



Rechtshistorische Reihe

394

Marc Biermann

Das Staatseigentum
an öffentlichen Sachen
im Gemeingebrauch
in der ersten Hälfte
des 19. Jahrhunderts

Peter Lang

A. Einleitung und Gang der Arbeit

I. Einführung in das Thema

1. Öffentliche Sachen im heute geltenden Recht

Das Recht der öffentlichen Sachen gehört grundsätzlich für jeden Studenten der Rechtswissenschaften zum Pflichtstoff für das erste juristische Staatsexamen und wird im Rahmen der Verwaltungsrechtsvorlesung behandelt. Aus diesem Grund kennen auch die meisten Juristen das Rechtsverhältnis an den öffentlichen Sachen nach dem heute geltenden Recht und können das in diesem Zusammenhang wichtige Schlagwort geben: die *Theorie des modifizierten Privatrechts*. Dogmatisch gesehen handelt es sich bei dieser Theorie um einen Dualismus von privatem und öffentlichem Recht. Die öffentlichen Sachen unterstehen auf der einen Seite der einheitlichen Eigentumsordnung, wie sie im BGB niedergelegt ist. Auf der anderen Seite lastet auf diesem Privateigentum aufgrund der Widmung für einen öffentlichen Zweck ein beschränkt-dingliches Recht, eine Art *Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts*.¹ Dieses dingliche Recht verleiht dem öffentlichen „Sachherrn“ bestimmte, durch die Widmung festgelegte öffentlich-rechtliche Nutzungsbefugnisse und hat zugleich die Wirkung, dass die privatrechtlichen Eigentümerbefugnisse im Umfang der öffentlich-rechtlichen Widmung überlagert werden.² Dabei können privater Eigentümer und öffentlicher Sachherr zwar identisch sein, beide Positionen können allerdings auch auseinander fallen, ohne dass der öffentliche Zweck beeinträchtigt wird.³ Letzteres ist beispielsweise in der immer wieder aufflammenden Diskussion über die Privatisierung der staatlichen Autobahnen von Interesse, in der zahlreiche Politiker darauf drängen, diese zu privatisieren und deren zivilrechtliches Eigentum in private Hände zu legen.

Durch die Widmung wird die öffentliche Sache der Allgemeinheit zum Gebrauch überlassen. Bei diesem so genannten Gemeingebrauch handelt es sich nach der heutigen Rechtsauffassung um ein beschränktes, subjektiv-öffentliches Recht des Einzelnen auf (Mit-)Benutzung der öffentlichen Sache.⁴ Der Umfang dieses Benutzungsrechts richtet sich nach dem Umfang der Widmung. Beschränkt ist dieses Recht auch deshalb, weil es nur einen Anspruch auf die Teilnahme an einem bereits bestehenden Gemeingebrauch gibt, ein Recht auf Aufrechterhaltung oder die Schaffung von Gemeingebrauch an bestimmten Sachen gibt es dem Einzelnen nicht.⁵ Nur in besonderen Ausnahmefällen steht dem einzelnen Betroffenen in diesen Fällen ein Recht auf Entschädigung zu.

¹ Pappermann, § 4; BGHZ 9, 385.

² Forsthoff, S. 379 ff.; BGH NJW 1969, 1437.

³ Vgl. Papier, § 4.

⁴ Papier, § 4 IV.

⁵ Pappermann, § 7 II.

Obwohl sich das oben skizzierte Rechtsverständnis in den letzten Jahrzehnten weitestgehend in Theorie und Praxis festgesetzt hat, ist die Fachwissenschaft mit diesem Ergebnis nicht immer glücklich: Im Jahr 1962 war das Recht der öffentlichen Sachen ein Schwerpunkt auf der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtler. Die Teilnehmer stellten im Rahmen dieser Tagung fest, dass es in der Vergangenheit zwar zahlreiche Ansätze im Bereich der öffentlichen Sachen gegeben habe, gleichwohl mangle es aber immer noch an einer modernen und systematischen Bearbeitung.⁶ Der Staatsrechtlicher *Klaus Stern* vertrat die Ansicht, dass es dem aktuellen Recht an einer *Stetigkeit und Festigkeit* bei den öffentlichen Sachen fehle.⁷ Zur Begründung dieser These verwies er auf die umfangreiche, aber sehr diffuse Fachliteratur: Einige Rechtswissenschaftler behandeln das Recht der öffentlichen Sachen als Teilgebiet des Verwaltungsrechts, andere ordnen es dem sachenrechtlichen oder allgemeinen Teil des BGB zu.⁸ Darüber hinaus hafte dem Begriff der „öffentlichen Sache“ – ähnlich wie den vergleichbaren Wortschöpfungen wie „öffentliches Eigentum“, „öffentliche Anstalt“, „öffentliche Unternehmen“, „öffentlicher Dienst“ oder „öffentliches Amt“ – eine politische und soziologische Komponente an, die rechtsnormativ nur schwer zu verarbeiten ist. Ferner sei sowohl der Bestand als auch das Recht der öffentlichen Sachen von den grundlegenden staatsrechtlichen Prinzipien abhängig, die allein den letzten zwei Jahrhunderten zahlreichen Wechseln unterworfen waren.⁹ Der leitende Regierungsdirektor des Stadtstaates Hamburg wies im Rahmen der Tagung auf den Umstand hin, dass ein seit Jahrhunderten bekanntes Rechtsgebiet trotz seiner allseits bekannten Problematiken noch immer keine erkennbaren Konturen gewonnen habe.¹⁰

