

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 125

Eigentum und öffentliches Interesse

Von

Hans Schulte



Duncker & Humblot · Berlin

HANS SCHULTE

Eigentum und öffentliches Interesse

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 125

Eigentum und öffentliches Interesse

Von

Dr. Hans Schulte

o. Professor an der Universität Karlsruhe



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Auf Empfehlung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Münster gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten

© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1970 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

Vorwort

Die Arbeit hat der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster im Sommersemester 1968 als Habilitationsschrift vorgelegen. Literatur und Rechtsprechung sind bis zum 30. 6. 1969 berücksichtigt, wobei Vollständigkeit nicht angestrebt werden konnte.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer, Herrn Professor Harry *Westermann*. Vieles in der vorliegenden Untersuchung ist an seinem Beispiel ausgerichtet, z. B. der Drang, die praktische Bewährung der dogmatischen Erörterungen aufzuzeigen. In dem Mut, die vorgetragenen Gedanken nicht für belanglos zu halten, stützte mich in freundlicher Weise auch Herr Professor Christian-Friedrich *Menger*.

Die unentbehrlichen äußeren Bedingungen für das Entstehen der Arbeit schufen ein Habilitationsstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft und nicht zuletzt das Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.

Karlsruhe, im Juli 1969

Hans Schulte

Inhalt

§ 1: Einführung	15
§ 2: Private gesetzliche Eingriffsrechte und öffentliches Interesse ...	18
I. <i>Nachbarrechtliche Kollisionen ohne Einschaltung von hoheitlichen Akten</i>	18
1. Das Nachbarrecht als „notwendige Kollisionsregelung“	18
2. Das öffentliche Interesse als gesetzgeberisches Motiv	19
3. Das gesetzgeberische Motiv (das öffentliche Interesse) im Nachbarrecht: Ökonomisch sinnvolle Raumnutzung	20
4. Die ökonomisch sinnvolle Raumnutzung in den einzelnen Vorschriften des Nachbarrechts	22
a) Notweg (22); — b) Leitungsnotweg (22); — c) Überbau (23); — d) Immissionen gem. § 906 BGB (24); — e) § 906 BGB analog (24); — f) Bergrecht (24); — g) Wild abfließendes Wasser (25); — h) Weitere landesrechtliche Fälle (25); — i) Wohnungseigentum (26); — j) Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis (29)	
5. Die dogmatische Behandlung des Nachbarrechts bei Baur ..	30
6. Entschädigung und ihre Funktion	31
II. <i>Nachbarrechtliche Eingriffe mit Einschaltung von Hoheitsakten</i>	32
1. Immissionen gem. §§ 16 ff. GewO	32
2. Notweg	33
3. Leitungsnotweg	33
4. Wild abfließendes Wasser	33
5. Bergrechtliche Grundabtretung	33
6. Dispens im öffentlichen Baurecht	34
III. <i>Notstandsrechtliche Kollisionen</i>	35
1. § 904 BGB	35
2. Sonstige	35
3. Dogmatische Eigenständigkeit gegenüber dem Nachbarrecht..	36
4. Keine Fälle mit Einschaltung hoheitlicher Akte	37
IV. <i>„Sonstige“ private gesetzliche Eingriffsrechte</i>	37
1. Der „politische Mieter“	38
2. Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung im Betrieb	41
3. Soziales Mietrecht	43
4. Feldmühle-Fall	44
5. Gemeinsame Problematik dieser Fälle	45
V. <i>Zusammenfassung</i>	46

