

# Grundbegriffe des preußischen Wegerechts

Von

Gerhard Lassar

Doktor der Rechte



Berlin

Verlag von Julius Springer

1919

# Grundbegriffe des preußischen Wegerechts

Von

Gerhard Lassar

Doktor der Rechte



Verlag von Julius Springer  
1919

**Alle Rechte vorbehalten**

ISBN-13: 978-3-642-94019-4      e-ISBN-13: 978-3-642-94419-2  
DOI: 10.1007/978-3-642-94419-2

## Inhaltsverzeichnis

A.	§ 1.	Fragestellung . . . . .	1
B.		Der öffentliche Weg . . . . .	6
	§ 2.	Dogmatische Grundlegung . . . . .	6
	§ 3.	Die Entwicklung des Begriffs bis zum Allgemeinen Landrecht . . . . .	15
	§ 4.	Der landrechtliche Begriff und seine Entwicklung	22
	§ 5.	Stellungnahme zu bisherigen Begriffsbestimmungen des öffentlichen Weges . . . . .	31
	§ 6.	Der öffentliche Weg . . . . .	38
C.	§ 7.	Die Wegebaupflicht . . . . .	52
D.	§ 8.	Die Anlegung eines öffentlichen Weges . . .	73
E.	§ 9.	Die Einziehung eines öffentlichen Weges . .	84
F.		Rechtsvermutungen des Wegerechts . . . . .	96
	§ 10.	Die Vermutung der unwordenlichen Zeit . . .	97
	§ 11.	Die Vermutung für die Richtigkeit des Wegeverzeichnisses . . . . .	106

## Abfürzungen

**A. A.** = Ausführungsanweisung.

**Bl.** = Preußisches Verwaltungsblatt.

**O. V. G.** (ohne Zusatz) = Entscheidungen des Preußischen Obergerichtes. Amtliche Sammlung.

**R. G.** (ohne Zusatz) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

**Wg. D. Sachsen** = Wegeordnung für die Provinz Sachsen vom 11. Juli 1891 (G. S. 316) in der Fassung des G. vom 8. Juni 1908 (G. S. 157).

**Wg. D. Westpr.** = Wegeordnung für die Provinz Westpreußen vom 27. September 1905 (G. S. 357).

**Wg. D. Pos.** = Wegeordnung für die Provinz Posen vom 15. Juli 1907 (G. S. 243).

**Wg. D. Ostpr.** = Wegeordnung für die Provinz Ostpreußen vom 10. Juli 1911 (G. S. 99).

## A. § 1. Fragestellung.

Die von Otto Mayer begründete Schule der Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>1)</sup> will in der konstruktiven Bearbeitung des Verwaltungsrechts keine, wie immer geartete Berücksichtigung staatswissenschaftlicher Stoffgliederung gelten lassen. Die von diesem Gesichtspunkt ausgehenden Darstellungen, welche immerhin als „treffliche“ anerkannt werden, enthalten nur „Konglomerate“ verschiedenartiger Rechtsätze<sup>2)</sup>. Demgegenüber hat mit Otto Mayer und seinen Nachfolgern die rein juristische Methode ihren Einzug in die Verwaltungsrechtswissenschaft gehalten<sup>3)</sup>. Daran ist allerdings soviel richtig, daß in der älteren Verwaltungsrechtswissenschaft „über der Analyse der einzelnen Rechtsvorschriften die Synthese, die Zusammenfassung zu Rechtsinstituten zu kurz gekommen ist“. Es ist ferner zuzugeben, daß eine Systematik den Namen einer juristischen nicht verdient (aber nicht bloß keiner „rein juristischen“, sondern überhaupt nicht denjenigen einer juristischen), welche die Stoffgliederung einer anderen Wissenschaft, nämlich der Verwaltungslehre, entlehnt. Aus diesen Zugeständnissen folgt aber nicht, daß die Zusammenfassung der Rechtsätze zu Instituten nur generalisierend möglich wäre. Es soll allerdings nach jener Auffassung nur „dieselbe juristische Betrachtungsweise, durch die die Privatrechtswissenschaft groß geworden ist, auf die Behandlung verwaltungsrechtlicher Probleme übertragen worden sein“<sup>3)</sup>. Dem können wir nicht folgen. Die Sätze des

<sup>1)</sup> Aber ihren dogmengeschichtlichen Ausgangspunkt handelt E. Kaufmann, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, W.V.St.V.R. (2) III 688 ff. § 32.

<sup>2)</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I (1) 17, I (2) 19 ff.

<sup>3)</sup> Fleiner, *Institutionen* (3) 46.

bürgerlichen Rechts sind, wenn wir in diesem Zusammenhang zunächst von denjenigen des allgemeinen Teils absehen, zur Regelung privatwirtschaftlicher Vorgänge bestimmt. Ein Mann und eine Frau gehen eine auf Herstellung vollster Lebensgemeinschaft gerichtete Verbindung ein<sup>4)</sup>. A. tauscht mit B. eine Sache gegen eine andere Sache oder gegen einen Preis, er überläßt ihm eine Sache zur Benutzung, arbeitet für ihn gegen Entgelt. Für alle diese Verhältnisse des Lebens enthält die Rechtsordnung zweckbestimmte Sätze (in den angeführten Beispielen über das Recht der Ehe, des Kaufs, der Miete, des Dienstvertrages)<sup>5)</sup>. Sie enthalten die rechtliche Ordnung dieser Verhältnisse des persönlichen und Verkehrslebens. Ihr Inhalt „beruht auf der Erkenntnis und Wertung der nebeneinander bestehenden und sich bekämpfenden Zwecke und Bedürfnisse des Lebens“<sup>6)</sup>. Der Zweck der Rechtsätze ist, den von ihnen geregelten Erscheinungen des Lebens eine entsprechende Rechtsform zu geben. Erst derartige besondere Tatbestände (scil. der Rechtsordnung) sind geeignet, den allgemeinen, d. i. rein logischen Regeln Leben und praktische Bedeutung zu geben<sup>7)</sup>. Das bürgerliche Recht — und der gleiche Nachweis ließe sich für die anderen Rechtsgebiete führen — ist, wie aus den gegebenen Beispielen erhellt, die beliebig vermehrbar sind, aber für unsere Betrachtung genügen, kein Inbegriff von der Wirklichkeit losgelöster, logischer Sätze. Entsprechend diesem Aufbau des Rechts stellt auch die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts nicht formale Kategorien auf, sondern Institute, welche den — wiederum durch die Lebensverhältnisse bestimmten — eigenartigen Inhalt der von ihr erforschten Rechtsätze erfassen. Das wird besonders klar, wenn die Entwicklung Verhältnisse schafft, denen die evidenten Rechtsätze nicht genügen. Dann ist es zunächst Aufgabe der Wissenschaft, ihnen entsprechende Sätze zu entwickeln. Soweit es sich

<sup>4)</sup> So bestimmt zutreffend Wolff, Familienrecht (Enneccerus-Ripp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts IV) § 2 I auch den Begriff der Ehe nach ihrem sittlichen Grundgedanken.

<sup>5)</sup> Vgl. v. Gierke, Deutsches Privatrecht III § 190 III.

<sup>6)</sup> v. Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I S. VIII.

<sup>7)</sup> Hoeniger, Gemischte Verträge I 15 ff.

um gänzlich neuartige Erscheinungen handelt, ist es Sache der Gesetzgebung, entsprechende neue Normen zu schaffen.

Das Verwaltungsrecht enthält die Normen für diejenigen Verwaltungsgeschäfte, die der Staat als obrigkeitliche Macht besorgt, und für die aus diesen Verwaltungsgeschäften sich ergebenden Beziehungen. Der „Summe von Verrichtungen technischer, geistiger, juristischer Natur, deren jede einen dem Gemeinwohl nützlichen Erfolg erreichen will“<sup>8)</sup>, bietet, soweit der Staat als Hoheitssubjekt handelt, das Verwaltungsrecht die entsprechenden Rechtsnormen. Aus seinen Sätzen hat die Wissenschaft die Institute des Verwaltungsrechts zu gewinnen. Insoweit es solche Rechtsätze enthält, welche besonderen Erscheinungen des Verwaltungslebens eine besondere Regelung zuteil werden lassen, muß die Begriffsbildung dem entsprechen.

Darin liegt kein Rückfall in die sogenannte staatswissenschaftliche Methode. Nicht zwischen allen Normen, die ein und dieselbe Erscheinung regeln, besteht ein innerer Zusammenhang. Er ist nur bei denjenigen Vorschriften gegeben, welche die „(abstrakten) Lebensverhältnisse“<sup>9)</sup> regeln. Die eigentümliche Art der rechtlichen Behandlung ist das Begriffsmerkmal der besonderen Vorschriften<sup>10)</sup>. Nur insofern hinsichtlich einer „besonderen Lebenssphäre“<sup>11)</sup> solche Sätze bestehen, welche entsprechend deren natürlicher (wirtschaftlicher, gesellschaftlicher, politischer) Eigenart auch von rechtlicher Sonderart sind, kann von einem Sonderrecht gesprochen werden. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, zu erforschen, ob innerhalb des objektiven Rechts eine solche Sonderung besteht. Nur wenn dies der Fall ist, kann man bestimmte Rechtsätze als ein Sonderrecht bezeichnen, und nur dann können diesem Zustande des Rechts auch Sonderrechtsinstitute entsprechen. Ein solches Sonderrecht kann man dann nach den Gebieten des öffentlichen Verwaltungslebens benennen, die es regelt. Da es sich um Rechtsteile

<sup>8)</sup> Fleiner aaD. 5.

<sup>9)</sup> Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht 27.

<sup>10)</sup> Zitelmann aaD. 20.

<sup>11)</sup> v. Gierke aaD. I 43.



handelt, erscheint es genauer und unmißverständlicher gegenüber den Anhängern der „reinen Jurisprudenz“, nicht von Eisenbahn-, Bankwesen usw.<sup>12)</sup> oder von Forstwirtschaft, Jagd, Fischerei<sup>13)</sup> zu handeln, vielmehr von Eisenbahnrecht, Jagdrecht usw.<sup>14) 15)</sup>.

Die folgenden Ausführungen versuchen, nach den dargelegten Gesichtspunkten die hauptsächlichsten Grundbegriffe des preußischen Wegerechts aufzuzeigen. Gegenstand der Erörterung sind Rechtsätze, welche das Wegewesen als Gegenstand öffentlicher Verwaltungstätigkeit regeln. Die Erörterung beschränkt sich auf das preußische Wegerecht. Die einzelnen Landesrechte sind so verschieden entwickelt, daß die Aufstellung der Institute von ihnen auszugehen hat. Erst wenn diese Bearbeitung erfolgt ist, können wir im Wege der Vergleichung ermitteln, inwieweit sich allgemeine, für alle vergleichbaren Rechtsgebiete gültige Begriffe aufstellen lassen. Es ist gewiß erstrebenswert, sie und damit ein deutsches Verwaltungsrecht zu gewinnen. Ohne positivrechtliche Grundlage sind solche Begriffe aber nur trügerische Gebilde, die am Prüffstein der *lex lata* zerbrechen<sup>16)</sup>.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich zunächst, daß dem Wegerecht als einem systematischen Sonderteil diejenigen Gebilde nicht angehören, durch welche die Verpflichtung bezüglich

<sup>12)</sup> So z. B. Laband, Staatsrecht III (5) §§ 74, 75.

<sup>13)</sup> Meyer-Dachow, Verwaltungsrecht (3) §§ 144 ff.

<sup>14)</sup> Kormann, Lehr- und Handbücher der Verwaltungsrechtswissenschaft, KritWjS. 51, 210 ff., 251.

<sup>15)</sup> Grundsätzlich für die staatswissenschaftliche Systematik: Anschütz, t. Jur. Lit.Bl. 19, 215; Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 156 ff.; Kormann aaD. 217, 250 u. Angeführte; E. Kaufmann aaD. 718. Vgl. auch Lamp, Theorie des deutschen Zollrechts 16 ff.

<sup>16)</sup> Die Notwendigkeit, eine derartige Untersuchung auf Landesrecht aufzubauen, betonen Kormann aaD. 256, Schulkenstein im B.A. 27, 236, während Otto Mayer (aaD. 21) das Fehlen landesrechtlicher Untersuchungen ein: Gottlob! entlockt. Auch Guba geht in seiner Untersuchung über „Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen des Wegerechts“ (Leipzig 1917) vom Standpunkt Otto Meyers aus, obwohl ihn seine zutreffende Darstellung der landesrechtlichen Zerrissenheit des Verwaltungs- und besonders des Wegerechts (S. 2 ff.) auf die hier vertretene Ansicht führen mußte.

eines Weges zivilrechtlich begründet wird. Es war in früheren Zeiten der Verwaltungstätigkeit eine häufige und auch heute noch bestehende Übung, mittels Grundgerechtigkeit die Benutzung von Liegenschaften zu öffentlichen Verkehrszwecken dinglich zu begründen<sup>17)</sup>. Hier handelt der Staat nicht als öffentliche Verwaltung, sondern als Fiskus<sup>18)</sup>. Es liegt zwar die Besorgung von Verwaltungsgeschäften vor, aber keine obrigkeitliche, sondern fiskalische. Auch scheidet der Tatbestand aus, daß zugunsten einer Privatperson ein Grundstück zur Benutzung als Weg belastet wird. Hier ist die Verwaltung nicht beteiligt. Es handelt sich also nicht um ein Verhältnis des öffentlichen Verwaltungslebens.