Insbesondere die von dem herrschenden Verständnis abweichenden und inhaltlich weitgehend unzulänglichen Kodifikationen im Wasserrecht und im Wege-recht der Länder Baden – Württemberg und Hamburg zeigen deutlich, dass die wissenschaftliche Bearbeitung der öffentlichen Sachen auch in der heutigen Zeit noch lange nicht abgeschlossen ist. Die von diesen Gesetzen betroffenen öffentlichen Sachen stehen im öffentlich-rechtlichen Eigentum des jeweiligen Landes bzw. Stadtstaates, jede bürgerlichrechtliche Verfügung bzw. Verfügbarkeit sowie das zivilrechtliche Eigentum ist ausgeschlossen. Wie dieses öffentlich-rechtliche Eigentum inhaltlich auszufüllen ist und wie sich der substantielle Unterschied zum bürgerlich-rechtlichen Eigentum darstellt, machen die Kodifikationen jedoch nicht deutlich. Eine mit dem bürgerlichen Sachenrecht vergleichbar

⁶ Haas, Die öffentlichen Sachen, in: DVBl. 1962, 652, 652.

⁷ Stern, Die öffentliche Sache, in: VVDStRL. 21, 182, 182.

⁸ Vgl. die Nachweise bei Stern, a.a.O.

⁹ Stern, a.a.O.

¹⁰ Haas, Die öffentlichen Sachen, in: DVBl. 1962, 652, 652. Kurioserweise war es gerade Hamburg, das später mit der Schaffung des öffentlichen Eigentums an bestimmten Straßen zur weiteren Konturenlosigkeit des Rechts der öffentlichen Sachen beitrug.

ausgestaltete Rechtsmaterie, die das öffentliche Eigentum inhaltlich konkretisiert, fehlt beinahe vollständig.

Die Gründe für die Problematiken im Bereich der öffentlichen Sachen sind vielfältig und haben ihre Wurzeln nicht im 21. oder 20. Jahrhundert. Die eigentlichen Ursachen für die heutigen Unzulänglichkeiten reichen noch weiter in die Vergangenheit zurück und hängen insbesondere mit der staatsrechtlichen Entwicklung zusammen. Es soll die Aufgabe dieser Dissertation sein, einen Teilbereich in der Entwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen darzustellen, der die Grundlage für das heutige janusköpfige Rechtsverständnis darstellt.

2. Der Ansatz dieser Dissertation

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Begriff des Staatseigentums an den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und seiner damalige Interpretation im gemeinen Recht und in den unterschiedlichen Kodifikationen. Ausgangspunkt ist hierbei ein Rechtsstreit aus dem Jahre 1862, der das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und den öffentlichen Sachen für die folgenden Jahrzehnte maßgeblich beeinflusst hat und seinen Ursprung in der unübersichtlichen Rechtslage in der vorhergehenden Zeit hat.

Das Rechtsgebiet der öffentlichen Sachen stellte bereits damals einen juristischen Bereich dar, der sich seit jeher im Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht befand. Die Ursache hierfür liegt in dem Wesen der öffentlichen Sachen, wonach diese zum einen der Benutzung durch die Allgemeinheit dienen und zum anderen finanzielle Erträge für den Staat abwerfen und dessen Herrschaft unterliegen. Diese Merkmale haben das Rechtsverhältnis zwischen der Allgemeinheit, dem Staat und den öffentlichen Sachen derart beeinflusst, dass eine eindeutige Zuordnung zu dem einen oder anderen Rechtsgebiet nicht möglich erscheint. Sowohl die privatrechtliche wie auch die öffentlich-rechtliche Rechtswissenschaft haben sich in den letzten Jahrhunderten mit dem Recht der öffentlichen Sachen beschäftigt und hierbei den Stand der jeweils aktuellen Rechtsauffassung dargestellt. Diese Rechtsauffassungen waren zum großen Teil geprägt von politischen und wirtschaftsrechtlichen Fragen. Darüber hinaus war das Rechtsgebiet der öffentlichen Sachen weitaus stärker als andere Rechtsgebiete von der Vermischung deutsch-rechtlicher und römisch-rechtlicher Grundsätze betroffen, was eine geradlinige und fortlaufende Entwicklung weiter erschwerte. Die Entwicklung der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen wurde somit stets von einer dogmatischen Ungewissheit und Unbestimmtheit begleitet. Dies gilt insbesondere für das gemeine Recht, aber auch die frühen Kodifikationen wie das Preußische Allgemeine Landrecht und der französische Code Civil waren hiervon betroffen. Diese Ungewissheit hat sich bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland im Jahr 1900 und zum Teil sogar noch darüber hinaus gehalten.

