

DIE VERWALTUNG

Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft

Gegründet von Prof. Dr. Ernst Forsthoff †, Heidelberg / Staatssekretär a. D. Klaus v. d. Groeben, Kiel / Prof. Dr. Reinhart Koselleck, Bielefeld / Prof. Dr. Franz Mayer †, Regensburg / Prof. Dr. Franz Ronneberger, Nürnberg / Prof. Dr. Roman Schnur, Tübingen

Herausgegeben von Prof. Dr. Wilfried Berg, Bayreuth / Prof. Dr. Hermann Hill, Speyer / Prof. Dr. Rudolf Morsey, Speyer / Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser, Bayreuth / Prof. Dr. Meinhard Schröder, Trier

Redaktion: Prof. Dr. Wilfried Berg, Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Postfach 10 12 51, 8580 Bayreuth; Prof. Dr. Hermann Hill, Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Freiherr-vom-Stein-Straße 2, 6720 Speyer; Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser (geschäftsführend), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Postfach 10 12 51, 8580 Bayreuth

Verlag: Duncker & Humblot GmbH, Dietrich-Schäfer-Weg 9, 1000 Berlin 41, Ruf: 7 90 00 60. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich im Gesamtumfang von 544 Seiten. Abonnementpreis jährlich DM 148,- zuzüglich Porto, für Studenten jährlich DM 118,40 zuzüglich Porto.

Diese Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.

Gedruckt 1989 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

ISSN 0042-4498

Zitiervorschlag: DIE VERWALTUNG 22 (1989), S. . . ff.

Inhalt

Abhandlungen und Aufsätze

| | |
|---|-----|
| <i>Peter Häberle</i> , Praktische Grundrechtseffektivität, insbesondere im Verhältnis zur Verwaltung und Rechtsprechung | 409 |
| <i>Bernd Holznagel</i> , Der Einsatz von Konfliktmittlern, Schiedsrichtern und Verfahrenswaltern im amerikanischen Umweltrecht | 421 |
| <i>Franz Merli</i> , Von öffentlichen Sachen zu öffentlichen Nutzungsrechten. Mängel und Verbesserungsmöglichkeiten im österreichischen und deutschen Recht der öffentlichen Sachen | 445 |
| <i>Albrecht Dehnhard</i> , Technisierung des Staates? Die Grenzen der Computernutzung – ein Problem der Staatslehre | 473 |

VON ÖFFENTLICHEN SACHEN ZU ÖFFENTLICHEN NUTZUNGSRECHTEN*

Mängel und Verbesserungsmöglichkeiten im österreichischen
und deutschen Recht der öffentlichen Sachen

Von Franz Merli, Graz

Öffentliche Sachen bilden eine traditionelle Kategorie des Allgemeinen Verwaltungsrechts in Österreich wie in der Bundesrepublik Deutschland. Trotz der Ehrwürdigkeit dieses Instituts ist ein gewisses Unbehagen mit ihm zu spüren¹. Im folgenden möchte ich zeigen, daß dies jedenfalls für Österreich (Teil I), z.T. aber auch für die Bundesrepublik (Teil II) nicht ganz zu Unrecht so ist, und im Anschluß daran einen Verbesserungsvorschlag machen (Teil III). Dabei soll es nicht um dogmatische Einzelheiten, sondern nur um drei Grundfragen gehen: um den Begriff der öffentlichen Sache, um ihre Einteilung und um die Stellung der Lehre von den öffentlichen Sachen im Allgemeinen Verwaltungsrecht.

I. Öffentliche Sachen in Österreich

Die ausführlichste Darstellung des österreichischen Rechts der öffentlichen Sachen findet sich im „Allgemeines Verwaltungsrecht“ von *Antoniolli / Koja*². Unter dem Titel „Begriff und Einteilung der öffentlichen Sachen“ heißt es dort:

* Diese Arbeit wurde durch ein Stipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung und einen Aufenthalt am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg ermöglicht. Beiden möchte ich danken.

¹ Für Österreich z. B. *Adamovich / Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1987, S. 224: „In diesem Bereich haben sich überkommene Begriffe und Denkmuster besonders hartnäckig gehalten, ohne daß ihre Berechtigung und Zweckmäßigkeit jemals eingehend geprüft worden wäre. Deutlich ist hier ein Defizit an theoretischer und dogmatischer Erschließung zu erkennen.“ Für die Bundesrepublik z. B. *Kromer*, Sachenrecht des Öffentlichen Rechts, 1985, S. 127, der von einer „historisch bedingte(n), systematisch zufällige(n) Zusammenwürfelung einzelner Bereichsdogmatiken“ spricht.

² *Antoniolli / Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 1986, S. 621 ff.; das folgende Zitat findet sich auf S. 622. Andere Darstellungen unterscheiden sich davon nicht wesentlich: *Adamovich / Funk* (FN 1), S. 224 ff.; *Melichar*, Die öffentlichen Sachen und der Gemeingebrauch, JBl. 1967, S. 179 ff.

„Öffentliche Sachen sind Sachen, die im Eigentum eines Rechtsträgers der Verwaltung stehen und dauernd öffentlichen Zwecken, insbesondere Zwecken der Verwaltung gewidmet sind. Je nach der Art, in welcher sie öffentlichen Zwecken dienen, unterscheidet man ‚Finanzvermögen‘, ‚Verwaltungsvermögen‘ und ‚öffentliches Gut‘. Da es Sachen im Privateigentum gibt, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind, empfiehlt es sich, als eigene (weitere) Kategorie von ‚Sachen im Gemeingebrauch‘ zu sprechen; diese umfassen sowohl die diesbezüglichen privaten Sachen als auch das öffentliche Gut. Die Kriterien sind verschieden: Bei den öffentlichen Sachen ist das entscheidende Merkmal das Eigentum der öffentlichen Hand, bei den Sachen im Gemeingebrauch das spezifische Nutzungsverhältnis, daß diese Sachen also der Benützung durch die Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Die Besonderheit öffentlicher Sachen liegt darin, daß zwar das Eigentum des Rechtsträgers an ihnen privatrechtlicher Natur ist – es gelten also grundsätzlich die Vorschriften des ABGB darüber, wie solche Sachen rechtmäßig erworben, erhalten und auf andere Rechtssubjekte übertragen werden –, daß es aber darüber hinaus öffentlichrechtliche Sonderregeln betreffend Verwaltung und Gebrauch, Verfügungsberechtigung und Verwendungszweck gibt.“

Diese Umschreibung löst eine ganze Reihe von Fragen aus. Zunächst fällt auf, daß offenbar zwei Kriterien für öffentliche Sachen angegeben werden: das Eigentum eines Verwaltungsträgers und die öffentliche Zweckbindung. Andererseits heißt es einige Zeilen später: „Bei den öffentlichen Sachen ist das entscheidende Merkmal das Eigentum der öffentlichen Hand.“ Haben wir es jetzt mit zwei oder nur mit einem Merkmal zu tun? In der Tat – wenn es keinen Unterschied macht, welcher Art die öffentliche Zweckbindung oder „Widmung“³ ist, wenn also auch das Finanzvermögen zu den öffentlichen Sachen zählen soll, muß man sich fragen, ob das Kriterium der öffentlichen Zweckbindung nicht überflüssig ist: Dient nicht alles Staatsvermögen „irgendwie“ öffentlichen Zwecken? Oder umgekehrt: Kann es überhaupt Eigentum eines Trägers der Verwaltung geben, das nicht (zumindest indirekt) öffentlichen Zwecken dient?

Aber auch das Kriterium „Eigentum eines Rechtsträgers der Verwaltung“ ist nicht eindeutig. Die Formulierungen des Abschnitts deuten darauf hin, daß mit Eigentum die Vollform der privatrechtlichen Verfügungsgewalt (§ 354 ABGB) – nicht jedoch ein Sammelbegriff für alle privaten Vermögensrechte (§ 353 ABGB) – gemeint sind. Sind also z. B. gemietete Amtsgebäude keine öffentlichen Sachen?

Öffentliche Sachen werden „nach der Art, in der sie öffentlichen Zwecken dienen“, eingeteilt in Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen und öffentliches Gut. Abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen Finanz- und Verwaltungsvermögen nicht immer leicht fällt, wenn man an bestimmte

³ Was dieser Begriff bedeuten soll, wird jedoch nicht klar. Nähere Ausführungen zur Widmung als Rechtsakt finden sich zwar im Kapitel über den Gemeingebrauch: *Antoniolli / Kojas* (FN 2), S. 624ff. Wie aber sind (oder werden) Sachen des Finanz- oder des Verwaltungsvermögens gewidmet? Und welche Folgen hat diese mysteriöse Widmung etwa für die Anteile eines Landes an einer Seilbahngesellschaft oder für einen Amtsbleistift?

Sachen denkt⁴, und daß für solche Fälle keine Zweifelsregel angegeben wird, ist die Einteilung offenbar auch nicht vollständig: Das Parlamentsgebäude etwa ist nicht einem konkreten Verwaltungszweck gewidmet (was es definitionsgemäß zum Verwaltungsvermögen machen würde) und gehört auch nicht zu einer der beiden anderen Gruppen – ist es also keine öffentliche Sache? Oder darf man den Ausdruck „Verwaltung“ hier nicht so wörtlich nehmen? Vor allem aber stellt sich die Frage, welche rechtliche Relevanz der Einteilung zukommt. Sie stammt zwar aus dem ABGB (§§ 287, 288); dieses verweist, was Abweichungen vom Privatrecht betrifft, aber nur pauschal auf das „Staatsrecht“ und die „politischen Verordnungen“, d. h. auf öffentlich-rechtliche Vorschriften (§ 290). Klar ist damit, daß über alle drei Gruppen von Sachen grundsätzlich privatrechtlich verfügt wird und Besonderheiten nur in der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Privateigentums liegen können. Für das Finanzvermögen führen *Antoniolli / Kojas* „Vorschriften in der Festsetzung der verwaltenden Dienststelle, in haushaltsrechtlichen Bindungen und in speziellen Vorschriften über die Rechnungslegung sowie die Rechnungs- und Gebarungskontrolle“⁵ an. Aber gelten diese Vorschriften denn nicht auch für das öffentliche Gut und das Verwaltungsvermögen?

Für letzteres bestehen nach *Antoniolli / Kojas* – wohl zusätzlich zu den vorhin genannten Regeln – „hinsichtlich der privatrechtlichen Behandlung gewisse Beschränkungen, die sich aus der dauernden Zweckbindung ergeben“⁶. Als einziges Beispiel dafür wird § 15 Exekutionsordnung⁷ angegeben. Diese Bestimmung entzieht Sachen von Gemeinden und gemeinnützigen „Anstalten“ der Exekution, wenn dadurch öffentliche Interessen beeinträchtigt würden. Sie eignet sich schon deshalb nicht zur Unterscheidung öffentlicher von anderen Sachen, weil sie eben nicht nur Gemeindeeigentum, sondern auch jenes „gemeinnütziger Anstalten“ schützt, die ja auch privatrechtlich organisiert sein können⁸ und dann – zumindest nach *Antoniolli / Kojas* – keine öffentlichen Sachen sind (oder haben). § 15 EO taugt aber auch nicht zur Unterscheidung von Finanz- und Verwaltungsvermögen, denn diese Vorschrift läßt auch die Exekution in Gegenstände des Verwaltungsvermögens zu: Wenn mehrere Gegenstände zur Erfüllung eines Verwaltungszwecks vorhanden sind, ist die Vollstreckung in einzelne von

⁴ *Adamovich / Funk* (FN 1), S. 225, nennen als Beispiele für Zweifelsfälle die Post, die Bundesbahn und die Bundesforste.

⁵ *Antoniolli / Kojas* (FN 2), S. 622f.

⁶ Ebd., S. 623.

⁷ RGBl. 1896/79, zuletzt i. d. F. BGBl. 1987/645.

⁸ So auch § 2 der Durchführungsvorschriften zu § 15 EO, RGBl. 1897/153 (abgedruckt bei *Heller / Berger / Stix*, Exekutionsordnung, 1979, S. 148ff.). Dazu kommt, daß von anderen Trägern der Verwaltung (Bund, Länder) nicht die Rede ist: Nach *Neumann / Lichtblau*, Kommentar zur Exekutionsordnung I, 1969, S. 290ff. genießen nur die Anstalten von Bund und Ländern, nicht jedoch diese selbst den Schutz des § 15 EO.

ihnen durchaus denkbar⁹. § 15 EO stellt eben nur auf die Beeinträchtigung des Verwaltungszwecks oder Gemeinwohls, nicht jedoch auf irgendeine Zuordnung der jeweiligen Sache zum Finanz- oder zum Vermögen ab. Worin bestehen dann aber die „gewissen Beschränkungen“ der Privatmacht über öffentliche Sachen?

