

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 39

# Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung

Eine Untersuchung des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen,  
verglichen mit dem französischen Recht des *Domaine public*

Von

Herbert Hardinghaus



Duncker & Humblot · Berlin

**HERBERT HARDINGHAUS**

**Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 39**

# Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung

Eine Untersuchung des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen  
verglichen mit dem französischen Recht des Domaine public

Von

Dr. Herbert Hardinghaus



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1966 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1966 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61**  
**Printed in Germany**

## ***Meinen Eltern***



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>15</b>
<i>Erster Teil</i>	
<b>Die Hauptprobleme des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen</b>	<b>18</b>
I. Die Grundzüge des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen . . .	18
A. Das Recht der öffentlichen Sachen und das öffentliche Sachenrecht . . . . .	18
B. Die Trennung der öffentlichen Sachherrschaft vom privaten Eigentum an öffentlichen Sachen . . . . .	18
C. Die Bindung des Herrn der öffentlichen Sache an den öffentlichen Sachzweck . . . . .	20
D. Die Beschränkung des privaten Eigentümers öffentlicher Sachen	21
II. Die Hauptprobleme . . . . .	23
A. Das Problem der Berücksichtigung der Nutzungsinteressen der Allgemeinheit . . . . .	23
1. Die Regulierung der Nutzungen durch den privaten Eigentümer . . . . .	23
a) Die Geltendmachung des privaten Eigentums gegen die Grundrechte . . . . .	25
b) Die Geltendmachung des privaten Eigentums gegen die öffentlichen Nutzungsinteressen . . . . .	25
c) Die Geltendmachung des privaten Eigentums zur Verfolgung privater Zwecke . . . . .	26
2. Die Regulierung der Nutzungen durch den öffentlichen Sachherrn . . . . .	26
a) Die Zulassung von Nutzungen gegen das Gemeinwohl	27
a) Die Zulassung von gesetzwidrigen Nutzungen . . . . .	27
β) Die Zulassung von sonstigen dem Gemeinwohl widersprechenden Nutzungen . . . . .	28
b) Die Verhinderung von Nutzungen überwiegenden öffentlichen Interesses . . . . .	28
3. Die Rechtsstellung der Nachbarn . . . . .	29
4. Der Schutz der öffentlichen Sache vor unzulässigen Einwirkungen . . . . .	30
5. Die Unterhaltung der öffentlichen Sache . . . . .	30
B. Das Problem der Rechtssicherheit . . . . .	31



1. Die Verflechtung öffentlichen und privaten Rechts .....	31
2. Die Spannung zwischen öffentlichem Sachherrn und privatem Eigentümer .....	33
3. Die Unlösbarkeit des Rechtswegproblems .....	33
III. Der Grund der Probleme .....	34
A. Die Theorie der beschränkt öffentlichen Sache .....	34
B. Die Erweiterung der Funktion öffentlicher Sachen .....	35

### *Zweiter Teil*

<b>Die Lösungsversuche auf der Basis der beschränkt öffentlichen Sache</b> .....	<b>37</b>
A. Der Versuch einer finalen Begrenzung der Privatautonomie des Eigentümers .....	37
1. Die allgemeinen Einschränkungen des privaten Eigentums .....	37
a) Zivilrechtliche Einschränkungen .....	38
b) Öffentlichrechtliche Einschränkungen .....	39
2. Die Grundrechtsbindung des Fiskus .....	40
3. Die Bindung des privaten Eigentümers öffentlicher Sachen an das Gemeinwohl .....	43
a) Die mittelbare Verfolgung des Gemeinwohls bei Sachen des Finanzvermögens .....	45
b) Die unmittelbare Verfolgung des öffentlichen Sachzweckes bei öffentlichen Sachen .....	46
c) Die mittelbare Verfolgung des Gemeinwohls bei öffentlichen Sachen .....	46
B. Die Ausschaltung der Eigentümerrechte durch besonderen hoheitlichen Eingriff .....	47
1. Die Enteignung aus Gründen des öffentlichen Wohles .....	47
2. Die Leistungspflicht nach dem Bundesleistungsgesetz .....	48
C. Der Mangel aller Lösungsversuche auf der Basis der beschränkt öffentlichen Sache .....	48
D. Die Bedeutung der neueren Gesetzgebung .....	49
1. Die neuen Wegegesetze .....	50
a) Die Koppelung öffentlicher Wegeherrschaft und privaten Eigentums .....	50
b) Die begrenzte Ausschaltung des privaten Eigentums bei widmungsfremden Nutzungen .....	50
2. Die Neuordnung der Gewässer .....	52
a) Die Aufgabe der Unterscheidung widmungsgemäßen und widmungsfremden Gebrauchs .....	53
b) Die Zurückdrängung des privaten Eigentümers .....	54

