

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege nach der neuen Wegegesetzgebung,  
insbesondere dem Entwurf eines Straßengesetzes des Landes Nordrhein -  
Westfalen“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege  
nach der neuen Wegegesetzgebung  
insbesondere  
dem Entwurf eines Straßengesetzes  
des Landes Nordrhein-Westfalen.

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  
Wessel de Weldige-Cremer  
aus Essen-Ruhr



1960

60 K 7 / 135

27

W1

1. Berichterstatter:  
Prof. Dr. Hans J. Wolff

2. Berichterstatter:  
Prof. Dr. H.U. Scupin

Dekan:  
Prof. Dr. R. Gmür

Tag der mündlichen Prüfung:  
22. Januar 1960

- III -

I N H A L T

	Seite
§ 1 Einleitung	1
Erster Teil. DER GEMEINGEBRAUCH AN ÖFFENTLICHEN VERKEHRSWEGEN	2
I. Kapitel. Der Begriff des Gemeingebrauchs	3
A Der Begriff des öffentlichen Weges	3
§ 2 Die Entstehung des öffentlichen Weges	6
§ 3 Die Rechtslage des öffentlichen Weges	17
B § 4 Die Benutzungsfreiheit als Kennzeichnung des Gemeingebrauchs	21
C Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs	25
§ 5 Bestimmung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch den Zweck des öffentlichen Weges	25
a) Der Verkehrszweck der öffentlichen Wege	26
b) Der Anbauzweck öffentlicher Wege	30
c) Der Wirtschaftszweck öffentlicher Wege	35
§ 6 Die Regelung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch die Verkehrsvorschriften	37
§ 7 Die Beschränkung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch allgemeine Grundsätze	39
a) Die Gemeinverträglichkeit der Benutzung	39
b) Die Unschädlichkeit der Benutzung	42
D § 8 Abschliessende Beurteilung der gesetzlichen Begriffsbestimmung	44

27  
W1

II. Kapitel. Der rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs	48
A § 9 Die Stellungnahme des Gesetzes zum Rechtscharakter des Gemeingebrauchs	48
B Die verschiedenen Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung vom rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs	51
§ 10 Die gänzliche Ablehnung einer rechtlichen Qualifizierung des Gemeingebrauchs	51
§ 11 Die Unterstellung des Gemeingebrauchs unter das Privatrecht	54
§ 12 Konstruktionen des Gemeingebrauchs innerhalb des öffentlichen Rechts	55
a) Der Gemeingebrauch als Rechtsreflex	56
b) Der Gemeingebrauch als subjektiv-öffentliches Recht	58
c) Der Gemeingebrauch als intransitive Verstattung	62
C § 13 Abschliessende Beurteilung der Möglichkeiten einer rechtlichen Charakterisierung des Gemeingebrauchs	67
Zweiter Teil. DIE ÜBER DEN GEMEINGEBRAUCH HIN- AUSGEHENDEN NUTZUNGEN ÖFFENTLICHER VERKEHRSWEGE	
I. Kapitel. Der Begriff der Sondernutzung	69
A § 14 Inhalt und Umfang der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung	69

B Die bisher übliche Unterteilung des Begriffs der Sondernutzung	72
§ 15 Der schlichte Sondergebrauch	73
§ 16 Der gesteigerte Sondergebrauch	74
C Beurteilung der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung	75
§ 17 Die Abgrenzung vom Gemeingebrauchsbegriff	76
§ 18 Berücksichtigung der unterschiedlichen Intensität der Sondergebrauchsarten	80
II. Kapitel. Der rechtliche Charakter des Sondergebrauchs	81
A § 19 Der rechtliche Charakter des Sondergebrauchs nach der neuen Wegegesetzgebung	81
§ 20 Sondergebrauch nach öffentlichem Recht	82
§ 21 Sondergebrauch nach dem Privatrecht	84
B Die der bisherigen begrifflichen Unterteilung der Sondernutzung entsprechende rechtliche Charakterisierung	84
§ 22 Sondergebrauch aufgrund einer Gebrauchserlaubnis	84
§ 23 Sondergebrauch aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsverleihung	86
C § 24 Beurteilung der neuen rechtlichen Charakterisierung der Sondernutzung in der Wegegesetzgebung	88

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN

- Apelt                    Gibt es ein Recht des einzelnen auf Benutzung öffentlicher Wege? FIZtschrift Bd. 30, S. 98
- Bachof, Otto            Reflexwirkungen und subjektive Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955
- Baumeister, Ludger    Gemeinschaftsanlagen technischer Verwaltungen Referat vor der Forschungsgesellschaft für das Strassenwesen e.V., Arbeitsgruppe Strassenverwaltung, Arbeitsausschuss Strassenrecht, Hamburg 1958
- Baumeister, Ludger    Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein e.V., Landesgruppe Nordrhein-Westfalen, zu dem Entwurf eines Landesstrassengesetzes für Nordrhein-Westfalen, Münster 1958
- Baumgardt, Alfons     Begriff des wesentlichen Bestandteils im öffentlichen Recht, dargestellt am Beispiel der Brücke, Diss.jur. Münster 1958
- Bochalli, I             KomHdb. Bd. II, Berlin 1957 Wegerecht: S. 562-585
- Bochalli, II            Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung DVBl 56, 181

- Böhm, A.                Kostenlast bei Haltestellenbuchten an öffentlichen Strassen DVBl 59, 615
- Erabant, Richard      Der Gemeingebrauch an städtischen Strassen JW 38, 3201
- Eiser-Riederer        Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 2. Aufl., München 1954 zitiert nach Kapitel und Seite
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 14. Aufl., Tübingen 1952
- Didden                 Konzessionsabgaben ohne Ort, 1952
- Eisenhart-Rothe, von, S.                Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Strassen- und Wegerechts BB 1959, 1192
- Fleiner, Fritz         Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl., Tübingen 1928
- Förg, Franz            Aufstellung von Warenautomaten nach dem bayerischen Strassen- und Wegesetz Gewbearchiv 59, 49
- Forsthoff, Ernst      Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil 7. Aufl., München 1958
- Friedrichs, Karl      Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht AÖR Bd. 40 S. 257

- Ganschezian-Fink Strasseneigentum und Gemeingebrauch  
NJW 57, 285
- Germerhausen-Seydel Wegerecht und Wegeverwaltung in Preussen  
Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1932  
Neudruck 1953
- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht  
3. Aufl., 1952
- Guelde Gehört die Ausübung des Kraftfahrzeug-  
überwachungsgewerbes im öffentlichen  
Verkehrsraum zum Gemeingebrauch?  
DÖV 51, 321
- Guelde Die Gebührenfreiheit öffentlicher  
Parkplätze  
DVBl 49, 516
- Hannes, Klaus Der Gemeingebrauch an städtischen  
Strassen  
DVBl 50, 71 und 102
- Hatschek-Kurtzig Lehrbuch des deutschen und preussischen  
Verwaltungsrechts  
5. und 6. Aufl., Leipzig 1927
- Haeisen Die Benutzung öffentlicher Wege und  
Plätze  
bwStA 1953 Nr. 71
- Henke Rechtsgrundlagen der öffentlichen  
Elektrizitätswirtschaft in Deutschland  
Berlin 1930
- Huber, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I  
2. Aufl., Tübingen 1953

- Huber, Ernst-Rudolf Zur Problematik des Gemeingebrauchs  
an öffentlichen Strassen  
DÖV 55, 129
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen  
Rechte  
2. Aufl., 1905
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht  
3. Aufl., 1931, Neudruck Offenburg  
1948
- Klinger, Hans Die Verordnung über die Verwaltungs-  
gerichtsbarkeit in der britischen  
Zone  
3. Aufl., Göttingen 1954
- Knorr, Gerhard Zum bayerischen Strassen- und Wege-  
gesetz  
bayVBl 58, 257 u. 300
- Koellreutter, Otto Grundfragen des Verwaltungsrechts  
1955
- Kormann, Karl Grundzüge des sächsischen Wegerechts  
Fiztschrift Bd. 43 S. 1
- Köttgen, Arnold Deutsche Verwaltung  
2. Aufl., München 1937
- Krüger, Herbert Der Verwaltungsrechtsschutz im besonde-  
ren Gewaltverhältnis  
NJW 53, 1369
- Krüger, Herbert Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik  
DÖV 56, 550
- Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht  
München 1937
- Lassar, Gerhard Grundbegriffe des preussischen Wege-  
rechts  
Berlin 1919

- Marschall, Ernst A. Bundesfernstrassen-Gesetz  
Köln 1954
- Maunz, Theodor Hauptprobleme des öffentlichen Sa-  
chenrechts  
München 1933
- Maunz, Theodor Grundfragen des Energiewirtschafts-  
rechts  
VerArch 50 (1959), 315
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht  
2. Aufl., München 1917
- Mittelbach Wo parke ich meinen Wagen?  
BB 55, 851
- Nau, Philipp Der Gemeingebrauch an öffentlichen  
Wegen  
Diss.jur. Mainz 1957
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht  
Stuttgart 1946
- Nedden, Gerhard Der Handel auf den öffentlichen  
Strassen  
NJW 56, 81
- Perschke, Günter Die Benutzung öffentlicher Wege unter  
besonderer Berücksichtigung der Frage  
des Gemeingebrauchs  
ZtschriftKomWi 33, 145
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung  
Berlin 1949
- Petersen, Kurt Grundprinzipien und Grenzen des Ge-  
meingebrauchs gegenüber dem Eigentum  
an öffentlichen Wegen im Rahmen der  
Rechtsprechung des Reichsgerichts  
Diss.jur. Hamburg 1935

- Schallenberg, Hermann Die Widmung  
Stuttgart 1955
- Schelcher, Herbert Der öffentliche Weg und seine Bedeu-  
tung für das öffentliche und das  
Privatrecht  
FIZtschrift Bd. 31 S. 1
- Scheuner, Ulrich I Der Gemeingebrauch an Strassen, ein  
Beitrag zur Neugestaltung des deut-  
schen Wegerechts  
ZtschriftAkDR 37, 484
- Scheuner, Ulrich II Zur Neuordnung des Wegerechts  
RVBl 37, 729
- Scheuner, Ulrich III Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen  
des Gemeingebrauchs und der Nutzung  
öffentlicher Sachen  
Festschrift für Gieseke, Karlsruhe  
1958
- Schmidt Die Grundbegriffe des Wegerechts  
FIZtschrift Bd. 47 S. 1
- Schneider, H. Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung?  
WRP 59, 213
- Spanner, Hans Grenzen zwischen öffentlichem und  
bürgerlichem Recht im Wegerecht  
Forschungsgesellschaft für das Stras-  
senwesen e.V., Schriftenreihe der  
Arbeitsgruppe "Strassenverwaltung",  
Heft 2
- Stammler, Rudolf Das Recht des Gebrauchs öffentlicher  
Strassen  
Gruch Bd. 70 S. 129

- Stern, Klaus Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags  
AöR 84 (1959) 137, 273
- Strickstrock Das öffentliche Sachenrecht  
Der Betrieb, 1958 Heft 40
- Turegg, von, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
3. Aufl., Berlin 1956
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I  
3. Aufl., München 1959, 1. Aufl., München 1956
- Zimniok, Klaus I Was bringt das neue Strassen- und Wegegesetz für die Gemeinden?  
bayBürgmstr 58, 217
- Zimniok, Klaus II Bayerisches Strassen- und Wegegesetz  
München 1958
- Zippelius, Reinhold Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Strassen- und Wegegesetz  
DÖV 58, 838

ABKÜRZUNGEN

- ✓ AöR Archiv für öffentliches Recht  
zitiert nach Band und Seite
- bayBürgmstr Der Bayerische Bürgermeister  
zitiert nach Jahr und Seite
- ✓ bayStrWG Bayerisches Strassen- und Wegegesetz  
vom 11.7.1958 (GVBl S. 147)
- bayVB1 Bayerische Verwaltungsblätter  
zitiert nach Jahr und Seite
- bayVGH Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs  
zitiert nach Band und Seite
- ✓ BB Der Betriebsberater  
zitiert nach Jahr und Seite
- ✓ berlStrG Berliner Strassengesetz vom 11.7.1957  
(berlGVBl S. 743)
- EGBl I Bundesgesetzblatt Teil I
- BGHZ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen  
zitiert nach Band und Seite
- BVerwG Bundesverwaltungsgericht
- bwStA Staatsanzeiger für Baden-Württemberg  
zitiert nach Jahr und Nummer
- ✓ bwVGH Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof  
zitiert nach Band und Seite
- ✓ DÖV Die öffentliche Verwaltung  
zitiert nach Jahr und Seite
- DVB1 Deutsches Verwaltungsblatt  
zitiert nach Jahr und Seite
- EnwLStrG Entwurf eines Strassengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen, Landtag von NW - 3. Wahlperiode - Bd. V  
Drucksache Nr. 724 vom 20.4.1958

Fiztschrift	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht zitiert nach Band und Seite
FStrG	Bundesfernstrassengesetz vom 6.8.1953 (RGBl I S. 903)
Gruch	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts zitiert nach Band und Seite
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVNW	Gesetz- und Verordnungsblatt für Nordrhein-Westfalen
OVGLbg	Oberverwaltungsgericht für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
idr	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
iwS	im weiteren Sinne
✓ JW	Juristische Wochenschrift zitiert nach Jahr und Seite
KomHdb	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Hgg.v. Hans Peters; II.Bd. Kommunale Verwaltung, Berlin 1957
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht zitiert nach Jahr und Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift zitiert nach Jahr und Seite
NW	Nordrhein-Westfalen
✓ PersbefG	Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 6.12.1937 (RGBl I S. 1320)
POG	Gesetz über die Organisation und die Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen vom 11.8.1953 (GVNW I S. 330)
prALR	Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (Ausgabe von Rehbein und Reincke, 5. Aufl. Berlin 1894) zitiert nach §, Teil und Titel

prOVG	Preussisches Oberverwaltungsgericht
FVG	Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.6.1931 (Gesetzessamml. S. 77)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen zitiert nach Band und Seite
RuPrVwBl	Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt zitiert nach Jahr und Seite
RVBl	Reichsverwaltungsblatt zitiert nach Jahr und Seite
✓ SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte zitiert nach Band und Seite
StVO	Strassenverkehrsordnung vom 13.11.1937 (RGBl I S. 1179) idF vom 29.3.1956 (RGBl I S. 271, 327)
StVZO	Strassenverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 13.11.1937 (RGBl I S. 1215) idF vom 29.3.1956 (RGBl I S. 271, ber. S. 510)
VerwArch	Verwaltungsarchiv zitiert nach Band und Seite
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. Ziegler zitiert nach Band und Seite
VGVO	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (Amtsbl. der MilReg. 1948 Nr. 24 S. 799)
VKBl	Verkehrsblatt (Amtsblatt des Bundesministers für Verkehr) zitiert nach Jahr und Seite
✓ WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis zitiert nach Jahr und Seite
ZtschriftKomWi	Zeitschrift für Kommunalwirtschaft zitiert nach Jahr und Seite

ut  
w1

## § 1 Einleitung

Mit der Neuregelung des Strassen- und Wegerechts<sup>1)</sup> durch Bund und Länder bedürfen zahlreiche Fragen des öffentlichen Sachenrechts einer Überprüfung und Vertiefung. Bisher war die Fülle der oft recht altertümlichen landesrechtlichen Regelungen<sup>2)</sup> durch spätere Teilregelungen<sup>3)</sup> vor allem aber durch die in Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu blossen Schattendasein verurteilt. Versuche einer allgemeinen reichsrechtlichen Regelung des Wegerechts scheiterten; den Bemühungen der Länder waren nur Teilerfolge beschieden<sup>4)</sup>.

So blieb es dem Bundesgesetzgeber vorbehalten, mit dem Erlass des Bundesfernstrassengesetzes<sup>5)</sup> den Grundbegriffen des Wegerechts gesetzliche Gestalt zu verleihen. In dem Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung schufen daraufhin die Länder den Entwurf für ein gemeinsames Landesstrassengesetz<sup>6)</sup>, der sich in seinen Grundzügen den Regelungen des FStrG anschliesst. Aus diesem Entwurf sind als erste Gesetze das Berliner Strassengesetz<sup>7)</sup> und das Bayerische Strassen- und Wegegesetz<sup>8)</sup> hervorgegangen. Auf die gleiche Quelle geht auch der Entwurf eines Strassengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>9)</sup> zurück, der zur Zeit noch beraten wird.

- 1) Im Folgenden kurz als Wegerecht bezeichnet.
- 2) Aufzählung in Art. 79 bayStrWG, wo die älteste Vorschrift von 1773 stammt und § 70 EnwLStrG mit den ältesten Vorschriften von 1554.
- 3) ZB das Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Strassenwesens und der Strassenverwaltung vom 26.3.1934 (RGBl I S. 243).
- 4) Die Einführung provinzieller Wegeordnungen in einem Teil Preussens.
- 5) Bundesfernstrassengesetz (FStrG) vom 6.8.1953 (BGBl I S. 903).
- 6) Der Arbeitsausschuss wurde von den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gebildet. Er bestand aus "Strassenbaujuristen", wie es in der Begründung zum EnwLStrG auf S. 41 heisst.

Da der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage nach der Benutzung öffentlicher Verkehrswege auf eine Fülle von Schrifttum und Rechtsprechung zurückgreifen konnte, ist eine von Grund auf neuartige Behandlung dieser Materie unterblieben<sup>1)</sup>. Dennoch bleibt es reizvoll genug, im Verlaufe dieser Untersuchung aufzuzeigen, welcher der oft unterschiedlichen Meinungen der Gesetzgeber gefolgt ist, wo er Neuland betreten hat, welche Fragen weiterhin umstritten sind und welche Beurteilung die gesetzliche Neuregelung insgesamt verdient.

Die zu diesem Zweck zu untersuchenden Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Verkehrswege haben die bisher übliche Einteilung in Gemeingebrauch und Sondernutzung übernommen<sup>2)</sup>, so dass eine entsprechende Unterteilung im Folgenden zweckmässig erscheint.

#### Erster Teil. DER GEMEINGEBRAUCH AN ÖFFENTLICHEN VERKEHRS- WEGEN

Im Mittelpunkt des Wegerechts steht die Frage nach der Nutzungsbefugnis der Allgemeinheit an den öffentlichen Verkehrswegen (Gemeingebrauch). Der Lösung dieser Frage dienen unmittelbar oder mittelbar alle Vorschriften der neuen Wegegesetzgebung. Im Folgenden sind zunächst die Bestimmungen näher zu untersuchen, die sich ausdrücklich auf den Gemeingebrauch beziehen.

- 7) Berliner Strassengesetz (berlStrG) vom 11.7.1957 (berl GVBl S. 743).
- 8) Bayerisches Strassen- und Wegegesetz (bayStrWG) vom 11.7.1958.
- 9) Landtag von NW - 3. Wahlperiode -Bd. V- Drucksache Nr. 724 vom 20.4.1958 (EnwLStrG).
- 1) Knorr, Zum bayerischen Strassen- und Wegegesetz, BayVBl. 58, 258.
- 2) Gemeingebrauch: § 7 FStrG, § 8 berlStrG, Art. 14 bayStrWG, § 15 EnwLStrG; Sondernutzung: § 8 FStrG, § 10 berlStrG, Art. 18 bayStrWG, § 19 EnwLStrG.

#### I. Kapitel. Der Begriff des Gemeingebrauchs

Der Begriff des Gemeingebrauchs ist als juristische Handhabung zur Klärung von Inhalt und Umfang der Nutzungsbefugnis von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt worden. Der Begriff ist also juristischer Zweckbegriff, der aus Unterbegriffen teils tatsächlicher teils juristischer Art besteht. Infolgedessen ist der Gemeingebrauchsbegriff jedem Wandel der realen Grundlagen oder der juristischen Auffassung unterworfen. Nachdem er jetzt aber eine feste gesetzliche Form erhalten hat, ist es zum Verständnis aller einschlägigen Vorschriften unerlässlich, die gesetzliche Begriffsbestimmung einer genauen Untersuchung zu unterziehen.

##### A Der Begriff des öffentlichen Weges

Der Versuch, den Begriff des Gemeingebrauchs mit Hilfe der im Gesetz selbst genannten Unterbegriffe und der von Schrifttum und Rechtsprechung entwickelten Merkmale zu bestimmen, muss mit der Begriffsbestimmung des öffentlichen Weges beginnen, weil der öffentliche Weg als Objekt des Gemeingebrauchs Voraussetzung für die Begriffsbildung ist. Der Ausdruck "öffentlicher Weg" steht dabei als Bezeichnung für alle Objekte des Gemeingebrauchs, mag es sich dabei nun um Strassen oder Wege der verschiedenen im Gesetz bezeichneten Gattungen handeln<sup>1)</sup>. Die dort getroffenen Unterscheidungen der Wege nach der Verkehrsbedeutung<sup>2)</sup> in Landstrassen I. und II. Ordnung, Gemeindestrassen und sonstige öffentliche Strassen sind für den allgemeinen Begriff des öffentlichen Weges nicht von Bedeutung<sup>3)</sup>.

- 1) Schallenberg, Die Widmung, Stuttgart 1955, S. 22.
- 2) Art. 3 bayStrWG, § 3 EnwLStrG
- 3) Trotz der Bezeichnung "Strassen" in § 3 Abs. 5 EnwLStrG fallen nach der Erläuterung des Gesetzesentwurfs (S. 44) auch die nicht zu den Strassen im Wortsinne zählenden öffentlichen Wege unter die Vorschriften des Landesstrassengesetzes; ebenso Böhm, Kostenlast bei Haltestellenbuchten an öffentlichen Strassen, DVBl 59, 615 mit dem Hinweis, dass aus der unterschiedlichen Bezeichnung als "Weg" oder "Strasse" kein rechtlicher Unterschied für die Ausübung des Gemeingebrauchs folgt.

Erster Anhaltspunkt für die Begriffsbestimmung des Weges ist der Sprachgebrauch<sup>1)</sup>. Danach enthält der Begriff die Vorstellung von einer bestimmten Linie, die verschiedene Orte zur Ermöglichung einer Ortsveränderung verbindet<sup>2)</sup>. Das Medium der Ortsveränderung ist in dieser Vorstellung nicht unbedingt enthalten, weshalb man erklärend von Luft-, Wasser- oder Landweg spricht. Hier interessiert nur der Landweg, dem ein bestimmter Teil der Erdoberfläche zugeordnet ist, und der als solcher "geographische Individualität"<sup>3)</sup> besitzt. Die Möglichkeit geographischer Bestimmbarkeit bedeutet nicht, dass äussere Erkennbarkeit und Abgegrenztheit durch einen festen Wegekörper zum Begriff des Weges gehören müssen<sup>4)</sup>. Es fehlt daran zB oft bei Heidewegen oder Strandwegen. Für das Bestehen eines Weges kommt es ausschliesslich darauf an, dass eine Wegestrecke im Einzelfall als Kommunikationsmittel brauchbar ist<sup>5)</sup>. Dort, wo natürliche Hindernisse, etwa ein Sumpf, die Brauchbarkeit zum Verkehr absolut ausschliessen, ist deshalb auch begrifflich das Vorhandensein eines Weges ausgeschlossen<sup>6)</sup>.

Der so skizzierte "natürliche" Wegebegriff wird ergänzt durch die gesetzlichen Vorschriften, die sich mit seinen Bestandteilen befassen<sup>7)</sup>. Aus ihnen ergibt sich, was nach dem Willen des Gesetzgebers zum juristischen Begriff des

- 1) Perschke, Die Benutzung öffentlicher Wege unter besonderer Berücksichtigung der Frage des Gemeingebrauchs, Zeitschrift für Komunalwirtschaft 33, 145.
- 2) Lassar, Grundbegriffe des preussischen Wegerechts, Berlin 1919, S. 41.
- 3) Lassar, Grundbegriffe, S. 40.
- 4) Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preussen, 4. Aufl. Bd. I, Berlin 1953, S. 7 und die dort zitierte Rechtsprechung des prOVG.
- 5) Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München 1933, S. 266.
- 6) Maunz, Hauptprobleme, S. 264.
- 7) § 1 Abs. 4 FStrG, § 2 berlStrG, Art. 2 bayStrWG, § 2 Abs. 2 EnwLStrG.

öffentlichen Weges gehören soll. Entsprechend der sachlichen Verschiedenheit der einzelnen Bestandteile sind diese vom Gesetz der herkömmlichen Einteilung folgend in drei Gruppen eingeteilt. Zuerst wird der Strassenkörper genannt<sup>1)</sup>, darunter ist die dem Verkehr mittelbar oder unmittelbar dienende Sachsubstanz zu verstehen, wie sich aus der Aufzählung im Gesetz ergibt<sup>2)</sup>. Auch schon vor Erlass der neuen Wegegesetzgebung galt nicht nur die Oberfläche sondern der gesamte Wegekörper als Bestandteil der Strasse<sup>3)</sup>. Gleichfalls Bestandteil der Strasse ist der Luftraum über dem Strassenkörper<sup>4)</sup>. Auch diese Bestimmung erfolgte im Anschluss an die bisherige Auffassung<sup>5)</sup>. Bestandteil der Strasse ist endlich auch das Zubehör, nämlich die Verkehrszeichen, Verkehrseinrichtungen und Verkehrsanlagen sowie die Bepflanzung. Diese Bestimmung<sup>6)</sup> steht gleichfalls im Einklang mit der bisherigen Auffassung<sup>7)</sup>.

Zu diesen beschreibenden Definitionen des Weges müssen noch die für seinen öffentlich rechtlichen Charakter bestimmenden Grundsätze hinzugefügt werden, die dann den Gesamtbegriff des öffentlichen Weges ausmachen. Um Aufschluss über diese Grundsätze zu erlangen, ist es erforderlich, die rechtliche Entstehung des öffentlichen Weges zu betrachten.

- 1) Dazu gehören der Strassengrund, der Strassenunterbau, die Strassendecke, die Brücken (vgl. Baumgardt, Begriff des wesentlichen Bestandteils im öffentlichen Recht, dargestellt am Beispiel der Brücke, Diss.jur. Münster, 1958, S. 18-46), Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern, Mittelstreifen, Bankette und Sicherheitsstreifen.
- 2) § 1 Abs. 4 Ziff. 1 FStrG, § 2 Ziff. 1 a u. b berlStrG, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 bayStrWG, § 2 Abs. 2 Ziff. 1 EnwLStrG.
- 3) Germershausen-S., Wegerecht, S. 99; prOVG 59, 305.
- 4) § 1 Abs. 4 Ziff. 2 FStrG, § 2 Ziff. 2 berlStrG, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2 bayStrWG, § 2 Ziff. 2 EnwLStrG.
- 5) Germershausen-S., Wegerecht Bd. I, S. 98; prOVG 60, 360; 59, 305; 36, 237.
- 6) § 1 Abs. 4 Ziff. 3 FStrG, § 2 Ziff. 3 berlStrG, Art. 2 Abs. 1 Ziff. 3 bayStrWG, § 2 Abs. 2 Ziff. 3 EnwLStrG.
- 7) Germershausen-S., Wegerecht Bd. I, S. 131.