Während die Frage beim Verwaltungsvermögen offenbleibt, fällt die Antwort beim „öffentlichen Gut“ – als jenem Staatseigentum, an dem Gemeingebrauch besteht – leicht: Die privatrechtliche Verfügungsgewalt wird eben durch die Rücksichtnahme auf den Gemeingebrauch beschränkt¹⁰. Damit ist ein eindeutiges rechtliches Merkmal gefunden, das den betroffenen Sachen einen Sonderstatus verleiht und daher erlaubt, sie innerhalb der öffentlichen Sachen aus dem Finanz- und Verwaltungsvermögen herauszuheben. Aber was hat dieses Merkmal mit den öffentlichen Sachen zu tun, wenn es einerseits nicht auf alle von ihnen zutrifft und andererseits auch Privatsachen eigen sein kann¹¹? Den Gemeingebrauch an privaten wie an öffentlichen Sachen behandeln Antonioli / Koja in einem eigenen Punkt, aber ebenfalls unter der Überschrift „Die öffentlichen Sachen“¹². Zunächst werden also die Sachen im Gemeingebrauch „als eigene (weitere) Kategorie“ den öffentlichen Sachen (als Staatseigentum) gegenübergestellt, wodurch zwei einander überlappende Kreise von Sachen entstehen, und dann gelten sie doch wieder insgesamt irgendwie als öffentliche. Für die öffentlichen Sachen (als Staatseigentum) sollen die Eigentums-, für die Sachen im Gemeingebrauch die Nutzungsverhältnisse entscheidend sein. Das ist schwer zu bestreiten, nur nicht sehr aussagekräftig.

Damit sind wir bei der Grundfrage: Welche gemeinsamen Merkmale rechtfertigen es, Sachen wie Wertpapiere und Monopolbetriebe des Bundes, öffentliche Krankenhäuser, Gewässer und öffentliche Straßen auf Privatgrund als besondere zu begreifen und unter einer Kategorie zusammenfassend darzustellen? Die Rede von den „öffentlich-rechtliche[n] Sonderregeln betreffend Verwaltung und Gebrauch, Verfügungsberechtigung und Verwendungszweck“ ist zu allgemein – derartige Vorschriften gelten schließlich ja auch z. B. für Privatwaffen. Die angeführten Beispiele (vom Gemeingebrauch einmal abgesehen) zeigen dagegen nur, daß es Sondervorschriften für den Eigentümer Staat, nicht aber, daß es besondere Sachen gibt. Dem

⁹ Fasching, Konkurs, Ausgleich und Zwangsvollstreckung bei Gemeinden, 1983, S. 53 ff.

¹⁰ Antonioli / Koja (FN 2), S. 623.

¹¹ Daß das ABGB im Gegensatz zu den Gemeindeordnungen für „öffentliches Gut“ Eigentum eines Verwaltungsträgers nicht fordert, wird bei Antonioli / Koja (FN 2), S. 624, ausdrücklich festgestellt.

¹² Ebd., S. 624 ff.; Nutzungsrechte von Gemeindeangehörigen an gemeindeeigenen Sachen werden nur erwähnt, um die von den Gemeindeordnungen getroffene Unterscheidung zwischen dem (eben durch Nutzungsrechte charakterisierten „Gemeindegut“, dem „öffentlichen Gut“ (Gemeindeeigentum im Gemeingebrauch) und dem sonstigen „Gemeinvermögen“ zu erläutern (ebd., S. 624).

entspricht die unsichere Stellung der öffentlichen Sachen im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Bei Antonioli / Koja ist das Recht der öffentlichen Sachen (zusammen mit den „verwaltungsrechtlichen Eingriffen in das Eigentum“ und den „verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen“) ein Teil des „öffentlichen Vermögensrechts“¹³. Adamovich / Funk behandeln es im Rahmen eines „informativen Streifzugs“¹⁴ durch verschiedene „Funktionsbereiche der Verwaltung“. In der von Ermacora u. a. herausgegebenen Gesamtdarstellung¹⁵ kommt es gar nicht vor. Eine Lücke scheint dadurch nicht zu entstehen. Abgesehen von den geschilderten Definitions- und Einteilungsversuchen geht nur die Darstellung des Gemeingebrauchs verloren. Allerdings betrifft diese nur das Wegerecht (Straßenrecht), das Wasserrecht und ganz am Rande das Forstrecht (weil die gesetzliche Betretungsfreiheit des Waldes zu Erholungszwecken als Gemeingebrauch verstanden wird). Wäre sie dann nicht besser in einem Vorspann zu den einschlägigen Abschnitten des Besonderen Verwaltungsrechts aufgehoben?

Vielleicht gibt es auf alle diese Fragen einleuchtende Antworten. Da sie jedoch weder Antonioli / Koja noch andere Autoren geben, kann von einer Theorie der öffentlichen Sachen in Österreich bislang noch nicht gesprochen werden. Statt dessen finden wir ein traditionsreiches Sammelsurium allgemeiner Unklarheiten, die zwar alle „irgendwie“ mit Sachen zu tun haben, über ihren öffentlich-rechtlichen Charakter hinaus aber offenbar nichts Gemeinsames aufweisen, was ihre Zusammenfassung in einem Abschnitt des Allgemeinen Verwaltungsrechts rechtfertigen würde. Ein solches Recht der öffentlichen Sachen ist überflüssig.

II. Öffentliche Sachen in der Bundesrepublik

1. Begriff

Die bundesdeutsche Lehre von den öffentlichen Sachen¹⁶ ist zwar wesentlich weiter entwickelt, scheint mir aber auch nicht in jeder Hinsicht befriedigend.

¹³ Antonioli / Koja (FN 2), S. 621 ff.

¹⁴ Adamovich / Funk (FN 1), S. 155.

¹⁵ Ermacora / Winkler / Koja / Rüll / Funk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, FS Antonioli, 1979.

¹⁶ Von einer einheitlichen Lehre kann natürlich nur mit erheblichen Einschränkungen gesprochen werden. Ich stütze mich hier vor allem auf die Darstellungen von W. Weber und Stern, Die öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964), S. 145 ff. u. 183 ff.; Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht I, 1974, §§ 55 - 59; Pappermann, Grundfälle zum öffentlichen Sachenrecht, JuS 1979, S. 794 ff.; Pappermann / Löhr, Grundfälle zum öffentlichen Sachenrecht, JuS 1980, S. 35 ff., 191 ff., 350 ff., 580 ff., 731 ff., 880 ff.; JuS 1981, S. 269 ff.; Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 1984; Mayer / Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, §§ 47 f.; Salzwedel, Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen, in: Erichsen / Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986, §§ 43 - 49; Schmidt-Jortzig, Vom öffentlichen Eigentum zur öffentlichen Sache, NVwZ 1987, S. 1025 ff.

digend. Als „öffentlich“ werden Sachen¹⁷ begriffen, die aus Gemeinwohlgründen einen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus haben. Privateigentum an ihnen bleibt zwar bestehen, die daraus entspringenden Befugnisse werden jedoch im Umfang der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft des Verwaltungsträgers (der öffentlich-rechtlichen „Dienstbarkeit“) verdrängt. Wie in Österreich unterliegen die öffentlichen Sachen damit sowohl der Privatrechtsordnung als auch dem öffentlichen Recht¹⁸: ihr Status wird „dualistisch“ konstruiert¹⁹. Entscheidend ist aber nicht das Eigentum des Verwaltungsträgers, sondern seine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft²⁰. Auch Sachen im Eigentum Privater sind öffentlich, wenn über sie öffentlich-rechtliche Herrschaft ausgeübt werden kann (z.B. Privatgewässer); und staats eigene Sachen sind nicht öffentlich, wenn über sie nur nach bürgerlichrechtlichen Vorschriften verfügt wird (z.B. das Finanzvermögen).

Die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft des Verwaltungsträgers wird als dingliche oder sachenrechtliche Rechtsmacht verstanden²¹. Unabhängig von Unterschieden im einzelnen ist damit jedenfalls gemeint, daß die Rechte des Verwaltungsträgers nicht vom Vorhandensein eines verpflichteten Rechtssubjekts (z.B. des Eigentümers) abhängen, sondern direkt an der Sache bestehen und gegenüber jedermann mit öffentlich-rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden können²².

Diese Begriffsbildung hat gegenüber der österreichischen den Vorteil, daß sie mit einem Merkmal – der dinglichen öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft eines Verwaltungsträgers – auskommt. Sie hat aber den Nachteil, daß

¹⁷ Auf die Frage, was als „Sache“ gilt, gehe ich hier nicht weiter ein. Mit wenigen Ausnahmen (*Weber* [FN 16], S. 149; *Papier* [FN 16], S. 2) wird eine Übernahme des privatrechtlichen Begriffs (§ 90 BGB), vor allem der Körperlichkeit der Sache, abgelehnt: *Wolff / Bachof* (FN 16), § 55 II b; *Pappermann* (FN 16), S. 797f.; *Mayer / Kopp* (FN 16), § 47 I 2; *Salzwedel* (FN 16), § 43; *Schmidt-Jortzig* (FN 16), S. 1027. In Österreich besteht dieses Problem nicht, weil der Sachbegriff des § 285 ABGB auch unkörperliche Sachen umfaßt („alles, was von der Person des Menschen unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient“).

¹⁸ Sachen im „öffentlichen Eigentum“ und eigentumsunfähige Sachen klammere ich zunächst aus; vgl. aber unten vor FN 96.

¹⁹ Allerdings gibt es immer wieder Versuche monistischer (rein öffentlich-rechtlicher) Konstruktionen: z.B. *Stern* (FN 16), S. 202ff.; *Hardinghaus*, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, 1966, S. 147ff.; *Bartlsperger*, Hoheitliche Sachherrschaft in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und bei der Telegraphenpflichtigkeit von Verkehrswegen, in: FS Faller, 1984, S. 81ff.; kritisch zu letzterem *Kromer* (FN 1), S. 48; ausdrücklich de lege ferenda und auf Straßen bezogen *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 522.

²⁰ *Weber* (FN 16), S. 169; *Wolff / Bachof* (FN 16), § 55 II a, § 57 I a 2; *Pappermann* (FN 16), S. 795; *Papier* (FN 16), S. 9; *Mayer / Kopp* (FN 16), § 47 I 2; *Salzwedel* (FN 16), § 45 I; *Schmidt-Jortzig* (FN 16), S. 1028.

²¹ *Wolff / Bachof* (FN 16), § 40 II c 2 β; *Pappermann* (FN 16), S. 795; *Salzwedel* (FN 16), §§ 43, 45; *Schmidt-Jortzig* (FN 16), S. 1048; vorsichtiger *Mayer / Kopp* (FN 16), § 47 I 2, wo nur von „Herrschaft“ die Rede ist.

²² *Papier* (FN 16), S. 4f.; *Niehues*, Verwaltungssachenrecht, in: FS H. J. Wolff, 1973, S. 247ff. (253); *Bartels*, Öffentlich-rechtliche dingliche Rechte und dingliche öffentliche Lasten, 1970, S. 52ff.

sie das, was von der deutschen Lehre als öffentliche Sache bezeichnet wird, nicht richtig erfaßt, weil dieses Merkmal (in den gängigen Versionen) auch auf Sachen zutrifft, die nicht zu den öffentlichen gezählt werden, und weil es (in jeder Version) nicht allen zu den „öffentlichen“ gezählten Sachen eigen ist. Der auf die dingliche öffentlich-rechtliche Sachherrschaft eines Verwaltungsträgers gegründete Begriff ist zu weit, weil es dann auf einmal eine ganze Reihe neuer öffentlicher Sachen geben müßte:

- Wenn man in der Sachherrschaft ganz allgemein die gesetzliche Unterworfenheit von Sachen unter eine öffentlich-rechtliche Regelungsmacht sieht, sind z.B. alle Baugrundstücke, Lebensmittel, Kraftfahrzeuge, überhaupt alle ordnungspflichtigen Gegenstände öffentliche Sachen²³.
- Wenn man als Zeichen dinglicher Sachherrschaft nur spezielle (meist durch Verordnung oder Verwaltungsakt begründete) öffentlich-rechtliche Ansprüche gelten läßt, bleiben immer noch zu viele Sachen öffentlich: Das „dingliche“ Recht der Verwaltung auf Einhaltung von Nutzungsbeschränkungen macht dann etwa alle Grundstücke im Bereich eines Bebauungsplans, eines Wasser- oder Naturschutzgebietes ohne weiteres „öffentlich“²⁴.
- Wenn man statt dessen auf das Recht zur tatsächlichen Einwirkung, auf ein unmittelbares „Zugriffsrecht“²⁵ abstellt, sind alle gefahrauslösenden Gegenstände, für die kein Zustandshaftender gefunden werden kann (z.B. herrenlose tollwütige Hunde²⁶), öffentliche Sachen. Ihre Beseitigung durch die Verwaltung ist eben keine mit personalen Rechten operierende Zwangsvollstreckung, sondern Ausübung eines (wenngleich in der Praxis subsidiären²⁷) dinglichen Rechts an der Sache²⁸.

Eng genug wird der Begriff nur, wenn man die Sachherrschaft als „positivgestaltende Person-Sachbeziehung, die sich nicht in potentiellen Abwehrrechten erschöpft“, als „Miteigentum oder Mitbesitz“ eines Hoheitsträgers, genauer: als Recht zur „Benutzung der Sache für eigene Zwecke“²⁹ versteht – dann aber nimmt man schon den Inhalt des Rechts in den Blick und verläßt den Rahmen einer (am Gegensatz absolut/relativ orientierten) strukturellen

²³ *Niehues*, Dinglichkeit im Verwaltungsrecht, 1963, S. 80 ff., 105 ff.; kritisch dazu *Bartels* (FN 19), S. 88f.; *Wolff / Bachof* (FN 16), § 40 III c 2; *Kromer* (FN 1), S. 24f., 93f., 106f., 133.

²⁴ *Wolff / Bachof* (FN 16), § 40 III c 2 β und § 42 II b.

²⁵ *Kromer* (FN 1), S. 93.

²⁶ *Niehues* (FN 23), S. 115.