*Dritter Teil*

**Die Vergleichende Darstellung des französischen Rechts der öffentlichen Sachen**

	57
I. Die Grundzüge des französischen Rechts .....	57
A. Das Nutzungsrecht .....	58
1. Die Regulierung der Nutzungen durch den Herrn der öffentlichen Sache .....	58
2. Die finale Bindung des Herrn der öffentlichen Sache .....	59
a) Die Verfolgung des Widmungszweckes und die polizeiliche Aufgabe des Herrn der öffentlichen Sache .....	59
b) Die Verfolgung sonstiger öffentlicher Zwecke durch den Herrn der öffentlichen Sache .....	61
α) Die Monopolisierung öffentlicher Versorgungs- und Verkehrsunternehmen .....	62
β) Die öffentliche Kontrolle privater Unternehmen ....	63
γ) Die wirtschaftlich-finanzielle Verwertung der öffentlichen Sache .....	64
c) Öffentliche Zweckverfolgung und „ordre public“ .....	66
B. Die Rechtsstellung der Nachbarn .....	69
C. Der Schutz der öffentlichen Sache vor unzulässigen Einwirkungen .....	71
D. Die Unterhaltung der öffentlichen Sache .....	72
E. Das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht .....	72
II. Die Gegenüberstellung des französischen und des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen .....	73

*Vierter Teil*

**Die Theorien des französischen Rechts der öffentlichen Sachen und ihr Nutzen für das deutsche Recht**

	76
I. Die gemeinrechtliche Theorie .....	76
A. Die Behandlung öffentlicher Sachen nach gemeinem Recht ....	76
B. Die Versuche einer Modernisierung der gemeinrechtlichen Theorie .....	77
II. Die liberale Theorie .....	78
A. Der Ausschluß privaten Rechts und das liberale Verständnis der Funktion des Herrn der öffentlichen Sache .....	78
1. Die Eigentumsunfähigkeit öffentlicher Sachen .....	79
2. Die beschränkte Kontrollfunktion des öffentlichen Sachherrn .....	79
B. Die Bedeutung der liberalen Theorie in der Gegenwart .....	80
III. Die Theorie des öffentlichen Eigentums .....	81
A. Die Erklärung des öffentlichen Sachherrn zum öffentlichen Eigentümer .....	81

1. Die Abwendung von der liberalen Theorie .....	81
2. Die Entwicklung des öffentlichen Eigentumsbegriffes .....	82
B. Das Verständnis und der Erfolg des öffentlichen Eigentums in der Gegenwart .....	83
1. Die Gemeinsamkeiten von öffentlichem und privatem Eigentum .....	84
2. Die Besonderheiten des öffentlichen Eigentums .....	84
3. Der Erfolg der Theorie des öffentlichen Eigentums .....	87
IV. Der Beitrag der drei Theorien zur Lösung der Probleme des deutschen Rechts .....	88
A. Der mangelnde Nutzen der gemeinrechtlichen Theorie .....	88
B. Der Beitrag der liberalen Theorie .....	88
1. Die Ausschaltung privater Rechtselemente .....	88
2. Die Verdrängung der Zivilgerichtsbarkeit .....	89
C. Der Beitrag der Theorie des öffentlichen Eigentums .....	90
1. Die Übertragbarkeit des öffentlichen Eigentumsbegriffes in das deutsche Recht .....	90
a) Das öffentliche Eigentum bei Otto Mayer .....	90
b) Der revidierte Begriff des öffentlichen Eigentums .....	91
2. Die Vorteile einer Anwendung der öffentlichen Eigentumstheorie .....	92
D. Die gemeinsamen Nachteile der liberalen und der öffentlichen Eigentumstheorie .....	93
1. Die Begründung der Widmung im privaten Eigentumsrecht .....	94
a) Die mangelnde Reichweite des Rechts der öffentlichen Sachen .....	95
b) Die Widmung zu Gunsten Dritter im französischen Recht .....	95
c) Die Widmung zu Gunsten Dritter im deutschen Recht .....	96
2. Die Verkehrsunfähigkeit öffentlicher Sachen .....	97
a) Die Unveräußerlichkeit .....	97
α) Die Veräußerlichkeit nach geltendem deutschem Recht .....	97
β) Die Unveräußerlichkeit nach der liberalen und der öffentlichen Eigentumstheorie .....	99
b) Der Ausschluß der Ersitzung .....	101
α) Die Ersitzung nach geltendem deutschem Recht .....	101
β) Der Ausschluß der Ersitzung nach der liberalen und der öffentlichen Eigentumstheorie .....	102
c) Das Interesse an der Verkehrsfähigkeit öffentlicher Sachen .....	102
E. Die extreme Enge und Weite der finalen Bindung des öffentlichen Sachherrn nach der liberalen und nach der öffentlichen Eigentumstheorie .....	104
1. Die Bindung des öffentlichen Sachherrn an den „ordre public“ .....	104
2. Die Verfolgung jeden öffentlichen Interesses durch den öffentlichen Eigentümer .....	105