Obwohl sich die Rechtswissenschaft schon seit Jahrhunderten mit dem Recht der öffentlichen Sachen beschäftigt hatte, beklagten sich sowohl vor als auch nach der Einführung des BGB namhafte Juristen darüber, dass es die gemeinrechtliche Theorie und Praxis nicht geschafft habe, die im römischen und deutschen Recht vorhandenen Ansätze zu einem modernen und vernünftigen Recht weiterzuentwickeln.¹¹ Ähnliches gilt auch für das Preußische Allgemeine Landrecht und den Code Civil: Obwohl diese Kodifikationen Regelungen über öffentliche Sachen enthielten, herrschte über deren Inhalt genau so viel Unklarheit wie im gemeinen Recht.

3. Der Begriff der öffentlichen Sache

Der Begriff der *öffentlichen Sache* wurde von der Rechtswissenschaft entwickelt und kommt im geschriebenen Recht in Deutschland nicht explizit vor.¹² Gleichwohl hat er es geschafft, in den festen Sprachgebrauch von Theorie und Praxis einzugehen. Eine rechtliche Bedeutung hat der Begriff im deutschen Recht nicht, er stellt vielmehr eine Sammelbezeichnung für eine Vielzahl von unterschiedlichen Sachen dar, die sich auch in ihrem Rechtsstatus voneinander unterscheiden. Eine einheitliche juristische Bearbeitung aller öffentlichen Sachen ist aus diesem Grund nicht möglich. Es bedarf zunächst einer genauen Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Arten der öffentlichen Sachen untereinander sowie den jeweiligen Berechtigungen, die im Rahmen dieser Arbeit behandelt werden sollen.

a) Abgrenzung der verschiedenen öffentlichen Sachen

Alle öffentlichen Sachen haben gemeinsam, dass sie unmittelbar oder mittelbar dem Staat oder anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen.¹³ Dementsprechend weit ist die Bedeutung des Begriffs der öffentlichen Sachen. In Anlehnung an diese weite Bedeutung wird in diesem

¹¹ Biermann, S. 13; Bekker, Bd. 1 § 76; besonders vernichtend ist das Urteil von Kühlenbeck in Bezug auf die Leistungen der Rechtswissenschaft im Bereich der öffentlichen Sachen, S. 394 Fn. 1: *Es ist kein Compliment für die Geschichte der Rechtswissenschaft, dass erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts, wo die soziale Frage mit einem Ernst, demgegenüber alle wirtschaftlichen Kämpfe der bisherigen Weltgeschichte als Kinderspiele erscheinen, ein so ausgezeichnete Romanist wie von Jhering das Recht des Gemeingebrauches sozusagen wieder entdecken musste, und noch bedauerlicher ist es, dass seine Stimme zur Zeit noch bei den meisten Juristen verständnislos verhallt. Die Jurisprudenz ist seit mehr als einem Jahrtausend in engherzig privatrechtlichen Anschauungsformen verknöchert, dass sie selbst auf staatsrechtlichem Gebiet sich vielfach nur mit privatrechtlichen Gesichtspunkten und Analogien zu behelfen vermag, geschweige denn, dass sie für die hier aufgedeckte Sphäre der rein gesellschaftlichen Auseinandersetzung mit dem gemeinsamen Naturboden ein schöpferisches Begriffsvermögen bewiese.* Die deutschrechtliche Wissenschaft schnitt bei Kühlenbeck nicht besser ab, ihr warf Kühlenbeck eine *privatrechtliche Borniertheit* vor.

¹² Anders im Recht des benachbarten Auslands, siehe dazu Forstthoff, S. 377 Fn. 1.