²⁷ *Niehues* (FN 22), S. 258, und *von Mutius*, VerwArch. 63 (1972), S. 89f. bezeichnen aus strukturellen Gründen das dingliche Recht als primär, die daraus resultierenden „dinglichen Berechtigungen“ (z.B. Anordnungen an den Zustandshaftenden) als sekundär.

²⁸ Das übergeht *Kromer* (FN 1), S. 93 f.

²⁹ *Kromer* (FN 1), S. 106, 133; 87 (hier allerdings zur bürgerlich-rechtlichen Sachherrschaft).

Betrachtung. Der genannte Begriff ist aber in jedem Fall zu eng, weil dann Sachen im „Anstalts-“ und im „Verwaltungsgebrauch“ (z.B. ein Bild in einem städtischen Museum oder ein Dienstwagen) keine öffentlichen sein könnten. Nun fehlt es in der Literatur nicht an Beispielen, die zeigen sollen, daß auch an solchen Sachen eine öffentlich-rechtliche dingliche Herrschaft des Verwaltungsträgers besteht, die privatrechtliche Befugnisse anderer verdrängt: Ein Dienstauto, das einem Dritten unberechtigt, aber wirksam verkauft wurde, soll öffentlich (und damit von der Verwaltung benutzbar) bleiben³⁰; ein gemietetes Amtsgebäude soll trotz wirksamer Kündigung des Mietvertrags von der Verwaltung nicht herausgegeben werden müssen, wenn sie es noch braucht³¹; ein aus einem Museum verschwundenes Bild soll durch hoheitlichen Akt („Inanspruchnahmeverfügung“) vom gutgläubigen Dritterwerber zurückholbar sein³².

Auffallend an diesen Beispielen ist zweierlei:

- Die behauptete öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit soll bestehende privatrechtliche Befugnisse anderer verdrängen. Während bei anderen öffentlichen Sachen solch weitreichende Folgen nur durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung oder aufgrund gesetzlicher Ermächtigung durch einen konstitutiven, vom privatrechtlich Berechtigten anfechtbaren Verwaltungsakt (die Widmung) eintreten können, soll hier eine konkludente, d. h. ohne Verfahren ergangene und allenfalls durch den Gebrauch der Sache erkennbare „Widmung“ durch einen Verwaltungsträger ausreichen³³. Gesetzliche Grundlage für diese merkwürdige Konstruktion wird keine angegeben³⁴.
- Zweitens scheinen alle Beispiele erfunden zu sein, da entsprechende Entscheidungen oder Behördenpraxis nicht angegeben werden. Will man nicht der Dogmatik allein rechtsgestaltende Kraft zugestehen, steht es auch um eine gewohnheitsrechtliche Begründung schlecht.

Eine gesetzliche Begründung der Sachherrschaft ist aber erforderlich. Die Verwaltung kann nicht ihre mangelnde privatrechtliche Verfügungsbefugnis durch die Berufung auf eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft erset-

³⁰ Wolff / Bachof (FN 16), § 57 II b 3.

³¹ Salzwedel (FN 16), § 48 II.

³² Salzwedel (FN 16), § 45 II, III.

³³ Wolff / Bachof (FN 16), § 56 II e 3; Salzwedel (FN 16), § 48 II, § 49.

³⁴ Der Hinweis auf den Ausschluß des Gutgläubensschutzes durch bürgerlich-rechtliche Vorschriften – Wolff / Bachof (FN 16), § 57 II b 3; Frottscher, Probleme des öffentlichen Sachenrechts, VerwArch. 62 (1971), S. 153ff. – geht ins Leere: Wenn der gutgläubige Erwerb von Verwaltungs- und Anstaltsachen überhaupt nicht möglich sein sollte, läßt sich daraus keine hoheitliche Befugnis, sondern allenfalls ihre Überflüssigkeit ableiten. Wenn der Gutgläubensschutz nur hinsichtlich der an der Sache bestehenden öffentlich-rechtlichen „Dienstbarkeit“ entfallen sollte, dann muß zunächst geklärt werden, ob eine solche „Dienstbarkeit“ überhaupt besteht; das BGB gibt darüber jedenfalls keine Auskunft.

zen, wo sie ihr nicht durch Gesetz eingeräumt wurde – damit würde sie die Sache ja gesetz- und entschädigungslos enteignen³⁵. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wird manchmal auf eine konkludente Zustimmung des Eigentümers verwiesen und die Widmung als Verwaltungsakt auf Unterwerfung konstruiert³⁶. Aber auch wenn man vom fiktiven Charakter dieser Zustimmung absieht³⁷ und selbst wenn eine ausdrückliche Zustimmung vorliegt oder die Verwaltung die volle privatrechtliche Verfügungsmacht über eine Sache erworben hat, kann eine dingliche (also auch künftige Erwerber belastende) öffentlich-rechtliche Sachherrschaft nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes begründet werden³⁸. Eine gesetzlose „dingliche“ Widmung wäre dann zwar keine Enteignung, aber als rein administrative Bestimmung von Inhalt und Grenzen des Eigentums ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 14 GG. Vorschriften, die dingliche Sachherrschaft begründen oder ihre Begründung durch die Verwaltung erlauben, gibt es etwa für Straßen und Gewässer, aber zumindest nicht allgemein für verwaltungsintern und „anstaltlich“ genutzte Sachen³⁹. An ihnen besteht also generell keine dingliche öffentlich-rechtliche Rechtsmacht eines Verwaltungsträgers. Das bedeutet natürlich nicht, daß eine verwaltungssachenrechtliche Herrschaft an ihnen überhaupt ausgeschlossen wäre; nur bedarf sie eben einer gesetzlichen Begründung. Beispiele dafür gibt es: Wenn die Verwaltung fremde Grundstücke nutzt, um Peilbrunnen zur Grundwasserkontrolle⁴⁰, Lüftungsschächte für die U-Bahn⁴¹ oder Verkehrszeichen⁴² zu errichten, übt sie insoweit eine öffentlich-rechtliche Herrschaft über das Grundstück aus. Diese ist dinglicher Art, weil die durch konstitutiven Verwaltungsakt aufgrund gesetzlicher Ermächtigung entstandene Duldungspflicht jeden Berechtigten am Grundstück trifft und auch gar nicht davon abhängt, ob es überhaupt einen Berechtigten gibt. Interessanterweise werden aber solche Beispiele überhaupt nicht genannt⁴³. Sie zeigen, daß es verwaltungssachenrechtliche

³⁵ Kromer (FN 1), S. 59, 70.

³⁶ Wolff / Bachof (FN 16), § 56 IV a 1.

³⁷ Kritisch dazu Kromer (FN 1), S. 59.

³⁸ Papier (FN 16), S. 13f.; Kromer (FN 1), S. 95, 136, 141; Ehlers (FN 19), S. 509f.; Mayer / Kopp (FN 16), S. 398; Schmidt-Jortzig (FN 16), S. 1028; BVerwG, NJW 1980, S. 2538 (2540).

³⁹ Daß die allgemeine Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden (Art. 28 II GG) eine solche Ermächtigungsgrundlage abgibt – so Kromer (FN 1), S. 141f. –, erscheint mir zweifelhaft, jedenfalls wenn es um Widmung durch Verwaltungsakt oder gar konkludentes Handeln geht. Allenfalls könnte man eine Satzung als ausreichendes (materielles) Gesetz verstehen (zu den umstrittenen Grenzen der Satzungsautonomie z. B. Ossenbühl, in: Erichsen / Martens [FN 16], § 7 VI 3 m. w. N.), dessen Erforderlichkeit aber erst zu prüfen wäre – auf der Hand liegt sie jedenfalls nicht. Eine Widmung durch Satzung liegt im übrigen beileibe nicht immer vor.

⁴⁰ Z. B. nach §§ 60ff. ndsWassG; vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1987, S. 617.

⁴¹ Z. B. nach § 8 hbgEnteignungsG; dazu Bartels (FN 22), S. 40ff.

⁴² § 5 b Abs. 6 StVG; dazu Kodal / Krämer, Straßenrecht, 1985, S. 1285.

⁴³ Kromer (FN 1), S. 60, weist allerdings auf Vorschriften in der Tradition der Hand- und Spanndienste und Observanzen hin.

Herrschaft an Sachen im Verwaltungsgebrauch geben kann; und Entsprechendes ist auch für „anstaltlich“ genutzte Sachen denkbar. Das Entscheidende bleibt aber, daß keine *generelle* öffentlich-rechtliche dingliche Rechtsmacht an solchen Sachen besteht⁴⁴.

Die öffentlich-rechtliche dingliche Herrschaft eines Verwaltungsträgers ist also kein geeignetes Kriterium, um öffentliche Sachen herkömmlichen Zuschnitts zu definieren. Aus dieser Erkenntnis lassen sich unterschiedliche Konsequenzen ziehen: Man kann das Kriterium beibehalten, kommt dann aber zu einer anderen Abgrenzung der öffentlichen Sachen, oder man bleibt beim traditionellen Bereich der öffentlichen Sachen, sucht aber nach anderen Kriterien.

Den ersten Ansatz vertritt *Kromer*. Entscheidend bleibt für ihn die öffentlich-rechtliche dingliche (positiv gestaltende) Herrschaft eines Verwaltungsträgers, und Sachen im „Anstalts“- und Verwaltungsgebrauch scheiden daher grundsätzlich aus dem Kreis der öffentlichen aus⁴⁵. Andererseits stoßen z.B. Naturschutzgebiete dazu, wenn an ihnen als Folge eines konstitutiven Rechtsakts (Verordnung) aufgrund gesetzlicher Normierung dingliche Rechte der Verwaltung an den betroffenen Grundstücken (z.B. zur Pflege) und Gemeingebrauchsbefugnisse entstehen⁴⁶. Dies ist konsequent und erlaubt auch die Entwicklung allgemeiner Prinzipien für das so definierte Recht der öffentlichen Sachherrschaft⁴⁷. Problematisch allerdings erscheint mir, daß *Kromer* ordnungsrechtlichen Vorschriften pauschal den sachenrechtlichen Charakter abspricht. Auch wenn es richtig ist, daß Duldungs- und Leistungspflichten von Eigentümern und Besitzern und die allgemeine Unterworfenheit von Gegenständen unter das öffentliche Recht (wie im Bauplanungsrecht) keine dinglichen Rechte an der Sache vermitteln, bleiben – seien es praktisch auch Ausnahmen – die Fälle unmittelbaren verwaltungssachenrechtlichen Zugriffs zur Gefahrenabwehr⁴⁸. Der Grund

⁴⁴ Kein Argument dafür liefern auch hoheitliche Befugnisse von Verwaltungsträgern zur Störungsabwehr, die in manchen gesetzlichen Regelungen von „Anstalten“ zu finden sind und von Lehre und Rechtsprechung zu einem Teil der „Anstaltsgewalt“ oder zu einem „Hausrecht“ der Verwaltung verallgemeinert werden: Nachweise z.B. bei *Kromer* (FN 1), S. 60 ff., 143 f.; *Ehlers* (FN 19), S. 439 ff. Die entsprechenden Verwaltungskompetenzen haben mit einer hoheitlichen *Sachbeherrschung* überhaupt nichts zu tun, sondern sie dienen der Sicherung einer Verwaltungstätigkeit. Dies ist leicht erkennbar, wenn man etwa an die Sitzungsgewalt eines Verhandlungsleiters denkt, die unabhängig davon besteht, ob die Verhandlung in einem öffentlichen Gebäude oder in Wald und Flur (z.B. bei einem Ortstermin) stattfindet. Für die Frage, ob der Verwaltung dort, wo eine gesetzliche Regelung fehlt, ein gewohnheitsrechtliches öffentliches „Hausrecht“ zukommt und wie dieses von privatrechtlichen Befugnissen abgegrenzt werden kann, ist der rechtliche Status des „Hauses“ irrelevant: *Kromer* (FN 1), S. 143 f.; ähnlich (auf die in den Räumlichkeiten wahrgenommenen Verwaltungsaufgaben abstellend) *Ehlers* (FN 19), S. 441.

⁴⁵ *Kromer* (FN 1), S. 140 ff.

⁴⁶ Ebd., S. 145 f.

⁴⁷ *Kromer* (FN 1), S. 94 ff., nennt: Publizitätsgrundsatz, Abstraktheit des Verfügungsgeschäfts und numerus clausus der Sachenrechte (letzteres mit Vorbehalt).

für den pauschalen Ausschluß des Ordnungsrechts liegt in *Kromers* zutreffender Befürchtung, andernfalls wäre der Begriff der öffentlichen Sache „sinnlos, weil er nichts Spezifisches als Behandlung bestimmter Probleme oder Rechtsfragen bezeichnet“⁴⁹. Hier offenbart sich das grundlegende Problem in *Kromers* Position: Einerseits will er das Recht der öffentlichen Sache durch ein strukturell bestimmtes „Sachenrecht des öffentlichen Rechts“⁵⁰ ersetzen; andererseits möchte er – durchaus im Sinne der traditionellen Lehre – den dazugehörenden Rechtsvorschriften einen gemeinsamen Sinn unterstellen: sie sollen die „Nutzung von Sachen als Verteilungsproblem“⁵¹ regeln. Beides paßt aber in seiner Konstruktion nicht zusammen: Entweder es geht um Dinglichkeit – dann bleibt der Inhalt der Vorschriften außer Betracht, der generelle Ausschluß des Ordnungsrechts wird unzulässig, und ein gemeinsamer „Sinn“ der entsprechenden Vorschriften läßt sich nicht feststellen; oder es geht um die öffentlich-rechtliche Verteilung von Sachnutzungen – dann aber kann es auf das strukturelle Merkmal der Dinglichkeit nicht ankommen, denn auch das – „quasi-obligatorische“⁵² – öffentliche „Anstalts“-nutzungsrecht hat diesen Sinn⁵³.