§ 3: „Eingriff“ und „Inhaltsbestimmung“ beim Eigentum	48
I. <i>Die Eingriffs- und Inhaltsvorstellung im allgemeinen</i>	48
1. „Eingriff“ als negative Kennzeichnung	48
2. Die denkökonomische Dimension juristischer Begriffe	48
3. Das Verhältnis der Gegensatzpaare Eingriff — Inhaltsbestimmung und entschädigungslos — entschädigungspflichtig zueinander	49
4. „Inhalt“ und „Eingriff“ nur bildhafte Vorstellungen	50
5. Materiell entscheidend: Die „Kriterien“	52
6. Vorschlag: Aufgabe der bisherigen Inhalts- und Eingriffsvorstellung	54
7. Statt dessen: Denkmodell des totalen Eigentümerbeliebens als formale Regel und des „Eingriffs“ als formale Ausnahme ...	54
8. Beispiele für Verwechslungen formaler mit inhaltlichen Kategorien in der Diskussion über Eigentum	55
a) Pandektistik und BGB (56); — b) Rechtsprechung (57)	
II. <i>Die Eingriffs- und Inhaltsvorstellung im Nachbarrecht</i>	58
1. Der „an sich“ gegebene Abwehranspruch aus § 1004 BGB ...	58
2. Beispiele	59
a) Westermann (59); — b) Kleindienst (60)	
3. Vorzüge der vorliegend vertretenen Ansicht	62
III. <i>Die Bedeutung der „Kriterien“</i>	63
§ 4: Öffentliches Interesse	68
I. <i>Richtung der Untersuchung</i>	68
1. Vielfalt der möglichen Aspekte	68
2. Der vorliegend behandelte Aspekt	69
II. <i>Das Gebot der Gesetzesbindung der Verwaltung als Zwang zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses</i>	71
1. Gesetzesbindung der Verwaltung	71
2. Funktion des Gesetzgebers dagegen: wertendes Entscheiden..	74
III. <i>Die parallele Problematik im Polizeirecht</i>	77
1. „Abstrakte Gefahr“ bei unselbständigen Polizeiverfügungen	77
2. „Konkrete Gefahr“ bei selbständigen Polizeiverfügungen ...	78
3. Weitere Kennzeichnung des Begriffs der konkreten Gefahr ..	79
IV. <i>Abstrahierung der Problematik: „Konditionale“ Normierung und „Zweck“-Normierung</i>	81
1. Konditionale und Zweck-Normierung im Polizeirecht	81
2. „Isolierte“ und „gebundene“ Generalklauseln	83
V. <i>Das öffentliche Interesse bei der Enteignung</i>	85
1. Bisherige Versuche zur Erklärung des Begriffs Wohl der Allgemeinheit in Art. 14 III 1 GG	85

2. Trotzdem keine befriedigende Begriffsbestimmung	87
3. Möglichkeit rationaler Konkretisierung	88
4. Nur unmittelbares öffentliches Interesse	90
5. Rationalität durch Plan	92
6. Alle diese Merkmale im heutigen Enteignungsrecht berücksichtigt	94
VI. Enteignung und private Eingriffsrechte	97
1. Unterscheidungsmerkmal: Konkretes und abstraktes öffentliches Interesse	97
2. Anwendung auf die in § 1 erwähnten Fälle	99
3. Formaler Enteignungsbegriff und materieller Gehalt	101
§ 5: Das Rechtsinstitut der privatrechtlichen Aufopferung	107
<i>I. Ein neues Rechtsinstitut</i>	<i>107</i>
1. Konstituierende Merkmale	107
2. Literatur und Rechtsprechung	107
3. Bedeutung	111
<i>II. Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis</i>	<i>115</i>
<i>III. Verfassungsrechtliche Grenzen</i>	<i>117</i>
<i>IV. Entschädigung</i>	<i>124</i>
1. Die Funktion der Entschädigungspflicht	124
2. Die Kriterien zur Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungspflichtigen „Eingriffen“	126
3. Zur Höhe der Entschädigung	129
<i>V. Privatrechtliche Aufopferung und Gefährdungshaftung</i>	<i>133</i>
§ 6: Parallelen zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Aufopferung	137
<i>I. Entschädigungsfrage</i>	<i>137</i>
1. „Sonderopfer“	137
2. „Situationsgebundenheit“ und „Ortsüblichkeit“	138
3. „Zumutbarkeit“	140
4. Praktische Konsequenzen	140
<i>II. Abgrenzung Enteignung — Aufopferung — Gefährdungshaftung</i>	<i>141</i>
1. Öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	141
2. Enteignung — Aufopferung	142
3. Gegen die dogmatische Nivellierung der Fälle der öffentlich-rechtlichen Entschädigung	143
<i>III. Übermaßverbot</i>	<i>145</i>
<i>IV. Generalklausel</i>	<i>146</i>