*Fünfter Teil*

<b>Die neue Darstellung des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen</b>	<b>107</b>
I. Das Nutzungsrecht .....	108
A. Die dem öffentlichen Sachzweck entsprechenden Nutzungen	108
1. Der widmungsgemäße Gebrauch .....	108
2. Der widmungsfremde Publikumsgebrauch .....	109
a) Der Publikumsgebrauch als subsidiärer Zweck der öffentlichen Sache .....	110
b) Publikumsgebrauch und Verwaltungsgebrauch .....	111
B. Die dem öffentlichen Sachzweck entsprechende Nutzungsordnung .....	111
1. Die Regulierung der Nutzungen ohne den privaten Eigentümer .....	112
a) Die Flucht des öffentlichen Sachherrn in das Privatrecht .....	112
b) Der Versuch einer finalen Bindung des privaten Eigentümers .....	113
c) Die Lösung des Nutzungsrechts vom privaten Eigentum .....	114
2. Die Regulierung der Nutzungen allein durch den öffentlichen Sachherrn .....	116
3. Die Regulierung der Nutzungen mit den Mitteln des öffentlichen Rechts .....	117
4. Das Interesse an der Regulierung der Nutzungen nach den Erfordernissen des Gemeinwohls .....	117
a) Der Ausschluß von dem Gemeinwohl widersprechenden Nutzungen .....	118
b) Der Vorrang von das Gemeinwohl fördernden Nutzungen .....	119
c) Die Regulierung der Nutzungen nach dem Gemeinwohl durch den öffentlichen Sachherrn .....	120
d) Die subsidiäre Generalvollmacht des öffentlichen Sachherrn zur Förderung des Gemeinwohls .....	122
5. Das Interesse an der Regulierung der Nutzung allein nach den Erfordernissen der öffentlichen Sachzwecke .....	123
a) Die Aufgabenteilung der öffentlichen Verwaltung .....	123
b) Die Adäquanz des Verwaltungsmittels .....	124
6. Der Interessenwiderstreit und seine Entscheidung zu Gunsten einer Beschränkung des öffentlichen Sachherrn auf die öffentliche Sachzweckverfolgung .....	126
7. Die öffentliche Sachherrschaft und die „Konzessionsverträge“ .....	127
8. Die öffentliche Sachherrschaft und die öffentliche Sachnutzungsgebühr .....	128
a) Die Erhebung der Gebühr ohne gesetzliche Grundlage .....	129
b) Die Richtlinien für die Erhebung der Gebühr .....	130
α) Die Kostendeckung der öffentlichen Sachnutzung ....	130
β) Ausgeschlossene Gebührenzwecke .....	131

9. Die ausnahmsweise Befreiung des öffentlichen Sachherrn von der Beschränkung auf die öffentliche Sachzweckverfolgung .....	134
C. Die Nutzung der öffentlichen Wege und der Gewässer .....	135
1. Die Nutzung der öffentlichen Wege .....	135
2. Die Gewässernutzung .....	136
II. Die Rechtsstellung der Nachbarn öffentlicher Sachen .....	137
A. Die Transponierung der privaten Nachbarrechte in das öffentliche Recht .....	138
B. Der Vorrang der widmungsgemäßen Verwendung vor den öffentlichen Nachbarrechten .....	138
III. Der Schutz öffentlicher Sachen vor unzulässigen Einwirkungen ..	139
IV. Die Unterhaltung der öffentlichen Sachen .....	140
A. Die Pflicht des öffentlichen Sachherrn zur Unterhaltung ....	140
B. Die Pflicht zur Unterhaltung und die Verkehrssicherungspflicht	140
V. Die Verkehrsfähigkeit der öffentlichen Sachen .....	142
A. Der Fortbestand des privaten Eigentums .....	142
B. Die Verfügung über das private Eigentum .....	142
C. Der Gutgläubensschutz des Erwerbers .....	143
VI. Der Anteil des privaten Rechts und der Zivilgerichtsbarkeit .....	144
A. Die Einflechtung privaten Rechts .....	145
B. Die Unlösbarkeit des Rechtswegproblems .....	145