Gegenstand der Darstellung ist ferner nicht die Sicherheitspolizei in bezug auf öffentliche Wege. Für die Zulässigkeit sicherheitspolizeilicher Betätigung ist es unerheblich, ob ein Weg den Gegenstand öffentlicher Verwaltungstätigkeit bildet. Wesentlich für den Begriff des Polizeirechts ist nur, daß ein Weg vorhanden ist, und daß auf diesem Wege ein allgemeiner Verkehr stattfindet<sup>19)</sup>. Die rechtlichen Beziehungen des Weges zur öffentlichen Verwaltung sind für diese Betrachtung unerheblich. Sie sind aber für ein Wegerecht in unserem Sinne das Ausschlaggebende. Daher scheidet die Sicherheitspolizei aus der Darstellung aus.

Gegenstand der Darstellung bilden schließlich nicht die Bestimmungen über das Verwaltungsstreitverfahren in Wegesachen. Sie sind zwar „besondere“ Normen, aber nicht des materiellen, sondern des prozessualen Verwaltungsrechts. Die Darstellung von Prozeßinstituten in einer materiellrechtlichen Untersuchung würde einen Rückfall in überwundene privatrechtliche Systematik bedeuten.

<sup>17)</sup> v. Gierke II § 146, S. 661.

<sup>18)</sup> Fleiner 47ff.

<sup>19)</sup> RGSt. 17. Juni 1890 u. 9. Februar 1891 (RGSt. 21, 13 u. 370). Behufs eindeutiger Begriffsbildung empfiehlt sich für diese Wege, worauf Friedrichs, Wegerecht (Sb. kommun. Verfassungs- und Verwaltungsrechts II 1 297) 301 hinweist, im Anschluß an das Pr.Gef. v. 10. August 1904 (G.S. 227) Art. I § 14 der Ausdruck „offene Wege“.

Nur solche Rechtsfäße bilden mithin den Gegenstand der Darstellung, deren Tatbestand mit Rücksicht auf das Merkmal „Weg“ ein rechtlich besonderer ist. Die zu entwickelnden Institute werden freilich mit anderen unter gemeinsame Oberbegriffe zusammengefaßt werden können. Aber diese Möglichkeit tut ihrer Natur als Sonderrechtsgebilde keinen Eintrag, da die sie beherrschenden Normen einen besonderen Rechtskreis für das Wegeverhältnis setzen. Diese unterste Einheit rechtlicher Bildung ist für das Sonderrecht das Wesentliche<sup>20)</sup>.

## B. Der öffentliche Weg.

### § 2. Dogmatische Grundlegung.

I. Das Wegewesen ist eine Angelegenheit öffentlicher<sup>1)</sup> Verwaltung. Also ist der öffentliche Weg der Gegenstand eines Verwaltungsrechtsverhältnisses. Dessen Träger auf der Herrschaftsseite ist ein öffentlichrechtlicher Verband<sup>2)</sup> als handelndes Subjekt des öffentlichen Rechts<sup>3)</sup>, m. a. W.: die Verwaltung.

Unterworfenen Teil muß notwendig ebenfalls ein Rechtssubjekt sein<sup>4)</sup>. Hierzu fähig ist ein jedes Subjekt, welches in eine verwaltungsrechtliche Beziehung treten kann. Das ist unter Umständen der Fiskus. In diesem Falle ist der Staat als Fiskus sich selbst als publizistischem Herrschaftssubjekt unterworfen<sup>5)</sup>. Dieses Verhältnis erscheint auch deshalb nicht als regelwidrig, weil grundsätzlich Selbstbindung des Staates an die Rechtsordnung besteht<sup>6)</sup>. Aus dieser allgemeinen Verpflichtung folgt die Möglichkeit der Selbstbindung im einzelnen.

<sup>20)</sup> Zitelmann aaO. 27.

<sup>1)</sup> ALR. II 15 §§ 4, 11; ZG. § 55.

<sup>2)</sup> Vgl. BadVerwGH. 19. Febr. 1907 (BadVerwZ. 39, 189); BayObLG. 25. Febr. 1908 (Seufferts Bl. 73, 549).

<sup>3)</sup> Otto Mayer II 371.

<sup>4)</sup> Gierke I 257; Windscheid-Ripp I (9) 187.

<sup>5)</sup> RG. 9. Juni 1905 (61, 107); OVG. 13. Mai 1896 (Wochmanns Mitt. 3, 134).

<sup>6)</sup> G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre (3) 364 ff.

Die Passivbeteiligung eines Subjekts bedingt nicht, es innerhalb der Rechtsbeziehung dessen Beziehungsgegenstand voranzustellen<sup>7)</sup>. Das ist eine mögliche Denkform. Logisch ebenso unanfechtbar ist die umgekehrte Verfahrensart<sup>8)</sup>. Bei dem hier zu behandelnden Institut ist es „lebensvoller und lebendiger“, in der begrifflichen Bestimmung die verwendete körperliche Sache hervortreten zu lassen. Der unbefangenen Betrachtung erscheint bei der rechtlichen Bindung eines Grundstücks zu Verkehrszwecken als das Wesentliche nicht die Duldungspflicht von Personen in bezug auf diese Liegenschaft, sondern unmittelbar deren Unterwerfung. Diese Anschauung tritt auch in der geschichtlichen Entwicklung zutage. Die einschlägigen Rechtsätze sind stets auf das verwendete Sachmittel abgestellt. Die Wissenschaft schließlich hat den Begriff der öffentlichen Sache als eines besonderen Instituts ausgebildet. Daher knüpft die Bestimmung des öffentlichen Weges als eines verwaltungsrechtlichen Verhältnisses an die natürliche Auffassung und die juristische Überlieferung<sup>9)</sup> an, wenn sie die Liegenschaft als hauptsächliches Tatbestandsmerkmal verwendet.

Deshalb ist jedoch das Grundstück nicht Normenadressat. Die Auffassung, es habe Verwandtschaft mit einer juristischen Person, die gesetzlich vertreten wird vom jeweiligen Eigentümer<sup>10)</sup>, ist im geltenden Recht nicht begründet<sup>11)</sup>. Quasi-Personen<sup>12)</sup> sind fiktive, daher unzulässige Begriffsbildungen<sup>13)</sup>.

Es besteht also ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Sache<sup>14)</sup>, mithin ein öffentlich-dingliches Recht des herrschenden Subjekts. Die Dinglichkeit ist zwar ein geschichtlich

7) Gierke I 258 ff.

8) Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens 343.

9) Beseler, Deutsches Privatrecht I (1) 25.

10) Tezner aaO.; Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung usw. 152.

11) Martin Wolff Sachenrecht (3) § 106 I.

12) Auf eine derartige Vorstellung scheint der Repräsentationsgedanke bei den Anm. 10 angeführten Schriftstellern hinzudeuten.

13) Nur die begriffliche Fiktion ist unzulässig; anders die gesetzliche, welche mit jener nur den Namen gemein hat.

14) Regelsberger, Pandekten I 72; v. Tuhr aaO. I § 5 bei Anm. 3.

im Privatrecht ausgebildeter Begriff. Daraus folgt nichts gegen seine dogmatische Verwendbarkeit im öffentlichen Recht. Auch ist die Dinglichkeit in diesem Rechtsgebiet bereits verwertet. Der Begriff begegnet uns im Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 (RGBl. 317) § 14 Satz 1:

„Die zollpflichtigen Gegenstände haften ohne Rücksicht auf die Rechte eines Dritten an denselben für den darauf ruhenden Zoll.“

Diese Haftung ist auch in der neueren Gesetzgebung beibehalten (vgl. z. B. ZuckerStG. 27. Mai 1896 [RGBl. 1171] § 3 Abs. 2 Satz 1, BranntweinStG. und ZündwarenStG. vom 15. Juli 1909 [RGBl. 661 und 814] § 8 bzw. § 6). Sie ist ein selbständiges Rechtsverhältnis neben den persönlichen zollrechtlichen Pflichten. Sie ist dinglich, da sie eine unmittelbare Beziehung der Zollverwaltung zum Zollgut darstellt<sup>15)</sup>. Auch sonst finden sich im Zollrecht dingliche Bezeichnungen<sup>16)</sup>.

Ferner bestimmt das Sächsische Allgemeine Baugesetz vom 1. August 1890 (GBl. 381) § 2 Abs. 1:

„Verpflichtungen, die durch baugesetzliche Vorschriften unmittelbar oder auf Grund solcher von der Baupolizeibehörde einzelnen Grundstücken auferlegt oder von Grundstückseigentümern . . . übernommen werden, haften als öffentlichrechtliche Lasten auf den Grundstücken und gehen ohne weiteres auf den Nachfolger über.“

Ebenso ordnet das Badische Ortsstrafengesetz vom 15. Juli 1907 (G. u. V. Bl. 605) § 27 Abs. 1 an:

„Besondere nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebende Verpflichtungen, welche auf Verlangen der Baupolizeibehörde gegenüber dieser Behörde von dem Eigentümer übernommen werden, haften, wenn sie in dem Baulastenbuch eingetragen sind, als öffentlichrechtliche Lasten (Baulasten) auf dem Grundstück

<sup>15)</sup> Hoffmann bei Stenglein, Strafrechtliche NebenG. 32; R.G. 13. Febr. 1907 (Centr. Bl. Abg. V. 1908, 383).

<sup>16)</sup> Lamp aaD. (o. § 1 Anm. 15) 71 ff., bes. 75. Franz Schneider, Das Abgabengewaltverhältnis (Züb. 1918) 18, 54.

und gehen als solche auf jeden späteren Erwerber des Grundstücks über.“

Diese Baulasten kennzeichnet die Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 6 zutreffend:

„Die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes entstehenden Verpflichtungen der in Abs. 1 bezeichneten Art erlangen die daselbst vorgesehene dingliche Wirkung . . .“

Hier handelt es sich, wie das Gesetz ergibt, um eine sowohl öffentlichrechtliche als dingliche Beziehung<sup>17)</sup>.

Die gleiche Regelung trifft Württ. BauD. vom 28. Juli 1910 (Reg.-Bl. 333) Art. 99 Abs. 2:

„In das Baulastenbuch sind die nach Art. 20 und 24 begründeten Verpflichtungen zur Leistung von Kanal-, Straßen- und anderen Kostenbeiträgen einzutragen. Besteht eine solche Verpflichtung zu Recht, so hat ihre Eintragung die Wirkung, daß sie als öffentlichrechtliche Last auf dem Grundstück des Verpflichteten ruht und auf die Nachfolger im Eigentum übergeht. Außerdem haftet jeder Eigentümer persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen.“<sup>18)</sup>

Ebenso sind die Realgewerberechte des württembergischen Rechts nach dem Gesetz vom 3. November 1855 (Reg.-Bl. 269) und der Kgl. Verordnung vom 4. Januar 1843 (Reg.-Bl. 25) dinglicher Natur<sup>19)</sup>.

Die dingliche Auffassung liegt auch zugrunde dem preussischen Gesetze betreffend die Verteilung der öffentlichen Lasten vom 25. August 1876 (G.-S. 405) § 2 Abs. 1:

„Der Verteilung nach diesem Gesetze unterliegen nur Abgaben und Leistungen, sofern solche auf dem Grundbesitz haften . . .“

sowie dem preussischen Gesetz vom 14. Juli 1893 (G.-S. 112) wegen Aufhebung direkter Staatssteuern § 25 Abs. 1:

<sup>17)</sup> Stad, Kommentar zum Badischen Ortsstrafengesetz 316 Anm. 5.

<sup>18)</sup> Vgl. hierzu Liebmann, Bauordnung für das Königreich Württemberg 91.

<sup>19)</sup> Bühler, Zuständigkeit der Zivilgerichte 119ff.

„Die aus den §§ 18, 19, 20 Abs. 2, §§ 22 bis 24 folgenden Verpflichtungen ruhen auf den Gütern und Grundstücken, wofür die Entschädigung geleistet worden ist, als eine öffentliche, auf jeden Besitzer übergehende Last.“

Also soll die Verpflichtung zur Rückerstattung der Grundsteuer „nicht bloß als eine dingliche, sondern zugleich als eine öffentliche, d. h. als eine im öffentlichen Recht begründete Last“ auf dem Grundstück ruhen<sup>20</sup>).