§ 7: Die gewerberechtliche Anlagenehmigung	148
I. <i>Das Genehmigungsverfahren als Vorkontrolle privater Tätigkeit</i>	148
1. Literatur zur dogmatischen Einordnung	148
2. Gegenüberstellung mit § 906 Abs. 2 BGB	149
3. Die privatrechtliche Auffassung der gewerberechtlichen Anlagenehmigung	150
a) Präventivmaßnahme (150); — b) Nur formal Charakter hoheitl. Eingriffs (151); — c) Anspruch auf Genehmigung bei konditionaler Normierung (151); — d) Kein „Vertrauensschutz“ (152); — e) Ergebnis (153)	
II. <i>Die öffentlich-rechtliche Nachbarklage im Gewerberecht</i>	153
1. Zulässigkeit	153
2. Wesen: Entscheidung über privatrechtliche Streitigkeiten	154
3. Der Verwaltungsakt mit privatrechts-streitentscheidender Funktion	155
4. Zur formalen Verschiebung der Parteistellung im Verwaltungsprozeß	157
III. <i>Vorteile der vorliegend angewandten Betrachtungsweise</i>	158
§ 8: Das Nachbarrecht der öffentlichen Sachen	161
I. <i>Enteignungsrechtliche oder nachbarrechtliche Lösung?</i>	161
1. Rechtsprechung des RG	161
2. Literatur	163
3. Erste Kritik: Das RG spricht nicht von privatrechtlicher Aufopferung	163
4. BGH-Rechtsprechung: Überwiegend enteignungsrechtliche Lösung	164
5. Weitere Kritik: Das Problem hat nichts mit der Frage des „öffentlichen Eigentums“ zu tun	169
6. Grundsätzlich: Nach der Art des maßgebenden öffentlichen Interesses handelt es sich um Enteignungsfälle	171
II. <i>Konsequenzen und Einzelheiten der enteignungsrechtlichen Lösung</i>	172
1. Abweichendes Ergebnis in den Fällen der RG-Rechtsprechung	172
2. Opfergrenze des § 906 BGB auch im Enteignungsrecht?	173
3. „Ortsüblichkeit“ kein adäquates Entschädigungskriterium für alle Fälle	173
4. Nur dort anzuwenden, wo die fraglichen Beeinträchtigungen auch durch Private praktisch und typisch möglich wären	175
5. Praktische Bedeutung	177
III. <i>Abgrenzung zur Gefährdungshaftung</i>	181
1. Beispiele für unrichtige Abgrenzung	181
2. „Gefahr“ im allgemeinen Sprachgebrauch und als juristischer Begriff	183
3. Versuch richtiger Abgrenzung	184

