermöchte oder daß der Verpflichtete nicht erfüllen will. Unmittelbare publicistische Herrschaft über Sachen übt der Staat, wenn er die in seinem Gebiete liegenden Sachen ohne das Medium einer öffentlichen Leistungspflicht des Eigentümers unmittelbar nutzt. Der Staat realisiert durch diese Nutzungen innerhalb der rechtlichen Grenzen seine Gewalt über Personen und Sachen behufs Erfüllung seiner Aufgaben. Seine Befugnisse leiten sich nicht ab von einer vorgenommenen oder als erfolgt angenommenen Disposition des Eigentümers. Sofern der Beschlagnahme eine Entscheidung über ihre Zulässigkeit vorzugehen hat, wie bei der Expropriation, lautet dieselbe, *in rem* nicht *in personam*.

Unmittelbare öffentlichrechtliche Gewalt übt der Staat auch über die *res publicae*, auch wenn sie im Privateigentum stehen.

1) Friedrich TEZNER, Der Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AÖR, Bd. 9, 1894, S. 325 ff

2) TEZNER aaO, S. 376

Auch kann das Verhältnis des Staates zu einer Sache ein solches sein, daß er über dieselbe weder durch physische Nutzung noch durch rechtsgeschäftliche Verfügung unmittelbar verfügt, wohl aber in dem einzelnen Falle den zulässigen Inhalt der rechtsgeschäftlichen Disposition der Berechtigten mit Genehmigung in bindender Weise bestimmt; z.B. wenn jemand aus staatlicher Verleihung entspringenden Nutzungsbefugnissen zu Lasten Dritter Befugnisse abzweigen will."

TEZNERs "publicistisches Sachenrecht" ist somit aufgebaut auf der Anerkennung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Sache und als deren Inhalt, ein Verfügungsrecht des Staates über dieselben "behufs unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Zwecke". Der unmittelbaren Herrschaft der Privatperson über Sachen kraft dinglichen Rechts entspricht nach seiner Auffassung die unmittelbare publicistische Herrschaft über Sachen als qualitatives Merkmal öffentlicher Sachenrechte. So hat TEZNER mit den Fragen nach dem besonderen öffentlichrechtlichen Gehalt, der unmittelbaren Person-Sachbeziehung und deren typisch sachenrechtlichen Inhalt die Grundlagen gefunden, die als Gerüst jeder erfolgversprechenden Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts anzusehen sind.

TEZNERs Darstellung entbehrt jedoch näherer Erörterungen über die besonderen öffentlichrechtlichen Wesensmerkmale seines "publicistischen Sachenrechts", besonders in dessen Unterschied zum zivilistischen Sachenrecht. Der Staat und seine Untergliederungen können nicht zuletzt auch als Privatrechtssubjekte Sachherrschaft ausüben. Allein die Ausrichtung der Sachherrschaft auf die Erfüllung öffentlicher Zwecke - als ein Kriterium der zur Zeit TEZNERs wohl herrschenden, sogenannten "Interessentheorie" -, ist als Unterscheidungsmerkmal nicht brauchbar, da sie gerade in zweifelhaften Fällen keine eindeutigen Ergebnisse liefern kann¹⁾. Daß die öffentlichen Zwecke bei TEZNER in der

1) s. darüber unter §§ 8 und 9

Regel p o l i z e i l i c h e Zwecke sind, kennzeichnet nebenher die seinerzeit kaum überwundene Ausdehnung des materiellen Polizeibegriffs über den Bereich der Gefahrenabwehr hinaus¹⁾. Andererseits ist hier belegt, daß das Polizei- und Ordnungsrecht, soweit es sich auf den polizeimäßigen Zustand von Sachen bezieht, dem öffentlichen Sachenrecht angehören muß²⁾.

TEZNERs Anerkennung einer unmittelbaren Person - Sachbeziehung ist im Ergebnis zutreffend, jedoch von ihm nirgendwo begründet. Der Hinweis, daß es in Fällen unmittelbarer publicistischer Herrschaft über Sachen - wie bei den res nullius oder derelictae - an einem Subjizierten fehlen könne, vermag die entscheidenden Gesichtspunkte zwar anzudeuten, jedoch die Erörterung der hier gegebenen Problemstellung nicht zu erschöpfen. MAUNZ³⁾ Kritik an TEZNER, seine Theorie liege etwa auf gleicher Linie mit einer Begriffsbildung, die einen bürgerlichrechtlichen Kaufvertrag, soweit er zum Tatbestand eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses gehört und damit für das öffentliche Recht "besonders bedeutsam" werden kann wie z.B. im Umsatzsteuerrecht, als öffentlichrechtlichen Kaufvertrag bezeichnen würde, findet hier ihren Ansatzpunkt. Abgesehen davon, daß TEZNER mit der "unmittelbaren Sachherrschaft" als der "freien Verfügungsbefugnis über Sachen" seiner Konstruktion ein nach seiner Ansicht typisch sachenrechtliches Merkmal eingefügt hat, was MAUNZ hier nicht beachtet, wäre eine solche Kritik von vornherein gegenstandslos - und wohl gar nicht erst aufgekomen -, wenn TEZNER die unmittelbare Person - Sachbeziehung als allgemein sachenrechtliches Erscheinungsmerkmal nicht nur unterstellt, sondern auch begründet hätte.

1) Vgl. das bekannte Kreuzbergurteil des PrOVG v. 14. 6.1882, Bd. 9, S. 352 - 384.

2) Vgl. darüber im einzelnen § 16

3) Hauptprobleme ..., S. 53

Die Kritik an TEZNER betrifft schließlich die Qualifizierung der unmittelbaren Person - Sachbeziehung als eine publicistische H e r r s c h a f t über Sachen. Es ist die Frage nach dem besonderen, typisch sachenrechtlichen Merkmal der Person - Sachbeziehung als allgemein sachenrechtliche Erscheinung, die hier einer Antwort bedarf¹⁾. Sach h e r r s c h a f t allein vermag den Gehalt dieser Rechtsbeziehung nicht als typisch sachenrechtlich zu kennzeichnen²⁾.

§ 7 Zusammenfassung des ersten Teils

Ansatzpunkte der Darstellung des bisherigen Standes der Rechtswissenschaft über ein öffentliches Sachenrecht waren dessen Negation einerseits und die vorhandenen Konstruktionsversuche zum anderen. Die Untersuchung hat ergeben, daß die Negation des öffentlichen Sachenrechts in den dargelegten Formen nicht begründet ist, daß jedoch die vorhandenen Konstruktionsversuche bei ihrer Prüfung mannigfache Unzulänglichkeiten aufweisen.

1) s. darüber im einzelnen unter § 12

2) s. darüber besonders S. 57 ff



Z w e i t e r T e i l

Die Möglichkeit einer umfassenderen Abgrenzung des Verwaltungsrechts, soweit es sich auf Sachen bezieht

1. Abschnitt

Die grundlegenden Merkmale des öffentlichen Sachenrechts

Eine umfassendere Abgrenzung des Verwaltungsrechts, soweit es sich auf Sachen bezieht, in Form eines "öffentlichen Sachenrechts" setzt voraus, daß die so zu bezeichnende Rechtsmaterie sowohl ö f f e n t l i c h - rechtlichen als auch s a c h e n - rechtlichen Charakter trägt¹⁾. Die Problemstellung dieser Erörterungen darf nicht so verstanden werden, als gelte es die Merkmale eines mit der Rechtslehre anerkannten "öffentlichen Sachenrechts" - vielleicht zutreffender oder genauer als diese - herauszustellen, sondern es ist auf Grund der Feststellung, daß der Begriff "öffentliches Sachenrecht" gebraucht wird, wobei dessen Inhalt jedoch nicht das öffentliche Sachenrecht sein kann²⁾, die Frage gestellt, ob es überhaupt eine Rechtsmaterie gibt, der diese Begriffsbezeichnung dem Inhalte nach zukommt³⁾.

Eine solche Rechtsmaterie müßte grundlegend öffent-

1) Über Wechselbeziehungen zwischen der Entscheidung über das Wesen des öffentlichen Rechts und den Grundlagen des materiellen Sachenrechtsbegriffs s. unten S. 33 Anm. 2

2) s. oben erster Teil

3) Vgl. o. § 1

lichrechtlichen Charakter tragen, da sie ein Teil des öffentlichen Rechts ist, und im Verhältnis zu diesem besonderen sachenrechtlichen Gehalt besitzen, um eben öffentliches S a c h e n r e c h t sein zu können. Der Gang der Untersuchungen darf sich also derart gestalten, daß zunächst der Begriff des öffentlichen Rechts darzustellen ist und sodann die Frage nach dem Sachenrechtsbegriff zu beantworten sein wird. Entscheidend für die Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts ist schließlich die Möglichkeit der V e r b i n d u n g öffentlichen Rechts mit sachenrechtlichem Gehalt. Nur wenn das öffentliche Recht eine solche gestattet und der Inhalt seiner Rechtssätze sie kennt, gibt es ein öffentliches Sachenrecht. Sofern dies nicht der Fall, gibt es kein öffentliches Sachenrecht und der gleichlautende Begriff ist zu vermeiden¹⁾.

I. Kapitel

Öffentlichrechtlicher Rechtscharakter

Öffentliches Sachenrecht ist vornehmlich ö f f e n t l i c h e s R e c h t. Darin unterscheidet es sich vom Zivilrecht, besonders dem Sachenrecht des Zivilrechts, zu dem es als Sonderrecht in einem Verhältnis der Spezialität steht²⁾. Der Begriff des öffentlichen Rechts umschließt den des öffentlichen Sachenrechts. Daher muß die Definition des öffentlichen Sachenrechts

1) Sinngemäß: FRIEDRICHS, Bürgerliches u. öffentliches Sachenrecht, AöR 40. Bd. (1921), S. 257 ff (321)

2) s.o. S. 13 f; beachte hier das doppelte Verhältnis der Spezialität: einmal inhaltlich auf öffentlich-rechtlicher Ebene, zum anderen hat das öffentliche Sachenrecht auch Teil an einem anderen Verhältnis der Spezialität, welches den Dualismus zwischen privatem und öffentlichem Recht betrifft; vgl. auch S. 68

die Begriffsmerkmale des öffentlichen Rechts enthalten, nicht zuletzt um den dargelegten Unterschied zum Sachenrecht des Zivilrechts auszudrücken.

§ 8 Theorien und Anschauungen über Wesen und Merkmale des öffentlichen Rechts

Die Theorien und Anschauungen in der Rechtslehre über Wesen und Merkmale des öffentlichen Rechts, besonders in seinem Unterschied zum Privatrecht, sind zahlreich und vielfältig zugleich. Ihre umfassende Darstellung ginge über den Rahmen dieser Schrift hinaus¹⁾. Zudem liegt der Schwerpunkt dieser Erörterungen bei der Verwendung des Sachenrechtsbegriffes im öffentlichen Recht. Damit ist dem Umfang der Erörterungen über den Begriff des öffentlichen Rechts eine Grenze gesetzt, welche die Darlegungen auf eine kurze Übersicht und die auf den heutigen Stand von Rechtslehre und Rechtsprechung bezogene Stellungnahme beschränken soll.

Im Mittelpunkt des Streits befinden sich drei Theorien, die hier nur in ihren wesentlichen Merkmalen aufgeführt werden können²⁾.

Die sogenannte "I n t e r e s s e n t h e o r i e" geht von ULPIAN³⁾ aus: Die Verfolgung überwiegender

- 1) Eine weitere Übersicht geben: Erwin BRUNE, Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderung im Linienverkehr, Diss. Münster 1959, S. 54 ff; Manfred ZULEEG, Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern und Staatsbürgern auf Grund Verwaltungsaktes, Diss. Erlangen 1959, S. 33 ff; s. ferner die kurze Übersicht und Stellungnahme bei H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 II a, mit weit. Hinw.
- 2) Über nähere Einzelheiten, sofern diese nicht auch im Rahmen der nachfolgenden Stellungnahme eingeführt sind; vgl. die angegebenen Schriften und Abhandlungen, die jeweils weitere Lit.-Hinw. enthalten.
- 3) Dig. I 1,1 § 2: Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

Zwecke der Allgemeinheit kennzeichne das öffentliche Recht, die Verfolgung der Zwecke einzelner Personen oder Personengruppen hingegen das Privatrecht. Sie ist die älteste der hier genannten Theorien und wurde zeitweilig vom Reichsgericht¹⁾ vertreten; heute findet sie nur noch vereinzelt Anerkennung²⁾.

Die besonders in der Rechtspraxis gebräuchliche Unterscheidung in der U n t e r - oder G l e i c h o r d - n u n g der an einem Rechtsverhältnis Beteiligten ist Merkmal der sogenannten S u b j e k t i o n s - oder M e h r w e r t t h e o r i e³⁾, die heute noch vielfach als herrschend bezeichnet wird⁴⁾.

Dagegenüber beginnt sich mehr und mehr die von H.J. WOLFF⁵⁾ weiterentwickelte und präzisierte S u b j e k t s - t h e o r i e durchzusetzen⁶⁾. WOLFF erkennt, daß die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nicht in der Verschiedenheit der Tatbestände der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze, auch nicht in der Verschiedenheit der Kopula oder der Rechtsfolgen, sondern in einer Verschiedenheit der Zuordnungsobjekte liegt⁷⁾: Öffentliches Recht ist der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungsobjekt ausschließ-

- 1) RGZ Bd. 57, S. 350; Bd. 64, S. 197 ff; Bd. 125, S. 109; Bd. 167, S. 287: zugunsten der Subjektionstheorie aufgegeben.
- 2) s. NAWIASKY, Rechtslehre ..., S. 294 ff, v. TUREGG, Lehrbuch, S. 36
- 3) Vgl. RGZ 167. Bd., S. 284; BGHZ 14. Bd., §. 227; BGH: DöV 1958, S. 861
- 4) FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 100, Erwin BRUNE, Diss. aaO, S. 55; Manfred ZULEEG, Diss. aaO, S. 46
- 5) Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR Bd. 76 (1950), S. 205 ff, sowie Verwaltungsrecht I, § 22 II c
- 6) So zutreffend Wolfgang SIEBERT, Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DöV 1959, S. 733 ff
- 7) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, aaO S. 81 und AöR aaO, S. 208

lich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist¹⁾.

§ 9 Stellungnahme

Gegen diese Theorien werden in der Rechtslehre Einwendungen erhoben, welche sich gegen die rechtsdogmatische Korrektheit ihrer Lösung, aber auch gegen deren praktische Brauchbarkeit richten.

Rechtsdogmatische Mängel und das Fehlen praktischer Verwendbarkeit sind bei der Interessentheorie offensichtlich. Das "öffentliche Interesse" kann nicht Unterscheidungsmerkmal öffentlichen und privaten Rechts sein, weil alles Recht im öffentlichen Interesse der Ordnung menschlichen Zusammenlebens dient, auch das Privatrecht²⁾. So kann an konkreten privatrechtlichen Gestaltungen in gleicher Weise ein öffentliches Interesse bestehen wie umgekehrt ein privatrechtliches an öffentlichrechtlichen Maßnahmen³⁾. Öffentliches Interesse und Einzelinteresse können auch in ein und demselben Rechtsatz gleichwertige Berücksichtigung gefunden haben, so daß die "veredelte Formulierung" der Interessentheorie NAWIASKYS⁴⁾, wonach auf eine Bevorzugung des öffentlichen Interesses abzustellen sei, verfehlt ist. Demzufolge kann auch die an solchen Erkenntnissen NAWIASKYS orientierte Kritik ZULEEGS⁵⁾ an der Ablehnung der Interessentheorie durch WOLFF⁶⁾ nicht überzeugen.

Die praktische Brauchbarkeit der Interessentheorie ist gering, weil schon das Merkmal des öffentlichen Interesses kaum eindeutig bestimmbar ist und zudem weitgehend ideologischer Interpretation offenbleibt. Ferner

- 1) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, aaO S. 82
- 2) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 II a, 6
- 3) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 II a, 6
- 4) Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 295
- 5) Diss. aaO S. 41
- 6) wie Anm. 1)

enthält die Abwägung des öffentlichen Interesses und des Einzelinteresses wegen der gegenseitigen Überlagerungen und Wechselbeziehungen mannigfache Ungenauigkeiten, so daß gerade in zweifelhaften Fällen keine eindeutige Entscheidung möglich ist¹⁾. Die Interessentheorie - eine Zeit lang herrschend²⁾ - mag zwar aus dem Gesichtswinkel der Rechtslehre vergangener Zeit, der das öffentliche Recht von der Praxis des Rechtslebens her als ein weniger umfassender und weniger bedeutsamer Teil der Rechtsordnung gegenüber dem Privatrecht erschien, Genüge getan haben, da die Auswirkungen der oben dargelegten rechtsdogmatischen Mängel hier noch weniger in Erscheinung traten. Die moderne Ausgestaltung des Rechtslebens und die größere Differenzierung aller Rechtsbeziehungen, besonders auch öffentlichrechtlicher Art, haben die rechtsdogmatischen Unzulänglichkeiten und praktischen Mängel dieser Theorie erst in der rechten Weise kenntlich gemacht. Sie wird daher auch von der Mehrzahl aller Autoren der modernen Rechtslehre abgelehnt³⁾, wobei im wesentlichen nur die Gründe der Ablehnung verschiedene Schwerpunkte der hier dargelegten Kritik betreffen.

Der Abkehr von der Interessentheorie folgte die Zuwendung zur S u b j e k t i o n s t h e o r i e⁴⁾, um deren Gültigkeit heute mehr denn je gestritten wird. Die Subjektionstheorie hat rechtsdogmatisch ihre entscheidende Schwäche darin, daß Einteilungsgegenstand dieser Lehre Rechtsverhältnisse bilden, und zwar im Hinblick auf die Gleich- bzw. Unterordnung der daran Beteiligten, während die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht in Wahrheit das objektive Recht betrifft⁵⁾.

- 1) Erwin BRUNE, Diss. aaO, S. 55
- 2) Vgl. die Rspr. des RG S. 22 Anm. 3
- 3) a.A.: NAWIASKY und v. TUREGG, vgl. S. 29 Anm. 2
- 4) Vgl. die Rspr. des RG S. 22 Anm. 3
- 5) H.J. WOLFF, AöR aaO, S. 205 ff (211), Verwaltungsrecht I § 22 II a 7; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, I, S. 97

Da zudem Inhalt und Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses immer nur die Folge rechtssatzmäßiger Regelung ist, stellt es eine *petitio principii* dar, wenn man den Charakter des Rechtssatzes nach der Ausgestaltung des von ihm betroffenen Rechtsverhältnisses bestimmen will¹⁾. Wenn schon demgegenüber der Subordinationscharakter als ein Merkmal öffentlichrechtlicher Beziehungen angesehen wird, so gehört eine bestimmte Maßnahme in deren Vollzug nicht deshalb dem öffentlichen Recht an, weil sie einseitig verbindlich ist, sondern sie ist einseitig verbindlich, weil sie dem öffentlichen Recht angehört²⁾.

Hier wird weiterhin erkennbar, daß die Subjektionstheorie zudem in der Gegenüberstellung von Unter- und Gleichordnung der an dem Rechtsverhältnis Beteiligten Unterscheidungskriterien aufstellt, die in Wahrheit keine Verschiedenheiten betreffen, weil sie in ihrer Erscheinungsform sowohl der einen wie der anderen Rechtsmaterie eigen sind. So gibt es auch privatrechtliche Unterordnungsverhältnisse, z.B. Kindschaft, und öffentlichrechtliche Gleichordnungsverhältnisse, z.B. zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts³⁾.

Die Subjektionstheorie setzt außerdem zu Unrecht voraus, daß bei jedem Rechtsverhältnis mehrere, d.h., mindestens zwei Beteiligte gegeben sind, denn nur so ist Raum für eine Gleich- bzw. Unterordnung. Die herrschende Lehre kennt aber auch das Rechtsverhältnis im weiteren Sinne als die rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu einer Sache⁴⁾, wie im Privatrecht unstreitig das Eigentum⁵⁾. Es ist nicht zu ersehen, wie die Subjektionstheorie durch das Merkmal der Gleichordnung

1) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 II, a 7

2) Wolfgang SIEBERT, aaO DöV, 1959, S. 733

3) Vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 II, a 7

4) s. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 32 VI, a 1

5) s. WESTERMANN, Sachenrecht, 4. Aufl., S. 5 ff

diese letztgenannte Rechtsbeziehung dem Privatrecht zuweisen kann, gleichwie in der Darstellung eines öffentlichen Sachenrechts - bei Anerkennung der unmittelbaren Person-Sachbeziehung als grundlegendes sachenrechtliches Merkmal¹⁾ - das Kriterium der Unterordnung keinen Platz findet²⁾.

Wegen dieser Fehler und Unzulänglichkeiten der Subjektionstheorie, die besonders nach den grundlegenden Erörterungen von H.J. WOLFF³⁾ Beachtung fanden, hat sich inzwischen ein großer Teil der Rechtslehre und auch der Rechtsprechung von ihr abgewandt⁴⁾, so daß sie heute zu Recht als nicht mehr herrschend bezeichnet wird⁵⁾. Zwar ist die Subjektionstheorie in der Rechtsprechung bisher noch nicht ausdrücklich aufgegeben worden, jedoch haben der BGH und auch andere Gerichte, besonders das BVerwG, in neueren Entscheidungen die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht nach anderen Kriterien getroffen⁶⁾. So wurde nach dem Versagen der Subjektionstheorie zur Regel erhoben, aus den Umständen des Einzelfalles eine brauchbare und sachgerechte Lösung zu entwickeln: Die Gerichte müßten eine sinnvolle Abgrenzung im *E i n z e l f a l l e* aus der Natur der Sa-

1) s. darüber unter § 12 I

2) Die Subjektionstheorie zwingt also zu einer Sachenrechtskonstruktion, die entgegen der h.L. die mittelbare Person-Sachbeziehung als grundlegendes sachenrechtliches Merkmal ansieht. So konnte O.MAYER, der den öffentlichrechtlichen Gehalt seines öffentlichen Sachenrechts nach der Subjektionstheorie bestimmt, folgerichtig nur die mittelbare Person-Sachbeziehung als Grundlage des materiellen Sachenrechtsbegriffs ansehen. Hierauf mag ferner seine Auffassung beruhen, das öffentliche Sachenrecht sei nicht Teil des Verwaltungsrechts. s. S. 12 m. Anm. 1, S. 12 m. Anm. 3; vgl. ferner S. 27 m. Anm. 1

3) AöR, S. 205 ff

4) Vgl. Wolfgang SIEBERT, DöV aaO 1959, S. 733

5) s. H.J. WOLFF, Anm. z. U. d. BVerwG v. 18.10.1960, DVBl. 1961, S. 208

6) Vgl. SIEBERT, DöV aaO; H.J. WOLFF, DVBl aaO

che gewinnen¹⁾ und ihre Entscheidung an den vorhandenen E i n z e l k r i t e r i e n ausrichten²⁾. Daß es dabei nicht auf das geregelte Rechts v e r h ä l t n i s, sondern auf den angewandten Rechts s a t z ankommt, hat das BVerwG in einer seiner neuesten Entscheidungen anerkannt³⁾.

In der Rechtslehre hat die Kritik an der Subjektions-
theorie vielfach zu einer Vermischung und Kombination
der aufgezeigten Theorien und damit letztlich auch zu
der nach dem Einzelfall ausgerichteten Entscheidung ge-
führt, welche rechtsdogmatisch nicht befriedigen kann⁴⁾.

Demgegenüber beruht die Stärke der erneuerten S u b -
j e k t s t h e o r i e auf ihrer rechtsdogmatisch saube-
ren Konstruktion. Soweit die Subjektionstheorie in
Rechtslehre und Rechtsprechung zu ihren Gunsten aufge-
geben wurde, ist zumeist darin der entscheidende Grund
gelegen.

Kritik an der erneuerten Subjektstheorie des öffentli-
chen Rechts als dem Sonderrecht der Träger öffentlicher
Verwaltung, insbesondere des Staates, enthalten jene
Einwendungen, die darauf verweisen, daß auch bei den
§§ 928 Abs. II, 981 und 1936 BGB ein Sonderrecht des

1) BVerwG d.U.v. 7.11.1957, NJW 1958, S. 394; ähnlich:
BGH d.U.v. 27.10.1960, MDR 1961, S. 34

2) BGH d.U.v. 17.12.1960, MDR 1961, S. 302

3) BVerwG d.U.v. 18.10.1960, DVBl. 1961, S. 208 m. Anm.
v. WOLFF; eine zusammenfassende Übersicht zur neue-
ren Rechtsprechung gibt SIEBERT, DöV aaO, S. 734, un-
ter Bezugnahme auf die erneuerte Subjektstheorie
WOLFFs: "Es ist nicht zu verkennen, daß die neuere
Rspr. sich ähnlicher Formen bedient."

4) Vgl. v. TUREGG, Lehrbuch S. 36; GIACOMETTI, aaO,
S. 94 ff; SIEBERT, aaO; Heinrich CLASEN, Das mit
Zivilrecht und Verwaltungsrecht gemischte Rechts-
verhältnis, DöV 1959, S. 281, tritt für eine Erneue-
rung der Lehre O. MAYERS ein: Bei dem jetzigen
Rechtszustand könne die Abgrenzung von öffentlichem
und privatem Recht nur in dem freien Spiel richter-
lichen Beliebens erfolgen.

Staates vorliege, welches jedoch privatrechtlicher Na-
tur sei. Auf diese Rechtssätze könne sich gleichfalls
n u r der S t a a t und nicht jede beliebige Privat-
person gegenüber anderen Privatpersonen berufen¹⁾.

Dieser Schluß beruht jedoch - wie bereits MENGER²⁾
aufgezeigt hat - auf einem Mißverstehen der Subjekts-
theorie. Sonder- oder Amtsrecht in dem hier gemeinten
Sinne ist nicht das Recht des Staates und seiner
Gliedkörperschaften sowie sonstiger Körperschaften des
öffentlichen Rechts schlechthin, sondern das allein
und ausschließlich auf diese als Träger hoheitlicher
Gewalt bezogene Recht. Gerade darin ist der Unter-
schied zur älteren Subjektstheorie gemeint, die in ih-
rer Definition das Adverb AUSSCHLIESSLICH nicht ent-
hielt, wohingegen die erneuerte Subjektstheorie auf
diese Weise eindeutig definiert, daß im öffentlichen
Recht Subjekte hoheitlicher Gewalt a l s s o l c h e
und nicht als Subjekte des Privatrechtsverkehrs, an
welchem diese anerkanntermaßen auch teilnehmen können,
beteiligt sind.

Rechtssätze, auf die sich jedes beliebige Rechtssub-
jekt gegenüber anderen beliebigen Rechtssubjekten be-
rufen kann, sind nicht solche des öffentlichen Rechts,
sondern gehören wegen ihrer Allgemeinbezogenheit dem
Privatrecht an. Darüberhinaus gehören aber auch solche
Rechtssätze dem Privatrecht an, auf die sich nicht be-
liebige, sondern nur b e s t i m m t e Subjekte - außer
Subjekten hoheitlicher Gewalt - berufen können, weil
es auch auf der Ebene des Privatrechts ein Sonderrecht
bestimmter Privatrechtssubjekte gibt. Diese mögen ab-
strakt - generell wie etwa "die Kaufleute" im HGB,

1) So z.B. BETTERMANN, Anm. z.U.d. BVerwG v.7.11.1957,
DVBl. 1958, S. 867; ZULEEG, Diss. aaO, S. 45

2) Aus der Praxis der Verwaltung und Verwaltungsge-
richtsbarkeit, VerwArch. 50. Bd. (1959), S. 193 ff
(198), am Beispiel eines gemeindlichen Vorkaufs-
rechts.

oder individuell wie etwa "das Volkswagenwerk" in dem Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk-GmbH in private Hand¹⁾ oder wie der "Fiskus" in §§ 89, 928, 981, 1936 BGB bestimmt sein. Das Mißverstehen der Subjektstheorie in der Kritik eines Teils der Rechtslehre beruht daher letztlich auf einer unzulässigen Vermischung des Sonderrechts bestimmter Rechtssubjekte auf privatrechtlicher Ebene mit dem Sonderrecht der Subjekte hoheitlicher Gewalt, welches nur die Rechtssätze umfaßt, an dem diese ausschließlich "als solche" beteiligt sind.

Weil mit der Frage nach dem Zuordnungssubjekt der Ansatzpunkt in den Rechtssätzen selbst gegeben ist, hängen Entstehen und Umfang des öffentlichen Rechts vom Willen des Gesetzgebers ab²⁾: Hat dieser bei Aufstellung eines Rechtssatzes als Zuordnungssubjekt ein Subjekt hoheitlicher Gewalt - in dieser seiner Eigenschaft und nicht etwa den Staat als "Fiskus" - einbezogen, so ist damit ein Rechtssatz geschaffen, welcher dem öffentlichen Recht angehört, hat er dieses nicht getan, ein Rechtssatz, der dem Privatrecht angehört. Mit dieser Formel - welche der Definition des öffentlichen Rechts von H.J. WOLFF³⁾ entspricht -, ist die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht vom E n t s t e - h u n g s a k t her in gleicher Weise einfach und überzeugend⁴⁾.

Wissenschaft und Praxis haben jedoch nicht weniger den Rechtscharakter v o r h a n d e n e r Rechtssätze zu bestimmen, also gleichsam aus der Rückschau zu erkennen, ob diese dem öffentlichen oder privaten Recht angehören,

1) v. 21.7.1960, BGBI. I, S. 585

2) Zutreffend BRUNE, Diss. aaO, S. 61/62

3) s. o. S. 30 m. Anm. 1

4) Womit die Rechtswissenschaft ihre Aufgabe insoweit erfüllt, als es darum geht, dem Gesetzgeber darzulegen, in welcher Weise öffentlichrechtliche bzw. privatrechtliche Rechtssätze zu schaffen sind.

das heißt, ob der Gesetzgeber ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ausschließlich in dieser Eigenschaft beteiligt hat oder nicht¹⁾. Das setzt voraus, daß die Subjekte hoheitlicher Gewalt²⁾ aufgrund besonderer Merkmale gegenüber den Privatrechtssubjekten allgemein und im Einzelfall sicher zu unterscheiden sind. Wenngleich demgegenüber gewisse Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts nicht als unüberwindlich erscheinen³⁾, so ist auch mit ihrem Erfolg dann wenig gewonnen, wenn in einzelnen Rechtssätzen der Staat oder seine Gliedkörperschaften als Zuordnungssubjekte beteiligt sind, denn diese sind anerkanntermaßen sowohl Träger hoheitlicher Gewalt wie auch Subjekte des Privatrechtsverkehrs. Mit ihrer Benennung allein ist somit allgemein noch keine Aussage darüber gemacht, ob sie als Träger eines hoheitlichen Sonder- oder Amtsrechts oder eines Sonderrechts gewisser Privatrechtssubjekte⁴⁾ angesprochen sind. Zwar ist bei einer Beteiligung des Staates als Privatrechtsträger dieser zumeist als "Fiskus" benannt⁵⁾, jedoch kann eine solche Unterscheidungsmöglich-

1) Im übrigen wird die Entscheidung des Gesetzgebers darüber - besonders in älteren Gesetzen - nicht immer bewußt vollzogen sein.

2) Endgültige Zuordnungssubjekte sind genau genommen nur die Träger öffentlicher Verwaltung als juristische Personen des öffentlichen Rechts. Aus rechtstechnischen Gründen sind jedoch zumeist deren Organe unmittelbar benannt. Vgl. dazu H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 41 I b

3) Entscheidend ist die Art, wie die Individualität jeweils bestimmt wird. Vgl. H.J. WOLFF, AöR aaO, S. 205 ff (209): Die Individualität öffentlichrechtlicher Körperschaften werde anders als die bei denen des Privatrechts nur aufgrund Rechtssatzes oder Staatsaktes bestimmt. Gegen eine solche Abgrenzungsmöglichkeit: ZULEEG, Diss. aaO, S. 44, welcher auf die staatlichen Verleihungsakte gem. §§ 21, 22 BGB, 34 AktG, 11 GmbHG verweist. Vgl. demgegenüber BRUNE, aaO, S. 59/60

4) s. o. S. 35/36

5) Vgl. z.B. §§ 928, 981, 1936 BGB

keit aufgrund unmittelbarer Anhaltspunkte nach dem Gesetzeswortlaut auch fehlen, wenn - wie z.B. in § 24 BBauG¹⁾ - den "Gemeinden" ein Vorkaufsrecht bei dem Kauf von Grundstücken unter bestimmten Voraussetzungen eingeräumt ist²⁾. In solchen und anderen Fällen ist es nicht ausgeschlossen, daß der privatrechtliche bzw. öffentlichrechtliche Charakter von Rechtssätzen aus der Rückschau nicht unmittelbar nach dem Charakter und der Beteiligungsform seiner Zuordnungsobjekte, sondern desgleichen nach Einzelkriterien und im Hinblick auf die "Natur der Sache" bestimmt werden muß³⁾.

Ohne die hier aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts "aus der Rückschau" zu verkennen, darf man diese auch für die Praxis nicht derart überbewerten, daß man hieraus berechtigte Zweifel an der Brauchbarkeit der erneuerten Subjektstheorie oder gar an der Unterscheidbarkeit öffentlichen und privaten Rechts überhaupt⁴⁾ herleiten wollte. Die erneuerte Subjektstheorie übertrifft alle bisherigen Theorien über die Unterscheidungen von öffentlichem und privatem Recht nicht nur in ihrer rechtsdogmatischen Klarheit, sondern auch in ihrer praktischen Brauchbarkeit. Daher sei ihr auch hier in der von H.J. WOLFF gegebenen Definition⁵⁾ der Vorzug gegeben.