Die dingliche Auffassung liegt auch zugrunde dem Pr. A. G. zum ZBG. vom 23. Dezember 1899 (G. S. 291) Art. 1:

„Öffentliche Lasten eines Grundstücks sind . . .:

2. die auf einem privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen, die auf dem Grundeigentum nach Gesetz oder Verfassung haften (gemeine Lasten).“

Diese Vorschrift enthält im Anschluß an die Entwicklung die gesetzliche Begriffsbestimmung der gemeinen Lasten als dinglicher Rechtsverhältnisse<sup>21</sup>). Einen weiteren Beleg bildet Pr. Komm. Abg. Ges. vom 10. Juli 1893 (G. S. 152) § 2 Abs. 1 Satz 1:

„Die auf besonderem Rechtstitel beruhenden Befreiungen einzelner Grundstücke von Gemeindesteuern bleiben in ihrem bisherigen Umfange fortbestehen.“

Es handelt sich nur um eine Befreiung, die „als ein dem Grundstück besonders zukommendes Recht in Anspruch genommen und gewährt wird“<sup>22</sup>), die das Grundstück als solches, nicht den Eigentümer gegen die Heranziehung des Grundstücks zu Realsteuern schützt<sup>23</sup>).

Schließlich wird auch der öffentliche Weg gelegentlich in der Rechtsprechung ausdrücklich als „öffentliche Last“, also als dingliches Rechtsverhältnis bezeichnet<sup>24</sup>).

<sup>20</sup>) RG. 13. Jan. 1898 (40, 310); vgl. ferner RG. 28. Jan. 1905 (59, 403).

<sup>21</sup>) Tierke II § 148 IV.

<sup>22</sup>) ZBG. 20. März 1896 bei Röll-Freund, Kommunalabgabengesetz (7) 82.

<sup>23</sup>) Röll-Freund aaO. 83.

<sup>24</sup>) ZBG. 30. Juni 1895 (Bochmann I 607).

Verpflichtet ist wie bei allen dinglichen Verhältnissen auch bei einem öffentlichen „jeder, den es angeht“<sup>25)</sup>. Das sind in erster Linie die an der Sache in bürgerlich-rechtlicher Beziehung dinglich Berechtigten und der Besitzer<sup>26)</sup>. Darüber hinaus alle diejenigen, welche zu der Sache in eine privat- oder öffentlich-rechtliche Beziehung treten<sup>27)</sup>. Vgl. A.R. II 15 § 2:

„Ohne besondere Erlaubnis des Staates darf sich niemand eine Verfügung über solche Straßen anmaßen.“

Die Adressaten dieses Verbots sind unbestimmte Personen, die erst im Falle der unzulässigen „Verfügung“ individualisierbar sind<sup>28)</sup>.

Die herrschende Lehre faßt allerdings das verwaltungsrechtliche Verhältnis als „ein rein persönliches Band zwischen bestimmten Rechtssubjekten, dem Staat und den Untertanen auf“<sup>29)</sup>.

Diese Begriffsbestimmung erscheint zunächst einer ausdrucksmäßigen Veränderung fähig. Es besteht, soweit ich sehe, Einverständnis darüber, den verwaltenden Staat (entsprechend eine andere mit der Führung öffentlicher Verwaltung betraute öffentlich-rechtliche Körperschaft) als „Verwaltung“ zu bezeichnen. Fiskus ist nur die Benennung eines Teils der Staatspersönlichkeit, nämlich seiner privatrechtlichen Subjektivität. Ebenso faßt der Begriff der Verwaltung aus dem Gesamtkreis der Befugnisse, welche der Staatspersönlichkeit als Hoheitssubjekt eignen, diejenigen zusammen, durch die er — scil. hoheitlich — seine Verwaltungsgeschäfte besorgt. Damit wird in die hoheitliche Seite des Staates ebensowenig eine ihr wesensfremde Scheidung hineingetragen wie in den einheitlichen Begriff des Staates durch die systematische Trennung seiner obrigkeitlichen und seiner privatrechtlichen Befugnisse.

<sup>25)</sup> So Ripp z. Windscheid I § 38 Anm. 2.

<sup>26)</sup> Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanw. 152 ff.

<sup>27)</sup> Balz, Preuß. Baupolizeirecht (4) 126.

<sup>28)</sup> Vgl. zur öffentlich-rechtlichen Natur dieses Paragraphen: Rescript des Ministeriums des Innern 9. April 1829 (Rampff' Anm. 13, 336); Decret D.A.G. Rassel 18. Febr. 1843 (Striepelmann, Entsch. d. D.A.G. Rassel III 1, 259).

<sup>29)</sup> So — statt vieler — Feiner 146.



Wir gewinnen durch Verwendung des Begriffes der „Verwaltung“ in dem obenbezeichneten Sinne nur eine Bezeichnung des Staates als Subjekt des öffentlichen Rechts, welche seine verwaltungsrechtlichen Beziehungen, sagen wir vorläufig zu gewaltunterworfenen Personen, von seinen anderen öffentlichen Rechtsbeziehungen abscheidet.

Wir können aber auch dem aufgestellten Begriff des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses in einem sachlichen Betracht nicht folgen, nämlich insofern es als „rein persönliches Band“ begriffen wird, mit andern Worten: als personen- oder schuldrechtliches Verhältnis. Das geltende preussische und außerpreussische Recht kennt, wie sich aus den vorherigen Ausführungen ergibt, auch dingliche Rechtsbeziehungen öffentlichrechtlicher Natur. Der Begriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses bedarf daher einer Erweiterung, um auch die dinglichen Beziehungen zu erfassen. Dadurch wird die Richtigkeit des unangreifbaren Satzes nicht berührt, daß das Verwaltungsrecht die Beziehungen zwischen dem Staate und den gewaltunterworfenen Personen regelt. Nicht nur Rechte des Staats gegenüber den Untertanen, sondern überhaupt „alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache“<sup>30)</sup>. Bei einem dinglichen Recht ist „der Wille des Berechtigten maßgebend für das Verhalten in betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten Dieses oder Jenes“<sup>30)</sup>. Es bedeutet daher nur eine, aus dem zugrunde liegenden Begriffe der Rechtsordnung auflösbare, aber bei dem Einverständnis über diesen Begriff regelmäßig nicht auflösungsbedürftige Abkürzung des Ausdrucks, wenn man sagt, die dingliche Rechtsbeziehung bestehe zur Sache. Bei einem persönlichen Verwaltungsrechtsverhältnis ist der Wille der Verwaltung maßgebend für „Diesen oder Jenen“, nämlich für denjenigen, der innerhalb des Verhältnisses auf der Untertanenseite der Verwaltung gegenübersteht. Der hoheitliche Wille bindet nur denjenigen aus der Gesamtheit aller individuell bestimmten Untertanen, der innerhalb des Verhältnisses steht. Es entspringt z. B. aus dem

<sup>30)</sup> Windscheid Pandekten (9) I 167.

Beamtenverhältnis ein Recht der Verwaltung nur gegenüber dem Beamten, aus der Verleihung gegenüber dem Inhaber, aus der Anstaltsbenutzung nur in Beziehung zum Benutzer. Unmittelbare rechtliche Beziehungen außer zwischen den beiden Trägern des Verhältnisses entstehen durch dieses für Dritte nicht.

Bei einem dinglichen Verwaltungsrechtsverhältnis bindet der hoheitliche Wille auf Grund dieser Beziehung nicht einen individualisierten Untertanen, sondern jedweden Untertanen. Der angeführte § 2 des UR. II 15 bestimmt, daß „sich Niemand eine Verfügung über solche Straßen anmaßen darf“. Das ist der negativ geformte Ausdruck dessen, daß jeder mann nicht verfügen darf. Diese Nichtberechtigung eines Jeden besteht mit einer Ausnahme. Ein solcher Eingriff darf erfolgen mit Erlaubnis der Verwaltung. Er ist ohne diese Erlaubnis unzulässig, weil der Wille des Berechtigten, nämlich der Verwaltung, „für das Verhalten in betreff der Sache maßgebend ist“. Dieses staatliche Herrschaftsrecht ist verschieden von der polizeilichen Staatstätigkeit, die unter Umständen zu seinem Schutze in Wirksamkeit tritt. Polizeiliche Betätigung wirkt Beschränkung. Das Recht der Verwaltung in Beziehung auf die Sache ist rechtliche Willensmacht, begreift in Beziehung auf die unterworfenen Sache spezialisierte Herrschaftsmacht in sich. Soweit es Gebots- oder Verbotsfunktion äußert, ist das nur eine Folgeerscheinung. Es handelt sich um „öffentliche Sachherrschaft“<sup>31)</sup>.

Wir können nunmehr das Verwaltungsrechtsverhältnis bestimmen als die rechtliche Beziehung der Verwaltung zu gewaltunterworfenen Personen oder Sachen. Das Entsprechende gilt von den besonderen Gewaltverhältnissen<sup>32)</sup>.

Es handelt sich demnach beim Wegerechtsverhältnis um eine öffentlichrechtliche dingliche Beziehung. Ihre nähere Begriffsbestimmung kann erst erfolgen, wenn die Art der öffentlichrechtlichen Sachherrschaft aufgezeigt ist. In dieser Beziehung sind zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder ist

<sup>31)</sup> Gierke II 408.

<sup>32)</sup> Schneider aaO. 5, 8.

die Unterworfenheit eine vollkommene, so daß andere rechtliche Beziehungen der Sache nicht entstehen können. Oder es handelt sich um eine Befugnis, neben der — in welchem Rangverhältnis ist eine andere Frage — noch andere Rechtsverhältnisse bezüglich der Sache möglich sind. Jede von diesen Möglichkeiten schließt neben dem durch sie gegebenen Inhalt des verwaltungsrechtlichen Instituts die weitere Entscheidung über die Privatrechtsfähigkeit der beherrschten Sache in sich. Da dem Recht der Verwaltung öffentlichrechtliche Natur eignet, so würde im Falle seiner vollkommenen Wirkung für eine bürgerlichrechtliche Beziehung der Sache kein Raum sein. Dies ist die Auffassung Otto Mayers, der, wie überhaupt an den öffentlichen Sachen, so auch an den öffentlichen Wegen, eine auf staatshoheitlicher Grundlage beruhende Verfügungsgewalt des Staates annimmt. Diese Gewalt, das „öffentliche Eigentum“, untersteht ausschließlich dem öffentlichen Recht und zehrt bürgerlichrechtliche Beziehungen der Sache auf<sup>33)</sup>. Ob die von Otto Mayer aufgestellten Begriffsbestimmungen der geltenden Rechtsordnung entsprechen oder nicht, wird die Aufzeigung des Inhalts der Rechtsnormen dartun.

Welche dieser beiden Denkmöglichkeiten (rechts)wirklich ist, läßt sich nicht ermitteln durch Aufstellung von Kategorien im menschlichen Denken, die unabhängig sind vom Wechsel der Gesetzgebung<sup>34)</sup>. Auch handelt es sich nicht um eine Aufgabe „erkenntnistheoretischer, rechtsphilosophischer Art“<sup>35)</sup>, überhaupt weniger um eine Frage des positiven Rechts<sup>36)</sup>. Öffent-

<sup>33)</sup> Otto Mayer II §§ 35 ff. Weitere Literaturangaben bei Fleiner, § 20 Anm. 10.

<sup>34)</sup> So Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen (Mannheim 1912) 2.

<sup>35)</sup> S. Schelcher, Der öffentliche Weg (Fischers Z. 31, 1 ff.) 12.

<sup>36)</sup> Schelcher meint aaO.: „Auch eine positive Gesetzesvorschrift vermag uns nicht glauben zu machen, daß das Recht des Staates an der öffentlichen Sache als Eigentum oder sonst ein Recht zu betrachten sei, wenn dies mit unseren wissenschaftlichen Begriffen in Widerspruch steht“, und ist der Ansicht (S. 15 Anm. 13), Theorien würden durch Gesetzesparagrafen „begünstigt“. Dabei verkennt er, daß Jurisprudenz Rechtswissenschaft, nicht Rechtsglaube ist, und daß demgemäß juristische Lehren durch positivrechtliche Bestimmungen nicht begünstigt, sondern aus ihnen abgeleitet werden.

liche Wege sind allerdings Sachmittel zur Befriedigung von Interessen, die es zu allen Zeiten gegeben hat. Was jedoch nach geltendem Recht darunter zu verstehen ist, läßt sich nicht aus allgemeingültigen Begriffen herleiten, sondern nur auf Grund des positiven Rechts darstellen.

### § 3. Die Entwicklung des Begriffes bis zum 19. J.

I. Die Grundlage des öffentlichen Wegebegriffes liegt in der Regallehre des 17. Jahrhunderts. Es hat zwar nicht an Versuchen gefehlt, das römische Recht über *viae publicae* auf die deutschen Verhältnisse anzuwenden. Aber wie das deutsche öffentliche Recht überhaupt nicht den Stoff sondern die Methode rezipiert hat<sup>1)</sup>, so ist jene Ansicht auch für die öffentlichen Wege nicht durchgedrungen<sup>2)</sup>.

Entsprechend dem allgemeinen Wiederaufleben des einheimischen öffentlichen Rechts im 17. Jahrhundert<sup>3)</sup> entwickelte sich die Auffassung, daß hier das Regalrecht anzuwenden sei. Man ging zwar von den Sätzen des römischen Rechts aus, konnte sich aber der Einsicht in die Gegensätzlichkeit des römischen Gemeinwesens und der deutschen Staaten nicht verschließen<sup>4)</sup>. Also wurde in die entsprechende Rechtsfäße an Stelle des *populus Romanus* der Landesherr als Repräsentant des modernen Staates eingeführt<sup>5)</sup>. Damit war der Inhalt verändert, da dieser Subjektwechsel die Anwendung des einheimischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts bedingte.