### *Sechster Teil*

<b>Die neue Konzeption des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen</b>	<b>147</b>
I. Die Abgrenzung von den bisher im deutschen Recht wirksamen Theorien .....	147
A. Die Abgrenzung von der Theorie der beschränkt öffentlichen Sache .....	147
B. Die Abgrenzung von der Theorie des öffentlichen Eigentums	148
C. Die Abgrenzung von der im hamburgischen Wegerecht und im baden-württembergischen Wasserrecht vertretenen Theorie ..	149
1. Das Hamburger Wegegesetz .....	149
2. Das baden-württembergische Wassergesetz .....	151
II. Das Recht der öffentlichen Sachen als Recht der öffentlichen Sachwaltung .....	152
A. Das Monopol des öffentlichen Sachwalters .....	152
B. Die Aufgabe des öffentlichen Sachwalters als Aufgabe öffentlicher Daseinsvorsorge .....	153
<b>Schlußbetrachtung</b>	<b>155</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>157</b>

## Abkürzungsverzeichnis

<b>A.J.D.A.</b>	= Actualité Juridique — Droit Administratif, Revue mensuelle, Paris
<b>AöR</b>	= Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
<b>Arr</b>	= Arrêté (Beschluß)
<b>art</b>	= Article
<b>BayStrWG</b>	= Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
<b>BayVBl</b>	= Bayerische Verwaltungsblätter, München
<b>BB</b>	= Der Betriebsberater, Heidelberg
<b>BGHZ</b>	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
<b>Bull.civ.</b>	= Bulletin civil de la Cour de Cassation
<b>BVerwGE</b>	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
<b>C</b>	= Cour
<b>CApp</b>	= Cour d'Appel
<b>CCass</b>	= Cour de Cassation
<b>Cass.civ.</b>	= Cour de Cassation, Chambre civile
<b>Cass.req.</b>	= Cour de Cassation, Chambre des requêtes
<b>Cass.crim.</b>	= Cour de Cassation, Chambre criminelle
<b>C.E.</b>	= Conseil d'Etat
<b>cf. oder conf.</b>	= conforme (entspricht)
<b>Chr.</b>	= Chronique du Recueil Dalloz oder Sirey
<b>D.</b>	= Recueil Dalloz (nach 1945)
<b>D.A.</b>	= Dalloz analytique (zwischen 1941 u. 1944)
<b>D.C.</b>	= Dalloz critique (zwischen 1941 u. 1944)
<b>Décr.</b>	= Décret (Verordnung)
<b>DGuWF</b>	= Das Gas- und Wasserfach, Fachblatt für Gastechnik und Gaswirtschaft sowie für Wasser und Abwässer, München
<b>D.H.</b>	= Dalloz hebdomadaire (vor 1941)
<b>Diss.</b>	= Dissertation
<b>D.-L.</b>	= Décret-Loi (Verordnung mit Gesetzeskraft)
<b>DÖV</b>	= Die öffentliche Verwaltung, Stuttgart
<b>D.P.</b>	= Dalloz périodique (vor 1941)
<b>Dr. Adm.</b>	= Droit Administratif, Revue mensuelle d'information juridique, Paris
<b>DV</b>	= Deutsche Verwaltung
<b>DVBl</b>	= Deutsches Verwaltungsblatt, Köln—Berlin
<b>ELWirtsch.R.Beil.</b>	= Rechtsbeilage zur „Elektrizitätswirtschaft“
<b>Fisch.Ztschr.</b>	= Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Leipzig
<b>FStrG</b>	= Bundesfernstraßengesetz
<b>Gaz.Pal.</b>	= Gazette du Palais, Supplément au Journal Judiciaire Quotidien, Paris
<b>Gruchot</b>	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, gegründet von Dr. J. A. Gruchot, Berlin
<b>Hess.StrG</b>	= Hessisches Straßengesetz