1) v. 23.6.1960, BGBl. I, S. 341

2) Für dessen privatrechtlichen Charakter: BVerwG d. Beschl. v. 18.9.1958, DVBl. 1958, S. 863; MENER, VerwArch. aaO, S. 197; zu unterscheiden ist richtigerweise zwischen dem ausübenden Akt (öffentlich-rechtl.) und seinen Wirkungen (privatrechtl.). Im Sinne einer solchen Zweistufentheorie besonders Arnold EBERT, Die gesetzlichen Vorkaufsrechte nach dem BBauG, NJW 1961, S. 1430 ff

3) Vgl. S. 34 m. Anm. 1 und 2

4) s. z.B. Heinrich CLASEN, Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis, DÖV 1959, S. 281

5) Vgl. o. S. 29/30

II. Kapitel

Sachenrechtlicher Charakter

Gleichsam wie die Errichtung eines Bauwerkes zunächst die Sammlung der dazu erforderlichen Materialien verlangt, setzt auch die Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts die Bestimmung und Beschreibung derjenigen "Bausteine" voraus, deren Verbindung miteinander das zu erkennende Rechtsgefüge ausmacht. Davon, ob diese Verbindung möglich ist und ob sie gelingt, ist hier die Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts abhängig gemacht.

Zu den grundlegenden Merkmalen eines öffentlichen Sachenrechts muß neben dessen öffentlichrechtlichen Rechtscharakter ein besonderer s a c h e n r e c h t l i c h e r Gehalt gehören¹⁾. Nach der Darstellung von Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts wird also an dieser Stelle die Erörterung des Sachenrechtsbegriffs erforderlich, bevor durch Verbindung jener "Bausteine" zur Errichtung eines einheitlichen Gefüges die Möglichkeit der Konstruktion selbst geprüft werden kann.

Während bei der Darstellung des öffentlichen Rechts als des Sonderrechts der Träger hoheitlicher Verwaltung die Frage nach dem Rechts s u b j e k t (Zuordnungsobjekt) im Mittelpunkt stand, betrifft die Erörterung des Sachenrechtsbegriffs die Bestimmung des Rechts o b j e k t e s und seiner rechtlichen Beziehungen in der hierfür typischen Form. Was in der Rechtslehre als Rechtsobjekt behandelt wird, reicht von der Leistungsverpflichtung des Schuldners bei den Forderungsrechten, den körperlichen Gegenständen der Außenwelt als Substrat der Sache im Rechtssinne, den sogenannten immateriellen Güterrechten aufgrund geistiger Produkte etc. bis zu den

1) Vgl. o. S. 26

Rechten an der eigenen Person, auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Namen und Ehre¹⁾. Eine solche Verbindung der Beziehungen zwischen Rechtssubjekten und den Beziehungen der Rechtssubjekte zu materiellen und immateriellen Werten unter einem einheitlichen systematischen Standort wird von NAWIASKY²⁾ zu Recht als "Unstimmigkeit" abgelehnt. Rechtsobjekt ist danach nicht das rechtssatzmäßig vorgeschriebene Verhaltenssollen, sondern ein Stück der Außenwelt, welches bestimmte sachliche Werte enthält³⁾. Die Frage nach dem Sachenrechtsbegriff hat also ihren systematischen Standort in der Frage nach dem Rechtsobjekt nicht etwa neben anderen Rechtsbeziehungen wie die Leistungspflicht des Schuldners bei Forderungsrechten, sondern sie sucht eine nähere Bestimmung "des Stückes der Außenwelt, welches sachliche Werte enthält"⁴⁾.

§ 10 Begriff der Sache

Der Erörterung des Sachenrechtsbegriffs ist die Darstellung des allgemeinen S a c h begriffs und des Begriffs der Sache im öffentlichen Recht voranzustellen.

I. Der allgemeine, vom Privatrecht und von der Privatrechtslehre geprägte Sachbegriff enthält seine wesentlichen Merkmale darin, daß er sich nur auf körperliche Gegenstände bezieht (§ 90 BGB) und gewissen Regeln über Sachzusammenhänge unterliegt (§ 93 ff BGB). Der körperliche Gegenstand ist ein begrenztes Stück der den Men-

1) Vgl. die Aufzählung und kritische Würdigung bei NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 202 ff

2) aaO, S. 203 m. Hw. auf ENNEC.-NIPP., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 13. Bearb. 1. Bd. § 70

3) NAWIASKY aaO; MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 70, definiert allgemein: die Figur des Rechtsobjekts kann zur Bezeichnung des rechtlichen Zweckmittels geprägt werden.

4) NAWIASKY aaO

schen umgebenden Natur. Er kann fest, flüssig und gasförmig sein, muß sich jedoch im Raume a b g r e n z e n lassen, gleich ob durch eigene körperliche Begrenzung oder durch künstliche Mittel¹⁾. Freie Luft, fließendes Wasser und Meereswellen²⁾ gehören mangels tatsächlicher Umgrenzungsmöglichkeit nicht dazu³⁾.

Der Sachbegriff des Zivilrechts ist daher ausschließlich Substanzbegriff, was jedoch nicht dazu verleiten darf, die Sachen im Rechtssinne mit den ihnen zugrunde gelegten körperlichen Substraten zu identifizieren⁴⁾. So verweist G. JELLINEK⁵⁾ zutreffend darauf, daß durch Rechtsbegriffe niemals ein reales Sein erkannt wird. Die Sachen im Rechtssinne entstünden lediglich durch Abstraktion aus den vom Recht geregelten Beziehungen von Menschen zur Außenwelt und zueinander⁶⁾.

Der Sachbegriff des öffentlichen Rechts ist nicht nur Substanzbegriff, sondern zudem auch Bedeutungsbegriff, sofern die verwaltungsrechtlichen Gesetze neben der erkennbaren Verwendung des privatrechtlichen Sachbegriffs⁷⁾ je besondere Sach-Begriffe und -Einheiten verwenden, welche sich aus dem Sinn und Zweck der Rechtsätze ergeben⁸⁾. Daraus geht hervor, daß der Sachbe-

1) PALANDT-DANCKELMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, § 90 Anm. 1

2) str.: elektrischer Strom, vgl. RGZ Bd. 86, S. 12

3) s. PALANDT-DANCKELMANN aaO

4) Eine häufige Verwechslung dieser Art kennzeichnet MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 69

5) Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., S. 162

6) Beachte jedoch, daß G. JELLINEK von der Vorstellung ausgeht, daß es zumindest im öffentlichen Recht nur mittelbare Person-Sachbeziehungen gibt, vgl. o. S. 6

7) z.B. § 10 Flurberg. v. 14. Juli 1953, BGBl. I, S. 591; § 2 Abs. I B1G v. 19.10.1956, BGBl. I, S. 815, i.V.m. RVO v. 16.11.1956, BGBl. I, S. 858

8) Vgl. MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 71; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 39 I, b 2; während der "Weg" im öffentlichen Recht nur als Bedeutungsbegriff aufgefaßt werden kann, nämlich als eine vorgestell-

griff des öffentlichen Rechts sich nicht mit dem des Privatrechts deckt¹⁾. Der angezeigte Unterschied betrifft im einzelnen den Verzicht auf eine feste Umgrenzungsmöglichkeit und die Nichtanwendung der Vorschriften über die Sachzusammenhänge entsprechend §§ 93 ff BGB²⁾.

Hier ergibt sich der Einwand, was von dem allgemeinen privatrechtlichen Sachbegriff noch übrig bleibt, wenn die als dessen Wesensmerkmale bezeichnete Körperlichkeit sowie die Regeln über Sachzusammenhänge ausfallen. Gerade die Konstruktion des öffentlichen Sachenrechts als ein Gegenstück zum Sachenrecht des Privatrechts müßte doch die Verwendung eines zumindest verwandten Sachbegriffs auch im öffentlichen Recht voraussetzen.

Diesem Einwand begegnet der Hinweis, daß mit dem Verzicht auf die Körperlichkeit im strengen Sinne der Privatrechtslehre als der festen Umgrenzbarkeit der Materie nicht das Substanzhafte schlechthin aufgegeben ist, welches vielmehr in irgendeiner grundlegenden Form als das Substrat aller besonderen Sach-Begriffe und -Einheiten auch im öffentlichen Recht vorhanden ist. Wenn gleich z.B. freie Luft, fließendes Wasser und Meereswellen sich nicht tatsächlich umgrenzen lassen, so verbleibt doch das Substanzhafte als grundlegendes materielles Wesensmerkmal gewissen physikalischen Gesetzen unterstellt und von daher erfaßbar. Allein MAUNZ³⁾ hat den

te Einheit von Teilen der Erdoberfläche, Befestigungen, Markierungen usw., ist im Zivilrecht das betreffende Grundstück als Teil der Erdoberfläche Begriffsgegenstand, alles andere Zubehör oder wesentlicher Bestandteil.

- 1) Ebenso: v. TUREGG, Lehrbuch, S. 148; FORSTHOFF, Lehrbuch, S. 327/328; WOLFF, Verwaltungsrecht I, aaO u. § 55 II b
- 2) s. v. TUREGG, Lehrbuch aaO; FORSTHOFF aaO, S. 328; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, aaO
- 3) Hauptprobleme ..., S. 72 u. 201: "Die öffentliche Sache wurde ihrem rechtlichen Wesen nach erkannt als die Rechtspflicht eines Trägers öffentlicher Verwaltung."

Versuch unternommen, die - öffentliche - Sache von ihrem Substrat zu lösen und als ein Rechtsverhältnis darzustellen. Eine solche Betrachtungsweise hat sich aber nicht durchsetzen können und wird auch von MAUNZ heute nicht mehr gefordert¹⁾.

Die Beziehung zur nicht umgrenzbaren Materie macht in der Praxis nur einen verhältnismäßig kleinen Teil des hier zur Erörterung stehenden Rechtskreises aus. In der Unterscheidung zum Sachbegriff des Zivilrechts steht vielmehr die Verwendung von Sacheinheiten und Sachgesamtheiten bei der Bildung öffentlichrechtlicher Sachbedeutungsbegriffe im Vordergrund. Die dargestellten Regeln des Privatrechts über Sachzusammenhänge verstehen sich jedoch nicht notwendig mit dem allgemeinen Sachbegriff verbunden, sondern tragen positiv (zivil-) rechtlichen Charakter. Ihr Nichtgelten im öffentlichen Recht beseitigt daher nicht die dargestellte grundlegende Gemeinsamkeit beider Sachbegriffe.

II. Zu unterscheiden ist zwischen der "öffentlichen Sache" und der "Sache des öffentlichen Rechts".

Die Rechtslehre kennt öffentliche Sachen im weiteren Sinne als alle schlechthin der Öffentlichkeit dienenden Sachen²⁾ und öffentliche Sachen im engeren Sinne, als solche, die unmittelbar durch ihren Gebrauch dem Gemeinwohl oder sonstigen Zwecken der öffentlichen Verwaltung zu dienen bestimmt sind und wegen dieser Zweckgebundenheit einem öffentlichen Sonderrecht unterstehen³⁾. Letztere sind entweder Sachen des Verwaltungs- oder Sachen im Gemeingebrauch⁴⁾. Einem Großteil aller

-
- 1) Vgl. MAUNZ, Das Recht ..., die Verwaltung, Heft 11, 1957, S. 2; s.a. ZIPPELIUS, Grundfragen ..., DöV 1958, S. 839
 - 2) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 55 I
 - 3) H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 55 II a; vgl. auch die Gegenüberstellung bei SCHALLENBERG, Die Widmung, Verwaltung und Wirtschaft, Heft 13, S. 55/56
 - 4) FLEINER, Institutionen ..., S. 352; WOLFF, Verwal-

öffentlichen Sachen ist es wesentlich, daß sie der Allgemeinheit oder einem Teil der Allgemeinheit zugänglich sind. Mit Rücksicht auf die Entstehungsweise der Allgmein zugänglichkeit kann man unterscheiden zwischen natürlichen öffentlichen Sachen (Luftraum, Meeresstrand usw.), tatsächlichen öffentlichen Sachen ¹⁾ (Privatkrankenhäusern, Privatwegen etc.) und Sachen, die infolge öffentlichrechtlichen Widmungsaktes allgemein zugänglich sind.

Zu Unrecht werden in der Rechtslehre häufig die öffentlichen Sachen im engeren Sinne als "öffentlichrechtliche Sachen" oder "Sachen des öffentlichen Rechts" bezeichnet ²⁾. Eine solche Vermischung der Begriffe dürfte auf der bereits aufgezeigten Fehlvorstellung ³⁾ beruhen, daß sich die Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den Sachen im öffentlichen Recht auf die öffentlichen Sachen im engeren Sinne beschränken ⁴⁾. Bei dem hier unternommenen Versuch einer umfassenderen Abgrenzung des Verwaltungsrechts, soweit es sich auf Sachen bezieht, ist die saubere Trennung der zur Erörter-

tungsrecht I, § 55 III; nach Art. 174 I wüEVRO sind hingegen öffentliche Sachen nur solche, die im Gemeingebrauch stehen.

- 1) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 55 I a
- 2) so z.B. SCHALLENBERG aaO, S. 56: "Wir begreifen somit unter öffentlichrechtlichen Sachen diejenigen Sachen, die FLEINER als öffentliche Sachen im engeren Sinne bezeichnet, das heißt also die Sachen des Gemeingebrauchs und des Verwaltungsvermögens"; vgl. auch WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 55 II a
- 3) s.o. § 5
- 4) Diese häufig erkennbare Grundvorstellung betrifft sowohl diejenigen Auffassungen, welche von daher "öffentliches Sachenrecht" mit dem Recht der öffentlichen Sache identifizieren (vgl. o. § 5), aber auch diejenigen, welche diesen weiteren Schritt zu der Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts nicht machen, sondern das Recht der öffentlichen Sache (= Sache des öffentlichen Rechts) der Erörterung allgemeiner Institutionen des öffentlichen Rechts eingliedern und so die Selbständigkeit eines öffentlichen Sachenrechts bewußt oder stillschweigend ausschließen (vgl. o. §§ 2, 3).

stehenden Begriffe erforderlich: Sachen des öffentlichen Rechts sind - über die öffentlichen Sachen im engeren Sinne hinaus - diejenigen Sachen, welche Zuordnungsobjekte öffentlichrechtlicher Rechtssätze sind.

§ 11 Der formelle Sachenrechtsbegriff

Der Sachenrechtsbegriff als Formalbegriff meint die Gesamtheit der Rechtssätze, welche als "Sachenrecht" im III. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches zusammengefaßt sind. Er gehört damit ausschließlich dem Privatrecht an und ist auch nicht etwa Gegenstück eines Sammelbegriffs derjenigen öffentlichrechtlichen Rechtssätze, welche sich formal auf Sachen im Rechtssinne beziehen ¹⁾.

§ 12 Der materielle Sachenrechtsbegriff

Grundlegend für die Konstruktion eines gewissen Rechts in bezug auf Sachen im öffentlichen Recht als "öffentliches Sachenrecht" ist demgegenüber der m a t e r i e l l e S a c h e n r e c h t s b e g r i f f in seiner allgemeinrechtlichen Bedeutung. Wenn - wie oben dargestellt ²⁾ - das Privatrecht im Verhältnis zum öffentlichen Recht das allgemeinere ist, so kann es bei den materiellen Rechtsbegriffen des Privatrechts grundlegend keine - privatrechtlichen - "Besonderheiten" geben, die schon v o n s i c h a u s eine Anwendung des betreffenden Begriffs im öffentlichen Recht ausschließen. Sie kann vielmehr nur dann ausgeschlossen sein, wenn das öffentliche Recht als Sonderrecht sie nicht zuläßt ³⁾.

1) MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 47, 48; vgl. auch FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 328, bezogen auf das Verhältnis zu den Rechtsregeln über die öffentlichen Sachen.

2) s.o. S. 34 ff

3) s. darüber im einzelnen §§ 12 II c, 13, 14

Der materielle Sachenrechtsbegriff bestimmt Art und Inhalt der Rechtsbeziehungen beliebig rechts-satzmäßig bezeichneter Rechtssubjekte zu den Sachen als Rechtsobjekten und hat somit keinerlei Bezug zu dem Verhältnis der Spezialität zwischen öffentlichem und privatem Recht, welches auf der Besonderheit der beteiligten Rechtsträger beruht¹⁾. Er gehört daher nicht schon von sich aus einem bestimmten Rechtsgebiet an, das wegen der Begrenzung der rechtssatzmäßig bezeichneten Rechtsträger ein Sonderrecht ist, wenngleich bei seiner bisher ausschließlichen Verwendung in der Privatrechtslehre besondere, das heißt diesem Rechtsgebiet eigene Attribute eingeflochten sind, deren Charakterisierung und Abtrennung im weiteren näherer Erörterung bedarf. Baustein der Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts ist der materielle Sachenrechtsbegriff nur soweit, wie er losgelöst von zivilistischen Ausprägungen dem Recht allgemein angehört.

Die die Rechtsordnung ausmachenden Rechtssätze bezeichnen jeweils gewisse Rechtssubjekte und bisweilen auch Rechtsobjekte als Beziehungspunkte der zu ordnenden Rechtsstellungen²⁾. Die Frage nach dem materiellen Sachenrechtsbegriff betrifft grundlegend die Bestimmung von Art und Inhalt der Rechtsbeziehungen rechtssatzmäßig bezeichneter Rechtssubjekte zu bestimmten Rechtsobjekten, nämlich den Sachen³⁾. Dabei geht es im einzelnen um die rechtliche Struktur dieser Beziehung sowie deren Inhalt, welcher sich nach der besonderen Funktion des Rechts bei der Ordnung sozialer Lebensverhältnisse beschreiben läßt.

1) s. o. S. 35 ff.

2) Vgl. MENGER, System ..., S. 235

3) Über den Begriff der Sache s.o. § 10

I. Unmittelbare oder mittelbare Person- Sachbeziehung

Die Struktur rechtlicher Beziehungen der Personen zu den Sachen im materiellen Sachenrechtsbegriff ist unstritten. Sie können rechtstheoretisch entweder unmittelbar oder aber nur mittelbar als Folge rechtssatzmäßiger Regelung von Beziehungen unter mehreren Rechtssubjekten bestehen.

- a) Die herrschende Lehre anerkennt die unmittelbare Person- Sachbeziehung, welche von einem Verhältnis zu anderen Rechtsträgern unabhängig ist¹⁾. Dieses könne sich zwar folgeweise daraus entwickeln. Das "dingliche" Recht ergreife jedoch die Sache selbst²⁾. Personalbezogenheit einerseits und Sachbezogenheit zum anderen seien grundlegendes Merkmal für die Unterscheidung von Sachenrecht und Schuldrecht, von Leistungsansprüchen und Sachbeherrschungsrechten³⁾.

Den überkommenen Vorstellungen solcher Art ist stets von neuem Widerspruch erwachsen: Rechtliche Beziehun-

1) Von ihren Vertretern seien genannt v. TUHR, Bürgerliches Recht, I. Bd., S. 123 und 125; HÖLDER, Über Ansprüche und Einreden, AcP 93, S. 1 ff (20); vgl. MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 41 und 42, der die unmittelbare Person- Sachbeziehung zwar als Merkmal der herrschenden Lehre bezeichnet, diese Anschauung jedoch als "entbehrlich" und "verwirrend" abtut, s.o. S. 20/21; EICHLER, Institutionen ..., I, S. 2 und S. 6 m. Anm. 9, unter Hinweis auf Wechselbeziehungen zwischen dem Axiom, daß alle rechtlichen Beziehungen nur zwischen Menschen bestehen und der sogenannten "Klageschutztheorie" (vgl. S. 57); WOLFF-RAISER, Sachenrecht, 10. Bearbeitung, S. 8 mit Anm.: die Unmittelbarkeit der Sachherrschaft entziehe sich streng logischer Erfassung; ENNECC.-NIPP., Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts 1. Hbd., 15. Aufl. § 71 I, 3 (S. 427) und § 79 A; v. GIERKE, Sachenrecht, 4. Aufl., S. 2; HEDEMANN, Sachenrecht, 3. Aufl., S. 20; WESTERMANN, Sachenrecht, 4. Aufl., S. 5 und 6

2) Vgl. BGB-Motive 3. Bd., II, S. 2

3) MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 42

gen könnten nur zwischen Rechtssubjekten bestehen, da die Rechtsordnung sich mit Befehlen nur gegen Menschen wende¹⁾. Recht sei von Menschen immer nur zur Regelung menschlichen Zusammenlebens erdacht, wie sich alle Rechtsnormen ausschließlich an Menschen wenden²⁾. Dagegen sei die äußere Beziehung der Menschen zu den Sachen etwas rein der Empirie Angehöriges und daher dem ordnenden Eingreifen des Rechts "völlig unzugänglich"³⁾. Das Recht kümmere sich um das Verhalten der Sachen zu unseren Interessen an sich nicht, wie etwa der einzelne nicht Klage habe gegen den entlaufenen Hund oder den unfruchtbaren Acker⁴⁾. Aus diesem Grunde sei die Existenz unmittelbarer Rechtsbeziehungen der Personen zu den Sachen nicht denkbar⁵⁾.

Solche und ähnliche Einwendungen gegen die herrschende Lehre beruhen im Ausgang auf der an sich zutreffenden Vorstellung, daß alles Recht in irgendeiner Weise Bezug zur rechtspersonalen Umwelt haben muß, denn jede Rechtsbeziehung, auch die der Personen zu den Sachen, ist letztlich nur existent im Rahmen eines Verkehrsrechts. So ist die Zuteilung der Güter im Recht nicht möglich ohne eine umfassende Rechtsordnung, diese wiederum nicht denkbar ohne die Beteiligung verschiedener Rechtssubjekte. Ohne grundlegenden Bezug zu anderen Rechtssubjekten gibt es bestenfalls wirtschaftliches, nicht aber rechtliches Eigentum⁶⁾.

Die Vorstellung von der notwendigen Personalgebunden-

- 1) FUCHS, Grundbegriffe ..., S. 18
- 2) OERTMANN, Der Dinglichkeitsbegriff, Ihering-Jahrbuch, Bd. 31 (1882) S. 427, jedoch später wieder aufgegeben: AcP 123 (1925), S. 129 ff (132)
- 3) RÜMELIN, Reden und Aufsätze, S. 343
- 4) Über diese und ähnliche Beispiele vgl. EICHLER, Institutionen ... I, S. 6 Anm. 9
- 5) So ferner NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 164; vgl. auch O. MAYER aaO, (s.o. S. 12/13 und S. 33 Anm. 2)
- 6) Zutreffend: HAHLER, das dingliche Recht, eine Fik-

heit allen Rechts darf jedoch nicht zu dem Schluß verleiten, unmittelbare Rechtsbeziehungen gebe es nur zwischen den Rechtssubjekten. Der grundlegende Bezug zur Rechtsordnung - als dem Verkehrsrecht verschiedener Rechtssubjekte - ist in gleicher Weise sowohl bei der mittelbaren wie auch bei der unmittelbaren Personalbezogenheit einer Rechtsstellung gewahrt, weil die Rechtsordnung niemals einem einzelnen Rechtssubjekt ein unmittelbares Recht an einer Sache zuweisen kann, ohne damit zugleich die Pflicht der anderen zur Anerkennung dieser Rechtsstellung zu schaffen. Auch eine solche - mittelbare - Beteiligung verschiedener Rechtssubjekte entspricht bereits dem Erfordernis der notwendigen Personalgebundenheit allen Rechts, welches nicht nur die Aufgabe hat, Rechte und Pflichten zwischen den einzelnen Rechtssubjekten zu begründen und inhaltlich zu bestimmen, sondern auch, die Rechtsgüter bestimmten Personen zuzuweisen¹⁾. Daher wird die unmittelbare Rechtsbeziehung der Personen zu den Sachen in dem die Sachgüter zuordnenden Recht nicht schon aufgrund allgemeinsrechtsdogmatischer Erwägungen ausgeschlossen.

- b) Wenngleich die Rechtsordnung die Anerkennung einer unmittelbaren Person-Sachbeziehung gestattet, so bleibt die weitere Frage, ob sie in ihren Rechtssätzen eine solche kennt. Es bedarf daher im einzelnen des Nachweises, daß in gewissen Fällen die von ihnen geregelten Rechtsbeziehungen der Personen zu den Sachen von unmittelbarer Art sind.

Der Ansatzpunkt solcher Untersuchungen findet sich nicht in rechtstheoretischen Grundlagen, von denen aus mit

tion, Diss. Münster 1936, S. 23 ff; EICHLER, Institutionen ... I, S. 6

- 1) WESTERMANN aaO, S. 6; ähnlich ENNECC.-NIPP., Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hbd. 15. Aufl., § 30, III, 2 (S. 200): Das geltende Recht gebiete und verbiete nicht nur, sondern es gewähre auch dem Menschen eine Macht, indem es ihm die Außenwelt (z.B. Sachen) unterstelle.

Hilfe sorgfältiger Deduktion eine zutreffende Entscheidung gesucht werden könnte, denn jegliche Form der Sachbeziehung vermag - wie vorweg dargelegt - unmittelbar Gegenstand der ordnenden Funktionen des Rechts zu sein. Zwar verbindet der überwiegende Teil der Rechtslehre mit dem Sachenrechtsbegriff die Vorstellung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zu Sachen¹⁾, das kann jedoch entweder lediglich auf einer allseits anerkannten, aber dennoch willkürlichen Rechtsanschauung beruhen oder aus den ihm zugehörigen Rechtssätzen mit Rücksicht auf den bestimmten Charakter der jeweiligen Regelung hervorgehen. Damit bietet sich eine Untersuchung an, welche induktiv nach den Folgeerscheinungen rechtssatzmäßiger Regelung die Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Sachbeziehung im Einzelfall zu bestimmen hilft.

Rechtsbeziehungen zwischen Personen und Sachen bestehen unmittelbar, wenn sie auch ohne Vermittlung eines anderen Rechtsträgers entstehen und fortbestehen können. Solange mehrere Personen in irgendeinem "ruhenden" Rechtsverhältnis untereinander und zugleich zu Sachen stehen, ist nicht ersichtlich, ob die Beziehung zur Sache die zu einer anderen Person oder umgekehrt die Beziehung zur anderen Person die zur Sache vermittelt. Das entscheidende Kriterium findet sich daher erst im Wechsel oder beim Ausscheiden des durch die Beziehung zur Sache vermittelten bzw. die Beziehung zur Sache vermittelnden Rechtsträgers. Bleibt die Rechtsbeziehung zur Sache auch bestehen, wenn der beteiligte Rechtsträger wechselt oder ausscheidet, dann besteht diese Beziehung ohne Vermittlung des anderen, also u n m i t t e l - b a r. Endet die Beziehung zur Sache mit dem Erlöschen der Beziehung zum andern, so besteht sie jeweils nur mittelbar, nämlich durch Vermittlung des anderen. Somit wird in den Folgen des A u s s c h e i d e n s eines po-

1) Vgl. die auf S. 47 Anm. 1 angeführten Lehrbücher und Einzelschriften aaO

tentiellen Vermittlers die Struktur der zu untersuchenden Rechtsbeziehung angezeigt¹⁾.

Eine solche Erforschung einzelner dinglicher Rechte nach ihren Folgeerscheinungen betrifft genau genommen nicht den häufig als dingliches Merkmal bezeichneten, sogenannten "Sukzessionsschutz"²⁾, wengleich diese Rechtserscheinung mit den hier aufgezeigten Kriterien manches gemein hat. Der Sukzessionsschutz, welcher zudem bei den persönlichen Rechten ausdrücklicher gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Festlegung bedarf, ist von dem E i n t r i t t eines n e u e n Rechtsträgers abhängig, der durch gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Erwerb seine Rechtsstellung aus der seines Vorgängers ableitet. Das "Bestehenbleiben des Rechts an der Sache" bei Wechsel oder Ausscheiden eines anderen Rechtsträgers, welcher auch in unmittelbarer Rechtsbeziehung zu derselben Sache steht, kann hingegen zunächst einmal unabhängig davon sein, ob überhaupt ein neues Rechtssubjekt in die gleiche Beziehung zur Sache eintritt oder nicht, wie etwa wenn die Sache herrenlos wird. Wird die Sache jedoch angeeignet, erworben oder geerbt, so entstehen gewisse, als "Sukzessionsschutz" bezeichnete Rechtsfolgen nicht etwa aus der Beziehung zur Rechtsstellung des "Vorgängers", sondern weil mit der Innehabung einer bestimmten unmittelbaren Rechtsbeziehung zur Sache, meist des Vollrechts, ein Tatbestand verwirklicht ist, an den sich diese wegen der generellen Geltung allen Rechts auf den j e w e i l i g e n Rechtsträger bezogenen Rechtsfolgen knüpfen³⁾. Wenn al-

1) Vgl. BGB-Motive, 3. Bd., II S. 2: "Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache. Entscheidend ist, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erforderlich wird"; s. auch WESTERMANN, aaO, S. 5

2) s. EICHLER, Institutionen .. I, S. 7; vgl. auch W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 195 ff (197). Über das Verhältnis von Sukzessionsschutz u. sogen. "subjektiver Dinglichkeit" vgl. S. 75 ff (77 Anm. 1)

3) Vgl. Karl FRIEDRICHS, Bürgerliches und öffentliches

so mehrere Personen u n m i t t e l b a r n a c h -
e i n a n d e r denselben Tatbestand verwirklichen, in-
dem sie in Rechtsbeziehung zu einer Sache treten oder
diese einem anderen vorenthalten, so entstehen mit dem
Wechsel ihrer Personen Rechtsfolgen für den j e w e i -
l i g e n Rechtsträger, die als "Sukzessionsschutz" im
Sinne einer Rechtsnachfolge erscheinen mögen. Folgeer-
scheinung der unmittelbaren Person- Sachbeziehung ist
der "Sukzessionsschutz" in dem so überkommenen Sinne
jedoch nicht. Um Mißverständnisse zu vermeiden, ist es
daher zweckmäßig, nicht in dem Sukzessionsschutz
schlechthin, sondern in dem "Bestehenbleiben des Rechts
an der Sache bei Wegfall und Ausscheiden des Rechtsträ-
gers", welcher nach der entgegenstehenden Auffassung
als Vermittler des Rechts zur Sache in Frage käme, das
Kriterium der Unmittelbarkeit der Person- Sachbeziehung
im dinglichen Recht zu suchen.

Es ist in der Rechtslehre und auch in der Rechtspre-
chung übereinstimmend anerkannt, daß alle im III. Buche
des BGB katalogisierten - sogenannten "dinglichen" -
Rechte an Sachen, wie das Pfandrecht, Nießbrauch,
Dienstbarkeit und Reallast auch dann fortbestehen, wenn
der Eigentümer der betreffenden Sache sein Recht auf-
gibt¹⁾. All diese Rechte sind somit nicht von der Ver-
mittlung eines anderen Rechtsträgers, namentlich des
Eigentümers, abhängig, sondern sie bestehen unmittel-
bar an der Sache. Demgegenüber ließe sich einwenden,
daß die Vermittlung solcher Rechtsbeziehungen in Wirk-
lichkeit durch den j e w e i l i g e n Eigentümer
stattfände, so daß auch der Wechsel der beteiligten
Rechtsträger letztlich nichts über die Struktur der
Beziehungen auszusagen vermöge²⁾. Dem steht jedoch

Sachenrecht, AöR, Bd. 40 (1921), S. 319: Dinglich-
keit beruhe stets auf Gesetz.

- 1) s. z.B. WESTERMANN aaO, S. 5; vgl. ferner: WOLFF-RAI-
SER, Sachenrecht 10. Bearb., S. 8 u. S. 15 m.w.H.
- 2) Dieser Einwand beruht im Grunde genommen auf einer
Vermischung der dargelegten Unterschiede zwischen

entgegen, daß der Fortbestand der bezeichneten Rechte
an Sachen nach zutreffend anerkannter Auffassung auch
dann gewahrt ist, wenn k e i n neuer Rechtsträger ein-
tritt. So gibt es z.B. ein Pfandrecht an herrenlosen
Sachen¹⁾, welches nicht nur rechtstheoretischer Art,
sondern durchaus wirtschaftlich interessant sein kann,
z.B. wenn jemand zwar ein Verwertungsrecht besitzen,
nicht aber die mit dem Eigentum an der Sache verbunde-
nen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Lasten
tragen will. Daher kann auch nicht ohne besondere Um-
stände dem Pfandrechtsinhaber im Falle, daß die Sache
herrenlos wird, der Aneignungswille unterstellt und
sie ihm als Eigentum zugerechnet werden.

Gegen diese Feststellung spricht auch nicht das Bei-
spiel des Mietrechts an Grundstücken, welches gemäß
§ 571 BGB bei Veräußerung durch den Vermieter auch ge-
genüber dem jeweiligen Erwerber fortbesteht. Diese
Rechtserscheinung hat vielen Darstellungen der Theorie
des dinglichen Rechts Schwierigkeiten bereitet²⁾. So
sind besonders FRIEDRICHS³⁾ und von GIERKE⁴⁾ hierdurch
zu der denkwürdigen Auffassung gelangt, auch die Grund-
stücksmiete als dingliches Recht anzusehen.

Der durch § 571 BGB gegebene Schutz des Mieters ent-
hält jedoch eine Sonderregelung nur für Veräußerungs-
geschäfte⁵⁾, ist also Sukzessionsschutz im überkomme-

"Sukzessionsschutz" und den Folgeerscheinungen
dinglicher Rechtsstruktur (vgl. o. S. 51/52).