Zeitlich fällt diese Lehre zusammen mit der Wiederbelebung der Lehre von den Regalien, die auf Grund von 2 F. 56 auch das

<sup>1)</sup> Laband, Über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht (Straßburger Progr. 1880) 32.

<sup>2)</sup> A. M. Otto Mayer II § 35 bei Anm. 6 ohne nähere Begründung.

<sup>3)</sup> Conring, de Origine Juris (1643) 163; Laband aaO. 51.

<sup>4)</sup> Vgl. u. Anm. 21.

<sup>5)</sup> Chr. Ern. Reichenbach, de regali viarum publicarum iure (Heidelberg 1679) § VII S. 3; Henr. de Cocceji, de regali viarum publicarum iure (exerc. curiosae I disp. 34) S. 374.

Recht der öffentlichen Wege behandelt<sup>6)</sup>. Sobald die vom römischen Recht ausgehenden Schriftsteller als Rechtssubjekt der viae publicae den Landesherrn betrachten, bezeichnen sie diese als Gegenstand des Regals<sup>7)</sup>. Die auch in die Praxis eingedrungene Regalität der öffentlichen Wege wird zur herrschenden Rechtsauffassung<sup>8)</sup>. Neben dem iure gentium bestehenden<sup>9)</sup> Herrschaftsrecht des Landesherrn sind wesentliche Begriffsmerkmale die Herstellung eines Durchgangsverkehrs<sup>10)</sup> durch das Land<sup>11)</sup> und die ebenfalls auf Völkerrecht beruhende<sup>12)</sup> Gebrauchsberechtigung aller<sup>13)</sup>. Wege, die lediglich dem örtlichen Verkehr dienen, sind nicht öffentlich<sup>14)</sup>. Die viae publicae sind je nach ihrer Breite Land- und Heerstraßen oder gemeine<sup>15)</sup> Wege.

Die Regalität der öffentlichen Wege wird damit begründet, daß sie die *salus publica*<sup>16)</sup>, insbesondere Handel<sup>17)</sup> und Wandel

<sup>6)</sup> Masver Fritsch, *diss. de regali viarum publicarum iure* (Jenae 1662) cap. III m 2; Struv, *iura viae regalis* (Jenae 1662), §§ X/XI; Peregrinus, *de iuribus et privilegiis Fisci* (Col. Agr. 1688), I 1 n. 16, 19; *Consilia Halensium Iurisconsultorum II* (Halae 1734), Lib. I cons. 36 (Verf.: Samuel Struyt, Nov. 1696) n. 8; Ziegler, *de iuribus maiestatis* (Wittenberg 1681), Lib. II cap. XVII n. IX.

<sup>7)</sup> Reichenbach aaD.; Cocceji aaD.; Mentus, *Commentarius in Ius Lubecense* (Rostock 1659), IV Tit. II n. 2

<sup>8)</sup> Wesenbed, *Cons. iuris II* (Frankfurt 1660) cons. 109 n. 66; Friedrich Müller, *practica civilis marchica* (Berol. et Francf. 1678), res. XLVI n. 7.

<sup>9)</sup> Reichenbach aaD. § IX; (Lauterbach) cons. Tubingensia II cons. 5 (vom 20. Juli 1666), n. 9, 12, 32; Müller aaD. res. LII, n. 4; Cocceji aaD. § 7.

<sup>10)</sup> Struv aaD. § 3; Fritsch aaD. I, n. 13; cons. Tub. aaD. n. 12.

<sup>11)</sup> Daher sind die viae urbanae ausgenommen: Ziegler aaD. VI ff.; Dorf. vom 18. März 1681 bei Bamberg, Schwarzb.-Kudolst. Privatrecht, § 112.

<sup>12)</sup> Fritsch aaD. I n. 6, V n. 1 ff., VI, 6.

<sup>13)</sup> Cocceji aaD. II; anders noch: Arumaeus, *disc. III* (Jenae 1621) 587; Daniel, Otto, *de iure publico imperii* (Arumaeus V, 41 ff.) 138.

<sup>14)</sup> Fritsch I n. 18—9; cons. ub. aaD. n. 12 ff., insb. 32. Untersuchung der sogenannten Kurzen Notiz betr. die Arnstädtschen Stadt-Thore . . . (D. J. 1709) 9: „Die Landstraßen vor den Dörfern und Städten aufhören — nicht aber durch dieselben hingehen — sondern cura viarum urbanarum Magistratus loci zustehen.“

<sup>15)</sup> Hauß-Genossen Recht zu Osnabrück (bei Roß, Erläuterung des Archidiaconalwesens, Helmft. 1723) 34, 39.

<sup>16)</sup> Ziegler aaD. Rp. I VIII u. Ungeführte, XII; Fritsch aaD. c. 2 m. 1.

<sup>17)</sup> Fritsch aaD. II n. 7—8.

fördern, und daß die für den Verkehr erforderliche Sicherheit nur mit den staatlichen Machtmitteln gewährleistet werden kann<sup>18</sup>). Die öffentlichen Wege stellen nicht mehr<sup>19</sup>) selbst das Regal dar. Der Landesherr besitzt sie vielmehr auf Grund desselben<sup>20</sup>). Also bildet den Inhalt des Regals die ausschließliche Berechtigung seines Inhabers im Wegewesen.

II. Auf diesen Grundlagen ist mit dem lehrmäßigen<sup>21</sup>) und tatsächlichen<sup>22</sup>) Siege des einheimischen öffentlichen Rechts die weitere Lehre von den öffentlichen Wegen aufgebaut. Die späteren Darstellungen des Regalrechts selbst führen nicht über die Lehre des 17. Jahrhunderts hinaus<sup>23</sup>). Um so eindringlicher sind die Erörterungen über den Inhalt des Wegeregals selbst, zu denen die seit dem Ende des 17. Jahrhunderts stärker einsetzende Wegegesetzgebung<sup>24</sup>) Veranlassung bot. Leitender Gesichtspunkt ist, daß es sich um eine auf Grund des Regals getroffene Einrichtung handelt. Sie stellt eine Erfüllung der dem

<sup>18</sup>) Regn. Sixtinus, de regalibus I II 2 n. 34; Ziegler aaD.

<sup>19</sup>) 2 F. 56: Regalia sunt . . . viae publicae.

<sup>20</sup>) Fritsch aaD. c. 3 n. 13.

<sup>21</sup>) Jo. Schilter, inst. jur. publ. (Argentorati 1697) 6ff., 237ff.; D. H. Kemmerich, de arcissimo Juris Publici privatique nexu (Jenae o. J.) 2ff.; Fried. Gg. Lautensack, diss. de inepta ratione decidendi controversias juris publici ex legibus Romanis et jure canonico von 1710 (Lips. 1738), §§ XXX, XXXV/VI, XLVII; dazu die veränderte Begriffsbestimmung des öffentlichen Rechts bei Thomajus, de rerum differentiis § IV.

<sup>22</sup>) Ordre an die Juristen-Facultät zu Halle wegen Abfassung einiger Constitutionen zum Land-Recht Berlin 18. Juny anno 1714 (3. für deutsches Recht VI 1841) 88ff.

<sup>23</sup>) Vgl. die teilweise wörtlichen Anführungen bei J. H. Cramer, decisiones juris publici de regalibus (Det. 1725) dec. 58; Marjovius, princ. jur. publ. (ed. VI, Lips. 1769) 779 n. XXI; Miller, diss. de eo quod. justum est circa vias publicas (Giessae 1776) XXI; Schellwitz, commentatio de exactione pecuniae pro viis publicis etc. (Frankfurt u. Leipzig 1777) § VII; Bastineiler, diss. de jure viae publicae (ed. sec. Wittenberg 1775), cap. II, § 2; Wernher, observationes 6 (3. Aufl. Jenae 1756) 68; Cannegieter, dec. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani IV (Mannheim 1790), dec. CXIV, n. 6.

<sup>24</sup>) Stumpp, Straßenbauhaft in Württemberg in Sarweys M. S. VIII (1844), 277ff.

Landesherrn obliegenden Pflicht<sup>25)</sup> dar, die für den allgemeinen Verkehr erforderlichen Sachmittel bereitzustellen. Der Wegehörper ist eine Sache. Es erscheint einigen Schriftstellern wegen ihrer publizistischen Bedeutung richtig, sie wie „omnes res quae ad regalia vel horum exercitium spectant“ nur im öffentlichen Recht zu behandeln<sup>26)</sup>. Diese Meinung dringt nicht durch. Wie das Regal bürgerlich- und öffentlichrechtliche Bestandteile aufweist, so findet sich auch eine zweifache lehrmäßige Behandlung.

1. Die Wegeherrlichkeit ist minderes<sup>27)</sup> Regal<sup>28)</sup>. Als Gegenstück seiner Vorteile (Zölle, Wegegeld)<sup>29)</sup> liegen dem Regalherrn aus Gründen der natürlichen Billigkeit und des positiven Rechts<sup>30)</sup>, vorbehaltlich besonderer Titel<sup>31)</sup>, die Wegebaulast<sup>32)</sup> und die securitatis praestatio ob<sup>33)</sup>. Das Recht steht nunmehr<sup>34)</sup>

<sup>25)</sup> Struben, Rechtliche Bedenken II Nr. 71; Westphal, Teutsches Staatsrecht 35 Abhandlung § 7; Pfefflinger, Vitriarius illustratus III, 225; J. H. C. von Selchow, Anfangsgründe des braunschweig. lüneburg. Privatrechts (Göttingen 1760) § 624.

<sup>26)</sup> Titius, spec. juris publici (2. Aufl. Leipzig 1705) III 7; Thomafius, de rerum divisione §§ IX ff.; Ders.: de rerum differentiis intuitu iuris § XI Anm. b.; Ders.: notae ad singulos J. P. C. Titulos (Halae 1713), 29.

<sup>27)</sup> Reittmayr, Grundriß des Allgemeinen deutschen und bayrischen Staatsrechts (2. Aufl. München 1789), §§ 7, 177.

<sup>28)</sup> J. C. Fr. Manßell, Pand. Juris Mecklenburg. spec. sec. (Rostock 1731) 24; Leyser, medit. ad Pand. I (2. Aufl. 1732), spec. 25, II, III, S. 256 ff.; Miller (Anm. 23) XX/XXI, S. 30 ff.; Bastineller (Anm. 23) cap. II § 2; H. H. Engelbrecht, diss. de eo quod est superioritatis territorialis in iure Lubencensi (Greifswald, 6. Febr. 1772), cap. II § IX.

<sup>29)</sup> Miller XXI, S. 48; Bastineller, cap. II, 14; Cramer, Weglarische Nebenstunden, II Fall 2 § 1; Reuß, diss. de eo quod iust. est circa vias publ. §§ 41, 44.

<sup>30)</sup> Miller 43.

<sup>31)</sup> Miller 44.

<sup>32)</sup> Miller 42; Reuß § 13; Cramer aaO. § 7 S. 11; Debell, de conservatione et reparatione viae publicae (Nürnberg, Diss. 1728), § 9.

<sup>33)</sup> Miller 42; Cramer aaO.; Roth, Staatsrecht II 38.

<sup>34)</sup> War früher das Wegeregal vom Kaiser abgeleitet, so ist es jetzt im Verhältnis zum Reich eigenes Recht des Landesherrn, zwar beschränkbar (Miller XI), aber der Regel nach unbeschränkt (Cap. Caesarea VII, 3/4) von Berg, Polizeirecht III (2) 547.

dem Landesherrn zu<sup>35)</sup>, da die Polizei eine Territorialangelegenheit ist<sup>36)</sup>, und das *supremum ius viarum* darunter begriffen wird<sup>37)</sup>. Demzufolge hat der Landesherr das Recht der Wegegesetzgebung<sup>38)</sup> und =aufsicht<sup>39)</sup> sowie die Straßengerichtsbarkeit. Auch steht ihm die Anlegung neuer und die Veränderung bestehender Wege zu<sup>40)</sup>.

2. Auf Grund dieser Zuständigkeit bestehen die öffentlichen Wege. „*Viam publicam vocamus soli quamdam portionem commercio privatorum publica autoritate exemptam eum in finem, ut per illam liberum ac simul innoxium cuique de regione in regionem iter exstet*“<sup>41)</sup>. Es handelt sich demnach um Wege, die des freien<sup>42)</sup> (d. i. allgemeinen<sup>43)</sup> und zoll= aber

<sup>35)</sup> Marsovius, *principia iur. publ.* (VI, Lips. 1769) 779; Besoldus, *Thesaurus* (14. Aufl. Ratibor 1740), s. v. Land-Straßen 399; Myrer, *regalium ac superioritatis territoriales ad suos limites reducta diversitas* (Göttingen, Diss. 13. Mai 1755), § 21; Eftor, *Bürg. Rechtsgelehrsamkeit I* (Marburg 1757), § 1055 S. 432; § 2085, S. 8, 40; H. C. Moser, *Von der Landesherrlichkeit in Ansehung Erde und Wassers*, cap. III §§ 3/4; Miller XXIX; Titius, *spec. iur. priv. Romano / Germanici*, X, II § 9.