§ 2 Die Entstehung des öffentlichen Weges

Die Frage nach der Entstehung des öffentlichen Weges ist die Frage nach der Unterstellung des Wegegrundstückes unter das öffentliche Recht mit der Zweckbestimmung, dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Dies geschieht durch den Akt der Widmung<sup>1)</sup>, die konstitutiv für den Begriff der öffentlichen Sache und insbesondere des öffentlichen Weges ist. Darüber, dass die Widmung Entstehungsgrund öffentlicher Verkehrswege ist, bestehen keine Zweifel, zumal sie als solcher ausdrücklich im neuen Wegerecht - dem bisherigen Recht folgend - bezeichnet wird<sup>2)</sup>. Unsicherheit über den Eintritt der Widmung und damit die Entstehung eines öffentlichen Weges kann allerdings häufig dadurch entstehen, dass der Widmungsakt selbst in Schrifttum und Rechtsprechung verschiedene rechtliche Beurteilungen erfahren hat.

Die Widmung eines Wegegrundstückes kann auf verschiedene Weise geschehen: Durch Verfügung<sup>3)</sup>, durch formelles Gesetz, durch Verordnung oder Satzung und durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung<sup>4)</sup>, wobei nur die erstgenannte Widmungsform problematisch werden kann<sup>5)</sup>. In jedem Fall ist die Widmung Staatsakt. Eine Ausnahme bestand bisher im Rechtsinstitut der "unvordenklichen Verjährung"<sup>7)</sup>, das als Ersatz einer

- 1) Art. 6 Abs.1 bayStrWG: "Widmung ist die Verfügung, durch die eine Strasse die Eigenschaft einer öffentlichen Strasse erhält".
- 2) Art. 6 Abs.1 bayStrWG, § 2 Abs.1 S.1 FStrG, § 3 BerlStrG, § 7 Abs.1 S.1 EnwLStrG.
- 3) Art.6 Abs.1 bayStrWG.
- 4) Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München 1959, S.296.
- 5) Die Entstehung öffentlicher Wege ohne Widmungsverfügung kann insbes. geschehen, 1. durch einen von der Flurbereinigungs (Umlegungs-)behörde bestätigten Rezzess oder 2. durch den Flurbereinigungsplan nach dem Flurbereinigungsgesetz vom 14.7.1953 (RGBl I S. 591), 3. im Planfeststellungsverfahren nach den Eisenbahn- und Enteignungsgesetzen.
- 6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 295.
- 7) Lassar, Grundbegriffe, S. 97.

nicht nachweisbaren Widmung die Öffentlichrechtlichkeit eines Weges begründen konnte. Dadurch wurde erreicht, dass auch ein seit unvordenklicher Zeit öffentlich benutzter Weg nicht ohne weiteres dem öffentlichen Verkehr wieder entzogen werden konnte. Nach der neuen Wegegesetzgebung ist nunmehr die Veröffentlichung der Widmung bzw die Vollziehung durch Eintragung in das Strassenverzeichnis zwingend vorgeschrieben<sup>1)</sup>, so dass für die Vermutung einer Widmung kein Platz mehr bleibt und Unsicherheit über die Öffentlichkeit eines neu angelegten Verkehrswegs ausgeschlossen ist. Die schon bestehenden öffentlichen Verkehrswege können nach § 4 EnwLStrG ebenso wie die neu angelegten in Strassenverzeichnisse aufgenommen werden, wodurch ihre Widmung offenkundig wird. Näheres über Inhalt und Führung der Verzeichnisse soll nach § 4 EnwLStrG einer Rechtsverordnung des Ministers für Wirtschaft und Verkehr überlassen bleiben.

Die meisten öffentlichen Wege entstehen aufgrund einer Widmungsverfügung, wobei die Frage nach den Beteiligten und dem rechtlichen Charakter zunächst einer Klärung bedarf. Die Widmung von Sachen im Gemeingebrauch ist idR Verwaltungsakt<sup>2)</sup>, dh sie wird im Einzelfall durch Verfügung eines Trägers hoheitlicher Gewalt vorgenommen. Zuständig ist nach neuem Recht idR der Träger der Strassenbaulast<sup>3)</sup>; in Berlin nach § 3 Abs.1 berlStrG das zuständige Bezirksamt. Nebinger hält die Widmung nicht für einen Verwaltungsakt sondern für Verwaltungshandeln i.e.S.<sup>4)</sup>, da sie keine unmittelbare Rechtsgestaltung zum Gegenstand habe<sup>5)</sup>. Forsthoff, der die Widmung zunächst nur als Rechtsakt bezeichnet, glaubt sie jedoch ohne Bedenken den Verwaltungsakten zurechnen zu können<sup>6)</sup>.

- 1) §2 Abs.2 FStrG, § 3 Abs.1 berlStrG, Art.6 Abs.4 u. 6 bayStrWG, § 7 Abs.3 u. 5 EnwLStrG.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.296; Marschall, Bundesfernstrassen-Gesetz, Köln 1954, S.32 f; Lassar, Grundbegriffe S. 74.
- 3) §§ 2, 5 FStrG, Art.6 bayStrWG, § 7 EnwLStrG.
- 4) Nebinger, Verwaltungsrecht, Stuttgart 1946, S.97.
- 5) Nebinger, Verwaltungsrecht, S.6, wobei die Unmittelbarkeit zu eng als Wirksamkeit gegenüber einem bestimmten Empfänger gesehen wird.

Schwierigkeiten bei der Einordnung der Widmung in das System der Verwaltungsakte treten deshalb auf, weil die Widmung durch mehrere Beteiligte zustandekommen kann<sup>1)</sup> und ein bestimmter Adressat nicht genannt wird, wodurch sich die Widmung von den übrigen Verwaltungsakten unterscheidet.

Das neue Wegerecht kennt als Beteiligte an der Widmung den Eigentümer des der Strasse dienenden Grundstückes oder einen sonst zur Nutzung dinglich Berechtigten, den Wegebaupflichtigen und die Strassenaufsichts- bzw Landesstrassenbaubehörde<sup>2)</sup>. Das Verständnis dieser etwas verwirrenden Regelung wird erleichtert durch einen Blick auf die bisher von Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Widmungstheorien<sup>3)</sup>, deren Einfluss auf die neue Wegegesetzgebung nicht zu verkennen ist. Besonderen Einfluss hat die Widmungstheorie des proVG ausgeübt<sup>4)</sup>, was wegen der Autorität des proVG, seiner grossen räumlichen Zuständigkeit, aber auch der Einfachheit der Konstruktion wegen nicht verwundert. Nach dieser Theorie gehörte zur wirksamen Widmung die gleichberechtigte nicht formgebundene Mitwirkung des Wegeeigentümers, des Wegebaupflichtigen und der Wegepolizeibehörde<sup>5)</sup>. Eine nähere begriffliche Kennzeichnung des Widmungsaktes hat das proVG allerdings nicht gegeben. Es sagt nur, das Zusammenwirken der Beteiligten sei kein Vertragsschluss<sup>6)</sup>.

Die Kritik an dieser Widmungstheorie hat sich vor allen Dingen gegen die Auffassung gewandt, die Mitwirkung der Be-

6) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I Allg. Teil 7. Aufl., München 1958.

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 333; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 297.

2) § 2 Abs.1 u. 2 FStrG, § 3 berlStrG, Art.6 Abs.3 bayStrWG, § 7 Abs.2 EnwLStrG.

3) Schallenberg, Die Widmung, S. 22 ff.

4) proVG: 8,213; 9,203; 20,217; 25,212; 27,401; 29,238; 54,341; 72,300; 74,350; 76,368; 80,206; 85,106; 94,342; 105,186.

5) proVG 59,404 (410).

6) proVG 54,344; 58,337; aA RG in Gruch 57,187.

teiligten sei als Bestandteil eines gültigen Widmungsaktes erforderlich, mangels dessen er nichtig wäre. Dieser Auffassung des proVG wird entgegengehalten, die Zustimmung des Wegeeigentümers sei nicht Tatbestandsmerkmal sondern Voraussetzung der rechtmässigen Widmung, da eine Privatperson keinen Verwaltungsakt erlassen könne<sup>1)</sup>. Deshalb müsse die Widmung trotz etwa fehlender Zustimmung gültig sein. Diese Gegenmeinung ist in das neue Wegerecht aufgenommen worden, wo die Zustimmung des Wegeeigentümers oder eines sonst zur Nutzung dinglich Berechtigten ausdrücklich als Voraussetzung der Widmung bezeichnet wird<sup>2)</sup>. Fehlen der Zustimmung hat damit nicht die Folge der Nichtigkeit sondern nur die der im Anfechtungsverfahren geltend zu machenden Rechtswidrigkeit der Widmung. Damit ist eine viel diskutierte Streitfrage endgültig und auf befriedigende Weise aus der Welt geschafft; denn die Auffassung des proVG war mit der inzwischen weiterentwickelten Lehre vom Verwaltungsakt hinsichtlich der Unmöglichkeit einer Beteiligung Privater nicht mehr zu vereinbaren.

Auch die zur Widmung erforderliche Mitwirkung des Wegebaupflichtigen, die als Zustimmung vom proVG zum Tatbestandsmerkmal der Widmung erhoben worden war, stiess im Schrifttum auf Widerstand. Man erklärte diese Zustimmung gleichfalls nur zur Voraussetzung einer gültigen Widmung<sup>3)</sup>. Denn entweder müsse man annehmen, dass der Wegebaupflichtige bei Erfüllung seiner Wegebaulast nur das leiste, wozu er ohnehin gesetzlich durch die Wegeordnung verpflichtet sei<sup>4)</sup>, oder man müsse davon ausgehen, dass die freiwillige bzw im geordneten Verfahren erzwungene<sup>5)</sup> Übernahme der Wegebaupflicht schon vor Ausspruch der Widmung erfolgt sei; einen

1) Maunz, Hauptprobleme, S. 255; Lassar, Grundbegriffe, S.73 ff; Schallenberg, Die Widmung, S. 76.

2) So schon bayVGH in ständiger Rspr: VerwRspr 6,211.

3) Lassar, Grundbegriffe, S. 80; Maunz, Hauptprobleme, S.259.

4) Lassar, Grundbegriffe, S. 80.

5) Germershausen-S., Wegerecht Bd. I, S. 5.

öffentlichen Weg ohne den zur Unterhaltung öffentlich-rechtlich Verpflichteten können es nach der eigenen Auffassung des proVG nicht geben<sup>1)</sup>. Also sei auch dessen Zustimmung nicht Mitwirkung beim Verwaltungsakt sondern lediglich Voraussetzung desselben. Dieses Problem besteht für das neue Wegerecht nur noch in dem Ausnahmefall, in dem Träger der Strassenbaulast und widmende Behörde nicht identisch sind, nämlich dann, wenn Träger der Strassenbaulast eine Person des bürgerlichen Rechts<sup>2)</sup> bzw in Bayern eine Gemeinde oder ein Landkreis werden soll. Die Widmungsverfügung geht nach § 7 Abs. 1 EnwLStrG in diesem Fall von der Strassenaufsichtsbehörde aus. Das ist nach § 55 EnwLStrG für Landstrassen I. und II. Ordnung einschließlich der Ortsdurchfahrten der Minister für Wirtschaft und Verkehr, für Gemeindestrassen in kreisfreien Städten der Regierungspräsident und für die übrigen Gemeindestrassen und sonstige öffentliche Strassen der Oberkreisdirektor als untere staatliche Verwaltungsbehörde. In allen anderen Fällen sind Strassenbaulastträger und widmende Behörde nach dem neuen Wegerecht identisch; denn nach § 7 EnwLStrG<sup>3)</sup> verfügt die Widmung für den Verkehr der jeweilige Träger der Strassenbaulast; bei Bundesfernstrassen wird die Widmung von der obersten Strassenbaubehörde vorgenommen. Für den Ausnahmefall, dass die widmende Behörde kein Organ des Baulastträgers ist, hat sich jedoch der Gesetzgeber der von Schrifttum vertretenen Meinung angeschlossen, indem er die Widmung nur auf schriftlichen Antrag der zur Übernahme der Strassenbaulast bereiten Person zulässt<sup>4)</sup>. Die durch den Antrag ausgedrückte Zustimmung ist hierbei eindeutig Widmungsvoraus-

- 1) proVG 35,298.
- 2) Spanner, Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, Heft 2 der Schriftenreihe der Arbeitsgruppe "Strassenverwaltung", 1958, S.9, weist eindringlich darauf hin, dass Verträge über die Übernahme der Strassenbaulast dem öffentlichen Recht angehören.
- 3) Vgl. ebenso Art.6 bayStrWG.
- 4) § 7 Abs. 1 EnwLStrG Art.6 Abs.2 bayStrWG.

setzung, da ohne sie gar keine Widmung vorgenommen werden darf. Die Widmung gehört also auch insoweit zu den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten<sup>1)</sup>. Ob man sie in diesem Zusammenhang als einen zustimmungsbedürftigen<sup>2)</sup> oder als einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung<sup>3)</sup> ansehen will, ist deshalb von Bedeutung, weil bei fehlender Mitwirkung der Beteiligten je nach Art des Verwaltungsaktes unterschiedliche Rechtsfolgen für die Entstehung des öffentlichen Weges eintreten können.

Der zustimmungsbedürftige Verwaltungsakt ist schwebend unwirksam, solange es an der Zustimmung des Betroffenen fehlt<sup>4)</sup>. Hält man die Widmung für einen zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt, so bedeutet das bei Fehlen oder erfolgreicher Anfechtung der Zustimmungserklärung durch den Wegeeigentümer oder durch den Strassenbaulastträger, dass eine Widmung nicht zustandegekommen ist. Der Eigentümer hat dann einen Herausgabeanspruch auf die möglicherweise schon dem Gemeingebrauch übergebene Sache und kann diese für den Gemeingebrauch sperren<sup>5)6)</sup>. Das Fehlen des Antrags durch den Wegebaupflichtigen würde gleichfalls zur Nichtigkeit der Widmung führen müssen. Dieses Ergebnis wurde früher schon für misslich gehalten<sup>7)</sup> und deshalb abgelehnt. Es entspricht auch nicht mehr der neuen Gesetzgebung, durch die die Zustimmung des dinglich Berechtigten<sup>8)</sup> bzw der Antrag auf

- 1) Schallenberg, Die Widmung, S. 71.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.245.
- 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.247.
- 4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.245.
- 5) Schallenberg, Die Widmung, S. 71.
- 6) aa Zippelius, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Strassen- und Wegegesetz, DÖV 58,845, der auf die dem Eigentümer durch §§ 858 ff BGB gezogenen Schranken hinweist.
- 7) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 336.
- 8) Diese Zustimmung kann auch schon in der Erteilung der Bauerlaubnis liegen (vgl.OVG Lbg. in VkB1 55,560), weshalb in der gemeinsamen Stellungnahme der Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe zum EnwLStrG der Zusatz vorgeschlagen wird, die Zustimmung des dinglich Berechtigten könne auch durch Besitzüberlassung ausgedrückt werden.

Übertragung der Strassenbaulast ausdrücklich als Voraussetzung der Widmung, nicht aber als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit behandelt wird<sup>1)</sup>. Die Zustimmung des dinglich Berechtigten entspricht jetzt den Voraussetzungen des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung, wie die Lehre ihn kennt<sup>2)</sup>. Denn dabei gehört die Einwilligung des Betroffenen zum gesetzlichen Tatbestand, so dass der Verwaltungsakt bei mangelnder Einwilligung nur durch Anfechtung beseitigt werden kann<sup>3)</sup>. Der Herausgabeanspruch des dinglich Berechtigten am Wegegrundstück entsteht in diesem Falle erst nach erfolgreicher Anfechtungsklage, wodurch die Gefahr einer vorschnellen Verhinderung des Gemeingebrauchs ausgeschlossen wird. Es ist deshalb auch vom Ergebnis her zu billigen, dass die neue Wegegesetzgebung die Widmung hinsichtlich der Mitwirkung des dinglich Berechtigten als Verwaltungsakt auf Unterwerfung behandelt. Anderer Ansicht ist freilich Zippelius<sup>4)</sup>, der erklärt: "Die Widmung ohne Verfügungsmacht ist wohl nichtig." Zur Begründung führt er an, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die wenigstens vorläufige Gültigkeit der Widmung sei durch die §§ 858 ff BGB gegenüber Eingriffen seitens des Eigentümers oder eines sonstigen dinglich Berechtigten hinreichend geschützt. Es sei deshalb nur auf den Schutz des dinglich Berechtigten gegen rechtswidrige Verletzung seiner Interessen durch den Widmungsakt und die ihm zu gewährende Möglichkeit der Klage vor dem ordentlichen Gericht abzustellen. Dieser Auffassung von der Widmung als zustimmungsbedürftigem Verwaltungsakt ist entgegenzuhalten, dass die Interessenabwägung hier nicht zwischen dem Begünstigten und dem Betroffenen vorgenommen werden darf sondern zwischen dem Interesse des dinglich Berechtigten und dem der Allgemeinheit an der Gültigkeit der Widmung. Eine derartige Abwägung ergibt, dass die Widmung als Äusserung hoheitli-

1) § 2 Abs.2 FStrG; Art.3 Abs.1 berlStrG; Art.6 Abs.3 bayStrWG; § 7 Abs.2 EnwLStrG.

2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 247.

3) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 247.

4) Zippelius, Grundfragen, S. 845.

cher Gewalt in ihrer Wirkungskraft<sup>1)</sup> stärker zu bewerten ist, als das Interesse des dinglich Berechtigten an ungestörter Rechtsausübung. Weiterhin ist es nicht so, dass die Widmung in jedem Fall von der Mitwirkung des betroffenen dinglich Berechtigten abhängig ist, wie es der Fall wäre, wenn etwa ein ausdrückliches gesetzliches Antragsersfordernis bestünde. Es ist vielmehr durchaus möglich, die fehlende Zustimmung des dinglich Berechtigten durch Enteignung oder Eigentumsbeschränkung zu ersetzen. Das Erfordernis der Mitwirkung macht die Widmung deshalb nicht zum zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt, bei deren Fehlen die Widmung schwebend unwirksam bzw nichtig wäre. Auch im Fall der Verpflichtung eines anderen als des Staates zum Träger der Strassenbaulast durch Widmung trotz fehlenden Antrags hält Zippelius<sup>2)</sup> die Widmung für nichtig. Das Interesse der unfreiwillig belasteten Person an der Nichtigkeit sei höher zu bewerten, als das öffentliche Interesse an der vorläufigen Wirksamkeit der Widmung, da die Vorschriften zum Schutze der Verkehrssicherheit auch auf den dann nur tatsächlich öffentlichen Weg anwendbar seien. Zur Begründung für die Nichtigkeit führt Zippelius weiter an, dass abgesehen von begünstigenden Verwaltungsakten die Nichtbeachtung des Antragsersfordernisses regelmässig zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führe<sup>3)</sup>. Diese Überlegungen überzeugen sowohl hinsichtlich der rechtlichen als auch der Billigkeitsgründe. Der Unterschied gegenüber dem Zustimmungserfordernis durch die dinglich Berechtigten ist so tiefgreifend, dass die Widmung in dem Sonderfall einer darin ausgesprochenen Übertragung der Strassenbaulast auf Antrag als zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt anzusehen ist.

An die Stelle der Wegepolizeibehörde, von der im preussischen Recht die entscheidende Mitwirkung bei der Entstehung

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 251.

2) Zippelius, Grundfragen, S. 845.

3) Ebenso Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.196; aA Wolff, Verwaltungsrecht I, S.245, der den Verwaltungsakt, solange die Zustimmung des Adressaten fehlt, für schwebend unwirksam hält.

eines öffentlichen Weges durch Widmung ausging<sup>1)</sup>, ist nach der gesetzlichen Neuregelung der Wegebaupflichtige bzw die oberste Landesstrassenbaubehörde getreten. Der Polizei obliegt heute in Nordrhein-Westfalen nur noch die unmittelbare Überwachung des Strassenverkehrs als Verkehrspolizei<sup>2)</sup>. Die Aufgaben der allgemeinen Gefahrenabwehr sind nach §§ 51, 1 OBG den Ordnungsbehörden als Wegeaufsichtsbehörden (§ 55 Abs.1 OBG) übertragen. Diese ausdrückliche Übertragung der Widmungsbefugnis auf jeweils nur eine Stelle bringt eine wesentliche Vereinfachung und auch grössere Rechtssicherheit in das Rechtsinstitut der Widmung<sup>3)</sup>.

An dieser Regelung ist allerdings zu bemängeln, dass die Widmungsbefugnis und öffentlich-rechtliche Sachherrschaft an die Wegebaupflicht angeknüpft werden sollen. Dadurch werden hoheitliche Funktionen der Verpflichtung zum Bau und Ausbau der Strasse nachgeordnet, während richtig umgekehrt die Strassenbaulast von einer Behörde wahrgenommen werden sollte, die freilich Organ jener im Regelfall baupflichtigen juristischen Person sein kann, die mit der Sachherrschaft auch die Widmungsbefugnis ausübt. Die Widmungsbefugnis sollte von den bei den Gebietskörperschaften bestehenden Wegeordnungsbehörden ausgeübt werden<sup>4)</sup>.

Die im Entwurf beabsichtigte umgekehrte Regelung führt auch schon insoweit zu Schwierigkeiten, als nach § 43 Abs. 2 EnwLStrG bei Ortsdurchfahrten, deren Baulast den Landschaftsverbänden bzw Landkreisen obliegt, die Gemeinden die Strassenbaulast für Gehwege und Plätze und für Radfahrwege insoweit zu tragen haben, als sie auf der anschliessenden freien Strecke nicht vorgesehen oder vorhanden sind. Die Verteilung der Baulast an einer Strasse auf zwei Träger hat

- 1) Germerhausen-S., Wegerecht Bd. I, S. 3 f.
- 2) § 12 Abs.1 POG (Gesetz über die Organisation und die Zuständigkeit der Polizei im Lande Nordrhein-Westfalen vom 11.8.1953 -GVNW I S. 330-).
- 3) Baumeister in Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein e.V., Landes-

nach § 7 EnwLStrG zur Folge, dass es für die einzelnen Teile einer Strasse zwei Widmungsbefugte und zwei Wegeherren gibt. Die verfehlte Übertragung der Widmungsbefugnis auf den Wegebaulastpflichtigen zeigt sich weiterhin bei der Regelung für die Kreuzung zweier Strassen verschiedener Baulastträger. Nach § 34 Abs.2 EnwLStrG haben die Strassenbaulastträger beim Neubau einer Kreuzung die Kosten im Verhältnis der Fahrbahnbreiten zu tragen. Nach dem Entwurf müsste in diesem Fall die Widmung von jedem der Baulastträger seinem Anteil entsprechend gesondert verfügt werden, und es bestünde eine anteilige Sachherrschaft an der Kreuzung. Die Beispiele zeigen, dass die Übertragung der Widmungsbefugnis auf den Wegebaupflichtigen, abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken, auch innerhalb des Entwurfes selbst unbefriedigend geregelt ist. Eine Änderung in dem vorgeschlagenen Sinne wäre deshalb angebracht.

Nachdem die möglichen Beteiligten in ihrer Bedeutung für das Zustandekommen der Widmung und die sich daraus ergebende Einordnung der Widmung als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt aufgezeigt worden sind, bleibt noch die Frage nach dem Adressaten der Widmung offen. Sie ist wichtig für die Feststellung des Zeitpunkts, an dem der Verwaltungsakt wirksam wird und für den Kreis der zu seiner Anfechtung berechtigten Personen. Es liegt nahe, zuerst an den Wegeeigentümer und den Wegebaupflichtigen, soweit sie nicht selbst die Widmung aussprechen, als Adressaten zu denken. Da die Zustimmung des Wegeeigentümers aber Voraussetzung der Widmung ist<sup>1)</sup> und als solche bereits vor Erlass ausgesprochen sein muss, kann sich an ihn die Widmung nicht richten. Ebenso ist es mit dem Wegebaupflichtigen, dessen Beziehungen

gruppe Nordrhein-Westfalen zu dem Entwurf eines Landesstrassengesetzes für Nordrhein-Westfalen, Münster 1958, S.3, weist eindringlich auf die mangelnde Unterscheidung hin, wenn als "Träger der Strassenbaulast" sowohl die Strassenverwaltung als Hoheitsverwaltung als auch der Träger einer speziellen Baupflicht verstanden werden.

4) Vgl. unten S.36.

1) Vgl. oben S.9.

zur Strassenaufsichtsbehörde bereits geregelt sein müssen, bevor die Widmung ergeht<sup>1)</sup>. Auch er scheidet deshalb als möglicher Adressat aus<sup>2)</sup>. Die Widmung richtet sich also weder an eine Person noch an eine Personenmehrheit sondern unmittelbar auf die Sache selbst<sup>3)</sup>, sie hat keinen bestimmten Adressaten<sup>4)</sup>, sondern ist eine intransitive<sup>5)</sup>, sachenrechtliche<sup>6)</sup> Verfügung, oder, anders ausgedrückt, ein gestalteter Verwaltungsakt, der die Allgemeinheit zum Adressaten hat und deshalb auch, freilich ungenau, als adressatloser Verwaltungsakt bezeichnet wird<sup>7)</sup>.

Zusammenfassend gilt für die Widmung durch Verwaltungsakt folgendes: Durch die Widmung erhält der Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Weges. Die Widmung selbst ist ein dinglicher, mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, und zwar ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Für die Entstehung des öffentlichen Weges wird im Schrifttum häufig zusätzlich das Erfordernis der "Indienststellung" aufgestellt. Die Meinungen dazu sind so zahlreich und verschieden wie ihre Vertreter. Schallenberg hat eine Gruppierung versucht<sup>8)</sup>, wonach eine erste Gruppe die Öffentlich-rechtlichkeit lediglich durch Verwaltungsakt zustandekommen lässt und den Begriff der Indienststellung völlig ablehnt. Nach der überwiegenden Meinung<sup>9)</sup> wird die Öffentlich-recht-

1) Vgl. oben S.10.

2) Schallenberg, Die Widmung, S. 75.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.334.

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.297.

5) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.297.

6) Schallenberg, Die Widmung, S.76.

7) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.193; Bochalll I, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd.II, Berlin 1957, S.563.

8) Schallenberg, Die Widmung, S.77.