- 1) Vgl. Karl FRIEDRICHS, AöR aaO, S. 318; WOLFF-RAI-
SER aaO; WESTERMANN aaO
- 2) Über das Verhältnis dieser Rechtserscheinung zur
sogen. "subjektiven Dinglichkeit" vgl. besonders
WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 11; s. darüber
besonders auch S. 75 ff
- 3) Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, AöR, Bd.
40 (1921), S. 257 ff (318)
- 4) Einheit des Rechts, ZHR 111, S. 39 ff (62)
- 5) Bei Rechtserwerb kraft Gesetzes gilt nicht § 571
BGB, sondern allein die jeweils die (Gesamt-)
Rechtsnachfolge begründende Rechtsvorschrift (z.B.
§ 1922 BGB).

nen Sinne, welcher von dem Eintritt eines Rechtsnachfolgers abhängig ist¹⁾. Dementgegen würde z.B. die Dereliktion der Mietsache den Vermieter nicht aus seinen Verpflichtungen gegenüber dem Mieter befreien²⁾, deren Inhalt sich im einzelnen aus dem Mietvertrag ergibt. So kann ferner der Fortbestand des Mietrechts auch nicht durch § 571 BGB bei Zwangsversteigerung, Konkurs oder Enteignung gewährleistet werden³⁾. Und schließlich ist die Rechtswirkung des § 571 BGB nach allgemein anerkannter Auffassung abdingbar, ohne daß das Mietrecht selbst betroffen ist⁴⁾, während die Wirkungen dinglicher Rechte nicht abdingbar sind, ohne die Aufhebung bzw. Übertragung des betreffenden Rechts selbst⁵⁾. Daraus wird ersichtlich, daß trotz der Regelung des § 571 BGB die Grundstücksmietsache - als Recht auf eine Sache - stets durch eine andere Person, nämlich den Vermieter, vermittelt wird, also nicht die unmittelbare Person-Sachbeziehung enthält. Dem Mietrecht fehlt somit schon von der Struktur der Rechtsbeziehung her dinglicher Charakter.

Der Fehlschluß FRIEDRICHS' und von GIERKES mag letztlich darauf beruhen, daß beide den Unterschied zwischen "Sukzessionsschutz" und den Folgeerscheinungen dinglicher Rechtsstruktur nicht sehen⁶⁾, sondern an-

1) Vgl. o. S. 51 ff

2) Sofern Folge der Dereliktion Leistungsstörungen, wie etwa das Unvermögen zu leisten, sind, gelten die im Mietrecht (§§ 535 ff BGB) enthaltenen Spezialvorschriften und ergänzend die §§ 323 ff BGB, während gegenüber Störungen dinglicher Rechte - vgl. hier besonders das dingliche Wohnrecht (§ 1093 BGB) - niemals die §§ 323 ff BGB Anwendung finden können, zumal - anders als im Mietrecht - die Dereliktion der betreffenden Sache i.d.R. keine Störung des Wohnungsrechts sein wird.

3) so PALANDT-GRAMM, § 571, Anm. 2

4) so PALANDT-GRAMM, § 571, Anm. 1 e. Vgl. hierzu besonders WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 11

5) so z.B. FRIEDRICHS, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht, AöR 40 (1921), S. 319

6) Vgl. darüber im einzelnen S. 51/52

scheinend überall dort, wo der fälschlich als dingliches Merkmal erachtete Sukzessionsschutz aufgefunden wird, dingliche Rechte vermuten¹⁾. Hierzu ist besonders Veranlassung, wenn man ausschließlich auf den Wechsel eines an der Beziehung zur Sache beteiligten Rechtsträgers, nicht aber auf dessen Ausscheiden abstellt, denn im Wechsel treten Merkmale auf, die sowohl mit dem Sukzessionsschutz zusammenhängen, als auch Folgeerscheinungen dinglicher Rechtsstruktur sein können.

Dingliche Rechte sind demgegenüber nur Rechte an Sachen, welche unabhängig von der Vermittlung eines anderen Rechtsträgers bestehen und somit in ihrer Struktur die unmittelbare Rechtsbeziehung zur Sache aufweisen. Das gilt sowohl für die sogenannten "beschränkten dinglichen Rechte" wie auch für das Eigentum als Vollrecht, wenngleich bei letzterem mangels Doppelseitigkeit der Beziehungen das Kriterium des Wegfalls eines der beteiligten Rechtsträger nicht aufgenommen werden kann.

Das Vollrecht an Sachen ließe sich doppelseitig allenfalls aus der Vermittlung aller Rechtspersonen, welche dieses Recht anzuerkennen haben, herleiten²⁾, nicht etwa als das Recht gegen den jeweiligen Verletzer, denn auch das Vollrecht an einer Sache hängt nicht davon ab, daß es verletzt wird. Gewiß gibt es kein Vollrecht an einer Sache, wenn wie oben³⁾ der potentielle

1) Ein ähnlicher Fehler findet sich überall dort, wo die Folgeerscheinungen der Fälle, in denen die Person des Berechtigten aus der Zuständigkeit eines anderen Rechts bestimmt ist, als solche dinglichen Rechts angesehen werden. Vgl. darüber im einzelnen auf S. 75 ff

2) Diese von den meisten Gegnern der unmittelbaren Sachbeziehung vertretene Eigentumstheorie wird von NIPPERDEY u.a. zu Recht abgelehnt: Das Gebot an die anderen sei eine Folge der Gewährung von Befugnissen über die Sache. Vgl. ENNECC.-NIPP., aaO § 30 III, 2 (S. 200)

3) Über die Folgen des Ausscheidens eines potentiellen

Vermittler - hier also alle Rechtsträger, denen seine Anerkennung obliegt -, a u s s c h e i d e t. Jedoch nicht weil gewisse Rechts t r ä g e r als Vermittler der Rechtsbeziehung zur Sache ausscheiden, sondern weil damit die R e c h t s o r d n u n g selbst zu bestehen aufhört und es damit k e i n e rechtlichen Beziehungen mehr geben kann, weder unmittelbare noch mittelbare. Diese Wirkung erscheint daher letztlich als ein Ausfluß der grundlegenden Personalgebundenheit allen Rechts und ist nicht etwa Zeichen ausschließlich mittelbarer Rechtsbeziehungen zur Sache im Eigentum. Was also für das beschränkte Recht Geltung hat, ist in gleicher Weise - und erst recht - für das Vollrecht zutreffend: Die Struktur dieser Rechte an Sachen ist die unmittelbare Rechtsbeziehung zur Sache.

II. Besonderer Inhalt der Person- Sachbeziehung

Nach der Struktur der Rechtsbeziehung im materiellen Sachenrechtsbegriff folgt die Frage nach seinem b e s o n d e r e n I n h a l t. Der Inhalt eines Rechtsbegriffs läßt sich je nach Standort und Interessenbewertung auf mannigfache Weise umschreiben. Grundlegend ist jedoch zu berücksichtigen, daß Aufgabe allen Rechts letztlich die Ordnung realer Lebensvorgänge und -beziehungen ist. Dieser umfassenden Funktion des allgemeinen Rechtsbegriffes entsprechen einzelne Funktionen besonderer Rechtsbegriffe. So ist auch der Inhalt des Sachenrechtsbegriffs grundlegend bestimmt durch die besonderen Funktionen der Gesamtheit seiner Rechtssätze.

- a) Die überkommenen Darstellungen des materiellen Sachenrechtsbegriffs in der Rechtslehre haben in den sogenannten "Sachenrechtstheorien" bisher häufig nur einzelne Ausflüsse der Gesamtfunktion solchen Rechts in

Vermittlers als Merkmale für die Struktur der zu untersuchenden Rechtsbeziehung vgl. o. S. 50

den Mittelpunkt gestellt. So wurden vor allem die "Sachherrschaft" als die freie Einwirkungsbefugnis nach innen¹⁾, aber auch die Herrschaft nach außen im Verhältnis zu jedem beliebigen Dritten, die Theorie von der Absolutheit des Klageschutzes²⁾, jeweils einzeln oder miteinander verbunden³⁾, als der Inhalt dieses Begriffs angesehen⁴⁾. Es gibt ferner Theorien, welche allein mit der Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehung zur Sache den Inhalt des Sachenrechtsbegriffes beschreiben⁵⁾.

Wenn man von "Sachherrschaft" spricht, so ist zunächst zu klären, ob rein tatsächliche oder aber rechtliche Herrschaft an der Sache gemeint ist. Die tatsächliche Herrschaft über Sachen als die reale Machtstellung nach außen und innen kann für sich allein nicht Inhalt des Sachenrechtsbegriffs sein, weil das Recht an einer Sache nicht von seiner Verwirklichung abhängt. Unverwirklichte Sachenrechte vermitteln keine reale Machtstellung zur Sache und bei den verwirklichten hängt es davon ab, ob sie zu den unmittelbaren Gebrauchsrechten gehören oder nicht⁶⁾. Wer in dieser Weise Sach-

-
- 1) Vgl. PFLÜGER, Über das Wesen der Dinglichkeit, AcP 79. Bd., S. 438; HEDEMANN, Sachenrecht, 3. Aufl., S. 20
 - 2) Vgl. Karl FRIEDRICHS: Über öffentliche dingliche Rechte, prVBl, Bd. 39 (1917), S. 297 ff; Paul OERTMANN: Zur Struktur der subjektiven Privatrechte, AcP 123. Bd. (1925), S. 132; HÄHLER, Das dingliche Recht, eine Fiktion, Diss. Münster 1936, S. 25; Über Wechselbeziehungen dieser Theorie zu dem Axiom, daß alle rechtlichen Beziehungen nur zwischen Menschen bestehen können; vgl. EICHLER, Institutionen ... I, S. 6 Anm. 9 und von TUHR aaO, S. 134
 - 3) Vgl. von TUHR, Allgemeine Lehren und Personenrecht, S. 133; WOLFF-RAISER, Sachenrecht, 10. Bearb., S. 4; ENNECC.-NIPP., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., S. 440 und 450; v. GIERKE, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., S. 2; BAUR, Sachenrecht, S. 6
 - 4) Eine umfassende Übersicht gibt Eberhard KÜHNE: Versprechen und Gegenstand, AcP 140. Bd., S. 11 ff
 - 5) Vgl. FUCHS, Grundbegriffe ..., S. 25/26 und 129
 - 6) Ebenso FUCHS, Grundbegriffe ..., S. 25; vgl. auch MAUNZ, Hauptprobleme ..., S. 43

herrschaft als reale Machtstellung begreift, verwechselt die wirtschaftliche und die rechtliche Seite der Beziehung zur Sache, namentlich wirtschaftliches und rechtliches Eigentum¹⁾.

Das Sachenrecht kann aber auch nicht allein in der rechtlichen Herrschaft an Sachen eine inhaltliche Erklärung finden. Zwar ist die Beschreibung des objektiven Rechts nach den Merkmalen der von ihm gewährten subjektiven Rechte nicht schlechthin unzulässig, jedoch würde sie gerade hier auf ein idem per idem hinauslaufen, weil allen subjektiven Rechten letztlich ein Herrschaftsmoment innewohnt²⁾. Zudem beinhalten auch andere Kategorien von Rechten Herrschaftsvorstellungen³⁾, wie z.B. gewisse Familienrechte, und was die Abwehrrechte gegenüber Einwirkungen Dritter betrifft, so kann man ein Recht nicht nach seinen Wirkungen beschreiben, die es im Falle seiner Verletzung äußert⁴⁾.

b) Hier wird erkennbar, daß bei der Definition eines Rechts nicht einzelne Ausflüsse der Funktion seiner Rechtssätze, sondern diese in ihrer allgemeinen Bedeutung maßgeblich ist. Dabei ist der Sachenrechtsbegriff schon Spezialbegriff, denn die Funktionen seines Rechts sind besondere Funktionen. Die allgemeine - und daher auch begriffsmäßig übergeordnete - Einheit ist durch die Funktion⁵⁾ der (Rechts-) Güterzuteilung⁶⁾ ge-

1) Vgl. HÄHLER, Diss. aaO, S. 23 ff

2) s. EICHLER, Institutionen ... I, S. 3; ebenso ENNECC.-NIPP., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Hbd., 15. Aufl., § 71 I, 2

3) s. EICHLER aaO

4) Vgl. zutreffend EICHLER aaO, S. 5/6

5) Vgl. darüber im allgemeinen NIKLAS LUHMANN: Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft, Verw.-Arch. 49. Bd. (1958), S. 95 ff (100)

6) Ein Prinzip, welches letztlich in der zuteilenden Gerechtigkeit beschlossen liegt, s. dazu EICHLER, Institutionen ... I, S. 10

kennzeichnet¹⁾. Dazu gehören als aequivalente Einsatzwerte u.a. Forderungsrechte, Namensrechte, Mitgliedschaftsrechte sowie Personen²⁾ und Sachen. Aber auch innerhalb des Sachenrechtsbegriffs wird mit dem Hinweis auf die Funktion seines Rechts ein regulatives Schema für mehrere aequivalente Möglichkeiten gegeben, welche jedoch nicht - wie das fälschlich versucht wird - einzeln seiner Definition dienen können, sondern auf diese Weise in ihrer Gesamtheit zu umfassen sind.

1. Diese Erkenntnis ist grundlegend für die heute im Vordergrund stehende Sachenrechtstheorie WESTERMANNs, der das Wesen dieses Rechtsbegriffs aus seiner die Güter zuordnenden Funktion erklärt³⁾. "Zuordnung" im Sinne der Lehre WESTERMANNs bedeutet die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Vermögen des Berechtigten, wobei der Umfang jeweils durch die Art des Rechts bestimmt wird. Die Zuordnung als "Zuständigkeit" könne ferner für den Gegenstand verantwortlich machen, wie etwa der Eigentümer dritten Personen für die gefahrbringende Beschaffenheit seines Eigentums haftbar sei⁴⁾.

2. aa) Die Zuordnungstheorie WESTERMANNs hat in der Rechtslehre allgemein Anerkennung gefunden⁵⁾. Gewisse Vorbehalte betreffen weniger die Richtigkeit seiner Anschauungen als deren eigentlichen Nutzen bei der Fortentwicklung rechtstheoretischer Erkenntnis: Wenn man

1) Vgl. a. S. 56

2) Vgl. §§ 1297 ff BGB

3) Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl. S. 7 - 12 in Anlehnung an WIEACKER, DRW 1941, S. 61 und AcP 148. Bd., S. 57

4) Vgl. WESTERMANN aaO, S. 9. Über eine entsprechende öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit der Träger öffentlichrechtlicher Sachzuordnung s. S. 102 m. Anm. 1

5) Vgl. besonders BÄRMANN, Wohnungseigentumsgesetz, Kommentar, Einl. S. 142 ff; Heinrich KRONSTEIN, Buchbespr., FamRZ 1959, S. 171

wie WESTERMANN das System des Sachenrechts nur aus dem einheitlichen Wesen des Zuordnungsrechts ableite - kritisiert SCHULTZE von LASAULX¹⁾ -, so bedeute das nicht viel, denn dann unterscheide es sich nicht von anderen Zuordnungsrechten, die einen weiten Kreis bilden. In gleicher Weise betonen EICHLER²⁾ und RAISER³⁾, daß die Einbeziehung der Zuordnungstheorie in die Lehre vom materiellen Sachenrechtsbegriff nur einen Ausschnitt aus einem allgemeinen, sehr weitschichtigen Zuordnungsprinzip betreffe. Die besondere Aufgabe des Sachenrechts innerhalb des Zivilrechtssystems werde daher mit der "Zuordnung" nicht ausreichend beschrieben.

WESTERMANN hat diese umfassende Bedeutung des Zuordnungsprinzips nicht übersehen, sondern vielmehr den Zusammenhang aller Zuordnungstatbestände hervorgehoben, welche die Verteilung derjenigen Gegenstände betreffen, die als Rechtsgüter anerkannt sind. So schaffe z.B. auch eine Forderung innerlich zwar nur ein Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldner, das so bestimmte Rechtsverhältnis sei jedoch gleichfalls ein der Zuordnung bedürftiger und fähiger Gegenstand⁴⁾.

Diese Verdeutlichung rechtstheoretischer Zusammenhänge ist jedoch nicht die Einführung einer allgemeinen Zuordnungslehre⁵⁾. WESTERMANN bleibt vielmehr letztlich im Rahmen des "Sachenrechts", wengleich es für eine solche Beschränkung der wissenschaftlichen Kategorie "dingliches Recht" auch nach seiner Auffassung keine innere Berechtigung gibt, diese vielmehr gewissen überkommenen Vorstellungen entspricht, welche die

1) Bespr. v. WESTERMANNs Lehrbuch des Sachenrechts, 1951, AcP 151. Bd. (1950/51), S. 440 ff (455)

2) Institutionen I, S. 10

3) Bespr. v. WESTERMANNs Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. (1953), JR 1955, S. 118

4) WESTERMANN aaO, S. 8

5) Ebenso SCHULTZE von LASAULX aaO, S. 455

Zuordnung von S a c h e n von der sonstiger Rechtsgüter unterscheidet und für sie eine besondere Rechtsform entwickelt hat¹⁾. Daß jedoch in beiden Fällen grundlegende Gemeinsamkeiten bestehen, ist keine Schwäche der Zuordnungstheorie WESTERMANNs, sondern die Folge systematischer Trennung einer Rechtsmaterie, die ihrem ursprünglichen Wesen nach einheitlichen Charakter trägt.

Wollte man in der Beschreibung des Sachenrechtsbegriffs über die Bestimmung der allgemeinen Funktionen seines Rechtsgehalts hinaus Einzelkriterien einführen, so könnte man bestenfalls die geltenden zivilistischen Sachenrechtssätze nach einzelnen Arten der Sachzuordnung in das Vermögen der Privatrechtssubjekte erforschen, um hierin Gemeinsamkeiten zu suchen. Da gibt es die Zuteilung der Befugnis, allgemeine und umfassende reale Herrschaftsmacht über Sachen zu üben²⁾, die Befugnis, eine Sache zu verwerten, zu begeben, in ihr zu wohnen usw., also Einzelfälle, die weiter nichts miteinander gemein haben, als daß mit ihrer Ausübung überall ein gewisses "Herrschen" über die Sache verbunden ist. Hier mag die überkommene Vorstellung von der "unmittelbaren M a c h t der Person über die Sache"³⁾ ihren Ursprung haben.

Es spricht an sich nichts dagegen, die Sachzuordnung nach ihren Ausflüssen näher zu beschreiben und dadurch von der Zuordnung anderer Rechtsgüter zu unterscheiden, wenn diese Ausflüsse anders als bei jenen für sie typisch sind. Die Zuteilung von Herrschaftsmacht in dieser weitgefaßten Bedeutung gibt es jedoch nicht nur bei den Sachen, sondern auch anderswo, z.B. bei verschiedenen Familienrechten. Demgegenüber könnte wie-

1) WESTERMANN aaO, S. 7

2) Nicht die Zuteilung realer Herrschaftsmacht selbst. Als solche ist sie nur Ausfluß der Sachzuordnung (vgl. o. S. 57/58).

3) Vgl. Motive zum BGB-Entwurf, 31. Bd., II, S. 2

derum nur die "Sache" als Unterscheidungskriterium eingefügt werden, womit aber vom Ausgangspunkt her nichts gewonnen ist. Außerdem kommt bei der Sachenrechtsdefinition WESTERMANNs¹⁾ in der Zuordnung der Sache zum V e r m ö g e n des Berechtigten bereits das gemeinsame Merkmal allgemeiner Macht über Sachen als Ausfluß der Sachzuordnung genügend zum Ausdruck. Wessen Vermögen eine Sache zugehört, der hat damit auch die Befugnis, sie in irgendeiner Weise - entsprechend der weitgefaßten Bedeutung dieses Wortes - zu "beherrschen". Es ist also auch von daher überflüssig, die "Macht über Sachen" als allgemeinen Ausfluß der Sachzuordnung in die Sachenrechtsdefinition aufzunehmen. Eine andere Art von Gemeinsamkeit einzelner Merkmale ist nicht vorhanden, so daß eine nähere Beschreibung des Sachenrechtsbegriffs durch die Einführung besonderer Kriterien, namentlich nach den tatsächlichen Ausflüssen seiner Funktionen, nicht möglich ist. Der materielle Sachenrechtsbegriff des Zivilrechts findet daher eine allgemeingültige Umschreibung seines Inhalts allein in der "Zuordnung der Sache zum Vermögen des Berechtigten".

- bb) Wenngleich damit die Sachenrechtsdefinition WESTERMANNs, welche sich in der Rechtslehre durchgesetzt hat, insoweit auch hier übernommen ist, erscheint der konstruktive A u f b a u seines Sachenrechtsbegriffs in der logischen Folge von Struktur und Inhalt weniger überzeugend. Nach seiner Auffassung soll die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung gleichwie die "Absolutheit des Klageschutzes" oder die "freie Verfügungsbefugnis" in Wirklichkeit Ausfluß der güterzuordnenden Funktion des dinglichen Rechts sein²⁾.

Worauf die Divergenz in dem (Kausal-) Zusammenhang

1) aaO, vgl. S. 59 m. Anm. 3

2) aaO, S. 7, 8 und 12

von Struktur und Inhalt des Rechts bei der Bestimmung des Sachenrechtsbegriffs beruhen mag, wird deutlich, wenn man untersucht, was jeweils als Objekt der Rechtsbeziehungen angesehen wird. WESTERMANN definiert folgerichtig, daß die Zuordnung zum Vermögen des Berechtigten nur jeweils die konkrete Sache, nicht aber Sachen im Rechtssinne betreffe¹⁾. Er meint also die gemäß einem abstrakt - rechtssatzmäßig geordneten Sachzuordnungsverhältnis im Einzelfall k o n k r e t i - s i e r t e Zuordnung bestimmter Sachen in das Vermögen einzelner Berechtigungssubjekte. Deren unmittelbare Rechtsbeziehungen zu gewissen Sachen sind jedoch auch nicht die Folge der konkreten Zuordnung dieser Sachen, sondern - gleichwie das konkrete Sachzuordnungsverhältnis selbst - Folge der Verwirklichung eines abstrakten Sachzuordnungstatbestandes, welcher in seinen abstrakt-rechtssatzmäßig festgelegten Rechtsstellungen²⁾ gleichwohl die unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Rechtssubjekte zu den Sachen im R e c h t s - s i n n e enthält.

Danach erscheint es nicht gerechtfertigt, zwischen der güterzuordnenden Funktion dinglichen Rechts und der unmittelbaren Sachbeziehung allgemein das Verhältnis von Ursache und Wirkung zu sehen. Vielmehr betrifft letztere die Struktur des Rechts in den von ihm abstrakt geregelten Beziehungen gewisser Rechtsträger zueinander und erstere deren (besonderen) Inhalt als den Gehalt des Rechts. Inhalt und Struktur von Rechtsbeziehungen mögen zwar gewisse Berührungspunkte haben, die Struktur ist aber nicht Folge des Inhalts, sondern wie dieser selbständige Säule bei der Konstruktion eines Rechtsbegriffs: Der besonderen

1) aaO, S. 116

2) Oder "Rechtzuständen" i.S. W. JELLINEKs, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 191, bzw. von "Rechtsinstituten" i.S. NIPPERDEYs, vgl. ENNECC.-NIPP., aaO § 71 II (S. 428) mit dem Hinw. auf weitere Formulierungsarten ohne wesentl. sachliche Unterschiede.

Charakterisierung eines Rechts nach den von ihm gewährten Funktionen geht die Beschreibung der Struktur der zugrunde gelegten Rechtsbeziehungen voraus. Diese ist daher nicht Ausfluß seiner Funktionen, sondern grundlegendes rechtliches Merkmal¹⁾.

- c) Der materielle Sachenrechtsbegriff besäße nur dann ausschließliche Privatrechtsgebundenheit, wenn der Berechtigte, auf den jegliche Sachzuordnung gerichtet ist, jeweils nur ein Privatrechtssubjekt sein könnte. Dafür ist jedoch kein innerer Grund vorhanden²⁾. Zwar waren bei der bisherigen Verwendung des Sachenrechtsbegriffs in der Privatrechtslehre stets nur Privatrechtsträger Bezugssubjekte objektivrechtlicher Sachzuordnung, was aber nicht den Schluß rechtfertigt, Bezugssubjekte jeglicher Sachzuordnung könnten nur Privatrechtssubjekte sein.

Wenngleich also der materielle Sachenrechtsbegriff in seiner allgemeinen Bedeutung nicht schon von sich aus ausschließlich einer bestimmten Kategorie des Rechts angehört, so ist er doch in der bezeichneten Form durch die Privatrechtslehre auf der Ebene des Privatrechts entwickelt und von daher mit zivilistischen Ausprägungen behaftet, deren Loslösung seiner Verwendung im öffentlichen Recht³⁾ vorzustellen ist. Dem Charakter des Privatrechts entspricht die Abgrenzung gewisser Rechtskreise von Privatpersonen untereinander

1) Im Ergebnis ebenso SCHULTZE v. LASAULX aaO, S.455; EICHLER, Institutionen ... I, S. 2; vgl. auch BÄRMANN, Komm. zum Wohnungseigentumsgesetz, Einl. S. 142/143, der sich zwar ausdrücklich zur Zuordnungstheorie WESTERMANNs bekennt, jedoch das hier problematische Verhältnis von Ursache und Wirkung geradezu umkehrt: Das Sachenrecht sei unmittelbare Sachbeziehung, die von einem Verhältnis zu einer Person unabhängig ist. Daraus ergebe sich, daß Hauptgegenstand des Sachenrechts sei, die Sachen bestimmten Personen zuzuordnen.

2) Vgl. o. S. 45/46

3) s. darüber im einzelnen auf S. 93 ff (98/99)

und demgemäß die Ordnung und Umgrenzung ihrer Vermögensinteressen. Infolgedessen betrifft auch die Zuordnung einer Sache an den Berechtigten - hier also den Privatrechtsträger - vornehmlich seine Vermögensinteressen und ist daher mit Recht als eine Zuordnung in dessen Vermögen definiert¹⁾.

Da jedoch im allgemeinen Sachenrechtsbegriff das Bezugssubjekt nicht in gleicher Weise festgelegt ist, sind notwendig auch die sich aus der Einbeziehung bestimmter Bezugssubjekte ergebenden - typischen - Ausflüsse variabel, so daß besonders die als privatrechtliche Ausprägung gekennzeichnete Zuordnung von Sachen in das Vermögen des Berechtigten (Privatrechtsträgers) nicht an der Definition des allgemeinen Sachenrechtsbegriffs teilhat. Dieser ist vielmehr in seinen Grundzügen hiervon losgelöst zu verstehen, so daß besonders bei der Frage nach seiner Verwendung im öffentlichen Recht nicht etwa nach Rechtssätzen zu suchen ist, deren Funktion die Zuordnung von Sachen in das Vermögen der Subjekte hoheitlicher Gewalt betrifft.

III. Kapitel

Verbindungsmöglichkeit zu einem öffentlichen Sachenrecht

Mit der vorangehenden Darstellung von Wesen und Inhalt des öffentlichen Rechts sowie des materiellen Sachenrechtsbegriffs in seiner allgemeinrechtlichen Bedeutung sind die Grundlagen geschaffen zu der Konstruktion eines öffentlichen Sachenrechts. Zugleich ist den bisherigen Konstruktionsversuchen in der Rechtslehre, die bereits in dieser Ausgangsstellung abweichen, nach der Kritik an ihren Rechtsauffassungen²⁾ hier die Erwiderung in positivem

1) Vgl. o. S. 62

2) s. o. §§ 4-6

Sinne entgegengestellt.

Von der Ausgangsstellung, welche die Definition selbständiger Rechtsbegriffe enthält, führt der nächste Schritt zu der Prüfung, ob deren Verbindung zu einem einheitlichen Rechtsgefüge stattfindet. Diese ist nicht etwa gleich einer Addition der aufgefundenen Rechtsmerkmale als öffentliches Recht + Sachenrecht = öffentliches Sachenrecht zu verstehen, sondern wird sich in der rechten Weise nur durch die Erforschung der aufgezeigten inhaltlichen und strukturellen Merkmale des Sachenrechtsbegriffs im öffentlichen Recht erweisen lassen.

Es ist nicht so, daß nur die Verwaltungsrechtslehre ihrerseits sachenrechtliche Begriffe der Zivilrechtswissenschaft entliehen hat. Auch die Mehrzahl aller Darstellungen des zivilistischen Sachenrechts neuerer Zeit verweist in irgendeiner Form auf die Einwirkung öffentlichrechtlicher Rechtssätze auf sachenrechtliche Erscheinungen des Privatrechts, wie etwa auf ein "Übergreifen des öffentlichen Rechts auf den privatrechtlichen Gehalt des Eigentums"¹⁾: Funktion und Wirkungsweise sachenrechtlicher Rechtssätze und Einrichtungen könnten nur im ständigen Blick auf die damit zusammenhängenden Rechtssätze des öffentlichen Rechts begriffen werden²⁾. EICHLER³⁾ unterscheidet zwischen denjenigen Rechtssätzen, die sich ihrer Struktur nach in das System des Sachenrechts zwanglos einfügen und denjenigen, deren Schwerpunkt - unbeschadet ihrer sachenrechtlichen Resonanz - auf einem anderen Rechtsgebiet, vielleicht sogar auf der Ebene des öf-

1) s. BAUR, Lehrbuch des Sachenrechts, S. 2; vgl. ferner: KÖTTGEN, AcP 151. Bd. (1950/51), S. 167 ff (175), SCHULTZE von LASAULX, AcP 151. Bd. (1950/1951), S. 454; DOMBOIS, Mensch und Sache, Zges-Staatsw. 110. Bd. (1954), S. 239 ff

2) WOLFF-RAISER, Sachenrecht, 10. Bearb., S. 2

3) aaO, S. 42

fentlichen Rechts liegt.

Wenngleich damit der wahre Sinngehalt der Beziehung zwischen öffentlichem Recht und allgemein-sachenrechtlicher Erscheinung nur angedeutet ist, scheint doch insoweit - wenn auch nicht immer bewußt - die Vorstellung zugrunde zu liegen, daß die Sachzuordnung nicht nur auf privatrechtlicher Ebene stattfindet. Zwar ist vor allem mit der Lehre von der "inhaltlichen Ausgestaltung des privatrechtlichen Eigentums durch öffentliche Rechtsregeln"¹⁾ die systematische Trennung der Rechtsebenen nicht recht deutlich gemacht, das rechtfertigt jedoch nicht, ihren Vertretern eine Vermischung der Rechtsebenen zu unterstellen²⁾, derart, als sei öffentliches Sachenrecht nichts weiter als eine besondere Abart des überkommenen zivilistischen Sachenrechts und alles zusammen e i n Sachenrecht³⁾. Vielmehr entspricht diese Art der Darstellung dem verständlichen Interesse jeder Erörterung zivilistischen Sachenrechts und seiner rechtlichen Erscheinungsformen, in der üblichen Weise⁴⁾ die Berechtigungen und Verpflichtungen der Zivilpersonen aus deren Gesichtswinkel zusammenzufassen.

Dagegen muß die Darstellung des objektiven Rechts den Unterschied der Rechtsebenen, welcher auf der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte seiner Rechtssätze beruht, und die damit zusammenhängenden Sonderrechtsverhältnisse in entscheidender Weise berücksichtigen. Somit beruht auch hier das g r u n d l e g e n d e Sonderrechtsverhältnis nicht auf der Wechselbeziehung von zivilistischem und öffentlichem Sachenrecht,

1) Vgl. BAUR, aaO

2) s. HOFACHER, Das "Eigentum" an Wasserläufen, Verw.-Arch., Bd. 30 (1925), S. 151 ff (166)

3) Entsprechend FRIEDRICHS. vgl. o. S. 10

4) Vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, der allgemein eine solche Betrachtungsweise nicht nur als üblich hinstellt, sondern auch innere Gründe dafür benennt.

sondern von öffentlichem und privatem Recht schlechthin, dessen weiterer, jeweils besonderer Teil das öffentliche bzw. zivilistische Sachenrecht sein mag¹⁾. Der Gesichtswinkel dieser Untersuchungen kann also - im Gegensatz zu den angeführten zivilistischen Sachrechtsdarstellungen - nicht danach ausgerichtet sein, inwieweit der privatrechtliche Eigentumsbegriff Einschränkungen durch öffentlichrechtliche Rechtsregeln erfährt, sondern entspricht der Aufgabe, die aufgezeigten allgemein-sachenrechtlichen Erscheinungsformen im öffentlichen Recht zu suchen.

§ 13 Unmittelbare Person- Sachbeziehung im öffentlichen Recht

Nur der Teil des öffentlichen Rechts kann öffentliches Sachenrecht sein, der in seinen Rechtssätzen Rechtsstellungen betrifft, welche die unmittelbare Person-Sachbeziehung enthalten. Die Untersuchung richtet sich daher zunächst auf die Struktur der Sachbeziehung im öffentlichen Recht, bevor die inhaltlichen Merkmale des Sachenrechtsbegriffs auf ihre Verwendung im öffentlichen Recht geprüft werden.

I. Die Einheit der Rechtsordnung umfaßt alle rechtssystematisch getrennten Rechtskategorien, also insbesondere auch öffentliches und privates Recht. Dennoch passen selbst grundlegende Rechtserscheinungen wie die strukturelle Ausgestaltung rechtlicher Beziehungen nicht zwingend in das Erscheinungsbild beider Kategorien, vielmehr bleibt auch nach Anerkennung der unmittelbaren Sachbeziehung im Privatrecht offen, ob das öffentliche Recht eine solche gestattet oder sie von seinem - besonderen - Wesen her im Gegensatz dazu ausschließt²⁾.