<sup>36)</sup> Reuß § 9 I.

<sup>37)</sup> Reuß §§ 6, 9 II; 20 II; E. J. Westphal, *Teutsches Staatsrecht* (Leipzig 1784) 35. Abh. § 8.

<sup>38)</sup> Reuß § 17; Roth aaD. 38.

<sup>39)</sup> Reuß § 18, *justissimae dec. imperii in causis Mecklenburgicis* (3. Aufl. 1756) II 14, n. 3; Besoldus aaD., s. v. Fahrweg 242; Cannegießer aaD., dec. 114 Nr. 4.

<sup>40)</sup> Reuß §§ 20 ff. (vgl. das bei Reuß, S. 31 angeführte *Conclusum* des *cons. imp. aulae* vom 16. Jan. 1736, welches in *grav. 15* das Anlegungsrecht implizite bejaht); Bastineller aaD., cap. II §§ 3/4; F. E. Pufendorf, *observ. iuris* (Hannover 1750) obs. § 113 § II S. 305; von Berg, *Polizeirecht II* (2) 549; *con. imp. aul. s. s.* 19. Okt. 1724 (Schellwitz aaD. S. 17).

<sup>41)</sup> Miller aaD. XIX S. 30.

<sup>42)</sup> Cramer aaD. 2.

<sup>43)</sup> „Das männiglich auff denselben zu Fuß und zu Roß wandeln und fortkommen können“ (Faber, *Staatskanzley IV* 356); Helmstädter *Facultät* vom Oktober 1716 bei Leyser aaD. 657; Wernher, *observationes* (3. Aufl. Jenae 1756) VI obs. 436 n. 3 S. 85; Fischer, *Lehrbegriff sämtl. Kameral- und Polizeirechte II* § 564; *Wege-Regl. im Herzogtum Pommern* usw. vom 25. Juni 1752 (N. C. C. I 335) Ziff. 10; desgl. Ostfriesland vom 25. Febr. 1754 (aaD. 637) Ziff. 18; desgl. Ostpreußen vom 24. Jan. 1764 (aaD. III 436) § 10.



nicht wegegeldfreien<sup>44)</sup>) und sicheren Hauptverkehrs<sup>45)</sup> wegen bevorrechtet sind. Diese Ausnahmestellung ist „publica autoritate“, also durch staatshoheitlichen Akt begründet. Sie hat zum Inhalt, daß der als via publica verwendete Teil der Erdoberfläche dem commercium privatorum entzogen ist. Das bedeutet: nicht dem Rechtsverkehr schlechthin, sondern dem commercium privatorum. Privati aber sind einzelne Personen im Gegensatz<sup>46)</sup> zur res publica (d. i. der deutsche Territorialstaat) und der universitas<sup>47)</sup>. Mit andern Worten: der öffentliche Weg ist eine res publica, deren wesentliches Begriffsmerkmal darin besteht, „alienari nequeunt a Republica vel Universitate“<sup>48)</sup>. Daraus ergibt sich einmal, daß ausschließlich diese juristischen Personen fähig sind, Rechte an den öffentlichen Wegen innezuhaben. Weil „commercium“ der Fachausdruck für privatrechtlichen Verkehr ist, so folgt weiter, daß Extracommercialität nicht Privatrechtsunfähigkeit bedeutet. Außer den aufgezeigten publizistischen Befugnissen bestehen mithin an den öffentlichen Wegen noch bürgerlichrechtliche, und zwar im Verhältnis der Unterordnung zu jenen. Denn es ist die „via exempta eum in finem, ut iter fiat“. Also ist dieser Zweck das Hauptsächliche, dem das Privatrecht nachsteht<sup>49)</sup>. Die Sonderstellung der öffentlichen Sachen im privaten Rechtskreis erschöpft sich darin, daß sie nur im Eigentum des Staats (oder einer universitas)<sup>50)</sup> stehen können. „Dominium publicum

<sup>44)</sup> Bastineller § XV; Schellwitz aaD. § VII S. 40.

<sup>45)</sup> Reuß § 44; Bastineller § XIV.

<sup>46)</sup> Roth aaD. 28; Glüß, Erläuterungen II §§ 164 (S. 455), 170 (S. 496); Höpfer-Weber, Kommentar über Heineccius' Inst. (8) § 272; Majer, antinomia iuris II § 32.

<sup>47)</sup> Thomafius, de rerum divisione § 10; Henr. Restner, diss. inaug. de singularibus quibusdam germanorum circa personas et res iuribus (Minteln 1720) § VI; Eßtor aaD. § 1045 S. 444 ff.

<sup>48)</sup> Thomafius aaD. § 7.

<sup>49)</sup> Cannegießer aaD. (Anm. 23), dec. CXIV, n. 6: Wasserableitungservitut kann nur insoweit ausgeübt werden, „als welche mit dem Gebrauch des Weges und dessen Erhaltung zusammen bestehen kann“.

<sup>50)</sup> Thomafius aaD. § 10; Schellwitz aaD. § II S. 6; Glüß, Erl. II § 170 S. 466.

das Staatseigentum dicitur, quod est penes rempublicam.“<sup>51)</sup> Also ist „Staats- oder öffentliches Eigentum“ nicht die Bezeichnung für ein inhaltlich besonders gestaltetes Sachenrecht<sup>52)</sup>. Der Ausdruck stellt vielmehr eine Benennung des berechtigten Subjektes dar<sup>53)</sup>. Eigentum und *ius viarum publicarum* stehen zwar beide dem Landesherrn zu. Seine öffentlichrechtliche Funktion und seine zivilistische Befugnis werden aber von der Lehre scharf geschieden<sup>54)</sup>.

In besonderer Anwendung auf öffentliche Wege sagt Biener<sup>55)</sup>:

„A dominio viae privato, superioritatem viarum seu dominium publicum distingui oportet. Utrumque quidem Principi competit, sed diversi sunt effectus.“

Als Rechtsfolgen des Eigentums führt er dann richtig Nutzungen und den Anspruch auf die Hälfte des gefundenen Schatzes auf, während er dem Regalherrn die Aufsicht über die Unversehrtheit und Sicherheit der Wege aufbürdet und ihm die Straßengerichtsbarkeit zuschreibt<sup>56)</sup>.

3. Innerhalb der öffentlichen Wege werden geschieden die Land=<sup>57)</sup> und Heer=<sup>58)</sup>Straßen (in Süddeutschland auch Güterstraßen<sup>59)</sup> und Commercialstraßen<sup>60)</sup>) von den

<sup>51)</sup> Pauli, Diss. inaug. de iure principis circa res nullius (Halae, Off. 1747) § 46.

<sup>52)</sup> Titius, spec. j. publ. (2. Aufl. 1705), lib. III cap. 7 § 4: „Plane igitur hoc dominium, quod essentiam cum privato convenit.“ (Der Sperrdruck im Urdruck.)

<sup>53)</sup> Titius aaD.: „Sed per subjectum ab eodem discernitur.“ (Sperrdruck im Urdruck.)

<sup>54)</sup> Anders nur H. de Cocceji, Antinomia iuris 195; gegen diesen Majer aaD. II § 32 S. 130.

<sup>55)</sup> De natura et indole dominii 105 ff.

<sup>56)</sup> Ähnlich Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts §§ 167 ff.; Hofacker, princ. iur. civ. II (2) § 75.

<sup>57)</sup> J. B. Eftor aaD. § 204.

<sup>58)</sup> Just. decis. imp. aaD.; Struben, Rechtliche Bedenken IV 46 ff.

<sup>59)</sup> Information, was wegen Verbesserung der Weege und Straßen in dem Hoch-Löbl. Schwäbischen Creiß hiebefor allschon vor heilsame Verordnungen gemacht worden vom 5. Juni 1737 (Ulm 1749) § 3.

<sup>60)</sup> Realindex der Hochfürstl. Brandenburg.-Osnolsbachischer Landes-Constitutionen (Osnolsb. 1774) s. v. Chausseen.

Land=<sup>61)</sup> oder Gemeinde<sup>62)</sup>-Wegen. Die städtischen Straßen werden nicht durchweg als öffentliche behandelt<sup>63)</sup>.

#### § 4. Der landrechtliche Begriff und seine Entwicklung\*).

Auf dem dargelegten Zustand ist das Wegerecht des *NR.* aufgebaut.

I. Die inhaltlich unveränderten publizistischen Befugnisse — entsprechend der Auffassung des Gesetzbuchs Befugnisse des Staates und nicht mehr des Landesherrn — sind hinsichtlich der Land- und Heerstraßen nicht mehr aus einem Regal abgeleitet. Die Zusammenfassung von bürgerlich- und öffentlichrechtlichen Sätzen ist aufgegeben. „Regalien im engeren Verstand“<sup>1)</sup> sind nur Nutzungsrechte an bestimmten Sachen (*NR.* II 14 §§ 21 bis 24)<sup>2)</sup>. Wie die Überschrift des Titels II 15 „von den Rechten und Regalien des Staats in Ansehung der Landstraßen“ lautet, so stellen auch die einzelnen Sätze des ersten Abschnittes den Regalien des Staats an Land- und Heerstraßen dessen Berechtigungen und Verpflichtungen gegenüber<sup>3)</sup>. Die Absonderung dieser zwar den Majestätsrechten nicht zugerechneten, aber ihrem Inhalt nach hoheitlichen Zuständigkeiten stellt eine Verwirklichung des Suarez'schen Planes dar<sup>4)</sup>: die Bestimmungen

<sup>61)</sup> Vgl. zu den Anm. 58 Angeführten noch Dedell aaD. § 2 S. 10; Wittenberger Facultät vom Febr. 1712 bei Lenfer aaD. (ed. nova 1788) VIII 654 ff.

<sup>62)</sup> Sage mann, Landwirtschaftsrecht (Hannover 1807) § 248 S. 467 u. Angeführte.

<sup>63)</sup> Dedell aaD. §§ 3, 5, 11; dafür Titius, spec. iur. Priv. Rom.-Germ. X 11 §§ 7—8; Gassen-D. 3. Sept. 1735 (CCM. V 358), Einl. vgl. schon CCM. V 314.

\*) Besondere Abtüzungen des § 4. Suarez, Ideen = Entwurf I 3, Titel von den Regalien (Materialien zum *NR.* im Preuß. Justizministerium zu Berlin, Bd. 19 Fol. 10 ff.); Suarez, Allgemeine Ideen über die Lehre von den Regalien nebst einer Deduktion derselben (aaD. 37 ff.); E. I = Entwurf I 3, Titel von den Regalien; Suarez, Concept des ersten Entwurfs (aaD. 47 ff.).

<sup>1)</sup> Suarez, Ideen 39.

<sup>2)</sup> Vgl. unten.

<sup>3)</sup> §§ 4 u. 8; besonders deutlich § 11: Gegen den Genuß der dem Staate von den Landstraßen zukommenden Nutzungen ist er verpflichtet.

<sup>4)</sup> Suarez, Ideen 38.

entsprechen dem bisherigen Rechtszustande. Sie werden noch in anderem Zusammenhange zu würdigen sein.

II. Die auf Grund der staatlichen Begeherrlichkeit bestehenden Verkehrsmittel sind die Land- und Heerstraßen, das sind „Wege, die von einer Gränze des Landes zu einer anderen, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte, entweder zu einem anderen oder zu Meeren oder Hauptströmen führen“ (II 15 § 1). Also sind es Wege, die dem Durchgangsverkehr dienen<sup>5)</sup>. Städtische Straßen sind nicht darunter verstanden.

Das „Recht in Ansehung der Landstraßen“ steht dem Staat zu (II 15 §§ 2 ff.), ist also ein publizistisches. Daher ist auch die in seiner Ausübung beherrschte (II 15 §§ 2/3), neu angelegte (II 15 § 16) oder verlegte (II 15 § 4) Landstraße eine dem öffentlichen Recht unterstehende Veranstaltung. Außerdem gilt für die Land- und Wasserstraßen das bürgerliche Recht. Der Vorschlag von Tevenars, sie als *res communes* zu klassifizieren<sup>6)</sup>, ist nicht durchgedrungen. Vielmehr bestimmt URK. II 14 § 21:

„Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Hafen sind ein gemeinsames Eigentum des Staats (Tit. 15 Abschn. 1 und 2).“

Dieses gemeine Staatseigentum ist kein nicht mit Sicherheit zu bestimmendes Recht<sup>7)</sup> und kann auch nicht als Beleg der Lehre vom öffentlichen Eigentum in Anspruch genommen werden. Es handelt sich vielmehr um das Sachenrecht des URK. I 8 § 1.

1. Dies ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte von II 14 § 21. Schon in seiner ersten Vorarbeit für das Regalrecht legt Suarez dar, daß dem Staat als Bestandteile des Staatsvermögens außer Domänen und Monopolen<sup>8)</sup> „gewisse Dinge zu seiner privativen Benutzung angewiesen“ sind, und daß ihm „eine Art von Eigentum darüber eingeräumt ist“<sup>9)</sup>. Daß er diese „Art von Eigentum“ nicht als Quasi-Eigentum auffaßt sondern Art als Un-

<sup>5)</sup> Vgl. oben § 3 Anm. 45.