§ 9: Die öffentlich-rechtliche Nachbarklage	186
I. <i>Das bisherige System und seine Schwierigkeiten</i>	186
1. Einführung	186
2. Die Schwierigkeiten	186
a) Prinzipielle Rechtfertigung des Instituts (187); — b) Welche Normen sind „nachbarschützend“? (187); — c) Inwieweit darf der Nachbar beeinträchtigt werden? (188); — d) Die nach Baubeginn erhobene Nachbarklage (188); — e) Konkurrenz der zivilrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten (189); — f) Vorläufiger Rechtsschutz (190)	
3. Die Position des Nachbarn — ein subjektives öffentliches Recht?	191
II. <i>Bisherige Versuche der prinzipiellen Rechtfertigung des Instituts</i>	192
1. Keine ausdrückliche Zulassung im öffentlichen Baurecht	192
2. Faktisches Betroffensein reicht nicht aus	192
3. Auch nicht der erkennbare Wille des Gesetzes, nachbarliche Interessen zu schützen	194
4. Sonstige nicht zureichende Begründungsversuche	197
5. Auch Art. 19 IV GG hilft nicht weiter	198
III. <i>Begründung des Instituts aus Art. 14 I GG</i>	200
1. Klärung der Fragestellung	200
2. Das öffentliche Baurecht als die wichtigste Quelle von Vorschriften über die Nutzung des Grundeigentums	202
3. Das zwingt zu einer extrem privatrechtlichen Auffassung ...	206
IV. <i>Der nachbarrechtliche Dispens</i>	207
1. Einteilung: „nachbarrechtlicher“ und „enteignungsrechtlicher“ Dispens	207
2. Aufriß des vorgeschlagenen neuen Systems	208
3. Die wesentliche Neuerung: Ein Ersatzanspruch für wesentlich betroffene Nachbarn	210
a) Rechtfertigung des Ersatzanspruchs als Fall eines Anspruchs aus privatrechtlicher Aufopferung (210); — b) Umfang und Grenzen des Ersatzanspruchs (211); aa) nicht jeder „Eingriff“ schädigt (212); bb) Möglichkeit ersatzloser Schädigungen als typisch nachbarrechtliche Erscheinung (212); cc) Kriterien (213); — c) Keine Bindung an Junctimklausel (213); — d) Weitere Vorteile der vorliegend vertretenen Ansicht (214); aa) Automatische Regelung als Folge der Entschädigungspflicht (214); bb) Möglichkeit nachbarlicher Vereinbarungen (215); cc) Schwächung der Position des Nachbarn (216); — e) Die nach Baubeginn erhobene Nachbarklage: Lösung der meisten Unzuträglichkeiten durch Analogie zu §§ 912 ff. BGB (216); aa) Schwierigkeiten bei der bisherigen Auffassung (216); bb) Bessere Lösung: Analogie zu § 912 BGB (217); cc) Andere Fälle analoger Anwendung von § 912 (219); dd) Umfang und Grenzen der Analogie (221); ee) Zum Entschädigungsanspruch (223)	
4. „Nicht beabsichtigte Härte“ und „nicht entgegenstehende öffentliche Belange“	224
a) „nicht beabsichtigte Härte“ als typisch nachbarrechtlicher Gedanke (224); — b) Verbindung zum nachbarlichen Gemein-	

schaftsverhältnis (225); — c) „Sofern öffentliche Belange nicht entgegenstehen“ (227); — d) Beispiel (228)	
5. Anspruch auf nachbarrechtlichen Dispens	229
6. Zusammenfassung	230
V. <i>Der enteignungsrechtliche Dispens</i>	230
1. Bedeutung des „Wohls der Allgemeinheit“	231
2. Junctimklausel	234
a) Keine „Enteignungen“ nach der bei Erlass des GG üblichen Terminologie (234); — b) Andere Fälle, in denen die Junctimklausel stillschweigend übergangen wird (236); — c) Rechtsprechung des BGH in vergleichbaren Fällen (236)	
3. Kein Anspruch auf enteignungsrechtlichen Dispens	237
VI. <i>Nachbarschützende Normen und Rechtsweg</i>	238
1. Nachbarschützende Normen	238
2. Rechtsweg	241
3. Die öffentlich-rechtliche Nachbarklage auf anderen Gebieten	242
§ 10: Die Zuordnung der Gewässer und die nachbarrechtlichen Kollisionen im Wasserrecht	245
I. <i>Bisherige Konstruktionen und Auffassungen der Zuordnung der Gewässer</i>	245
II. <i>Vorschlag einer neuen Auffassung</i>	249
1. Kritik der bisherigen Auffassungen	249
2. Grundsätzliches zur Konstruktion der Zuordnung: Aufspaltung der Eigentumszuordnung	249
3. Fortsetzung: Originär private und originär öffentliche Zuordnung	253
4. Anwendung auf das neue Wasserrecht	255
III. <i>Die Rechtsnatur der zugeordneten Positionen</i>	258
1. Das bewilligte Recht als subjektiv öffentliches Recht	258
2. Das bewilligte Recht und die „öffentliche Nutzungsordnung des Wasserhaushalts“	259
IV. <i>Ergebnis</i>	262
V. <i>Die nachbarrechtlichen Kollisionen im neuen Wasserrecht</i>	263
1. Kollision wasserrechtlicher Positionen untereinander (Ausgleichung)	263
2. Die Kollisionen zwischen Grundeigentum und wasserrechtlichen Berechtigungen	266
3. Durchleitungsrechte	267
4. Durchleitungsrechte: Enteignungsrechtliche Fälle	268
5. Grundwasser	270