9) SzB Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1948 S.509; Germershausen-S., Wegerecht Bd.I, S.7; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.336; Wolff, Verwaltungsrecht I, S.297.

lichkeit einer Sache durch den Verwaltungsakt der Widmung und etwas Tatsächliches (Indienststellung, Brauchbarkeit) begründet. Nach Otto Mayer schliesslich, der die Widmung nicht als Verwaltungsakt gelten lässt, ist die Entstehung der Öffentlich-rechtlichkeit etwas rein Tatsächliches. Die Bedeutung der Indienststellung konnte bisher darin gesehen werden, dass durch sie bei der Widmung von Wegen, die nicht schon vorher etwa als Privatwege dem Verkehr gedient hatten, der Zeitpunkt bestimmt werden konnte, zu dem der Weg zur Benutzung freigegeben und mithin als öffentlicher Weg erkennbar war. Diese Erkennbarkeit war vor Erlass der neuen Wege-gesetze deshalb wichtig, weil die Widmung auch stillschweigend erfolgen konnte<sup>1)</sup> und dann die Indienststellung das einzige Indiz für den Vollzug des Widmungsaktes war. Das ist anders, seitdem die Veröffentlichung der Widmung gesetzlich vorgeschrieben ist<sup>2)</sup>. Man kann sich deshalb heute ohne Schaden von der Indienststellung als Markierungspunkt, an dem die öffentliche Sache ins Leben tritt, trennen. Der Indienststellung kommt heute nurmehr die Bedeutung einer Verwaltungsrechtshandlung<sup>3)</sup> zu, durch die die Widmung rechtlich wirksam wird<sup>4)</sup>, das den öffentlichen Weg seiner Bestimmung zuführt. Sie hat keinen konstitutiven Charakter für die Öffentlich-rechtlichkeit des Weges<sup>5)</sup>.

Anders als früher kommt es mithin für die Entstehung eines öffentlichen Weges nicht auf seine Indienststellung sondern

1) Vgl. oben, S.7.

2) Vgl. oben, S.7Anm.1.

3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.228.

4) Schallenberg, Die Widmung, S.76; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.336; Die Indienststellung ist Realakt, der die Widmung voraussetzt.

5) Lassar, Grundbegriffe, S.83.

allein auf den Vollzug des Widmungsaktes durch Veröffentlichung an<sup>1)</sup>.

### § 3 Die Rechtslage des öffentlichen Weges

Um eine vollständige Vorstellung vom Begriff des öffentlichen Weges zu bekommen, ist es weiterhin erforderlich, seine Rechtslage im bürgerlichen und öffentlichen Sachenrecht<sup>2)</sup> zu prüfen. Grundlegenden Aufschluss gibt das neue Wegerecht selbst, wenn es bestimmt, das gewidmete Grundstück werde durch bürgerlich rechtliche Verfügungen oder Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Enteignung<sup>3)</sup> über die der Strasse dienenden Grundstücke oder Rechte an ihnen nicht berührt<sup>4)</sup>. Diese Bestimmung besagt zunächst einmal, dass an öffentlichen Wegen private Rechte möglich sind, dass also der öffentliche Weg eigentumsfähig ist. Aus dieser Feststellung ergibt sich, dass der Gesetzgeber sich der weitaus herrschenden Meinung<sup>5)</sup> angeschlossen hat, die entgegen der Lehre Otto Mayers<sup>6)</sup> von einem besonderen Institut des öffentlichen Eigentums, das nicht dem Privatrecht untersteht, an öffentlichen Wegen privates Eigentum

- 1) Die entgegenstehende Auffassung von Zippelius, Grundfragen, S.842, wonach bei Ausspruch der Widmung vor Herstellung des Weges eine öffentliche Sache erst mit der Indienststellung entstehe, vermag nicht zu überzeugen. Die durch Widmung entstehende "Öffentlichkeit" ist kein tatsächliches sondern ein rechtliches Merkmal des gewidmeten Grundstückes. Die fälschliche Gleichbehandlung von tatsächlich und rechtlich öffentlichem Weg führt Zippelius weiter dazu, die rechtswirksame Widmung nicht grundsätzlich als Voraussetzung der Indienststellung anzuerkennen, weil nachfolgende Widmung eben einen tatsächlich öffentlichen Weg in einen rechtlich öffentlichen umwandle. Die erst jetzt eintretende Folge der rechtlichen Öffentlichkeit, auf die es ankommt, bleibt freilich bei Zippelius unerwähnt.
- 2) Lassar, Grundbegriffe, S.37; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., Tübingen 1928, S.353.
- 3) Die Frage der Enteignung von Strassengelände im Zusammenhang mit der Widmung wird in der gemeinsamen Stellungnahme der Landschaftsverbände systematisch nicht richtig behandelt. Sie gehört in den Abschnitt über Gemeingebrauch und Sondernutzung.

zulässt. Man kann diese herrschende Auffassung als die Lehre vom modifizierten Privateigentum<sup>1)</sup> bezeichnen, da die grundsätzliche Freiheit des Privateigentums, die auch nach der Widmung bestehen bleibt<sup>2)</sup>, durch die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Sache gewisse Einschränkung erfährt<sup>3)</sup>. Wie weit diese Zweckbestimmung im Einzelfall reicht, hängt von dem Umfang der Widmung ab. Nach der neuen Wegegesetzgebung erfolgt die Widmung für den öffentlichen Verkehr. Der "Verkehrszweck" des öffentlichen Weges wird deshalb eigens im Zusammenhang mit der Widmung genannt, um dadurch den Umfang der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung anzugeben, der das Wegegrundstück nach erfolgter Widmung unterliegen soll<sup>4)</sup>. Diese öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung<sup>5)</sup> erfasst nicht nur die Wegeoberfläche sondern auch den darüber befindlichen Luftraum und den Wegekörper, da sie nach gesetzlicher Bestimmung zum öffentlichen Weg gehören<sup>6)</sup>. Wegen der durch die Widmung erfolgten Eigentumsbeschränkung ist es auch verständlich, weshalb das Eigentum bzw die privatrechtliche Verfügungsgewalt des Wegegepflüchtigen gegeben sein muss oder der Eigentümer seine Zustimmung erteilt haben muss, bevor die Widmung ausge-

- 4) § 2 Abs.3 FStrG; § 8 Abs.1 berlStrG; Art.6 Abs.5 bayStrWG; § 7 Abs.4 EnwLStrG; auch: Art.30 bayStrWG, § 25 EnwLStrG.
- 5) Vgl. insbes. Jellinek, Verwaltungsrecht, S.506; Maunz, Hauptprobleme, S.132 ff und auch RGZ 131,264 (271).
- 6) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II, 2.Aufl., München 1917, S. 73 ff.
- 1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, S.208.
- 2) RGZ 88,14 (16); 123,181 (183); proVG 5,229 (236); 9,186 (189).
- 3) RGZ 7,213 (215); 123,181 (185); 125,108 (111); 132,398 (402); BGHZ 21,319 (327); proVG 74,360.
- 4) Bei widmungswidrigem Gebrauch des nur beschränkt gewidmeten Weges liegt deshalb eine Eigentumsverletzung vor, so BGHZ in DÖV 58,343.
- 5) Lassar, Grundbegriffe, S.40.
- 6) Vgl. oben, S.4f.

sprochen werden kann. Ohne diese Voraussetzungen würde sonst das Eigentum am Wegegrundstück durch die Widmung verletzt werden. Das neue Recht ergänzt diesen auch bisher anerkannten Satz<sup>1)</sup> durch die Neuerung, dass es grundsätzlich Eigentum und Wegebaupflicht in einer Hand vereinigen will<sup>2)</sup>. Die Tendenz, durch Gesetz Eigentumsrechte und -pflichten der Ausübung nach auf den jeweiligen Träger der Strassenbaulast zu übertragen, hatte sich schon bei früheren Teilregelungen des Wegerechts gezeigt<sup>3)</sup>. Nach den neuen gesetzlichen Regelungen wird also in absehbarer Zeit der erstrebenswerte Zustand erreicht sein, dass sich Eigentum, Wegebaupflicht und Widmungsbefugnis grundsätzlich in einer Hand befinden<sup>4)</sup>. Da zugleich auch jede Art von Nutzung der öffentlichen Wege, bis auf eine unsystematische Ausnahme, nämlich die sogenannte Sondernutzung nach bürgerlichem Recht (§ 9 Abs.11 FStrG, Art.22 bayStrWG, § 24 EnwLStrG) nach der neuen Gesetzgebung öffentlich-rechtlich geregelt wird<sup>5)</sup>, müsste es reizvoll sein, die Möglichkeit einer Konstruktion öffentlichen Eigen-

1) Fleiner, Institutionen, S.354.

2) Art.13 bayStrWG, § 12 EnwLStrG.

3) § 3 des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Strassenwesens und der Strassenverwaltung vom 26.3.1934 (RGBl I S.243); vgl. dazu BGHZ in VerwRspr 6,762 u. Diden, Konzessionsabgaben, ohne Ort, 1952, S.112.

4) Das ist allerdings nicht der Fall bei Teilstrecken von Strassen, für die eine besondere Wegebaupflicht besteht, zB bei Brücken, Eisenbahnüberführungen oder sonstigen Gemeinschaftsanlagen; vgl. Baumeister, Gemeinschaftsanlagen technischer Verwaltungen, Referat vor der Forschungsgesellschaft für das Strassenwesen e.V., Arbeitsgruppe Strassenverwaltung, Arbeitsausschuss Strassenrecht, Hamburg 1958.

5) Einzelheiten vgl. unten, S.84.

tums neu zu durchdenken. Jedenfalls scheint die jetzige gesetzliche Regelung eine Annahme der Theorie Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum zu begünstigen<sup>1)</sup>. Bis jetzt ist allerdings in der Terminologie der neuen Wegegesetzgebung selbst kein Anhaltspunkt dafür zu finden, so dass weiterhin die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen als zwei verschiedenen Rechtsgebieten unterworfen anzusehen sind. Dem privaten Recht untersteht der öffentliche Weg dabei allerdings nur insoweit, als dieses nicht infolge der durch die Widmung befristeten Zweckbestimmung von Rechtssätzen des öffentlichen Rechtes überlagert wird.

Aus den bisherigen Untersuchungen ergibt sich die Definition des öffentlichen Weges in folgender Form: Der öffentliche Weg ist ein bestimmter, privatrechtsfähiger Teil der Erdoberfläche nebst dem dazugehörigen Luftraum und Untergrund, dessen Bestimmung, verschiedene Orte miteinander zu verbinden, durch einen Staatsakt, und zwar idR einen dinglichen, mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt (Widmung), der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist, was seine vorwiegende Unterstellung unter Normen des öffentlichen Rechts zur Folge hat.

#### B § 4 Die Benutzungsfreiheit als Kennzeichnung des Gemeingebrauchs

Neben der Gestattung des Gemeingebrauchs, die durch Gesetz allgemein ausgesprochen wird<sup>2)</sup>, bedarf es nach dem Grundsatz, dass die Zulassung zum Gemeingebrauch frei ist, keiner weiteren Gestattung für den einzelnen oder im Einzelfall zu einer gemeingebrauchlichen Benutzung öffentlicher Verkehrswege. Die Zulassungsfreiheit wurde schon von Anfang

1) Zippelius, Grundfragen, S.838 ff.

2) § 7 Abs.1 S.1 FStrG; § 8 Abs.2 berlStrG; Art.14 Abs.1 S.1 bayStrWG; § 15 Abs.1 S.1 EnwLStrG.

an zum Wesensmerkmal des Gemeingebrauchs gemacht; denn bereits § 7 II 15 prALR<sup>1)</sup> bestimmt: "Der freie Gebrauch der Land- und Heerstrassen ist einem jeden . . . gestattet"<sup>2)</sup>. Auch nach der heutigen Auffassung<sup>3)</sup> kann von Gemeingebrauch nur dann gesprochen werden, wenn die Zulassung nicht vom Abschluss eines Benutzungsvertrages oder einer besonderen obrigkeitlichen Anordnung abhängig gemacht wird. Selbst dann, wenn Abschlusszwang mit den Benutzern bestehen würde oder die obrigkeitliche Anordnung der Benutzung wegen zwingender Vorschriften erlassen werden müsste, kann von Gemeingebrauch wegen mangelnder Benutzungsfreiheit nicht gesprochen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch die seit langem ausgiebig behandelte Streitfrage zu erörtern, ob die Unentgeltlichkeit Wesensmerkmal des Gemeingebrauchs sei; denn den Begriff der Zulassungsfreiheit hat man stets mit dem der Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs zusammengebracht und vermenget. Stammler<sup>4)</sup>, der durch seine Stellungnahme für den Grundsatz der Unentgeltlichkeit die Meinungen in dieser Hinsicht geformt hat<sup>5)</sup>, bringt eine vorwiegend historische Begründung, wenn er sich auf den Wortlaut von § 7 II 15 prALR beruft, wo er "frei" unbedenklich mit "unentgeltlich" gleichsetzt und sich im übrigen darauf beruht, in allen gesetzlichen Regelungen, die sich im 19. Jahrhundert mit dem Recht der Nutzung öffentlicher Wege befassten, sei die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal des Gemeingebrauchs zu finden. Dem hat sich das Reichsgericht mit den gleichen Argumenten angeschlossen<sup>6)</sup>. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung

- 1) Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (Ausgabe von Rehbein und Reincke, 5. Aufl., Berlin 1894).
- 2) Vgl. dementsprechend prOVG 50, 284.
- 3) Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 103; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 339; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 307.
- 4) Stammler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Strassen, Gruch 70 S. 146 ff.
- 5) RGZ 132, 398 (402); 150, 216. (218); RG in JW 30, 1961.
- 6) Vgl. Anm. 5.

übernommen und sagt ausdrücklich, "dass die Unentgeltlichkeit zum Wesen des Gemeingebrauchs gehört"<sup>1)</sup>. Auch die übrige Rechtsprechung folgt der Meinung Stammers<sup>2)</sup>. Ebenso wird im Schrifttum seine Meinung vertreten<sup>3)</sup>, und dabei auf die gleichen Argumente verwiesen.

Nicht weniger zahlreich sind allerdings die Vertreter der gegenteiligen Ansicht, die dafürhalten, dass zumindest die Erhebung öffentlich-rechtlicher Abgaben mit dem Gemeingebrauch zu vereinbaren sei. Im älteren Schrifttum ist es vor allem Maunz<sup>4)</sup>, der die Erhebung eines öffentlich-rechtlichen Entgelts für die Benutzung der im Gemeingebrauch stehenden Sache für zulässig hält, so lange die Unzulässigkeit nicht ausdrücklich durch Gesetz festgestellt worden sei. In der neueren Lehre<sup>5)</sup> hat die Auffassung von der Vereinbarkeit öffentlich-rechtlichen Entgelts mit dem Gemeingebrauch noch neue Anhänger gewonnen, wobei allerdings immer die Einschränkungen gemacht werden, es müsse sich um eine öffentliche Abgabe handeln, die nicht die Benutzungsmöglichkeit einschränken sondern nur zu einem finanziellen Zweck dienen

- 1) BGHZ 19, 85 (90); BGH NJW 56, 104 (105).
- 2) So bayVGH in JW 30, 2004; prOVG in RuPrVBl Bd. 51, 376; Bd. 53, 373; LG Berlin in NJW 54, 437; OVG Hbg in DÖV 55, 151; OLG Frankfurt in NJW 55, 1768 (1769); OLG Düsseldorf in NJW 55, 1769; EVerwG in VerwRspr 4, 671.
- 3) Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937, S. 206; Brabant, Der Gemeingebrauch an städtischen Strassen, in JW 38, 3201; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 103; Guelde, Die Gebührenfreiheit öffentlicher Parkplätze in DV 49, 516 f und Gehört die Ausübung des Kraftfahrzeugüberwachungsgewerbes im öffentlichen Verkehrsraum zum Gemeingebrauch in DÖV 51, 321; Hammes, Der Gemeingebrauch an städtischen Strassen, DVBl 50, 73.
- 4) Maunz, Hauptprobleme, S. 283 f; ausserdem auch v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, Leipzig 1905, S. 61; Germershausen-S., Wegerecht Bd. I, S. 703. Lassar, Grundbegriffe, S. 45; Fleiner, Institutionen, S. 376 f; Hatschek-Kurtzig, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., Leipzig 1931, S. 478.
- 5) So Huber, Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Strassen in DÖV 55, 135 f; Koellreutter, Grundfragen des Verwaltungsrechts, 1955, S. 69; Peters, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 586; Bochalli II, Die Fortbildung des Wegerechts durch die neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung, DVBl 56, 181.

dürfe<sup>1)</sup>, und ausserdem dürfe diese nur aufgrund formellen Gesetzes<sup>2)</sup> bzw bei Nichtentgegenstehen ausdrücklicher Gesetzesvorschriften<sup>3)</sup> erhoben werden.

Entgegen Stammler ist mit der überwiegenden Meinung des neueren Schrifttums anzunehmen, dass die Erhebung eines Entgelts mit dem Begriff des Gemeingebrauchs vereinbart werden kann. Die aus der geschichtlichen Entwicklung im 19. Jahrhundert abgeleitete Ablehnung der Zulässigkeit eines Entgelts ist widerlegt durch die Gesetzgebung zu Beginn des 20. Jahrhunderts, wo durch § 1 des Kraftfahrzeugsteuergesetzes vom 8.4.1922 (RGBl I S.396) bestimmt wurde: "Die Benutzung von Kraftfahrzeugen, die zur Beförderung von Personen oder Gütern dienen, zum Befahren öffentlicher Wege und Plätze unterliegt einer Steuer nach diesem Gesetz." Von allen anderen Fahrzeugen konnte nach § 13 Abs. 1 S.1 Reichsfinanzausgleichsgesetz gleichfalls eine Steuer für die Benutzung öffentlicher Wege erhoben werden. Auch in der Neufassung des § 1 Kraftfahrzeugsteuergesetz vom 30.6.1955 (BGBl I S.417) ist klar ausgedrückt, dass "das Halten eines Kraftfahrzeuges zum Verkehr auf öffentlichen Strassen der Steuer unterliegt."

Die Auffassung, dass der Gemeingebrauch nicht begriffsnotwendig frei von öffentlich-rechtlichem Entgelt sein müsse, hat sich auch in der neuen Wegegesetzgebung durchgesetzt, wo übereinstimmend die Erhebung von Gebühren für die Ausübung des Gemeingebrauchs allerdings nur aufgrund besonderer gesetzlicher Regelung für (ausnahmsweise)<sup>4)</sup> zulässig erklärt wird<sup>5)</sup>.

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.339.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.310.

3) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 1. Halbbd., 14. Aufl., Tübingen 1952, S.552.

4) § 14 Abs.4 bayStrWG.

5) § 7 Abs.1 S.4 FStrG; § 8 Abs.5 berlStrG; § 15 Abs.4 EnwLStrG.

## C Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs

Der Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs wird nur teilweise durch die neuen gesetzlichen Bestimmungen festgelegt. Eine Ergänzung finden die Gesetze in allgemeinen Grundsätzen, durch die gewisse Schranken für die Ausübung des Gemeingebrauchs gezogen werden.

### § 5 Bestimmung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch den Zweck des öffentlichen Weges.

Nach dem Wortlaut der neuen Wegegesetze "ist der Gebrauch der Strassen jedermann im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum Verkehr gestattet"<sup>1)</sup>. Dieser Satz enthält die Gesetzesdefinition des Gemeingebrauchs, was im Gesetzestext durch die eingeklammerte Anfügung des Wortes "Gemeingebrauch" verdeutlicht wird. Diese Definition gibt aber aus sich selbst keinen Aufschluss darüber, was im einzelnen unter "Gemeingebrauch zum Verkehr" verstanden werden soll. Freilich wird manchmal durch den Widmungsakt selbst eine konkrete Bestimmung des Gebrauchs nach Art und Zweck getroffen werden können, wenn nämlich ein Weg ausdrücklich zB als Fussweg oder Radweg, als Kirch- oder Schulweg gewidmet worden ist. Eine solche beschränkte Widmung zum Gemeingebrauch ist aber nur dann zulässig, wenn der Weg für den genannten Zweck jedermann zur Verfügung steht<sup>2)</sup>.

Anders ist es, wenn die Widmung abstrakt, ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zweck ergeht. Hier kann Klarheit über den Inhalt und Umfang des durch die abstrakte Widmung eröffneten Gemeingebrauchs nur dadurch erlangt werden, dass die Zweckbestimmung des öffentlichen Weges geklärt und versucht wird, aus ihr den Verkehrsbegriff zu entwickeln.

1) § 7 Abs.1 FStrG; § 8 Abs.2 berlStrG; Art.14 Abs.1 bayStrWG; § 15 Abs.1 EnwLStrG.

2) Germershausen-S., Wegerecht I, S.4; auch prOVG 12,282.

a) Der Verkehrszweck der öffentlichen Wege

Den Begriff des Verkehrs durch eine Wortinterpretation zu erschliessen, erscheint wenig erfolgversprechend, weil das Wort "Verkehr" sich für die verschiedensten Lebensvorgänge verwenden lässt<sup>1)</sup>.

Einen ersten Aufschluss über Inhalt und Umfang des Verkehrsbegriffs vermögen die neuen gesetzlichen Vorschriften selbst zu geben, wo es heisst, im Rahmen des Gemeingebrauchs habe der fließende Verkehr den Vorrang vor dem ruhenden<sup>2)</sup>. Hier wird der Verkehr als blosser Bewegungsvorgang aufgefasst, was noch durch die Wahl des Bildes vom "Verkehrsfluss" unterstrichen wird. Auch der "ruhende Verkehr" muss im Sinnzusammenhang der Vorschrift als Verkehr, und zwar ein potentiell fließender Verkehr, verstanden werden<sup>3)</sup>. Das wird dadurch betont, dass der ruhende Verkehr in den Rahmen des Verkehrs ausdrücklich einbezogen wird, wenn auch dem fließenden Verkehr der Vorrang gebühren soll. Aufschluss darüber, ob der Gesetzgeber den Verkehrsbegriff tatsächlich auf den aktuellen oder potentiellen Bewegungsvorgang beschränken wollte, vermag die Betrachtung der bisherigen Auffassungen über Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs zu geben, die bei der Übernahme des Ausdrucks "Verkehr" in das Gesetz nicht unbeachtet geblieben sein dürfte.

Zunächst sind diejenigen wegrechtlichen Vorschriften zu erwähnen, in denen der Begriff des öffentlichen Verkehrs kasuistisch geregelt worden ist. Nach § 7 II 15 prALR ist der

- 1) Ausführlich mit Beispielen: Perschke, Die Benutzung öffentlicher Wege, ZtschriftKomWi 33,160.
- 2) § 7 Abs.1 S.1 FStrG; § 8 Abs.2 BerlStrG; Art.14 Abs.2 bayStrWG; § 15 Abs.2 EnwLStrG.
- 3) Böhm, DVBl 59,616, rechnet deshalb auch die Benutzung von Haltestellenbuchten mit Recht zum Gemeingebrauch, weil sie dem ruhenden Verkehr zu dienen bestimmt sind.

freie Gebrauch der Land- und Heerstrassen einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet. Hier ist die Fortbewegung zum einzigen Inhalt des Verkehrsbegriffs und damit auch des Gemeingebrauchs gemacht worden. Im Anschluss an das prALR verstanden auch die übrigen Wegegesetze<sup>1)</sup> unter Verkehr nur Bewegungsvorgänge zur Erreichung eines bestimmten Zweckes. Diese Beschränkung des Verkehrsbegriffs auf den reinen Kommunikationszweck wurde insbesondere im älteren Schrifttum<sup>2)</sup> und in der Rechtsprechung<sup>3)</sup> vertreten, die sich insoweit eng an die Gesetzgebung anschloss<sup>4)</sup>.

Gegen die Lehre des auf den fließenden Verkehr beschränkten Widmungszwecks<sup>5)</sup> wandte sich Stammer<sup>6)</sup> mit der Meinung, die Fortbewegung sei nur ein besonderes Mittel innerhalb dessen, was sich zur Gesamtvorstellung des öffentlichen Verkehrs zusammenfüge und diesem letzteren zu dienen, sei die Strasse bestimmt<sup>7)</sup>. Diese Abstraktion des Gebrauchszwecks öffentlicher Wege von dem allgemeinen Verkehrsbegriff<sup>8)</sup> nahm das Reichsgericht in der grundlegenden "Strassenreklame-Entscheidung" auf, in der es den Verkehrszweck dahingehend verallgemeinerte, dass die Strasse auch den geschäftlichen

- 1) Zusammengestellt bei Perschke, Die Benutzung öffentlicher Wege, ZtschriftKomWi 33,161 f.
- 2) Germershausen-S., Wegerecht I, S.74; Fleiner, Institutionen, S.375; Jellinek, Verwaltungsrecht, S.510; Perschke, Die Benutzung öffentlicher Wege, ZtschriftKomWi 33,163; Zimniok, Was bringt das neue Strassen- und Wegegesetz für die Gemeinden?, in BayBürgmstr, 58,221.
- 3) RGZ 42,205 (208); 88,16; 66,343; 7,215; 125,111.
- 4) So noch heute bei VGH in VerwRspr 5,522 (526) und in BayVBl 58,281 (285).
- 5) Petersen, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss.jur. Hamburg 1935, S.69.
- 6) Stammer, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Strassen, Gruch Bd.70 S.139 ff.
- 7) Stammer, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Strassen, Gruch Bd.70 S.151.
- 8) Petersen, Grundprinzipien, S.151.

Bedürfnissen der Anlieger zu dienen habe<sup>1)</sup>. Eine andere Entscheidung ging noch weiter, indem sie ausführte, "dass die Strasse allen Zwecken zu dienen habe, zu denen sie nach der jeweiligen besonderen Gestaltung der allgemeinen Verhältnisse bestimmt sei"<sup>2)</sup>. Die Folge dieser Verallgemeinerung des Widmungszwecks<sup>3)</sup> war, dass sich jetzt der Verkehrsbegriff mehr und mehr ausweitete und schliesslich immer das hergab, was gerade aus ihm herausgedeutet werden sollte. Im Schrifttum wurde entweder durch Aufzählung<sup>4)</sup> dessen, was noch zum Gemeingebrauch gehören kann, der Widmungszweck zu erklären versucht, oder es wurden gänzlich unbestimmte Formeln<sup>5)</sup> von der Verschiedenheit des Inhalts und Umfangs des Gemeingebrauchs nach Ort, Zweck und Zeit zur Erläuterung des Begriffs aufgestellt. Nebinger meint resignierend, ob eine bestimmte Benutzungshandlung noch unter den Gemeingebrauch falle, sei Sache der Auslegung durch die Polizeibehörde<sup>6)</sup>. Für eine Bestimmung des Verkehrsbegriffs, wie sie hier für die neue Wegegesetzgebung versucht werden soll, ist es deshalb nicht förderlich, die überaus zahlreichen Äusserungen in Schrifttum und Rechtsprechung zu dieser Frage im einzelnen zu behandeln. Die weithin herrschende Unsicherheit darüber, ob eine bestimmte Benutzungsart zum Gemeingebrauch gehöre, beruht darauf, dass unter dem Eindruck der älteren Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre die Begriffe "Gemeingebrauch" und "Nutzung zum Verkehr" gleichgesetzt worden sind. Bei dieser Gleichsetzung wurde übersehen, dass in der Wirklich-

1) RGZ 181,187 (190); 126,374.

2) RGZ 125,108 (112).

3) Petersen, Grundprinzipien, S.72.

4) ZB Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.211 Anm.1, der uU das Treiben von Kamelen (!) über öffentliche Wege noch zum Gemeingebrauch zählen will.