<sup>6)</sup> Monita des Regierungspräsidenten von Tevenar (seil. zu C. I) in Mat. URK. XIX Fol. 147.

<sup>7)</sup> So Biermann, Öffentliche Sachen (Gieß. Progr. 1905) 19 bei Anm. 2.

<sup>8)</sup> Suarez, Ideen 39<sup>v</sup> f.

<sup>9)</sup> Suarez aaD. 39.

terbegriff der Gattung versteht, zeigt die weitere Erörterung. Es sind Sachen, die „dem Eigentum und Commercio privatorum entzogen sind und die Nutzungen daran dem Oberhaupt des Staats... bengelegt“<sup>10)</sup>. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung<sup>11)</sup> handelt es sich nur um die Bezeichnung des berechtigten Subjekts, um den Ausschluß der „Particuliers“. Zu diesen Sachen gehören auch die *viae publicae*<sup>12)</sup>. Demzufolge bestimmt E. I § 30<sup>13)</sup>:

„Das eigenthümliche Staatsvermögen besteht aus Domänen und niederen Regalien.“

und ebenso E. I § 99<sup>14)</sup>:

„Grund und Boden der Land- und Heer-Straßen ist das Eigentum des Staates.“

In Carmers Gegenentwurf<sup>15)</sup> erscheint bei der Begriffsbestimmung des *Fiscus* zuerst das „besondere Eigenthum“. Vgl. § 9<sup>16)</sup>:

„Alle Arten der Staats-Einkünfte, welche aus der Besteuerung aus dem besondern Eigentum, nutzbaren Regalien und andern Staatsabgaben fließen, werden unter der Benennung des *Fiscus* begriffen und haben besondere Vorzugs-Rechte.“

Da unter den Regalien beim Fehlen einer eigenen Carmerschen Begriffsbestimmung<sup>17)</sup> die Nutzungsrechte des E. I § 35<sup>18)</sup> zu verstehen sind, so ist „besonderes Eigentum“ dasjenige an den Domänen. Ebenso wie das Recht des Staates an den Land- und Heerstraßen (Carmers E. § 24)<sup>19)</sup> ist dieses besondere

<sup>10)</sup> Suarez aaD. 39 v.

<sup>11)</sup> Vgl. oben § 3 bei Anm. 51 ff., S. 21.

<sup>12)</sup> Suarez aaD. 40.

<sup>13)</sup> Mat. XIX Fol. 49.

<sup>14)</sup> Mat. XIX Fol. 53 v.

<sup>15)</sup> Mat. XIX Fol. 151 ff.

<sup>16)</sup> aaD. 154 v.

<sup>17)</sup> Suarez in Mat. XIX Fol. 168.

<sup>18)</sup> Fol. 49 v: „Alle nutzbaren Rechte des Staats, die weder unmittelbare Folgen eines Majestäts-Rechts, noch Domänen sind, werden unter dem Rahmen der niederen Regalien begriffen.“

<sup>19)</sup> Mat. XIX Fol. 155: „Auch allgemeine, Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres, die Häfen und alle daraus entstehende, oder damit verbundene Nutzungen, sind ein Eigenthum des Staates.“

Eigentum ein bürgerlichrechtliches (arg. Carmers E. § 17)<sup>20</sup>). Suarez wünschte den negativen Regalbegriff des E. I § 35 durch einen affirmativen zu ersetzen<sup>21</sup>). Regalien sind die Nutzungsrechte aller im Eigentum des Staates stehenden Sachen mit Ausnahme der Domänen. Also war für sie ein Oberbegriff notwendig, um in Beziehung auf ihn die Regalien positiv bestimmen zu können. Deshalb führte Suarez in seinen E. I § 31 das Carmersche „besondere Eigenthum“ ein<sup>22</sup>). Der Gegensatz des „besonderen“ ist das „gemeine“. So war die Möglichkeit

<sup>20</sup>) Mat. XIX, Fol. 155 lautet das Marginale: „Von dem besonderen Eigenthum des Staats. Domainen § 17: „Einzelne Grundstücke und deren Eigentum dem Staat zur Nutzung vorbehalten werden, werden Domainen genannt.“

<sup>21</sup>) Vgl. nächste Anm.

<sup>22</sup>) Mat. XIX fol. 166. Suarez Revision des Titels I und II<sup>22a</sup>)

fol. 168.

Die Def von Domainen ist  
Einzelne Grundstücke und Ge-  
sonderes<sup>22b</sup>)

fälle, deren Eigentum dem  
Staat, und die ausschließende  
Benutzung dem Oberhaupt desselben

~~vorbehalten werden~~  
~~selben~~<sup>22c</sup>) zukommt.

Die Def von niederen

Regalien

Die Nutzungsrechte vorstehender  
Art des gemeinen Staats Eigenthums  
werden niedere Regalien genannt.

nb. post § 26.

Warum der § 26 wegge-  
blieben, sehe ich nicht

Der § 35  
bestimmt den  
Begriff

der niederen Regalien, der  
in der Revision  
nirgends angegeben

ist. Daß die Definition neg-  
ativ ist, kommt daher,  
weil sich  
eine affirmative nicht  
gut gebrauchen läßt. Cf. No-  
tatum vor v. Levenar.

<sup>22a</sup>) d. i. zu Carmers Entwurf.

<sup>22b</sup>) Beachtlich ist die Hinzufügung des „besonderes“ in dem Zwischenraum, nachdem zuerst in Übereinstimmung mit E. I § 31: „Eingle Güter, Grundstücke und Gefälle, deren Eigentum der Staat vorbehalten, und die Einkünfte zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse bestimmt werden, werden Domainen genannt“, nur vom „Eigenthum“ die Rede gewesen war.

<sup>22c</sup>) In der Urschrift durchstrichen.

gegeben, den Domänen die anderen zum Staatsvermögen gehörigen Sachen unter einem Begriff gegenüberzustellen. Dann stand auch einer positiven Fassung des Regalbegriffs nichts mehr im Wege. Diese ausdrucksmäßigen Gründe haben zur Aufnahme des „gemeinen Staatseigentums“<sup>23)</sup> in E. II § 21 mit § 24<sup>24)</sup> und in das Gesetzbuch geführt. Damit war E. I § 99<sup>25)</sup> überflüssig geworden, da er nur eine besondere Anwendung des jetzt in E. II § 21 ausgesprochenen Grundsatzes enthielt.

2. Das gewonnene Ergebnis der Privatrechtsfähigkeit der Land- und Heerstraßen entspricht auch den einschlägigen Bestimmungen des ALR.

Domänen können zuf. II 14 § 16 veräußert werden, stehen also im Privateigentum. Nun bestimmt § 25:

„Dieses gemeine Staatseigentum selbst in den Domainen völlig gleich zu achten“

Daher gilt von den ihm unterworfenen Sachen das gleiche<sup>26)</sup>.

Daraus ergibt sich ferner, daß auch die Gegenstände des gemeinen Eigentums veräußerungsfähig sind. Mithin ist es für sie, insbesondere für die Landstraßen, unerheblich, ob der Staat oder ein anderes Subjekt das Eigentum innehat. Ihre Eigenschaft als Gegenstand besonderer staatlicher Zuständigkeit ist von dieser zivilrechtlichen Beziehung unabhängig. Also ist wesentliches Merkmal nur die Unterwerfung unter die „Rechte des Staates“<sup>27)</sup>: Die Land- und Heerstraße nach allgemeinem Landrecht ist ein öffentliches Rechtsverhältnis. Diese Entwicklung des Begriffs stellt eine Folge der Staatsauffassung des ALR. dar.

III. Die im ALR. II 15 geregelten Befugnisse des Staats waren dort weder im Sinn der älteren Lehre als höhere Regale

<sup>23)</sup> Der Ausdruck ist ein *év δία δνοίν*, da „gemein“ auch noch im damaligen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit „publicus“ war (Grimms W.B. Bd. 4 I 2, s. h. v. Ziff. 3 S. 3175), wenn der Ausdruck auch besonders auf das Gemeinvermögen angewendet wurde (Grimm aaO. 3177).

<sup>24)</sup> Mat. XIX 187.

<sup>25)</sup> Oben bei Anm. 14.

<sup>26)</sup> Anschüß im BerwArch. V S. 83.

<sup>27)</sup> Marginale zu II 15 §§ 2 ff.

bezeichnet, noch gehörten sie zu den Majestätsrechten. Die Lehre, daß die öffentlichen Wege eine Sache der Landespolizei seien<sup>28)</sup>, wurde von der Wissenschaft des Staatsrechts und des deutschen Privatrechts weitergeführt<sup>29)</sup>, somit die Rechte an ihnen als Bestandteile der „höchsten Gewalt“<sup>30)</sup>, als „Hoheitsrechts“<sup>31)</sup> aufgefaßt. Auch hielt man im Gegensatz zum ALR. als an einem wesentlichen Begriffsmerkmal der öffentlichen Wege daran fest, daß sie zum allgemeinen Verkehr dienen<sup>32)</sup>. Die Eigentumsverhältnisse wurden als zwar bestehend, aber unerheblich erachtet<sup>33)</sup>. Landrechtlich war bei der Veräußerlichkeit des Grund und Bodens der Heerstraßen nur ihre öffentlich-rechtliche Beziehung wesentlich<sup>34)</sup>. Im Einklang mit jener Lehre und mit der gemeindeutschen Rechtsprechung<sup>35)</sup> teilte daher die preußische Rechtsprechung nach der Zweckbestimmung ein<sup>37)</sup>. Das Obertribunal erwägt, daß auch andere Verbindungen von Orten als die Landstraßen, die sog. Kommunikations- oder Bizinalwege<sup>38)</sup>, von allen benutzt werden und dem gleichen

<sup>28)</sup> Vgl. oben § 3 Anm. 36.

<sup>29)</sup> Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1.) § 270 S. 659; von Berg, Polizeirecht III (2) 547 ff.; E. F. Hagemeister, Einl. in das mecklenb. Staatsrecht (Kostock u. Leipzig 1793) §§ 98, 101 a; Runde - Danz, Hb. des heutigen d. PrR. I (2. Aufl. Stuttgart 1800), §§ 126/7; Just. Chr. Leist, Teutisch. StaatsR. (2. Aufl. Göttingen 1905) § 211; Schmalz, Teutisch. StaatsR. (Halle 1805) § 344.

<sup>30)</sup> Eichhorn aaO. § 263 S. 645.

<sup>31)</sup> Danz aaO. § 126; Rühl, Gemeines teutisch. PrR. (Darmstadt 1824) § 87 S. 75; Runde, Grundf. d. gem. d. PrR. (8. Aufl. Göttingen 1829) § 101 b.

<sup>32)</sup> Gesetzes Revision Pensum XII (Berlin 1830), Mot. 163; Eichhorn aaO.; Philipps, Grundf. (2. Aufl. 1838) 551; vgl. ferner Braunschw. Wg.D. vom 11. Mai 1840 (GesWBl. 157) § 2 a und b.

<sup>33)</sup> Maurenbrecher, Deutsches Privatrecht I 132.

<sup>34)</sup> Oben bei Anm. 28; Bieltz, Prakt. Komm. zum ALR. (Erfurt 1830) VIII 661.

<sup>35)</sup> Vgl. vor allem die Ausführungen in JSDWB. XV 175 ff.; ferner DLG. Kostock II 69, V 293; DLG. Jena, 12. Jan. 1832 (Seufferts Arch. VII Nr. 9); DLr. Stuttgart, 9. Juni 1843 (Seufferts Arch. III Nr. 148); DL. Darmstadt, 2. Juni 1863 (Seufferts Arch. XVIII Nr. 13).

<sup>37)</sup> Scholz, Kurmärktisches Prov.R., Entwurf I § 639, II 577 ff.

<sup>38)</sup> Zwei gleichlautende Ausdrücke; DLG. Breslau, 6. Jan. 1837 (Schlef. Arch. II 323).



Zweck wie jene dienen<sup>39)</sup>. Die Rechtsprechung kommt ferner zu dem Ergebnis, daß die Gemeindewege, in Ansehung derer das ALR. ohne nähere Erörterung nur die Unterhaltungspflicht regelt, sich beim Vorliegen der gleichen Voraussetzungen — nicht bei Verkehr nur innerhalb der Gemeinde — von den vorerwähnten Wegen nicht unterscheiden. Sie entwickelt also aus ALR. II 15 § 1 durch seine entsprechende Anwendung den Begriff der „Landstraße im weiteren Sinn<sup>40)</sup> oder des öffentlichen Weges als aller Wege, welche zur Verbindung von Ortschaften und zum gemeinen Verkehr dienen im Eigentum des Staates (Landstraßen i. e. S.) oder im Eigentum von Gemeinden und Privaten“<sup>41)</sup>. Die übrigen wegerechtlichen Vorschriften werden auf die öffentlichen Wege erstreckt<sup>42)</sup>. Die entsprechende Anwendung war unstatthaft mit Rücksicht auf ALR. I 8 § 32:

„In allen Fällen aber können Einschränkungen des Eigentums, welche nicht aus besonderen wol erworbenen Rechten eines Andern entspringen, nur durch Gesetz begründet werden.“<sup>43)</sup>

Es hat sich hier jedoch durch Gerichtsgebrauch ein Gewohnheitsrecht gebildet<sup>44)</sup>.