¹³ Soergel/Mühl, Bd. 6 Einleitung Rn. 52; Schmidt, Rn. 837

Zusammenhang auch von *öffentlichen Sachen im weiteren Sinne* gesprochen.¹⁴ Dieser Begriff ist jedoch zu weit und unbestimmt, um als Ausgangspunkt für diese Bearbeitung dienen zu können. Folglich muss zwischen den einzelnen Arten der öffentlichen Sachen differenziert werden:

- Zu den öffentlichen Sachen im weiteren Sinne gehört zunächst das so genannte *Finanzvermögen* des Staates. Bestandteile des Finanzvermögens sind das vom Staat oder anderen öffentlichen Verwaltungsträgern privatwirtschaftlich verwaltete Vermögen, wie zum Beispiel staatliche Fabriken oder Unternehmen.¹⁵ Sie sind nicht der Allgemeinheit zum direkten Gebrauch gewidmet, sondern dienen dem Staat mittelbar durch ihren Vermögenswert oder ihren finanziellen Erträgen. Das Finanzvermögen ist grundsätzlich privatrechtlich zu beurteilen und unterliegt dementsprechend – von einigen Ausnahmen abgesehen – den Vorschriften des Zivilrechts.¹⁶ Aufgrund dieser Ausnahmen wird das Finanzvermögen von einigen Teilen der Rechtswissenschaft zu den öffentlichen Sachen gezählt.¹⁷ Der Staat bzw. der entsprechende Rechtsträger kann es jedoch nach den Grundsätzen des Zivilrechts erwerben, belasten oder veräußern und eventuell entstehende Streitigkeiten gehören vor die ordentliche Gerichtsbarkeit. Aufgrund dieser weitgehenden Gleichbehandlung mit dem gewöhnlichen zivilrechtlichen Eigentum spielt das Finanzvermögen des Staates im Rahmen dieser Arbeit keine Rolle.
- Bestandteile der öffentlichen Sachen im weiteren Sinne sind auch das *Verwaltungsvermögen* und die *Sachen im Verwaltungsgebrauch*. Hierzu gehören alle Gegenstände, die die öffentliche Verwaltung unmittelbar für das Funktionieren des Dienstbetriebes benötigt und verwendet.¹⁸ Beispiele für Sachen des Verwaltungsvermögens sind die Verwaltungsgebäude und das dazu gehörige Inventar sowie Dienstfahrzeuge und Ausrüstungsgegenstände. Auch diese Sachen stehen im zivilrechtlichen Eigentum ihrer Rechtsträger, und die Verfügungsgewalt hierüber richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften des Privatrechts, die allerdings öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterliegen kann.¹⁹ Im Gegensatz zu dem Finanzvermögen dient das Verwaltungsvermögen durch seinen Gebrauch und nicht durch seine wirtschaftlichen Erträge einem unmittelbaren öffentlichen Zweck. Dieser Zweck ist jedoch auf das Funktionieren der Verwaltung beschränkt. Die Allgemeinheit ist

¹⁴ Vgl. Kromer, S. 19 f. mit einer Darstellung der Entwicklung, welche Bereiche zu den „öffentlichen Sachen“ gehört haben.

¹⁵ Papier, § 1 II 1.

¹⁶ Einschränkungen gelten beispielsweise bei der Zwangsvollstreckung gegen die öffentliche Hand gemäß § 882a ZPO und bei den haushaltsrechtlichen Vorschriften (vgl. §§ 63, 64 BHO und zahlreiche Vorschriften aus dem landesspezifischen Kommunalrecht).

¹⁷ Maunz, Die Verwaltung 11 (1957), 1, 3 ff.

¹⁸ Pappermann, § 3 II.

¹⁹ BGH NJW 1961, 308.

von dem Gebrauch dieser Sachen ausgeschlossen, ein Gemeingebrauch findet an ihnen nicht statt. Aus diesem Grund spielen auch die Sachen des Verwaltungsvermögens im Rahmen dieser Bearbeitung keine weitere Rolle.

- Den dritten Bereich der öffentlichen Sachen bilden schließlich die *öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch*. Hierunter versteht man grundsätzlich diejenigen öffentlichen Sachen, deren Benutzung jedermann aufgrund ihrer Widmung ohne besondere Zulassung im Rahmen ihrer Zweckbestimmung offen steht.²⁰ Welche Sachen im Einzelnen zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zählen, ist in der geschichtlichen Entwicklung umstritten und unterliegt einem stetigen Wandel. Ursächlich hierfür sind die stetige Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Handelssysteme, die die natürlichen und für alle Menschen verfügbaren Ressourcen knapp werden lassen, die damit verbundene praktische Beherrschbarkeit immer weiterer Ressourcen durch weiter entwickelte Technologien und das gesteigerte Eigentumsbewusstsein in den letzten hundert Jahren.²¹ Zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gehören die öffentlichen Wege und Flüsse sowie öffentliche Brücken und Plätze. Zum Teil wurden auch nationale Kulturgüter, Festungswerke und sogar Gefängnisse dazu gezählt, allerdings war das Merkmal des „Gemeingebrauches“ zumindest bei Letzterem häufig problematisch. Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gehören zu den so genannten *öffentlichen Sachen im engeren Sinne*, da nur sie unmittelbar durch ihre Benutzungsmöglichkeit der Allgemeinheit dienen. Im Rahmen dieser Bearbeitung sollen nur die Rechtsverhältnisse an diesen öffentlichen Sachen behandelt werden. Wenn im weiteren Verlauf der Arbeit der Begriff der *öffentlichen Sache* verwendet wird, dann beschränkt sich seine Bedeutung auf die hier genannten öffentlichen Sachen im engeren Sinne, den *öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch*.
- Neben den öffentlichen Sachen, die aufgrund ihrer rechtlichen Widmung der Allgemeinheit zur Verfügung stehen, gibt es noch eine vierte Gruppe von öffentlichen Sachen, die ebenfalls ohne besondere Zulassung von der Allgemeinheit benutzt werden können und deshalb auch im Gemeingebrauch stehen. Hierzu gehören beispielsweise die Luft, das Licht und die fließende Wasserwelle. Sie unterscheiden sich von den oben genannten öffentlichen Sachen dadurch, dass sie dem Gemeingebrauch aufgrund der Natur ihrer Sache dienen und nicht erst durch einen rechtlichen Akt dem Gemeingebrauch gewidmet werden müssen. Ihre natürliche Eigenschaft, der exklusiven Beherrschung durch den Menschen entzogen zu sein, sorgt dafür, dass sie Gegenstand des Gemeingebrauchs sind. Da den Gemeingebrauch einschränkende Rechtsverhältnisse an diesen Sachen aufgrund ihrer Eigenschaft faktisch