5) Germershausen-S., Wegerecht I, S.76; Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, FIZtschrift Bd.43 S.1; Hau-eisen, Die Benutzung öffentlicher Wege und Plätze, BW-StA 1953 Nr. 71.

6) Nebinger, Verwaltungsrecht S.103.

keit die Benutzung der Wege weit über die bloss verkehrsmässige Nutzung hinausging und trotzdem zum Gemeingebrauch gerechnet wurde. Da jedoch die Theorie eine starre Gleichsetzung des Gemeingebrauchs- und Verkehrsbegriffes aufrechterhielt, musste es dann dazu kommen, in den an sich auf Bewegungsvorgänge beschränkten Verkehrsbegriff auch alle jene Benutzungsarten hineinzudeuten, die zwar nicht mit dem Verkehr zusammenhingen, aber als gemeingebrauchlich geduldet wurden.

Vom Hintergrund dieser Entwicklung hebt sich die neue gesetzliche Regelung des Verkehrsbegriffs, die einen Hinweis auf den "fliessenden Verkehr" enthält deutlich ab<sup>1)</sup>, so dass man unbedenklich sagen kann, nur noch der aktuelle oder potentielle Bewegungsvorgang sei als Verkehr in dem neuen gesetzlichen Begriff des Gemeingebrauchs enthalten<sup>2)</sup>. Dies ist eine einschneidende Neuerung. Sie bedarf sowohl hinsichtlich ihrer Grundlagen als auch ihrer Folgen einer kritischen Betrachtung.

Sicherlich ist der öffentliche Weg vor allem anderen für den Verkehr bestimmt<sup>3)</sup>, worunter man vernünftigerweise nichts anderes verstehen kann, als eben aktuelle oder potentielle Bewegungsvorgänge. Es fragt sich aber, ob der öffentliche Weg nur dieser einen Aufgabe zu dienen bestimmt sein kann, oder ob es nicht doch neben der ausdrücklich genannten noch weitere unverzichtbare Zweckbestimmungen des öffentlichen Weges gibt, die nicht ohne Schaden aus dem Begriff des Gemeingebrauchs ausgeklammert werden können, wie man nach dem Wortlaut der neuen Wegegesetzgebung annehmen könnte. Gemeint sind der Anbauzweck und der Wirtschaftszweck öffentlicher Wege.

1) Vgl. § 7 Abs.1 FStrG; § 8 Abs.2 berlStrG; Art.14 Abs.1 u. 2 bayStrWG; § 15 Abs.2 EnwLStrG.

2) V. Turess, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956, S.370.

3) PrOVG 63,302 (304).

b) Der Anbauzweck öffentlicher Wege<sup>1)</sup>

Bisher gehörte zum Gemeingebrauch auch die Nutzung der Strasse durch die Anlieger<sup>2)3)</sup>, soweit sie den Verkehr nur vorübergehend unerheblich behinderte und nicht mit Eingriffen in den Strassenkörper verbunden war<sup>4)</sup>. Die Bezeichnung dieser Nutzungsart als gesteigerter Gemeingebrauch<sup>5)</sup> ist allerdings als irreführend zu vermeiden; denn die Nutzung, die die Anlieger von der öffentlichen Strasse machen, ist nicht eine gesteigerte sondern eine andersartige als die Verkehrsnutzung<sup>6)</sup>. Es mag zwar häufig zutreffen, dass in der Art des Anliegergemeingebrauchs aufgrund des besonderen räumlichen Verhältnisses zur Strasse<sup>7)</sup> eine tatsächlich erhöhte Nutzungsmöglichkeit und ein unabweisbares erhöhtes Nutzungsbedürfnis öffentlicher Verkehrswege enthalten ist<sup>8)</sup>.

- 1) Ausdruck bei Perschke, ZtschriftKomWi 33,158.
- 2) ZB das vorübergehende Lagern von Baustoffen oder Brennmaterial auf der Strasse usw, vgl. Aufzählung bei Strickstock, Das öffentliche Sachenrecht, Der Betrieb 1958, Heft 40, mit Angaben von Schrifttum und Rechtsprechung und bei Schneider, Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung?, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 59, 213; vgl. auch von Eisenhart-Rothe, Der Gemeingebrauch in der Neuordnung des Strassen- und Wegerechts, BB 59, 1192.
- 3) So RGZ 123,181 (184); 132,398 (400); BGHZ 22,395 (396f); 23,157 (166).
- 4) So noch heute in Berlin: nach § 10 Abs.2 berlStrG gehört die "gewöhnliche" Anliegernutzung zum Gemeingebrauch.
- 5) Der Begriff und auch das Institut sind im preussischen Wegerecht entwickelt worden. Das bayr. Recht kennt keinen gesteigerten Gemeingebrauch: vgl. Knorr, bayVBl 58,302.
- 6) BGHZ 22,395 (397): "Seinem Wesen nach ist der gesteigerte Gemeingebrauch nichts anderes als ein Gemeingebrauch schlechthin". Ebenso schon proVG 32,213; vgl. auch Scheuner I, Der Gemeingebrauch an Strassen, ein Beitrag zur Neugestaltung des deutschen Wegerechts, in ZtschriftAkDR 37,484; Huber, DGV 55,131; Ganschezian-Fink, Strasseneigentum und Gemeingebrauch, NJW 57,287.
- 7) RGZ 123,181 (184).
- 8) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.310; proVG 52,320.

Aber eine solche erhöhte tatsächliche Nutzungsmöglichkeit kommt in gleichem Masse beim Verkehrsgebrauch vor, wo der Fahrer eines schweren Lastkraftwagens auch über eine erhöhte tatsächliche Nutzungsmöglichkeit gegenüber etwa einem Motorradfahrer verfügt und trotzdem gegen seine Teilnahme am Gemeingebrauch, weil sie "verkehrsmässig" ist, nichts eingewendet wird. Im folgenden soll deshalb die Bezeichnung "Anliegergemeingebrauch" anstelle des Begriffs "gesteigerter Gemeingebrauch" für die Anliegernutzung verwendet werden.

Die bebaute oder zur Bebauung bestimmte Strasse hat nicht nur dem Verkehrszweck sondern zugleich auch den Zwecken der Anlieger zu dienen (Anbauzweck<sup>1)</sup>). Diese zweite Zweckbestimmung der Strasse<sup>2)</sup> ergibt sich ebenso unmittelbar aus ihrem Wesen wie die Verkehrsbestimmung. Der Sprachgebrauch kennt als Gegensatz zur Verkehrsstrasse den Ausdruck "Wohnstrasse", und man wird hier schwerlich entscheiden können, welcher der so bezeichneten Nutzungsarten der öffentlichen Strasse ihrer Intensität oder Häufigkeit der Ausübung nach der Vorrang gebührt. Nach Arbeitsschluss etwa wird man die Strasse kaum zum Verkehr nutzen, dafür aber in Gruppen auf der Fahrbahn zusammenstehen und sich unterhalten. Das eine gehört nicht weniger zum "gemeinsamen" Gebrauch der Strassen als das andere. An den bebauten Fernverkehrsstrassen freilich verschiebt sich das Bild mehr zur verkehrsmässigen Benutzung als alleinigem Inhalt des Gemeingebrauchs. Die unterschiedliche Nutzungsart zwingt jedoch nicht dazu, die zur Nutzung der Anliegergrundstücke erforderliche

- 1) ProVG 36,232.
- 2) Der Anbauzweck ist nicht zu verwechseln mit dem Recht der Anlieger auf Zugang zu ihrem Grundstück und auf Zutritt von Licht und Luft, das entsprechend der bisher uneingeschränkt herrschenden Auffassung nach § 17 Abs.2 EnwLStrG nicht ohne angemessenen Ausgleich oder Entschädigung entzogen oder wesentlich beeinträchtigt werden darf; vgl. das grundlegende Urteil RGZ 145,107.

Inanspruchnahme der Strasse grundsätzlich anders zu beurteilen, als die Nutzung der sogenannten Verkehrsstrasse. Die Möglichkeit zur Ausübung des Anliegergemeingebrauchs muss bei der Wohnstrasse nur insoweit tatsächlich eingeschränkt werden, als eine Gemeingebrauchsart die andere nicht über Gebühr behindern darf<sup>1)</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt war bisher der Anliegergemeingebrauch als zum Gemeingebrauch gehörig genehmigungsfrei.

Da die neuen Wegegesetze jedoch nur noch die verkehrsmässige Benutzung zum Gemeingebrauch rechnen<sup>2)</sup>, bedürfen heute alle anderen Nutzungsarten - also auch der Anliegergemeingebrauch - einer besonderen Genehmigung. Diese Neuregelung verdient Kritik, weil dadurch für den bisher freien Anliegergemeingebrauch jetzt eine Genehmigung erforderlich ist<sup>3)</sup>. Ein praktisches Bedürfnis zu dieser Neuregelung ist nicht ersichtlich. Soweit nämlich der Anliegergemeingebrauch den Verkehrsgemeingebrauch im Einzelfall behindert, wäre diese Störung durch Einschreiten der Ordnungsbehörden - wie es auch bisher üblich war - leicht zu beseitigen. Soweit allgemein vorbeugend gegen Verkehrsbehinderungen eingeschritten werden soll, wäre der Erlass einer entsprechenden Verordnung das geeignete Mittel. Endlich geben auch die Vorschriften der Strassenverkehrsgesetze ausreichende Grundlagen, wirksam gegen solche Anlieger vorzugehen, die den allgemeinen Verkehr behindern oder unmöglich machen. Es ist also kein zwingender Grund ersichtlich, den bisher zum Gemeingebrauch gerechneten Anliegergebrauch jetzt einer generellen Erlaubnispflicht zu unterwerfen, da ausreichend an-

- 1) Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, in FfZschrft Bd.47 S.1 ff.
- 2) § 7 Abs.1 FStrG; § 8 Abs.2 berlStrG; Art.14 Abs.1 bayStrWG; § 15 Abs.1 EnwLStrG.
- 3) So schon Bochallii II, DVBl 56,182 f, der den gesteigerten Gemeingebrauch der Anlieger (zB Balkone, Erker, Lagern von Kohle und Baumaterial) idR einer Erlaubnis der Wegepolizeibehörde für bedürftig erklärt, deren Widerruf aus polizeilichen Gründen jederzeit zulässig sei.

dere Mittel zur Verfügung stehen, einen Missbrauch zu verhüten<sup>1)</sup>.

Statt einer Erleichterung des Strassenverkehrs, die nur durch Bau und Ausbau von Strassen, vielleicht auch durch Einschränkung des Transportverkehrs, zu erreichen wäre, bringt die gesetzliche Neuregelung lediglich eine neue Steigerung der Verwaltungstätigkeit durch das Erfordernis der Erlaubniserteilung. Für jede auch noch so vorübergehende und oberflächliche Benutzung der öffentlichen Verkehrswege durch die Anlieger, wie es etwa das Lagern von Kohlen zum Einschaufeln auf der Strasse ist, soll es jetzt einer Erlaubnis, die vom Träger der Strassenbaulast einzuholen ist, bedürfen. Unterbleibt der Antrag auf Erteilung einer solchen Erlaubnis oder kommen zB die Kohlen schon vor der Erlaubniserteilung, so liegt eine Ordnungswidrigkeit vor<sup>2)</sup>, die in Bayern sogar schon fahrlässig begangen werden kann<sup>3)</sup>. An diesem Beispiel zeigt sich die ganze Lebensfremdheit der gesetzlichen Regelung des Gemeingebrauchs; denn wer denkt wohl bei der Beanspruchung des Anliegergemeingebrauchs daran, sich vorher wegen einer Erlaubnis an den Träger der Strassenbaulast zu wenden, falls er überhaupt weiss, dass es einen solchen gibt oder wer es im Einzelfall ist. Wozu hat man aber dann neue Gesetze erlassen, wenn deren Vorschriften zum Teil unnötig und undurchführbar sind?<sup>4)</sup>

Die Antwort auf diese Frage lässt sich jedenfalls für Nordrhein-Westfalen in der Entstehungsgeschichte des Wegegesetzes finden. Diesem Gesetz liegen die entsprechenden Vorschriften des Bundesfernstrassengesetzes zugrunde, die in dem Bestreben nach Rechtsvereinheitlichung übernommen wor-

- 1) Von Eisenhart-Rothe, BB 59,1194 weist gleichfalls darauf hin, dass zur Wahrung verkehrstechnischer und verkehrsrechtlicher Belange die Berufung auf §§ 41 ff StVO ausreicht.
- 2) § 23 FStrG; § 14 Abs.1 b berlStrG; Art.55 bayStrG, § 60 EnwLStrG.
- 3) Art.66 S.1 bayStrWG.
- 4) Auf die erheblichen wirtschaftlichen Nachteile, die den Anliegern aus der Neuregelung erwachsen, weist Schneider, WRP 59, 215 eindringlich hin.

den sind. Bei den Bundesstrassen des Fernverkehrs, die ausdrücklich "einem weiträumigen Verkehr zu dienen bestimmt sind"<sup>1)</sup>, ist eine Beschränkung des Gemeingebrauchs auf die nur verkehrsmässige Benutzung sinnvoll, weil der Anliegergemeingebrauch den bei Fernstrassen im Vordergrund stehenden Verkehr unverhältnismässig stark beeinträchtigen würde. Ausserdem ist bei diesen Strassen das Verhältnis der bebauten, dem Anliegergemeingebrauch zugänglichen Strecken zu den unbebauten, nur dem Verkehrsgebrauch dienenden Strecken so gering, dass die Ausschaltung des Anliegergemeingebrauchs aus dem Gemeingebrauchsbegriff sachlich gerechtfertigt und auch rechtlich nicht zu beanstanden ist<sup>2)</sup>. Anders ist es freilich bei den Strassen, die den Landesstrassengesetzen unterstehen, und die den überwiegenden Teil der öffentlichen Verkehrswege ausmachen. Trotzdem ist der Gemeingebrauchsbegriff des Bundesfernstrassengesetzes<sup>3)</sup> unverändert in die Landesgesetze übernommen worden. Diese Schematisierung ist auch nicht damit zu entschuldigen, dass sie allen Bundesländern zu einer einheitlichen Regelung des Gemeingebrauchs verhelfen solle; denn das wäre auch durch eine gemeinsame, aber vom Bundesfernstrassengesetz abweichende Regelung erreichbar gewesen, bei der man die andersartigen tatsächlichen Verhältnisse an den Landstrassen hätte berücksichtigen können. Einen Ansatz zu einer auf die bebaute Strasse bezogenen Regelung machen die Landesgesetze, wenn sie bestimmen, dass Sondernutzungen an Gemeindestrassen abweichend von den gesetzlichen Regelungen durch Satzung geregelt werden können<sup>4)</sup>. Da eine Regelung des Gemeingebrauchs durch Satzung nicht vorgesehen ist, lässt sich auch auf dem Umweg über den Erlass einer entsprechenden Satzung der Anliegergemeingebrauch nicht

1) § 1 Abs.1 FStrG.

2) Ebenso Schneider, WRP 59, 214.

3) § 7 Abs.1 FStrG.

4) § 50 bayStrWG; § 80 EnwLStrG.

wieder in seine richtige und ursprüngliche Stellung als Gemeingebrauch heben.

### c) Der Wirtschaftszweck öffentlicher Wege

Auch die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zur Ausübung gewisser Gewerbearten wurde bisher, wenn auch mit Einschränkungen, zum Gemeingebrauch gerechnet. So hat das Reichsgericht entschieden: "Das Betreiben eines Gewerbes auf der Strasse mit einem festen Stand kann in den Rahmen des Gemeingebrauchs fallen"<sup>1)</sup>. Diesen Satz darf man allerdings nicht verallgemeinern, vielmehr wird man die jeweiligen Strassenverhältnisse zu berücksichtigen haben, um zu vermeiden, dass die anderen Arten der Ausübung des Gemeingebrauchs nicht ungebührlich behindert werden. Aus diesem Gesichtspunkt hat der Bundesgerichtshof entschieden: "Ein auf öffentlicher Strasse von einem festen Verkaufsstand unterhaltener Gewerbebetrieb geht über den Gemeingebrauch hinaus"<sup>2)</sup>. Ebenso sehr wie diese beiden höchstrichterlichen Entscheidungen gehen auch die Auffassungen im Schrifttum darüber auseinander, welche Arten von Strassenhandel oder sonstiger gewerblicher Nutzung der Strassen dem Gemeingebrauch zugerechnet werden sollen. Es lässt sich immerhin feststellen, dass in jüngerer Zeit mit Zunahme des Strassenverkehrs der Umfang des Wirtschaftszwecks öffentlicher Verkehrswege immer enger gesehen wird. So hält Nedden<sup>3)</sup> nur noch den ambulanten Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften für vereinbar mit dem Gemeingebrauch<sup>4)</sup>. Auch Ganschezian-Fink<sup>5)</sup> tritt für eine Einschränkung des Gemeingebrauchsbegriffs im Hinblick auf den gesteigerten Verkehr

1) RGZ 125,108 (113).

2) BGHZ NJW 56,104 (105).

3) Nedden, Der Handel auf den öffentlichen Strassen, in NJW 56,81 ff.

4) Ebenso BGHZ 23,157 (167).

5) Ganschezian-Fink, NJW 57,287.

ein. Dieser einengenden Auslegung des Wirtschaftszwecks öffentlicher Verkehrswege soll insoweit zugestimmt werden, als wenigstens grundsätzlich die Nutzung zu Wirtschaftszwecken dem Gemeingebrauch wie bisher zugerechnet wird. Im übrigen ist hier noch stärker als beim Anliegergemeingebrauch auf die jeweiligen Bedürfnisse des Verkehrs Rücksicht zu nehmen, hinter denen die beiden anderen Gemeingebrauchsarten zurückstehen müssen.

Abschliessend ist festzustellen, dass entgegen der gesetzlichen Neuregelung Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs nicht mit der Erfüllung des Verkehrszwecks öffentlicher Wege ausgefüllt sind<sup>1)</sup>, sondern dass dazu ebenso Anbauzweck und Wirtschaftszweck gehören müssen<sup>2)</sup>.

Der den Gemeingebrauch definierende Absatz 1 des § 15 EnwLStrG müsste deshalb folgender massen lauten:

"Der Gebrauch der Strassen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften gestattet."

Die im Rahmen der Widmung (§ 15 Abs.1 EnwLStrG) zulässigen Nutzungsarten wären zur Klarstellung in der Vorschrift über die Widmung zu nennen und ausserdem die für den Ausspruch der Widmung zuständigen Behörden zu benennen. § 7 EnwLStrG müsste dann lauten:

"Die Widmung für den öffentlichen Gebrauch zu Verkehrs-, Anlieger- und Wirtschaftszwecken verfügen die Wegeordnungsbehörden der in §§ 42-44 genannten Gebietskörperschaften."

1) Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht, FiZschrft Bd.31 S.90.

2) Ebenso Schneider, WRP 59,216.

#### § 6 Die Regelung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch die Verkehrsvorschriften.

Neben der Widmung sind in den neuen Wegegesehen auch die Verkehrsvorschriften als Grenzen bezeichnet, innerhalb derer sich der Gemeingebrauch zu halten hat<sup>1)2)</sup>. Ausserdem "kann der Gemeingebrauch beschränkt werden, wenn dies wegen des baulichen Zustandes zur Vermeidung ausserordentlicher Schäden an der Strasse oder für die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs notwendig ist". Eine solche Verkehrsbeschränkung oder ein zeitweiliges Verbot der gemeingebrauchlichen Benutzung wird durch die Strassenverkehrsbehörden oder die Strassenbaubehörden erlassen. Den Strassenbaubehörden wurde - vorbehaltlich anderer Anordnungen der Strassenverkehrsbehörden über eine Beschränkung des Gemeingebrauchs - ihre Befugnis deshalb gegeben, weil sie den baulichen Zustand der Strassen am besten beurteilen kann. Bei diesen von der Strassenbaubehörde verfügten Beschränkungen wird es sich vornehmlich um solche für Kraftfahrzeuge hinsichtlich der Geschwindigkeit und des Gesamtgewichts handeln, zB in Fällen, wo durch Frostaufbruch gefährdete Strassen besonderer Schonung hinsichtlich der Belastung und Reibung bedürfen<sup>3)</sup>. Das Verbot oder die Beschränkung darf jedoch nicht zu einem dauernden Ausschluss des Gemeingebrauchs führen, weil sonst die Vorschriften über die Einziehung von Wegen<sup>4)</sup> umgangen werden könnten. Auch falls nur bestimmte Nutzungsarten dauernd untersagt werden, würde dies eine unzulässige Einschränkung der Widmung bedeuten; die Einschränkung darf nur in einem besonderen förmlichen Verfahren erfolgen<sup>5)</sup>. Zulässig ist eine Einengung

1) § 7 FStrG; § 8 Abs.3 berlStrG; Art.15 bayStrWG; § 16 EnwLStrG.

2) Die Stellungnahme der Landschaftsverbände tritt mit Recht für eine Streichung dieser Bestimmung ein, die teilweise aus der Strassenverkehrsordnung (§§ 3 u. 4) übernommen, teilweise selbstverständlich ist.

3) Marschall, Bundesfernstrassen-Gesetz, S.117.

4) Vgl. § 8 EnwLStrG.

5) HeVGh in VerKspr 53,340 (345).

des durch die Widmung bestimmten Gemeingebrauchs nur in den Fällen des § 4 StVO<sup>1)</sup>, wobei Gründe der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs oder die Verhütung vermeidbarer Belästigungen als Voraussetzungen einer einschränkenden Verfügung gegeben sein müssen und alle Massnahmen zur Beschränkung oder Sperrung des Verkehrs nach pflichtmässigem Ermessen der zuständigen Behörde zu treffen sind<sup>2)</sup>. Der durch die Widmung zugelassene Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs darf andererseits auch nicht durch die Strassenbau- oder Strassenverkehrsbehörde erweitert werden. Wenn zB ein besonderer Gehweg geschaffen und als solcher gewidmet worden ist, kann er nicht auch für Fahrräder freigegeben werden, ohne dass der Träger der Strassenbaulast eine ausdrückliche Widmung ausspricht. Das gleiche gilt für die Bestimmung von Gehwegen zu Parkplätzen nach § 16 Abs.2 StVO, die auch nur dann zulässig ist, wenn der Träger der Strassenbaulast vorher seine Zustimmung erteilt hat<sup>3)</sup>. Eine Beschränkung des Gemeingebrauchs ist ausser durch Widmung und verkehrsbehördliche Vorschriften nach § 16 EnwLStrG dann möglich, "wenn dies wegen des baulichen Zustandes/Notwendig ist".

Es bleibt also festzuhalten, dass der Gemeingebrauch durch Anordnungen der Strassenverkehrsbehörden oder der Strassenbaubehörden beschränkt werden kann, eine dauernde Erweiterung oder Einschränkung bzw Aufhebung bestimmter Nutzungsarten jedoch unzulässig ist<sup>4)</sup>.

- 1) Strassenverkehrs-Ordnung vom 13.11.1937 (RGBl I S.1197) idF der Bekanntmachung vom 29.3.1956 (BGBl I S.271, 327).
- 2) OVG Mstr in DVBl 51,223.
- 3) Marschall, Bundesfernstrassen-Gesetz, S.116.
- 4) BVerwG in VerwRspr 9,671 (673).

### § 7 Die Beschränkung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch allgemeine Grundsätze.

Der Umfang des Gemeingebrauchs wird nicht nur durch die im Gesetz genannten Schranken der Widmung und der Verkehrsvorschriften bestimmt. Es bestehen vielmehr daneben noch wichtige Beschränkungsgrundsätze, die von der Wissenschaft aus dem Wesen des Gemeingebrauchs entwickelt worden sind.

#### a) Die Gemeinverträglichkeit der Benutzung<sup>1)</sup>

Seinen ersten Ausdruck<sup>2)</sup> hat der "Grundsatz der Gemeinverträglichkeit des öffentlichen Gebrauchs<sup>3)</sup>" in der Vorschrift des § 25 II 15 ALR gefunden, wo es heisst: "Den nach § 7 einem jeden freistehenden Gebrauch der Landstrassen muss ein jeder so ausüben, dass der andere an dem gleichmässigen Gebrauch des Weges nicht gehindert, noch zu Zänkereien oder gar Tätlichkeiten über das Ausweichen Anlass gegeben werde". Ähnlich bestimmt § 1 StVO, dass jeder Teilnehmer am öffentlichen Strassenverkehr sich so zu verhalten habe, dass kein anderer gefährdet, geschädigt, oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird. Diesen Vorschriften liegt das Bestreben zugrunde, einen Ausgleich der Spannung herbeizuführen, die aus der unbegrenzten Zahl der Teilnehmer am Gemeingebrauch und der Begrenztheit der verfügbaren Verkehrswege erwächst<sup>4)</sup>. Mit diesem Problem mehrerer miteinander konkurrierender

- 1) Vgl. insgesamt dazu Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958.
- 2) Quellen für erste Ansätze dieses Rechtsgedankens in polizeilichen Wegeordnungen bei Scheuner, Festschrift S.80.
- 3) Der Ausdruck stammt von Petersen, Grundprinzipien, S.74, und ist vom Schrifttum aufgegriffen worden, vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.343, Wolff, Verwaltungsrecht I, S.308; Stammler, Gruch 70,145, spricht vom "Gesichtspunkt der Harmonie aller Gebrauchsberechtigten".
- 4) Darüber ausführlich Huber, DÖV 55,134.

Teilnehmer am Gemeingebrauch, die sich alle auf ein gleichwertiges Nutzungsrecht berufen können, hat sich das Reichsgericht schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1886<sup>1)</sup> auseinandergesetzt, und ist zu folgender Erwägung gekommen: "Aus dem Wesen des Rechts des Gemeingebrauchs als dem gleichen Recht aller, welche sich in der Lage befinden, von dem Objekt des Rechtes Gebrauch zu machen, muss man die Folgerung ziehen, dass das Recht eines einzelnen seine Grenze findet in dem gleichen Recht aller übrigen<sup>2)</sup>". Dieses unbestrittene gleiche Recht aller auf den Gemeingebrauch und der daraus abgeleitete Grundsatz der Gemeinverträglichkeit der Nutzungsart schliessen jedoch nicht völlig aus, dass andere von der vorübergehenden Teilnahme am Gemeingebrauch ausgeschlossen oder in ihr behindert werden dürften; denn "dort, wo der eine geht, fährt oder Sachen trägt, kann nicht zur gleichen Zeit ein anderer denselben Gebrauch von den öffentlichen Verkehrswegen machen<sup>3)</sup>". Infolgedessen muss man eine Benutzungsart, die andere Teilnehmer nur für kurze Zeit und in unbedeutender Weise beeinträchtigt, noch dem Gemeingebrauch zurechnen. Die Schranke der Gemeinverträglichkeit wird erst dann überschritten, wenn dauernder oder derart umfangreicher Gebrauch von den Verkehrswegen gemacht wird, dass eine ernsthafte Beeinträchtigung oder gar der Ausschluss der übrigen Teilnehmer am Gemeingebrauch die Folge ist<sup>4)5)</sup>. So kann zB

1) RG 16,146; ebenso 18,258.