Diese Auffassung des öffentlichen Weges wurde von der späteren Lehre des neunzehnten Jahrhunderts<sup>45)</sup> und von der preußischen Praxis (der Verwaltung<sup>46)</sup> wie der Ge-

<sup>39)</sup> 8. Mai 1858 (Striethorsts N. 29 Nr. 63 S. 285); 8. Febr. 1868 (aaD. 74 Nr. 4 S. 16).

<sup>40)</sup> Eichhorn, Einl. (4. Aufl. Göttingen 1836) § 272.

<sup>41)</sup> DLG. Breslau, 13. Jan. 1838 (Schlesl. II 235 ff.); DTr. 9. Okt. 1837 (Schlesl. II 361); DTr. 8. Mai 1869 (Striethorsts N. 74, 16).

<sup>42)</sup> DTr. 12. Juli 1876 (55, 195) u. Angef.

<sup>43)</sup> Besefer aaD. II 113.

<sup>44)</sup> Vgl. R.G. 6. Nov. 1880 (2, 185).

<sup>45)</sup> H. A. Zacharia, Das Staats- und Bundesrecht II (2), § 196 II; Besefer aaD. II § 76 S. 16; Mohl, Württ. Staatsrecht II (2. Aufl. n. Ausg.) §§ 244/5; von Daniels, Preuß. Pr. R. (Berlin 1851) 78 ff.; Stobbe, Deutsch. Pr. R. I (3) 599; Heimbach in Weiskes Rechts-Lex. s. v. unter Wege und Straßen 468 ff.; Joerftermann, Princ. preuß. Pol. R. 348; Förster-Eccius, Preuß. Pr. R. I (7) § 21 S. 112 ff.; Dernburg, Preuß. Pr. R. I (5) § 67 S. 137; Kraft, Wegerecht und Haftpflicht (Gruchots Beitr. 58, 101) 121.

<sup>46)</sup> Min. Jnn. 31. Juli 1840 (MinBl. 323).

richte<sup>47)</sup>) beibehalten. Sie hat ihren Ausdruck in Preußen zuerst durch Gesetze nicht wegerechtlichen Inhalts erhalten. Das Gesetz betreffend Grundsteuerbefreiungen vom 24. Februar 1850 (G. S. 62) § 2 bestimmt:

Ausgenommen von der Bestimmung des § 1 bleiben diejenigen Grundstücke, welche dem Staate, den Provinzen, den Kreisen oder den Gemeinden gehören, insofern sie zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind, insonderheit also:

a) Gassen, Plätze, Brücken, Land- und Heerstraßen, . . .

Also können auch „Gassen, Plätze, Fahr- und Fußwege“ zu einem öffentlichen Dienst oder Gebrauch bestimmt sein, und sie „gehören“, stehen also im öffentlichen Eigentum. Auch die G. B. O. vom 5. Mai 1872 § 2 Abs. 1 sprach von öffentlichen Landwegen und von deren Eigentümer. Ebenso verfährt die Kgl. Verordnung vom 13. November 1899 (G. S. 519) § 1. Vom „Eigentum des Staates an den Staatschauffeen“ handelt Dot. G. vom 8. Juni 1875 (G. S. 497) § 18 Abs. 2. Vgl. ferner G. betr. die Abänderung der Wegegesetze im Regierungsbezirk Cassel vom 16. März 1879 (G. S. 225) § 8 Abs. 1.

IV. Die gesetzestechische Entwicklung des Begriffs über ALR. II 15 § 1 sowie über die Einteilung der öffentlichen Wege in Landstraßen im engeren und weiteren Sinne hinaus beruht auf außerpreußischen Vorbildern.

Die Schleswig-Holsteinische Wg.-O. vom 1. März 1842 (Chron. Samml. der B., V, IV 191) bestimmt:

„§ 6 Satz 1: Jeder Weg, der für den gemeinen Verkehr zu benutzen und demselben nicht mittels Anerkennung eines entgegenstehenden Privatrechts entzogen ist, gehört den öffentlichen Wegen an.“

„§ 13 Satz 1: Der Grund und Boden der öffentlichen Wege ist der Privatdisposition entzogen.“

<sup>47)</sup> Vgl. die Rechtsprechung bei Koch, ALR. (8) zu I 8, Anm. 3. Ferner DTr. 2. Febr. 1870 (Striethorfts N. 79 Nr. 10); DTr. 12. Juli 1875 (E. 75, 158) u. Angef.; DVG. 29. Sept. 1886 (17, 285); Comp. Ger. S. 8. Jan. 1898 (Bl. 19, 358); R. G. 16. Juni 1899 (Bl. 21, 197).

Diese Entziehung bedeutet nicht, wie man aus dem Wortlaut schließen könnte, eine Verneinung privaten Rechts am Grund und Boden. Sie umschreibt vielmehr (das ist jedenfalls die Auffassung des Schleswig-holsteinischen Schrifttums aus den 50er Jahren<sup>48)</sup> und der Standpunkt der Praxis<sup>49)</sup>) lediglich den Vorrang der vom Staat zwecks Ermöglichung des Gemeingebrauchs angeordneten Eigentumsbeschränkung.

Ähnlich bestimmt das Hannov. G. über die Gemeindewege (G. S. 1850 I 141) § 2:

„Öffentliche Wege sind solche Wege, welche zu allgemeinem Gebrauch dienen und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können.“<sup>50)</sup>

Dieser Satz ist wörtlich in die Wegeordnung für die Provinz Sachsen § 1<sup>51)</sup> übernommen worden. Ihm entspricht Wg. O. Westpr. § 2 Abs. 1. Die ausdrucksmäßige Weiterbildung des Instituts zur Publizität brachte Wg. O. Pos. § 2 Abs. 1:

„Öffentliche Wege sind Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit dem allgemeinen Verkehr gewidmet sind.“

Auf Anregung des Ostpreussischen Provinziallandtages<sup>52)</sup> ist, ohne daß hierdurch eine sachliche Änderung bezweckt oder herbeigeführt wäre, demgegenüber Wg. O. Ostpr. § 2 Abs. 1 dahin geändert:

„Öffentliche Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind.“

V. Das Eigentum an dem öffentlichen Wege ist als eine Erscheinungsform des landrechtlichen Eigentums gemäß GG. 3. BGB. Art. 181 in das Eigentum des BGB. übergegangen<sup>53)</sup>.

<sup>48)</sup> N. Falck, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht V 1 (Altona 1848) § 105 S. 131 ff.

<sup>49)</sup> Regierung Schleswig, 15. Dez. 1885 (C. G. Rühl, Schleswig-Holsteinische Wege-Gesetzgebung 296).

<sup>50)</sup> Vgl. ferner Oldenb. Wg. O. vom 12. Juni 1861 (G. S. 17, 779) Art. 1 § 2: Öffentlich ist jeder Weg, welcher dem gemeinen Verkehr nicht kraft Privatrechts entzogen werden kann.

<sup>51)</sup> Diese Bestimmung mißt eine über ihr Geltungsgebiet hinausgehende allgemeine Bedeutung bei RGZ. 30. Nov. 1898 (J. W. 1899, 20).

<sup>52)</sup> Vdlg. 22. Ostpr. Prov. Stg. 1909 II 87.

<sup>53)</sup> Wg. O. Ostpr. § 6.

Es besteht, ist aber „für die Frage der Öffentlichkeit des öffentlichen Weges nicht entscheidend, für dieselbe bedeutungslos“<sup>54</sup>). Das gleiche gilt auch von den beschränkten dinglichen Rechten am Wegekörper und von Forderungsrechten, die den Wegekörper zum Gegenstand haben. Das Eigentum ist beschränkt<sup>55</sup>). Den Umfang dieser Beschränkung wird die weitere Erörterung darlegen. In soweit diese Beschränkung dem „nicht entgegensteht, kann der Eigentümer mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Er kann also z. B. dingliche Rechte bestellen<sup>56</sup>), Pachtverträge vereinbaren — etwa über den Ertrag ihm gehöriger Obstbäume auf dem öffentlichen Wege —, Beeinträchtigungen des Eigentums abwehren<sup>57</sup>), überhaupt mit der angeführten Maßgabe sein Eigentum in jedem Betracht ausüben<sup>58</sup>). Auch unterliegt das Grundstück der Zwangsversteigerung<sup>59</sup>). Das alles regelt sich nach den Sätzen des bürgerlichen Rechtes. Für unsere Erörterung, die sich mit dem Inhalt des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses befaßt, scheiden diese rechtlichen Beziehungen des Wegekörpers aus<sup>60</sup>).

## § 5. Stellungnahme zu bisherigen Begriffsbestimmungen des öffentlichen Weges.

I. Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß nach geltendem preußischen Recht die öffentlichen Wege eigentumsfähig sind. Mithin ist die Otto Meyersche Lehre vom öffent-

<sup>54</sup>) DBG. 3. Febr. 1891 (20, 219) u. Angeführte.

<sup>55</sup>) DBG. 22. Jan. 1900 (36, 240). R.G. 11. Jan. 1916 (88, 16).

<sup>56</sup>) R.G. 12. Juni 1895 (G r u c h o t s Beitr. 39, 881). Auf die sehr ungünstige rechtliche und wirtschaftliche Stellung des dinglich Berechtigten weist hin Schulkenstein, Hypothek und Wegerecht (D.J.Z. 1911, 1523). Die Sicherung der Drittberechtigten sucht Bad. Orts-Strassen-Ges. (o. S. 8) § 27 Abs. 4 zu erreichen, in dem ihre Benachrichtigung und Anhörung vor Eintragung der Baulast vorgeschrieben ist.

<sup>57</sup>) Komp.Gerichtsh. 8. Jan. 1898 (Bl. 19, 359).

<sup>58</sup>) R.G. 16. Juni 1899 (Bl. 21, 197).

<sup>59</sup>) DLG. Dresden 8. April 1902 (Fischer's J. 25, 252).

<sup>60</sup>) Wenn auch eine erhebliche Wertminderung der betroffenen Liegenschaften außer Frage steht, so geht doch G u b a s Annahme (aaO. [o. § 1 Anm. 16] 21) zu weit, daß hier jede privatwirtschaftliche Wertgrundlage fehle.

lichen Eigentum, jedenfalls soweit es sich um die Rechtsverhältnisse öffentlicher Wege nach preußischem Recht handelt, nicht begründet.

Aber nehmen wir an, das preußische Recht hätte sich so entwickelt, daß es die Mayersche Begriffsbildung gerechtfertigt hätte. Dann wären diese Rechtsätze am 1. Januar 1900 außer Kraft getreten, weil sie mit dem Reichsrecht unvereinbar sind.

BGB. § 90 bestimmt:

„Sachen im Sinne dieses Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.“

Also werden nur körperliche Gegenstände, aber auch alle körperlichen Gegenstände, von dem Sachbegriff des Gesetzbuchs erfaßt. § 90 ist eine sogenannte begriffsentwickelnde Norm. Ihr Inhalt ist in alle Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches einzuführen, die von Sachen handeln. Within finden auch die Vorschriften über das Eigentum auf sie Anwendung. Der Grund und Boden, auf dem ein öffentlicher Weg besteht, ist ein körperlicher Gegenstand. Er wäre von der allgemeinen Regel, insbesondere also von den Vorschriften über das Eigentum nur dann auszunehmen, wenn dies entweder reichsrechtlich angeordnet wäre (gemäß EG. z. BGB. Art. 32 bzw. durch späteres Gesetz), oder wenn es sich um ein Gebiet des Landesvorbehaltrechts handelte. Beides ist nicht der Fall. Es besteht keine reichsrechtliche Vorschrift, welche den als öffentliche Wege verwendeten Grundstücken gegenüber den privatrechtlichen Vorschriften allgemein oder insbesondere im Verhältnis zum Eigentumsrecht eine Sonderstellung einräumte. Das Gegenteil ergibt sich aus BGB. § 911:

„Früchte, die von einem Baum oder einem Strauch auf ein Nachbargrundstück herunterfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauch dient.“

Wären die Grundstücke, die dem öffentlichen Gebrauch dienen, eigentumsunfähig, so ergäbe sich schon hieraus der Inhalt der angeführten Bestimmung, die dann also überflüssig wäre. Der

gleiche Standpunkt der Reichsgesetzgebung ergibt sich ferner aus G.B.D. § 90. Aktiv legitimiert für den Ausbuchungsantrag ist derjenige, welchem das Eigentum an einem Grundstück zusteht (Abs. 2). Da zu diesen Grundstücken auch die öffentlichen Wege gehören (Abs. 1), so muß auch an ihnen ein Eigentum möglich sein<sup>1)</sup>.