1) Über das doppelte Sonderrechtsverhältnis vgl. ferner o. S. 27 m. Anm. 2

2) Aus dem Sonderrechtsverhältnis zwischen öffentli-

Wenn schon der Schluß G. JELLINEKs und anderer von den Theorien der allgemeinen Staatslehre auf die Gestaltung verwaltungsrechtlicher Verhältnisse nicht überzeugt hat¹⁾, so ist doch die hiermit zusammenhängende Vorstellung von dem öffentlichen Recht als Untertanenrecht entsprechend der überkommenen Subjektionstheorie²⁾ weitgehend erhalten³⁾. Jede Unterordnung in diesem Sinne setzt ein personales Verhältnis voraus⁴⁾, für welches gerade bei der unmittelbaren Sachbeziehung kein Raum ist⁵⁾. So könnten insbesondere die Auffassungen O. MAYERS und anderer⁶⁾ über die Struktur der Sachbeziehungen im Recht, wenn schon die von ihnen angenommene Geltung im bürgerlichen Recht nicht besteht, zumindest doch für das öffentliche Recht mit Rücksicht auf dessen Beson-

chem und privatem Recht folgt, daß die allgemeinen Rechtsbegriffe des Privatrechts nicht von sich aus eine Anwendung im öffentlichen Recht ausschließen, sondern daß nur die besondere Eigenart des öffentlichen Rechts selbst sie ausschließen kann. Vgl. darüber S. 45

- 1) Vgl. o. S. 8; zutreffend auch: v. TUREGG, Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, MDR 1952, S. 150; EYERMANN-FRÖHLER, VwGO-Komm., § 43 I, 1a aa; KLINGER, VwGO-Komm., § 43 C I, 1 a, welche auch für das öffentliche Recht die von G. JELLINEK u.a. vertretene Beschränkung der Rechtsbeziehungen auf die zwischen den Personen als zu eng ablehnen; für eine sinngemäße Anwendung der entsprechend zu § 256 ZPO von der Zivilrechtslehre und Rechtsprechung entwickelten Theorien auch: BVerwG d.U. v. 12.4.1956, DöV 1957, S. 426
- 2) Vgl. o. S. 32 ff
- 3) s. z.B. v. KOEHLER, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., S. 204 ff
- 4) Über Wechselbeziehungen zwischen der Subjektionstheorie und dem Axiom, daß es Rechtsbeziehungen nur zwischen der Person gibt, vgl. o. S. 32/33 m. Anm. 2
- 5) Vgl. o. S. 47
- 6) s. o. S. 12 ff, vgl. dazu besonders Reinhold ZIPPELIUS, Grundlagen des öffentlichen Sachenrechts ..., DöV 1958, S. 839

derheiten zutreffend sein¹⁾.

Die Vorstellung von den Subordinationsverhältnissen im öffentlichen Recht hat schon manches Bemühen nach rechtstheoretischer Erkenntnis verfälscht und in die Irre geleitet²⁾. Wenn es auch nicht folgerichtig ist, den Charakter eines Rechtssatzes nach den von ihm erst ausgestalteten Rechtsverhältnissen zu definieren³⁾, so bleibt doch die Feststellung, daß die Unterordnung der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtsträger eine übliche Rechtserscheinung ist und zwar eine im öffentlichen Recht sehr häufige, vielleicht sogar typische⁴⁾. Es gehört zu den Unzulänglichkeiten der Subjektionstheorie, dieses "häufige" Merkmal zum Mittelpunkt einer Rechtsdefinition gemacht zu haben, welche ihrer Art nach grundsätzliche Geltung beansprucht⁵⁾. Es wäre jedoch ein weiterer Fehler, wollte man daraus nun wieder rückschließen, es könne im öffentlichen Recht nur solche Rechtsbeziehungen geben, in denen die Befehlsgewalt der Hoheitsträger gegenüber den - untergeordneten - Privatrechtssubjekten ihren Ausdruck zu finden vermag, denn der Mangel in der Allgemeingültigkeit der zur Definition eines Rechtsbegriffes verwandten Rechtserscheinungen bei B i l d u n g der Definition, darf nicht dazu ausgenutzt werden, nachträglich unter Hinweis auf die Allgemeingültigkeit j e d e r Definition schlechthin zu belegen, daß diese Rechtserscheinung nun doch allgemein Gültigkeit besäße. So

- 1) HOFACHER, aaO, S. 168, trifft die umgekehrte Feststellung: Unmittelbare Sachbeziehung gebe es zwar im öffentlichen Recht, nicht aber in dem Eigentumsbegriff des Privatrechts.
- 2) Vgl. darüber im einzelnen besonders § 9
- 3) Über diesen verfehlten Ansatz der Subjektionstheorie s. im einzelnen o. S. 32
- 4) Das ist variabel und hängt von Zahl und Inhalt geltender Rechtssätze ab, die ein solches Verhältnis betreffen.
- 5) Vgl. o. S. 32

würde nämlich ein Zirkelschluß dadurch abgegeben, daß zwar in der Definition des Rechts deren generelle Bedeutung nicht beachtet, diese andererseits jedoch zum Ausgang für die entgegengesetzte Feststellung genommen wird, daß den zu ihrer Errichtung verwandten Rechtserscheinungen generelle Bedeutung zukomme.

Weitere Gesichtspunkte dafür, daß nach dem besonderen Charakter des öffentlichen Rechts im Gegensatz zum Privatrecht nur die unmittelbare Personalbezogenheit in den von seinen Rechtssätzen geregelten Beziehungen möglich sei, sind nicht ersichtlich. Hier wie dort ist also - ohne Einfluß auf die allgemeine, grundlegende Personalgebundenheit allen Rechts¹⁾ - Raum für eine unmittelbare Rechtsbeziehung zur Sache in dem die Sachgüter zuteilenden Recht²⁾.

II. Die Anerkennung des materiellen Sachenrechtsbegriffs im öffentlichen Recht ist gleichwie im Privatrecht davon abhängig gemacht, daß die unmittelbare Sachbeziehung auch hier nicht nur möglich ist, sondern daß es sie in den von seinen Rechtssätzen umschriebenen Rechtsstellungen wirklich gibt. Daher bedarf es an dieser Stelle gleichwie bei der Bestimmung des allgemeinen Sachenrechtsbegriffs³⁾ des weiteren Nachweises, daß auch das öffentliche Recht in seinen Rechtssätzen Sachbeziehungen kennt, die nicht nur Folge der gesetzlichen Regelung von Beziehungen mehrerer Rechtsträger untereinander sind. Die Unmittelbarkeit oder Mittel-

- 1) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 49
- 2) s. die auf S. 69 Anm. 1 aaO gegebenen Hinweise auf Rechtspr. und Schrifttum; vgl. besonders über den Einklang mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zu § 256 ZPO: RGZ 107. Bd., S. 304; 144. Bd., S. 56; 148. Bd., S. 6; BGHZ 5. Bd., S. 387. Für die unmittelbare Sachbeziehung im öffentlichen Recht ferner: MENGGER, System ..., S. 233 ff (235) und SCHUNK De CLERK, VWGO-Komm., § 43 Anm. 2
- 3) Vgl. o. S. 50

barkeit einer Sachbeziehung läßt sich hier gleichfalls nur nach den Folgeerscheinungen rechtssatzmäßiger Regelung feststellen, welche diese im Einzelfalle - nämlich bei Ausscheiden eines potentiellen Vermittlers der Beziehung zur Sache - äußern.

- a) Dieses Kriterium konnte auch bei der Untersuchung des zivilistischen Sachenrechtsbegriffs nicht in der rechtssatzmäßig - abstrakt - definierten Rechtsstellung¹⁾ gewisser Rechtsträger zu den Sachen im Rechtssinne, sondern erst bei einzelnen gemäß solcher Rechtsstellung vollzogenen Rechtsbeziehungen bestimmter Rechtssubjekte zu konkreten Sachen gefunden werden, denn ein potentieller Vermittler in der Beziehung zur Sache kann erst dann eingeführt werden, wenn die in den zu prüfenden Rechtssätzen abstrakt geregelten Rechtsstellungen konkretisiert sind. Das ist jedoch keine unzulässige Problemverschiebung, weil auch die konkretisierte Rechtsbeziehung jeweils nur Vollzug in den Grenzen der rechtssatzmäßig vorgegebenen - abstrakten - Rechtsstellung sein kann²⁾. Wenn sich also in der konkreten Rechtsbeziehung aus den genannten Kriterien die Beziehung zur Sache als unmittelbar erweist, so kann sie auch in der rechtssatzmäßig vorgegebenen Rechtsstellung - wenn auch in abstrakter Form - nur als eine unmittelbare vorhanden sein. Somit darf auch hier die Untersuchung bei den konkretisierten Rechtsbeziehungen ansetzen.

Konkretisierung in diesem Sinne bedeutet Tatbestandsverwirklichung. Das geschieht in den Fällen des zivi-

- 1) Über die gleichbedeutende Verwendung der Begriffe "abstrakte Rechtsbeziehung", "Rechtsszustand", "Rechtssinstitut" usw. s.o. S. 63 m. Anm. 1
- 2) Vgl. ebenso ENNECC.-NIPP. aaO, § 71 I (S. 427) und II (S. 428). Über das Verhältnis von "(latent) normierten Beziehungen" zu den konkretisierten bzw. aktualisierten Rechtsbeziehungen vgl. auch MENGER, System ..., S. 235

listischen Sachenrechts überwiegend durch realen oder rechtsgeschäftlichen Akt¹⁾, z.B. § 958 BGB: "Wer eine herrenlose, bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt²⁾, ..." oder § 1204 BGB sinngemäß: "Wem eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung verpfändet ist, ...". Hier und in ähnlichen Fällen ist die Entstehung der Sachbeziehung davon abhängig gemacht, daß jemand aneignet, ersitzt, verarbeitet, erwirbt oder zum Pfande nimmt usw., und erst damit ist jeweils die Rechtsbeziehung zwischen einer bestimmten Person und einer bestimmten Sache geschaffen und so eine rechtssatzmäßig vorgegebene Rechtsstellung konkretisiert.

Anders ist es im öffentlichen Recht: Das Bezugsobjekt ist in der Regel rechtssatzmäßig bestimmt oder doch bestimmbar, häufig unter Zuhilfenahme anderer (Organisations-) Gesetze³⁾. Trotz allem sind auch die in seinen Rechtssätzen zwischen den Subjekten hoheitlicher Gewalt und den Sachen geregelten Rechtsstellungen nicht von vornherein konkret gefaßt, sondern meinen stets nur Sachen im Rechtssinne, denn sie betreffen überwiegend nicht die bestehenden - konkreten - Sachen, wie bestimmte Bauwerke, Wohnräume oder Gewerbebetriebe usw., sondern z.B. auch alle künftigen Sachen, sofern sie innerhalb einer der bezeichneten Sachkategorien existent werden. Anders als im Privatrecht hängt jedoch das Entstehen einer konkreten Sachbeziehung hier nicht von einem realen oder rechtsgeschäftlichen Akt

- 1) Vgl. anders z.B. § 1 d. Ges. über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundesbahn vom 2. März 1951, BGBl. I, S. 155 u. § 1 d. Ges. über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen u. sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs vom 2. März 1951, BGBl. I, S. 157
- 2) Die Aneignung ist kein rechtsgeschäftlicher Akt, es genügt natürlicher Besitzwille, vgl. ERMAN-HEFERMEL, § 937 Anm. 3 m.w.H.
- 3) Endgültige Bezugsobjekte sind auch hier genau genommen nur die Träger öffentlicher Verwaltung als juristische Personen des öffentlichen Rechts. Vgl. darüber o. S. 37 m. Anm. 1

des Bezugssubjektes ab, sondern Tatbestandsverwirklichung ist das Vorhandensein der konkreten Sache *s e l b s t*¹⁾ oder das Eintreten von Umständen, die unmittelbar mit dem Zustand der Sache zusammenhängen. So gehören etwa die Erteilung der Bauerlaubnis, die Zuweisung einer Wohnung oder die Gewährung einer Sachkonzession - anders als z.B. die Einräumung eines Pfandrechts im Privatrechtsverkehr - nicht zum Tatbestand öffentlicher Rechtssätze, sondern zu deren Rechtsfolgeseite. Aus dieser unterschiedlichen Rechts-situation ergibt sich für die nachfolgende Prüfung der Struktur von Sachbeziehungen im öffentlichen Recht, daß nicht erst die nach erfolgter Beschlagnahme, Erteilung der Bauerlaubnis, Zuweisung usw. vorhandenen Rechtsbeziehungen Gegenstand der Untersuchung sind, sondern diejenigen, welche schon mit dem *E n t s t e h e n* einer konkreten Sache, deren Kategorie rechts-satzmäßig zu einem Träger hoheitlicher Gewalt in Beziehung gesetzt ist, existent werden. Bei ihnen und nicht erst dort ist aus den Folgeerscheinungen des Ausscheidens eines potentiellen Vermittlers die Struktur der Rechtsbeziehungen zur Sache zu bestimmen.

1) Zutreffend besonders MENGER, System ..., S. 235; MENGER nennt ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis die öffentlich-rechtlich geregelte Beziehung zwischen dem Pflicht- oder Rechtssubjekt eines Rechtssatzes (Zuordnungssubjekt) und der einen konkreten, den gesetzlichen Tatbestand deckenden Sachverhalt auslösenden Person (Zurechnungssubjekt). Enthält der Tatbestand des öffentlichen Rechtssatzes als notwendiges Tatbestandselement einen Gegenstand, so bestehe sowohl zwischen dem Zurechnungssubjekt und dem Gegenstande als auch zwischen dem Zuordnungssubjekt und dem Gegenstande ein öffentliches Rechtsverhältnis. Wenn jedoch nicht ein Zurechnungssubjekt, sondern ein Ereignis (z.B. Blitzschlag) einen Sachverhalt auslöse, welcher den Tatbestand eines öffentlichen Rechtssatzes erfüllt, so gelte das gleiche zwischen den Zuordnungssubjekten untereinander und zu eventuellen Sachgütern.

b) Potentielle Vermittler wären die Rechtsträger, die in Rechtssätzen, welche die Beziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den Sachen betreffen, jeweils beteiligt sind, z.B. der Inhaber eines Gewerbebetriebes, der Bauherr oder Eigentümer einer gefährvollen Sache, einer freigewordenen Wohnung oder eines Grundstücks, welches den Teil einer Straße bildet, die einem weit-räumigen Verkehr zu dienen bestimmt ist usw. Die Struktur der Rechtsbeziehungen in dem Verhältnis der Personen zu den Sachen kann auch hier entweder so sein, daß diese ausschließlich die Personen - und nur mit Rück-sicht auf die Sachen - angehen oder aber *u n m i t - t e l b a r* die Sachen, woraus sich bestenfalls folge-weise Beziehungen zu den Personen ergeben können¹⁾. Diese Unterscheidung der Strukturmerkmale rechtlicher Beziehungen der Personen untereinander und zu den Sachen wird auch für die Auffindung dinglicher Rechte im öffentlichen Recht wesentlich sein.

1. Hiermit sind jene gerade im Verwaltungsrecht so häufig als "dinglich" angesehenen Fälle ausgeschlossen, welche eine in ihren Folgeerscheinungen ähnliche, jedoch dem Rechtscharakter nach grundverschiedene Rechtserscheinung meinen, nämlich die der Subjektsbestimmung gewisser Rechte durch Zuständigkeit eines anderen Rechts, hier besonders durch Eigentum oder Besitz an einer Sache. Diese Rechtserscheinung, von WESTERMANN²⁾ unter Vorbehalt als "subjektive Dinglichkeit" bezeichnet, betrifft ihrem eigentlichen Wesen nach ausschließlich die Frage nach der Art der Subjektsbestimmung durch Rechtssatz. Letztere kann an einen Entstehungstatbestand aber auch durch einen auf Bestimmung der Person abgestellten Tatbestand, z.B. Übertragung des Rechts, Schuldübernahme, geknüpft sein oder aber - wie in den gekennzeichneten Fällen - sich

1) Vgl. o. S. 46 und 49/50

2) Die Bestimmung ..., S. 7 ff (59)



aus der Zuständigkeit eines anderen Rechts ergeben, wenn also etwa der jeweilige Inhaber einer Forderung, eines Mitgliedschaftsrechts oder auch eines dinglichen Rechts usw. etwas weiteres tun darf oder unterlassen muß, was nicht schon nach dem Inhalt dieses Rechts gegeben ist. Es können somit Rechtsverhältnisse aller Art derartige Zuständigkeitsbestimmungen aufweisen, und es gibt keine Beschränkung auf solche, die gewisse strukturelle bzw. inhaltliche Merkmale besitzen, denn es handelt sich hier um die Art der Bestimmung des Rechtsträgers und nicht um den Inhalt des Rechtsverhältnisses selbst¹⁾.

Wenn in öffentlich-rechtlichen Abhandlungen und Entscheidungen der Begriff der "Dinglichkeit" verwendet wird, findet sich in vielen Fällen die aufgezeigte Verwechslung²⁾ und auch im Privatrechtsbereich wird hierin zum Teil wenig genau unterschieden. Grund hierfür ist wohl weniger die Ansicht, das Wesen der Dinglichkeit erschöpfe sich in einer besonderen Form der Zuständigkeitsbestimmung gewisser Rechtsträger, sondern der Umstand, daß vor allem im Liegenschaftsrecht die meisten Rechte mit Zuständigkeitsbestimmung durch Grundeigentum zugleich dingliche Rechte an a n d e r e n Grundstücken sind, wie etwa bei Grunddienstbarkeit, Überbau- und Notwegerecht, Reallast oder Verkaufrecht³⁾. Selbst wenn jedoch diese Art der Verbin-

1) Zutreffend WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 35

2) So kritisiert FLEINER, Institutionen ..., 8. Aufl., S. 153 Anm. 15: "Mit dem Terminus Dinglichkeit wird ein wahrer Mißbrauch getrieben ..." W. JELLINEK, Verw.-Recht 3. Aufl. S. 195, spricht von Pflichtennachfolge kraft Dinglichkeit, wenn das Pflichtsubjekt "irgendwie" mit dem Eigentum an der Sache wechselt. FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 177, der allgemein solchen Rechten, die nicht dem Eigentümer als Person, sondern dem jeweiligen Eigentümer zustehen, dinglichen Charakter beimißt, s.a. H.J. WOLFF aaO, § 40 II c u. III c

3) Vgl. hierzu im einzelnen WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 14

dung dinglicher Rechte mit einer bestimmten Form der Subjektsbestimmung typisch wäre, so kann nicht die besondere Art der Subjektsbestimmung dem dinglichen Recht sein ihm wesensgemäßes Gepräge geben. Zudem gibt es bei ihm die anderen Formen der Subjektsbestimmung durch Entstehungstatbestand (z.B. Aneignung, Vermischung usw.) und Übertragung (z.B. § 929) wohl ebenso häufig wie die vorgenannte.

Beiden Rechtserscheinungen ist allerdings gemein, daß sie gewissen Rechten die Unabhängigkeit vom Eigentumswechsel verschaffen¹⁾, wie etwa beim beschränkten dinglichen Recht ein Wechsel des Eigentümers bedeutungslos ist, aber auch zum anderen bei der Subjektsbestimmung durch Grundeigentum die Eigentumsübertragung am Grundstück keinen Fortfall des Zusammenhanges von Rechtsverhältnis und Grundstück zur Folge hat²⁾. Diese gleichmäßige Wirkung hat aber verschiedene Ursachen, welche beim dinglichen Recht in der unmittelbaren Beziehung der Person zur Sache und bei der Subjektsbestimmung durch Grundeigentum in der von bestimmten Personen unabhängigen Beziehung von Rechtsverhältnis und Grundstück beschlossen liegt³⁾. Wer dem

1) Diese Rechtserscheinung ist verwandt mit dem vor allem im Zusammenhang mit § 571 BGB dargestellten Sukzessionsschutz gewisser Rechtsstellungen (vgl. o. S. 51 ff und 53/54, s. § 69 VVG). Über einzelne Unterschiede hierin vgl. WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 11: Sukzessionsschutz ist nicht wie hier die Folge eines gesetzlichen oder die Parteien bestimmenden Bestrebens, das Rechtsverhältnis ohne Rücksicht auf die Person des Grundeigentümers mit dem Grundstück zu verbinden, sondern entspringt einer gesetzlichen Sonderregelung, gewisse Rechte aufgrund ihrer sozialen Bedeutung dem Inhaber zu erhalten, auch wenn etwa die die Rechtsbeziehung zur Sache vermittelnde Person ausscheidet. Vgl. dazu auch S. 132 m Anm. 5/133

2) So zutreffend WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S.60

3) WESTERMANN aaO, ist auch hier der Auffassung, daß die in beiden Fällen gegebene Unabhängigkeit vom Eigentumswechsel erst zu der unmittelbaren Verbindung von Person und Sache bzw. zu einer von den

entgegen aus der zufälligen Einheitlichkeit der Folgeerscheinungen schließen will, daß die zugrunde liegenden Rechtserscheinungen identisch oder auch nur in ihrem rechtlichen Wesen unter einer Einheit zu fassen sind¹⁾, begeht einen ähnlichen Fehler wie FRIEDRICHS und v. GIERKE, welche wegen des Sukzessionschutzes bei der Grundstücksmitte diese als dingliches Recht angesehen haben²⁾.

Die Subjektsbestimmung durch Besitz oder Eigentum an einer Sache sagt also im öffentlichen Recht wie auch im Privatrecht nichts darüber aus, welchen Inhalt das Recht hat, dessen Zurechnungssubjekt auf diese Weise bestimmt ist. Daraus ergibt sich für das öffentliche Sachenrecht, daß hierzu nicht schon solche öffentlich-rechtlichen Rechtssätze gehören, welche in den von ihnen geregelten Rechtsstellungen lediglich die Subjektsbestimmung *r e c h t s p e r s o n a l e r* Beziehungen durch die Zuständigkeit an Sachen enthalten. Das sind in erster Linie alle Gesetze, in denen Eigentum und Besitz Voraussetzung einer *p e r s ö n l i c h e n* Leistungspflicht sind, indem die Person des Pflichtigen, wie z.B. bei Straßenanliegerbeiträgen, Kanalisationsbeiträgen, aber auch bei Grund- und Vermögenssteuern³⁾ auf solche Weise bestimmt wird⁴⁾.

Personen unabhängigen Rechtsbeziehung von Rechtsverhältnis und Grundstück führe. Daß dabei Ursache und Wirkung verkehrt werden (vgl. o. S. 62 ff), wird an dieser Stelle in besonderem Maße deutlich.

- 1) Dagegen mit zutreffender Begründung besonders WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 59
- 2) Vgl. o. S. 53 ff
- 3) Anders H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 40 III c
- 4) So zutreffend FLEINER, Institutionen ..., S. 152/153; EICH, Die Schuldverhältnisse nach § 9 KAG: Der Gemeindehaushalt 51. Bd. (1950), S. 135. Über den Vergleich mit den Grunddienstbarkeiten und Reallasttypen des Privatrechts s. W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 198

2. Die Frage nach den sachenrechtlichen Erscheinungen im öffentlichen Recht betrifft demgegenüber allein die *i n h a l t l i c h e* und *s t r u k t u r e l l e* Ausgestaltung seiner Rechtsbeziehungen, wozu als ein grundlegendes Merkmal die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung gehört¹⁾. Unmittelbare Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den Sachen gibt es aber besonders in den dargelegten Fällen des Steuer- und Abgabenrechts nicht, was dadurch ersichtlich wird, daß diese keinerlei direkte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache selbst haben, welche über die allgemeine Haftung einzelner Vermögensgegenstände für die persönlichen Schulden ihres Eigentümers hinausgehen. So wird bei Veräußerung oder sonstigen Eigentumswechsel der neue Eigentümer beitragspflichtig, weil bei ihm z.B. die Voraussetzungen des § 9 Abs. I KAG (Grundeigentum und wirtschaftlicher Vorteil) erfüllt sind²⁾. Er haftet sodann nicht nur mit dem Grundstück, sondern mit seinem gesamten Vermögen für die Beitragsschuld³⁾. Und auch die nach Veräußerung fortbestehende Beitragspflicht des früheren Eigentümers (vgl. § 1 a Satz 3 KAG) besteht nur persönlich und bewirkt keine Haftung des Grundstücks⁴⁾, so daß die Beziehung der betreffenden Verwaltungsbehörde zu dem Grundstück endet, wenn etwa der Eigentümer es aufgibt. Eine weitere (neue) Einwirkungsmöglichkeit auf dieses Grundstück setzt die Vermittlung eines anderen Rechtsträgers voraus, indem

-
- 1) Im Sinne dieser Unterscheidung besonders WESTERMANN, Die Bestimmung ..., S. 59
 - 2) Vgl. proVG durch Urteil vom 22.11.1912, prVBl., 34. Bd., S. 546; s. ferner EICH aaO, SUREN, Gemeindeabgabenrecht der ehemals preußischen Gebiete, § 90 Ziff. 3
 - 3) Allerdings nicht schlechthin für rückständige Beiträge seines Vorgängers, s. proVG d.U.v. 26.1.1909, denn es handelt sich nicht um die Übernahme fremder Schuld, sondern um eine eigene Verpflichtung kraft Tatbestandsverwirklichung.
 - 4) Zutreffend EICH aaO, S. 135, vgl. ferner W. JELLINEK aaO, S. 198

dieser es aneignet, erbt oder erwirbt, so daß mit dem Eigentum oder dem Besitz an der Sache der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die persönliche Beitragspflicht knüpft. Für Steuern, Sachleistungen¹⁾ und sonstige Abgaben gelten ähnliche Regeln, die erweisen, daß auch hier die Zugriffsmöglichkeit von der Vermittlung eines Rechtsträgers abhängig ist. Eine unmittelbare Sachbeziehung ist somit in all diesen Fällen nicht vorhanden, und es ist daher verfehlt, im Steuer- und Abgabenrecht von dinglichen Rechtsbeziehungen zu sprechen.

3. Gewisse Einwirkungsbefugnisse der Subjekte hoheitlicher Gewalt auf Sachen ohne Rücksicht auf Personen gibt es demgegenüber besonders im Polizei- und Ordnungsrecht sowie im Recht, das die Indienststellung von Sachen zum öffentlichen Gebrauch sowie deren allgemeine Nutzungsverhältnisse regelt. Es bedarf daher der Untersuchung, ob dieses Folgeerscheinungen unmittelbarer Rechtsbeziehungen zur Sache und damit Strukturmerkmale dinglichen Rechts sind oder nicht.

aa) Das Polizei- und Ordnungsrecht, soweit es sich auf den Zustand von Sachen bezieht, wird in der Verwaltungsrechtslehre zumeist im Rahmen der Ordnungspflicht einzelner Privatrechtsträger dargestellt²⁾. Dieses entspricht dem Gesichtswinkel liberal-rechtsstaatlichen Denkens in der Frage, wieweit der einzelne Eingriffe hoheitlicher Gewalt dulden muß und wieweit nicht³⁾. Eine solche Darstellung dient jedoch nicht der Charakterisierung einzelner Rechtsgebiete nach ihrem objek-

1) Vgl. z.B. § 8 Bundesleistungsgesetz vom 19. Okt. 1956 BGBl. I, S. 815

2) Vgl. z.B. FREUND, Das Polizei- und Ordnungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 88; DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. S. 231

3) So zutreffend Gerd BEINHARDT, Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1961, S. 608 ff (613)

tivrechtlichen Gehalt. Anstelle der Frage nach dem Handeln- oder Duldenmüssen des einzelnen stehen dort vielmehr die Verwaltungsaufgaben und Befugnisse der Subjekte hoheitlicher Gewalt im Vordergrund¹⁾, denn die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist nicht am Störer, sondern am Gemeinwohl orientiert²⁾.

Grundlegende Funktion des Polizei- und Ordnungsrechts, soweit es sich auf den Zustand von Sachen bezieht, ist nach allem nicht die Festlegung von Ordnungspflichten einzelner, sondern die Einordnung gewisser Sachen in den Bereich der Aufgaben und Befugnisse bestimmter Subjekte hoheitlicher Gewalt³⁾. Von daher fallen auch die Aufgaben der Erhaltung und Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bei Gefahren, die von Sachen ausgehen, zunächst einmal den dafür zuständigen Verwaltungsbehörden zu, und nur weil und soweit ihnen durch Gesetz in der Erfüllung ihrer diesbezüglichen Aufgaben die weitere Befugnis eingeräumt ist, den Eigentümer oder Gewahrsamsinhaber der gefährlichen Sache zu einem Tun oder Unterlassen anzuhalten⁴⁾, brauchen sie nicht selbst einzuschreiten. Anders ist es jedoch, wenn die Möglichkeit, von den er-

1) Eine Übersicht gibt Georg BERNER, Wandlungen des Polizeibegriffs seit 1945, DVBl. 1957, S. 810 ff (819)

2) BEINHARDT aaO; vgl. ebenso Erich BECKER, Funktionshaushalt und Verwaltungsaufgaben, KKZ 1957, S. 109, sowie Wilhelm LOSCHELDER, Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 822. Ob damit das gesamte Polizei- und Ordnungsrecht - wie BECKER, LOSCHELDER und auch BEINHARDT meinen - dem Bereich der Leistungsverwaltung einzuordnen ist, mag hier dahingestellt bleiben. Vgl. ferner BVerfG d. Beschl. v. 29.4.1958, DöV 1959, S. 66, sowie das Rechtsgutachten des BVerfG über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlaß eines Baugesetzes: BVerfGE 3. Bd., S. 407 ff (433)

3) s. darüber im einzelnen auf S. 105 ff

4) s. darüber im einzelnen auf S. 106 Anm. 4

weiterten Befugnissen Gebrauch zu machen, fehlt. In solchen Fällen muß die Polizei- oder Ordnungsbehörde selbständig handeln¹⁾, was sie stets zu tun hätte, wenn es z.B. die §§ 18 - 21 PVG nicht gäbe²⁾. Dabei würden sich grundlegender Gehalt und Struktur der Rechtsstellungen im Polizei- und Ordnungsrecht auch in letztem Falle nicht ändern, nur die *M a ß n a h m e n* in Ausübung der polizeirechtlichen Befugnisse wären anders. Zwar regeln die §§ 18 - 21 PVG eine speziellere Art der Ausübung polizeilicher Befugnisse, welche in der Praxis auch regelmäßig dem selbständigen Handeln vorzuziehen ist, jedoch darf der rechtliche Gehalt des Polizei- und Ordnungsrechts nicht nach der Art und Ausrichtung polizeilicher *M a ß n a h m e n* beschrieben werden, sondern nach den Aufgaben schlechthin, in deren Ausführung jeweils verschiedene Maßnah-

1) Vgl. RIETDORF, Kommentar zum nWOBG, § 18 Anm. 3 sowie SENGER-KURZMANN, Kommentar zum nWOBG, § 18 Anm. 3; s. den RdErl. des nWMinisters für Wiederaufbau v. 19.9.1957 nWMBl. S. 1400. Zutreffend auch bayVGH d.U.v. 19.1.1953, DöV 1953, S. 446. Besonders müssen vor der Inanspruchnahme eines Nichtstörers sämtliche eigenen Mittel der Polizei- und Ordnungsbehörden ausgeschöpft sein, vgl. OVGmstr. d. Beschl. v. 19.10.1954, AS 9. Bd., S. 130; s.a. OVG Lüneburg d.U. v. 30.6.1960, DVBl. 1960, S. 648

2) Fälle eigenen Handelns sind nicht zu verwechseln mit den Zwangsmitteln zur Durchsetzung der gem. § 18 ff PVG gegebenen Befugnisse, wie z.B. unmittelbarer Zwang u. Ersatzvornahme. Sie setzen - außer bei Gefahr im Verzuge - die Weigerung des Pflichtigen voraus, dem in der vorangegangenen Verfügung enthaltenen Befehl zu einem gewissen Tun, Dulden, oder Unterlassen nachzukommen. Auch die Ersatzvornahme ist stets Handeln an Stelle des Ordnungspflichtigen mit der Folge der Kostenerstattung, s. §§ 6, 10, 12 VwVollstrG. Ebenso DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. S. 363. Über das Verhältnis von Ersatzvornahme und verwaltungseigenem Handeln s. besonders Alfons GALETTE, Zur Entwicklung des "Polizei- und Ordnungsrechts", DVBl. 1955, S. 313. Gegen die Auffassung, die Erstattungspflicht sei als "dingliche" Last an die Sache geknüpft: BVerwG d.U. v. 9.5.1960, AS 10. Bd., S. 282 ff (284)

men ergehen: Polizeiliche Aufgabe ist hier grundlegend die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, welche von dem Zustand von Sachen ausgehen, ohne Rücksicht auf die Person des jeweiligen Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers der gefahrbringenden Sache¹⁾. Daraus wird ersichtlich, daß die im Polizei- und Ordnungsrecht zwischen den Personen und den Sachen geregelten Rechtsstellungen unmittelbare Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den (gefährvollen) Sachen enthalten.

Wer dagegen im Polizei- und Ordnungsrecht nur die mittelbare Sachbeziehung anerkennt, könnte hier bestenfalls den jeweiligen Eigentümer oder Gewahrsamsinhaber als Zurechnungssubjekt polizeilicher Aufgaben und Befugnisse mit Rücksicht auf Sachen einbeziehen. Alle daraus abgeleiteten Maßnahmen, die sich unmittelbar gegen die Sache richten, wären damit nicht anders als ein Handeln für den jeweiligen Eigentümer oder Gewahrsamsinhaber, weil er z.B. nicht erreichbar ist. Diese nach dem Wesen und Aufbau des Polizei- und Ordnungsrechts sowie auch nach dem Wortlaut des § 18 nWOBG wenig überzeugende Konstruktion offenbart jedoch ihre Unrichtigkeit besonders darin, daß nach ihr z.B. Maßnahmen an herrenlosen Sachen nicht durch die gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse der Polizei- und Ordnungsbehörde gedeckt wären, denn die Ordnungspflicht der Zurechnungssubjekte endet mit Wegfall der tatbestandmäßigen Voraussetzung, also z.B. mit Aufgabe des Eigentums oder Gewahrsams²⁾. Die Rechtsbeziehung der Polizei- und Ord-

1) Zutreffend SCHIEDEMAIR, Einführung in das bayerische Polizeirecht, S. 155 u. 160, s. ferner BVerwG d.U. v. 4.3.1954, Verw.-Rspr. 4. Bd. S. 349 ff (351)

2) So zutreffend SENGER-KURZMANN aaO, § 18 Anm. 3, sowie DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. S. 200 u. 240, 241. Daß eine Inanspruchnahme auch nach Eigentumsaufgabe möglich sein kann, wenn der Eigentümer sich dadurch wider Treu und Glauben der Polizeipflicht entzieht, spricht nicht gegen diese

nungsbehörden zu den Sachen entsteht jedoch unabhängig von den privatrechtlichen Beziehungen anderer Rechtssubjekte zu den betreffenden Sachen mit deren gefahrbringendem Zustand, und sie endet erst, wenn dieser Zustand nicht mehr besteht, und nicht etwa, wenn und weil der Eigentümer seine Beziehung zur Sache aufgibt. Die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung im Polizei- und Ordnungsrecht ist daher durch die Bestimmungen, welche die Polizei- und Ordnungspflicht der Privatrechtsträger regeln, nicht berührt.