2) RGZ SeuffArch Bd.42 S.11 ff; vgl. Brabant, JW 38,3202.

3) RGZ Gruch 33,420 (424); weitere Entscheidungen: proVG 10,192; 74,360 (363); 83,381 (390); BVerwG 4,342 (344).

4) Vgl. dazu RGZ 123,181 (185).

5) Scheuner, Festschrift S.78, erstreckt den Begriff der Gemeinverträglichkeit "auf den Gesamtbereich der Nutzungen der Sachen im Gemeingebrauch, auf Gemeingebrauch, Eigentümerstellung wie Sonderberechtigungen"; ein Gedanke, der sich folgerichtig aus dem gemeinsamen Sachinteresse der Beteiligten ergibt.

der Verkehr mit schweren Lastkraftwagen gegen den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit verstossen, weil er durch seine Intensität den Gebrauch der übrigen Verkehrsteilnehmer an den öffentlichen Verkehrswegen behindert oder empfindlich stört<sup>1)</sup>. Wo das der Fall ist, muss trotz der verkehrsmässigen Benutzung rechtlich von einem Sondergebrauch gesprochen werden<sup>2)</sup>. Die Schranke der Gemeinverträglichkeit der Benutzungsart gilt nicht nur für die Verkehrsnutzung sondern ebenso für die beiden anderen Ausnutzungsarten des Gemeingebrauchs, den Anlieger- und Wirtschaftsgebrauch<sup>3)</sup>. Auch diese werden zum Sondergebrauch, wenn sie eine wesentliche und dauernde Verkehrsbeeinträchtigung zur Folge haben. Ansonsten verträgt sich die Zurechnung des Anliegergebrauchs zum Gemeingebrauch sehr wohl mit dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit dieser Nutzungsart, da der Anliegergebrauch gerade durch dieses Merkmal der nur vorübergehenden und oberflächlichen Nutzung vom Sondergebrauch abgegrenzt ist. Das gleiche gilt für die wirtschaftliche Nutzung öffentlicher Verkehrswege. Die Unterscheidung der einzelnen Gebrauchsarten in Gemeingebrauch und Sondergebrauch kann freilich nicht völlig abstrakt erfolgen, da die jeweiligen örtlichen Verhältnisse eine Rolle spielen. Andererseits ist es unbefriedigend, die Zurechnung der jeweiligen Gebrauchsarten zum Gemeingebrauch völlig der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen zu wollen<sup>4)</sup>. Der "objektive Rechtssatz des Rechts der öffentlichen Sachen<sup>5)</sup>" von der Gemeinverträglichkeit der Nutzung als Schranke des Gemeingebrauchs gibt

1) Das soll jedoch nach bwVerwGH in VerwRspr 3,371 (374) beim Verkehr mit Linienomnibussen nicht der Fall sein, sofern die erforderlichen Haltestellen nicht eine unverhältnismässige Behinderung des übrigen Verkehrs mit sich bringen.

2) Nau, Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, Diss.jur. Mainz 1957, S.22.

3) Vgl. BGHZ 22,395 (399).

4) Vgl. oben, S.28.

5) Scheuner, Festschrift für Gieseke, S.84.

hier einen brauchbaren, weil vor Beginn der Nutzung bereits überprüfbar Anhaltspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nutzungsart als Gemeingebrauch.

b) Die Unschädlichkeit der Benutzung

Der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit wird durch den Grundsatz der Unschädlichkeit des öffentlichen Gebrauchs<sup>1)</sup> ergänzt. Hier wird der Gemeingebrauch nicht durch das gleiche Teilnahmerecht aller eingeschränkt, es wird vielmehr die einzelne Teilnahmehandlung nur insoweit dem Gemeingebrauch zugerechnet, als sie für den Bestand der öffentlichen Verkehrswege unschädlich ist<sup>2)</sup>. Wenn sie schädlich ist, gehört sie zum Sondergebrauch<sup>3)</sup>. Unschädlichkeit der Benutzung bedeutet, dass die Nutzungshandlung die Zweckbestimmung des Verkehrsweges nicht beeinträchtigen darf. Für gewisse Fahrzeuge oder Benutzungsarten sind in der StVZO<sup>4)</sup> Vorschriften enthalten, die eine tunliche Schonung der Strassendecke vorschreiben und insoweit die Unschädlichkeit der Benutzung ausdrücklich zur Voraussetzung der Teilnahme am Gemeingebrauch machen. Eine Beeinträchtigung ist zB die Zerstörung oder auch aussergewöhnliche Abnutzung der Strassendecke durch einzelne Verkehrsteilnehmer. Die Benutzung der Strassen kann aber auch dadurch schädlich sein, dass zwar der einzelne Teilnehmer noch keinen Schaden verursacht, aber eine mehrfache gleichartige Benutzungsweise eine aussergewöhnliche Abnutzung oder gar Zerstörung der Strassen hervorruft, was dann als Sondergebrauch

1) Petersen, Grundprinzipien, S.83.

2) Schmidt, FfZschrft Bd.47, 58, 60.

3) Vgl. unten S.71.

4) Strassenverkehrs-Zulassungsordnung vom 13.11.1937 (RGBl I S.1215) idF der Bekanntmachung vom 29.3.1956 (BGBl I S.271 ber.510); vgl. § 36 Abs.5, der für Gleiskettenfahrzeuge eine bestimmte Bauart vorschreibt und § 37, der Gleitschutzvorrichtungen oder Schneeketten nur dann zulässt, soweit nachteilige Wirkungen auf die Fahrbahn vermieden werden.

anzusehen wäre. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Benutzung der Strasse beim Betrieb von schweren Lastkraftwagen zu betrachten. Bei dem gegenwärtigen baulichen Zustand der meisten Strassen, abgesehen von den Autobahnen, führt die Benutzung durch Lastkraftwagen von erhöhtem Gesamtgewicht zu einer unverhältnismässig hohen Abnutzung der Strassen. Diese Benutzung überschreitet die dem Gemeingebrauch durch den Grundsatz der Unschädlichkeit gezogenen Grenzen und kann deshalb nicht mehr zum Gemeingebrauch gerechnet werden<sup>1)</sup>. Ebenso verstossen auch diejenigen Nutzungen der Anlieger und Gewerbetreibenden gegen den Grundsatz der Unschädlichkeit der Gebrauchsausübung, die eine dauernde Benutzung der Strassendecke enthalten oder den Luftraum über der Strasse oder den darunter befindlichen Grund derart nutzen, dass dadurch die Brauchbarkeit der Strasse wesentlich beeinträchtigt oder gar geschädigt wird. So überschreitet die Grenze vom Grundsatz der Unschädlichkeit eine Nutzung der Strasse durch Aufstellen fester Verkaufsstände, soweit der Verkehr zwar nicht behindert wird, aber mit dem Aufstellen eine Verletzung der Strassendecke verbunden ist. Nach dem Grundsatz von der Unschädlichkeit der Gebrauchsausübung wird ausserdem auch eine bloss verunstaltende Benutzung öffentlicher Verkehrswege dann nicht mehr als Gemeingebrauch anzusehen sein, wenn sie ihn auszuschliessen oder wesentlich zu behindern vermag<sup>2)</sup>. Das gleiche gilt auch für eine dauernde Benutzung, die eine behindernde Verunreinigung zur Folge hat. Ebenso sind Vorbauten, Überdächer, Reklametafeln, Leuchtreklamen und dergleichen nicht mehr dem Gemeingebrauch zuzurechnen, wenn sie etwa die Sicht oder freie Durchfahrt beeinträchtigen.

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.307, aus verkehrsrechtlichen Gründen; aA Scheuner, Festschrift für Gieseke, S.87, mit wirtschaftspolitischen Argumenten.

2) Petersen, Grundprinzipien, S.87 ff.

Der Grundsatz der Unschädlichkeit der Gebrauchsausübung als Kriterium für die Zugehörigkeit zum Gemeingebrauch findet also immer dann Anwendung, wenn eine Handlung nicht gegen Widmung, Verkehrsvorschriften oder Gemeinverträglichkeit verstösst, aber trotzdem der Gemeingebrauch durch Veränderung oder Zerstörung der öffentlichen Wege behindert oder unmöglich gemacht wird.

D § 8 Abschliessende Beurteilung der gesetzlichen Begriffsbestimmung

Eine Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs ist dem Charakter der zu bestimmenden Rechtsfigur entsprechend vielfältig und umfangreich. Je nach Betonung des einen oder anderen Merkmals, das für besonders wichtig gehalten wird, entsteht eine neue oder wenigstens gegenüber den bisherigen andersartige Definition. Diese Vielfalt soll nicht durch Altbekanntes in neuer Form vermehrt, sondern das Gewicht auf der Einordnung und Unterscheidung der bisher entwickelten Begriffsmerkmale des Gemeingebrauchs gelegt werden.

Als das Objekt des Gemeingebrauchs verdient der öffentliche Weg in seiner begrifflichen Bestimmung als erster Bestandteil der Definition des Gemeingebrauchs genannt zu werden. Unklarheiten über Entstehung und Rechtslage des öffentlichen Weges führen unvermeidlich zu Verwirrung über Umfang sowie den rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs, weil die gemeinsame Grundlage dieser Begriffe auf den Vorschriften über die Widmung beruht. Die im ganzen sachgerechten und zweckmässigen Vorschriften der neuen Wegegesetze über Voraussetzungen und Folgen der Widmung wie auch über die Bestandteile des öffentlichen Weges und seine Rechtslage im privaten und öffentlichen Recht haben eine erfreuliche und notwendige Klärung gebracht, die der Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs unmittelbar zugute kommt.

Bestimmendes Merkmal des Gemeingebrauchsbegriffs ist der Grundsatz von der Benutzungsfreiheit der öffentlichen Wege, dh, die Benutzung gehört immer nur dann begrifflich zum Gemeingebrauch, wenn sie ohne irgendeine besondere Zulassung möglich ist. Von der Anerkennung dieses Grundsatzes ist nach einhelliger Auffassung der Gemeingebrauch seinem Wesen nach abhängig. Umstritten ist allerdings der Inhalt der Benutzungsfreiheit, die eine enge Auffassung für identisch mit der Freiheit der Zulassung zur Benutzung erklärt, während eine weitere Auffassung sie für den Oberbegriff der Zulassungsfreiheit und auch der Gebührenfreiheit hält. Die neue Gesetzgebung bringt als Lösung einen schon von einem Teil der Wissenschaft vertretenen Kompromiss, nach dem die Gebührenerhebung für die Ausübung des Gemeingebrauchs zwar grundsätzlich zulässig ist, aber besonderer gesetzlicher Regelung für den Einzelfall bedarf. Diese Lösung verdient Zustimmung, soweit durch sie nicht der Grundsatz der allgemeinen Benutzungsfreiheit auf dem Umweg einer übermässigen Gebührenforderung gegen einzelne Teilnehmergruppen am Gemeingebrauch praktisch aufgehoben wird.

Der Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchsbegriffs wird durch drei voneinander unabhängige Komponenten bestimmt.

Ausgangspunkt für die Bestimmung von Inhalt und Umfang ist der Zweck des öffentlichen Weges, dessen Verwirklichung durch die Ausübung des Gemeingebrauchs erreicht wird. Da der öffentliche Weg vorwiegend Mittel zur Erleichterung der Fortbewegung von Ort zu Ort ist, enthält der Begriff des Gemeingebrauchs an erster Stelle seine Inhaltsbestimmung durch die Gestattung der Teilnahme am Verkehr. Dieses inhaltsbestimmende Merkmal des Gemeingebrauchs wird in der neuen Wegegesetzgebung ausdrücklich hervorgehoben.

Freilich ist der öffentliche Weg seinem Wesen nach neben dem Verkehr auch noch anderen Zwecken zu dienen bestimmt.

Es sind dies einmal die Befriedigung der über das Verkehrsinteresse hinausgehenden notwendigen Bedürfnisse der Anlieger (Anbauzweck) und zum anderen die Ermöglichung bestimmter Geschäftszweige (Wirtschaftszweck). Auch diese, dem Zweck des öffentlichen Weges entsprechenden Benutzungsarten, wurden im früheren preussischen Rechtsgebiet stets zum Inhalt des Gemeingebrauchs gerechnet. Wenn die Regelung der neuen Wegegesetze davon abweicht, so geschieht das aus vorwiegend verkehrstechnischen Überlegungen. Man hofft durch die Genehmigungspflicht des Anlieger- und Wirtschaftsgemeingebrauchs die gegenwärtige Überbelastung öffentlicher Verkehrswege vermindern zu können. Dabei macht man den nicht zu rechtfertigenden Versuch, ein technisches Problem mit juristischen Mitteln zu lösen. Einer bloss erhofften Erleichterung des Verkehrs steht dabei die sicher vorauszu- sehende Steigerung der Verwaltungstätigkeit und die Schmälerung berechtigter Interessen entgegen.

Falls die Vorschriften über den Gemeingebrauch nicht im oben vorgeschlagenen Sinne geändert werden, wird es Aufgabe der Rechtsprechung sein, den neuen Gemeingebrauchsbegriff so auszulegen, wie er richtigerweise zu verstehen ist, nämlich unter Einbeziehung der auch bisher gemeingebrauchlichen Benutzungsarten<sup>1)</sup>.

Wird die inhaltliche Bestimmung des Gemeingebrauchsbegriffs durch den Zweck des öffentlichen Weges getroffen, so bestimmen Verkehrsvorschriften und daraus entwickelte allgemeine Grundsätze seinen Umfang.

Die Verkehrsvorschriften werden in der neuen Wegegesetzgebung ausdrücklich als Rahmen des Gemeingebrauchs bezeichnet. Sie enthalten sowohl Vorschriften über eine generelle

1) Ebenso Förg, Aufstellung von Warenautomaten nach dem bayerischen Strassen- und Wegegesetz, Gewerbearchiv 59, S.53; Zippelius, Grundfragen, S.848; von Eisenhart-Rother, BB 59,1195.

Verkehrsregelung als auch die Möglichkeit zu speziellen Verkehrsbeschränkungen und Verboten, die jedoch den Inhalt des Gemeingebrauchs nicht für die Dauer einschränken oder abändern dürfen.

Ergänzt und verstärkt werden diese gesetzlichen Vorschriften über den Umfang des Gemeingebrauchs durch die Rechtsgrundsätze von der Gemeinverträglichkeit und der Unschädlichkeit der zum Gemeingebrauch gehörenden Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die für den Verkehrsgebrauch ebenso wie für den Anlieger- und Wirtschaftsgebrauch gelten. Diese Grundsätze haben zwar keinen Eingang in die gesetzliche Neuregelung gefunden, sie sind jedoch von Lehre und Rechtsprechung zu derart unabdingbaren Merkmalen des Gemeingebrauchs gemacht worden, dass sie dem gesetzlichen Gemeingebrauchsbegriff stillschweigend hinzugefügt werden können und müssen.

Abschliessend sei aus der grossen Zahl von Definitionen des Gemeingebrauchs<sup>1)</sup> als Beispiel diejenige von Wolff<sup>2)</sup> zitiert, weil sie aus der neuesten Zeit stammt und sich auf das Wesentliche beschränkt: "Gemeingebrauch ist die jedermann kraft öffentlichen Rechts gewährte Möglichkeit, eine öffentliche Sache ohne besondere Zulassung gemäss ihrer hoheitlichen Zweckbestimmung (Widmung) und in der üblichen Weise so zu benutzen, "dass kein anderer gefährdet, geschädigt, oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird" (§ 1 StVO), bzw "soweit nicht Rechte anderer entgegenstehen und soweit Befugnisse oder der Eigentümer- oder Anliegergebrauch anderer dadurch nicht beeinträchtigt werden" (§ 23 Abs.1 WHaushG)".

1) Germershausen-S., Wegerecht I, S.74; Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1952; Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, S.206; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.46; Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, S.510; Koellreutter, Grundfragen, S.68; von Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.156; Huber, DÖV 55,131; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.339.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.307.

## II. Kapitel. Der rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs

Die schon seit langem umstrittene Frage nach dem Rechtscharakter des Gemeingebrauchs ist über ihr theoretisches Interesse hinaus auch von praktischer Bedeutung für die Frage nach dem Rechtsschutz und nach dem Rechtsschutzberechtigten bei einer Beeinträchtigung in der Ausübung des Gemeingebrauchs.

### A § 9 Die Stellungnahme des Gesetzes zum Rechtscharakter des Gemeingebrauchs

Zur rechtlichen Charakterisierung des Gemeingebrauchs geben die neuen Wegegesetze einen Anhaltspunkt, der besagt, dass der Gebrauch der Strassen jedermann gestattet sei<sup>1)</sup>. Hier wird als Subjekt des Gemeingebrauchs im Sinne der Zulassungsfreiheit "jedermann" bezeichnet. Diese Bezeichnung eines unbestimmten aber bestimmaren Personenkreises, eben des "jedermann", zum Träger eines Rechtes<sup>2)</sup>, ist heute nichts Ungewöhnliches mehr; auch das Grundgesetz<sup>3)</sup> wählt diese Ausdrucksweise, wenn es etwa in Art.4 Abs.1 heisst: "Jeder hat das Recht, seine Meinung . . . frei zu äussern", oder in Art.8: "alle Deutschen haben das Recht . . .". Wenn das Gesetz jedermann den Gemeingebrauch gestattet, so lässt sich daraus nur entnehmen, dass ein Recht gewährt werden soll; es lässt sich daraus aber nichts über den rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs ableiten.

Einen weiteren Anhaltspunkt für die Auffassung des Gesetzgebers vom rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs könnte man in der Wahl des Wortes "gestatten" im Zusammenhang

- 1) § 7 FStrG; § 8 berlStrG; Art.4 bayStrWG; § 15 Abs.1 EnwIStrG.
- 2) Stammer, Gruch Bd.7o S.138, spricht von einem "Recht mit beliebigem Inhaber".
- 3) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5.1949 (BGBl 1).

mit der Ausübung des Gemeingebrauchs sehen. Die Verwendung dieses Wortes ist jedoch in der Rechtssprache zu uneinheitlich, um daraus Schlüsse auf den Rechtscharakter des Gemeingebrauchs ziehen zu können. So versteht zB Wolff<sup>1)</sup> unter einer Gestattung "die durch einen verwaltungsrechtlichen Besitzstand gewährte Berechtigung, wenn sie nur unter besonderen gesetzlich genannten Voraussetzungen einem erheblichen öffentlichen Interesse weichen muss". Als Beispiel gibt Wolff eine Erlaubnis ohne Widerrufsvorbehalt an. Forsthoff<sup>2)</sup> hingegen gebraucht den Ausdruck "Gestattung" im Zusammenhang mit der über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die entweder Gebrauchserlaubnis oder Nutzungsverleihung sein könne. Dafür wiederum braucht Wolff den später zu erläuternden Begriff der intransitiven Verstattung<sup>3)</sup>. Der Ausdruck Gestattung hat bei Forsthoff, anders als bei Wolff, überhaupt keine feste technische Bedeutung. Peters<sup>4)</sup> wiederum spricht von "gestatten" nur bei der Erteilung einer Gebrauchserlaubnis für eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung, braucht aber im Gegensatz zu Forsthoff bei der Erteilung eines Nutzungsrechtes den Ausdruck "verleihen"<sup>5)</sup>. Die Beispiele zeigen deutlich genug, dass sich bisher mit den Ausdrücken "gestatten" oder "Gestattung" noch kein allgemein anerkannter Rechtsbegriff verbunden hat. Eine Erscheinung, die für das öffentliche Recht insgesamt kennzeichnend ist und die Verständigung auf diesem Rechtsgebiet erheblich erschwert.

Einen gewissen Aufschluss über den Rechtscharakter des Gemeingebrauchs könnte allenfalls § 15 S.2 EnwIStrG vermitteln, der lautet: "Auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs

- 1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.214.
- 2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.344.
- 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.214.
- 4) Peters, Lehrbuch der Verwaltung; S.211.
- 5) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.212.

besteht kein Rechtsanspruch<sup>1)</sup>. Diese Bestimmung steht mit der bisherigen Auffassung im Einklang<sup>2)</sup>, wonach ein Recht auf Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs schon deshalb nicht bestehen kann, weil sonst jede Strassenänderung oder Strassenverlegung von der Zustimmung bzw. Entschädigung der Gemeingebrauchsteilnehmer abhängig gemacht würde. Mit der Verneinung eines Rechtsanspruches auf Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs ist aber nur eine Teilaussage über den Rechtscharakter des Gemeingebrauchs gemacht. Denn durch diese Vorschrift wird ein etwaiger Anspruch auf ungehinderte Teilnahme oder gar auf Eröffnung des Gemeingebrauchs nicht ausgeschlossen. Ein Versuch, von der Regelung des Strassenanliegerrechtes Schlüsse auf den Rechtscharakter des Gemeingebrauchs zu ziehen, erscheint deshalb problematisch, weil das Gesetz, wie oben dargelegt, den nach der bisherigen Auffassung zum Gemeingebrauch gehörenden Anliegergebrauch als eine Besonderheit behandelt hat. Zwar findet sich in § 17 Abs. 1 EnwLStrG bezüglich des Bestehens eines Anliegergebrauchs die gleiche Regelung wie beim Gemeingebrauch in § 15 Abs. 1 EnwLStrG, dass nämlich den Strassenanliegern kein Anspruch darauf zusteht, dass die Strasse nicht verändert oder nicht eingezogen wird. Der in § 17 Abs. 2 EnwLStrG unter gewissen Voraussetzungen gewährte Enteisungsanspruch bei Veränderung oder Einziehung der Strasse ist jedoch so speziell auf den Anliegergebrauch zugeschnitten, dass sich eine Parallele zum Gemeingebrauch verbietet, aus der sich Schlüsse auf den vom Gesetzgeber gewollten rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs ableiten liessen.

1) Ebenso Art. 14 bayStrWG.

2) Vgl. die antliche Begründung zu § 15 Abs. 1 EnwLStrG.

B Die verschiedenen Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung vom rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs

Da das Gesetz keine Klärung über den rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs bringt, sollen die bisher entwickelten Charakterisierungen im einzelnen dargestellt werden und eine dem neuen Wegerecht und den praktischen Erfordernissen angemessene Lösung gesucht werden.

#### § 10 Die gänzliche Ablehnung einer rechtlichen Qualifizierung des Gemeingebrauchs

Otto Mayer hat im Anschluss an seine Lehre vom öffentlichen Eigentum den Gemeingebrauch für einen Ausfluss der natürlichen Freiheit des Menschen erklärt<sup>1)</sup>. Er lehnt zunächst die privatrechtliche, aus dem älteren Recht stammende Konstruktion des Gemeingebrauchs als eines genossenschaftlichen Rechtes ab, weil sie nicht mehr der Rechtswirklichkeit entspreche. Auch die Auffassung vom Gemeingebrauch als einem Mitgliedschaftsrecht, beruhend auf dem Staatsbürgerrecht oder Gemeindebürgerrecht, wird wegen des deutlichen Widerspruchs zur Rechtswirklichkeit verworfen<sup>2)</sup>. Denn das Rechtsinstitut der Allmende sei aus dem gegenwärtigen Recht so gut wie verschwunden. Auch Gemeindefremde oder Ausländer seien deshalb von der Teilnahme am Gemeingebrauch nicht auszuschliessen. Mayer hält eine Ausdehnung der Teilnahmebefugnis am Gemeingebrauch auf alle Rechtssubjekte für folgerichtig und kommt zu dem Satz: "Berechtigt zum Gemeingebrauch ist jedermann<sup>3)</sup>". Das schliesse aber, so meint er, die Möglichkeit aus, den Gemeingebrauch als ein subjektives öffentliches Recht anzusehen, weil als Rechtsträger dann nur der "unmögliche jedermann" infrage

1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 142.

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 138 f.

3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 139.

komme<sup>1)</sup>. Wie bereits oben dargelegt<sup>2)</sup>, enthält jedoch die Vorstellung, die Allgemeinheit als unbestimmte Zahl von Rechtssubjekten könne Rechtsträger sein, keine Schwierigkeiten mehr. Mayer kommt bei seinem Lösungsversuch unter Ablehnung der geschichtlich überwundenen polizeistaatlichen Auffassung vom Gemeingebrauch als einer anstaltlichen Nutzung<sup>3)</sup> zu dem Ergebnis, der Gemeingebrauch gehöre zu einem gewissen Kreis solcher Lebensäusserungen des Menschen im neuen Staat, die als natürlich und selbstverständlich von der öffentlichen Gewalt zu achten seien und in die nur kraft Gesetzes eingegriffen werden dürfe<sup>4)5)</sup>. Die Eigenschaft des Gemeingebrauchs als Teil der verfassungsmässig gewährleisteten Freiheit des Menschen im Staate, die zugleich auch ein Menschenrecht sei, mache ihn zu einem rechtlich wohlgesicherten Vorteil des einzelnen<sup>6)</sup>.

Im Anschluss an diese Auffassung und unter Berufung auf Otto Mayer bezeichnet Apelt<sup>7)</sup> den Gemeingebrauch als "eine einfache, tatsächliche und rechtliche Möglichkeit". Ähnlich äussert sich auch Schelcher<sup>8)</sup>, der den Gemeingebrauch als die "Betätigung der natürlichen Freiheit in Bezug auf einen

- 1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.142.
- 2) Vgl. S.
- 3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.140.
- 4) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.142.
- 5) Über die Unzulässigkeit des Rechtsweges wegen eines Anspruchs auf ungestörte Benutzung eines öffentlichen Weges vgl. RGZ 76,325; RGZ Gruch 47,1198.
- 6) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.142, insbesondere Anm. 10.
- 7) Apelt, Gibt es ein Recht des einzelnen auf Benutzung öffentlicher Wege?, FIZschrft Bd.30 S.108; ebenso Schmidt, FIZschrft Bd.47 S.61.
- 8) Schelcher, FIZschrft Bd.31 S.85.

Teil der Erdoberfläche bezeichnet<sup>1)</sup>. Der gleichen Ansicht ist auch Kurtzig<sup>2)</sup>, der zwar zunächst erklärt, der Gemeingebrauch sei ein Reflex objektiver Rechtsnormen, dann aber fortfährt: "richtiger ausgedrückt ist er nichts weiter als die persönliche Freiheit des Staatsbürgers, sofern sie sich an der öffentlichen Sache betätigt." Ebenso bezeichnet W. Jellinek<sup>3)</sup> den Gemeingebrauch als die jedermann zustehende Freiheit, die öffentliche Sache ihrer Zweckbestimmung gemäss zu benutzen<sup>4)</sup>. Endlich ist noch die Meinung Scheuners<sup>5)</sup> zu erwähnen, der feststellt: "Der Gemeingebrauch ist ein tatsächlicher Vorteil, der aus der Anlage der Strasse jedermann erwächst, eben daher aber auch kein rechtlich geschützter Vorteil"<sup>6)</sup>.