§ 11: Bergrecht und öffentliches Interesse	275
I. <i>Die Zuordnung der Bodenschätze und die Kollisionen der zugeordneten Positionen</i>	275
II. <i>„Subsidiäre Staatshaftung für Bergschäden?“</i>	277
1. Ausgangspunkt	277
2. Mögliche Konsequenzen	278
3. Die Rechtsnatur des „Eingriffs“ der Verleihung des Bergwerkseigentums	280
4. Kein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Eigentums	282
5. Auch kein Verstoß durch evtl. Unvollkommenheiten des Erstatzanspruchs	283
III. <i>Die Kollision zwischen Schürfer und Grundeigentümer</i>	285
IV. <i>Bergschaden und bergrechtliche Grundabtretung</i>	287
1. Typisch nachbarrechtliche Kollision	287
2. Bergschadenshaftung keine Gefährdungshaftung	287
3. Grundabtretung keine Enteignung	288
4. Bergschaden in einer Bergrechtsreform	290
5. Konzessionssystem in einer Bergrechtsreform	291
V. <i>Zulegung</i>	292
VI. <i>Hilfsbaurecht</i>	294
1. Im freien Felde	294
2. Im fremden Felde	294
VII. <i>Mitgewinnungsrecht</i>	295
1. Gegenüber dem Grundeigentümer	296
2. Gegenüber dem benachbarten Bergwerkseigentümer	297
VIII. <i>Zum „echten“ Bergnachbarrecht</i>	298
1. Umfang und rechtsdogmatische Begründung der Einwirkungsrechte	298
2. Entschädigungsansprüche?	303
3. Fälle der Wasserhaltung bei Stilllegungen	305
4. Bergrechtsreform	307
§ 12: Zusammenfassung	309
Literaturverzeichnis	314

§ 1. Einführung

Die vorliegende Untersuchung behandelt Fälle, in denen privat-nachbarrechtliche Verhältnisse durch Verwaltungsakte beeinflusst werden. Das Zweiseitigkeitsverhältnis Nachbar—Nachbar wird zum Dreiecksverhältnis Nachbar—Behörde—Nachbar. Dadurch entstehen dogmatische Schwierigkeiten: Ist das durch Verwaltungsakt beeinflusste Rechtsverhältnis noch privat-nachbarrechtlich oder handelt es sich schon um eine „öffentliche Nutzungsordnung“, eine Ordnung, in der die Behörde festsetzt, was im nachbarlichen Raum rechtens ist, eine Ordnung, in der die Behörde den Raum verwaltet?

Diese Frage ist bis heute ungeklärt, nie umfassend untersucht und wohl in ihrem Umfang und ihrer Bedeutung auch noch nicht ganz gesehen worden¹. Die rechtsdogmatische Unsicherheit bedeutet zugleich Unsicherheit und Uneinheitlichkeit in der Rechtsprechung.