Ein gewisser Anschein der Personalbezogenheit besteht allerdings fort, weil mit der Schaffung unmittelbarer, hoheitlicher Sachbeziehungen nunmehr in der Regel doppelte - inhaltlich zumeist konkurrierende - Rechtsbeziehungen zur Sache gegeben sind, denn auch der Eigentümer steht kraft dinglichen (Privat-) Rechts in unmittelbarer Rechtsbeziehung zur Sache¹⁾. Als Folge der doppelten Sachbeziehung ergeben sich sodann Rechtsbeziehungen zur Person des anderen, also Ansprüche von Person zu Person mit Rücksicht auf Sachen²⁾, deren Inhalt jeweils nach dem Gehalt der Einzelbeziehung zur Sache bestimmt wird³⁾. Diese Rechtserscheinung - zumeist "dinglicher Anspruch" genannt⁴⁾ - ist auch dem

Auffassung. Im übrigen wird auch nach Eigentumsaufgabe zumeist die Inanspruchnahme nach den Vorschriften über die Handlungshaftung gegeben sein, da i. d. R. der gefährvolle Zustand der Sache eine Folge des Handelns oder pflichtwidrigen Unterlassens des Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers ist, vgl. hierzu DREWS-WACKE aaO, ebenso FREUND, Das Polizei- und Ordnungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, S. 88

- 1) Für die öffentliche Sache (ieS) zutreffend H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, §55 IV b 2
- 2) Vgl. WOLFF aaO
- 3) Vgl. darüber im einzelnen S. 106 m. Anm. 4 sowie besonders S. 121 ff
- 4) So z.B. WESTERMANN, Sachenrecht S. 9. Als Ansprüche von Person zu Person tragen sie ihrem Wesen nach schuldrechtlichen Charakter, besitzen jedoch einen dinglichen Entstehungsgrund in der dargestellten Weise. Typisch für die Ausgestaltung der sie abgren-

Sachenrecht des Privatrechts nicht fremd (vgl. z.B. §§ 985 ff, besonders § 1004 oder auch § 1227 BGB). Da sie hier wie dort Folgeerscheinung doppelter Sachbeziehung ist und die betreffenden Rechtssätze nichts weiter bedeuten als eine Abgrenzung der aus dinglichem Entstehungsgrund folgenden, persönlichen Rechte, darf sie auch im öffentlichen Recht und besonders im Polizei- und Ordnungsrecht nicht dazu Anlaß geben, die in der grundlegenden Rechtsstellung vorhandenen, unmittelbaren Sachbeziehungen zu verkennen¹⁾. Nach allem ergibt sich, daß die Rechtsbeziehungen der Polizei- und Ordnungsbehörden zu den Sachen in den ihnen durch die geltenden polizei- und ordnungsrechtlichen Rechtssätze eingeräumten Rechtsstellungen von unmittelbarer Art sind.

- bb) Auch im Recht, das die Indienststellung von Sachen zum öffentlichen Gebrauch oder deren allgemeine Nutzungsverhältnisse regelt, gibt es Einwirkungsbefugnisse der Subjekte hoheitlicher Gewalt auf Sachen. So ergehen z.B. Maßnahmen hoheitlicher Widmung, Planung sowie Beschlagnahme zumeist in Ausübung der durch Gesetz und Verordnung eingeräumten Befugnis, die rechtlichen Verhältnisse gewisser Sachen zu ordnen. Es bleibt zu untersuchen, ob in diesen Fällen die hoheitlichen Rechtsbeziehungen zur Sache unmittelbarer Art sind oder z.B. durch die jeweiligen Inhaber dinglicher Privatrechte vermittelt werden.

- a₁) Die Rechtsstellung der Subjekte hoheitlicher Gewalt im

zenden Rechtssätze ist die Subjektsbestimmung durch Besitz oder Eigentum an der Sache. Vgl. darüber im einzelnen S. 58 ff

- 1) Über den Vergleich der polizeilichen Zustandshaftung mit der Klage aus § 1004 BGB s. Helmut QUARITSCH, Eigentum und Polizei, DVBl. 1959, S. 455 ff (499): Bei der polizeilichen Zustandshaftung ebenso wie bei seinem zivilrechtlichen Gegenstück, der Klage aus § 1004 BGB, spielt der Sachherr nur die Nebenrolle des Adressaten.

öffentlichen *W e g e r e c h t* kennzeichnet sich durch ihre unmittelbare Sachbezogenheit. Der Widmungshoheit (vgl. z.B. § 2 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BfernstrG) die personale Rechtsbeziehung zu unterstellen, hieße, sie von der Existenz eines anderen Rechtsträgers, welcher in Beziehung zur Sache steht, abhängig zu machen. Dagegen ist die Widmungsbefugnis der Verwaltungsbehörden an herrenlosen Sachen unbestritten¹⁾, und nur dann, wenn ein Träger privater Rechte, der nicht auch zugleich Rechtsträger der hoheitlichen Widmungsbefugnis ist, in dinglicher Rechtsbeziehung zur Sache steht, hat das Gesetz die Rechtmäßigkeit der Widmung von bestimmten Voraussetzungen, meist dessen Zustimmung, abhängig gemacht²⁾. Selbst wenn man dementsgegen mit einer verbreiteten Auffassung die Zustimmung des Eigentümers als Tatbestandsvoraussetzung ansieht³⁾, so heißt das nicht, daß ein Widmungsakt nur mit Zustimmung des Eigentümers zustande kommen könnte, sondern daß, *s o f e r n* jemand ein dingliches Privatrecht an der Sache besitzt, dieser zustimmen muß⁴⁾. Es wäre also auch nach dieser Theorie keineswegs Tatbestandsvoraussetzung, daß ein Privatrechtseigentümer oder sonst dinglich berechtigter Privatrechtsträger *e x i s t i e r t*⁵⁾, so daß z.B. die

- 1) Eigentümer und Wegebaupflichtiger sind nicht Träger des Rechtsverhältnisses und daher beim Zustandekommen des Widmungsakts nicht rechtlich beteiligt. Zutreffend BOCHALLI, Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl. 1959, S. 613; MECKE de SWEBUSSIN, Die rechtliche Entstehung öffentlicher Straßen, Bauamt und Gemeindebau 1959, S. 10. Vgl. darüber im einzelnen S. 137/138
- 2) Im Sinne dieser Rechtmäßigkeitstheorie besonders H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., § 56 IIIa 2 m. w. Hinw.
- 3) So besonders Klaus GROEBE, Öffentliches Sachenrecht im Bayer. Straßen- und Wegegesetz, bayVBl. 1959, S. 181 m. w. Hinw.
- 4) Ebenso SCHALLENBERG, Die Widmung, S. 75
- 5) In diesem Sinne besonders SIEDER-ZEITLER, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Komm. 1960, Art. 6,

Widmung nicht davon abhängt, daß sich der Staat als Privatrechtsträger gemäß § 958 Abs. 2 BGB das Grundstück aneignet, wenn der Eigentümer es zuvor derelinquiert hat.

Der öffentlichrechtlichen Widmungshoheit läßt sich auch nicht etwa dadurch personalgebundener Rechtscharakter beimessen, daß man die jeweiligen Benutzer, Anlieger oder Unterhaltungspflichtigen als Vermittler der Rechtsbeziehung zur Sache ansieht, denn die hoheitliche Befugnis, gewisse Sachen zu widmen, hängt nicht davon ab, ob sie entsprechend dem Widmungsakt genutzt werden oder nicht¹⁾. So bezieht sich die Widmung nicht unmittelbar auf den Gemeingebrauch und diejenigen, welche ihn ausüben. Gemeingebrauch ist vielmehr die unmittelbare, objektiv-rechtliche Folge der Widmung eines Grundstücks zum öffentlichen Weg²⁾.

Eine Folgeerscheinung der unmittelbaren Sachbezogenheit im Wegerecht ist ferner darin zu sehen, daß sich die in Ausübung der öffentlichrechtlichen Widmungshoheit ergehenden Widmungsakte unmittelbar auf die Sache selbst beziehen³⁾ und daher "adressatlose" Verwaltungs-

Ann. I, 3; Indessen können auch hier unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten als Folge unmittelbarer Sachbeziehungen entstehen, wie etwa der Wegebaupflichtige berechtigt ist, von dem Grundeigentümer die unentgeltliche Bereitstellung der Wege zu Unterhaltsarbeiten zu verlangen, vgl. OVG Mstr., DöV 1961, S. 35; Über die Wirkung doppelter Sachbeziehung im allgemeinen vgl. o. S. 84/85

- 1) Vgl. SCHALLENBERG, Die Widmung, S. 75, GANSCHÉZIAN-FINCK, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957, S. 285 ff (286). Zutreffend auch SIEDER-ZEITLER aaO, Art. 6, Ann. I, 2 m. w. Hinw.
- 2) Ebenso SCHALLENBERG, Die Widmung, S. 75
- 3) Ebenso SIEDER-ZEITLER aaO, Art. 6 Ann. I 3 u. ZIPPELIUS, Grundfragen ..., DöV 1958, S. 843, mit zutreffenden Hinweisen auf eine Parallele bei der Okkupation u. Dereliktion des bürgerlichen Sachenrechts; ähnlich SCHALLENBERG, Die Widmung, S. 76. Vgl. auch H.J. WOLFF aaO, § 56 II, e 2. Die "intransitive Geltung für alle, die es angeht oder angehen wird", betrifft jedoch nur die Folgen der unmittelbar auf die

akte genannt werden¹⁾.

b₁) Auch im öffentlichen W a s s e r r e c h t bestehen grundlegend unmittelbare Rechtsbeziehungen gewisser Träger hoheitlicher Gewalt zum "Wasser" (oberirdische Gewässer und Grundwasser)²⁾. Diese abstrakte Rechtsbeziehung wird gleichwie im Wegerecht etwa durch Herstellung einer bestimmten Straße, welche zu einem zusammenhängenden Verkehrsnetz gehört³⁾, durch Entstehen eines Wasserlaufs oder sonstigen Gewässers im Bezirk eines bestimmten Trägers (wasserrechtlich-) hoheitlicher Befugnisse konkretisiert⁴⁾. Hier wie dort wäre es ungerichtlich, etwa den Eigentümer des Wassers als Vermittler der Rechtsbeziehung zur Sache anzusehen, weil besonders die öffentlichrechtliche Wasserhoheit nicht von der Existenz eines Trägers (privat-) rechtlicher Beziehungen zum Wasser abhängt. Diese kann weiterhin ebensowenig mit Rücksicht auf die jeweiligen Benutzer, Anlieger usw. rein personalgebundenen Charakter tragen. Im Recht der Wasser- und Bodenverbände⁵⁾ werden indessen die jeweiligen Eigentümer von Grundstücken, Bergwerken und Anlagen als dingliche Mitglieder bezeichnet (vgl. § 3 Ziff 1 WuBVG). Wegen der Anknüpfung der Mitgliedschaft an den jeweiligen Eigentümer gewisser Grundstücke sei sie "grundsätzlich geradezu verding-

Sache selbst gerichteten Maßnahmen. Vgl. dazu im einzelnen S. 136 ff

- 1) Vgl. z.B. wbVGH U.v. 30.11.1959, Verw.-Rspr. 13. Bd. (1964), S. 104 ff, BOCHALLI aaO, S. 613, s. darüber im einzelnen § 19
- 2) Vgl. § 1 WHG v. 17.7.1957, BGBI. I, S. 1110 und § 2 der ersten VO über Wasser- und Bodenverbände v. 3.9.1937, RGBI. I, S. 933
- 3) Vgl. §§ 1, 2 BFernstrG
- 4) Über das Verhältnis von Tatbestandsverwirklichung und der Indienststellung von Sachen für den öffentlichen Gebrauch s.o. S. 74/75
- 5) Vgl. die erste VO über Wasser- und Bodenverbände v. 3.9.1937, RGBI. I, S. 933 (WuBVG)

licht"¹⁾.

Was hier durch Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum als "dinglich" bezeichnet ist, erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als ein Anwendungsfall der in seinen Folgeerscheinungen so ähnlichen, aber dem rechtlichen Gehalt nach grundverschiedenen "Subjektsbestimmung durch Zuständigkeit eines anderen Rechts"²⁾. Mitgliedschaftsrechte betreffen die Stellung einer Person zu einem Verband, tragen also ausschließlich personalen Charakter. Sie lassen sich infolge Strukturverschiedenheit nicht mit dinglichen Rechten inhaltlich verbinden, diese können bestenfalls zuständigkeitsbestimmend für sie sein.

Auch das Mitgliedschaftsrecht im Wasser- und Bodenverband enthält insoweit unmittelbare Rechtsbeziehungen nur zwischen Mitglied und Verband, gleichwie die daraus erwachsenden Einzelrechte und Pflichten sich insoweit nicht unmittelbar auf das Grundstück beziehen, sondern nur zwischen den Beteiligten mit Rücksicht auf Grundstücke bestehen. Die Mitgliedschaft im Wasser- und Bodenverband trägt also dem Inhalte nach nicht dinglichen Charakter, sie ist ein Mitgliedschaftsrecht wie andere Mitgliedschaftsrechte, nur daß deren Zuständigkeit, d.h. der Träger des Rechts, nicht wie üblich durch einen Übertragungs- oder Aufnahmetatbestand rechtsgeschäftlicher Art, sondern durch die Zuständigkeit eines anderen Rechts, nämlich Eigentum am Grundstück, bestimmt wird.

Von den personalgebundenen Mitgliedschaftsrechten und ihren Wechselbeziehungen sind die Hoheitsrechte des Verbandes selbst über die zu seinem Aufgabenbereich³⁾

-
- 1) So z.B. hmbOVG U.v. 14.10.1948, Verw.-Rspr. 1. Bd. (1949), S. 222 ff (228), vgl. ferner Wilhelm KIRDORF, Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, DöV 1953, S. 50 ff
 - 2) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 76 - 79
 - 3) Der Wasser- und Bodenverband ist keine Gebietskör-

gehörenden Grundstücke zu unterscheiden. Sie sind in ihrer Entstehung abhängig von der Mitgliedschaft des betreffenden Eigentümers, welche jedoch ihrerseits durch obrigkeitliche Verfügung mit oder ohne dessen Willen geschaffen wird¹⁾. Hier werden Zusammenhänge mit der Widmung im öffentlichen Wegerecht erkennbar, denn in beiden Fällen ist zwar die Zustimmung dessen, dem die Sache auf Privatrechtsebene zugeordnet ist, vorgesehen, sie kann aber auch im Zwangswege (Enteignung) durchgesetzt werden. Wenn sie aber einmal - auch zwangsweise - erteilt ist, so hängt der Bestand der durch hoheitlichen Akt geschaffenen Eigenschaften der Sache weder davon ab, daß die Zustimmung des Eigentümers oder seiner Rechtsnachfolger aufrecht erhalten bleibt, noch daß überhaupt eine Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene fortbesteht. Durch Eigentumsaufgabe erlischt zwar die Mitgliedschaft²⁾, nicht aber die wirksam begründete Rechtsbeziehung des Verbandes zu dem betreffenden Grundstück. Maßnahmen in Erfüllung der Verbandsaufgaben können infolgedessen auch durchgeführt werden, solange es herrenlos ist, und müssen nicht etwa unterbleiben, bis der Fiskus es angeeignet hat³⁾. Unterschiede bestehen besonders darin, daß der

perschaft (vgl. § 4 Abs. III, WuBGO); s.a. BVerwG d.U. v. 9.5.1958, DVBl. 1958, S. 760

- 1) Vgl. Wilhelm KIRDORF, Das Zwangsprinzip im Recht der Wasser- und Bodenverbände, DöV 1953, S. 50; Über den dinglichen Charakter dieser Verfügung s. unter § 19
- 2) So z.B. hmbOVG d.U.v. 14.10.1948, Verw.-Rspr. 1. Bd. (1949), S.228
- 3) Vgl. auch BVerwG U.v. 8.5.1958, DVBl. 1958, S. 759: Nicht nur die Mitglieder, sondern auch Außenstehende, welche besonders in ihrer Beziehung zum Grundstück die Erfüllung der Verbandsaufgaben beeinflussen, können in Anspruch genommen werden. Die Verbandsgewalt richtet sich danach gegen jeden, der seinerseits in unmittelbare Beziehung zum Grund und Boden steht oder sich unbefugterweise stellt. Solche - personalen - Beziehungen erscheinen als Folge doppelter unmittelbarer Sachbeziehung. Das setzt voraus, daß grundlegend auch eine unmittelbare Sachbeziehung des Verbandes besteht, die unabhängig von der Vermittlung des Eigentümers bzw. d. Mitgliedes ist.

Widmungsakt Maßnahme in Ausübung der zugeordneten Widmungshoheit ist, während die Gründungsverfügung erst den Wasser- und Bodenverband schafft, welcher selbständiger Träger unmittelbarer Rechtsbeziehungen zu den seinem Aufgabenbereich unterliegenden Sachen ist¹⁾.

- c₁) Zum Recht, das die Indienststellung von Sachen zum öffentlichen Gebrauch oder deren allgemeine Nutzungsverhältnisse regelt, gehört auch das öffentliche P l a n u n g s r e c h t. Die in seinen Rechtssätzen (vgl. z.B. BBauG²⁾, nWLandesplanungG³⁾) abstrakt gefaßten Rechtsstellungen kennzeichnen sich ebenfalls durch ihre unmittelbare Sachbezogenheit. So ist die Planungshoheit über gewisse Grundstücke nicht etwa durch die Person des jeweiligen Eigentümers vermittelt, sondern bezieht sich im Rahmen der genannten Vorschriften z.B. auch auf herrenlose Sachen. Sie erlischt nicht, wenn der Eigentümer das Grundstück derelinquiert.

Folgeerscheinung der unmittelbaren Sachbeziehung im Bauplanungsrecht ist, daß die Bebauungsgenehmigung nicht personal-, sondern sachbezogen ist, auch wenn ihr Inhalt einem Antragsteller mitgeteilt wird⁴⁾. Die Verwaltungsbehörde ist an die einmal erstellte Bebauungsgenehmigung gebunden⁵⁾, und es braucht nicht etwa eine neue ihrer Art ergehen, wenn der Bauherr wechselt.

- 1) Eine ähnliche Rechtserscheinung ist ferner die Hofgemeinschaft nach § 11 II hmbBaupolVO, welche gleichfalls durch obrigkeitliche Verfügung entsteht, jedoch in jedem Falle das vorhergehende Einverständnis des Eigentümers voraussetzt.
- 2) v. 23. Juni 1960, BGEI. I, S. 341
- 3) v. 11. März 1950, nWGVBl., S. 473
- 4) s. Heinrich CLASEN, Die Bebauungsgenehmigung, NJW 1959, S. 1617
- 5) s. CLASEN aaO; Der Grundstückseigentümer hat jedoch nicht allgemein ein Recht darauf, daß die einmal vorgenommene Bauklasseneinteilung erhalten bleibt, s. wVVG d.U. v. 20.11.1956, Verw.-Rspr. 10. Bd. (1958), S. 192 ff

d.) Auch Wohnraum ist nicht nur durch das Recht seines privatrechtlichen Eigentümers betroffen, sondern untersteht unter der Geltung des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes¹⁾ (vgl. besonders §§ 1,2,9,10) ebenfalls der öffentlichrechtlichen Gewalt der mit seiner Bewirtschaftung betrauten Hoheitsträger. Die dementsprechenden Rechte der Wohnungsbehörden tragen grundlegend nicht personalen Charakter²⁾, sondern ruhen auf der Sache selbst, wenn auch nur unter Vorbehalt von einer "Pflichtigkeit der Wohnräume"³⁾ gesprochen werden sollte. Sie sind unabhängig von der Person eines Pflichtigen⁴⁾ und bestehen insbesondere auch gegenüber herrenlosem Wohnraum.

Zwar spricht das Gesetz mit der Ermächtigung zum Erlaß hoheitlicher Maßnahmen zum Zwecke der gerechten Verteilung freien Wohnraums unmittelbar die dem Eingriff zugänglichen Gegenstände an⁵⁾, jedoch stehen auch hier die sich in Folge konkurrierender Sachzuordnung ergebenden, personalen Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Sachzuordnungsträgern⁶⁾, in deren Ausübung z.B. die Zuweisung von Wohnungssuchenden ergeht (vgl. § 15 WohnrbewG), im Mittelpunkt der gesetzlichen Regelung.

§ 14 Sachzuordnung als Funktion des öffentlichen Rechts

Der Auffindung unmittelbarer Rechtsbeziehungen zur Sache als der Strukturmerkmale dinglichen Rechts folgt auch hier die Frage nach deren besonderen Gehalt. Die

- 1) i. d. Fassung v. 23.6.1960, BGBl. I, S. 389, 418
- 2) FELLNER-FISCHER, WohnraumbewG, § 9 Anm. 1
- 3) FELLNER-FISCHER aaO § 2
- 4) Vgl. BVerwG d.U. v. 19.3.1956, AS 3. Bd. S. 208 ff
- 5) FELLNER-FISCHER aaO § 1 Anm. 11
- 6) s. darüber im allgemeinen o. S. 85

Umschreibung des Sachenrechtsbegriffs durch die Funktion seines Rechts richtet die Untersuchung nach seiner Verwendung im öffentlichen Recht auf die Prüfung der Funktionen besonders des Teiles, bei dessen Rechtsstellungen bereits in den Strukturmerkmalen die Möglichkeit dinglicher Ausgestaltung angezeigt ist.

Funktion des Sachenrechts ist die Sachzuordnung in den Interessenbereich eines Rechtsträgers, womit im Privatrecht das Vermögen des Berechtigten gemeint ist¹⁾. Die Einführung dieses Zuordnungsbegriffs in das öffentliche Recht könnte jedoch - auch unter Verwendung anderer, dem öffentlichen Recht entsprechender Ausprägungen - dadurch erschwert sein, daß hier der Begriff "Zuordnung" meist im Zusammenhang mit "Zuordnungsobjektivität" (= Rechtssubjektivität i.e.S.) gebraucht wird²⁾. Man wird daher unterscheiden müssen, ob das Verhältnis gewisser Rechtssubjekte zur Rechtsordnung gemeint ist oder deren Beziehungen zu anderen Rechtsgütern, hier den Sachen. Letztere seien daher durch den Zusatz "Sach-", also Sachzuordnung, besonders gekennzeichnet. Dabei darf nicht verkannt werden, daß beide Zuordnungsverhältnisse in Verbindung zueinander stehen³⁾, denn jede Sachzuordnung ist erst durch die Rechtssubjektivität des Berechtigten Bestandteil der Rechtsordnung und kann nur durch dessen Qualifikation als Subjekt hoheitlicher Gewalt dem öffentlichen Recht angehören.

I. Die Sachzuordnung als Funktion des öffentlichen Rechts muß sich darin von der des Privatrechts unterscheiden,

- 1) s.o. S. 59 ff. Über die privatrechtliche Ausgestaltung des Sachenrechtsbegriffs durch die Funktion der Zuordnung von Sachen in das Vermögen der Berechtigten, vgl. besonders o. S. 64/65
- 2) Vgl. besonders H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 22 u. 32 III a; s.a. S. 30 ff
- 3) Vgl. darüber besonders NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 166/167

daß ihr besondere, dem öffentlichen Recht wesensgemäße Kriterien anhaften. Anders als die Frage nach der Struktur gewisser Rechtsbeziehungen - hier im Hinblick auf die Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Sachbeziehung - kann die Frage nach dem Inhalt dieser Rechtsbeziehungen nicht ohne Rücksicht auf den spezifischen Charakter privaten bzw. öffentlichen Rechts eine Antwort finden. Ein Recht, dessen Funktion die Sachzuordnung in den Interessenbereich eines Berechtigten ist, trägt von daher weder Merkmale privaten noch öffentlichen Rechts. Erst durch die Auffindung der diesen Rechtsebenen typischen Erscheinungen kann darüber entschieden werden, ob privates oder öffentliches Sachenrecht vorliegt. Die Feststellung besonderer öffentlich-rechtlicher Kriterien im Rahmen der Sachzuordnung hindert daher nicht die Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts, sondern ist geradezu deren Voraussetzung, da es sonst bestenfalls ein komplexes, beiden Rechtsgebieten angehöriges Sachenrecht¹⁾ gäbe, nicht aber ein öffentliches Sachenrecht.

- a) Entsprechend der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht nach der Art der Zuordnungssubjekte²⁾ unterscheiden sich privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Sachzuordnung vornehmlich nach der Art des Berechtigungs-subjektes. Selbständige sachenrechtliche Rechtssätze³⁾ haben nur ein Zuordnungssubjekt, welches somit immer zugleich Berechtigungs-subjekt⁴⁾ ist. Sind es dort Privatrechtsträger,

1) In diesem Sinne besonders FRIEDRICHs, vgl. o. S. 9

2) Im Sinne der als zutreffend anerkannten Subjektstheorie H.J. WOLFFs, s.o. S. 30 ff

3) D.h. solche, deren Funktion auf die Sachzuordnung selbst gerichtet ist und nicht auf die Regelung von rechtlichen Auswirkungen, die sich nur im Zusammenhang mit der erfolgten Sachzuordnung verstehen. Vgl. dazu im allgemeinen ENNECC.-NIPP., Allgem. Teil, 1. Hbd., 15. Aufl., S. 196, 197

4) Was nicht ausschließt, daß sich mit der Sachzuord-

so sind es hier die Träger hoheitlicher Gewalt¹⁾, denen Sachen durch Rechtssatz unmittelbar zugeordnet werden.

Schwierigkeiten können daraus entstehen, daß eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Gesetze in Aufbau und Formulierung weniger die grundlegende Funktion der Sachzuordnung hervorhebt, als die sich aus der daraus folgenden Doppelzuordnung ergebenden, personalen Berechtigungen und Verpflichtungen regelt²⁾. Es fehlt also in diesen Fällen der klare systematische Aufbau, den das zivilistische Sachenrecht besitzt, indem es zunächst die Entstehungs- und Übertragungstatbestände aufführt und sodann die sich aus einer etwaigen Doppelzuordnung ergebenden personalen Ansprüche regelt. Dennoch ist auch im öffentlichen Recht die grundlegende Bedeutung vorangehender Sachzuordnung nicht zu verkennen, wenngleich vom Gesichtswinkel des einzelnen her mehr die Fragen nach dem Ausmaß der durch die anderweitige Zuordnung der Sache für ihn und sein Eigentum geschaffenen Beschränkungen interessieren³⁾. Zudem ist die Doppelzuordnung auf Privatrechtsebene nicht der Regelfall, während mit Ausnahme herrenloser Sachen jede Zuordnung auf öffentlich-rechtlicher Ebene neben der auf Privatrechtsebene eine neue Zuordnung schafft.

Eine Sache steht in einem doppelten Zuordnungsverhältnis der bezeichneten Art, wenn die Struktur der einzelnen Sachzuordnung die unmittelbare Sachbeziehung auf-

nung auch Verpflichtungen in bezug auf die Sache ergeben. Vgl. o. S. 59

1) "Endgültige" Zuordnungssubjekte sind als juristische Personen die Träger öffentlicher Verwaltung, wenngleich die diesbezüglichen Berechtigungen und Verpflichtungen in den betreffenden Rechtssätzen fast stets ihren jeweils zuständigen Organen zugeordnet sind. Vgl. zutreffend H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 41 I b

2) s. darüber im allgemeinen o. S. 84

3) Über den inneren Grund solcher Ausrichtung vieler Gesetze vgl. o. S. 68 und 80/81

weist. Von daher läßt sich mit Hilfe der vorab erörterten Kriterien der Strukturmerkmale rechtlicher Beziehungen zur Sache erkennen, ob eine Verpflichtung oder Berechtigung rein personalen Charakter trägt oder aber aus dinglichem Entstehungsgrund erwachsen ist¹⁾. Somit können auch Rechtssätze dem öffentlichen Sachenrecht angehören, die zwar ausschließlich Berechtigungen und Verpflichtungen zwischen den Subjekten hoheitlicher Gewalt und den Privatrechtsträgern betreffen, welche jedoch dadurch, daß sie diese von einem dinglichen Entstehungsgrund abhängig machen, inzidenter eine öffentlichrechtliche Sachzuordnung aussprechen.

In den letztgenannten Fällen kann es ferner nicht darauf ankommen, ob die betreffenden Rechtssätze, die sich aus konkurrierender Doppelzuordnung ergebenden, personalen Rechtsbeziehungen von der Berechtigungsseite oder der Verpflichtungsseite der Privatrechtsträger bzw. der Subjekte hoheitlicher Gewalt her definieren, denn schon die Beteiligung eines Subjektes hoheitlicher Gewalt in dieser seiner Eigenschaft läßt den betreffenden Rechtssatz dem öffentlichen Recht angehören, so daß dieses innerhalb des betroffenen Rechtsverhältnisses auch Verpflichtungssubjekt sein kann. Das Subjekt hoheitlicher Gewalt ist jedoch auch hier im Hinblick auf die grundlegende Funktion der Sachzuordnung immer Berechtigungssubjekt, weil jede Sachzuordnung nur e i n Berechtigungssubjekt haben kann. Inso weit besitzen auch unselbständige sachenrechtliche Rechtssätze²⁾ allgemein nur e i n Zuordnungssubjekt, welches immer zugleich Berechtigungssubjekt ist und im öffentlichen Recht Subjekt hoheitlicher Gewalt sein muß.

1) Vgl. darüber im einzelnen § 18, besonders S. 95

2) Vgl. o. S. 94 Anm. 3; s.a. ENNECC.-NIPP. aa0, S. 196, 197

b) Das Berechtigungssubjekt öffentlichrechtlicher Sachzuordnung weist nicht nur darin eine dem Wesen öffentlichen Rechts entsprechende Besonderheit auf, daß es stets Subjekt hoheitlicher Gewalt ist, sondern auch dadurch, daß es rechtssatzmäßig bestimmt oder bestimmbar ist¹⁾. Die Privatrechtsordnung interessiert nicht, wem eine Sache zugeordnet ist. Jeder beliebige Privatrechtsträger kann danach Träger jeder Form der Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene sein. Dagegen geschieht die öffentlichrechtliche Sachzuordnung im öffentlichen Interesse. Demgemäß wird sie stets mit gewissen öffentlichen Aufgaben b e s t i m m t e r Hoheitsträger zusammenhängen, welche auf diese Weise als Berechtigungssubjekte von vornherein bestimmt oder bestimmbar sind.

c) Wie die Privatrechtsordnung nicht interessiert, welchen Rechtsträgern im einzelnen eine Sache zugeordnet sein soll, so stellt sie weiterhin den Privatrechtsträgern anheim, ob überhaupt Zuordnungsverhältnisse an Sachen begründet bzw. verändert werden oder nicht. Das zivilistische Sachenrecht kennt demzufolge zwar Begründungs- und Übertragungstatbestände über Entstehen und Veränderung gewisser Zuordnungsverhältnisse, macht jedoch deren Verwirklichung vom Willen des einzelnen bzw. Parteiwillen abhängig. Die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte des Privatrechts beschränkt die allgemeine Vertragsfreiheit nur im Hinblick auf die Gestaltungsfreiheit, die Abschlussfreiheit bleibt hingegen unberührt.

Diese dem rechtlichen Charakter des Privatrechts angemessene Ausgestaltung des zivilistischen Sachenrechts entspricht nicht dem besonderen Wesen des öffentlichen Rechts. Öffentliches Sachenrecht ist vornehmlich öffentliches Recht. Seine Funktionen sind daher - auch

1) s. o. S. 74

wenn sie die Sachzuordnung betreffen - zugleich Funktionen des öffentlichen Rechts und somit besonders in ihrer Verwirklichung nicht am Parteiwillen oder Interesse des einzelnen, sondern am Gemeinwohl orientiert. Öffentliches Sachenrecht kann aus diesem Grunde nicht nur wie das Sachenrecht des Privatrechts Art und Weise der Sachzuordnung regeln, sondern wird immer auch bestimmen, ob und wann eine Sachzuordnung stattfindet. Das Entstehen öffentlichrechtlicher Sachzuordnungsverhältnisse ist daher anders als im Privatrecht in der Regel an einen Tatbestand geknüpft, welcher mit dem Eintreten eines gewissen Zustandes an der Sache und deren Bedeutung für das öffentliche Interesse zusammenhängt.

Auch hier ist von Bedeutung, daß die öffentlichrechtliche Sachzuordnung in der Regel eine Einschränkung der Rechte dessen enthält, dem die Sache auf Privatrechtsebene zugeordnet ist. Diese Einschränkung kann niemals vom Willen einzelner abhängig, sondern stets nur die Folge höherwertigen Interesses der Allgemeinheit gegenüber dem Einzelinteresse an der Erhaltung uneingeschränkten Rechts an der Sache sein.

- d) Aus dem Zusammenhang mit den allgemeinen Funktionen des öffentlichen Rechts ergeben sich auch Modifikativen hinsichtlich Zweck und Ausrichtung öffentlichrechtlicher Sachzuordnung¹⁾. Anstelle des Ausgleichs der (Vermögens-) Interessen einzelner dient das öffentliche Recht und damit auch öffentliches Sachenrecht der Regelung öffentlicher Aufgaben. Von daher ist jede Sachzuordnung im öffentlichen Recht Sachzuordnung in den A u f g a b e n b e r e i c h gewisser Subjekte hoheitlicher Gewalt, welche sich im einzelnen aus dem Inhalt des betreffenden Rechtssatzes ergibt.

1) Über die zivilistischen Ausprägungen des allgemeinen Sachenrechtsbegriffs bei seiner Verwendung auf privatrechtlicher Ebene vgl. o. S. 64

II. Neben der Verbindung mit gewissen Wesensmerkmalen des öffentlichen Rechts ist die Auffindung typischer Kriterien der Sachzuordnung selbst Voraussetzung der Anerkennung öffentlichen Sachenrechts.