Die Auffassungen vom Gemeingebrauch als Ausfluss des natürlichen Freiheitsrechtes oder als eines tatsächlichen Vorteils sind abzulehnen, weil sie eine rechtliche Regelung grundsätzlich verneinen. Das wäre aber nur dann richtig, wenn sich aus der Teilnahme am Gemeingebrauch überhaupt keine rechtlichen Beziehungen zu dem Eigentümer des Wegegrundstückes, dem öffentlich rechtlichen Sachherrn und den Teilnehmern am Gemeingebrauch herleiten liessen. Doch steht zB das dem öffentlichen Verkehr gewidmete Grundstück gegenüber rechtswidrigen Eingriffen unter dem Schutze der Privatrechtsordnung. Auch die Beziehung der einzelnen Teilnehmer untereinander ist der Rechtsordnung unterstellt, damit die Ausübung des Gemeingebrauchs in geregelten Bahnen

- 1) Ähnl. auch Friedrichs, Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht in AÖR Bd.40 S.334.
- 2) Hatschek-Kurtzig, Lehrbuch des Deutschen und Preussischen Verwaltungsrechts, S.437.
- 3) Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, S.510.
- 4) Gleichfalls nicht als Recht sondern als eine im öffentlichen Recht wurzelnde Befugnis versteht Bochall II, DVBl 56,182, den Gemeingebrauch.
- 5) Scheuner II, Zur Neuordnung des Wegerechts, RVBl 37,732.
- 6) Ähnl. wohl auch Koellreutter, Grundfragen des Verwaltungsrechts, S.68.

verläuft und nicht das Recht des Stärkeren gilt. Kurzum, es handelt sich bei der Ausübung des Gemeingebrauchs nicht um eine "tatsächliche" Beziehung, die sich im rechtsfreien Raum abspielt, wie etwa das Atmen<sup>1)</sup>, wie es einer naturwissenschaftlich beeinflussten Betrachtungsweise scheinen möchte, sondern überall steht die rechtliche Wertung der Beziehungen im Vordergrund<sup>2)</sup>.

#### § 11 Die Unterstellung des Gemeingebrauchs unter das Privatrecht.

Die deutschrechtliche Auffassung, der rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs sei ausschliesslich aus dem Privatrecht zu erklären<sup>3)</sup>, hat heute keine Anhänger mehr; vielmehr wird der Gemeingebrauch allgemein dem öffentlichen Recht zugerechnet<sup>4)</sup>. Trotzdem scheint ein kurzer Rückblick auf diese Lehre vom Gemeingebrauch als privatem Recht lohnend, weil sich aus ihrer Ablehnung zT die heute vertretenen Theorien geformt haben. Das gilt einmal für die Auffassung vom Gemeingebrauch als eines subjektiven auf den einzelnen zugeschnittenen Mitgliedschaftsrechts an der bestehenden Rechtsgenossenschaft. Zum anderen hängt mit dieser Auffassung die bis heute erörterte Frage nach dem Kreis der Berechtigten am Gemeingebrauch zusammen.

Ausgehend von der deutschrechtlichen Konstruktion des genossenschaftlichen Eigentums, der sogenannten Allmende, an der die Mitglieder ein unmittelbares subjektives Recht auf

1) Das Beispiel stammt von Apelt, FfZtschrift Bd.30 S.98.

2) Vgl. Stammler, Gruch Bd.70 S.138.

3) So RGZ Gruch 27,891 (892) unter Berufung auf RGZ 1,158; Stammler, Gruch Bd.70 S.150.

4) Statt vieler vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht I S.340; vgl. auch RGZ Gruch 24,508 (510).

Gemeingebrauch hatten, wurde versucht, auch das Recht des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen als ein subjektives Privatrecht zu erklären<sup>1)</sup>. Dass diese Betrachtungsweise den Gedanken vom Gemeingebrauch als subjektivem Recht - allerdings jetzt auf der Grundlage des öffentlichen Rechtes - wachgehalten hat, zeigt sich zB bei Forsthoff<sup>2)</sup>, der seine Lehre vom Gemeingebrauch als subjektiv öffentlichem Recht mit einer, wenn auch ablehnenden Bezugnahme auf das genossenschaftliche Eigentum einleitet.

Auf der genossenschaftlichen Theorie beruht auch die bis heute nicht abgeschlossene Erörterung darüber, ob der Gemeingebrauch nur deutschen Staatsangehörigen zustehe oder auch Ausländer und Staatenlose eine ihnen gleiche Rechtsstellung haben sollen<sup>3)</sup>.

Im Gegensatz zu der deutschrechtlichen Auffassung hat die gemeinrechtliche vom Gemeingebrauch als einem Sachenrecht eigener Art<sup>4)</sup> mit servitutarischem Einschlag keine Spur in der heutigen Rechtswissenschaft hinterlassen.

#### § 12 Konstruktionen des Gemeingebrauchs innerhalb des öffentlichen Rechts.

In der neueren Zeit wird der Gemeingebrauch einhellig dem öffentlichen Recht zugezählt. Über seine rechtliche Ausgestaltung bestehen allerdings grundlegende Meinungsverschiedenheiten. Es lassen sich drei verschiedene Auffassungen unterscheiden.

1) V. Gierke, Genossenschaftsrecht, S.229, 234, 667, 670, 677, 678 Ann. 105.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.340.

3) Nau, Der Gemeingebrauch, S.76 f.

4) So die Pandektisten, zB: Dernburg, Pandekten, 7.Aufl. 1902/03, S.166; Regelsberger, Pandekten, Bd.1, 1893, § 113, S.41.

a) Der Gemeingebrauch als Rechtsreflex.

Die Lehre vom Gemeingebrauch als Reflex des objektiven Rechtes<sup>1)</sup> beruht auf der von Georg Jellinek<sup>2)</sup> getroffenen Unterscheidung von Rechtssätzen, die im Interesse der Allgemeinheit erlassen worden sind und solchen, die dem unmittelbaren Interesse des einzelnen dienen. Die dem Gemeininteresse dienenden Rechtssätze schreiben den mit der Vollziehung beauftragten Organen ein ganz bestimmtes Handeln gegenüber Dritten vor, "ohne dass die Rechtsordnung beabsichtige, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern"<sup>3)</sup>. Dem einzelnen komme vielmehr der materielle Erfolg als eine Reflexwirkung der Vollziehung einzelner Rechtsvorschriften durch die Behörde zu<sup>4)</sup>. Bachof<sup>5)</sup> bezeichnet den Rechtsreflex als Wirkung einer objektiven Rechtsnorm, "die eine Person faktisch begünstigt oder belastet, ohne ihren Bestand an Rechten oder Pflichten unmittelbar zu verändern". Das "Recht" besteht hier also lediglich in einem allgemeinen Anspruch gegen die Behörden auf ordnungsgemässen Gesetzesvollzug. So soll auch der einzelne bezüglich des Gemeingebrauchs keinen Rechtsanspruch auf Teilnahme haben<sup>6)</sup> sondern nur einen sogenannten Gesetzesvollziehungsanspruch, der auch gelegentlich als Interessenbefriedigungsanspruch bezeichnet wird<sup>7)</sup>.

Die Anwendung der Lehre vom Rechtsreflex auf die rechtliche Charakterisierung des Gemeingebrauchs erscheint jedoch

- 1) So: Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.211 Anm. 3; Fleiner, Institutionen, S.374; Köttgen, Öffentliches Sachenrecht, München 1937, S.129; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.103; Schelcher, FIZtschrift, Bd.31, S.79; Mittelbach, Wo parke ich meinen Wagen?, BB 55,851; und auch OVG Lbg DCV 54,91.
- 2) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl. 1905, S.67 ff.
- 3) Georg Jellinek, System, S.70.
- 4) Fleiner, Institutionen, S.172.
- 5) Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S.288.

in mehrfacher Hinsicht problematisch. Schon Fleiner<sup>1)</sup> weist auf die Schwierigkeit hin, Normen, welche einen blossen Rechtsreflex auslösen, von denen zu unterscheiden, die subjektiv-öffentliche Rechte begründen. Heute ist der stärkere Rechtsschutz des subjektiv-öffentlichen Rechtes nur insoweit als Unterscheidungsmerkmal zu gebrauchen, als hier mit der Vornahmeklage nach § 24 VGVO ein Anspruch auf Gewährung geltend gemacht werden kann, während die Durchsetzbarkeit eines Rechtsreflexes, der auf dem allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch bestehen müsste, wegen der Unmöglichkeit eine Popularklage zu erheben, ausgeschlossen ist<sup>3)</sup>. Diese Unterscheidungsmöglichkeit versagt aber dann, wenn eine Rechtsverletzung behauptet wird; denn da entgegen dem früheren Enumerationsprinzip nach dem nur bei Verletzung eines vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Rechtes geklagt werden konnte, heute die Generalklausel des § 22 Abs.2 VGVO<sup>3)</sup> und die Vorschrift des Art.10 Abs.4 GG grundsätzlich den Klageweg eröffnet haben<sup>4)</sup>, kann schon gegen eine Behinderung des Gemeingebrauchs im Verwaltungsstreitverfahren Klage erhoben werden<sup>5)</sup>, wenn behauptet wird, diese sei gesetzwidrig oder beruhe auf einem Ermessensfehlgebrauch<sup>6)</sup>. Das Bestehen eines Klagerechtes lässt daher nicht mehr auf den rechtlichen Charakter des zugrundeliegenden Rechtes schliessen.

- 6) Nebinger, Verwaltungsrecht, S.103.
- 7) Fleiner, Institutionen, S.172.
- 1) Fleiner, Institutionen, S.173.
- 2) Vgl. Klinger, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3.Aufl., Göttingen 1954, S.156 mit zahlreichen Angaben.
- 3) Verordnung Nr. 165 Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (Amtsbl.d.MilReg 1948 Nr.24 S.799). Die Abkürzung VGVO ist gegenüber MRVO 165 vorzuziehen, da die VO von einer deutschen Kommission ausgearbeitet worden ist (vgl.Klinger, VGVO, S.5 ff) und inhaltlich ein deutsches Gesetz darstellt.
- 4) Bachof, Gedächtnisschrift, S.300.
- 5) So zB Hauelsen, bwStA 1953 Nr.72 Abschn.5 Nr.2.
- 6) Krüger, Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 53,1372.

Wenn also nicht im Fehlen oder Bestehen des Rechtsschutzes der Unterschied zwischen Rechtsreflex und subjektiv öffentlichem Recht gefunden werden kann, so ergibt er sich doch aus der Art der rechtlichen Ausgestaltung des Gemeingebrauchs. Diese unterschiedliche Ausgestaltung ergibt sich aus dem im folgenden genannten tatsächlichen und rechtlichen Merkmal. Das subjektiv öffentliche Recht muss von der Verwaltung in einer ganz bestimmten, auch in der Art und Weise seiner Gewährung vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Form gewährt werden. Der Rechtsreflex hingegen wird dadurch charakterisiert, dass es im Ermessen der Verwaltung bleibt, die dem einzelnen zugesicherten Vorteile den jeweiligen praktischen Möglichkeiten der Gewährung anzupassen.

Bei der Untersuchung des rechtlichen Charakters des Gemeingebrauchs unter diesem Gesichtspunkt liegt es nahe, den Gemeingebrauch als Rechtsreflex anzusehen, weil über die Art und Weise seiner Gewährung keine Vorschriften im Gesetz gemacht sind, und er erst aufgrund der ermessensfreien Anlegung und Widmung der Verkehrswege ausgeübt werden kann. Da der Gemeingebrauch jedoch auch für ein subjektiv öffentliches Recht gehalten wird, soll die Frage nach seinem Rechtscharakter erst nach Betrachtung aller Auffassungen abschliessend behandelt werden<sup>1)</sup>.

b) Der Gemeingebrauch als subjektiv-öffentliches Recht.

Die Lehre vom Gemeingebrauch als einem subjektiven öffentlichen Recht wird im neuen Schrifttum insbesondere von Forsthoff vertreten, der zusammengefasst folgende Begründung bringt<sup>2)</sup>: Dem einzelnen könne die Teilnahme am Gemeingebrauch durch den Eigentümer der öffentlichen Sache überhaupt nicht

1) Unten, S.672.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.340 f.

und durch die hoheitliche Gewalt nur aus besonderen polizeilichen Gründen verwehrt werden. Daraus sei auf das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts zu schliessen. Im übrigen trete die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs erst dann in Erscheinung, wenn sie streitig werde, weil dem einzelnen die Benutzung der öffentlichen Sache verwehrt worden sei. In diesem Fall aber sei er nicht schutzlos sondern könne nach der bisherigen Spruchpraxis der Gerichte im Rechtsmittelwege die Benutzung erstreiten. Selbst wenn man den erstgenannten Grund nicht gelten lassen sondern davon ausgehen wolle, nur im Rechtsweg verfolgbare Ansprüche als Rechte anzusehen, so müsse man den Gemeingebrauch jedenfalls deshalb für ein subjektiv-öffentliches Recht halten, weil die Teilnahme des einzelnen am Gemeingebrauch sich derart rechtlich verfestigt habe, dass sie nunmehr als ein Recht angesprochen werden müsse. "Sie stellt", so schliesst Forsthoff, "eine spezielle Konkretisierung des allgemeinen Rechts auf Teilhabe an den Staatsleistungen dar"<sup>1)</sup>.

Für ein subjektives öffentliches Recht hält den Gemeingebrauch auch Huber<sup>2)</sup>, wenn er ihn bezeichnet als "eine durch generellen staatlichen Verleihungsakt eingeräumte Rechtsmacht, die im Herrschaftsbereich hoheitlicher Gewalt stehende öffentliche Sache im Eigeninteresse frei zu benutzen". Der gleichen Ansicht ist auch Nipperdey<sup>3)</sup>, der genau wie Forsthoff eine derartige rechtliche Verfestigung der Teilnahme des einzelnen am Gemeingebrauch annimmt, dass sie als subjektives Recht angesprochen werden könne. Ebenso spricht v. Turegg<sup>4)</sup> dem einzelnen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gemeingebrauch zu<sup>5)</sup>.

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.341.

2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.II, 2.Aufl., Tübingen 1953, S.615, und DÖV 55,129; zustimmend wohl auch wVGH in VerwRspr 7,479.

3) Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S.553.

4) V. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.159.

5) Ebenso Hauelsen, bwStA 1953, Nr.71; zustimmend wohl auch Hbg OVG in MDR 55,57.

Bevor eine Beurteilung dieser Ansichten möglich ist, erscheint es erforderlich, zunächst die bestehende Unsicherheit in der Begriffsbestimmung des subjektiv-öffentlichen Rechtes selbst aufzuzeigen, denn es hilft für die rechtliche Charakterisierung des Gemeingebrauchs nicht weiter, ihn als subjektiv-öffentliches Recht zu bezeichnen, solange über den Begriff selbst keine Klarheit und Übereinkunft besteht.

Forsthoff<sup>1)</sup> gibt einen kurzen Überblick über die wichtigsten Begriffsbestimmungen des subjektiv-öffentlichen Rechtes, die so mannigfach sind, dass ihre Untersuchung weit über den Rahmen des hier Möglichen hinausgehen würde. Es soll deshalb allein die Definition Forsthoffs zum Ausgangspunkt genommen werden, weil vor allem er als Zeuge für den Gemeingebrauch als subjektiv-öffentliches Recht angeführt zu werden pflegt. Er versteht unter dem subjektiven öffentlichen Recht die Schutzfunktion einer dem einzelnen durch Norm oder Rechtsgeschäft gewährte Rechtsposition, die das Vermögen enthält, vom Staate oder einem sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung ein dieser Rechtsposition entsprechendes konkretes Tun oder Unterlassen verlangen zu können<sup>2)</sup>. Diese Merkmale müssen für den Gemeingebrauch, wie er in der neuen Gesetzgebung gestaltet ist, zutreffen, damit er die Bezeichnung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes verdient.

Für eine Subsumtion unter diesen Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechtes muss man vom Wortlaut der gesetzlichen Definition des Gemeingebrauchs ausgehen<sup>3)</sup> als der Norm, durch die möglicherweise dem einzelnen die oben beschriebene Rechtsposition eingeräumt wird. Wenn es dort

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.171 Anm.1.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.171.

3) § 7 FStrG; § 8 berlStrG; Art.14 bayStrWG; § 15 EnwLStrG.

heisst, der Gemeingebrauch werde "jedermann" gestattet, so hindert das noch nicht die Annahme eines subjektiven Rechtes<sup>1)</sup>. Fraglich erscheint allerdings, ob diese Gestattung des Gemeingebrauchs der Schutzfunktion des subjektiv-öffentlichen Rechts bedarf. Erst recht fraglich ist weiterhin, ob der Gemeingebrauch damit vom Gesetzgeber ausgestattet werden sollte, mit der Folge, dass der für den Gemeingebrauch zuständigen Behörde ein konkretes Tun oder Unterlassen vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben würde. Zunächst einmal ist ein Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen<sup>2)</sup>. Ein Anspruch auf Einrichtung einer gemeingebrauchsfähigen Sache besteht auch nicht, da vor dem Bestehen einer solchen von Gemeingebrauch noch gar nicht die Rede sein kann. Wenn also ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gemeingebrauch bestünde, so könnte dessen Schutzfunktion nur darin bestehen, dem einzelnen die ungehinderte Teilnahme am Gemeingebrauch zu gewährleisten. Es hiesse also, dass die Verwaltungsbehörden alles zu tun hätten, eine ungehinderte Teilnahme zu gewährleisten bzw alles zu unterlassen, was eine solche Teilnahme behindert, wenn sie sich nicht wegen Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes einer Klage aussetzen wollten. Da den Verwaltungsbehörden aber andererseits wie oben dargelegt<sup>3)</sup> im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zahlreiche Möglichkeiten offenstehen, den Gemeingebrauch in rechtlich zulässiger Weise einzuschränken, wäre das Recht auf Teilnahme immer erst dann verletzt, wenn der einzelne aufgrund eines Ermessensmissbrauches vom Gemeingebrauch ausgeschlossen oder in ihm behindert wird. In diesem Fall steht ihm aber auch, ohne dass

1) Vgl. oben S.58ff.

2) § 15 Abs.1 S.2 EnwLStrG.

3) Vgl. S.37ff.

der Gemeingebrauch ein subjektiv-öffentliches Recht ist, die Möglichkeit einer Anfechtungsklage nach § 23 VGVO offen, so dass die Klagemöglichkeit nicht als Ausdruck einer Schutzfunktion angesehen werden kann, die dem Gemeingebrauch in besonderer Weise zukommen soll, wenn man ihn als ein subjektiv-öffentliches Recht charakterisiert.

Welcher Konstruktion der Vorrang zu geben ist, soll abschliessend entschieden werden, wenn auch die dritte Auffassung vom rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs zu Worte gekommen ist.

c) Der Gemeingebrauch als intransitive Verstattung.

Die Berechtigung zum Gemeingebrauch charakterisiert Wolff<sup>1)</sup> in der nur ihm eigenen Begriffsbildung als eine "intransitive Verstattung". Zum Verständnis ist es erforderlich, sich in den Zusammenhang der Wolff'schen Terminologie hineinzudenken. Dabei gilt es zugleich aufzumerken, ob etwa nur eine der beiden bisher erörterten Möglichkeiten der rechtlichen Charakterisierung in neuem Gewande erscheint oder ob eine dritte andersartige Lösung geboten wird.

Wolff führt im einzelnen aus<sup>2)</sup>, die objektiv-rechtliche Berechtigung zum Gemeingebrauch begründe einen "allgemeinen positiven<sup>3)</sup> verwaltungsrechtlichen Status", wonach jedermann berechtigt sei, die öffentliche Sache in der Weise und in dem Umfange, in dem sie dem Gemeingebrauch gewidmet ist, zu benutzen. Aus Gründen des öffentlichen Interesses dürfe die Benutzung jedoch eingeschränkt und zeitweilig örtlich ganz verboten werden, was im freien Ermessen der zuständigen Behörde liege. Deshalb sei die Berechtigung

- 1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.308.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.308.
- 3) In der ersten Auflage war Wolff noch von einem "negativen Status" ausgegangen.

"eine zum allgemeinen positiven Status gehörende intransitive Verstattung"<sup>1)</sup>.

Da Wolff ausdrücklich von einer objektiv-rechtlichen Berechtigung zum Gemeingebrauch ausgeht, deren Ausübung im freien Ermessen der zuständigen Behörden geregelt werden kann, ergibt sich daraus, dass er den Gemeingebrauch nicht als subjektiv-öffentliches Recht im oben dargelegten Sinne<sup>2)</sup> behandelt wissen will<sup>3)</sup>; seine Definition stimmt in nichts mit der des Gemeingebrauchs als subjektiv-öffentliches Recht bei Forsthoff überein.

Ob Wolffs Auffassung sich etwa der Lehre von der Berechtigung zum Gemeingebrauch als eines Rechtsreflexes anschliesst oder nähert, kann erst bestimmt werden, wenn die dem Gemeingebrauch beigelegten Charakterisierungen als "allgemeiner positiver verwaltungsrechtlicher Status" und als "intransitive Verstattung" eine Erklärung gefunden haben.

Wolff bestimmt die Rechtsstellung des Teilnehmers am Gemeingebrauch zunächst als "allgemeinen positiven verwaltungsrechtlichen Status". Dabei bezeichnet er im Anschluss an Georg Jellinek<sup>4)</sup> die Rechtsstellung von Zivilpersonen, dh solcher Personen, die Träger öffentlich-rechtlicher Pflichten und Rechte sein können, ohne selbst Träger öffentlicher Gewalt zu sein<sup>5)</sup>, als einen "Status". Dieser Status kann ein allgemeiner oder ein besonderer sein, je nach dem, ob es sich um die allgemeine Rechtsstellung des Bürgers im Staate oder um seine Rechtsstellung innerhalb eines verwaltungsrechtlichen Sonderverhältnisses handelt<sup>6)</sup>. Der "allgemeine

- 1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.308.
- 2) Vgl. oben, S.60.
- 3) Ebenso heVG in VerwRechtspr 5,340; unentschieden rhpflöVG in VerwRechtspr 8,94 (95).
- 4) Georg Jellinek, System, S.81-93.
- 5) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.145.
- 6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.145, 146.

Status" enthält u.a.<sup>1)</sup> den Begriff des "positiven Status", der von Wolff als der "Inbegriff aller potentiellen Leistungsansprüche der Zivilpersonen an den Staat" bezeichnet wird. Auf den ersten Blick liegt bei einer derartigen Charakterisierung des Gemeingebrauchs die Annahme nicht fern, die Aktualisierung des so beschriebenen positiven Status bedinge für den einzelnen ein Recht auf die Benutzung öffentlicher Wege, das durch einen Anspruch auf Gewährleistung gesichert sei. Dem ist aber nicht so, da Wolff den positiven Status als einen Inbegriff von Leistungsansprüchen bezeichnet, die sich im einzelnen durch die unterschiedlichen ihnen zugrunde liegenden Berechtigungen unterscheiden. Die den Inhalt der Leistungsansprüche darstellenden Berechtigungen werden allgemein als subjektive öffentliche Rechte iWS bezeichnet. Sie können im einzelnen sein eine Destination, ein verwaltungsrechtlicher Besitzstand oder ein volles subjektives öffentliches Recht. Die Berechtigung zur Teilnahme am Gemeingebrauch ist nach Wolff ein verwaltungsrechtlicher Besitzstand, der gemeinsam mit der Destination als beschränkt subjektiv-öffentliches Recht bezeichnet wird<sup>2)</sup>. Er versteht darunter: "die Berechtigung einer Zivilperson, ein Interesse so lange und in der Weise zu verfolgen, wie das von den Subjekten öffentlicher Verwaltung zugelassen wird". Und "diese sind verpflichtet, die Interessenverfolgung zu dulden, solange rechtliche Gründe zur Entziehung oder Einschränkung der Berechtigung nicht vorliegen"<sup>3)</sup>. Wolff zieht mit der Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichem Besitzstand als beschränkt subjektiv-öffentlichem Recht und dem vollen subjektiven öffentlichen Recht, mit dem idR ein klagbarer Anspruch gegeben ist, eine Parallele zum Institut

- 1) Wolff kennt daneben noch den passiven, den aktiven und den negativen Status, vgl. Verwaltungsrecht I, S.147.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.215.
- 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.214.

der Besitzberechtigung und des absoluten Eigentumsrechts im Zivilrecht. Der verwaltungsrechtliche Besitzstand ist ebenso wie das zivile Besitzrecht ein nur vorläufiges, dh einstweilig geschütztes und relatives, dh nicht jedermann gegenüber geschütztes Recht. Wolff unterscheidet innerhalb dieser durch verwaltungsrechtlichen Besitzstand gewährten Berechtigung nach ihrer Beständigkeit gegenüber kollidierenden öffentlichen Interessen und möglicherweise bei Entziehung entstehenden Entschädigungsansprüchen die "Verstattung" und die "Gestattung"<sup>1)</sup>. Dabei ist die Verstattung, wozu auch die Berechtigung zum Gemeingebrauch gerechnet wird, die schwächere der beiden Berechtigungen, da sie "irgendwelchen kollidierenden öffentlichen Interessen weichen muss, die die zuständige Behörde ohne Ermessensfehler für vorzugswürdiger hält"<sup>2)3)</sup>.

Soweit ist die Wolff'sche Begriffsbildung in sich verständlich. Die rechtliche Ausgestaltung des Gemeingebrauchs im neuen Wegerecht lässt sich auch darin einordnen. Damit ist jedoch noch nichts über den Wert dieser Charakterisierung des Gemeingebrauchs als einer "zum allgemeinen positiven Status gehörenden intransitiven Verstattung" gesagt.

Schwierigkeiten entstehen aus der näheren Bezeichnung der Verstattung als einer "intransitiven". Berechtigungen, und dazu gehört die Verstattung, können nach Wolff<sup>4)</sup> transitive, dh auf einen bestimmten Verpflichteten zielende, oder intransitive, dh gegenüber einer unbestimmten Vielheit bestehende, sein. Die transitiven Berechtigungen ergeben sich nach Wolff unter Hinzutritt besonderer Tatbestände aus der

- 1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.215, 215.
- 2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.214.
- 3) Das würde heute etwa die Sperrung einer militärisches Übungsgelände durchquerenden Strasse sein.
- 4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.192.

allgemeinen oder besonderen positiven Rechtsstellung (Status) und enthalten vornehmlich Leistungsrechte; die intransitiven Berechtigungen ergeben sich, auch nach Wolff, aus den negativen Rechtsstellungen, insbesondere dem negativen Status, und enthalten Abwehrrechte.

Nach dieser Unterscheidung müsste eine zum positiven Status gehörende intransitive Verstattung ein Widerspruch in sich sein, weil nach Wolffs eigener Zuordnung aus dem positiven Status sich nur eine transitive Rechtsstellung ergeben kann.

In der ersten Auflage hatte Wolff<sup>1)</sup> die Auffassung vertreten, die Berechtigung zum Gemeingebrauch begründe einen "allgemeinen negativen verwaltungsrechtlichen Status". Er bezeichnet ihn als den "Inbegriff aller potentiellen Abwehrrechte der Zivilpersonen gegen den Staat zum Schutz gegen grundrechtswidrige Eingriffe in die Individualspäre der Person"<sup>2)</sup>.