Um von Anfang an deutlich zu machen, worum es geht, werden schon hier einige Fälle erwähnt, in denen das Problem besonders deutlich wird.

1. Nach dem System der §§ 16, 26 GewO führt die behördliche Genehmigung gewerblicher Anlagen zu einer Privilegierung dieser Anlagen in den nachbarrechtlichen Beziehungen: Den Nachbarn ist die ihnen nach dem allgemeinen Nachbarrecht des BGB „an sich“ zustehende Abwehrklage des § 1004 genommen. Ist deswegen die behördliche Anlagenehmigung des § 16 GewO eine Enteignung gegenüber den Nachbarn? Diese Annahme liegt nahe, weil die Merkmale der Enteignung (hoheitlicher Akt, Sonderopfer und/oder unzumutbare schwere Belastung des Betroffenen) eigentlich vorliegen. Andererseits würde die Annahme einer Enteignung zu dem praktisch unhaltbaren Ergebnis führen, daß bei der Anlagenehmigung geprüft werden müßte, ob öffentliches Interesse im enteignungsrechtlichen Sinne vorliegt, was gewiß nicht bei allen gewerblichen Anlagen der Fall wäre, bei konsequenter Durchführung also zu einer weitgehenden Lähmung industrieller Tätigkeit führen würde.

¹ *Baur*, JZ 1963, 46, spricht von ungeklärten dogmatischen Grundlagen des Nachbarschutzes und den sich hieraus ergebenden praktischen Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

2. Im öffentlichen Baurecht taucht dasselbe Problem bei der Erteilung von Dispensen auf: Die Behörde kann auch von denjenigen Vorschriften des öffentlichen Baurechts Befreiung erteilen, die anerkanntermaßen — auch — dem Schutz der Nachbarn dienen. Ist dann nicht die Befreiung ein Eingriff in die Rechte des Nachbarn, der nur unter enteignungsrechtlichen Voraussetzungen vorgenommen werden dürfte?
3. Ganz ähnlich wird im Wasserrecht Privaten die Möglichkeit gegeben, sich durch behördlichen Akt gegenüber ihren Nachbarn Sonderbefugnisse einräumen zu lassen. Sind das nicht Enteignungen zugunsten Privater, die den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügen müssen?
4. Im Bergrecht hat die Verleihung des Bergwerkseigentums durch die Bergbehörde zur Folge, daß der Bergwerkseigentümer das Grundeigentum beschädigen darf. Dem Grundeigentümer ist also die Abwehrmöglichkeit des § 1004 BGB durch hoheitlichen Akt „genommen“. Müßte dann nicht für diesen Akt jeweils öffentliches Interesse im enteignungsrechtlichen Sinne vorliegen?

Allgemeiner formuliert berühren sich diese Fälle in ihren Fragen nach Zulässigkeit und Grenzen, nach Schwächen und Stärken einer „öffentlichen Nutzungsordnung“ für privates Eigentum. Die rechtsdogmatischen Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß heute zwar — will man Privateigentum nicht aufgeben — auch Grund und Boden, Bodenschätze und (jedenfalls teilweise) Gewässer nach wie vor Privaten zugeordnet werden müssen, daß aber die Nutzung der privat zugeordneten Rechte schon sehr weitgehend in Formen des öffentlichen Rechts geregelt ist — und dies sogar dort, wo es um die Beziehungen zwischen privaten Nachbarn geht.

Die vielschichtigen, noch in vielen anderen Fällen auftauchenden und teilweise hochaktuellen Probleme lassen sich nicht mit wenigen Sätzen behandeln. Es bedarf eines weiten Ausholens, um eine Lösung sichtbar machen zu können.