²⁰ Schmidt, Rn. 845.

²¹ Schmidt-Jortzig, NVwZ 1987, 1025, 1026.

(noch) nicht möglich sind, wird auch auf sie im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen.²²

b) *Die rechtlichen Wurzeln der öffentlichen Sachen*

Das Recht der öffentlichen Sachen hat sich aus verschiedenen rechtsgeschichtlichen Wurzeln entwickelt. Dieses Phänomen hat erheblich dazu beigetragen, dass eine einheitliche Rechtsentwicklung in diesem Bereich nicht möglich war. Die rechtlichen Ursprünge der öffentlichen Sachen liegen zum einen im römischen und zum anderen im älteren deutschen Recht. Im römischen Recht sind in diesem Zusammenhang die so genannten *res extra commercium*, also die Sachen außerhalb des Rechtsverkehrs, hervorzuheben. Hierzu gehören insbesondere die *res communes omnium*²³ und die *res publica*, also die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Aus dem deutschen Recht haben insbesondere die *iura regalia*, also die Regalien, einen wesentlichen Einfluss auf die rechtliche Entwicklung der öffentlichen Sachen gehabt.

Die öffentlichen Sachen lassen die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze des römischen und des deutschen Rechts auf eine besonders deutliche Art und Weise hervortreten. Im römischen Recht stand bei Sachen im Wesentlichen die Frage nach dem Eigentum im Vordergrund. Der Eigentümer einer Sache konnte aufgrund seiner Eigentumsposition die Sache benutzen, ihre Früchte ziehen und hatte grundsätzlich allumfassende Verfügungsmacht. Im deutschen Recht war die Frage nach dem Eigentum an einer Sache nur von untergeordneter Bedeutung. Hier lag der Schwerpunkt vielmehr auf den Nutzungen, die der jeweilige Berechtigte von einer Sache ziehen konnte. Um Nutzungsberechtigter einer Sache zu sein, musste man nicht zwangsläufig auch ihr Eigentümer sein, da viele Nutzungen völlig unabhängig von dem jeweiligen Eigentum waren und sich nicht hiervon ableiten ließen. Die divergierenden Merkmale dieser beiden Rechtssysteme haben in der Entwicklung der Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Sachen eine bedeutende Rolle gespielt. Diesen beiden höchst unterschiedlichen Einflüssen ist es auch zu verdanken, dass das Recht der öffentlichen Sachen für lange Zeit unklar blieb und eine klare, rechtsdogmatisch gefestigte Struktur vermissen ließ.

²² Gleichwohl können auch diese öffentlichen Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein wie zum Beispiel umweltrechtlichen Vorschriften über die maximal zulässige Verschmutzung der Luft oder nachbarrechtliche Abstandsvorschriften, um einen ausreichenden Lichteinfall für jedes Grundstück zu ermöglichen.

²³ Sachen, die von Natur aus jedermann offen stehen und an denen aus tatsächlichen Gründen kein Rechtsverhältnis möglich ist. Im römischen Recht zählen das offene Meer, die Luft, die fließende Wasserwelle und das Meeresufer hierzu (vgl. Institutionen des Iustinian, Buch 2 Titel 1 Abschnitt 1).