Die Bezeichnung entsprach der Charakterisierung der Berechtigung zum Gemeingebrauch als einem verwaltungsrechtlichen Besitzstand, dessen Inhaber nach Wolff einen Abwehranspruch gegen Beeinträchtigung seiner Berechtigung insbesondere gegen rechtswidrigen Widerruf haben sollte<sup>3)</sup>. Von dieser früheren Meinung ist Wolff aber in der 2. und 3. Auflage abgewichen, wo er die Berechtigung zum Gemeingebrauch als positiven verwaltungsrechtlichen Status bezeichnet. Richtiger, weil der Wolff'schen Systematik entsprechender, ist jedoch die ursprüngliche Charakterisierung, wie sie oben dargelegt wurde.

Im Ergebnis, und davon ist bei der Beurteilung der rechtlichen Charakterisierung auszugehen, gibt Wolff in allen

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, München 1956, S.256.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, 1.Auflage, S.216.

3) Wolff, Verwaltungsrecht I, 1. und 3.Auflage, S.180 bzw S.215.

Auflagen dem Betroffenen einen Abwehranspruch, wenn die Teilnahme am Gemeingebrauch rechtswidrig beeinträchtigt wird. Dieser Anspruch geht auf Aufhebung des der rechtswidrigen Beeinträchtigung zugrundeliegenden Verwaltungsaktes und ggf auf Beseitigung der rechtswidrigen Massnahme<sup>1)</sup>. Ein ausreichender Rechtsschutz der Teilnehmer am Gemeingebrauch ist durch diese rechtliche Charakterisierung gewährleistet. Sie verdient deshalb im Ergebnis volle Zustimmung.

#### C § 13 Abschliessende Beurteilung der Möglichkeiten einer rechtlichen Charakterisierung des Gemeingebrauchs.

Da in den neuen Wegegesetzen eine nähere Kennzeichnung des Rechts auf Teilnahme am Gemeingebrauch fehlt, waren die eine Lösung versprechenden öffentlich-rechtlichen Konstruktionen des Gemeingebrauchsrechtes zu untersuchen.

Es sei vorweggenommen, dass jede dieser Auffassungen zu dem Ergebnis kommt, bei rechtswidriger Beeinträchtigung der Teilnahme am Gemeingebrauch stehe die Möglichkeit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen den Störer offen. Unter den Voraussetzungen des Art.34 GG in Verbindung mit § 839 BGB oder des § 823 BGB wird auch ein Schadenersatzanspruch zugebilligt, der vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen ist.

Dieses Ergebnis ist zu billigen. Der Gemeingebrauch ist seinem Wesen nach dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Die allgemeine und gleiche Berechtigung zur freien Teilnahme an der Benutzung öffentlicher Verkehrswege wird dem einzelnen durch einen Staatsakt eingeräumt, und das Vertrauen in den Fortbestand der so gewährten Berechtigung ist zu schützen. Eine schikanöse oder ermessensfehlerhafte Beein-

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, S.308.

trächtigkeit verstösst gegen den allgemeinen auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und muss deshalb Abwehransprüche der Betroffenen auslösen.

Die Befriedigung darüber, dass die unterschiedlichen rechtlichen Charakterisierungen des Gemeingebrauchs gleichermaßen den praktischen Bedürfnissen gerecht werden, lähmt das Bestreben, eine der öffentlich-rechtlichen Konstruktionen für die allein richtige erklären zu wollen. Die Beurteilung wird überdies dadurch erschwert, dass es gerade auf diesem Rechtsgebiet an einer Grundlage verbindlicher Begriffe fehlt, auf der man eine Kritik verschiedener Terminologien, die zum gleichen Ergebnis führen, aufbauen könnte.

Abgesehen von der oben getroffenen geringen Beanstandung hat die Wolff'sche Auffassung vom rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs den anderen Meinungen voraus, in sich selbst am meisten geschlossen und in der konsequenten Verwendung genau definierter Termini wohl auch am besten durchdacht zu sein. Im Hinblick auf die Fortentwicklung und Festigung der Systematik des öffentlichen Sachenrechts ist ihr deshalb der Vorzug zu geben, ohne damit die Auffassung vom Gemeingebrauch als Rechtsreflex oder als subjektiv öffentlichem Recht für falsch zu erklären, es sei denn, man folgere aus jener das Fehlen eines Abwehranspruchs, aus dieser das Bestehen eines Leistungsanspruchs.

#### Zweiter Teil. DIE ÜBER DEN GEMEINGEBRAUCH HINAUSGEHENDEN NUTZUNGEN ÖFFENTLICHER VERKEHRSWEGE

Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege erschöpft sich nicht im Gemeingebrauch, vielmehr gibt es auch noch darüber hinausgehende Nutzungsarten, die unter dem Begriff der Son-

dernutzung zusammengefasst werden. Diese kommen zwar weniger häufig vor als der Gemeingebrauch, dafür ist aber die Ausübung einer Sondernutzung oft von grosser wirtschaftlicher Bedeutung für den einzelnen<sup>1)</sup>.

#### I. Kapitel. Der Begriff der Sondernutzung

Die neue Wegegesetzgebung konnte bei der Bestimmung des Begriffs der Sondernutzung auf die vorher in Schrifttum und Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnisse zurückgreifen<sup>2)</sup>. Inwieweit sich der neue und der alte Begriff der Sondernutzung unterscheiden, soll im folgenden dargestellt werden. Daran anschliessen wird sich der Versuch einer Beurteilung der Vor- und Nachteile der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung.

#### A § 14 Inhalt und Umfang der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung

Die gesetzliche Begriffsbestimmung der Sondernutzung ist denkbar kurz: "Gebrauch der Strassen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung)"<sup>3)</sup>. Damit ist über die Sondernutzung nur so viel gesagt, dass es sich um einen Gebrauch der Strassen handelt, wozu auch der Luftraum über dem Strassenkörper und der dazu gehörige Untergrund gehören, und dass dieser Gebrauch über den Gemeingebrauch nach Inhalt und Umfang hinausgeht. Die Ausübung eines solchen Sondergebrauchs ist nur an öffentlichen Verkehrswegen möglich, wie sich schon

- 1) Maunz, Hauptprobleme, S.280, bezeichnet deshalb den Sondergebrauch als ein Nutzungsrechtsverhältnis individueller Inhaltsprägung.
- 2) Kormann, FfZtschrift Bd.48 S.98, unterscheidet vier verschiedene Rechtsformen, die für die Begründung eines Sondergebrauchs gewählt werden können, wenn Eigentum und Wegeherrschaft in einer Hand sind: Einräumung obligatorischer oder dinglicher Privatrechte und Erteilung öffentlich-rechtlicher Gebrauchserlaubnisse oder Verleihung öffentlich-rechtlicher Gebrauchsrechte.
- 3) § 8 Abs.1 S.1 FStrG; § 10 Abs.1 berlStrG; Art.18 Abs.1 S.1 bayStrWG; § 19 Abs.1 S.1 EnwLStrG.

aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung ergibt. Hinsichtlich der Entstehung der öffentlichen Verkehrswege und ihrer besonderen Rechtslage gilt auch für den Sondergebrauch alles, was bereits über sie als Objekt des Gemeingebrauchs ausgeführt worden ist<sup>1)</sup>.

Welche Benutzungsarten im einzelnen dem Sondergebrauch zugerechnet werden müssen, hängt von der Auslegung des gesetzlichen Gemeingebrauchsbegriffs ab, weil alle über dessen Inhalt und Umfang hinausgehenden Nutzungen nach dem Wortlaut des Gesetzes zum Sondergebrauch gehören sollen. Beschränkt man den Gemeingebrauch nur auf Verkehrsnutzung, dh auf die aktuellen oder potentiellen Bewegungsvorgänge, so ist der Kreis der Sondernutzungen wesentlich weiter zu ziehen, als wenn die dem Anbau und Wirtschaftszweck zugehörigen Benutzungsarten gleichfalls dem Gemeingebrauchsbegriff zugerechnet werden, wie es richtiger Auffassung entspricht. Dass dem Gesetzgeber selbst sein Abgrenzungsversuch nicht ganz glücklich erschien, wonach alle Nutzungen ausserhalb des Verkehrs Sondernutzungen sein sollen, zeigt sich daran, dass er eine bisher unbekannte Unterscheidung zwischen gemeinverträglichen und nicht gemeinverträglichen Sondernutzungen einführt<sup>2)</sup>. Die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigende Sondernutzung wird nach § 24 EnwLStrG ganz neutral als "sonstige Benutzung" bezeichnet<sup>3)</sup>. Sie deckt allerdings auch eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs von kurzer Dauer, nämlich dann, wenn sie Zwecken der öffentlichen Versorgung dient<sup>4)</sup>. Dass diese Sondernutzungsart sich nach privatem Recht richten soll, interessiert hier nur am Rande<sup>5)</sup>.

1) Vgl. S.17ff.

2) Erklärend dazu Zimniok II, Bayerisches Strassen- und Wegegesetz, München 1958, S.53.

3) § 8 Abs.1o FStrG; Art.22 bayStrWG.

4) § 8 Abs.1o FStrG; § 24 EnwLStrG; in Bayern ganz allgemein dann, wenn die Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer ist (Art.22 Abs.2 bayStrWG).

5) Näheres unten S.84.

Auch im übrigen verdient die neue gesetzliche Regelung hinsichtlich der Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung kritische Aufmerksamkeit. Zunächst einmal ist festzustellen, dass die anfänglich in § 19 Abs.1 EnwLStrG getroffene starre Zurechnung aller derjenigen Gebrauchsarten zur Sondernutzung, die nicht Gemeingebrauch iS des Gesetzes sind, von ihm selbst in der Folge nicht aufrechterhalten wird. Neben der Verkehrszugehörigkeit als Abgrenzungsmerkmal wird nämlich richtigerweise auch die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs als Merkmal der Sondernutzung angesehen. Das ergibt sich aus den ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen<sup>1)</sup>, nach denen bei einer nur vorübergehend den Gemeingebrauch beeinträchtigenden Benutzung die Vorschriften über die Sondernutzung nicht angewandt werden sollen. Es ist also nicht jede über den Verkehrsgebrauch hinausgehende Nutzung öffentlicher Verkehrswege nach der neuen Wegegesetzgebung eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung. Vielmehr bleibt der Begriff der Sondernutzung auf solche Nutzungsarten beschränkt, die eine dauernde Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs verursachen<sup>2)</sup>. Die verfehlte Einengung des gesetzlichen Gemeingebrauchsbegriffes auf den blossen Verkehrsgebrauch hat die Folge, dass die gesetzliche Konstruktion nicht passen will, nach der die Gesamtheit der verbleibenden Nutzungsarten Sondernutzung sein soll. Deshalb konnte die Zweiteilung nach dem Maßstab der Verkehrsmässigkeit der Benutzungsart in Gemeingebrauch und Sondergebrauch nicht aufrechterhalten werden. Das Erfordernis einer sachlich zutreffenden Unterscheidung zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch erweist sich stärker, als die neue zwar einfache aber ungenügend durchdachte Abgrenzung der Nutzungsart.

1) § 8 Abs.1o FStrG; Art.22 Abs.1 bayStrWG; § 24 EnwLStrG.

2) Dies und alle damit zusammenhängenden im folgenden behandelten Fragen gelten nicht für Berlin, wo den besonderen Verhältnissen der Großstadt entsprechend die Nutzung für die Zwecke der öffentlichen Versorgung (§ 11 berlStrG) unter eingehender Regelung der Sondernutzung zugerechnet wird.

Allein mit Hilfe der gesetzlichen Unterscheidung lässt sich mithin ein festumrissener Begriff des öffentlich-rechtlichen Sondergebrauchs nicht aufstellen; zur Klärung müssen vielmehr auch die bisher gebräuchlichen Unterscheidungsmerkmale herangezogen werden.

#### B Die bisher übliche Unterteilung des Begriffs der Sonder- nutzung

In einem grossen Teil des Schrifttums war eine Dreiteilung der Nutzungsarten in Gemeingebrauch und solche Nutzungen, die entweder auf einer Gebrauchserlaubnis oder auf einer Nutzungsverleihung beruhen, üblich geworden. Diese Unterscheidung geht von der Art und Weise der Erteilung des Nutzungsrechts aus. Sie ermöglicht deshalb nur eine klare Abgrenzung vom erlaubnisfreien Gemeingebrauch zu den erlaubnisgebundenen Sondergebrauchsarten. Wollte man den Sondergebrauch in sich begrifflich unterteilen, so reichte eine Unterscheidung lediglich nach der zugrundeliegenden Gestattung nicht aus, weil es oft dem Ermessen der zuständigen Behörde überlassen blieb, ob sie für die gleiche Benutzungsart eine Gebrauchserlaubnis oder eine Nutzungsverleihung erteilen wollte. Ebenso wenig, wie in der Praxis feststand, ob die eine oder die andere Art der rechtlichen Gestattung für eine bestimmte Sondergebrauchsart zu erteilen sei, hat die Wissenschaft die Begriffe einheitlich verwandt. So wird als Gegensatz zum Gemeingebrauch teilweise der Begriff des gesteigerten Gemeingebrauchs verwendet<sup>1)</sup>. Diese Gleichsetzung der beiden Begriffe lehnt Nebinger<sup>2)</sup> ab, weil unter gesteigertem Gemeingebrauch nur die zum Gemeingebrauch gehörende Anliegernutzung zu verstehen sei. Dieser Meinung

1) So v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.160.

2) Nebinger, Verwaltungsrecht, S.108.

schliesst sich Peters<sup>1)</sup> an, während Fleiner<sup>2)</sup> gleichbedeutend von "Gebrauchserlaubnis" und von "gesteigertem Gemeingebrauch" schreibt.

Der Gedanke einer Unterscheidung nicht nach der zugrundeliegenden Gestattung sondern nach der Intensität der Nutzungsart geht von Otto Mayer aus<sup>3)</sup>. Dabei wird eine der unterschiedlichen Nutzungsintensität der beiden Sondergebrauchsarten entsprechende Zweiteilung vorgenommen, die der Terminologie von Wolff<sup>4)</sup> folgend als "schlichter" und als "gesteigerter" Sondergebrauch bezeichnet werden sollen. Diese Art der Unterscheidung verspricht am ehesten eine klare begriffliche Trennung der unter dem Oberbegriff des Sondergebrauchs zusammengefassten Gebrauchsarten, weil von dem tatsächlichen Merkmal der Inanspruchnahme auf die entsprechende rechtliche Gestattung geschlossen wird und nicht umgekehrt die Art der Gestattung ohne Rücksicht auf die Nutzungsintensität als Unterscheidungsmerkmal übernommen wird.

#### § 15 Der schlichte Sondergebrauch

Die in der Intensität der Nutzung schwächere Sondergebrauchsart wird besonders deutlich von Wolff<sup>5)</sup> definiert, der sie als "eine über den Gemeingebrauch hinausgehende, aber nicht in die Substanz der Sache eingreifende Benutzung" bezeichnet. Zu dieser als "schlichter Sondergebrauch" bezeichneten Nutzungsart gehört nach seiner Auffassung eine vorübergehende oder oberflächliche Benutzung durch andere Personen als die Anlieger, die jedoch auf den Zweck der öffentlichen Sache bezogen sein muss. Ähnlich rechnete schon Otto Mayer<sup>6)</sup>

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.211.

2) Fleiner, Institutionen, S.379.

3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.183.

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.312.

5) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.312.

6) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.183.

zur Gebrauchserlaubnis alle über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungen, die eine öffentliche Sache nur oberflächlich und vorübergehend berühren und deren Beseitigung oder Änderung keine Zerstörung von Sachwerten nach sich zieht<sup>1)</sup>. Dagegen meint Forsthoff<sup>2)</sup>, es gebe zwar zwei verschiedene über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzungsarten, aber welche von beiden im Einzelfall vorliege, sei weniger nach dem tatsächlichen Gegenstand der Gestattung als nach der Rechtswirkung zu unterscheiden, welche ihr zukomme. Wollte man dieser Meinung folgen, so würde man nur die unterschiedliche Gestaltung der Sondernutzung innerhalb der Rechtsordnung untersuchen müssen, ohne angeben zu können, für welche praktischen Fälle die eine oder andere Form einer Gestattung des Sondergebrauchs gewählt werden solle. Dem gegenüber ist der ersten Unterscheidung, die auf die Art und Dauer der Behinderung des Gemeingebrauchs abstellt, zu folgen, weil sich hier objektive Unterscheidungsmerkmale aufstellen lassen, aufgrund derer bei unterschiedlicher Benutzung auch eine entsprechende rechtliche Behandlung geschehen kann.

#### § 16 Der gesteigerte Sondergebrauch

Die über den schlichten Sondergebrauch in ihrer Intensität hinausgehende Nutzungsart öffentlicher Verkehrswege ist wiederum bei Wolff<sup>3)</sup> am kürzesten und klarsten definiert als "eine in die Substanz der Sache eingreifende, über den Gemeingebrauch hinausgehende dauernde Benutzung einer öffentlichen Sache". Die Dauer der Belastung, der die öffentlichen Verkehrswege ausgesetzt sind, heben auch andere Autoren als Merkmal des gesteigerten Sondergebrauchs hervor<sup>4)</sup>. Unter-

1) Auch Nebinger, Verwaltungsrecht, S.109 f, unterscheidet zwischen der vorübergehenden Sondernutzung und einer solchen von Dauer.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.344.

3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.314.

4) Fleiner, Institutionen, S.380; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.252.

schiedlich ist allerdings die Bezeichnung der Nutzungsart, bei der man nicht von dem jeweiligen Inhalt der Nutzungsarten ausgeht, sondern von der Rechtsform, unter der sie zugelassen werden<sup>1)</sup>. Den Eingriff in die Körperlichkeit der öffentlichen Sache erklärt Otto Mayer<sup>2)</sup> als die Voraussetzung zur Verleihung einer besonderen Nutzung. Seine Begriffsbestimmung ist somit auch hier wieder wie beim schlichten Sondergebrauch Vorbild oder wenigstens Vorgänger für die Wolffsche Definition des gesteigerten Sondergebrauchs. Diese Definition verdient übernommen zu werden, weil sie den beiden an eine Begriffsbestimmung des gesteigerten Sondergebrauchs zu stellenden Erfordernissen gerecht wird. Sie enthält einmal eine deutliche Abgrenzung vom Gemeingebrauch, weil gesagt wird, dass der gesteigerte Sondergebrauch über ihn hinausgehe. Gegen diese bloße Bezugnahme auf den Gemeingebrauchsbegriff ist deshalb nichts einzuwenden, weil er vorher hinreichend geklärt worden ist, was allerdings in der neuen Wegegesetzgebung nicht geschehen ist. Andererseits ist durch die Merkmale der Dauerhaftigkeit des Eingriffs und die Verletzung der Sachsubstanz auch eine sichere Unterscheidung vom schlichten Sondergebrauch getroffen.

#### C Die Beurteilung der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung

Die bisherige Unterscheidung nach schlichtem und gesteigertem Sondergebrauch bot den Vorteil, dass die Möglichkeit einer klaren Abgrenzung vom Gemeingebrauchsbegriff bestand, dass die zur Begriffsbestimmung verwandten Merkmale ausschliesslich und eindeutig auf den Sondergebrauch bezogen waren, und dass die Definition die unterschiedliche Intensität der Sondergebrauchsarten berücksichtigte. Es ist zu prüfen, ob diese Vorzüge auch der neuen gesetzlichen Begriffsbestimmung zukommen.

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.212, spricht von "Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen"; Fleiner, Institutionen, S.379, von "Sondernutzungsrechten".

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.184.

### § 17 Die Abgrenzung vom Gemeingebrauchsbegriff

Der Sondergebrauchsbegriff wird übereinstimmend in allen Wegegesetzen als "Gebrauch der Strasse über den Gemeingebrauch hinaus" definiert<sup>1)</sup>. Diese Begriffsbestimmung hat mit der des Gemeingebrauchs das Merkmal des Gebrauchs der Strassen gemeinsam, was bedeutet, dass Sondergebrauch nur an öffentlichen Verkehrswegen, dh solchen, die schon im Gemeingebrauch stehen, möglich ist. Voraussetzung ist deshalb auch hier für die Benutzung eine gültige Widmung. Mit der Entwidmung (Einziehung) der Strasse entfallen somit ausser dem Gemeingebrauch auch alle Sondernutzungen, soweit sie widerruflich sind<sup>2)3)</sup>. Der Unterschied in der Nutzungsart gegenüber dem Gemeingebrauch ist allerdings im neuen Wegegesetz nicht sehr klar hervorgehoben worden, weil statt einer selbständigen Kennzeichnung des Sondergebrauchs nach Inhalt und Umfang nur eine Beziehung zum Gemeingebrauch hergestellt wird, über den der Sondergebrauch "hinausgehen" soll<sup>4)</sup>. Gegen diese Art der Abgrenzung wäre dann nichts einzuwenden, wenn der Ausgangsbegriff des Gemeingebrauchs genügend zutreffend ausgedrückt wäre. An Klarheit mangelt es dem Gemeingebrauchsbegriff zwar nicht, weil er, wie oben dargelegt<sup>5)</sup>, seinem Wortlaut und Sinn entsprechend strikte auf

1) § 8 Abs.1 FStrG; § 10 Abs.1 berlStrG; Art.18 Abs.1 bayStrWG; § 19 Abs.1 EnwLStrG.

2) § 2 Abs.2 FStrG; Art.8 Abs.4 bayStrWG; § 8 Abs.4 EnwLStrG.

3) Das Objekt des Sondergebrauchs, der öffentliche Verkehrsweg, ist im Gesetz hinlänglich genau bestimmt, so dass gegen die Übernahme des Ausdrucks "Gebrauch der Strassen" aus der Begriffsbestimmung des Gemeingebrauchs keine Bedenken bestehen.

4) So auch Fleiner, Institutionen, S.379, der als Sondernutzung jede Inanspruchnahme der öffentlichen Sache für individuelle Zwecke bezeichnet, die weder im allgemeinen noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten ist.

5) Vgl. oben, S.

die Benutzung öffentlicher Verkehrswege zum Verkehr beschränkt ist. Jedoch werden entschiedene Zweifel vorgebracht, ob die gesetzliche Fassung des Gemeingebrauchsbegriffs auch treffend im Hinblick auf die tatsächlichen Nutzungsbedürfnisse genannt werden kann. Wenn man das, wie geschehen, verneint, so kann auch der auf den Gemeingebrauchsbegriff aufbauende Begriff des Sondergebrauchs hinsichtlich seiner Abgrenzung gegenüber dem Gemeingebrauch nicht ohne Kritik hingenommen werden.

Für die Prüfung des Sondergebrauchsbegriffs reicht die Aussage, er gehe über den Gemeingebrauch hinaus, nicht hin. Es muss vielmehr noch das Merkmal der Einschränkung des Gemeingebrauchs hinzukommen, damit eine eindeutige Abgrenzung möglich ist. Als Einschränkung ist dabei jede dauernde oder zeitweilige Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs in seinen Formen der Verkehrs-, Anbau- oder Wirtschaftsnutzung der öffentlichen Wege zu verstehen<sup>1)</sup>.

Ein Sondergebrauch liegt überdies auch immer dann vor, wenn mit der Ausübung ein dauernder Eingriff in die Sachsubstanz des öffentlichen Weges verbunden ist. Auch dann, wenn die Nutzung als solche den Gemeingebrauch nicht einschränkt, wie etwa bei Arbeiten, die in geringer Tiefe unter der Strassendecke vorgenommen werden, bedarf es zum Eingriff in eine öffentliche Sache einer Erlaubnis des öffentlich-rechtlichen Sachherrn. Vorschriften<sup>2)</sup>, welche eine Sondernutzung "nach bürgerlichem Recht"<sup>3)</sup> - wie sie vom bayerischen Strassen- und Wegegesetz bezeichnet wird -, regeln wollen, gehören deshalb nicht in das System der öffentlich-rechtlich zu regelnden Wegenutzung.

1) Vgl. BGHZ 21,319 (330); "Jeder Sondergebrauch beeinträchtigt den Gemeingebrauch in einem gewissen Grade".

2) § 8 Ziff.10 FStrG; Art.22 bayStrWG; § 24 EnwLStrG.

3) So wörtlich Art.22 bayStrWG.

Eine "privatrechtliche Sondernutzung" ist ebenso ein Widerspruch in sich, wie es ein "privatrechtlicher Gemeingebrauch" sein würde. Die genannten Vorschriften sind also, soweit sie die Einräumung von Rechten zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege über den Verkehrsgebrauch hinaus ohne Beeinträchtigung desselben dem bürgerlichen Recht zuweisen wollen, überflüssig. In der neuen Gesetzgebung werden Vorstellungen aus verschiedenen Rechtsgebieten derart miteinander verknüpft, dass daraus die grösste Begriffsverwirrung entsteht. Die oben genannten Vorschriften müssten, auf das Privatrecht bezogen, lauten: "Die Einräumung von Rechten zur Benutzung der Strassen über den Gemeingebrauch hinaus richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn der Eigentümer nach § 903 BGB die Benutzung ausschliessen kann und die Ausnahme des § 905 Abs.2 BGB nicht vorliegt"<sup>1)</sup>. Diese Rechtslage ist hinlänglich bekannt, und es braucht deshalb nicht in einem Wegegesez auf sie hingewiesen zu werden.

Der erste Halbsatz des § 24 EnwLStrG, wonach die Strassenbenutzung privatrechtlich geregelt werden kann, ist verfehlt, weil eine privatrechtliche Regelung nicht die zum Eingriff in eine öffentliche Sache erforderliche Erlaubnis des Wegeherrn zu ersetzen vermag.

An der verfehlten gesetzlichen Regelung des Sondergebrauchsbegriffs zeigt sich, wohin es führt, wenn in einem Gesetz auf eindeutige Begriffsmerkmale verzichtet wird.