Dem zweiten Ansatz (Beibehaltung der traditionellen öffentlichen Sachen, Definition durch ein anderes Kriterium) neigt *Papier* zu. Weil er die dingliche Rechtsmacht der Verwaltung an „anstaltlich“ und verwaltungsintern genutzten Sachen als „unzulässige Fiktion“⁵⁴ erkennt, gilt ihm eine Sache dann als öffentlich, wenn die Rechtsbeziehung zu den Benutzern öffentlich-rechtlich geregelt ist. Die öffentlich-rechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses wird damit „entscheidendes und ausreichendes Charakteristikum des Sonderstatus öffentlicher Sachen“⁵⁵. Das klingt klar und erlaubt die Einbeziehung öffentlich-rechtlich genutzter „Anstalten“. Diese Klarheit wird aber nicht durchgehalten, denn an anderen Stellen⁵⁶ ist erst wieder von „Herrschaftsrechte(n) und Nutzungsverhältnisse(n)“ oder gar

⁴⁸ Vgl. oben bei FN 25 ff.

⁴⁹ *Kromer* (FN 1), S. 133.

⁵⁰ So der Titel seiner Untersuchung.

⁵¹ Ebd., S. 130.

⁵² *Papier* (FN 16), S. 46.

⁵³ Insofern konsequenter ist die Position von *Salzwedel* (FN 16), der Anstalts- und öffentliches Sachenrecht nach der Struktur („gewissermaßen obligatorische“ und „sachenrechtliche“ Nutzungsrechte) trennt und auch beiden Bereichen verschiedenen Sinn unterstellt: „Anstaltsrecht verschafft dem Bürger bestimmte öffentliche Leistungen. Öffentliches Sachenrecht erweitert seinen Freiheitsspielraum“ (S. 416). Allerdings verbindet er die beiden Bereiche dann doch wieder, indem er „Anstalten“ öffentliches Sachen haben läßt, über die ihrem Träger verwaltungssachenrechtliche Herrschaft eingeräumt sei (vgl. dazu oben bei FN 30 ff.). Und warum öffentliches Sachenrecht bei Sachen im Verwaltungsgebrauch den Freiheitsspielraum des Bürgers erweitern soll, ist nicht ersichtlich.

⁵⁴ *Papier* (FN 16), S. 13.

⁵⁵ Ebd., S. 14 f.

⁵⁶ Ebd., S. 3, 33.

von einem „öffentlich rechtlichen Herrschafts- und/oder Nutzungsregime“ die Rede, was den Eindruck erweckt, es gebe (alternativ oder kumulativ) noch ein anderes Kriterium. Aber auch das Merkmal „öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis“ wird im Satz, der seiner Einführung folgt, schon wieder verwischt, indem Papier statt dessen von einer „öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung“ spricht, was ja nicht dasselbe sein muß: Die Benutzung gefährlicher Stoffe in privater Hand unterliegt intensiven öffentlich-rechtlichen Vorschriften, ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis liegt deshalb nicht vor. Vor allem aber bleibt unklar, warum verwaltungseigene und verwaltungsintern genutzte Sachen öffentliche sein sollen: Wenn ein Rechtsverhältnis mindestens zwei beteiligte Rechtssubjekte voraussetzt⁵⁷, kann ein Benutzungsverhältnis an ihnen ja gar nicht bestehen. Und daß der Vorgang der Benutzung solcher Sachen eine hoheitliche Verwaltungstätigkeit ist, verleiht diesen Sachen keinen Sonderstatus. Wenn der Polizist seinen Schlagstock schwingt, geschieht dies zwar auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften. Diese sind aber nicht auf Sachen bezogen und auch keine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung, sondern tätigkeitsgerichtet. Im übrigen gehörte bei Einbeziehung dieser Regeln fast das gesamte Verwaltungsrecht zum Recht der öffentlichen Sachen, was auch nicht im Sinne des Erfinders liegen kann.

Zusammenfassend kann man also festhalten, daß es auch der bundesdeutschen Lehre bisher nicht gelungen ist, ein Merkmal (oder eine kumulative Merkmalskombination) anzugeben, das auf alle Sachen, die sie zu den öffentlichen zählt, und nur auf diese zutrifft.

2. Einteilung

Die Schwierigkeiten und Inkonsequenzen der Begriffsbildung im Recht der öffentlichen Sachen finden sich in ihrer Einteilung⁵⁸ wieder. Gemeinhin werden Sachen im Gemein-, im Sonder-, im „Anstalts-“⁵⁹ und im Verwaltungsgebrauch unterschieden⁶⁰. Einteilungskriterium ist dabei zunächst der Zweck, dem die Sachen dienen: Sachen im Gemein-, Sonder-, und „Anstalts“gebrauch dienen dem Bürger direkt durch ihre Benutzung, Sachen im Verwaltungsgebrauch mittelbar durch ihre Verwendung für Verwaltungszwecke. Dies alles weckt die Vorstellung, daß es bei der Einteilung um verschiedene Kategorien von Sachen geht. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß dies nicht zutrifft: Z. B. dient eine öffentliche Straße,

⁵⁷ *Erichsen / Martens*, in: dies. (FN 16), § 10 I (S. 135) m. w. N.

⁵⁸ *Wolff / Bachof* (FN 16), § 55 III; *Pappermann* (FN 16), S. 795f.; *Papier* (FN 16), S. 16 ff.; *Mayer / Kopp* (FN 16), § 47 II; *Salzwedel* (FN 16), § 45.

⁵⁹ Zur verfehlten Terminologie *Papier* (FN 16), S. 24 ff.; *Kromer* (FN 1), S. 56, 64 f., 140 f.

⁶⁰ Die „res sacrae“ als spezifisch bundesdeutsches Problem lasse ich hier aus.

über die eine Fernmeldeleitung verläuft, dem Bürger direkt durch ihre Benutzbarkeit als Verkehrsweg, aber eben auch indirekt durch ihre Inanspruchnahme durch die Post; Gewässer stehen im wasserwirtschaftlichen Sondergebrauch und im wasserwegerechtlichen Gemeingebrauch. Was also eingeteilt werden kann, sind nicht Sachen, sondern Gebrauchsformen.

Die eingeführten Gebrauchsformen werden nun nicht nach einem einheitlichen Kriterium, sondern nach mehreren Merkmalen unterschieden:

- nach dem Nutzungsinteressenten (Bürger oder Verwaltung) lassen sie sich in den „externen“ Gemein-, Sonder- und „Anstalts“gebrauch einerseits und in den „internen“ Verwaltungsgebrauch andererseits teilen;
- nach dem Nutzungszugang (Zulassungsfreiheit oder Zulassungspflicht) wird der Gemeingebrauch vom Sonder- und „Anstalts“gebrauch unterschieden; und
- nach dem Nutzungsrecht (dinglich oder obligatorisch) werden der Gemein- und der Sondergebrauch dem „Anstalts“gebrauch gegenübergestellt.

Demgemäß wird der Gemeingebrauch als extern, zulassungsfrei und dinglich, der Sondergebrauch als extern, zulassungspflichtig und dinglich, der „Anstalts“gebrauch als extern, zulassungspflichtig und obligatorisch und der Verwaltungsgebrauch als intern beschrieben. Überblickt man diese Zusammenstellung, sticht zunächst ins Auge, daß der Verwaltungsgebrauch etwas stiefmütterlich behandelt wird. Das dürfte damit zusammenhängen, daß dabei nur an Sachen gedacht wird, über die der Verwaltungsträger auch privatrechtliche Verfügungsbefugnis hat (daher offenbar auch die etwas unglückliche Bezeichnung „interner“ Gebrauch). Den öffentlich-rechtlichen Gebrauch verwaltungseigener Sachen näher zu bestimmen, ist dann in der Tat nicht sonderlich dringend. Nimmt man aber auch Sachen in den Blick, die die Verwaltung auf einer öffentlich-rechtlichen Grundlage, jedoch ohne private Verfügungsmacht nutzt, dann kann man sich mit mehr Ertrag darüber Gedanken machen, ob dieser Gebrauch sachenrechtlicher oder nur relativer Art ist und ob er eines eigenen Verwaltungsaktes bzw. öffentlich-rechtlichen Vertrages zu seiner Begründung bedarf oder unmittelbar aufgrund gesetzlicher Anordnung besteht. Weiter fällt auf, daß unter den externen keine Gebrauchsform genannt wird, die obligatorisch und zulassungsfrei ist. Daß „obligatorisch“ und „dinglich“ nicht mit „zulassungspflichtig“ und „zulassungsfrei“ zusammenfällt, wird mit dem Hinweis betont, es gebe ja auch (z. B. im Straßenrecht) zulassungspflichtige Sondernutzungen, die sachenrechtliche Herrschaft einräumten⁶¹. Die naheliegende Frage, ob dann auch ein zulassungsfreier obligatorischer Gebrauch möglich sei, findet dagegen keine Erörterung. Nun ist natürlich denkbar, daß es ihn

⁶¹ *Salzwedel* (FN 16), § 43 (S. 417); *Kromer* (FN 1), S. 25, sieht darin einen Widerspruch – vgl. dazu unten nach FN 65.

einfach nicht gibt. Allerdings weckt die unbefangene Betrachtung des „Anstalts“gebrauchs Zweifel: Wenn ein Gemeindegartenplatz der Bevölkerung einfach zur Verfügung steht, dann ist seine Nutzung eben zulassungsfrei⁶². Daran ändert auch nichts, daß die Gemeinde sie später wieder zulassungspflichtig machen kann. Wer solche Fälle zu „in Permanenz gewährten Konkurrentenzulassungen“⁶³ erklärt, preßt entweder die Wirklichkeit in ein vorgefaßtes Einteilungsschema oder hat eigentlich ein anderes Kriterium vor Augen: Dann geht es nicht darum, ob die Nutzung die Erlassung eines Verwaltungsaktes voraussetzt, sondern um die Frage, ob der Verwaltungsträger sie davon abhängig machen kann – was freilich auch ein interessanter Gesichtspunkt ist, in der herkömmlichen Einteilung aber keinen ausdrücklichen Niederschlag findet.

Schließlich entpuppen sich die Einteilungskriterien bei näherer Betrachtung als nicht so klar, wie sie auf den ersten Blick wirken. Während zwar leicht bestimmbar ist, was „extern“ und „intern“ bedeutet, fällt dies bei „zulassungsfrei“ und „zulassungspflichtig“, wie gezeigt, offenbar schon schwerer; ganz besonders gilt dies aber für „dinglich“ (und „obligatorisch“): Die Dinglichkeit wird zwar von vielen Autoren als Merkmal des Gemein- und Sondergebrauchs genannt⁶⁴, aber kaum näher beschrieben. Gesprochen wird davon, daß der Benutzer „ohne weitere Vermittlung der zuständigen Verwaltungsbehörden ... die Straße, den Platz, das Gewässer, den Luftraum in Anspruch nimmt“⁶⁵. Diese Formulierung erweckt den Eindruck, es gebe nun doch keine zulassungspflichtige dingliche Nutzung, läßt sich aber „retten“, indem man zwischen dem obligatorischen Zulassungsanspruch und dem durch die Zulassung eingeräumten „dinglichen“ Gebrauchsrecht unterscheidet. Was aber die „Dinglichkeit“ eigentlich bedeutet, geht daraus nicht hervor. Allgemein versteht man unter der Dinglichkeit eines Rechts seine Wirkung, eine Sache einem Rechtssubjekt unmittelbar „zuzuordnen“, woraus gegen jedermann gerichtete Abwehransprüche resultieren⁶⁶. Die Übertragung dieses Konzepts ins öffentliche Recht funktioniert dann einigermaßen, wenn es um „dingliche“ Rechte eines Verwaltungsträgers geht, weil dieser Beeinträchtigungen seines Rechts gegen jedermann mit hoheitlichen Mitteln abwehren kann⁶⁷. Versucht man jedoch, die „Dinglichkeit“ von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen Privater zu bestimmen, gerät man in Schwierigkeiten, weil sich die Staatsgerichtetheit

⁶² Vgl. Weber (FN 16), S. 177; Lange, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 169 ff. (180).

⁶³ Salzwedel (FN 16), § 43 (S. 417).

⁶⁴ Wolff / Bachof (FN 16), § 40 II c 2 β; Salzwedel (FN 16), § 43 (S. 417); Kodal / Krämer (FN 42), S. 508; Papier (FN 16), S. 14 (indirekt), S. 97.

⁶⁵ Salzwedel (FN 16), § 43 (S. 416).

⁶⁶ Z.B. Palandt, BGB, 1988, Einl. vor § 854, Anm. 1 m.w.N.; Bartels (FN 22), S. 55 ff.

⁶⁷ Siehe oben bei FN 21 ff.

des subjektiven öffentlichen Rechts nur schwer mit der gegen jedermann gerichteten („absoluten“) Wirkung des dinglichen Anspruchs vereinbaren läßt. In letzter Konsequenz lautet die Frage, ob es überhaupt Rechte Privater geben kann, die sowohl öffentlich-rechtlicher Art als auch dinglich sind.