J.C.A.	= Jurisclasseur Administratif, Paris
J.C.P.	= Jurisclasseur Périodique, Paris (vor 1936: Semaine Juridique)
J.Enreg.	= Journal de l'Enregistrement, Paris
J.O.	= Journal Officiel
JUS	= Juristische Schulung, München—Berlin
JZ	= Juristenzeitung, Tübingen
L	= Loi (Gesetz)
LStrG NRW	= Nordrhein-Westfälisches Landesstraßengesetz
LStrG RhPf	= Landesstraßengesetz Rheinland-Pfalz
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht, Hamburg
Nds.StrG	= Niedersächsisches Straßengesetz
N.F.	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift, München—Berlin
Op.cit.	= Opus cicutum, ouvrage précité
Ord.	= Ordonnance (Verordnung, Befehl)
OVG	= Oberverwaltungsgericht
p.	= page (Seite)
Penant	= Recueil Penant, Revue de droit des pays d'Afrique, Paris
R.A.	= Revue Administrative, Paris
R.D.P.	= Revue du droit public et de la science politique, Paris
Rec. oder Rec. Lebon	= Recueil Lebon, Entscheidungen des Conseil d'Etat
RGZ	= Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen
R.P.D.A.	= Revue pratique de droit administratif, Paris
S.	= Recueil Sirey
Sem.Jur.	= Semaine Juridique, hrsg. von Jurisclasseurs, Paris (bis 1936)
Somm.	= Sommaire du Recueil Dalloz oder Sirey
StrG BW	= Baden-Württembergisches Straßengesetz
StrRegG	= Straßenneuregelungsgesetz (vom 26. 6. 1934)
StrWG Schl.H.	= Schleswig-Holsteinisches Straßen- und Wegegesetz
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
StVO	= Straßenverkehrsordnung
T.C. oder T. Confl.	= Tribunal des Conflits
t.	= tome (Band)
v.	= voir (siehe)
V.Energ.R.	= Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, Düsseldorf
VerwArch	= Verwaltungsarchiv, Köln—Berlin
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVdStLR	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin
ZfW	= Zeitschrift für Wasserrecht, Köln—Berlin—Bonn—München

## Einleitung

Öffentliche Sachen sind körperliche Gegenstände, die ein Träger öffentlicher Verwaltung dem Publikum zum Gebrauch zur Verfügung gestellt hat oder selbst unmittelbar zur Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben braucht. Öffentliche Sachen gibt es überall da, wo es öffentliche Verwaltung gibt, d. h. in allen modernen Staatswesen. Überall da bedarf es auch einer Rechtsordnung, die dem besonderen Charakter öffentlicher Sachen Rechnung trägt, überall da bedarf es eines besonderen Rechtes der öffentlichen Sachen.

Verständlicherweise ist dieses Recht der öffentlichen Sachen trotz gleichen oder ähnlichen Ausgangspunktes nicht überall gleich entwickelt. Differenzen ergeben sich vor allem durch den Grad, in dem man das für Sachen allgemein geltende Recht durch besondere Rechtsnormen ersetzt hat. Ein kurzer Rundblick zeigt bereits, daß man das allgemeine Sachenrecht teilweise total ausgeschlossen, teilweise aber auch subsidiär herangezogen hat.

Danach läßt sich ein monistischer und ein dualistischer Weg unterscheiden. Den monistischen Weg sind die meisten romanischen Rechte, insbesondere das französische Recht gegangen<sup>1</sup>. Sie statuieren eine besondere, von dem allgemeinen Sachenrecht vollständig getrennte öffentlich-rechtliche Ordnung der öffentlichen Sachen, welche alle Rechte und Pflichten an der öffentlichen Sache in einer besonderen öffentlichen Sachherrschaft konzentriert. Den dualistischen Weg haben das angelsächsische und das deutsche Recht eingeschlagen<sup>2</sup>. Man entzieht die öffentlichen Sachen nicht vollständig dem „gemeinen Recht“ (common law), dem grundsätzlich geltenden (privaten) Recht. Man unterwirft die öffentlichen Sachen aber nach den Erfordernissen des öffentlichen Sachzweckes besonderen Rechtsregeln.

Der Dualismus des deutschen Rechts der öffentlichen Sachen ist nicht ohne Kritik geblieben. Otto Mayer wagte bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts einen umfassenden Angriff auf die zivilistischen Stellungen. Mit seinem öffentlichen Eigentum wollte er die öffentlichen Sachen ein-

---

<sup>1</sup> Vgl. Giannini, Massimo Servero, *I beni pubblici*, Roma 1963.