II. Die Thematik dieser Arbeit

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den verschiedenen Berechtigungen, die an öffentlichen Sachen möglich sind. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und der öffentlichen Sache sowie zwischen der Allgemeinheit und der öffentlichen Sache werden hierbei isoliert voneinander betrachtet. Da es sich bei dieser Arbeit um eine rechtsgeschichtliche Untersuchung handelt, spielt das aktuelle Recht an den öffentlichen Sachen nur eine untergeordnete Rolle. Die gelegentlichen Verweise auf das aktuelle Recht dienen lediglich dazu, die historische Entwicklung der Rechtsverhältnisse verständlicher zu machen.

1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist der Baseler Schanzenstreit aus dem Jahre 1859/62. Dieser Prozess war für die Entwicklung des Rechts an den öffentlichen Sachen von entscheidender Bedeutung und markierte gleichzeitig einen Wendepunkt.²⁴ In diesem Rechtsstreit zwischen den Schweizer Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft ging es im Wesentlichen um die Frage, ob sich öffentliche Sachen im zivilrechtlichen Eigentum des Staates befinden oder ob der Staat ausschließlich hoheitliche Befugnisse über die öffentlichen Sachen hat. Die beiden Parteien holten sich zur Unterstützung ihrer jeweiligen Behauptung jeweils mehrere Rechtsgutachten von namhaften Juristen ein. Während für die erste Auffassung namentlich die Rechtswissenschaftler *Heinrich Dernburg* und *Johann Jakob Rüttimann* eintraten, wurde die zweite Auffassung in diesem Rechtsstreit von *Friedrich Ludwig Keller* und *Rudolph von Jhering* mit Leidenschaft vertreten.

Alle Rechtsgutachten, ganz gleich von welcher Person sie angefertigt und für welche Partei sie geschrieben wurden, verfolgten einzig und allein das Ziel, die Interessen ihrer Auftraggeber zu wahren und einen finanziellen Anspruch entweder zu begründen oder abzuwehren. Aus diesem Grund berufen sich auch alle Rechtsgutachten darauf, dass sie primär eine Auslegung des dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Schiedsspruches von 1833 darstellen. Es soll im Rahmen dieser Arbeit nicht darüber geurteilt werden, ob dieser Schiedsspruch dem damals geltenden Recht tatsächlich entsprochen hat oder nicht. Diese Aufgabe hatte auch das Schweizer Bundesgericht nicht, das den Baseler Schanzenstreit im Jahr 1862 endgültig entschied, denn es hatte nicht die Möglichkeit den Inhalt des Schiedsspruches nachträglich zu verändern. Es war an dessen Rechtskraft gebunden, selbst wenn es materiell nicht dem damals geltenden Recht entsprochen hätte. Darüber hinaus würde die Revision eines mehr als 140 Jahre alten Urteils auch für die heutige Zeit weder neue Erkenntnisse bringen, noch ein eventuell ausgesprochenes Unrecht nachträglich beseitigen.

²⁴ Biermann, § 3; Knapp, § 16.

Es sollen im Rahmen dieser Arbeit vielmehr die hinter den einzelnen Gutachten stehenden Rechtsauffassungen im Bezug auf die öffentlichen Sachen untersucht werden. Im Vordergrund stehen hierbei die Ausführungen von Keller und Jhering, denn diese Auffassungen wurden und werden häufig auf eine Art und Weise dargestellt, als ob es sich um eine absolute Mindermeinung gehandelt hätte, die in dieser Form weder in der Rechtspraxis noch von der Gesetzgebung oder Literatur jemals ernsthaft vertreten wurde.²⁵ Zum Teil wurden die Ausführungen als bloße temporäre Randerscheinung ohne bleibenden Einfluss für die weitere rechtswissenschaftliche Entwicklung dargestellt.²⁶ Die Gründe für diese Annahme liegen bei einer oberflächigen Betrachtung der zeitgenössischen Literatur und Gesetzgebung auf der Hand, und bereits Dernburg weist in seinem Rechtsgutachten deutlich darauf hin, indem er darauf aufmerksam macht, dass es in der bisherigen theoretischen und praktischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts üblich war, dem Staat an allen öffentlichen Sachen ein Eigentum zuzuschreiben.²⁷ Er belegt diese Aussage mit Hilfe von zahlreichen Literaturstellen. Auch in seinem Rechtsgutachten weist Dernburg nicht ohne Erfolg nach, dass der Begriff des Eigentums mit den Darstellungen in den römisch-rechtlichen Quellen nicht absolut unvereinbar ist.