Folgt man Niehues, muß man sie verneinen: Gehört ein sachenrechtliches Rechtsverhältnis nur dann dem öffentlichen Recht an, wenn sein „Zuordnungssubjekt“ (also der Inhaber des Rechts) ein Hoheitsträger ist⁶⁸, dann sind dingliche Rechte von Privaten immer privatrechtlicher Art. Hält man nun an der Dinglichkeit etwa des Gemeingebrauchs fest, müßte er ein privatrechtlicher Anspruch sein, aus dem sich allenfalls hoheitsgerichtete öffentlich-rechtliche Abwehrrechte ergeben könnten, die dann aber obligatorischer Art wären wie alle (mißverständlich „dingliche Berechtigungen“ genannten⁶⁹) Ansprüche aus sachenrechtlicher Herrschaft. Und wollte man diesem Modell auch beim Sondergebrauch folgen, hätte dies noch eigenartigere Konsequenzen: Das Recht auf Erteilung einer Sondergebrauchserlaubnis ist – sofern es besteht – ein öffentlich-rechtlicher obligatorischer Anspruch. Das durch Verwaltungsakt, also öffentlich-rechtlich begründete Sondergebrauchsrecht selbst verleihe dagegen eine dingliche Rechtsmacht des Privatrechts, aus der wiederum privatrechtliche, dem hoheitlich handelnden Staat gegenüber aber öffentlich-rechtliche, obligatorische Ansprüche auf Störungsunterlassung hervorgingen.

Diese Konstruktion hat zwei Nachteile:

- Sie stellt die Wirklichkeit auf den Kopf. Sachen im Gemein- oder Sondergebrauch stehen regelmäßig im Eigentum des Staates, der in diesem Bereich aber kaum mehr als Eigentümer agiert; auch Behinderungen durch private Dritte sind wohl eher die Ausnahme. Fast immer geht es also um das Verhältnis Nutzungsinteressent – Hoheitsträger, also um eine öffentlich-rechtliche Beziehung, die vor allem durch die öffentlich-rechtlichen Gestattungs- und Duldungspflichten des Staates bestimmt wird. Der Schwerpunkt liegt also unabhängig von der Konstruktion im öffentlichen Bereich; ihn nur als Sekundärphänomen des privaten zu behandeln, ist daher nicht sachgerecht.
- Vor allem aber steht dieses Modell im Widerspruch zur mittlerweile einheitlichen Qualifikation des Gemein- und Sondergebrauchsanspruchs als subjektives öffentliches Recht⁷⁰. Diese Einordnung ist auch nicht das Ergebnis konstruktiver Beliebigkeit, sondern beruht darauf, daß die gemein- und sondergebrauchsgewährenden Normen eindeutig öffentlich-

⁶⁸ Niehues (FN 22), S. 254; ders. (FN 23), S. 16; ähnlich Wolff / Bachof (FN 16), § 32 V a.

⁶⁹ Niehues (FN 22), S. 256 ff.

⁷⁰ Stern (FN 16), S. 219; Wolff / Bachof (FN 16), § 58 I b; Salzwedel (FN 16), § 46 II 3; Papier (FN 16), S. 96 f.; vgl. auch BVerwG, DVBl. 1969, 310 u. 696.

rechtlicher Art sind (und in vielen Fällen aus kompetenzrechtlichen Gründen auch sein müssen).

Wirklichkeits- und systemgerechter ist daher die Betrachtung des Gemein- und Sondergebrauchs als subjektive öffentliche Rechte. Damit wird aber ihre behauptete „Dinglichkeit“ zum Problem, sofern man damit die Vorstellung von Abwehransprüchen gegen jedermann verbindet. Sie könnte sich theoretisch in öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsrechten gegen private Störer äußern⁷¹ und würde dann dazu führen, daß sich zwei Private vor einem Verwaltungsgericht gegenüberstehen, was vielleicht als Ausnahme hinnehmbar wäre⁷². Näherliegend ist freilich die Annahme einer privatrechtlichen „Drittwirkung“ des subjektiven öffentlichen Rechts, doch ist auch diese in unseren Fällen gar nicht so sicher⁷³. Vielleicht muß man im öffentlichen Recht auch ganz einfach auf die Absolutheit des Klageschutzes als Element (oder Folge) der „Dinglichkeit“ verzichten⁷⁴. Dann erhält der Begriff aber eine wesentlich andere Bedeutung als im Privatrecht. Solange diese Fragen nicht geklärt sind, scheint mir, daß die Kategorie der Dinglichkeit wirklich „nicht zur Verdeutlichung der Rechtslage beiträgt“⁷⁵. Und ganz unerheblich ist dies nicht, weil die „Dinglichkeit“ als jener Punkt gesehen wird, an dem sich entscheidet, ob und wie das öffentliche „Anstalts“recht mit dem Recht der öffentlichen Sachen zusammenhängt: Immer dann nämlich, wenn jemand darauf hinweist, daß der traditionelle Gemeingebrauch zunehmend „veranstaltlich“ wird⁷⁶,

⁷¹ *Papier* (FN 16), S. 97, spricht von einem „öffentlich-rechtlichen Anspruch ... gegen den Straßeneigentümer ... auf Duldung des individuellen Gemeingebrauchs und auf Unterlassung von (rechtswidrigen) Beschränkungen und Behinderungen“.

⁷² Z. B. wenn man „Rechtsbeziehungen zwischen Zivilpersonen ... , soweit sie den Inhalt einer Verpflichtung betreffen, die durch verwaltungsrechtlichen Vertrag übernommen oder durch öffentliches Recht der einen zugunsten der anderen auferlegt ist“, zum öffentlichen Recht zählt (*Wolff / Bachof* [FN 16], § 22 II c); oder als öffentlich-rechtlichen Rechte- und Pflichtenausgleich zwischen Privaten im Zusammenhang mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben (*D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 274ff.); vgl. auch die „neuere Sonderrechtstheorie“ (*Mayer / Kopp* [FN 16], § 4 III b ee m. w. N.), die ebenfalls bestimmte Beziehungen von Privaten als öffentlich-rechtliche versteht. Eine Erörterung des Verhältnisses Gemeingebrauchsbefugter – privater Eigentümer findet sich aber bei keinem der genannten Autoren.

⁷³ Z. B. wird ein privatrechtlicher Unterlassungsanspruch des Gemeingebrauchsbefugten gegen einen Störer nach § 1004 I BGB von *Wolff / Bachof* (FN 16), § 58 II d, *Mayer / Kopp* (FN 16), § 48 I 2 b cc, und von *Palandt* (FN 66), Anm. 5 a zu § 903, bejaht, von *Kodal / Krämer* (FN 42), S. 510, dagegen verneint. Schadensersatzansprüche gestehen ihm *Wolff / Bachof* ebd., und *Kodal / Krämer* ebd., zu, *Palandt*, Anm. 5 E zu § 823, jedoch nicht; entsprechende Judikatur wird nicht angegeben. Die einzige sichere „Drittwirkung“ des Gemeingebrauchs besteht darin, daß er eine Einrede des Nutzungsinteressenten gegen Klagen nach §§ 862 und 1004 BGB begründet (*Palandt*, Anm. 5 a zu § 903 m. N. der Rechtsprechung) und daß er, weil er nicht rechtswidrig ist, auch gegen Klagen nach § 823 BGB besteht.

⁷⁴ *Kromer* (FN 1), S. 97 f. (für dingliche Rechte der Verwaltung).

⁷⁵ *Martens*, Einführung in die Praxis des Verwaltungsverfahrens, Teil 10, JuS 1979, S. 416ff. (S. 420).

⁷⁶ So schon *Weber* (FN 16), S. 176ff.

dient sein „dinglicher“ oder „sachenrechtlicher“ Charakter als Argument für die Aufrechterhaltung einer strikten Unterscheidung und damit letztlich meist für die Trennung von Anstalts(nutzungs)recht und Recht der öffentlichen Sachen⁷⁷. Zutreffend ist daher die Feststellung von *Papier*⁷⁸: „Das Verhältnis des öffentlichen Anstaltsrechts zum Recht der öffentlichen Sachen kann noch immer nicht als geklärt angesehen werden.“

3. Stellung im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Schließlich zeigt ein Blick in Darstellungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts, daß keine Einigkeit darüber herrscht, welcher Platz der Lehre von den öffentlichen Sachen zukommt⁷⁹. Oft wird sie zwischen den Abschnitten über die Handlungsformen der Verwaltung und über die öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen behandelt⁸⁰, in anderen Lehrbüchern kommt sie weder als eigenes Kapitel noch als Stichwort vor⁸¹. Betrachtet man den Inhalt der entsprechenden Ausführungen, so bestehen sie zum Großteil aus Beschreibungen des Wasser- und des Straßenrechts⁸², was an ihrem allgemeinen Charakter zweifeln läßt. *Papier* spricht von einer „doppelten Zuordnung“ des Rechts der öffentlichen Sachen zum Allgemeinen und zum Besonderen Verwaltungsrecht⁸³. *Kromer*, der sich ausdrücklich auf allgemeine Lehren beschränken möchte, sieht ihren Ort in einem „allgemeinen Teil einiger Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts“⁸⁴. Die Vermutung liegt nahe, daß die Unsicherheit in der systematischen Einordnung mit den vorher angedeuteten Schwierigkeiten mit dem Begriff und der Einteilung öffentlicher Sachen zu tun hat.

III. Vorschlag zur Neuorientierung

1. Bestimmung öffentlicher Sachen durch Nutzungsrechte

Der Begriff „öffentliche Sache“ entstammt nicht dem positiven Recht, sondern der Rechtswissenschaft. Die Begriffsbildung ist daher keine Frage

⁷⁷ Z. B. *Salzwedel* (FN 16), § 43; *Stern* (FN 16), S. 190f. (allerdings hauptsächlich mit dem Anstaltsbegriff argumentierend).

⁷⁸ *Papier* (FN 16), S. 11.

⁷⁹ *Kromer* (FN 1), S. 13f.

⁸⁰ *Wolff / Bachof* (FN 16); *Erichsen / Martens* (FN 16); bei *Mayer / Kopp* (FN 16) etwas später (nach den Kapiteln über Rechtsformen, allgemeine Rechtsgrundsätze, Subjekte des Verwaltungsrechts, Verwaltungsrechtsverhältnis, Verjährung von Ansprüchen und Verwaltungsverfahren), aber auch hier vor den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen.

⁸¹ *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986.

⁸² Zu dieser „Versuchung“ schon *Weber* (FN 16), S. 146f.

⁸³ *Papier* (FN 16), V.

⁸⁴ *Kromer* (FN 1), S. 14.

der „Wahrheit“ (im Sinne einer methodisch überzeugenden Auslegung), sondern sie ist an ihrer Zweckmäßigkeit zu messen⁸⁵. Die Zweckmäßigkeit hat dabei zwei Aspekte: In technischer Hinsicht bedeutet sie, daß für den gewählten Begriff ein Merkmal oder eine (kumulative) Merkmalskombination rechtlich bedeutsamer Art angegeben werden kann, die auf alle darunterfallenden Erscheinungen und nur auf diese zutrifft⁸⁶. Darüber hinaus, scheint mir, sollten intuitive und traditionelle Vorstellungen nicht einfach ignoriert werden – Vorstellungen von Sachen, die allen gehören oder wenigstens für alle da sind –, weil hinter ihnen jener soziale Sinn steht, der der Kategorie „öffentliche Sache“ erst einen Orientierungswert verschafft⁸⁷.

Ich glaube, daß sich beide Aspekte weitgehend verbinden lassen, wenn man das Nutzungsrecht zum Ausgangspunkt nimmt. Die zentralen Vorschriften des Rechts der öffentlichen Sachen sind Nutzungsregelungen (z.B. für Straßen, Gewässer, die Luft und öffentliche Einrichtungen). Sie bewirken eine öffentlich-rechtliche Umverteilung von privatautonom oder rechtsfrei erlangten Gebrauchsmöglichkeiten⁸⁸ – und genau darin liegt ihre Gemeinwohlorientierung. Aus dieser Perspektive erweist sich das Recht der öffentlichen Sachen als öffentliches Recht der Nutzungsverteilung mit dem zentralen Institut des öffentlichen Nutzungsanspruchs. M. a. W.: „Öffentlich“ und damit spezifisch gemeinwohlgebunden ist eine Sache dann, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf ihren Gebrauch besteht. Nicht das Eigentum der öffentlichen Hand, nicht die öffentlich-rechtliche dingliche Herrschaft eines Verwaltungsträgers und auch nicht eine als Beschränkung privatrechtlicher Befugnisse wirkende öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung, sondern das selbständige öffentliche Nutzungsrecht macht die Sache zur öffentlichen⁸⁹.

⁸⁵ Zur wissenschaftlichen Begriffsbildung z.B. *Weinberger*, Rechtslogik, 1970, S. 249ff.

⁸⁶ Schon aus diesem Grund hat sich die traditionelle österreichische Lehre von den öffentlichen Sachen als wenig brauchbar erwiesen – jedenfalls dann, wenn auch private Sachen im Gemeingebrauch zu den öffentlichen Sachen gehören sollen (vgl. oben nach FN 12).

⁸⁷ Genau dieses Problem ist es, das auch die deutsche Lehre, wie mir scheint, noch nicht überzeugend gelöst hat: Sie spricht beharrlich und zu Recht von der Gemeinwohlfunktion öffentlicher Sachen, hat aber weder mit der verwaltungssachenrechtlichen Herrschaft noch mit der öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung ein befriedigendes Merkmal, um sie auch strukturell zu erfassen.

⁸⁸ *Niehues* (FN 22), S. 256, spricht von „Umverteilungen der Rechte an Sachen“ im Rahmen doppelter (privat- und öffentlich-rechtlicher) Sachzuordnung.