Sachzuordnung ist ihrem spezifischen Wesen nach Z u s t a n d s r e g e l u n g im Sinne der Begründung eines komplexen Rechtsverhältnisses zwischen Person und Sache, was zumeist durch Einräumung eines Inbegriffs von Befugnissen tatsächlicher oder rechtlicher Art geschieht. Alle Akte und Maßnahmen innerhalb dieses Rechtsverhältnisses, aber auch nach außen hin, sind daraus abzuleiten. Sie ergehen in Ausübung der zugeordneten Rechtsposition und sind niemals unmittelbare Verwirklichung eines rechtssatzmäßigen Befehls oder einer Ermächtigung zu einem bestimmten H a n d e l n oder U n t e r l a s s e n, sondern Ausfluß der Ordnung eines Rechtsverhältnisses durch Rechtssatz. Weil sie keine Zustandsregelung und damit keine Sachzuordnung enthalten, gehören solche Rechtssätze nicht dem (öffentlichen) Sachenrecht an, welche einzelne Rechtssubjekte unmittelbar zu einem Handeln oder Unterlassen an oder mit Rücksicht auf Sachen verpflichten.

Ob im Einzelfalle Zustandsregelung oder Handlungsnormierung vorliegt, läßt sich nicht allein nach den Strukturmerkmalen des jeweiligen Rechts feststellen. Auch wenn ein Gesetz Rechtsstellungen setzt, welche unmittelbare Rechtsbeziehungen der Personen zu den Sachen enthalten, ist damit noch nicht zwingend dargetan, daß dieses Gesetz im Rahmen des Verhältnisses von Person und Sache eine Zustandsregelung betrifft. Es kann vielmehr auch hier noch so sein, daß dem Zurechnungssubjekt primär und unmittelbar ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen an oder mit Rücksicht auf Sachen aufgegeben wird, denn Pflichten und Berechtigungen an Sachen sind nicht notwendig von einem Vermittlungssubjekt abhängig.

Die Unterscheidung von Handlungsnormierung und Zu-

standsregelung kann daher nicht allein nach den Strukturmerkmalen des jeweiligen Rechts entschieden werden, sondern muß nach weiteren, ihrer Verschiedenheit gemäßen Gesichtspunkten ausgerichtet sein: Will ein Gesetz primär den Befehl zu einem gewissen Handeln geben, so wird es die Handlungspflicht entsprechend spezifizieren, weil es auf ein *b e s t i m m t e s* Handeln ankommt. Will ein Gesetz dagegen einen Rechtszustand regeln, aus dem sich erst folgeweise gewisse Handlungsrechte und -pflichten ergeben können, so wird es bezüglich des Verhältnisses zur Sache selbst generelle Abgrenzungen enthalten und für die hieraus abgeleiteten Pflichten und Befugnisse zum Handeln dem Berechtigten einen ihnen entsprechenden, weiten Spielraum belassen. Diese Trennung ist im Rahmen des zivilistischen Sachenrechts verhältnismäßig einfach, weil hier mit der Sachzuordnung in der Regel nicht die Verpflichtung zur Einhaltung der sich daraus ergebenden Befugnisse verbunden ist¹⁾. Da jedoch im öffentlichen Recht jede Sachzuordnung zugleich die Bindung der öffentlichen Verwaltung an einen entsprechenden Aufgabenbereich enthält, ist damit stets auch die Pflicht zur Wahrung und Erfüllung der sich aus öffentlichrechtlicher Zuordnung ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen verbunden. Dem Zusammenhang von öffentlicher Sachzuordnung und öffentlichem Aufgabenbereich entspringt jedoch auch hier weniger die Pflicht zu einem bestimmten Tun an oder mit Rücksicht auf die Sache, sondern die Wahrnehmung der entsprechenden *A u f g a b e n* schlechthin, wobei die einzelne Maßnahme nicht selten von einer Entscheidung pflichtgemäßen Ermessens abhängig ist. Daher läßt sich auch im öffentlichen Recht - wenn nicht bereits Aufbau und Formulierung des Gesetzes eine entsprechende Aussage machen - auf diese Weise unterscheiden, in welchen Fällen ein Gesetz die Zustandsregelung in dem Verhält-

1) Anders z.B. vgl. die Verkehrssicherungspflicht des Eigentümers

nis der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den Sachen enthält und in welchen primär eine Handlungsnormierung.

III. Dem aufgezeigten Zusammenhang von öffentlichrechtlicher Sachzuordnung und dem entsprechenden Aufgabenbereich der Verwaltungsträger bzw. -organe als Berechtigungssubjekte widerspricht es, solche öffentlichrechtlichen Rechtssätze dem öffentlichen Sachenrecht zuzuzählen, die eine hoheitliche Ermächtigung zur *Ä n d e r u n g* des Zuordnungsverhältnisses auf *p r i v a t r e c h t l i c h e r* Ebene enthalten. Hierzu gehören besonders alle Enteignungsgesetze und Gesetze über ein gemeindliches Vorkaufsrecht¹⁾, denn sie haben lediglich die Funktion, unter gewissen Voraussetzungen Subjekte hoheitlicher Gewalt durch Hoheitsakt in den *p r i v a t r e c h t l i c h e n* Genuß privatrechtlichdinglicher Rechte zu bringen. Wenn auch die Enteignung am höherwertigen öffentlichen Interesse orientiert ist, so entsteht doch die *ö f f e n t l i c h r e c h t l i c h e* Zuordnung des enteignungsfähigen oder enteigneten Gegenstandes immer erst durch solche öffentlichrechtlichen Gesetze, welche den Aufgabenbereich regeln, dem die enteignungsfähige oder enteignete Sache zugeführt werden soll.

Ein gewisser Zusammenhang zwischen dem Enteignungsrecht und der öffentlichrechtlichen Sachzuordnung ließe sich dann begründen, wenn man den Nachweis führt, daß bei den Körperschaften öffentlichen Rechts, welche zugleich Privatrechtssubjekte sind, jede Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene mit einer entsprechenden öffentlichrechtlichen Sachzuordnung notwendig verbunden ist. Ein Träger hoheitlicher Gewalt kann nicht Inhaber privatrechtlichdinglicher Rechte an einer Sache sein, ohne daß damit letztlich auch dessen öffentlicher Aufgabenbereich betroffen ist, und wenn es nur darum

1) Vgl. dazu Arnold EBERT, Die gesetzlichen Vorkaufsrechte und das BBauG, NJW 1961, S. 1430 ff

geht, den Gewinn privatrechtlicher Unternehmungen dem Gemeinwohl zuzuführen. Wenn eine Gemeinde ein Haus, eine Straße, eine Brücke baut oder einen Dienstwagen anschafft, sind diese Gegenstände ihr - sofern sie in den ersten Fällen Grundstückseigentümerin ist - auf Privatrechtsebene zugeordnet. Sollte ihr, die zugleich Trägerin hoheitlicher Gewalt ist, dieselbe Sache damit nicht zugleich auf öffentlichrechtlicher Ebene in den ihr entsprechenden Aufgabenbereich zugeordnet sein? Von daher ergeben sich Gesichtspunkte unter anderem dafür, die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen sowie etwa auch das Hausrecht an öffentlichen Gebäuden als öffentlichrechtlich zu charakterisieren, weil bei der in der Person eines Rechtsträgers vereinigten Sachzuordnung privaten und öffentlichen Rechts stets letztere als die eines S o n d e r rechts den Vorrang haben muß¹⁾.

Aus alledem wird ersichtlich, daß mit der Sachzuordnung nicht nur für die Systematik des Privatrechts²⁾, sondern auch für die des öffentlichen Rechts speziell für die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete angehörigen Institute manche neue Grundlage gefunden werden kann. Dieser weitere Fragenkreis vermag jedoch hier nur angedeutet zu werden, weil er über den Rahmen dieser Darstellung hinausgeht, welche sich in der Frage nach der Dinglichkeit im Verwaltungsrecht zuvorderst mit der Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts im objektiven Sinne befaßt.

1) Vgl. Hans THIERFELDER, Ein neues Problem der Verkehrssicherungspflicht, DöV 1960, S. 898; Über die umstrittene Charakterisierung des Rechtsanspruchs bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen vgl. Friedrich-Adolf JAHN, Diss., Münster 1961

2) so WESTERMANN, Sachenrecht, Vorwort zur 1. Auflage

§ 15 Definition des öffentlichen Sachenrechts

Öffentliches Sachenrecht ist nach allem gekennzeichnet durch die Wesensmerkmale des öffentlichen Rechts schlechthin sowie durch die Funktion der Sachzuordnung als allgemein-sachenrechtliches Merkmal. Es ist daher zu definieren als ein

Inbegriff von Rechtssätzen, welche Sachen Subjekten hoheitlicher Gewalt dem ausschließlich ihnen zustehenden Aufgabenbereich zuordnen.

2. Abschnitt

Öffentliches Sachenrecht im einzelnen

I. Kapitel

Einzelne Rechtsstoffgebiete als Bestandteile des öffentlichen Sachenrechts

Der Versuch einer umfassenderen Abgrenzung des Verwaltungsrechts, soweit es sich auf Sachen bezieht, als öffentliches Sachenrecht bedarf nach der Erörterung der grundlegenden Merkmale dieses Rechts und seiner Definition der Darstellung einzelner Verwaltungsrechtsteile¹⁾, welche öffentlich-sachenrechtlichen Charakter aufweisen und daher Bestandteil des öffentlichen Sachenrechts sind. Während das Zivilrecht im III. Buch des BGB Rechtssätze sachenrechtlichen Gehalts in überschaubarer Weise katalogisiert, ergeben sich im öffentlichen Recht nicht schon aus dem Aufbau des kodifizierten Rechts Anhaltspunkte für die Unterscheidung von Rechtssätzen sachenrechtlichen und sonstigen, besonders personenrechtlichen Gehalts²⁾. Ähnlich jedoch wie das zivilistische Sachenrecht nach einzelnen, sich aus der Sachzuordnung in das Vermögen des Berechtigten ergebenden Befugnissen an der Sache³⁾ unterscheidet, kann entsprechend auch im öffentlichen Sachenrecht danach unterschieden werden, in welchen **A u f g a b e n b e r e i c h** der Subjekte hoheitlicher

1) Bei einer allgemeinen Untersuchung der Dinglichkeit im Verwaltungsrecht ist hier nur Raum für eine kurze Übersicht verbunden mit Hinweisen auf die m.E. entscheidenden Kriterien.

2) Vgl. besonders o. S. 95

3) z.B. die Sache zu verwerten (Pfandrecht), sie zu nutzen (Nießbrauch) usw.

Gewalt die jeweilige Sachzuordnung stattfindet. Eine allgemeine Unterscheidung öffentlich-sachenrechtlicher Aufgaben ergibt sich je nach dem, ob die Sachzuordnung zum Zwecke der Abwehr von Gefahren, welche von dem Zustand von Sachen ausgehen oder zum Zwecke ihrer In-dienststellung für den öffentlichen Gebrauch getroffen ist. Von daher ergibt sich die Einteilung des öffentlichen Sachenrechts, nach den einzelnen Aufgabenbereichen, mit denen die Begründung öffentlich-sachenrechtlicher Rechtsstellungen verbunden ist.

§ 16 Recht, welches die Abwehr von Gefahren betrifft, die von dem Zustand von Sachen ausgehen

Die Einordnung von Sachen in den Bereich der Aufgaben und Befugnisse gewisser Hoheitsträger als Funktion des materiellen Polizei- und Ordnungsrechts dient dem Schutz vor Schäden, welche durch die betreffenden Sachen selbst, besonders im Hinblick auf deren Zustand, verursacht werden oder verursacht werden können¹⁾. Es ist danach zu unterscheiden, ob es sich um konkret gefährliche Sachen oder um solche handelt, deren Gattung nach Art und Beschaffenheit der ihr zugehörigen Gegenstände eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung vermuten läßt. Diese Differenzierung entspricht dem systematischen Aufbau von allgemeinem und besonderem Polizei- und Ordnungsrecht.

I. Zur Funktion aller geltenden Polizei- und Ordnungsgesetze, gewissen Verwaltungsbehörden Aufgaben und Befugnisse zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung aufzutragen²⁾, gehört im einzelnen auch die Abwehr konkreter Gefahren, welche von **S a c h e n** ausgehen. Dabei ist jedoch nicht unmittel-

1) Vgl. o. S. 81

2) Vgl. z.B. §§ 1, 14 nWOBG, 14 PVG, vgl. auch BVerwG d.U. v. 4.3.1954, Verw.-Rspr. 4. Bd. S. 349 ff (351)

bar an den Tatbestand der Gefährdung öffentlicher Sicherheit oder Ordnung durch Sachen die Rechtsfolge eines Befehls (ermessengerechten) Handelns geknüpft, sondern vielmehr das Entstehen eines k o m p l e x e n R e c h t s v e r h ä l t n i s s e s zwischen den Verwaltungsbehörden und der gefährlichen Sache. Die Rechtsbeziehungen, welche im Falle der Tatbestandsverwirklichung - also mit Entstehen einer konkret gefährlichen Sache - unmittelbar zwischen dem Zurechnungs- subjekt und der Sache existent werden¹⁾, tragen daher ihrem Inhalte nach nicht die Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln, sondern sind primär die Verwirklichung eines durch Gesetz abstrakt festgelegten Zuordnungsverhältnisses, woraus sich erst entsprechend dem damit verbundenen Aufgabenbereich Einzelpflichten und Berechtigungen verschiedener Art ergeben. Funktion des Polizei- und Ordnungsrechts, soweit es sich auf den Zustand von Sachen bezieht, ist somit primär die Zuordnung dieser Sachen in den Aufgabenbereich der Polizei- und Ordnungsbehörden. Es trägt aus diesem Grunde sachenrechtlichen Charakter und muß als Teil eines öffentlichen Sachenrechts angesehen werden²⁾.

Die aufgrund der Sachzuordnung bestehende Befugnis, durch geeignete Maßnahmen Sachen in einen gefahrlosen Zustand zu versetzen, greift in die Rechte dessenüber, dem die Sache auf privatrechtlicher Ebene zugeordnet ist³⁾. Sie ist durch besondere gesetzliche Regelung⁴⁾

1) Über die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung als sachenrechtliches Strukturmerkmal im Polizei- und Ordnungsrecht, vgl. im einzelnen o. S. 80 ff

2) Im Ergebnis zutreffend auch TEZNER, vgl. o. S. 22 ff (24)

3) Vgl. z.B. §§ 14, 48 nWOBG

4) s. z.B. §§ 16 - 19 nWOBG. Vgl. darüber im einzelnen o. S. 81 ff. Die infolge der Doppelzuordnung (vgl. o. S. 84/85) konkurrierenden, unmittelbaren Befugnisse an der Sache sind durch Gesetz allgemein dahingehend geregelt, daß Privatrechtsträger Maßnahmen aufgrund der sich aus öffentlichrechtlicher

dahin noch erweitert, daß auch andere Personen, besonders die betreffenden Träger privatrechtlicher Sachzuordnung, zur Herrichtung der Sache angehalten werden können.

II. Alle polizei- und ordnungsrechtlichen Spezialgesetze und -verordnungen, die sich auf Sachen und deren gefährbringenden Zustand beziehen, bauen auf dieser Grundlage auf. Sie enthalten in ihren Rechtsstellungen die unmittelbare Rechtsbeziehung der Subjekte hoheitlicher Gewalt¹⁾ zu den Sachen und inhaltlich primär eine Sachzuordnung in den ausschließlich ihnen entsprechenden Aufgabenbereich. Die Regelung der sich infolge der Doppelzuordnung sodann ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen nimmt wegen ihrer Bedeutung für den Rechtsschutz des einzelnen zumeist einen gewichtigen Teil der polizei- und ordnungsrechtlichen Spezialgesetze ein.

Unterschiede bestehen besonders darin, daß nicht konkret gefährliche Sachen schlechthin, sondern bestimmte Sachen auch ohne Rücksicht auf ihre konkrete Gefährlichkeit den Verwaltungsbehörden in den ausschließlich ihnen entsprechenden Aufgabenbereich zugeordnet werden, weil sie einer Sachkategorie angehören, von deren Bestandteilen in der Regel Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung auszugehen pflegen.

a) Gewisse g e w e r b l i c h e A n l a g e n sind durch ihre örtliche Lage oder die Art ihres Betriebes für die Allgemeinheit und besonders für Nachbarn oder andere

Sachzuordnung ergebenden Befugnisse dulden müssen. Eine besondere Art der Regelung liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörden ermächtigt sind, darüberhinaus zur Durchführung ihrer Aufgaben von den betreffenden Trägern privatrechtlicher Sachzuordnung ein Handeln oder Unterlassen an der Sache zu verlangen.

1) Über die endgültigen Beziehungssubjekte vgl. S. 73 Anm. 3

Gewerbtreibende erfahrungsgemäß mit störenden Einwirkungen verbunden. Da eine wirksame Abhilfe nicht immer erst dann getroffen werden kann, wenn im Einzelfall konkrete Gefahren auftreten, sind solche Anlagen den Gewerbeüberwachungsbehörden durch besondere Vorschriften der Gewerbeordnung zugeordnet, damit sie entsprechend ihrem Aufgabenbereich den einzelnen und die Allgemeinheit vor Gefahren, welche von den Anlagen ausgehen, schützen, indem sie deren Inbetriebnahme kontrollieren bzw. den Betrieb fortwährend überwachen¹⁾.

Das Gewerberecht enthält insbesondere in den Bestimmungen der Gewerbeordnung zum größten Teil Vorschriften persönlichen Rechtscharakters, welche Voraussetzungen für die Person des Gewerbetreibenden und dessen gewerbliche Tätigkeit regeln²⁾. Die aufgrund dessen zu erteilenden Genehmigungen sind persönliche Genehmigungen³⁾. Dazu gehören gleichfalls solche, die mit Rücksicht auf oder für bestimmte Sachen erteilt werden, wie besonders die sogenannten "raumgebundenen Genehmigungen", wie z.B. für Privatkankeenanstalten (§ 30 GewO), Spielhallen (§ 33 i GewO) und auch Gaststätten (vgl. § 2 Abs. I, Ziff. 4 GastG)⁴⁾. In all diesen Fällen ist bei Wechsel des Unternehmers eine neue Genehmigung einzuholen⁵⁾.

- 1) Vgl. Emil BANITZ, Die gewerbepolizeiliche Genehmigung ..., DöV 1952, S. 172; s.a. OVG Mstr. d. Beschl. v. 26.11.1958, Gew.-Arch. 1959, S. 57
- 2) Vgl. Zusammenfassend FUHR, Komm. zur GewO, Vorbem. I, § 16
- 3) Vgl. § 30 ff GewO
- 4) Zutreffend FUHR aaO, Vorbem. I, § 16
- 5) Zutreffend FUHR aaO; für die Erlaubnis zum Führen einer bestimmten Krankenanstalt VGH Freiburg, d.U. v. 9.10.1957, DVBl. 1958, S. 64; für das Aufstellen von Spielautomaten s. bayObLG, d.U.v. 23.4.1959, Gew.-Arch. 1960, S. 159; bzgl. der Genehmigung zum Betrieb von Gaststätten mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der dazu bestimmten Räume vgl. BVerwG d. Beschl. v. 2.2.1961, Verw.-Rspr. 13. Bd., S. 492; für deren personalen Charakter auch sächsOVG d.U.v. 10.6.1927, Gew.-Arch. 25. Bd. (1928) S. 554 ff

Das Gewerberecht kennt aber auch vor allem in den §§ 16 ff und 24 GewO Bestimmungen, welche Rechtsstellungen der Verwaltungsbehörden mit u n m i t t e l b a r e r Rechtsbeziehung zu Sachen, hier zu besonderen gewerblichen Anlagen, betreffen. Die ihnen darin eingeräumten Befugnisse richten sich auf die Sache selbst und sind unabhängig von der Person des Gewerbetreibenden. So ist z.B. die Genehmigung von Anlagen der nach § 16 GewO¹⁾ bezeichneten Art - im Gegensatz zur persönlichen Genehmigung - nur von der technischen Beschaffenheit der Anlage, nicht von der Person des Inhabers abhängig²⁾. Sie wird für eine bestimmte Anlage, nicht für die Person des Inhabers erteilt und ist in ihrem Fortbestand unabhängig vom Wechsel des Gewerbetreibenden (vgl. § 25 I GewO)³⁾.

Da die betreffenden Anlagen in der Regel auch auf Privatrechtsebene gewissen Privatrechtsträgern als Gewerbetreibenden zugeordnet sind, befaßt sich das Gesetz vornehmlich mit der Abgrenzung der infolge doppelter Zuordnung konkurrierender Rechte an der Sache und der sich daraus ergebenden personalen Berechtigungen und Verpflichtungen. Hierzu gehört besonders die Bestimmung der Voraussetzung einer Genehmigungspflicht und das dem entsprechende Recht des Gewerbetreibenden auf Genehmigung der von ihm zu betreibenden Anlage (vgl. § 16 ff GewO).

- b) Wie andere polizei- und ordnungsrechtliche Spezialgesetze, welche sich auf den Zustand von Sachen beziehen, enthält auch das Bauordnungsgesetz grundlegend die Zuordnung gewisser Sachen, nämlich von Bau-

- 1) In Verbindung mit der VO über genehmigungspflichtige Anlagen nach § 16 GewO v. 4.8.1960 (BGBl. I, S. 690)
- 2) Zutreffend FUHR aaO, Vorb. III vor § 16 m.w.H.
- 3) Vgl. OVG Mstr. d.U. v. 3.2.1960, AS 15. Bd., S. 243 ff (235); ferner FUHR aaO, § 25 Anm. 1

werken, in einem ausschließlich den Subjekten hoheitlicher Gewalt entsprechenden Aufgabenbereich. Ähnlich wie bei gewissen gewerblichen Anlagen kann ein wirksamer Schutz vor Gefahren, welche von Bauwerken auszugehen pflegen, nur gewährleistet sein, wenn Bauwerke schlechthin und nicht erst einzelne gefährliche Bauten den Verwaltungsbehörden in ihren Aufgabenbereich zugeordnet werden. Zum Aufgabenbereich selbst gehört besonders die Kontrolle der Errichtung von baulichen Anlagen sowie deren Überwachung¹⁾.

Die grundlegende u n m i t t e l b a r e Rechtsbeziehung zwischen den Trägern der Bauaufsicht und den Bauwerken ist dadurch gekennzeichnet, daß alle baupolizeilichen Berechtigungen und Verpflichtungen a n d e r S a c h e unabhängig von der Person des Bauherrn bestehen. Maßnahmen in Ausübung der Bauaufsicht, welche primär ad rem, nicht ad personam ergehen²⁾, sind unabhängig vom Wechsel in der Person des Bauherrn³⁾ und, wenn

- 1) Vgl. BALTZ-FISCHER, Preußisches Baupolizeirecht, 6. Aufl., S. 142; ferner WIETHAUP, Aufgaben und Befugnisse der örtlichen Bauaufsichten (früher Baupolizei), DVBl. 1950, S. 666; Baupolizeiliche Aufgabenstellung und Gefahrenabwehr decken sich schon weitgehend nicht mehr, vgl. Wilhelm DITTUS, Baupolizei, DVBl. 1956, S. 249 ff (252), s.a. OVG Hamburg d.U. v. 16.3.1951, MDR 1951, S. 446, sowie OVG Mstr. d.U. v. 23.11.1954, DVBl. 1955, S. 294
- 2) Die gesetzliche Ermächtigung zur Inanspruchnahme eines Zustandspflichten ist auch hier als eine Sonderregelung im Rahmen der sich aus doppelter Sachzuordnung ergebenden, personalbezogenen Rechte aufzufassen. Es bestehen insoweit keine Unterschiede zum allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Vgl. o. S. 84/85 und 107 Anm. 1
- 3) So wird z.B. nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum durch die Baugenehmigung nicht einer bestimmten Person ein Recht zum Bauen verliehen, sondern festgestellt, daß dem Bauvorhaben selbst keine öffentlichbaurechtlichen Hindernisse entgegenstehen; vgl. wbVGH d.U. v. 13.3.1952, DöV 1952, S. 604 ff; OVG Mstr. d.U. v. 28.7.1952, DöV 1952, S. 736 und bayVGH d.U. v. 20.12.1951, DöV 1953, S. 444; WIETHAUP aaO, S. 707; BALTZ-FISCHER aaO, S. 142 m.H. auf die gleichlautende Recht-

doppelte Rechtsbeziehungen zur Sache durch ihn und den Träger der Bauaufsicht im Einzelfall nicht bestehen - wie z.B. bei herrenlosen Sachen -, ausschließlich auf die Sache selbst gerichtet.

Inhalt der unmittelbaren Rechtsbeziehung zur Sache im Bauordnungsrecht ist nicht der Befehl zu einem gewissen TUN an der Sache, sondern die Regelung des Rechtszustandes von baulichen Anlagen¹⁾. Sie, die sonst nur auf Privatrechtsebene dem Eigentümer in dessen Vermögen zugeordnet wären - so daß dieser innerhalb der Grenzen privatrechtlicher Bestimmungen (vgl. § 903 ff BGB) sein Verfügungs- und Herrschaftsrecht frei ausüben könnte -, sind nunmehr im Interesse des Gemeinwohls auch dem Träger der Bauaufsicht zugeordnet. Aus der auf diese Weise konkurrierenden Sachzuordnung ergeben sich Beschränkungen der Rechte dessen, dem die Sache vorher allein und in vollem Umfange zugeordnet war. Solche Wirkungen konkurrierender Sachzuordnung auf verschieden-rechtlicher Ebene entsprechen denen innerhalb des Privatrechts bekannten Folgeerscheinungen mehrfacher Sachzuordnung (z.B. Eigentum - Pfandrecht; Eigentum - Grundpfandrecht - Vorkaufsrecht). Hier wie dort bestimmt das Gesetz - im öffentlichen

sprechung des proVG; Johann MANG, Aktuelle Fragen der Bayerischen Bauordnung im Lichte der Rechtsprechung: BayBü. 1954, S. 124

- 1) Vgl. OVG Lüneburg d.U. v. 7.4.1961, DVBl. 1961, S. 561; aus dem Wesen und Sinne der Aufgaben- und Zuständigkeitsordnung folge, daß für das Einschreiten der Baubehörden nur die objektiv gegebene materielle Baurechtswidrigkeit maßgeblich sei. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Bauherrn sei unbeachtlich. Diese Ansicht des OVG Lüneburg steht nicht der Rechtsprechung des OVG Mstr., s.U. v. 21.6.1960, DöV 1960, S. 798, über die Gültigkeit von Subordinationsverträgen entgegen, denn diese tragen persönlichen Charakter, während öffentliche Sachenrechte sich unmittelbar auf die Sache selbst beziehen. So können persönliche Verpflichtungserklärungen des Bauherrn niemals das öffentlich-sachenrechtliche Verhältnis selbst betreffen.

Recht jedoch zumeist aus dem Gesichtswinkel des Betroffenen¹⁾ - den Umfang der Beschränkung seiner Rechte, sowie die korrespondierenden Berechtigungen der (neuen) Zuordnungsträger an der Sache selbst, aber auch die sich daraus ergebenden wechselseitigen, personalbezogenen Ansprüche dinglicher Entstehungsgrundlage²⁾. Unterschiede bestehen entsprechend den jeweiligen Ausprägungen der Sachzuordnung auf verschieden-rechtlicher Ebene³⁾ besonders darin, daß die Begründung eines neuen Zuordnungsverhältnisses in den Tatbeständen sachenrechtlicher Privatrechtssätze vom freien Willen der Beteiligten abhängig gemacht ist, während im öffentlichen Recht und damit auch im Bauordnungsrecht das Entstehen des öffentlichrechtlichen Zuordnungsverhältnisses mit dem Eintreten gewisser Umstände, meist der Entstehung der Sache selbst oder eines gewissen Zustandes der Sache verbunden ist⁴⁾.

Baupolizeiliche Maßnahmen unterscheiden sich darin, ob sie in Ausübung des Rechts an der Sache ergehen oder Vollzug der infolge Doppelzuordnung entstandenen und gesetzlich geregelten, personalen Ansprüche sind. Ein einzelner Akt kann jedoch zugleich beide Verhältnisse betreffen, wie etwa die Baugenehmigung: Als Regelung eines von der Person des Bauherrn unabhängigen Rechtszustandes ist sie primär auf die Sache gerichtet⁵⁾, sie ergeht jedoch auch an ihn selbst als den Träger des privatrechtlichen Zuordnungsverhältnisses, dem nach Maßgabe des Gesetzes, welches die Doppelzuordnung begründet, ein Anspruch gegen den neuen Zuordnungsträger

1) Vgl. o. S. 68, 80/81

2) s. darüber im allgemeinen o. S. 84 sowie § 18

3) s.o. S. 95 ff

4) Vgl. darüber im allgemeinen o. S. 97/98

5) Dieses grundlegende, unmittelbare Verhältnis zur Sache ist gemeint, wenn davon gesprochen wird, daß sie die Feststellung über die Ordnungsmäßigkeit des Bauvorhabens enthalte. Vgl. o. S. 110 m. Anm. 3

auf die Erteilung der Genehmigung zusteht¹⁾. Sachbezogene "Verwaltungsakte"²⁾ sind nur dann adressatlose Verwaltungsakte, wenn keine Konkurrenz mehrfacher Zuordnungsverhältnisse besteht, so z.B. bei der Widmung von Sachen, wenn sie im Eigentum der Körperschaft stehen, deren Organe den Widmungsakt erlassen³⁾. Daher sind nicht nur adressatlose Verwaltungsakte Ausfluß und Kennzeichen öffentlich-sachenrechtlicher Rechtsbeziehungen, sondern unmittelbar-sachbezogene schlechthin, welche in Ausübung der mit der Sachzuordnung verbundenen Rechte und Pflichten auf die Sache selbst gerichtet sind und den von der Person eines Vermittlers unabhängigen Rechtszustand der Sache regeln.

- c) Die Straßenverkehrs-zulassungsordnung (StVZO)⁴⁾ enthält in ihrem Teil B (§§ 16 - 67 a) Bestimmungen über die Beschaffenheit von Kraftfahrzeugen, damit durch deren verkehrssicheren Zustand ein wirksamer Schutz aller Verkehrsteilnehmer gewährleistet sei.

Die den Verwaltungsbehörden aufgrund dieses Teils des Gesetzes eingeräumte Rechtsstellung enthält unmittelba-

1) Aus dem Grundsatz der Baufreiheit ergibt sich, daß die Baugenehmigung dem Antragsteller erteilt werden muß, wenn keine Hinderungsgründe entgegenstehen, vgl. BGH d.U. v. 3.12.1953, Verw.-Rspr. 6. Bd. (1954), S. 199 ff (202) m.w.H. Vgl. ferner dazu u. S. 127/128

2) Über die Anwendbarkeit des Begriffs "Verwaltungsakt" auf unmittelbar sachbezogene Maßnahmen s. § 19 I b 2,3

3) Als Regelung eines von der Person des Bauherrn unabhängigen Rechtszustandes kann auch die Baugenehmigung rechtstheoretisch adressatloser Verwaltungsakt sein, denn sie könnte insoweit auch ergehen, ohne daß es eines Antragstellers bedarf, so z.B. CLASEN, Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten, NJW 1959, S. 752, ähnlich proVG d.U. v. 24.3.1902, AS 41. Bd. S. 372 ff (374); a.A. VG Berlin d.U. v. 16.9.1952, DVBl. 1953, S. 256 o. Gr.

4) v. 13.11.1937, RGBl. I, S. 1215

re Rechtsbeziehungen zur Sache, was auch hier dadurch gekennzeichnet ist, daß die entsprechenden Befugnisse der Verwaltungsbehörden primär die Sache selbst betreffen. Ähnlich wie die Baugenehmigung ist die Zulassung eines Kraftfahrzeuges als eine obrigkeitliche Feststellung anzusehen, daß dem Gebrauch dieser Sache nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten keine Hinderungsgründe entgegenstehen. Sie ist wie diese daneben auch an den Antragsteller als Adressaten gerichtet, welcher seinerseits Träger der Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene ist und dem nach Maßgabe des Gesetzes ein Anspruch auf Erteilung der Zulassung gegeben ist¹⁾. Für die Zulassung selbst und deren Rechtswirkungen kommt es auf die Beteiligung seiner Person nicht an, wie etwa ein Kraftfahrzeug nicht aufhört, zugelassen zu sein, wenn der Eigentümer es derelinquiert²⁾.

Ohne öffentlichrechtliche Sachzuordnung wären Kraftfahrzeuge lediglich auf privatrechtlicher Ebene dem jeweiligen Eigentümer mit der Folge zugeordnet, daß diese den tatsächlichen Zustand ihres Kraftfahrzeuges in den Grenzen des Eigentumsrechts nach Belieben ausgestalten könnten. Dem steht jedoch die durch die StVZO bewirkte öffentlichrechtliche Zuordnung der gleichen Sache entgegen, wodurch Beschränkungen dessen entstehen, dem die Sache sonst in vollem Umfange zugeordnet wäre. Aus der konkurrierenden Sachzuordnung ergibt sich auch hier nach Maßgabe des Gesetzes, welches grundlegend die öffentlichrechtliche Sachzuordnung und deren Ausmaß bestimmt, ein Anspruch des Eigentümers auf Zulassung seines Kraftfahrzeuges.

d) Zu den polizei- und ordnungsrechtlichen Spezialgeset-

1) Vgl. darüber im allgemeinen auf S. 111 ff

2) § 19 Abs. II Satz 1 StVZO: Die Betriebserlaubnis bleibt, wenn sie nicht ausdrücklich entzogen wird, bis zur endgültigen Außerbetriebsetzung des Fahrzeuges wirksam. Bei Veräußerung findet nur eine Umschreibung statt, vgl. § 27 Abs. III StVZO

zen, welche sich auf Sachen und deren gefahrbringenden Zustand beziehen, gehört auch das V i e h s e u c h e n g e s e t z¹⁾.