Einen Aufschluss darüber, woraus diese Ungenauigkeit zu erklären ist, gibt Marschall<sup>2)</sup>, der zu § 8 Ziff.1 FStrG schreibt, die bürgerlich-rechtliche Regelung von solchen Sondernutzungen durch Unternehmen der öffentlichen Versorgung<sup>3)</sup>, welche den Gemeingebrauch nur für kurze Zeit beein-

- 1) Zusammenstellung und Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung zu § 905 Abs.2 BGB bei Henke, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930, S.120 ff.
- 2) Marschall, Bundesfernstrassen-Gesetz, S.151.
- 3) Dazu gehören: die Versorgung mit Gas, Elektrizität, Fernwärme und Wasser sowie die Abwasserbeseitigung, neuerdings auch die Ölfernleitungen.

trächtigen, sei ein besonderes Entgegenkommen gegenüber den Energieversorgungsunternehmen. Dieses sei in das Gesetz aufgenommen worden, weil mit den Wegebenutzungsverträgen idR die energiewirtschaftlich wichtige Ausschliesslichkeitsklausel verbunden werde, durch die den Versorgungsunternehmen das alleinige Versorgungsrecht zugestanden wird<sup>1)</sup>. Bei der Abfassung des Bundesfernstrassengesetzes war an eine Übernahme dieser Regelung in die Landesstrassengesetze gedacht, weil gerade die ihnen unterliegenden Strassen von den Versorgungsunternehmen zur Verlegung ihrer leitungen benutzt werden. Eine fast wörtliche Übernahme erfolgte dementsprechend auch in Art.22 Abs.2 bayStrWG und § 24 EnwLStrG. Es soll zwar nicht verkannt werden, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, nachteilige Folgen von der Energiewirtschaft fernzuhalten, jedoch erscheint die Erreichung dieses Zweckes mit Hilfe wegerechtlicher Ausnahmeregelungen wenig glücklich, abgesehen davon, dass sie nicht erforderlich ist. Zunächst einmal bleibt es unverständlich, weshalb vergleichsweise wesentlich harmlosere vorübergehende Beeinträchtigungen des Gemeingebrauchs (Verkehrsgebrauch nach der gesetzlichen Definition) durch die Anlieger und die Strassengewerbetreibenden als Sondernutzungen gelten sollen und ihre Ausübung demgemäss gesetzlich erschwert wird, während die häufig weitaus störenderen Eingriffe durch das Verlegen von Leitungen während des Bauens und das spätere Nachsinken der Strassendecke ohne weiteres hingenommen werden soll. Zum anderen ist der Schutz der Energieversorgungsunternehmen auch durch die ausdrücklich wirtschaftspolitischen Zielen dienende Vorschrift des § 4 Energiegesetz<sup>2)</sup> ausreichend gewährleistet<sup>3)</sup>, die eine

- 1) Marschall, Bundesfernstrassen-Gesetz, S.151.
- 2) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiegesetz) vom 13.12.1935 (RGBl I S.1451).
- 3) Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 2.Aufl. München 1954, V S.33 a.

staatliche Investitionskontrolle vorschreibt<sup>1)</sup>.

Die von Marschall angeführten Gründe zur Rechtfertigung oder Erklärung der sogenannten "privatrechtlichen Sondernutzung" erscheinen deshalb nicht stichhaltig. Eine privatrechtliche Regelung des nur vorübergehenden Eingriffs in den öffentlichen Weg für Zwecke der öffentlichen Versorgung ist überdies auch deshalb zumindest ungenügend, weil dadurch die erforderliche hoheitliche Erlaubnis zum Eingriff in eine öffentliche Sache nicht ersetzt werden kann<sup>2)</sup>.

#### § 18 Berücksichtigung der unterschiedlichen Intensität der Sondergebrauchsarten

Während unter dem Begriff des Sondergebrauchs bisher zwei ihrer Intensität nach abgestufte Sondergebrauchsarten zusammengefasst waren, kennt das neue Wegerecht nur noch einen einheitlichen Sondergebrauchsbegriff. Die Folge dieser Vereinheitlichung ist, dass jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung, mag sie nun in den Wegekörper eingreifen und erhebliche Störungen des Gemeingebrauchs hervorrufen oder nur eine oberflächliche Benutzung und zeitweilige Beeinträchtigung darstellen, derselben rechtlichen Regelung unterliegt. Daraus folgt aber eine lebensfremde Starrheit des Sondergebrauchsbegriffs, die durch nichts gerechtfertigt erscheint. Es soll hier nicht dem viel geschmähten Perfek-

1) Didden, Konzessionsabgaben, S.161, schlägt wegen des Fortfalls der gemeindlichen Aufsichtsfunktion nach Erlass des Energiegesetzes eine dem § 1 TWG (Telegraphenwege-Gesetz vom 18.12.1899, RGBl I S.705) ähnliche Regelung vor, aufgrund derer den Energieversorgungsunternehmen ein gesetzliches Leitungsrecht eingeräumt werden solle; vgl. auch Henke, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930, S.36; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 2.Aufl., München 1954, S.34, V.

2) Vgl. Baumeister, Stellungnahme, S.8 f, der statt dessen eine Sonderregelung für Gemeinschaftsverhältnisse zwischen verschiedenen Verkehrsträgern an ein und derselben Strasse vorschlägt.

tionismus der Gesetzgebung das Wort geredet werden, wenn der neue gesetzliche Sondergebrauchsbegriff als zu generell abgelehnt wird. Hier wirkt sich eine zu weitgehende Vereinfachung nachteilig auf die Anpassungsfähigkeit der Vorschriften aus, wie auch das Beispiel der neuen Wegegesetzgebung beweist, deren vereinheitlichter Sondergebrauchsbegriff sich der unterschiedlichen Intensität der Nutzungsarten nicht genügend anpasst. Infolge der mangelnden Differenzierung der Sondergebrauchsarten ist es unmöglich geworden, eine der unterschiedlichen Nutzungsintensität entsprechende unterschiedliche Ausgestaltung zu treffen.

#### II. Kapitel. Der rechtliche Charakter des Sondergebrauchs.

Schon bei der Untersuchung des Sondergebrauchsbegriffs<sup>1)</sup> wurde darauf hingewiesen, dass in der Lehre die Unterscheidung der beiden Sondergebrauchsarten teilweise nicht nach der Art der zugrunde liegenden Benutzung sondern nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung vorgenommen wird<sup>2)</sup>. Wenn diese Art der Charakterisierung auch abgelehnt wurde, so zeigt sie doch, welches Interesse für das Recht des Sondergebrauchs an öffentlichen Verkehrswegen die Frage ihrer rechtlichen Beurteilung verdient. Im folgenden soll zunächst die Regelung in der neuen Wegegesetzgebung dargestellt werden, der dann die bisher entwickelten Charakterisierungen des Sondergebrauchs gegenübergestellt werden.

#### A § 19 Der rechtliche Charakter des Sondergebrauchs nach der neuen Wegegesetzgebung.

Über den rechtlichen Charakter des Sondergebrauchs finden sich in den neuen Wegesetzen Vorschriften, in denen eine

1) Vgl. oben, S.

2) So zB Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.344.

Unterscheidung getroffen wird zwischen einer Regelung des Sondergebrauchs nach öffentlichem und einer solchen nach privatem Recht.

### § 20 Sondergebrauch nach öffentlichem Recht

Das Recht auf Sondergebrauch an öffentlichen Verkehrswegen nach der neuen Wegegesetzgebung wird charakterisiert durch die Art und Weise seiner Gestattung. Die öffentlich-rechtliche Gestattung wird in allen neuen Wegegesetzen übereinstimmend als eine Erlaubnis ausgestaltet, welche nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden darf<sup>1)</sup>. Ausserdem ist die Festsetzung von Bedingungen und Auflagen bei der Erlaubniserteilung ausdrücklich für zulässig erklärt worden, "wenn dies für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder zum Schutz der Strasse erforderlich ist"<sup>2)</sup>. Ferner kann der Träger der Strassenbaulast von dem Erlaubnisnehmer Ersatz aller der Kosten verlangen, die ihm durch die Sondernutzung zusätzlich entstehen, wie er auch berechtigt ist, angemessenen Vorschuss und Sicherheiten zu verlangen<sup>3)</sup>. Die Erhebung von Sondernutzungsgebühren, bei denen auch der wirtschaftliche Vorteil der Nutzung berücksichtigt werden kann, ist im FStrG, im berlStrG und im bayStrWG<sup>4)</sup> vorgesehen, während der EnwLStrG eine solche Möglichkeit nicht erwähnt. Soweit in Nordrhein-Westfalen Gebühren für den Sondergebrauch erhoben werden sollen, kann dies also nur nach den allgemeinen für die Erhebung öffentlicher Gebühren bestehenden Grundsätzen geschehen. Ausdrückliche Vorschriften über die Erhebung öffentlicher

- 1) § 8 Abs.2 S.1 FStrG; § 10 Abs.4 berlStrG; Art.18 Abs.2 S.11 bayStrWG; § 19 Abs.2 S.1 EnwLStrG.
- 2) So wörtlich: § 19 Abs.2 S.2 EnwLStrG und sinngemäss übereinstimmend § 8 Abs.3 S.1 FStrG; § 10 Abs.4 berlStrG; Art.18 Abs.2 S.2 bayStrWG.
- 3) § 8 Abs.5 und Abs.8 S.2 FStrG; Art.18 Abs.3 bayStrWG; § 19 Abs.3 EnwLStrG.
- 4) § 8 Abs.3 S.1 FStrG; § 10 Abs.5 berlStrG; Art.18 Abs.2 bayStrWG.

Sondernutzungsgebühren hätten die Streitfrage beenden können, ob es sich bei einem Entgelt für die Erteilung um die Zahlung einer privatrechtlichen Entschädigung<sup>1)</sup> oder um eine öffentlich-rechtliche Gebühr<sup>2)</sup> handelt, oder ob auch beides nebeneinander möglich ist.

Das Recht auf Sondergebrauch an öffentlichen Verkehrswegen stellt sich, wenn man es der Definition von Wolff folgend benennen will, als eine "Verstattung" dar, dh als verwaltungsrechtlicher Besitzstand, der eine Interessenverfolgung durch den Begünstigten nur so lange und nur in der Weise zulässt, als der Wegeherr nicht andere kollidierende öffentliche Interessen für vorzugswürdiger hält<sup>3)</sup>. Der durch eine Gebrauchserlaubnis Begünstigte hat also kein volles subjektives öffentliches Recht auf Ausnutzung des ihm gestatteten Sondergebrauchs, was in den gesetzlichen Bestimmungen auch dadurch verdeutlicht wird, dass ihm bei Widerruf, Sperrung, Änderung oder Einziehung der Strasse kein Ersatzanspruch gegen den Träger der Strassenbaulast zusteht<sup>4)</sup>. Er muss also Millionen ohne rechtliche Sicherung investieren. Eine ganze Wasser-, Gas-, Eisenbahn- oder Stromleitung, die längs oder auch nur quer über Strassen oder in ihnen verlegt ist, wird wertlos, wenn nur ein Wegeherr die Erlaubnis mit Grund widerruft<sup>5)</sup>.

- 1) So Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V, S.28 f.
- 2) Für öffentlich-rechtlichen Charakter der Gegenleistung, Kormann, aaO, S.48; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.95, ist der Auffassung, für die Erlaubniserteilung sei die Erhebung einer einmaligen Gebühr zulässig, nicht aber für die Benutzung, da es an einer Gegenleistung mangle.
- 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.214.
- 4) § 8 Abs.8 FStrG; Art.18 Abs.6 bayStrWG; § 19 Abs.6 EnwLStrG.
- 5) Spanner, Grenzen, S.15, stimmt der Neuregelung zu, wobei er ME die wirtschaftlichen Folgen zu gering bewertet, wenn er von einer "gewissen Schwächung der Rechtsstellung dessen" spricht, "der eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung erlangt hat, die in der Form der Konzession (Nutzungsverleihung) gegeben war".

### § 21 Sondergebrauch nach dem Privatrecht

Für einen zwar über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht oder für Zwecke der öffentlichen Versorgung nur für kurze Zeit beeinträchtigenden Gebrauch öffentlicher Verkehrswege, sieht das neue Wegerecht die Möglichkeit einer privatrechtlichen Regelung vor<sup>1)</sup>. Hiernach können Nutzungsrechte durch privatrechtlichen Vertrag eingeräumt werden<sup>2)</sup>. Das wird wegen des Vorteils einer dinglichen Sicherung meist als Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB oder als beschränkt persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 BGB geschehen. Soweit über die Grundstücksnutzung Mietverträge abgeschlossen werden, bedürfen sie wegen ihrer meist mehr als einjährigen Dauer nach § 566 BGB der Schriftform.

B Die der bisherigen begrifflichen Unterteilung der Sondernutzung entsprechende rechtliche Charakterisierung.

Während das neue Wegerecht eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Sondernutzung kennt, entsprach die bisherige rechtliche Charakterisierung der Unterteilung des Sondergebrauchs nach der Intensität der Nutzungsarten in schlichten und gesteigerten Sondergebrauch.

### § 22 Sondergebrauch aufgrund einer Gebrauchserlaubnis

Die weniger intensive Art der Sondernutzung, auch schlichter Sondergebrauch genannt, wurde bisher durch die Erteilung einer widerruflichen Erlaubnis gestattet. Hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters besteht im Schrifttum<sup>3)</sup> Übereinstimmung

- 1) Zahlreiche Fundstellen für die Zulässigkeit einer solchen Regelung bei Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V, S.37 f.
- 2) § 8 Abs.10 FStrG; Art.22 bayStrWG; § 24 EnwLStrG.
- 3) Hatschek-Kurtzig, Lehrbuch, S.437; Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, S.511; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.211; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.92; v.Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.160; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.345; Wolff, Verwaltungsrecht I, S.314.

darüber, dass es sich um eine einfache Erlaubnis handelt, die nach pflichtgemäßem Ermessen zu erteilen ist und idR mit einem Widerrufsvorbehalt versehen wird<sup>1)</sup>. Aber auch ohne ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt war die Gebrauchserlaubnis jederzeit widerruflich<sup>2)</sup>, allerdings nur in den Grenzen des pflichtgemässen Ermessens, zB dann, wenn Gründe, die für die Gestattung einer mehr als gemeingebrauchlichen Nutzung sprachen, später fortgefallen waren. Wenn durch die Erlaubniserteilung auch kein subjektiv öffentliches Recht begründet wurde, aus dem ein Entschädigungsanspruch bei Entzug der Nutzungsbefugnis geltend gemacht werden konnte, so konnte doch im Einzelfall ein Entschädigungsanspruch für den Entzug bestehen, und zwar nach § 70 Abs.2 PVG<sup>3)</sup> in Verbindung mit § 42 Abs.1 Buchst.c und d PVG bzw den davon abgeleiteten Bestimmungen der neuen Polizei- und Ordnungsbehördengesetze. Eine Zustimmung des Eigentümers würde für die Wirksamkeit der Gebrauchserlaubnis nicht für erforderlich gehalten, weil sein Eigentumsrecht durch die Art und Weise des schlichten Sondergebrauchs unberührt blieb<sup>4)</sup>. Aus diesem Grunde wurde auch die Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts für unzulässig gehalten<sup>5)</sup>, während eine Verwaltungsgebühr für die Erlaubniserteilung und eine nach der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils der Sondernutzung bemessene Gebühr sowie Beiträge wegen ungewöhnlicher Abnutzung des Weges erhoben werden konnten<sup>6)</sup>. Bei einem Vergleich zwischen dem rechtlichen

- 1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.314.
- 2) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.212; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.345; Wolff, Verwaltungsrecht I, S.314.
- 3) Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz (PVG) vom 1.6.1931 (Gesetzessaml.S.77).
- 4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.315.
- 5) Anders die Praxis, vgl. BGHZ 19,85 ff; der nicht auf die Art des Eingriffs sondern allgemein auf die Überschreitung des Gemeingebrauchs abstellt.
- 6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S.315.

Charakter der von der Lehre entwickelten Gebrauchserlaubnis für den schlichten Sondergebrauch und der Gebrauchserlaubnis für den Sondergebrauch nach der neuen Weggesetzgebung ergeben sich weitgehende Übereinstimmungen, so dass man von einer Übernahme des Instituts der Gebrauchserlaubnis in das neue Wegerecht sprechen kann.

Die Zulässigkeit eines privatrechtlichen Entgelts oder einer Sondernutzungsgebühr für die Ausübung des Sondergebrauchs ist im Entwurf des EnWLStrG nicht berücksichtigt. Eine Unterlassung, die Anlass zu zahlreichen Streitigkeiten geben kann. Es sollte deshalb in § 19 EnWLStrG ein dem Art. 18 Abs. 2 bayStrWG entsprechender Absatz eingefügt werden: "Sondernutzungsgebühren können erhoben werden. Bei ihrer Bemessung kann auch der wirtschaftliche Vorteil der Sondernutzung berücksichtigt werden." Zur weiteren Klärung wäre noch der Zusatz angebracht: "Ein zusätzliches privatrechtliches Entgelt darf nur von einem Privateigentümer oder dinglich Berechtigten im Falle eines dauernden Eingriffs erhoben werden."

#### § 23 Sondergebrauch aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsverleihung

Die von der Lehre als gesteigerter Sondergebrauch bezeichnete Nutzungsart<sup>1)</sup> wurde bisher durch die Verleihung eines Sondernutzungsrechts zugelassen. Dieses Recht wurde vom öffentlich-rechtlichen Sachherrn, also der Wege- bzw. Strassenverkehrsbehörde, auf Antrag des Begünstigten nach Ermessen verliehen<sup>2)</sup>. Die Verleihung bedurfte der Schriftform (Konzessionsurkunde). Nach der hM war wegen des Eingriffs in die Sachsubstanz die Zustimmung des Eigentümers erforderlich<sup>3)</sup>.

1) Vgl. oben, S. 74 ff.

2) ProVG 50, 284 und statt vieler: v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 160.

3) ProVG 50, 284 und Fleiner, Institutionen, S. 381; Walter Jelinek, Verwaltungsrecht, S. 511 f; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 96 f.

Wenn sie fehlte, so war die Verleihung mangelhaft. Es war allerdings möglich, bei nachweisbarem öffentlich-rechtlichem Interesse an der Verleihung die Unterwerfung des Eigentümers gegen eine Entschädigung durch eine Eigentumsbeschränkung oder Enteignung zu ersetzen; so zB bei Energieversorgungsleitungen nach § 11 EnergG. Für den Fall, dass auch Rechte des Unterhaltspflichtigen durch die Verleihung berührt wurden, musste auch er seine Zustimmung erklären<sup>1)</sup> (vgl. zB § 15 PersBefG<sup>2)</sup>). Sowohl Eigentümer als auch Unterhaltspflichtiger waren berechtigt, für ihre Zustimmungserklärung ein Entgelt zu verlangen. Daneben war noch die Erhebung einer Benutzungsgebühr zulässig. Die Verleihung begründete ein volles subjektiv-öffentliches Recht, den öffentlichen Verkehrsweg in der durch die Verleihung ausgesprochenen Art zu nutzen<sup>3)</sup>. Der Widerruf einer solchen Nutzungsverleihung war eine Enteignung und deshalb nur gegen Zahlung einer entsprechenden Entschädigung zulässig; sie konnte wegen überwiegender Gefahren oder Nachteile für die Allgemeinheit ausgesprochen werden.

Eine Rechtfertigung für die starke rechtliche Position des zum gesteigerten Sondergebrauch Berechtigten wurde darin gesehen, dass mit der Ausnutzung des Rechts hohe Investitionen verbunden sind, zB die Verlegung von Kabeln oder Schienen in den Strassengrund, die nur bei einer ausreichenden rechtlichen Sicherung wirtschaftlich verantwortet werden können.

1) ProVG 50, 284.

2) Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande (PersBefG) vom 6.12.1937 (RGBl I S. 1320).

3) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 191; Hatschek-Kurtzig, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, S. 438; Fleiner, Institutionen, S. 383 f; Nebinger, Verwaltungsrecht S. 96 f; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 212; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 160

C § 24 Beurteilung der neuen rechtlichen Charakterisierung der Sondernutzung in der Wegegesetzgebung.

Die gesetzliche Neuregelung des rechtlichen Charakters der über den Gemeingebrauch hinausgehenden und ihn beeinträchtigenden Nutzungsarten bedarf der kritischen Betrachtung, einmal bezüglich der erforderlichen Anpassungsfähigkeit der rechtlichen Gestattung an die unterschiedliche Intensität der Nutzungsarten, zum anderen bezüglich des Erfordernisses einer konsequent rechtlich gleichmässigen Behandlung dieser Nutzungsarten.

Das Recht der Sondernutzung ist durch die Beschränkung auf die jederzeit entschädigungslos widerrufbare Gebrauchserlaubnis zwar leichter überschaubar und einheitlicher aber dennoch schwerfälliger und unzweckmässiger geworden. Denn nach der neuen gesetzlichen Regelung steht für eine bloss vorübergehende, oberflächliche und mit keinem oder geringen Kapitalaufwand verbundene Sondernutzungsart genau die gleiche Nutzungserlaubnis zur Verfügung, die auch für eine in den Bestand des Weges eingreifende auf Dauer berechnete und mit hohen Investitionen verbundene Nutzung zu erteilen ist. Die Unbilligkeit dieser gesetzlichen Neuregelung liegt in einer der Sache nach nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung des gesteigerten Sondergebrauchs, der jetzt entschädigungslos entzogen werden kann. Es gibt jedoch wirtschaftliche Interessen an einer gesteigerten Nutzung öffentlicher Verkehrswege, die es verdienen, nicht nur durch eine Erlaubniserteilung gedeckelt sondern auch durch eine Nutzungsverleihung in ihrem Bestand geschützt zu werden. Das sind alle die Gebrauchsarten, bei denen hohe Investitionen erforderlich sind, und die sich in langen Zeiträumen amortisieren, also zB Schienen und Versorgungsleitungen. Es geht nicht an, wie es die neue Wegegesetzgebung vorschreibt, diese Sondernutzungsarten mit einem hohen wirtschaftlichen Risiko zu belasten, indem man

sie der Gefahr eines jederzeitigen Widerrufs ausliefert, weil er nicht mit der Pflicht einer Entschädigungszahlung verbunden ist. Dass den Gesetzgebern die Zweifelhaftigkeit dieser Regelung zumindest im Hinblick auf die Bedürfnisse der öffentlichen Versorgung klar gewesen ist, zeigt die Verweisung in das Privatrecht für den Fall einer nur kurzfristigen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs. Aber einmal ist der Begriff einer "Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer" derart dehnbar, dass er Auslegungsstreitigkeiten geradezu heraufbeschwört<sup>1)</sup>, und zum andern ist nicht einzusehen, warum das Lagern von Kohlen bis zum Einkellern einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedürftig sein soll, während das vorübergehende Aufbrechen ganzer Strassenzüge zur Verlegung von Leitungen einer Regelung durch das öffentliche Wegerecht entzogen werden soll. Eine privatrechtliche Regelung, auch wenn sie sich nicht nur auf Versorgungsanlagen bezieht, ist nicht ausreichend, weil sie nichts über das öffentliche Recht besagt, aus dem allein die Befugnis zum Eingriff in eine öffentliche Sache abzuleiten ist<sup>2)</sup>. Hinzu kommt, dass gewisse Bestandteile der Versorgungsleitungen, zB Schacht-

- 1) Spanner, Grenzen, S.13, hält die Neuregelung für begrüssenswert und meint, es werde Aufgabe der Praxis sein, mit der Zeit die Grenzen zwischen Beeinträchtigung und Nichtbeeinträchtigung des Gemeingebrauchs schärfer zu ziehen; brauchbare Anhaltspunkte für eine solche Unterscheidung gibt er allerdings nicht. Vgl. auch Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerArch 50 (1959), 337, der für die privatrechtliche Natur der Vereinbarung über die Wegenutzung durch Versorgungsunternehmen eintritt.
- 2) Stern, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, AöR, 84 (1959), 280, hält gleichfalls die Regelung in § 8 Abs.10 FStrG und Art.22 Abs.2 bayStrWG nicht für glücklich, weil sie infolge ihres Kompromisscharakters die wegerechtlichen Probleme der Energieversorgung nicht zu Ende gedacht habe. Ausnahmeregel, die mit den Grundsätzen des Gesetzes in Widerspruch stehen, sollten nur dann getroffen werden, wenn die Natur der Sache eine Durchbrechung der allgemeinen Regel erfordert. Die Besorgnis der EFU, bei einer öffentlich-rechtlichen Regelung der Wegebenutzung in eine schwächere Rechtsstellung als bisher zu geraten, sei zumindest seit dem Aufbau einer der Zivilgerichtsbarkeit gleichwertigen Verwaltungsgerichtsbarkeit unbegründet.

deckel, den Gemeingebrauch dauernd beeinträchtigen können und deshalb einer jederzeit widerruflichen Erlaubnis nach § 19 EnwLStrG bedürfen. Falls der Widerspruch ausgesprochen wird, ist mit Beseitigung der betroffenen Teile die gesamte Anlage wertlos, ohne dass dafür eine Entschädigung gefordert werden könnte.

Es scheint deshalb folgende Änderung und Einfügung bezüglich der Sondernutzungsregelung angebracht:

§ 19

Sondernutzungen

(1) Der Gebrauch der Strassen über den Gemeingebrauch hinaus bedarf der Zulassung durch den Wegeherrn.

(2) Die Zulassung für eine nur vorübergehende Sondernutzung ist jederzeit entschädigungslos widerruflich (Gebrauchserlaubnis).

(3) Die Zulassung für eine dauernde, in die Sachsubstanz eingreifende Sondernutzung ist nur gegen Entschädigung widerruflich (Nutzungsverleihung).

§ 19 a

Gebrauchserlaubnis

(1) Die nur auf Zeit oder Widerruf zu erteilende Gebrauchserlaubnis kann mit Bedingungen und Auflagen versehen werden, wenn dies für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder zum Schutze der Strasse erforderlich ist.

Im übrigen können die Vorschriften des § 19 Abs.3 - 6 EnwLStrG bestehen bleiben.

§ 19 b

Nutzungsverleihung

(1) Voraussetzung der Nutzungsverleihung ist die Zustimmung des Wegeeigentümers oder eines sonst zur Nutzung dinglich Berechtigten sowie des Trägers der Strassenbaulast.

(2) Die Nutzungsverleihung bedarf der Schriftform. Sie darf nur gegen Entschädigung durch den Wegeherrn entzogen oder wesentlich beschränkt werden. Die Vorschriften des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 (GS. S.221) über Art, Ausmass und Feststellung der zu gewährenden Entschädigung finden entsprechende Anwendung.

(3) Im übrigen finden die Vorschriften über die Gebrauchserlaubnis entsprechende Anwendung.

Falls eine derartige Änderung nicht getroffen wird, muss es auch hier Lehre und Rechtsprechung überlassen bleiben, den Gesetzgeber im Sinne der oben dargelegten bisherigen rechtlichen Charakterisierungen der Sondergebrauchsarten so weit wie möglich zu korrigieren<sup>1)</sup>.

1) Krüger, Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 56, 552, weist darauf hin, dass die Rechtsprechung grundsätzlich der rechtlichen Bezeichnung und Gestaltung durch den Gesetzgeber zu folgen habe, es sei denn, dass die Qualifikation der Natur der Sache handgreiflich widerspreche; dieser letztere Fall liegt mE bei der privatrechtlichen Gestaltung der Sondernutzung vor. Vgl. auch Stern, AöR 84 (1959), 291.

## Lebenslauf

Am 21. Juli 1933 wurde ich als Sohn des 1953 verstorbenen Ersten Staatsanwalts Wessel de Weldige-Cremer und seiner Ehefrau Constanze, geborene Iltgen, in Essen geboren. Meine Schulzeit schloss ich 1954 mit dem Reifezeugnis des Staatlichen Altsprachlichen Burggymnasiums in Essen ab. Anschliessend studierte ich drei Semester in Tübingen und fünf Semester in Münster Rechts- und Staatswissenschaft. Am 16. Mai 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm und bin jetzt Referendar beim Landgericht in Essen.