⁸⁹ *Hardinghaus* (FN 19), S. 108, bezeichnet das Nutzungsrecht als „Kernstück des Rechts der öffentlichen Sachen“, zieht aber daraus keine Konsequenzen für die – ihm offenbar unproblematische – Begriffsbildung (vgl. ebd., 15).

2. Bestimmung der Nutzungsrechte: Öffentlich-rechtlicher Charakter und Selbständigkeit

Das Nutzungsrecht ist öffentlich-rechtlich, weil es auf einer öffentlich-rechtlichen Norm beruht. Legt man der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht die (modifizierte) Subjektstheorie⁹⁰ zugrunde, setzt das voraus, daß der Nutzungsanspruch ein Rechtsverhältnis gestaltet, an dem auch ein Hoheitsträger beteiligt ist. Das ist offensichtlich der Fall, wenn es um Nutzungsrechte von Hoheitsträgern selbst oder gegen Hoheitsträger geht (z. B. um das Recht der Verwaltung, Verkehrszeichen auf Privatgrund aufzustellen, oder um das Recht von Schulpflichtigen, eine staatliche Schule zu besuchen). Schwieriger wird es bei Nutzungsrechten Privater an Sachen im Privateigentum (z. B. beim Gemeingebrauch). Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch, daß der Gemeingebrauch in der Regel⁹¹ nicht einfach in einem direkten, durch Nutzungsrecht und Duldungspflicht bestimmten Rechtsverhältnis zwischen Nutzungsinteressent und Eigentümer besteht, sondern daß zwischen sie die Verwaltung geschaltet ist: Ihr kommt es zu, die Duldungspflichten des Eigentümers durchzusetzen und die Ausübung des Gemeingebrauchs zu beaufsichtigen. In Wirklichkeit haben wir es also mit einem dreipoligen Rechtsverhältnis zu tun, in dem die Verwaltung die Rolle des Garanten und Kontrollors des Nutzungsrechts einnimmt. Das Gemeingebrauchsrecht ist nun jedenfalls insofern ein subjektives öffentliches Recht, als es sich gegen die Verwaltung als Aufsichtsbehörde richtet. Ob der Nutzungsberechtigte gegen den Eigentümer oder dritte Störer zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche hat⁹², ist dagegen rechtlich und faktisch zweitrangig.

Das Nutzungsrecht ist selbständig, weil es, sobald es einmal besteht, allein für die Nutzung ausreicht, also einen originären Anspruch zum Inhalt hat⁹³. Ein Privatrechtstitel an der genutzten Sache⁹⁴ (z. B. die Zustimmung des Eigentümers) ist nicht erforderlich und muß daher auch nicht erzwungen werden. Die Mitwirkung des Eigentümers braucht der Nutzungsbefugte zur Begründung eines Nutzungsverhältnisses nicht, und auch eigene privatrechtliche Handlungen (wie z. B. das Angebot zur Zahlung eines angemessenen Entgelts) sind nicht nötig. Aus diesem Grund vermittelt eine verwal-

⁹⁰ *Wolff / Bachof* (FN 16), § 22 II c.

⁹¹ Zu möglichen Ausnahmen unten FN 96.

⁹² Vgl. FN 73.

⁹³ „Selbständig“ hat damit hier einen anderen Sinn als bei *Wolff / Bachof* (FN 16), § 40 III c β, und *Bartels* (FN 22), S. 81 ff.: Dort geht es um die Frage, ob ein öffentlich-rechtlicher Anspruch aus irgendjemandes Eigentum herausgelöst (und damit „abgeleitet“) und der Verwaltung übertragen wurde oder nicht. Darauf kommt es hier nicht an.

⁹⁴ Dagegen können privatrechtliche Befugnisse an *anderen* als der von der Nutzung betroffenen Sache Voraussetzung für ein öffentliches Nutzungsrecht sein (z. B. beim Anliegergebrauch).

tungsrechtliche Erlaubnis zum Sondergebrauch an einer öffentlichen Straße dann, wenn auch der Eigentümer zustimmen muß, genausowenig ein selbständiges öffentliches Nutzungsrecht wie die Erteilung einer Genehmigung zum Bau einer gewerblichen Anlage auf fremdem Grund. Auch wer eine Baugenehmigung erhält, verfügt damit nicht über ein selbständiges öffentliches Nutzungsrecht, sondern nur über eine öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung⁹⁵ für die Ausübung von Eigentumsrechten. Die Genehmigung bestätigt nur für den Einzelfall die Gemeinverträglichkeit einer Handlung, die im Rahmen des ohnehin bestehenden privatrechtlichen Spielraums liegt; sie erweitert ihn aber nicht über die Grenzen des Privatrechts hinaus. Weil der Sinn des öffentlichen Nutzungsrechts in der Erweiterung des Handlungsspielraums des Begünstigten liegt, ist es überflüssig, wo der entsprechende Anspruch ohnehin schon privatrechtlich gegeben ist. Öffentliche Nutzungsrechte bestehen daher an fremden, d.h. vom Begünstigten privatrechtlich nicht nutzbaren Sachen.

Die Selbständigkeit und der öffentlich-rechtliche Charakter des Nutzungsrechts verstehen sich nicht von selbst, wenn es um Sachen geht, die der Eigentumsordnung unterliegen. An eigentumsunfähigen Sachen dagegen kann es gar keine anderen Nutzungsrechte geben, weil privatrechtliche Befugnisse an ihnen, von denen sie abgegrenzt werden müßten oder die zusätzlich erforderlich sein könnten, definitionsgemäß gar nicht bestehen können. Andererseits muß die Nutzung solcher Sachen nicht unbedingt verrechtlicht sein, sondern sie kann Teil der natürlichen Handlungsfreiheit bleiben. Wer einen Reifen aufpumpt, nutzt die Luft; dies aber zum Nutzungsrecht und die Luft deswegen zur öffentlichen Sache zu erklären, ist sinnlos. Sobald es aber zu rechtlichen Beschränkungen und zu staatlicher Kontrolle, Sicherung und Verteilung der natürlichen Handlungsfreiheit kommt, verliert sie ihre Natürlichkeit, und die Rede vom Nutzungsrecht wird sinnvoll. Das Recht zum Fliegen etwa ist keine unnötige gesetzliche Beschreibung eines ohnehin bestehenden Zustands, sondern Maßstab für die immer dichtere Regelung des Luftverkehrs und eine Position in einem immer härteren Verteilungskampf; es bildet den Grundstein eines ganzen Normensystems – einer verwaltungsgesteuerten, -kontrollierten und -gesicherten Nutzungsverteilung – und richtet sich gegen die zuständigen Verwaltungsbehörden. Während also bei eigentumsfähigen Sachen die Möglichkeiten privates/öffentliches Nutzungsrecht (und allenfalls Rechtsreflex) bestehen, lautet die Alternative bei Sachen, die der Privatrechtsordnung nicht unterliegen, öffentliches Nutzungsrecht oder gar keines. Der entscheidende Punkt ist in beiden Fällen die Verwaltungskontrolle: Ohne sie ist ein Nutzungsrecht entweder privat oder kein Recht⁹⁶.

⁹⁵ Stern (FN 16), S. 211.

⁹⁶ Problematisch ist daher die Annahme eines gewohnheitsrechtlich begründeten Gemeingebrauchs (z.B. am Meeresstrand: Wolff / Bachof [FN 16], § 56 II c; Papier [FN

Zusammenfassend sind öffentliche Nutzungsansprüche solche, die die Verwaltung berechtigen, gegenüber der Verwaltung bestehen oder zumindest von der Verwaltung garantiert und kontrolliert werden. Das stimmt insoweit mit der traditionellen Sicht überein, als der Verwaltung eine unverzichtbare Rolle zugewiesen wird, unterscheidet sich von ihr aber dadurch, daß der Verwaltung weder private Rechte über die Sache noch öffentlich-rechtliche Sachherrschaft (im Sinne eines direkten Zugriffs- oder Nutzungsrechts) oder Zulassungsmacht eingeräumt sein muß. Das kann sein und ist auch oft der Fall (z.B. bei „normalen“ Straßen), bildet aber keine Voraussetzung für das Vorliegen einer öffentlichen Sache⁹⁷.

3. Folgen für das Recht der öffentlichen Sachen

Läßt man dies als Grundlage gelten, ergeben sich folgende Konsequenzen: Zu den öffentlichen Sachen gehören wie bisher Sachen im Gemeingebrauch und im (öffentlich-rechtlichen) Sondergebrauch. Zu ihnen ist dann aber auch z.B. der Wald zu zählen, weil die Ausübung des Betretungsrechts und die Einhaltung der Duldungspflicht von der Verwaltung zu überwachen ist⁹⁸. Auch die bisher unterschiedlich beantwortete Frage, ob die Luft dazuzählen soll⁹⁹, kann klar bejaht werden: nicht nur, weil an ihr ein selbständiges öffentlich-rechtliches, also verwaltungsbehördlicher Kontrolle und Sicherung unterliegendes Nutzungsrecht zum Fliegen besteht, sondern auch

16], S. 37), wenn man ihn nicht mit einer (gewohnheitsrechtlichen?) Kompetenz der Verwaltung zu Schutz und Kontrolle verbindet. Man kann dann den subjektiv-rechtlichen Charakter eines solchen Anspruchs bestreiten (so wohl Kromer [FN 1], S. 21 f.); ihn, sofern die betroffene Sache eigentumsfähig ist, als privatrechtlichen behandeln (vgl. z.B. die österreichische Konstruktion, wonach die Benutzung eines Weges über ein Privatgrundstück durch die Allgemeinheit zur Ersitzung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde führen kann: OGH, JBl. 1986, S. 644ff.); oder man kann sich eine andere theoretische Begründung für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht suchen (vgl. für die Bundesrepublik FN 72; in Österreich wird das Heil ohnehin weniger in der Befolgung einer bestimmten Theorie als in einer „typisierenden Betrachtungsweise“ gesucht: übereinstimmend Adamovich / Funk [FN 1], S. 44; Antonioli / Kojas [FN 2], S. 107 f.; beide m. w. N.) und dann solche Fälle doch noch zum öffentlichen Recht zählen.

⁹⁷ In ihrer Allgemeinheit falsch ist demnach die vereinfachte Vorstellung, die Sachherrschaft oder Nutzungsbefugnis werde zunächst, wo erforderlich, dem Eigentümer weggenommen und der Verwaltung übertragen, und dann gebe die Verwaltung sie an die Allgemeinheit weiter (so aber sinngemäß Schmidt-Jortzig [FN 16], S. 1028) – die Verwaltung muß sie zu keinem Zeitpunkt haben. Die Nutzungsbefugnis wird vielmehr direkt auf die Begünstigten übertragen und gleichzeitig unter die Obhut der Verwaltung gestellt.

⁹⁸ Vgl. z.B. §§ 33, 35 Abs. 2, 174 Abs. 1 ÖsterrForstG, § 14 dtBundeswaldG und die ausführenden Bestimmungen der Ländergesetze (Übersicht bei Klose / Orf, Forstrecht, 1982, § 15 Rdz. 71). In Österreich wird der Wald wie selbstverständlich zu den öffentlichen Sachen gerechnet: Antonioli / Kojas (FN 2), S. 625; Adamovich / Funk (FN 1), S. 225. In der Bundesrepublik wird die Frage in den allgemeinen Darstellungen meist gar nicht behandelt, ansonsten die Einbeziehung recht apodiktisch abgelehnt: Wolff / Bachof (FN 16), § 55 I a 2; zur Spezialliteratur Klose / Orf ebd., Rdz. 8ff.

⁹⁹ Zum Meinungsstand Schmidt-Jortzig (FN 16), S. 1025 Anm. 2.

deshalb, weil dasselbe für die Emission von Schadstoffen gilt. Die Verwaltungsingerenz ist sogar in beiden Bereichen so stark, daß sie sich einer rein polizeirechtlichen Erfassung entziehen; planende, gestaltende und damit verteilende Elemente dringen immer mehr in den Vordergrund. Es stellen sich daher weitgehend dieselben Probleme wie im Wasserwege- und Wasserreinhaltsrecht. Wenn man Gewässer zu den öffentlichen Sachen rechnet und sich dabei nicht an der Eigentumsunfähigkeit der fließenden Welle oder des Grundwassers¹⁰⁰ stößt, finde ich keinen Grund, die Luft anders zu behandeln.

Die Einordnung der traditionellen Sachen im „Anstaltsgebrauch“ bereitet nun keine grundsätzlichen Schwierigkeiten mehr: Sie sind öffentlich, soweit ihre Benutzung auf einen selbständigen öffentlich-rechtlichen Titel gegründet ist; ein zivilrechtlicher Kontrahierungszwang, mag er auch denselben Zweck haben, ist kein solcher Titel. Das bedeutet, daß Sachen, die in einem zweistufigen Verhältnis genutzt werden, nicht zu den öffentlichen gehören können¹⁰¹. Denn nimmt man die in der Bundesrepublik entwickelte Zweistufenlehre ernst, setzt die Nutzung in diesen Fällen die hoheitliche Zulassung, aber eben auch einen privatrechtlichen Vertrag und damit die Zustimmung des Eigentümers voraus¹⁰². Daher begründet der öffentlich-rechtliche Zulassungsanspruch kein selbständiges Nutzungsrecht¹⁰³.