Für die Gegenseite legt Jhering ausführlich dar, dass sich bei genauer Betrachtung und Zergliederung des Eigentumsbegriffs in seine Bestandteile einerseits und der rechtlichen Natur der öffentlichen Sachen andererseits, die Unvereinbarkeit dieser beiden Bereiche ergibt. Jhering zieht für seine Argumentation ebenfalls römisch-rechtliche Quellen herbei. Die herkömmliche Bezeichnung und Verwendung des Eigentumsbegriffs sowie die vertretenen Theorien in Bezug auf die öffentlichen Sachen beruhen für Jhering nur auf einer ungenügend scharfen Betrachtung der Feinheiten, dessen Verständnis zusätzlich noch durch eine gewisse Unbestimmtheit in den römisch-rechtlichen Quellen erschwert wird.²⁸

Obwohl auf dem ersten Blick nicht miteinander vereinbar, sind es gerade diese beiden Bereiche, die für diese Arbeit von besonderem Interesse sind: Die weitgehend einhellige Benutzung des *Eigentumsbegriffs* für die Beschreibung des Rechtsverhältnisses an öffentlichen Sachen auf der einen Seite und die gleichzeitige Nichtvereinbarkeit des mit dem Begriff des Eigentums verbundenen Inhalts mit den tatsächlichen und rechtlichen Eigenschaften der öffentlichen Sachen auf der anderen Seite. Sollten die diesbezüglichen Ausführungen Jherings tatsächlich nur eine wenig praxisrelevante Randerscheinung gewesen sein, dann stellt sich die Frage, warum im Anschluss an diesen Prozess eine Jahrzehntelan-

²⁵ Hübner, § 26 I; Maunz, § 12.

²⁶ Wappäus, S. 105; Maunz, S. 91.

²⁷ Dernburg, Rechtsgutachten § 3.

²⁸ Jhering, 1. Rechtsgutachten § 11.

ge und wissenschaftlich höchst fruchtbare Diskussion über die Rechtsstellung der öffentlichen Sachen geführt wurde.²⁹ Wenn die Ausführungen Jherings und Kellers auf eine inhaltlich klare und in sich gefestigte Rechtsauffassung gestoßen wären, wie von Dernburg behauptet wurde, dann wären sie mit großer Wahrscheinlichkeit ohne weitere Bedeutung geblieben und tatsächlich als bloße Randerscheinung alsbald wieder in Vergessenheit geraten. Dies war jedoch nicht der Fall. Im Gegenteil, auch nach mehreren Jahrzehnten und selbst nach dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 waren die Lehre und die Argumente Jherings und Kellers immer noch Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion, wenn es um die Rechtsstellung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ging.³⁰

2. Der Ausgangspunkt bei der Theorie des Hoheitsrechts

Gerade aus diesem Grund stellt sich die Frage, was es *inhaltlich* mit der Theorie des Hoheitsrechts an den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch auf sich hat und warum sie es geschafft hat, sich im Bewusstsein der Rechtswissenschaft zu erhalten, obwohl die tatsächliche Rechtsentwicklung eine ganz andere Richtung genommen hat. Es haben sich bereits zahlreiche Juristen mit Jherings Theorie des Hoheitsrechts beschäftigt, gleichwohl wurde auf eine dogmatische Darstellung dieser Theorie weitgehend verzichtet. Es finden sich in der Regel nur kleine Ansätze mit vereinzelt Gesichtspunkten, eine inhaltlich und dogmatisch geschlossene Darstellung sucht man vergebens.

Die Darstellung des Inhalts und der Dogmatik der *Theorie des reinen Hoheitsrechts* an öffentlichen Sachen stellt aus diesem Grund den ersten Schwerpunkt dieser Arbeit dar. Es soll zunächst dargestellt werden, welcher Grundgedanke dogmatisch hinter dieser Theorie steht. Dies geschieht primär dadurch, dass die unterschiedlichen Berechtigungen an den öffentlichen Sachen unabhängig voneinander untersucht werden. Im Einzelnen handelt es sich um folgende voneinander zu unterscheidende Berechtigungen:

- Die erste Art der Berechtigung regelt das Verhältnis zwischen den öffentlichen Sachen und dem Staat. Die folgenden zwei Punkte sind in diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung:

²⁹ So auch anerkennend Maunz, S. 92, der die Lehre Jherings im Übrigen überaus deutlich als rechtlich unhaltbar eingestuft hat.

³⁰ Unter anderem bei Eisele, Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu (1873); Kahlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899); Biermann, Die öffentlichen Sachen (1905); Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts (1933); Knapp, Gemeingebrauch und Staatseigentum (2003); sowie zahlreiche Dissertationen und kleinere Veröffentlichungen.