Die Unmittelbarkeit der Sachbeziehung der durch dieses Gesetz den Verwaltungsbehörden eingeräumten Rechtsstellung im Bezug auf gewisse kranke Tiere wird im Einzelfall dadurch gekennzeichnet, daß Rechte und Pflichten zum Einschreiten nicht von dem Vorhandensein eines Pflichtigen abhängig sind. Zwar kann die Behörde auch hier die im Falle doppelter Sachzuordnung nach Maßgabe des Viehseuchengesetzes in Verbindung mit § 18 OBG gegen den Eigentümer des tollwütigen (§ 36) oder mit Rotz behafteten Tieres gegebenen, persönlichen Ansprüche geltend machen, sie kann aber auch selbständig vorgehen und muß es sogar nach pflichtgemäßem Ermessen immer dann, wenn ein solches Tier herrenlos ist²⁾.

Der Inhalt der Rechtsstellung ist auch hier umschrieben nach der Funktion des Rechts, nämlich der Zuordnung seuchenverdächtigen oder -behafteten Viehes gewissen Subjekten hoheitlicher Gewalt in den ausschließlich ihnen entsprechenden Aufgabenbereich. Aufgabenbereich im einzelnen ist der Schutz des Viehes vor Seuchen und damit auch der menschlichen Gesundheit durch Überwachung und Bekämpfung von bestimmten Viehseuchen.

Bedenken gegen den sachenrechtlichen Charakter der Rechtsbeziehung im Viehseuchenrecht können bestehen, weil die Bestimmungen des Viehseuchengesetzes zumeist den Befehl zu einem spezifischen TUN, und zwar in der Regel dem Töten des seuchenbefallenen Viehes, enthalten. Daher könnte hier nicht die als Merkmal der Sachzuordnung angesehene Regelung eines Rechtszustandes, sondern primär eine Handlungsnormierung gemeint sein. Dem steht jedoch entgegen, daß wie die meisten Gesetze

1) v. 26.6.1909, RGBl. S. 519

2) Vgl. darüber im allgemeinen S. 81 ff und 106 Anm. 4

dieser Art auch das Viehseuchengesetz aus dem Gesichtswinkel des Rechtsschutzes einzelner Privatrechtsträger vordergründig die Maßnahmen regelt, welche in Ausübung der im Falle einer Doppelzuordnung bestehenden, personalen Ansprüche ergehen¹⁾, und - wie sich aus deren Wortlaut ergibt - nicht die Rechtsstellung der Verwaltungsbehörden zu gewissen Sachen, nämlich seuchenbehafteten Viehes schlechthin. Weil jedoch das Viehseuchengesetz ordnungsrechtliches Spezialgesetz ist, darf man davon ausgehen, daß es in seinem grundlegenden rechtlichen Gehalt wie dieses beschaffen ist, so daß auch hier trotz weitgehender Spezifizierung der Maßnahmen die Berechtigung zu deren Erlaß in einer grundlegenden Zustandsregelung dinglichen Entstehungsgrund besitzt. Anders ist es nur in den Fällen, in denen ein Gesetz nicht wie hier die Maßnahmen gegen den beteiligten Zuordnungsträger privatrechtlicher Rechtsbeziehungen spezifiziert, sondern die Verwaltungsbehörden primär zu einem gewissen Tun an der Sache selbst auffordert, wie z.B. entsprechend im Tierkörperbeseitigungsgesetz²⁾.

§ 17 Recht, welches die Indienstellung von Sachen für den öffentlichen Gebrauch sowie deren allgemeine Nutzungsverhältnisse betrifft

Das öffentliche Interesse an Sachen beschränkt sich nicht auf den Schutz vor Schäden, die der Allgemeinheit von ihnen her drohen, sondern richtet sich des weiteren auf die Regelung allgemeiner Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten gewisser Sachen, besonders im Hinblick auf die zivilistischen Ausschlußrechte des Eigentümers.

1) Vgl. darüber im allgemeinen S. 68, 80/81, 95. Insofern sind die zulässigen Maßnahmen abschließend angeführt. Vgl. VGH Kassel, d.U. v. 3.1.1950, DöV 1950, S. 438

2) v. 1.2.1939, RGBL. I, S. 187; vgl. darüber im einzelnen Peter BUSSLER, Grundsätzliches zur Tierkörperbeseitigung, BayBü 1950, S. 86

Dem entspricht die Zuordnung von Sachen gewissen Subjekten hoheitlicher Gewalt in den ihnen eigenen Aufgabenbereich der Indienstellung von Sachen für den öffentlichen Gebrauch.

- I. Vornehmlich der allgemeine Gebrauch von **S t r a ß e n** und **W e g e n** unterliegt einem vorzugswürdigen öffentlichen Interesse. Je nach dem, ob sie einem zusammenhängenden Verkehrsnetz angehören und einem weiträumigen Verkehr zu dienen bestimmt sind (vgl. § 1 Abs. I BfernstrG) oder nur begrenzte Verkehrsbedeutung besitzen (vgl. die Straßen- und Wegegesetze der Länder, z.B. hamb. Wegegesetz¹⁾, nw. Landesstraßengesetz²⁾),³⁾ sind Straßen und Wege gewissen Trägern öffentlicher Verwaltung durch Bundes- oder Landesrecht in deren Aufgabenbereich zugeordnet⁴⁾. Dazu gehören im einzelnen die Gestaltung des rechtlichen Zustandes von Straßen und Wegen durch Widmungsakt, wodurch diese als Sachen des (öffentlichen) Rechts nunmehr die besondere Eigenschaft erhalten, **ö f f e n t l i c h e** Sachen zu sein.

Auch im öffentlichen Wegerecht werden durch die weitere (öffentlichrechtliche) Zuordnung von Sachen die Rechte derer, denen sie auf privatrechtlicher Ebene zugeordnet ist, eingeschränkt. Jedoch umfaßt damit die hoheitliche Befugnis an der Sache nicht die Ermächtigung zu Eigentumseingriffen, wie sie die Öffentlichkeit eines Weges für das Eigentum darstellt⁵⁾. Daher bedarf die widmende Behörde der privatrechtlichen Verfügungsmacht

1) v. 4.4.1961, hambGVBl. Nr. 22, S. 117

2) v. 28.11.1961, GVBl. S. 305

3) Entscheidend ist, daß eine Verkehrsfläche entsteht, die sich erkennbar von dem angrenzenden Gelände abhebt: BGH d.U. v. 14.10.1957, DAR 1958, S. 51; s.a. SIEDER-ZEITLER aaO, Art. 6 I, 1

4) Über die Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehungen zur Sache im Wegerecht s.o. S. 85

5) Zutreffend H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 56 III a

über die Sache¹⁾, welche durch Zustimmung des Eigentümers oder notfalls durch Enteignung herbeigeführt werden kann (vgl. z.B. § 19 EfernstrG).

Mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse an Straßen und Wegen (Widmung) als Vollzug der mit öffentlich-rechtlicher Sachzuordnung verbundenen Aufgaben erlischt nicht die Zuordnung des betreffenden Straßengrundstücks auf privatrechtlicher Ebene, wenngleich durch die Gestaltung seiner rechtlichen Eigenschaften als öffentlicher Weg die noch vorhandenen privatrechtlichen Befugnisse nurmehr gering sind²⁾.

II. Auch der allgemeine Gebrauch und die Nutzbarkeit des Wassers sind nicht allein dem Einzelinteresse der Privatrechtsträger vorbehalten. Daher ist durch das öffentliche Wasserrecht³⁾ das gebrauchsfähige Wasser gewissen Trägern hoheitlicher Gewalt zugeordnet, damit sie entsprechend den damit verbundenen Aufgaben durch tatsächliche und rechtliche Maßnahmen den Bestand des Wassers erhalten und seine allgemeine Verwendung regeln⁴⁾.

Anders als z.B. im öffentlichen Wegerecht ist hier mit der öffentlich-rechtlichen Sachzuordnung nicht erst die Widmungshoheit - in deren Ausübung die Sache zur öffentlichen Sache wird - verbunden, sondern Wasser ist bereits durch das Gesetz selbst besonders durch Aufnahme eines Gewässers in die den Wassergesetzen anliegenden

- 1) Über die Streitfrage, ob die privatrechtliche Verfügungsmacht Tatbestands- oder Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist, vgl. o. S. 86
- 2) Vgl. darüber im einzelnen Heinz MECKE de SWEBUSSIN, Die rechtliche Entstehung öffentlicher Straßen, Bauamt und Gemeindebau 1959, S. 10
- 3) Das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) - vgl. S. 88 m. Anm. 2 - ist Bundesrahmengesetz. Bezüglich des geltenden Landeswasserrechts s. H.J. WOLFF aaO, § 57 II b
- 4) In diesem Sinne Karl SELBACH, Zum Entwurf eines Wasserhaushaltsgesetzes, DöV 1957, S. 202. Über die Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehungen im öffentlichen Wasserrecht s.o. S. 90

Verzeichnisse, gewidmet¹⁾ und daher als öffentliche Sache gewissen Subjekten hoheitlicher Gewalt zugeordnet, damit sie die dargestellten Aufgaben der Überwachung und Erhaltung des Wassers wahrnehmen.

III. Grundstücke unterliegen hinsichtlich ihrer Bebauung dem öffentlichen Interesse nicht nur mit Rücksicht auf den Schutz vor Gefahren, sondern auch zum Zwecke einer geordneten städtebaulichen Entwicklung von Stadt und Land²⁾. Sie sind daher auch insoweit den Gemeinden (§ 2 BBauG) und sonstigen Planungsverbänden (§ 4 BBauG) zugeordnet³⁾, damit diese entsprechend den damit verbundenen Aufgaben und Befugnissen den allgemeinen Anspruch des Menschen auf ausreichenden Existenzraum, besonders durch die Beschaffung von Baugrundstücken und die Regelung der Bebauung verwirklichen⁴⁾.

Die Vorschriften des Bauplanungsrechts enthalten nicht primär den Befehl zu einem gewissen HANDELN, wenngleich z.B. in den §§ 1, 2 BBauG von einer bedingten Planungspflicht - "sobald und soweit das erforderlich ist" - gesprochen wird. Dieser "Auftrag des Bundesbaugesetzes an die Gemeinden"⁵⁾ ist vielmehr im Zusammenhang mit einer grundlegenden gesetzlichen Zustandsregelung zu sehen, wonach den Gemeinden die Planungshoheit über die in ihrem Gebiet gelegenen Grundstücke eingeräumt ist, und zwar auch, wenn z.B. die Aufstellung von Bauleitplänen im Einzelfall nicht erforderlich ist⁶⁾.

- 1) Vgl. H.J. WOLFF aaO, § 56 II a
- 2) s. § 1 Abs. I BBauG; vgl. a. SCHÜTZ-FROHBERG, Komm. 1 Anm. 1
- 3) Über die Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehungen zur Sache im Bauplanungsrecht s.o. S. 91
- 4) Vgl. Ludwig WAMBSGANZ, Die Bauleitplanung, 1. Teil, NJW 1961, S. 461
- 5) so WAMBSGANZ, Die Bauleitplanung, 3. Teil, NJW 1961, S. 536
- 6) s. §§ 33 ff BBauG, vgl. ferner wbVGH d.U. v. 8.10.1957 Verw.-Rspr. 11. Bd. (1959), S. 474 ff und d.U. v. 24.6.1958, aaO, S. 969 ff. Nicht die Aufstellung von

IV. Auch das Recht hoheitlicher Wohnraum bewirtschaftung weist in seinen entscheidenden Merkmalen öffentlich-sachenrechtlichen Charakter auf. Funktion des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes ist die Bestimmung der rechtlichen Verhältnisse freien Wohnraums durch öffentlichrechtliche Sachzuordnung in den Aufgabenbereich der Träger hoheitlicher (Wohnraumbewirtschaftungs-) Gewalt¹⁾. Zu den Aufgaben gehören im einzelnen die gerechte Verteilung von Wohnraum sowie die Unterbringung Obdachloser²⁾.

II. Kapitel

Die mit der öffentlichrechtlichen Sachzuordnung verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen sowie deren Ausübung

Die Frage nach der Anerkennung eines öffentlichen Sachenrechts betrifft vornehmlich das öffentliche Recht im objektiven Sinne sowie dessen allgemein-sachenrechtlichen Merkmale, jedoch gehört zu einer allgemeinen Untersuchung der Dinglichkeit im Verwaltungsrecht nicht weniger die Erörterung der sich aus öffentlicher Sachzuordnung ergebenden - und daher - dinglichen Berechtigungen und Verpflichtungen sowie deren Ausübung im Einzelfall.

Bauleitplänen bestimmt insoweit erst die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, sondern die Planungshoheit schlechthin. Vgl. dazu besonders SCHÜTZ-FROHBERG aaO, § 33 Anm. 1, der Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschriften äußert.

- 1) Über die Unmittelbarkeit der Rechtsbeziehungen zur Sache im öffentlichen Wohnraumbewirtschaftungsrecht s.o. S. 92
- 2) Vgl. dazu des weiteren o.S. 92 m.w.Hinw.

§ 18 Dingliche Berechtigungen und Verpflichtungen im öffentlichen Recht

Anders als im zivilistischen Sachenrecht, dessen systematische und einheitliche Kodifikation durch die Trennung der Sachzuordnungstatbestände und den sich daraus ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen gekennzeichnet ist, stehen im öffentlichen Sachenrecht die (wechselseitigen) Berechtigungen und Verpflichtungen im Mittelpunkt öffentlichsachenrechtlicher Rechtssetzung¹⁾. Weil jede öffentlichrechtliche Sachzuordnung zumeist Sachen betrifft, die schon zuvor auf privatrechtlicher Ebene zugeordnet sind, so daß in der Regel eine konkurrierende Sachzuordnung stattfindet²⁾, müssen sowohl die auf die Sache selbst gerichteten Befugnisse beider Teile, als auch die aus dinglichem Entstehungsgrund abgeleiteten (wechselseitigen) personalbezogenen Berechtigungen jeweils bestimmt und voneinander abgegrenzt sein³⁾.

Eine "Berechtigung" im Sinne der in der Rechtswissenschaft eingeführten Bedeutung dieses Ausdrucks setzt voraus, daß wegen eines von Rechtssätzen oder sie konkretisierenden Staatsakten als potentiell wertvoll anerkannten Interesses ein anderes Subjekt zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet wird⁴⁾. Die mit einer Sachzuordnung verbundenen Befugnisse an der Sache sind jedoch unabhängig von der Beziehung zu anderen Rechtssubjekten und richten sich auch nicht unmittelbar intransitiv gegen eine Vielzahl von Störern⁵⁾. Sie sind unmittelbar auf die Sache

1) Vgl. darüber o. S. 68, 80/81, 95

2) Vgl. o. S. 84

3) Was in gleicher Weise innerhalb des zivilistischen Sachenrechts für die Tatbestände doppelter Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene geschieht (§§ 1018 ff).

4) Vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 40 III, a 2

5) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 51 ff, 52/53, 55, 83, 87 bzgl. der in Ausübung solcher Befugnisse ergehen-

selbst bezogen und von der Existenz anderer Rechtssubjekte nur deshalb (mittelbar) abhängig, weil der Bestand der rechtlichen Ordnung schlechthin eine Vielzahl von Rechtssubjekten voraussetzt¹⁾. Die Befugnisse an Sachen sind somit keine "Berechtigungen" im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs.

Davon zu unterscheiden sind die an zweiter Stelle genannten, personalen Berechtigungen dinglichen Entstehungsgrundes, denn hier wird eine bestimmbare andere Person - nämlich das Berechtigungssubjekt konkurrierender Sachzuordnung - zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Sie sind daher "Berechtigungen" im überkommenen Sinne. Sie jedoch als "dinglich" zu bezeichnen, bedarf gewisser Vorbehalte, da bei ihnen das Merkmal unmittelbarer Sachbezogenheit fehlt, welches die Struktur dinglicher Rechte kennzeichnet. Andererseits schließt gerade die unmittelbare Sachbeziehung die Annahme einer "Berechtigung" im überkommenen Sinne aus. Danach kann es streng genommen keine "dinglichen Berechtigungen" geben.

Dessen ungeachtet werden letztgenannte Rechte in der Verwaltungsrechtslehre häufig als dingliche Rechte bezeichnet, weil unrichtig die Subjektsbestimmung durch Sachbeziehung als Wesensmerkmal der Dinglichkeit angesehen wird²⁾. Zwar sind bei den personalen Berechtigungen dinglicher Entstehungsgrundlage sowohl Berechtigungs- als auch Verpflichtungssubjekte in der Regel durch ihre jeweilige eigene Sachbeziehung bestimmt, jedoch ist das auch hier kein Kriterium dinglichen Rechtscharakters,

den hoheitlichen Maßnahmen s.a. S. 137. Subjektive Rechte gegen den jeweiligen Störer (vgl. a. S. 128) sind nicht Inhalt, sondern Ausfluß der Rechte an Sachen.

1) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 49 und 55

2) s. z.B. Hans PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, S. 145; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 177 u. 184; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 40 II c u. III c. Vgl. auch § 3 Ziff. 1 WBVbO

weil die Art der Subjektsbestimmung mit dem Inhalt eines Rechts bestenfalls akzidentelle, nicht aber essentielle Gemeinsamkeiten aufweist¹⁾.

Wenn dennoch Berechtigung und Verpflichtungen solcher Art trotz ihrer Personalgebundenheit als "dinglich" angesehen werden können, so vermag demgegenüber nur ihre dingliche Entstehungsgrundlage ausschlaggebend zu sein. Sie unterscheiden sich nämlich darin von sonstigen (rein) personalen Ansprüchen, daß sie anders als diese nicht selbständig aufgrund der Verwirklichung eines Tatbestandes, wonach der Berechtigte von dem Verpflichteten ein Tun oder Unterlassen verlangen kann, erwachsen, sondern als Folge der Verwirklichung von Tatbeständen zu verstehen sind, die Sachen den Rechtssubjekten unmittelbar zuordnen²⁾. Auch die Zivilrechtswissenschaft nennt übereinstimmend solche Ansprüche "dinglich", wie etwa besonders den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den unrechtmäßigen Besitzer³⁾, oder den des Inhabers der Hypothek gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Daher sollen auch im öffentlichen Recht die sich aus der doppelten Sachzuordnung ergebenden personalgebundenen Berechtigungen "dingliche Berechtigungen" genannt werden⁴⁾.

I. Mit der Verwirklichung eines sachenrechtlichen Tatbestandes wird eine konkrete Sache einer konkreten Rechtsperson zugeordnet, so daß ihr damit ein Inbegriff von unmittelbar auf die Sache gerichteten Befugnissen zukommt, welche mit denen der beteiligten Sachzuordnungsträger konkurrieren. Was im einzelnen dazu gehört, ist

1) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 75/76

2) Über das Verhältnis grundlegender Sachzuordnung und der Abgrenzung dinglicher Berechtigungen (Verpflichtungen) durch Rechtssatz s.o. S. 86

3) So z.B. WESTERMANN, Sachenrecht, 3. Aufl., S. 9, 12 und 132

4) Entsprechendes gilt für "dingliche Verpflichtungen"

rechtssatzmäßig umschrieben¹⁾: Nach privatem Recht darf z.B. der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Privater entgegenstehen (§ 903 BGB); der Pfandrechtsinhaber darf die Sache verwerten (vgl. § 1204 BGB); der Nießbraucher sie nutzen (§ 1030 BGB), der Inhaber eines Wohnungsrechts sie bewohnen (§ 1093 BGB) usw.

Auch im öffentlichen Recht ergibt sich aus der Verwirklichung eines sachenrechtlichen Tatbestandes für das Berechtigungssubjekt, welches hier notwendig ein Subjekt hoheitlicher Gewalt sein muß²⁾, die im einzelnen verschiedene Befugnis zu Einwirkungen auf die Sache selbst, etwa sie in einen gefahrlosen Zustand zu bringen, zu überwachen, sie zu widmen, zu planen oder zu bewirtschaften. Diese aus der Sachzuordnung hergeleitete Befugnis zu verschiedenen sowohl tatsächlichen als auch rechtlichen Maßnahmen ruht hier wie dort als eine spezifische Herrschaftsmacht unabhängig von der Vermittlung anderer Personen auf der Sache selbst. Unterschiede mit Rücksicht auf Inhalt und Funktionen des öffentlichen Rechts im Gegensatz zum Privatrecht bestehen besonders darin, daß neben der Tatbestandsverwirklichung³⁾ auch die Ausübung der Befugnisse an der Sache nicht in das Belieben des Berechtigungssubjektes gestellt sind, sondern als Aufgabe (nach pflichtgemäßem Ermessen) wahrzunehmen sind, da jede öffentlichrechtliche Sachzuordnung nicht wie die des Privatrechts in das Vermögen, sondern

- 1) Dabei handelt es sich um "unselbständige" sachenrechtliche Rechtssätze i.S. ENNECC.-NIPP. aaO (vgl. o. S. 95/96), da sie nur im Zusammenhang mit der grundlegenden Sachzuordnung zu verstehen sind.
- 2) Selbständige sachenrechtliche Rechtssätze haben nur ein Zuordnungsobjekt, welches daher zugleich Berechtigungsobjekt der Sachzuordnung ist und im öffentlichen Recht immer Subjekt hoheitlicher Gewalt sein muß. Vgl. darüber im einzelnen o. S. 95
- 3) Darüber und über die im öffentlichen Recht abweichende Art der Verwirklichung öffentlichrechtlicher Tatbestände vgl. im einzelnen o. S. 97

in den Aufgabenbereich des Berechtigungssubjektes fällt¹⁾.

Die konkretisierte öffentlichrechtliche Sachzuordnung - zumeist als weitere Zuordnung einer bestimmten Sache - schränkt die Befugnisse des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere auszuschließen nach Maßgabe des sie begründenden öffentlichrechtlichen Rechtssatzes ein, weil damit diesen die Rechte Dritter, nämlich der Berechtigungsobjekte öffentlichrechtlicher Sachzuordnung entgegenstehen (vgl. § 903 BGB). Eine solche Einschränkung kann in gewissen Fällen sehr weit gehen, so daß ein "Belieben" des Eigentümers kaum mehr Platz findet²⁾. Dennoch wird nach der geltenden Rechtsordnung die öffentlichrechtliche Sachzuordnung auch in solchen Fällen niemals die Zuordnung der betreffenden Sache auf Privatrechtsebene dem Grunde nach auslöschen können³⁾, sondern stets mit ihr konkurrieren. Daher gibt es letztlich kein öffentliches Eigentum im Sinne eines öffentlichen Vollrechts an der Sache, welches durch den Ausschluß jeglicher Sachbeziehung privatrechtlicher Art gekennzeichnet wäre⁴⁾.

II. Dingliche Berechtigungen und Verpflichtungen bestehen im öffentlichen Recht zwischen den Berechtigungsobjekten konkurrieren-

- 1) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 97
- 2) So z.B. im Bauplanungsrecht, Wohnraumbewirtschaftung usw. s.o. S. 119 - 121
- 3) Dem steht nicht etwa das öffentliche Enteignungsrecht entgegen, welches nicht eine Aufhebung, sondern lediglich eine Veränderung privatrechtlicher Sachzuordnung durch Hoheitsakt betrifft. Vgl. anders. O.MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., § 33, der auch das Enteignungsrecht seinem System des öffentlichen Sachenrechts eingliedert.
- 4) Dieses ist keine direkte Erwiderung auf die Lehre O. MAYERS (vgl. o. S. 9 ff), da dieser die Konstruktion des öffentlichen Eigentums auf der - stets nur - vermittelten Sachbeziehung aufbaut. Vgl. darüber im einzelnen o. S. 12/13 sowie §§ 12 I und 13

der Sachzuordnung, von denen mindestens eines Subjekt hoheitlicher Gewalt ist, nach Maßgabe der öffentlich-sachenrechtlichen Rechtssätze, welche sie im einzelnen umschreiben und voneinander abgrenzen.

a) Die rechtmäßige Zuordnung einer bestimmten Sache gewährt nicht nur Befugnisse an der Sache, sondern als Schutz dieser von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsstellung subjektive Rechte gegen denjenigen, der sie beeinträchtigt oder dem Berechtigten vorenthält¹⁾. Sofern eine Sache - wie in der Regel - einem Privatrechtsträger in vollem Umfange, d.h. als Eigentum, zugeordnet ist, ist jede weitere Zuordnung derselben Sache, sei es auf öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Ebene, eine Einschränkung seiner Rechte. Demgemäß hat der (rechtmäßige) Inhaber einer der des Eigentümers vorgehenden Sachzuordnung einen Anspruch gegen denselben auf Duldung der ihm eingeräumten Befugnisse an der Sache²⁾ und auf Unterlassung irgendwelcher Maßnahmen, welche andernfalls in dessen freiem Belieben stünden, nun jedoch ausgeschlossen sind. Geschieht die weitere Sachzuordnung nicht aufgrund der Verwirklichung eines Tatbestandes, der sie als Rechtsfolge zuläßt, sondern ist sie unrechtmäßig - sei es, daß der andere sich Befugnisse anmaßt, die über das Maß der ihm gewährten Sachzuordnung hinausgehen, sei es, daß hierfür keinerlei Rechtsgrundlage besteht (vgl. z.B. den unrechtmäßigen Besitzer, § 985 BGB s.a. § 1004 BGB) -, so hat der Eigentümer Ansprüche gegen ihn auf Wiederherstellung seiner rechtmäßigen Beziehungen zur Sache.

- 1) Die subjektiven (intransitiven) Rechte gegen den jeweiligen Störer sind jedoch nicht Inhalt, sondern lediglich Ausfluß der Rechte an Sachen. Vgl. darüber im einzelnen S. 51 ff, 52/53, 55/56, 83, 122, sowie 137/138
- 2) Bzgl. solcher persönlichen Rechtsbeziehungen im öffentlichen Wegerecht vgl. besonders die Pflicht des Eigentümers, den Weg zu Unterhaltsarbeiten unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, vgl. OVGMatr. d.U. v. 4.5.1960, DöV 1961, S. 35

1. Während die weitere Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene deshalb der des Eigentümers vorgeht, weil dieser durch rechtsgeschäftliche Übertragung¹⁾ sich seiner Befugnisse insoweit entäußert hat, drängt die Sachzuordnung auf öffentlichrechtlicher Ebene im Kollisionsfalle dank autoritativer Kraft gesetzlicher Anordnung die minderwertigere Interessenverfolgung des Eigentümers zu Gunsten einer vorzugswürdigeren zurück²⁾. Daraus ergeben sich einerseits Berechtigungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt gegen den Privatrechtseigentümer auf Duldung der ihnen an der Sache eingeräumten Befugnisse - wie z. B. die Sache in einen gefahrlosen Zustand zu versetzen oder sie dem öffentlichen Gebrauch in Dienst zu stellen³⁾ - und auf U n t e r l a s s u n g von Maßnahmen, welche dem entgegenstehen. Hinzukommt in besonders geregelten Fällen das Recht, von dem Eigentümer oder Gewahrsamsinhaber selbst ein Handeln im Sinne des Vollzugs der hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse zu verlangen (vgl. z. B. § 18 OBG⁴⁾).
2. Andererseits hat jedoch auch der Eigentümer aufgrund der Freiheit seines Eigentums, welche verfassungsmäßig garantiert ist, subjektive Rechte gegen den Inhaber öffentlichrechtlicher Sachzuordnung besonders auf E i n h a l t u n g der damit gegebenen Abgrenzung der jeweiligen Befugnisse an der Sache. Dazu gehört im einzelnen das Recht auf Erteilung von Erlaubnissen und Genehmigungen, die dem

- 1) Hierzu gehört systematisch auch die zwangsweise Änderung privatrechtlicher Sachzuordnung im Wege der Zwangsvollstreckung.
- 2) Vgl. darüber H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 43 I a 2. Das freie Belieben des Eigentümers ist allgemein durch Art. 14 II GG - Sozialpflichtigkeit des Eigentums - eingeschränkt. Die verfassungsmäßige Garantie des Eigentums (Art. 14 I GG) bestimmt die äußeren Grenzen öffentlicher Sachzuordnung.
- 3) Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist in letzterem Falle jedoch die Zustimmung u.a. des Eigentümers, vgl. darüber o. S. 86
- 4) Vgl. darüber o. S. 81, 91 u. 106(m.Anm. 4)/107

Eigentümer gewisse Befugnisse bestätigen, deren Ausübung zwar nicht materiell eingeschränkt, jedoch wegen der im Kollisionsfalle oft schwierigen Abgrenzung an eine formelle Erlaubnispflicht geknüpft ist, wie z.B. bei der Baugenehmigung¹⁾, der Zulassung eines Kraftfahrzeuges usw.²⁾.

- b) Zu unterscheiden hiervon sind Rechte und Pflichten, welche in Folge der A u s ü b u n g der mit öffentlicher Sachzuordnung verbundenen Befugnisse für den einzelnen, besonders aber für den Eigentümer in seiner Rechtsstellung zu der betreffenden Sache entstehen.

Die Sachzuordnung hängt nicht davon ab, ob die mit ihr gegebenen Befugnisse an der Sache ausgeübt werden, wie etwa das Pfandrecht nicht voraussetzt, daß dessen Inhaber die Sache verwertet oder im öffentlichen Sachenrecht die Widmungshoheit nicht davon abhängig ist, ob in der Tat gewidmet wird oder nicht. Wenn jedoch der Berechtigte seine Befugnisse zur Gestaltung der r e c h t l i c h e n Eigenschaften einer Sache ausübt³⁾, so ändern sich damit deren rechtliche Beziehungen zur Umwelt. Sie

1) Als eine Erklärung der zuständigen Behörde, daß dem beabsichtigten Bau Hindernisse aus dem geltenden öffentlichen Recht nicht entgegenstehen, räumt die Baugenehmigung nur Schranken für die Ausübung des Rechts zum Bauen aus, verleiht aber kein neues materielles Recht. - So OVG Mstr. d.U. v. 28.7.1952, DöV 1952, S. 736; vgl. ebenso bayVGH d.U. v. 20.12.1951, DöV 1953, S. 444; wbVGH d.U. v. 13.3.1952, DöV 1952, S. 604; BGH d.U. v. 3.12.1953, Verw.-Rspr. 6. Bd. (1954), S. 202; s.a. BALTZ-FISCHER, Preußisches Baupolizeirecht, 6. Aufl., S. 143: Die Baugenehmigung verleihe dem Unternehmer kein neues Recht und keine ihm an sich nicht schon zustehende Erlaubnis im Gegensatz zu der nach Maßgabe der GewO erteilten Genehmigung. Vgl. ferner Johann MANG, Aktuelle Fragen der Bayerischen Bauordnung im Lichte der Rechtsprechung, BayBü. 1954, S. 124. S. dazu ferner S. 110 m. Anm. 3 und S. 112

2) Über den rechtlichen Charakter dieser Maßnahmen vgl. S. 139 ff

3) Über den rechtlichen Charakter dieser Maßnahmen s. S. 135 und 139 ff

erhält z.B. die rechtliche Eigenschaft, dem allgemeinen Gebrauch zugänglich zu sein oder in gewissem Umfang nutzbar zu sein, wenngleich das öffentliche Interesse, z.B. wegen der Gefährlichkeit der Anlage ihrer Einrichtung und Betätigung entgegensteht.

- 1. Die rechtmäßige Gestaltung der rechtlichen Eigenschaften einer Sache durch die Inhaber öffentlichrechtlicher Sachzuordnung äußert vornehmlich Wirkungen auf die damit betroffenen, korrespondierenden Rechte des Eigentümers an der Sache. Dessen Befugnisse werden entweder e r w e i t e r t, wenn etwa infolgedessen von der Sache auch solche Auswirkungen ausgehen dürfen oder die Sache selbst in einer Weise genutzt werden darf, die ansonsten wegen des entgegenstehenden öffentlichen Interesses unzulässig wäre (vgl. z.B. bei der Genehmigung einer gewerblichen Anlage gem. § 16 GewO¹⁾). Damit ist die konzessionierte Sache nicht mehr Gegenstand solcher hoheitlicher Befugnisse, welche sonst im Rahmen öffentlichrechtlicher Sachzuordnung gefahrvoller Sachen allgemein gegeben sind²⁾.

Die Befugnisse des Eigentümers sind hingegen e i n g e s c h r ä n k t, wenn etwa das sonst mit dem Eigentum verbundene Recht, die Sache nach Belieben zu nutzen und andere von ihrem Gebrauch auszuschließen (vgl. § 903 BGB), ganz oder teilweise aufgehoben wird (vgl. die Widmung einer Sache zur öffentlichen Sache³⁾).

1) Nach heute überwiegender Auffassung ist die gewerberechtliche Genehmigung anders als die Baugenehmigung nicht bloß ein feststellender, sondern gestaltender Verwaltungsakt, der neues materielles Recht schafft: So besonders FUHR, Komm. zur GewO, Vorb. § 16 II; ebenso BALTZ-FISCHER aaO, S. 143; vgl. ferner Fritz JANSSEN, Gewerberechtliche und baurechtliche Genehmigung, bayVBl. 1961, S. 141 ff; OVG Mstr. d. Beschl. v. 26.11.1958, Gew.Arch. 1959/60, S. 56; a.A.: O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., S. 239 ff. Vgl. dazu ferner S. 128 m. Anm. 1 und S. 128 Anm. 3, sowie S. 135 Anm. 4

2) Über die Dauer der Genehmigung vgl. § 25 GewO

3) s. darüber S. 135 Anm. 5

2. Durch die Ausübung der mit öffentlichrechtlicher Sachzuordnung verbundenen Befugnisse zur Gestaltung der rechtlichen Eigenschaften einer Sache sind nicht nur die korrespondierenden Rechte des Eigentümers, sondern zumeist auch die Rechte und Pflichten Dritter mitteilbar betroffen. Erhält eine Sache z.B. durch Widmung¹⁾ die rechtliche Eigenschaft, öffentliche Sache zu sein, so ergibt sich für den einzelnen daraus die Möglichkeit, sie ohne besondere Zulassung gemäß ihrer hoheitlichen Zweckbestimmung zu benutzen (Gemeingebrauch)²⁾. Ist andererseits eine an sich gefährliche Anlage konzessioniert, so sind damit nicht nur die hoheitlichen Befugnisse im Rahmen der Zuordnung gefährlicher Sachen, sondern auch die Abwehrrechte Dritter beschnitten³⁾, welche sonst eine derartige Verwendung der Sache zu hindern geeignet sind.