Sachen im Verwaltungsgebrauch scheiden schließlich aus den öffentlichen aus, wenn das Recht zu ihrer Nutzung – wie im Regelfall – privatrechtlicher Art ist. Den Verlust wird man verschmerzen können, weil sich diese Kategorie als wenig ertragreich erwiesen hat – die Ausführungen zu diesem Bereich betrafen ja nur die (erfundene) öffentlich-rechtliche Sachherrschaft und das (unabhängig davon bestehende) Problem der Störungsabwehr¹⁰⁴.

¹⁰⁰ BVerfGE 58, 300 (Naßauskiesung); dazu *Kromer* (FN 1), S. 111f.; vgl. auch *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 211 ff.

¹⁰¹ Im Ergebnis trifft sich dies mit *Papier* (FN 16), S. 28f.

¹⁰² Daß die Zustimmung des Eigentümers nach erfolgter Zulassung (*Ehlers* [FN 19], S. 179 m. w. N.) oder direkt unter Hinweis auf den Zulassungsanspruch (z. B. *Ehlers*, ebd.; *Lange* [FN 62], S. 181 FN 33) erzwungen werden kann, ändert daran nichts; das ist ja auch bei rein privatrechtlichen Nutzungsverhältnissen mit Abschlußzwang so.

¹⁰³ Der Zulassungsanspruch gibt also in der zweistufigen Konstruktion kein direktes Recht auf Nutzung, sondern entweder ein Recht auf Her- oder Feststellung eines Kontrahierungszwangs oder einen Anspruch auf Einwirkung auf ein von der Gemeinde beherrschtes, aber juristisch verselbständigtes Privatrechtssubjekt, das eine kommunale Einrichtung betreibt: vgl. *Papier* (FN 16), S. 28; *Püttner*, Die Einwirkungspflicht, DVBl. 1975, S. 353 ff.; *Ehlers* (FN 19), S. 179, 247 Anm. 436; *Herdegen*, Die Zulassung zu kommunalen Einrichtungen in privatrechtlich ausgestalteter Regie, DÖV 1986, S. 906 ff.; alle m. N. der Rechtsprechung. Anders ist dies nur, wenn man den kommunalrechtlichen Vorschriften für solche Fälle einen direkt gegen den privatrechtlich organisierten Träger der Einrichtung gerichteten Anspruch auf Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsvertrags entnimmt (so *Ossenbühl*, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, S. 289 ff.): Dann wären die betroffenen Sachen öffentliche.

¹⁰⁴ Vgl. oben bei FN 30 ff. und FN 44 und *Kromer* (FN 1), S. 56f.

Sachen, die die Verwaltung hingegen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage nutzt¹⁰⁵, kommen hinzu.

Das auf öffentliche Nutzungsrechte gegründete Modell hält also im wesentlichen an den traditionellen öffentlichen Sachen fest, kann aber erklären, warum. Andererseits bringt es einige nicht unwesentliche Modifikationen mit sich. Daran zeigt sich, daß es nicht einfach auf einer vielleicht plausibleren Neubenennung des alten Kriteriums (der dinglichen öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft), sondern auf einem neuen Kriterium beruht: Auch wenn man statt des Nutzungsrechts, das, um öffentlich zu sein, zumindest von einer Kontrolle und Sicherung durch die Verwaltung begleitet sein muß, diese Verwaltungsingerenz als die andere Seite der Medaille in den Vordergrund stellen und sie „Verwaltungssachherrschaft“ nennen würde, dürfte man sich nicht darüber täuschen, daß diese „Verwaltungssachherrschaft“ mit dem ursprünglichen Kriterium nicht mehr viel gemein hat – sie muß mit einer Herrschaft des Verwaltungsträgers über die Sache gar nichts zu tun haben, sondern kann sich durchaus im Recht zu Verhaltensanordnungen erschöpfen.

Die (im übrigen sehr unterschiedlichen) Verwaltungskompetenzen zum Ausgangspunkt zu nehmen, wäre aber unabhängig davon nicht sachgerecht. Ziel der entsprechenden Regelungen ist ja die Nutzbarkeit der Sache, die Verwaltungsaufsicht dagegen nur ihre Folge. Das Nutzungsrecht ist es, was den öffentlich-rechtlichen Status der öffentlichen Sachen und ihre Gemeinwohlgebundenheit rechtlich faßbar macht. Strukturelle und funktionale Betrachtung fallen so zusammen: Das Nutzungsrecht an öffentlichen Sachen ist zugleich ihr Sinn – was man ja von der Verwaltungssachherrschaft nicht so behaupten konnte.

4. Ersetzung öffentlicher Sachen durch öffentliche Nutzungsrechte

Mir scheint, das wären gute Gründe, um das Recht der öffentlichen Sachen etwas umzubauen. Ich möchte aber noch einen Schritt weitergehen: Wenn das Wesentliche an der öffentlichen Sache, ihre Öffentlichkeit, im öffentlichen Nutzungsrecht besteht, wenn die Sache auch nicht von vornherein entweder öffentlich oder privat, sondern so weit öffentlich ist, als sie öffentlichen Nutzungsansprüchen unterliegt, dann stellt sich die Frage, ob man überhaupt noch von Sachen oder nicht besser gleich von Nutzungsrechten sprechen sollte. Was ich also vorschlage, ist, das Recht der öffentlichen Sachen durch ein Recht der öffentlichen Nutzungsrechte zu ersetzen.

Das klingt vielleicht spektakulär, ist aber in der traditionellen Dogmatik schon angelegt¹⁰⁶. Konsequenterweiterung bedeutet dies, daß öffentliche

¹⁰⁵ Vgl. oben bei FN 40 ff.

Sachen sich dann in eine Kombination von öffentlichen Nutzungsrechten (und allenfalls -pflichten) der Bürger und der Verwaltung auflösen, neben denen auch privatrechtliche Befugnisse bestehen können: die öffentliche Straße z.B. besteht aus den Gemein- und Sondergebrauchsrechten der Bürger (auch z.B. aus ihren Nutzungsansprüchen zu Demonstrationen oder ProzeSSIONen), aus den Nutzungsrechten und -pflichten der Verwaltung zu Bau und Erhaltung (aber auch etwa zur Verlegung von Leitungen – z.B. nach dem deutschen TelegraphenwegeG) und den Restbefugnissen des Eigentümers und aus davon (z.B. über Konzessionsverträge) abgeleiteten Rechten.

Gegen diese Sicht ließe sich zunächst einwenden, daß sie den organisatorischen Aspekt der Verwaltung öffentlicher Sachen ausblendet. Gerade das halte ich aber für keinen Nachteil, sondern für einen Gewinn. Betrachtet man etwa das bisherige Anstaltsrecht, fällt auf, daß es sich nicht recht zwischen einer Orientierung am Verwaltungstun und einer an organisatorischen Fragen entscheiden konnte¹⁰⁷. Erfasst man nun den Aspekt der Leistungserbringung in einer Dogmatik der öffentlichen Nutzungsrechte, macht dies das Anstaltsrecht nicht überflüssig – im Gegenteil: Es beläßt ihm die mittlerweile ohnehin als zentral betrachtete organisatorische Komponente, Fragen also, die mit der Verselbständigung der Einrichtung oder Anstalt zusammenhängen (z.B. Aufsicht, Einwirkungsmöglichkeiten, interne Struktur)¹⁰⁸. Bei anderen öffentlichen Sachen wäre eine ähnliche Trennung m.E. ebenfalls von Vorteil.

Die Ausklammerung von organisatorischen Aspekten und die Auflösung von Sachen in Rechte fördern vermutlich nicht eine übersichtlichere Darstellung etwa des Straßenrechts als Teil des Besonderen Verwaltungsrechts. Sie erleichtern aber dafür den Blick auf die Verteilungsfunktion der nutzungsbezogenen Regelungen: Allemal geht es um die Bewirtschaftung knapper Güter. Wer öffentliche Sachen nach ihrer Regelnutzung einteilt, trifft nicht das Kernproblem der Konkurrenz von Nutzungsrechten an derselben Sache. Die Kollisionsproblematik wurde bisher hauptsächlich in der Abgrenzung zur „Restherrschaft“ des Eigentümers gesehen und nicht ein-

¹⁰⁶ Z. B. in der Einteilung der Gebrauchsformen (vgl. oben bei FN 58 ff.) und verschiedenen Formulierungen: *Kromer* (FN 1), S. 134, schreibt etwa: „Öffentliche Sache ist ... nur ein dingliches Recht an der Sache – und nur dieses Recht ist ‚Die Öffentliche Sache‘.“ Zu seiner Beschränkung auf dingliche Rechte siehe oben bei FN 45 ff.

¹⁰⁷ *Rüfner*, Zur Lehre von der öffentlichen Anstalt, DÖV 1985, S. 60 ff.; *Breuer*, Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 216 f., 224.

¹⁰⁸ Eine solche Teilung liegt auch dem Bericht von *Lange* (FN 62) zugrunde. Sie wird allerdings dadurch verdeckt, daß sie unter den Titeln „Die nichtrechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt“ und „Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Anstalt“ vorgenommen wird. Daß es aber eigentlich gar nicht so sehr um diese Unterscheidung geht, sondern um die Trennung Nutzung – Organisation, wird spätestens beim Punkt „Übereinstimmungen“ (ebd., S. 196) deutlich. Auf die Berührungspunkte zwischen dem von ihm als Teil des Anstaltsrechts behandelten Recht der betrieblichen Leistungserbringung und dem Recht der öffentlichen Sachen weist *Lange* schließlich ausdrücklich hin (ebd., S. 185 f.).

mal da befriedigend gelöst, wie die Unklarheiten um die Begriffe „dinglich“ und „obligatorisch“ zeigen¹⁰⁹. Die Abgrenzung vom Privatrecht ist aber nur ein Teil einer solchen Kollisionslehre. Dieser Teil kann auch ganz wegfallen, wenn es nämlich um Sachen geht, die der Privatrechtsordnung von vornherein nicht unterliegen. Aber auch bei eigentumsfähigen Sachen kollidieren mit größerer Regelmäßigkeit öffentliche Nutzungsrechte. Auf einem Platz kann nicht immer gleichzeitig gefahren, geparkt, demonstriert, musiziert, ausgestellt, geworben, verkauft und gegraben werden. Für solche Fälle scheint bislang nur festzustehen, daß die Ausnahmenutzung die Regelnutzung¹¹⁰ und die Nutzung durch Verwaltungsträger jene der Bürger verdrängt (z.B. bei Straßenbau und -reinigung). Will man mehr herausfinden, muß man sich wohl einen Überblick über die Art der Nutzungsansprüche (z.B. exklusive, dauerhafte, entgeltliche, übertragbare und jeweils das Gegenteil) und ihre Legitimation (z.B. Angewiesenheit des Interessenten darauf, Verbandszugehörigkeit, Grundrechtsbezug, Zusammenhang mit einer Verwaltungsaufgabe) verschaffen. Geht man von der Sache statt von Rechten aus, liegt das nicht so auf der Hand.

Ein Modell der Verteilung von Nutzungsrechten ist auch über den Kreis der traditionellen öffentlichen Sachen hinaus verallgemeinerungsfähig: Es kann ein geeigneter Ansatz sein, um etwa das Recht auf Naturgenuß in der bayerischen Verfassung, die Nutzung von Bodenschätzen durch Bergbauberechtigungen¹¹¹ oder von Funkfrequenzen zu untersuchen oder um sich die wohl bald nötige Regelung des Wanderns auf Bergen und Gletschern¹¹² zu überlegen; auf das Luft- und Wasserreinhalterecht wurde schon hingewiesen¹¹³.

¹⁰⁹ Vgl. oben bei FN 23 ff. und FN 66 ff. Meines Erachtens läßt sich die Frage lösen, wenn man statt auf die verwaltungsbehördliche Sachherrschaft auf die Reichweite des jeweiligen Nutzungsrechts abstellt: Im einen Fall verdrängt es bestimmte Eigentumsrechte *an sich* (wer auch immer sie gerade hat) und entzieht damit die Sache insoweit überhaupt der Privatrechtsordnung; im anderen beseitigt es jedoch nur Befugnisse eines *bestimmten* Eigentümers. Im See kann man baden, weil es der See ist; in wessen Eigentum er steht oder ob er überhaupt einen Eigentümer hat, ist egal. Auf dem Schulsportplatz kann man jedoch nur spielen, weil und solange er dem Schulträger gehört. In diesem Sinn könnte man, wenn es nicht so mißverständlich wäre, von „dinglichen“ und „obligatorischen“ Nutzungsrechten sprechen, und so ist die Unterscheidung vermutlich auch gemeint, wenn dies auch nirgends klar ausgesprochen wird. Im einen Fall ist es primär die Qualität der Sache selbst, im anderen die Verfügungsgewalt der Verwaltung, die den Grund für ihre „Veröffentlichung“ bildet. Umgekehrt legitimiert sich das Nutzungsrecht durch die Angewiesenheit des Interessenten darauf oder durch seine Verbandszugehörigkeit (Beides kann natürlich auch zusammenfallen).

¹¹⁰ Vgl. schon *Maunz*, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 283; zuletzt OVG Koblenz, NVwZ 1987, S. 1099.

¹¹¹ Zur Abgrenzung vom Eigentum vgl. z.B. *Wendt* (FN 100), S. 231 ff.

¹¹² Vgl. dazu z.B. die (schon älteren) Gesetze einiger österreichischer Länder über die Wegefreiheit im Bergland; dazu *Krzizek*, Das öffentliche Wegerecht, 1967, § 16.

¹¹³ Bei FN 100.