1. Was ist der Grund dafür, dass Keller und Jhering ein zivilrechtliches Eigentum an den öffentlichen Sachen vehement abgelehnt haben?
2. Wie gestaltet sich das Hoheitsrecht an den öffentlichen Sachen in seinen Einzelheiten?
 - Der zweite Teilbereich beschäftigt sich mit den Nutzungen der öffentlichen Sachen, die neben dem Gemeingebrauch anfallen können. Hierzu zählen beispielsweise das Gras und die Bäume auf öffentlichen Straßen und Wegen zur Heu- oder Holzgewinnung, sowie Pflanzen und ähnliche Erträge, die unbeschadet des Gemeingebrauchs bei den öffentlichen Sachen anfallen können. Im 19. Jahrhundert ist der wirtschaftliche Wert dieser Nebennutzungen in der Praxis gering, und der Nutzen erschöpft sich zumeist im Gemeingebrauch. Für das Rechtsverhältnis an den öffentlichen Sachen ist die Zuordnung dieser Erträge gleichwohl von höchster Bedeutung.
 - Die dritte Berechtigung an den öffentlichen Sachen findet schließlich im Verhältnis zwischen den öffentlichen Sachen und der Allgemeinheit statt. Die Allgemeinheit ist unmittelbarer Benutzer der öffentlichen Sachen. Dieses Benutzungsverhältnis wird durch den Begriff des Gemeingebrauchs dargestellt. Wie sich der Gemeingebrauch rechtlich darstellt, war in der Rechtswissenschaft sehr umstritten. Der Teil der Rechtswissenschaft, der die öffentlichen Sachen in das Privateigentum des Staates stellte, ging grundsätzlich davon aus, dass der Gemeingebrauch ein Recht oder eine Erlaubnis zur Benutzung einer fremden Sache war. Wie sich dieses Recht im Einzelnen darstellte, war allerdings auch hier umstritten und es wurden zahlreiche Meinungen hierzu vertreten.³¹ Dieser Ansatz war Jhering und Keller durch die Anwendung der hoheitlichen Theorie verwehrt. Jhering stellte hierbei eine Lösung vor, die sich im Ergebnis auch aufgrund der weiteren verwaltungsrechtlichen Entwicklung zwar nicht durchgesetzt hat, die aber gleichwohl viele Jahre für wissenschaftlichen Diskussionsbedarf sorgte.

3. Vergleich mit dem Recht vor dem Baseler Schanzenstreit

Die von Keller und Jhering vertretene Theorie des Hoheitsrechts an öffentlichen Sachen wird von der Rechtswissenschaft häufig als eine Lehre wahrgenommen, die zwar wissenschaftlich interessant und für die Weiterentwicklung des Rechts sehr wichtig war, für die Rechtspraxis hingegen nahezu bedeutungslos blieb.³² Gegen die Lehre von Jhering und Keller wurde insbesondere geltend gemacht,

³¹ Vgl. hierzu unten Abschnitt C II 2.

³² Vgl. für die zeitgenössische Rechtswissenschaft: Dernburg, Rechtsgutachten § 4; Wappäus, § 20; Kappeler, Kap. 1; Kuhlenbeck, S. 394; vgl. für die aktuellere Rechtswissenschaft: Maunz, § 12; Mayer, Bd. 2 § 35.

dass die öffentlichen Sachen seit jeher im Eigentum des Staates standen und dies von der Rechtswissenschaft allgemein anerkannt war.³³ Aus der heutigen Rückschau lässt sich zustimmend sagen, dass sich Jherings und Kellers Lehre tatsächlich nicht durchgesetzt hat und der Theorie des modifizierten Privatrechts weichen musste. Diese Theorie war allerdings in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der heute vertretenen Form noch unbekannt und entwickelte sich erst nach dem Baseler Schanzenstreit in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Es gab zwar erste Ansätze zu einer Theorie des modifizierten Privatrechts, die aber inhaltlich noch nicht mit der heutigen Lehre vergleichbar war.³⁴ Zu der Zeit, als Jhering und Keller ihre Auffassung veröffentlichten, war von dieser Lehre noch keine Rede.³⁵ Wie das Rechtsverhältnis an den öffentlichen Sachen in der ersten Jahrhunderthälfte tatsächlich ausgesehen hat, ist bei weitem nicht so eindeutig, wie es von der zeitgenössischen Literatur zuweilen dargestellt wurde.³⁶

Der zweite Themenkomplex dieser Arbeit soll daher einen Vergleich ziehen zwischen der Theorie des reinen Hoheitsrechts und den bis zum Baseler Schanzenstreit vertretenen Rechtsauffassungen in Theorie und Praxis. Zu diesem Zweck werden sowohl das gemeine Recht wie auch die ersten Kodifikationen hinsichtlich ihrer Regelungen im Bereich der öffentlichen Sachen untersucht. Aufgrund ihrer dominierenden Stellung in der deutschen Rechtsgeschichte und ihres großen Geltungsbereiches stehen neben dem gemeinen Recht das Preußische Allgemeine Landrecht und der französische Code Civil im Vordergrund.

³³ Vgl. nur Dernburg, Rechtsgutachten § 4; Wappäus, § 20.

³⁴ Vgl. unten Fn. 272.

³⁵ Vgl. hierzu die Entwicklung der modifizierten Privatrechtstheorie nach dem Baseler Schanzenstreit in: Knapp, § 18.

³⁶ Vgl. nur Wappäus, § 20; Dernburg, Rechtsgutachten § 4.