<sup>2</sup> s. Iskrow R. D. P. 1930, p. 670—679; Cross, *British Highways* S. 202 ff.



heitlich und ausschließlich dem öffentlichen Recht unterwerfen<sup>3</sup>. Sein kühner Vorstoß war jedoch wenig vorbereitet und so widersprüchlich, daß er allgemein, am gründlichsten und treffendsten von *Maunz*<sup>4</sup> zurückgewiesen wurde. Maunz blieb bei dem privaten Eigentum an den öffentlichen „Sachsubstraten“, kam aber doch zu einer starken Akzentuierung der öffentlichen Rechtsselemente<sup>5</sup>. Die Versuche, das private Recht an öffentlichen Sachen zu Gunsten des besonderen öffentlichen Rechts weiter zurückzudrängen, haben seither nicht aufgehört. Zuletzt hat *Stern* auf der Staatsrechtlerertagung in Münster eine „durchgängige öffentlichrechtliche Ordnung der öffentlichen Sache“ gefordert<sup>6</sup>.

Angesichts fortdauernder Unruhe<sup>7</sup> stellt sich die Frage, ob das deutsche Recht der öffentlichen Sachen nicht in seinen Grundlagen neu überdacht werden muß. Dabei kann es nicht um eine Wiederbelebung überwundener Konflikte gehen. „Ein Zurück zu Otto Mayer erscheint weder dogmatisch überzeugend begründbar, noch ohne weiteres als zweckmäßig. Nichts wäre hier schädlicher als Radikalität. Aber man sollte sich doch vielleicht klar darüber werden, daß die ungefähre allgemeine Tendenz Otto Mayer's gerade im heutigen Augenblick durch die große Veränderung im Verwaltungsrechtsschutz eine neue und besondere Aktualität erfährt. Der alte Streit darf nicht nur als dogmatisch sattsam überwundener Ballast in die Ecke gestellt werden: Gerade hier im Recht der öffentlichen Sachen bietet sich eine neue Chance, über manchen toten Punkt hinwegzukommen und ergibt sich die Forderung, die Problematik unter dem neuen Licht nochmals zu durchdenken“. Diesem Zitat von *Lerche*<sup>8</sup> ist sachlich nichts hinzuzufügen.

Das deutsche Recht der öffentlichen Sachen kann sinnvoll nur so durchdacht werden, daß man von seinen Problemen und Schwierigkeiten ausgeht. Bei der Suche nach Lösungen empfiehlt sich auch ein Blick auf das französische Recht. Es dürfte von Interesse sein, wie dieses, das im Gegensatz zum deutschen Recht der öffentlichen Sachen monistisch,

<sup>3</sup> Otto Mayer, Dt. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1917 Bd. II S. 71 ff.; 3. Aufl. 1924, Bd. II S. 65 ff.; auch: Eisenbahn und Wegerecht, AöR 16, S. 38 ff.

<sup>4</sup> Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München 1933.

<sup>5</sup> s. a. a. O. 313.

<sup>6</sup> s. VVdStLR 21 (1964), S. 183 ff. Stern hat dies damals allerdings selbst nicht durchgeführt. z.B. beläßt er widmungsfremde Nutzungen wie Gras- und Obstbaumnutzungen öffentlicher Wege in der privaten Verfügungsgewalt des Eigentümers, a. a. O. S. 204 Fußn. 128.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. Grundmann, Festg. f. R. Smend 1962, S. 325 oder Zeitler AöR 86 S. 394 Fußn. 10.

<sup>8</sup> DVBl. 1955, S. 286. In gleichem Sinne Forsthoff (8) S. 331 Fußn. Forsthoff schreibt u. a., es werde immer deutlicher, „daß den Theorien Otto Mayer's ... sachliche Anliegen zugrunde liegen, denen das moderne Verwaltungsrecht nicht mehr ausweichen kann“. Ähnlich Strickstroock Apelt Festschr. S. 238.

rein öffentlichrechtlich aufgebaut ist, mit den Problemen fertig geworden ist, deren Lösung nach deutschem Recht Schwierigkeiten bereitet. Die Untersuchung soll ohne Voreingenommenheit für das deutsche oder französische Recht geführt werden, „la raison ne connaît pas les intérêts du cœur“ (Vauvenargues).