5. Folgen für das Allgemeine Verwaltungsrecht

Mit der Verallgemeinerungsfähigkeit ist schließlich schon der größte Vorteil des Nutzungsrechtskonzepts angesprochen: die Einordnung in das Allgemeine Verwaltungsrecht. Bislang war das Recht der öffentlichen Sachen ein erratischer Block, der irgendwo dazwischengepreßt oder eben fallengelassen wurde¹¹⁴. Es war zwar durchaus kein Geheimnis, daß öffentliche Sachen etwas mit der Leistungsverwaltung zu tun haben¹¹⁵, Konsequenzen wurden daraus allerdings nicht gezogen. Blickt man statt auf die Sache auf das Nutzungsrecht, fällt die Einordnung leichter: Öffentliche Nutzungsrechte der Verwaltung gehören zu jenen Instrumenten, die ihr die Erfüllung ihrer Aufgaben erst ermöglichen – so wie das Enteignungsrecht oder das Dienstrecht. Öffentliche Nutzungsrechte der Bürger dagegen sind eine spezifische Technik der hoheitlichen Leistungsverwaltung: Der Staat kann dem Bürger Geld geben, Dienste leisten oder Sachen übereignen; er kann ihm aber auch (oft in Verbindung mit Dienstleistungen) eben die Nutzung von Sachen überlassen. Ist „Kennzeichen der Leistungsverwaltung gerade auch die Vielfältigkeit ihres Instrumentariums“¹¹⁶, stellt sich die Aufgabe, diese Instrumente näher zu bestimmen und zu ordnen¹¹⁷. Die Lehre von den öffentlichen Nutzungsrechten kann hier einen Beitrag leisten.

Geht es darum, typische „Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung“¹¹⁸ herauszuarbeiten, kommt man auch um Nutzungsverhältnisse¹¹⁹ nicht herum. Dazu muß aber noch das Nutzungsrecht vom Nutzungsverhältnis unterschieden werden: Das Nutzungsrecht ist der abstrakte Anspruch, eine Sache zu einem bestimmten Zweck zu gebrauchen – entweder ohne weiteres oder nach Zulassung. Soweit jedes Recht ein Rechtsverhältnis

¹¹⁴ Vgl. oben bei FN 13 ff. und FN 79 ff.

¹¹⁵ Z.B. *Stern* (FN 16), S. 213: „Produktion und Darreichung öffentlicher Sachen ist gewissermaßen geborene, nicht gekorene Leistungsverwaltung, vielleicht sogar die Urform staatlicher Daseinsvorsorge.“ *Salzwedel* (FN 16), § 43, spricht unter dem Titel „Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen“ von „Zwei Formen der Daseinsvorsorge“; *Bartlsperger*, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: *ders. / Blümel / Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 13 ff. (30), bezeichnet öffentliche Sachen als „sächliche Verwaltungsleistungen“; vgl. auch *Kromer* (FN 1), S. 130 f.

¹¹⁶ v. *Münch*, in: *Erichsen / Martens* (FN 16), S. 23.

¹¹⁷ Nach *Maurer* (FN 81), § 2 Rdz. 15, „müssen ... die adäquaten verwaltungsrechtlichen Instrumente für die Erfüllung der typischen Aufgaben der Leistungs- und Lenkungsverwaltung im sozial- und kulturstaatlichen Sinne entwickelt und gepflegt werden“.

¹¹⁸ So eines der beiden Themen auf der Staatsrechtslehrertagung 1986; vgl. die Berichte von *Fleiner-Gerster*, *Öhlinger* und *Krause*, VVDStRL 45 (1987), S. 152 ff., 182 ff., 212 ff. *Krause*, ebd., 244 f., weist darauf hin, daß die Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung „nicht allein schuldrechtlicher, sondern auch sachenrechtlicher und mitgliedschaftlicher Art sein können“.

¹¹⁹ Eine Typologie findet sich bei *Tiemann*, Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen, *VerwArch.* 65 (1974), S. 381 ff.

gestaltet, trifft dies auch hier zu. Nicht aber dieses allgemeine Rechtsverhältnis ist mit „Nutzungsverhältnis“ gemeint, sondern das konkrete Gefüge von Rechten und Pflichten, das erst anlässlich der tatsächlichen Nutzung entsteht. Das Nutzungsrecht richtet sich auf die Begründung eines Nutzungsverhältnisses durch faktischen Gebrauch oder Zulassung und Gebrauch. Es erschöpft sich aber nicht darin (z.B. in einem Zulassungsanspruch), sondern bildet den Maßstab für die inhaltliche Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses. Das Nutzungsrecht ist gesetzlich festgeschrieben; die einzelnen Rechte und Pflichten im Nutzungsverhältnis können ebenfalls durch Gesetz (z.B. Verkehrsvorschriften), aber auch durch untergesetzliche Normen (z.B. „Anstalts“ordnungen), den Zulassungsakt oder einzelne Verwaltungshandlungen (z.B. Zeichen eines Verkehrspolizisten) weiter konkretisiert werden¹²⁰. Schließlich ist es auch das abstrakte Nutzungsrecht und nicht Einzelansprüche im Nutzungsverhältnis, das die Duldungspflicht des Eigentümers bestimmt: Gegen Leute, die zu schnell fahren, kann er sich nicht wehren¹²¹; und daß gerade alle Fahrgäste ausgestiegen sind, berechtigt den Busfahrer auch nicht zu Spritztouren unter Berufung auf das Privateigentum. Die Figur des Nutzungsverhältnisses kann vor allem dort von Gewinn sein, wo es um dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Nutzungen geht. Seine Dogmatik kann von den zu den Dauerschuldverhältnissen in der Leistungsverwaltung erarbeiteten Grundsätzen profitieren, muß aber immer den grundsätzlichen Aspekt der Konkurrenz von Nutzungen im Auge behalten.

Schließlich teilt das Recht der öffentlichen Nutzungsansprüche mit anderen Bereichen der Leistungsverwaltung typische Probleme:

- die wesentlich unklarere Rolle der Grundrechte für die Verteilungsvorgänge¹²²,
- die ausreichende gesetzliche Bestimmung des Verwaltungshandelns (etwa bei der Nutzung kommunaler Einrichtungen¹²³),

¹²⁰ Daß das Nutzungsrecht meist ausgestaltungsbefähigt und in diesem Sinn abstrakt ist, ändert nichts an seinem Charakter als subjektives Recht: Die Ausgestaltung darf seinen „Wesensgehalt“ nicht antasten. Verkehrsverbote und -beschränkungen z.B. können aus diesem Grund vom Nutzungsberechtigten angefochten werden; vgl. *Salzwedel*, Der Gemeindegebrauch, in: *Bartlsperger / Blümel / Schroeter* (FN 115), S. 97 ff. (99) m.N. der Rechtsprechung.

¹²¹ Z.B. *Papier* (FN 16), S. 69 ff.; *Kodal / Krämer* (FN 42), S. 481 ff.

¹²² Allgemein z.B. *Müller / Pieroth / Fohmann*, Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie, 1982; im traditionellen Recht der öffentlichen Sachen wurden Grundrechtsfragen eher als Einzelprobleme behandelt: z.B. ging es um den Umfang eines aus den Grundrechten abgeleiteten „kommunikativen“ Gemeindegebrauchs an öffentlichen Straßen (*Kodal / Krämer* [FN 42], S. 492 ff.; *Papier* [FN 16], S. 84 ff.), um eine institutionelle Garantie des öffentlichen Straßennetzes (*Papier*, ebd., 98) oder um die Vereinbarkeit der mit der Widmung eintretenden Beschränkungen mit dem Eigentumsschutz (*Schmidt-Jortzig* [FN 16], S. 1030 f.), besonders bei Sondernutzungen im Wasserrecht (*Salzwedel* [FN 16], § 47 II); am ausführlichsten noch *Kromer* (FN 1), S. 104 ff.

- die Doppelgleisigkeit mit privatrechtlichen Handlungsformen und die damit verbundenen Abgrenzungs- und Rechtswegprobleme¹²⁴,
- die Stellung und den Schutz von Nutzungskonkurrenten und
- das Zusammenspiel von leistenden und eingreifenden Elementen, das den Begriff der Leistungsverwaltung selbst bis zu einem gewissen Grad in Frage stellt¹²⁵.

Die Nutzungsverteilung ist also eine typische Aufgabe, das Nutzungsrecht ein typisches Instrument, das Nutzungsverhältnis ein typisches Rechtsverhältnis, und die dabei auftauchenden Schwierigkeiten sind typische Probleme des Rechts der Leistungsverwaltung. Eine Lehre, die unter Verwertung der bisherigen Erkenntnisse zu den öffentlichen Sachen die rechtlichen Grundlagen der öffentlichen Nutzungsrechte, ihren verfassungsrechtlichen Bezug, ihre Entstehung und Beendigung, ihre Reichweite, ihre Typen, ihre relative Stärke zueinander und gegenüber privatrechtlichen Positionen, die aus ihnen folgenden typischen Nutzungsverhältnisse und die Grundsätze ihrer Ausgestaltung systematisch behandelt, wäre nicht auf wenige Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts beschränkt, sondern könnte als Teil einer weiterentwickelten Darstellung des Rechts der Leistungsverwaltung ihren Platz im Allgemeinen Verwaltungsrecht finden. Bis dorthin ist es noch ein weiter Weg. Mit dem Abschied von den öffentlichen Sachen kann man sich aber schon vorsorglich vertraut machen.

¹²³ Z. B. *Bethge*, Parlamentsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung, NVwZ 1983, S. 577 ff.

¹²⁴ Vgl. oben bei FN 101 ff. und *Ehlers* (FN 19).

¹²⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 21, der von „verteilender Verwaltung“ spricht, die Ordnungs- und Leistungsvorgänge umfaßt.

Berichte und Kritik

- Hiltrud Naßmacher*, Befunde und Entwicklungstendenzen zum Informationsmanagement in der Kommunalverwaltung 499
- Karl Vodicka*, Die Nationalausschüsse in der CSSR. Eine Bestandsaufnahme nach 20 Jahren der tschechoslowakischen Föderation und vor der neuen Verfassungsreform 514

Buchbesprechungen

- Tigges, Hans*, Das Stadtoberhaupt. Portraits im Wandel der Zeit (*Tibor Süle*) ... 535
- Bacmeister, Friedrich D.*, Die Reform des deutschen Kommunalverfassungsrechts durch die britische Besatzungsmacht. Wiedereinführung einer demokratischen Staatsverfassung in Lüneburg 1945 und die Neufassung der Deutschen Gemeindeordnung 1946 (*Bernhard Stürer*) 537
- Henkel, Michael J.*, Der Anlagenbegriff des Bundes-Immissionsschutzgesetzes. Inhalt, Funktion und praktische Bedeutung (*Wilfried Berg*) 539
- Ress, Georg* (Hrsg.), Rechtsfragen der Sozialpartnerschaft. Vorträge im Rahmen des deutsch-österreichischen Professoren-austauschs im Europa-Institut der Universität des Saarlandes von Karl Korinek, Georg Ress, Heinz-Peter Rill und Wolfgang Rüfner (*Maximilian Wallerath*) 540
- Daintith, Terence* (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy: Comparative and Critical Approaches (*Peter Oberender*) 543

Buchanzeigen

545

Anschriften der Mitarbeiter

- Prof. Dr. *Albrecht Dehnhard*, Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin, Kurfürstendamm 207 - 208, D-1000 Berlin 15
- Prof. Dr. *Peter Häberle*, Universität Bayreuth, Juristische Fakultät, Postfach 10 12 51, D-8580 Bayreuth
- Bernd Holznagel*, LL. M., Rellingerstraße 68, D-2000 Hamburg 20
- Prof. Dr. *Franz Merli*, Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Universität Graz, Elisabethstraße 27, A-8010 Graz
- Priv.-Doz. Dr. *Hiltrud Naßmacher*, Alma-Rogge-Straße 14, D-2900 Oldenburg
- Dr. *Karl Vodicka*, August-Dosenbach-Straße 3, D-7500 Karlsruhe

Klaus Meßerschmidt

Umweltabgaben als Rechtsproblem

Schriften zum Umweltrecht, Band 5

363 S. 1986. DM 136,-

Umweltabgaben sind innerhalb kurzer Zeit zu einem festen Bestandteil des Umweltschutzrechts geworden und stehen im Mittelpunkt der aktuellen umweltpolitischen Diskussion. Fast täglich werden neue Umweltabgaben und „Ökosteuern“ vorgeschlagen. In der vorliegenden umwelt- und finanzrechtlichen Monographie werden die verschiedenen Ausprägungen und Gestaltungsmöglichkeiten erstmals einer umfassenden rechtswissenschaftlichen Untersuchung unterzogen. Hierbei wird das Grundsätzliche und Exemplarische dieses neuartigen Instrumentariums herausgearbeitet und der verfassungsrechtliche Rahmen für künftige Umweltabgaben, insbesondere für Umweltlenkungsabgaben entwickelt. Es werden aber auch zahlreiche Einzelfragen vor allem des Abwasserabgabenrechts behandelt. Die Studie bildet zugleich einen Beitrag zum Finanzverfassungsrecht und berücksichtigt umweltökonomische und finanzwissenschaftliche Erkenntnisse.



Duncker & Humblot · Berlin

Sonderdruck aus:

DIE VERWALTUNG

Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft

Herausgegeben von

Wilfried Berg, Hermann Hill
Rudolf Morsey, Walter Schmitt Glaeser
Meinhard Schröder

22. Band 1989 Heft 4



Duncker & Humblot · Berlin