Es ist zunächst beim Begriff des öffentlichen Interesses anzusetzen. Dieser spielt in der Diskussion um die angeschnittenen Fragen eine wichtige, zugleich aber auch höchst zwielichtige Rolle: Die behördlichen Eingriffe in den eben geschilderten Fällen werden nicht selten — man möchte fast sagen: wider besseres Wissen — mit angeblich vorliegendem öffentlichen Interesse gerechtfertigt: Bei der Genehmigung gemäß § 16 GewO soll es das öffentliche Interesse am Wachstum der Wirtschaft sein, das den Eingriff gegenüber dem Nachbarn rechtfertigt, beim Dispens im öffentlichen Baurecht das öffentliche Interesse an sinnvoller Ausnutzung des knappen Grund und Bodens, im Wasserrecht das öffentliche Interesse an optimaler Nutzung des volkswirtschaftlich so

wichtigen Wasserschätze, bei der Verleihung des Bergwerkseigentums das öffentliche Interesse an der Gewinnung von Bodenschätzen.

Es ist aber mehr als fraglich, ob diese öffentlichen Interessen denn auch demjenigen öffentlichen Interesse entsprechen, das Art. 14 Abs. 3, S. 1 GG als Voraussetzung für Enteignungen fordert.

Dies bedarf vorab einer eingehenden Klärung. Sie wird zeigen, daß öffentliches Interesse bei der Enteignung etwas anderes meint, als die zur Rechtfertigung der oben geschilderten Eingriffe angeführten öffentlichen Interessen.

Es gibt dann in den geschilderten Fällen nur noch eine Möglichkeit, die Eingriffe — die praktisch unentbehrlicher Bestandteil einer Eigentumsordnung sind — zu rechtfertigen: Man muß die Eingriffsrechte, obwohl sie durch Verwaltungsakt entstehen, als privat-nachbarrechtliche Befugnisse ansehen.

Um einleuchtend zu machen, daß dies wirklich möglich ist, muß zunächst verdeutlicht werden, daß es überhaupt Eingriffsbefugnisse Privater gegenüber Privaten gibt, und zwar muß dies auch anhand von Fällen demonstriert werden, in denen keine behördliche Entscheidung eine Rolle spielt und das Bild verwirrt.

Das führt zu dem Institut der privatrechtlichen Aufopferung. Von dorthier lassen sich dann auch die „kritischen“ Fälle zutreffend einordnen und lösen.

Insgesamt gesehen geht es also darum, was im Recht der Nutzung des privaten Eigentums Privatrecht war, ist, bleiben kann und bleiben muß. Dabei wird sich zeigen — und das mag überraschen —, daß nicht selten gerade privatrechtliche Auffassungen eine „gemeinverträglichere“ Lösung bringen, als rein öffentlich-rechtliche Anschauungen dies bislang konnten.

Der Verfasser möchte nicht dahin verstanden werden, daß er als Privatrechtler irgendeine Abneigung gegen öffentliches Recht kultivieren wolle. Es wird hier nicht die „Verdrängung von Privatrecht durch öffentliches Recht“ bekämpft². Es geht allein darum, dogmatische Mißverständnisse aufzuklären, denen Privatrechtler wie Öffentlichrechtler in gleicher Weise zum Opfer gefallen sind. Dabei mögen manche der Ergebnisse zu der Vermutung drängen, daß überhaupt die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nicht der Weisheit letzter Schluß ist³.

² M. E. kann man auch nicht davon sprechen, das Privatrecht habe „in dogmatischen Grundfragen seine Eigenständigkeit verloren“ und diese Eigenständigkeit müsse „zurückgewonnen“ werden; so aber *Bucher*, S. 12, der auch die „Verdrängung von Privatrecht durch öffentliches Recht“ beklagt.

³ Ganz in dieser Richtung *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, z. B. S. 115/116: Was hier not tue, sei eine Art Entideologisierung, die den Weg von der Rechtsform auf den Rechtsinhalt, vom begrifflichen System auf die Funktionalität des Rechts freigebe.