3. Aus der Widmung einer Sache zur öffentlichen Sache - als einer Gestaltung ihrer rechtlichen Eigenschaften - folgt hingegen nicht auch das Recht, sie über den Gemeingebrauch hinaus zu benutzen⁴⁾. Daher bedarf jeder, der eine Sondernutzung betreibt, einer besonderen Zulassung derjenigen Verwaltungsbehörden, denen mit der öffentlichrechtlichen Zuordnung der betreffenden Sache die Aufgabe erteilt ist, ihre Verwendung für den öffentlichen Zweck zu erhalten und zu überwachen.

1) Zu unterscheiden ist hierbei jedoch zwischen der Ausübung der aus öffentlicher Sachzuordnung kraft Rechtsatzes folgenden Widmungshoheit und der abstrakt-gesetzlichen Widmung, vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 56 II

2) Vgl. darüber im einzelnen H.J. WOLFF aaO, § 56 I und § 58 I a; s.a. FRIEDRICHS, Die Widmung zur öffentlichen Sache, prVBL., 42. Jahrg. (1920,21) S. 3 ff m.w. H.; ferner GANSCHERIAN-FINCK, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957, S. 286: Der Gemeingebrauch sei kein Recht an der Sache im Sinne einer dinglichen Belastung.

3) Über Umfang und Voraussetzungen vgl. z.B. §§ 18, 19 und 26 GewO

4) Zutreffend H.J. WOLFF aaO § 59

Weder die Befugnis zu schlichtem Sondergebrauch - als eine über den Gemeingebrauch hinausgehende, aber nicht die Substanz angreifende Benutzung - noch zu gesteigertem Sondergebrauch - als eine in die Substanz der Sache eingreifende sowie andauernde Benutzung einer öffentlichen Sache - wird beliebigen Rechtspersonen schon durch die besonderen rechtlichen Eigenschaften öffentlicher Sachen gewährt, sondern ist jeweils Gegenstand einer transitiven Berechtigung, welche durch Gebrauchserlaubnis bzw. Verleihung erteilt wird¹⁾. Wegen ihrer primären Personalbezogenheit sind solche Berechtigungen keine dinglichen Berechtigungen, sondern (beschränkte) subjektive öffentliche Rechte²⁾. Sie besitzen auch nicht, wie gewisse andere subjektive Rechte³⁾ dinglichen Entstehungsgrund, weil sie nicht aus der doppelten Zuordnung einer Sache gegenüber den beteiligten Zuordnungsträgern erwachsen, sondern beliebigen Rechtspersonen erteilt werden, welche die öffentliche Sache in bestimmter Weise zu nutzen beabsichtigen. Wird jedoch gerade der Person des Eigentümers das Recht zur Sondernutzung gewährt, so werden dadurch mittelbar seine Befugnisse aus dem Eigentum erweitert, soweit sie mit der transitiven Berechtigung zur Sondernutzung übereinstimmen.

Einen gewissen Anschein der Dinglichkeit besitzt trotz allem das durch Verleihung gewährte Recht zum gesteigerten Sondergebrauch öffentlicher Sachen⁴⁾. So ist z.B. im

1) Zutreffend H.J. WOLFF aaO § 59 I u. II

2) Vgl. H.J. WOLFF aaO §§ 43 III c 4 u. 59 II c 1; zutreffend auch KARL SELBACH, Zum Entwurf eines Wasserhaushaltsgesetzes, DöV 1957, S. 202

3) Vgl. darüber o. S. 123/124

4) Nicht gemeint ist hier der nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen ausschließlich vom Eigentümer in privatrechtlichen Formen zu gewährende, gesteigerte Sondergebrauch. Hinsichtlich einer Unterscheidung im oldenburgischen Wasserrecht zwischen dem öffentlich-rechtlichen Akt der Genehmigung (Verleihung) und dem dadurch verliehenen, privatrechtlichen Benutzungsrecht s. OVG Lüneburg: d.Ü. v. 19.4.1956, AS 10. Bd., S. 494

öffentlichen Wasserrecht das mit einer "Bewilligung" verbundene Recht, ein Gewässer in einer nach Art und Maß bestimmten Weise zu nutzen, nicht an die Person des Berechtigten gebunden, sondern geht auf den Rechtsnachfolger über¹⁾.

"Rechtsnachfolge" ist jedoch nur dann Strukturmerkmal dinglichen Rechtscharakters, wenn das Bestehenbleiben des Rechts an der Sache dem Grunde nach nicht von dem Eintritt eines neuen Rechtsträgers abhängt²⁾. Damit sind jedoch bei der Dinglichkeit im öffentlichen Recht immer nur die Rechtsbeziehungen der Subjekte hoheitlicher Gewalt zu den Sachen gemeint, denn die Berechtigungs-subjekte öffentlichrechtlicher Sachzuordnung, aus welcher gewisse dingliche Befugnisse hoheitlicher Art erwachsen, müssen stets Subjekte hoheitlicher Gewalt sein³⁾. Daher tragen dingliche Befugnisse von Privatrechtsträgern an Sachen ausschließlich zivilistischen Charakter. Sie können lediglich infolge der Ausübung der mit einer öffentlichrechtlichen Sachzuordnung verbundenen Befugnisse zur unmittelbaren Gestaltung der r e c h t l i c h e n Eigenschaften einer Sache durch die Subjekte hoheitlicher Gewalt eingeschränkt bzw. hier erweitert sein⁴⁾.

Durch die Verleihung ist aber nicht der rechtliche Zustand der Sache unmittelbar betroffen, sondern ein p e r s ö n l i c h e s R e c h t für den j e w e i l i g e n Benutzer geschaffen⁵⁾. Eine solche Sicherung

1) Vgl. z.B. § 8 Abs. 6 WHG, Art. 39 wvWasserG; s. hierzu besonders VGHBeB., d.U. v. 27.7.1956, Verw.-Rspr., 10. Bd. (1958), S. 501 ff (503) u. hmbOVG d.U. v. 1.2.1956, DVBl. 1957, S. 548 m.w.H.

2) Vgl. darüber o. S. 50 ff

3) s.o. S. 95 ff

4) s.o. S. 128; vgl. hier besonders den Unterschied zwischen der Verleihung im Wasserrecht und der Genehmigung einer gewerblichen Anlage gem. § 16 GewO.

5) Insoweit ist ein Vergleich mit § 571 BGB erlaubt, der das persönliche Mietrecht gegenüber dem jeweiligen Eigentümer der Mietsache schützt. Dort wechselt al-

der Rechtsnachfolgeschaft ist nicht Folgeerscheinung dinglichen Rechtscharakters, sondern Sukzessionsschutz auf Grund besonderer gesetzlicher Regelung, welche aus dem Bestreben erwächst, gewisse personale Rechte ihrer besonderen sozialen oder wirtschaftlichen Bedeutung dem Inhaber zu erhalten, auch wenn der Berechtigte wechselt¹⁾.

§ 19 Die Ausübung der mit öffentlicher Sachzuordnung verbundenen Rechte

Entsprechend den mit der Sachzuordnung verbundenen Rechten als den Befugnissen an der Sache und den Berechtigungen gegenüber Dritten, besonders den Berechtigungs-subjekten konkurrierender Sachzuordnung, unterscheiden sich auch die in Ausübung dieser Rechte ergehenden Maßnahmen, je nachdem, ob sie unmittelbar das Herrschaftsverhältnis an der Sache selbst oder die aus dinglicher Entstehungsgrundlage erwachsenden, personalen Rechtsbeziehungen betreffen.

- I a) Soweit das Recht an der Sache die Befugnis zu t a t - s ä c h l i c h e n Maßnahmen (z.B. im Privatrecht: aus einer Sache Nutzungen zu ziehen, sie zu begehen, bewohnen usw.; im öffentlichen Recht: sie in einen gefahrlosen Zustand zu versetzen, sie zu überwachen) verschafft, ist die Charakterisierung der einzelnen Vollzugsmaßnahmen als tatsächliche Handlungen auch im öffentlichen Recht unproblematisch. So sind z.B. das Entfernen eines

lerdings nicht der Benutzer, sondern der die Benutzung Gewährnde. Der Grund für die gesetzliche Regelung des Sukzessionsschutzes im Mietrecht ist die soziale Bedeutung eines gesicherten Mietstandes, im öffentlichen Wasserrecht der wirtschaftliche Wert und die Bedeutung wasserwirtschaftlicher Anlagen und Unternehmen, welche damit auch bei der Übertragung an einen Erwerber etc. gesichert sind.

1) Vgl. darüber im allgemeinen o. S. 50 ff und 77 Anm. 2 m.Hinw. auf WESTERMANN, Die Bestimmung, S. 11

verkehrsbehindernden Gegenstandes, das Töten eines ver-
seuchten Tieres nicht Verwaltungsakte, sondern Akte tat-
sächlichen Verwaltungshandelns¹⁾. Die rechtlichen Ver-
hältnisse der betreffenden Sache bleiben davon unberührt,
wie sie auch durch die Sachzuordnung selbst lediglich da-
durch betroffen sind, daß im Falle der Tatbestandsver-
wirklichung für gewisse Berechtigungssubjekte die Befug-
nisse zur Ausübung der rechtssatzmäßig umschriebenen,
tatsächlichen Herrschaftsmacht entstehen.

b) Schwieriger sind jene Maßnahmen zu charakterisieren und
rechtssystematisch einzuordnen, welche in Ausübung der
mit öffentlichrechtlicher Sachzuordnung verbundenen Be-
fugnisse zur Feststellung und unmittelbaren Gestaltung
der r e c h t l i c h e n Verhältnisse (Eigenschaften)
von Sachen ergehen.

1. Die hoheitliche F e s t s t e l l u n g, daß bestimmte
Sachen - soweit es die öffentlichen Belange angeht²⁾ -
in gewisser Weise (be-)nutzbar sind, betrifft einmal den
Schutz vor Gefahren, die von der Sache selbst, besonders
mit Rücksicht auf deren tatsächlichen Zustand, ausgehen,
wie bei der Baugenehmigung³⁾ oder der Zulassung eines
Kraftfahrzeuges⁴⁾. Zum andern ist aber die Rechtsmäßig-
keit bestimmter Nutzungen danach zu überprüfen, ob sie
durch eine entsprechende Nutzbarkeit der Sache gedeckt

- 1) Zutreffend H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 45 II
a; s.a. FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 183. Es
ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß parallel mit
dem tatsächlichen Verwaltungshandeln ein Rechtsbe-
fehl (Verwaltungsakt) an einen Dritten, besonders
den Träger konkurrierender Sachzuordnung, ergent,
die tatsächlichen Maßnahmen zu dulden oder bei de-
ren Durchführung mitzuwirken (vgl. z.B. § 19 nWOBG)
- 2) Über die Berechtigung der in diesen Fällen zugrunde
liegenden formellen Erlaubnispflicht s.o. S. 127/128
- 3) Über Inhalt und Rechtscharakter der Baugenehmigung
vgl. o. S. 110 Anm. 3 und S. 112/113 mit ausführli-
chen Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum.
- 4) Vgl. S. 113/114

ist, deren Grenzen - wiederum nur soweit die öffentli-
chen Belange betroffen sind - in gleicher Weise durch
die öffentlichrechtliche Zuordnung der Sache zum Zwecke
hoheitlicher Planungs- bzw. Bewirtschaftungsaufgaben ge-
setzt sind. Letzteres geschieht im einzelnen durch Be-
bauungsgenehmigungen¹⁾ und Benutzungsgenehmigungen frei-
en Wohnraums²⁾.

Maßnahmen in Ausübung der mit öffentlichrechtlicher
Sachzuordnung verbundenen hoheitlichen Befugnisse zur
G e s t a l t u n g der rechtlichen Verhältnisse von Sa-
chen begründen besondere Sacheigenschaften, welche zuvor
nicht vorhanden waren. Dazu gehört die Nutzbarkeit ge-
wisser gewerblicher Anlagen, welche sonst wegen der ent-
gegenstehenden öffentlichen Belange mit Rücksicht auf
die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgeschlossen
ist³⁾. Sie wird geschaffen durch den rechtsgestal-
tenden Akt einer hoheitlichen (gewerberechtlichen) Ge-
nehmigung⁴⁾. Durch Widmung erhalten Sachen, besonders
Straßen und Wege die rechtliche Eigenschaft, öffentliche
Sachen zu sein⁵⁾, welche sie durch Entwidmung wieder ver-

1) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 91 m. Anm. 4

2) s.o. S. 92 m. Hinw. auf Rspr. und Schrifttum

3) Vgl. dazu auch S. 129

4) So besonders FUHR, Komm. zur GewO, 1960, Vorb. II, 1
vor § 16 m.w.Hinw. auf diese, heute überwiegend ver-
tretene Auffassung in Rspr. und Schrifttum sowie die
entgegenstehende Ansicht O. MAYERS, Deutsches Ver-
waltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl., S. 239 ff, welcher
die Genehmigung einer gewerblichen Anlage - ähnlich
wie die Baugenehmigung - lediglich als eine Feststel-
lung ansieht, daß dem geplanten Vorhaben keine ge-
setzlichen Hindernisse entgegenstehen; in diesem Sin-
ne auch Günter REDMANN, Formelle Rechtswidrigkeit im
Gewerberecht, Gew.-Arch. 1959/60, S. 103; dagegen im
Sinne der herrschenden Lehre OVGMatr. d. Beschl. v.
26.11.1958, Gew.-Arch. 1959/60, S. 56. Hinsichtlich
der dargelegten Unterschiede zwischen Baugenehmigung
und Genehmigung einer gewerblichen Anlage im Sinne
der herrschenden Lehre besonders BALTZ-FISCHER, Preu-
bisches Baupolizeirecht, 6. Aufl., S. 143

5) Zutreffend ZIPPELIUS, Grundfragen ..., DöV 1958, S.
841; BOCHALLI, Die Fortbildung des Wegerechts durch

lieren¹⁾. Zur Durchführung der mit jeder öffentlichen Sachzuordnung verbundenen Aufgaben wird nach Maßgabe der betreffenden Rechtssätze der Rechtszustand (öffentlicher) Sachen weiterhin gestaltet durch Verkehrszeichen, Bauleitpläne usw. (nach altem Recht auch Fluchtlinienpläne)²⁾.

2. Hoheitliche Feststellungen und Gestaltungen rechtlicher Sacheigenschaften, welche in Ausübung der mit öffentlich-rechtlicher Sachzuordnung verbundenen Aufgaben und Befugnisse ergehen, beziehen sich als eine Zustandsregelung unmittelbar auf die Sache selbst und tragen somit die dingliche Charakter. Je nach ihrer Art ergeben sich daraus - soweit es die öffentlich-rechtlichen Belange angeht - Wirkungen (Befugnisse bzw. Pflichten) für beliebige Rechtspersonen, welche jedoch nach privatem Recht bestimmten Trägern von Befugnissen an der Sache als den Inhabern privatrechtlicher Sachzuordnung vorbehalten sind. So kann nach öffentlichem Recht jedermann das betreffende Grundstück im Sinne der Be-(Bau-)ungsgenehmigung nutzen, das zugelassene Kraftfahrzeug führen oder die genehmigte Gewerbeanlage betreiben³⁾. Wer unter den Privatrechtsträgern letztlich hierzu bestimmt ist, regelt die Privatrechtsordnung, soweit sie Sachen den Privatrechtsträgern zuordnet (konkurrierende Sachzuordnung auf privatrechtlicher Ebene). In Fällen

die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl. 1959, S. 613; SIEDER-ZEITLER, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Komm., Art. 6 Anm. 3; SCHALLENBERG, Die Widmung, S. 76, spricht von einer sachenrechtlichen Verfügung; über die Widmung als rechtsgestaltenden Verwaltungsakt s. besonders wVGH d.U. v. 30. 11.1959, Verw.-Rspr., 13. Bd. (1961) Nr. 28, S. 104

- 1) Vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 47 I b
- 2) Der Rechtscharakter der letztgenannten Maßnahmen ist umstritten. Vgl. die kurze Übersicht bei H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 VI b; s. ferner unter Ziff. 2 u. 3, S. 137 ff
- 3) Vgl. darüber im einzelnen o. S. 108 ff m.Hinw. auf Schrifttum und Rspr.

besonderer Art, welche gerade darauf gerichtet sind, durch die Gestaltung der rechtlichen Eigenschaften aller Rechtsträgern gewisse Befugnisse an ihr zu verschaffen, muß die Möglichkeit der Konkurrenz von Sachzuordnungsverhältnissen auf privatrechtlicher Ebene insoweit ausgeschlossen sein¹⁾, wie z.B. bei der Widmung²⁾.

Wenngleich hoheitliche Maßnahmen der genannten Art Wirkungen für beliebige Rechtspersonen besitzen, so folgt doch aus ihrer unmittelbaren Ausrichtung auf die Sache selbst, daß durch sie Personen auch nicht "intransitiv unmittelbar"³⁾ betroffen werden⁴⁾. Eine Sache wird nicht dadurch zur öffentlichen Sache (auch nicht modifiziert, wie etwa die Einbahnstraße), daß einer unbestimmten Vielzahl von Personen - z.B. ihren Benutzern - die Befugnis zur Benutzung erteilt wird⁵⁾, wie etwa durch die Fest-

- 1) Was durch Zustimmung dessen geschieht, dem durch privatrechtliche Sachzuordnung sonst die Befugnis verliehen wäre, andere von der Benutzung der Sache auszuschließen. So bestimmen alle einschlägigen Straßen- und Wegegesetze, daß vor der Widmung die Zustimmung des Eigentümers einzuholen bzw. zu entzügen ist (vgl. § 19 BfernStrG). Ist der Träger öffentlicher Sachzuordnung zugleich derjenige privatrechtlicher Sachzuordnung, so ist mit der Widmung konkludent der Verzicht auf die Geltendmachung der entsprechenden privatrechtlichen Befugnisse verbunden (vgl. § 2 Abs II BfernStrG, § 6 Abs. II nWLStrG v. 28.11.1961, nWGVBl. 1961, S. 305), § 6 Abs. I hambWegeG v. 4.4. 1961, hambGVBl., S. 117.
- 2) Die Befugnisse, sie (nur!) in bestimmter Weise zu gebrauchen, kann mit dem Verbot einer weitergehenden Benutzung verbunden sein, wie etwa bei den Verkehrszeichen.
- 3) s. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 VII a
- 4) Zutreffend besonders ZIPPELIUS aaO, S. 842/843; Die Widmung sei ebensowenig personalbezogen wie im Zivilrecht die Okkupation oder Dereliktion einer Sache; SIEDER-ZEITLER aaO, Art. 6, Anm. 6; vgl. ferner o. S. 89 m.Anm. 3
- 5) Ebenso SCHALLENBERG aaO, S. 75/76: Die Widmung wende sich unmittelbar weder an die Allgemeinheit noch an den Eigentümer oder den Unterhaltspflichtigen. Sie enthalte weder ein Gebot noch ein Verbot noch eine Erlaubnis. Sie wende sich nicht an einen bestimmten

stellung, daß die Ausgestaltung eines Grundstücks mit Bauwerken den öffentlichen Belangen entspricht, als solche nicht unmittelbar an den (jeweiligen) Bauherrn ergeht, sondern nur mittelbar auf ihn gerichtete Wirkungen besitzt. Auch hängen Feststellung oder Gestaltung der rechtlichen Eigenschaften einer Sache nicht davon ab, ob es überhaupt Personen gibt, welche den betreffenden Gegenstand benutzen oder das Grundstück bebauen.

Infolge ihrer unmittelbaren Sachbezogenheit haben die genannten Maßnahmen keinen persönlichen Adressaten, sondern ergehen *a d r e s s a t l o s*¹⁾. Nur wenn sie - was jedoch bei manchen von ihnen die Regel ist - zugleich die Erfüllung einer dinglichen Verpflichtung²⁾ sind, wird auch der Berechtigte beschieden³⁾. Da jedoch dingliche Verpflichtungen eine konkurrierende Sachzuordnung voraussetzen, sind in allen Fällen, in denen eine solche nicht besteht⁴⁾, hoheitliche Maßnahmen zur Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse einer Sache immer adressatlos (z.B. Widmung, Entwidmung, Klassifizierung von Straßen, Bauplanung⁵⁾).

noch an einen bestimmbaren Personenkreis und äußere nur mittelbar personenbezogene Wirkungen. Da sie sich unmittelbar auf die Sache beziehe, sei sie sachenrechtliche (intransitive) Verfügung. Vgl. ferner o. S. 87 m. Ann. 1

- 1) Vgl. im Ergebnis zutreffend z.B. FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 187; ferner wbVGH d.U. v. 30.11.1959, S. 104 ff
- 2) Vgl. darüber o. S. 112/113 und 127/128
- 3) Abgesehen von der Erfüllung materieller Berechtigungen des privatrechtlichen Sachzuordnungsträgers hat ein solcher Bescheid auch verfahrensrechtliche Bedeutung. Aus letztem Grunde ist jeder, der eine hoheitliche, unmittelbar sachbezogene Maßnahme formgerecht beantragt, entsprechend zu bescheiden.
- 4) Aufgehoben ist hier nicht die doppelte Sachzuordnung selbst, sondern die Konkurrenz gewisser sich aus ihr ergebender Befugnisse.
- 5) Die Bekanntmachung durch öffentliche Auslegung entspricht einem allgemein-sachenrechtlichen Verlautbarungsprinzip.

3. Ob die genannten Maßnahmen in Ausübung der mit öffentlichrechtlicher Sachzuordnung verbundenen Aufgaben und Befugnisse als (dingliche) *V e r w a l t u n g s a k t e* zu bezeichnen sind, hängt von Inhalt und Bedeutung dieses Begriffes ab. Manche von ihnen - wie etwa die Baugenehmigung, die Genehmigung einer gewerblichen Anlage oder die Zulassung eines Kraftfahrzeuges - werden vom Schrifttum und der Rechtsprechung völlig übereinstimmend als Verwaltungsakte angesehen, bei der Widmung ist es der überwiegende Teil¹⁾, während für die Modifizierung öffentlicher Straßen und Wege²⁾ sowie die Bauleitplanung³⁾ die wohl herrschende Meinung Rechtssatzcharakter annimmt.

Als Kriterium für die Abgrenzung von Rechtssatz und Verwaltungsakt gilt dabei jedoch allgemein weniger die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Personal- bzw. Sachbeziehung, als die Frage nach der konkreten bzw. abstrakten (personalen) Geltung der jeweiligen Maßnahme. Ob eine Regelung als konkret oder abstrakt anzusehen ist, wird dabei vornehmlich danach bemessen, ob der betroffene *P e r s o n e n k r e i s* in seiner Vielzahl bestimmt oder bestimmbar (= spezielle Regelung) oder unbestimmt (= generelle Regelung) ist. Zu befriedigen vermag diese Einstellung auch ihre Anhänger jedoch bestenfalls, soweit die speziell-personale Geltung wegen der parallelen Erfüllung dinglicher Verpflichtungen im Vordergrund steht und den grundlegenden Akt der Feststel-

-
- 1) Vgl. besonders SCHALLENBERG aaO, S. 71, ZIPPELIUS aaO, S. 842/843 m.w.H.; H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 VII a; wbVGH d.U. v. 30.11.1959, Verw.-Rspr. 13. Bd. (1961), S. 104 ff, a.A. O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., S. 58
 - 2) Vgl. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 VI b m.w.H.; s. besonders OVGmstr. d.Beschl. v. 9.2.1961, Verw.-Rspr. 13. Bd. (1961), S. 590
 - 3) Vgl. H.J. WOLFF aaO; s. besonders Walter BIELENBERG: Die Rechtsnatur der vorbereitenden städtebaulichen Pläne, DVBl. 1960, S. 542 ff; a.A. besonders FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 186/187

lung und Gestaltung von rechtlichen Sacheigenschaften als eine unmittelbar sachbezogene Maßnahme mit lediglich generell-personalen Auswirkungen¹⁾ überdeckt²⁾. Bei der Widmung und erst recht bei der Bauleitplanung hingegen konnte die speziell-personale Geltung nur mit Hilfe der wenig überzeugenden Konstruktion einer unmittelbaren intransitiven Ausrichtung auf den einzelnen Benutzer, Eigentümer, Störer usw.³⁾ aufrechterhalten werden. Demgegenüber entspräche die Charakterisierung der letztgenannten Maßnahmen als Rechtssätze wegen ihrer - wenn gleich bloß mittelbaren - generell-personalen Geltung weit eher der Rechtssituation⁴⁾.

Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß die Unterscheidung zwischen Rechtssatz und Verwaltungsakt nach der abstrakten bzw. konkreten Geltung der betreffenden Maßnahme allein im Hinblick auf deren grundlegenden Gehalt und unmittelbare Wirkungen zu bestimmen ist. Rechtliche Maßnahmen in Ausübung der mit öffentlich-rechtlicher Sachzuordnung verbundenen Befugnisse tragen - weil sie auf bestimmte Sachen gerichtet sind - vornehmlich speziell-sachlichen Charakter und sind daher konkret, wenngleich sie in Folge ihrer dinglichen Eigenschaften abstrakte, nämlich generell-personale Auswirkungen besitzen. Diese Auswirkungen mußten zwar für die überkommene Lehre, welche bei jeder hoheitlichen Regelung ausschließlich auf die Gestaltung rechts-personaler Beziehungen abstellte, notwendiger Ansatzpunkt für die Entscheidung über den konkreten oder abstrakten Charakter einer Maßnahme sein. Da es jedoch auch im Verwaltungsrecht nicht nur persönliche, sondern auch dingliche Rechtsverhältnisse gibt,

1) Gleichwie Widmung und Bauleitplanung usw.

2) Vgl. die an erster Stelle genannten Maßnahmen, deren Rechtscharakter als Verwaltungsakte nicht bestritten ist.

3) Vgl. S. 51 ff, 52/53, 55, 83 ff, 121/122, 137/138

4) So jetzt § 10 BBauG v. 23.7.1960, BGBl. I, S. 341

wird auch hier ein Rechtsverhältnis immer dann abstrakt geregelt, wenn die Beziehungen zwischen Sachzuordnungs-subjekt und Sache losgelöst vom Einzelfall ausgestaltet werden, und andererseits konkret geregelt, wenn es um die Ausgestaltung der rechtlichen Beziehungen eines bestimmten Subjektes hoheitlicher Gewalt zu einer bestimmten Sache geht. Somit dürfen besonders auch in letztem Falle nicht erst die mittelbaren (rechtspersonalen) Auswirkungen der betreffenden Hoheitsakte von maßgebender Bedeutung sein, wenn über deren konkreten oder abstrakten Charakter zu entscheiden ist. Den Unterschied zwischen Rechtssatz und Verwaltungsakt macht daher nur die abstrakte bzw. konkrete, nicht die sachliche bzw. personale Geltung aus, denn sachliche und personale Geltung gibt es hier wie dort, sachlich-generelle besonders in den (öffentlich-) sachrechtlichen Rechtssätzen¹⁾.

Daher sind auch die Widmung bestimmter Sachen zu öffentlichen Sachen, deren Modifizierungen, sowie Maßnahmen der Bauleitplanung hinsichtlich bestimmter Grundstücke, weil sie in ihrem Kern konkrete, nämlich speziell-sachliche, Maßnahmen sind, deren generell-personale Geltung lediglich mittelbare Auswirkung ist, (dingliche) Verwaltungsakte.

Bei der Charakterisierung speziell-sachlicher Hoheitsakte als dingliche Verwaltungsakte darf nicht übersehen werden, daß ein Teil der Rechtslehre die unmittelbare Personalbezogenheit als Begriffsmerkmal des Verwaltungsaktes ansieht²⁾. Da diese enge Begriffsbildung jedoch zumeist aus der Vorstellung einer ausschließlichen Per-

1) s.o. §§ 12 u. 13; Die Unterscheidung zwischen generell-personalen und generell-sachlichen Rechtssätzen entspricht der zwischen Obligationen- und Sachenrecht im öffentlichen und privaten Recht.

2) Vgl. z.B. H.J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, § 46 I u. VII; Diese Auffassung kann z.B. die Widmung nur mit der aufgeführten Hilfskonstruktion als einen Verwaltungsakt erklären, sie sei unmittelbar an alle Berechtigten, Störer usw. gerichtet; vgl. demgegenüber ZIPPELIUS aaO, S. 843

sonalbezogenheit allen materiellen Rechts abgeleitet wird, kann an dieser Stelle auf das Vorhergesagte verwiesen werden¹⁾. Für die rein begriffliche Abgrenzung ist zu beachten, daß der "Verwaltungsakt" Zweckbegriff ist, d.h. bestimmte Dienste leisten soll²⁾. Dazu gehört vor allem der Rechtsschutz des einzelnen, aber auch die Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Sinne einer verfassungsmäßigen Gewaltenteilung (vgl. Art. 20 III GG). Der Rechtsschutz des einzelnen hängt jedoch anerkanntermaßen nicht davon ab, ob der betreffende Hoheitsakt gerade an ihn ergangen ist³⁾, und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind gewahrt, solange die Verwaltungsgerichte über konkrete, sei es speziell-personale oder speziell-sachliche, und nicht über abstrakte, sei es generell-personale oder generell-sachliche Hoheitsakte entscheiden. Daß speziell-sachliche Maßnahmen in der Regel generell-personale Auswirkungen haben, kann auch hier nicht ins Gewicht fallen, weil der betreffende Hoheitsakt dadurch nicht zum Rechtssatz wird und somit die Kompetenzen der Legislative nicht betroffen sind. Ob der einzelne eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit konkreter Hoheitsakte (Verwaltungsakte) herbeizuführen vermag, richtet sich gleichfalls nicht danach, ob diese sachlich- oder personal-spezifisch sind, sondern ob gerade er in seinen Rechten betroffen sein kann, auch z.B. wenn die Maßnahme - hier wie dort - nicht unmittelbar an ihn ergent.

II. In Fortführung der zur Annahme dinglicher Berechtigungen führenden Erwägungen⁴⁾ liegt es nahe, auch unmittelbar-personalgerichtete Maßnahmen von Verwaltungsbe-

1) s.o. §§ 12 u. 13; Vgl. besonders die Legaldefinition des Verwaltungsaktes in § 25 VGVO, welche keinerlei Hinweis auf eine notwendig unmittelbare Personalbeziehung enthält.

2) s. FORSTHOFF, Lehrbuch, 8. Aufl., S. 184

3) Vgl. EYERMANN-FRÖHLER, VGO-Komm., § 42 Anm. 89

4) s.o. S. 123/124

hörden zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts als "dingliche" Verwaltungsakte anzusehen, wenn sie in Ausübung dinglicher Berechtigungen ergehen, indem sie diese konkretisieren, oder in Vollzug dinglicher Verpflichtungen, indem sie diese erfüllen.

Dem steht jedoch entgegen, daß die Bezeichnung gewisser Berechtigungen trotz ihres personalen Charakters wegen ihrer besonderen Entstehungsgrundlage als d i n g l i c h e Berechtigungen eine Ausnahmeerscheinung betrifft, welche vor allem deshalb anerkannt werden soll, weil der Begriff dingliche Berechtigung (Verpflichtung) allgemein eingeführt ist¹⁾. Für hoheitliche Akte in deren Vollzug oder Erfüllung gilt jedoch nichts Entsprechendes. Es ist daher um der klaren Abgrenzung des Begriffes "dinglicher Verwaltungsakt" willen an der engen, ausschließlich wie vorher dargestellten Beschreibung festzuhalten.

1) Wenngleich zumeist auf Grund falscher Vorstellungen über Wesen und Inhalt der Dinglichkeit; s.o. S. 122/123

§ 20 Zusammenfassung

Der allgemeine Sacheurechtsbegriff sowie seine Ableitungen sind nicht lediglich dadurch gekennzeichnet, daß sich dieser Teil des Rechts mit Sachen befaßt. Ebensowenig besteht ein innerer Zusammenhang mit einer besonderen Form der Subjektsbestimmung beliebiger Rechte, noch mit den als Sukzessionsschutz bezeichneten Folgeerscheinungen bei Wechsel eines Beziehungssubjektes. Die zutreffende Umschreibung der fraglichen Begriffe betrifft vielmehr Struktur und Inhalt ihrer Rechtsstellungen, welche sich durch die unmittelbare Sachbeziehung und die Zuordnung von Sachen in den Interessenbereich des Berechtigungsobjektes auszeichnen.

Im Verwaltungsrecht wird nur dann zu Recht von "Dinglichkeit" gesprochen, wenn die Grundmerkmale des Sacheurechtsbegriffs auch hier vorhanden sind. Dazu gehören das Recht, das den hoheitlichen Schutz vor Gefahren betrifft, welche von dem Zustand von Sachen ausgehen, sowie das der Indienststellung und Regelung des allgemeinen Gebrauchs und der Nutzungsverhältnisse an Sachen. Aus der doppelten (konkurrierenden) Sachzuordnung auf öffentlicher und privatrechtlicher Ebene ergeben sich Berechtigungen (Verpflichtungen) unmittelbar zwischen den beteiligten Sachzuordnungsträgern. Dingliche Verwaltungsakte sind sachlich-spezifische und daher konkrete Hoheitsakte, welche in Ausübung der mit öffentlichrechtlicher Sachzuordnung verbundenen Befugnisse zur Feststellung und unmittelbaren Gestaltung der rechtlichen Sacheigenschaften ergehen.

Lebenslauf

Am 15. August 1935 wurde ich als Sohn des Tischlermeisters Bernhard Niehues und seiner Ehefrau Margarete, geborene Schütz, in Stadtlohn (Westf.) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Meine Schulzeit schloß ich am 2. März 1955 mit dem Reifezeugnis des altsprachlichen Gymnasiums Remigianum zu Borken (Westf.) ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten Köln, Freiburg je zwei und Münster vier Semester Rechts- und Staatswissenschaften. Am 3. Juli 1959 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm meine erste juristische Staatsprüfung und bin seit dem 1. September 1959 im Landgerichtsbezirk Münster in der Referendarausbildung, die ich zwecks endgültiger Fertigstellung meiner Dissertation durch einen mehrmonatigen Sonderurlaub unterbrochen habe.