Das Wegerecht gehört ferner nicht zum Landesvorbehaltsrecht. Die „Regulierung der Wege“ (E.G. z. B.G.B. Art. 113) ist nicht gleichbedeutend mit Wegerecht<sup>2)</sup>. Durch E.G. Art. 55, 109, 111 sind die einzelstaatlichen Gesetzgebungen nur zur Enteignung oder zur Beschränkung des Eigentums selbst oder in Ansehung tatsächlicher Verfügungen ermächtigt. Darin liegt aber nur die Befugnis zur „Zurückdrängung“<sup>3)</sup>, nicht zur Ausschließung des Eigentums. Die reichsrechtliche Regelung dieser Verhältnisse kann auch nicht durch einen landesrechtlichen Satz ausgeschlossen werden, der öffentliches Recht enthält. Es geht zwar öffentliches Recht dem privaten vor, und die einzelstaatliche Gesetzgebung scheidet innerhalb ihrer Zuständigkeit diese Rechtsgebiete. Aber nur innerhalb ihrer Zuständigkeit: Reichsprivatrecht bricht öffentliches Landesrecht (R.V. Art. 2 Satz 1)<sup>4)</sup>. Wenn ein Institut von Reichs wegen dem Privatrecht zugeordnet ist, so ist das Landesrecht nicht befugt, darüber publizistische Bestimmungen zu erlassen. Auch können gemäß E.G. zum B.G.B. Art. 55 privatrechtliche Vorschriften über Wegeangelegenheiten nicht mehr erlassen werden.

II. Daher sind diejenigen Normen ungültig geworden, welche entsprechend dem regelmäßigen tatsächlichen Zustand eine gesetzliche Vermutung des Inhalts aufstellten, daß das

<sup>1)</sup> Im Ergebnis übereinstimmend Biermann aaO. S. 15 Anm. 3. Fleiner § 15 Anm. 11; Württ.B.G.H. 1. Mai 1907 (Württ.Z. 19, 347).

<sup>2)</sup> Loening, in Sten.B.H.H. Sess. 1904/05 S. 439; Biermann, Bürgerliches Recht I § 106 Ziff. 5 § 383; Friedrichs in Gruchots Beitr. 62, 457.

<sup>3)</sup> Fleiner § 20 Anm. 15.

<sup>4)</sup> Laband, Staatsrecht III (5) § 84 S. 38. Diesen Vorrang des bürgerlichen Reichsrechts vor dem öffentlichen Landesrecht verkennt Schmidt. Grundbegriffe des Wegerechts (Fischers Z. 43, 1 ff.) 46.

Eigentum am Körper öffentlicher Wege dem Träger der Wegebaupflicht zustehende. Das gilt insbesondere von Wg.D. Sachsen § 9:

„Die unbeschadet des allgemeinen Gebrauchs zulässige Nutzung der öffentlichen Wege und ihrer Zubehörungen steht, soweit nicht ein Anderer kraft privatrechtlichen Titels darauf Anspruch hat, den Wegebaupflichtigen zu.“<sup>5)</sup>

Aus den angeführten Gründen ist die vom Regierungsentwurf § 6 vorgesehene Übernahme des § 9 der Wg.D. Sachsen in die erste nach dem 1. Januar 1900 erlassene Wegeordnung, die westpreußische, auf Veranlassung Loenings und im Einverständnis der Staatsregierung nicht erfolgt<sup>6)</sup>.

Nichtig ist daher auch Bad. N.G. zum BGB. vom 17. Juni 1899 (G. u. V.Bl. 229) Art. 12 Abs. 1:

„Die dem Gemeingebrauch gewidmeten Wege und Plätze stehen im Zweifel im Eigentum derjenigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, welcher die Unterhaltungspflicht obliegt.“<sup>7)</sup>

Nichtig ist ferner Abs. 2 des angeführten Artikels:

„An diesen Grundstücken können, solange sie dem Gemeingebrauch gewidmet bleiben, dingliche Rechte nicht begründet werden.“

Er enthält ein Verfügungsverbot<sup>8)</sup>, zu dem die Landesgesetzgebung nicht befugt ist. Auch wenn man mit Dorner<sup>9)</sup> dieses Verbot als nicht an Privatpersonen, sondern nur an öffentlichrechtliche Verbände gerichtet ansieht, kann ihm keine Geltung zugesprochen werden.

---

<sup>5)</sup> Loening aaD. 440. Abweichend Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II 2, S. 13, der diese Bestimmung als gültig ansieht, allerdings ohne auf die erörterte reichsrechtliche Frage einzugehen.

<sup>6)</sup> Angef. Sten.B. 339ff. Hier haben also die gesetzgebenden Faktoren die Lehre vom privatrechtlichen Eigentum an den öffentlichen Sachen durch genaue Beachtung des Reichsrechts der „immerhin peinlichen Aufgabe“ entzogen, „Landesgesetze einfach für nichtig zu erklären“. Die Ausführung entstammt Otto Mayer im N.D.R. 21 (1907) 513.

<sup>7)</sup> Anschütz, Jurist. Lit.Bl. 19, 217.

<sup>8)</sup> Dorner, Bad.N.G. zum BGB. Art. 12 Bem. 13ff. S. 135.

<sup>9)</sup> aaD. Bem. 14 d S. 138.

III. Sonst sind, soweit ich sehe, derartige Normen nicht erlassen<sup>10)</sup>. Für das Gebiet des Sächsischen Rechts ist die Privatreehtsfähigkeit der Weggrundstücke im Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 9. Februar 1910<sup>11)</sup> unter ausdrücklicher Stellungnahme gegen Otto Mayer<sup>12)</sup> dargelegt. Das gleiche gilt für diejenigen Gebiete, in denen C. C. art. 538, der Ausgangspunkt der französischen Lehre von *domaine public*, rezipiert ist. Diese Anschauung konnte bei Einführung der entsprechenden Sätze schon deshalb nicht übernommen werden, weil sie in der französischen Lehre erst erheblich später (1833) aufgestellt wurde<sup>13)</sup>. Sie drang aber auch in der Folge nicht durch. Die betreffenden Gesetze waren zwar Übersetzungen des C. C. art. 538, aber doch selbständige<sup>14)</sup> und im Einklang mit der deutsch-territorialen<sup>15)</sup>, nicht mit der französischen Staatsverfassung auszulegende Rechtsätze<sup>16)</sup>.

Im badischen VRS. 538<sup>17)</sup> wurden die Bezeichnungen „Staats- und Privateigentum“ schon vom Kodifikator nicht als besondere Sachbegriffe, sondern im Einklang mit der gemeindeutschen Auffassung<sup>18)</sup> als Benennung der berechtigten Subjekte aufgefaßt<sup>19)</sup>. Daher lautete die Überschrift des betreffenden Kapitels 3 zum Buch II Titel 1:

<sup>10)</sup> Mandry, Württ. Pr. R. I 208; von Buchta, Medlenb. VPR. § 20 S. 83; OLG. Rostock 7. Jan. 1909 (Medl. Z. 27, 234). Zulässig ist insbesondere Oldenb. Wg. O. Art. 43, da er durch EG. zum BGB. Art. 126 gedeckt wird. Vgl. ferner Württ. VGS. 1. Mai 1907 (Württ. Z. 19, 347).

<sup>11)</sup> J. 15, 175f.

<sup>12)</sup> aaO. 196f.

<sup>13)</sup> Fèze, Französisches Verwaltungsrecht 239 Anm. 3.

<sup>14)</sup> Zachariä-Anschütz, Französisches Zivilrecht I (5) 29 Anm. 11.

<sup>15)</sup> Bad. I. C. E. § 18: „Unsere Konstitutionsedikte bleiben, auch soweit sie auf Gegenstände des bürgerlichen Rechts Bezug haben, in ihrer vollen unveränderten Geltung . . .“ Crome, Allg. Teil der franz. Zivilrechtswissenschaft § 19 Anm. 21.

<sup>16)</sup> R. S. Zachariä, Staatsrecht der rheinischen Bundesstaaten 43f.; Zeime, Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Eigentums im Elsaß-Lothringischen Rechte (Els. Lothr. Z. 38, 144) insbes. 156ff.

<sup>17)</sup> „Als Zugehörden des Staatseigentums werden betrachtet die Wege, Straßen und Gassen, welche der Staat unterhält: und überhaupt alle Teile des Staatsgebiets, die nicht im Privateigentum sein können.“

<sup>18)</sup> Oben § 4.

<sup>19)</sup> Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon I 387, 393.



„Von der Verschiedenheit der Sachen nach ihrem Inhaber.“

Ebenso haben badische Lehre<sup>20)</sup> und Praxis<sup>21)</sup> — gelegentlich unter ausdrücklicher Ablehnung der französischen Auffassung<sup>22)</sup> — an der Eigentumsfähigkeit der öffentlichen Wege festgehalten. Bad. UG. zum BGB. Art. 12 Abs. 2, in dem die entsprechende Auffassung ausgedrückt war, und bei dessen Beratung die Theorie vom öffentlichen Eigentum ausdrücklich abgelehnt wurde<sup>23)</sup>, ist allerdings nichtig<sup>24)</sup>. Die Eigentumsfähigkeit ist jedoch neuerlich anerkannt im G. vom 16. August 1900 (G. V. Bl. 942) § 1 a. E. („Das Eigentum am Straßengelände“).

III. Man hat die Sachen, deren sich der Staat oder ein anderer öffentlichrechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, öffentliche im weiteren Sinne genannt<sup>25)</sup>. Nach Ausschcheidung des Finanzvermögens sind die dann verbleibenden Sachen, die Sachen im Gemeingebrauch und das Verwaltungsvermögen, unter dem Begriff der öffentlichen Sachen im engeren Sinne zusammengefaßt<sup>26)</sup>. Die aufgezeigte Zweifelhait der Rechtsbeziehungen der Weggrundstücke, die öffentlichen Herrschaftsrechte und das Eigentumsrecht, wird („eine Summe von zwei rechtlichen Bestandteilen“) als begriffswesentlich für die öffentlichen Sachen im engeren Sinne angesehen. Soweit den Ausgangspunkt der Erörterungen das bürgerliche Recht bildet, wird gehandelt von Sachen, an denen öffentliche Eigentumsbeschränkungen bestehen<sup>27)</sup>. Diese bürgerlichrechtliche Fragestellung

<sup>20)</sup> R. S. Zachariä, H. B. des franz. Civilrechts I (1. Aufl. 1810) 99 und in den folgenden Auflagen; Frey, Bad. Landrecht (Karlsruhe 1848) 194; Behagel, Bad. bürgerl. Recht zuletzt I (3. Aufl. 1892) § 84 II; Dorner-Seng, Bad. Landesprivatrecht § 36 Ziff. 4.

<sup>21)</sup> H. G. Unterrheinkreis 24. Juni 1864 (Bad. Ann. 30, 15); D. H. G. 9. Nov. 1875 (Bad. Ann. 42, 234); R. G. 13. April 1880 (Bad. Ann. 46, 313); W. G. H. 2. März 1891 (Bad. Z. 24, 148).

<sup>22)</sup> D. L. G. Karlsruhe 28. Januar 1896 (Bad. Ann. 63, 4).

<sup>23)</sup> Dorner aa. D. (Ann. 8) 122 f.

<sup>24)</sup> Oben nach Ann. 7.

<sup>25)</sup> Vgl. zu diesem Begriff treffend Georg Meyer, Verwaltungsrecht II (2) 181 Ann. 1.

<sup>26)</sup> Fleiner § 22.

<sup>27)</sup> Cosack, Bürgerliches Recht I (5) § 46 II.

scheidet hier aus. Das Bestehen des öffentlichen Herrschaftsrechts äußert auf das bürgerliche Rechtsverhältnis eine Wirkung. Aus dem Dasein und dem Inhalt dieser Folgeerscheinung im bürgerlichen Rechtskreis ergibt sich nichts für das öffentliche Rechtsgebiet. Diese Wirkungen, die öffentlichen Eigentumsbeschränkungen, bilden, wenn sie überhaupt unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammenzufassen sind <sup>28)</sup>, den Gegenstand bürgerlichrechtlicher Erörterung <sup>29)</sup>.

Über auch die im Rahmen öffentlichrechtlicher Einteilung erfolgte Begriffsbestimmung der öffentlichen Sachen dahin, daß für sie teils öffentliches Recht, teils Privatrecht maßgeblich ist <sup>30)</sup>, erscheint nicht befriedigend. Sie paßt jedenfalls nicht auf das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges nach preußischem Recht. Beim öffentlichen Weg besteht eine öffentlichrechtliche Beziehung des Staates zu Liegenschaften, für welche deren bürgerliches Verhältnis unerheblich ist. Also handelt es sich um ein rein öffentlichrechtliches Institut. Die Sachmacht des Wegeherrn ist ausschließlich im öffentlichen Recht begründet. Sie unterliegt weder dem Bestande noch der Ausübung nach privatrechtlicher Regelung. Beide Beziehungen, das Herrschaftsrecht und das Eigentum, bestehen in Ansehung einer und derselben Sache. Sie sind aber nicht als einheitliches Gebilde, sondern eine jede als selbständiges Verhältnis normiert.

Gerade „im preußischen Wegerecht ist die Regalität am reinsten beseitigt und im Privateigentum der Kommunalverbände <sup>31)</sup> und polizeiliche Betätigung der Staatsbehörden aufgelöst <sup>32)</sup>“. Ist dem so, dann darf man die Lehre von den

<sup>28)</sup> Dagegen Beseler aaD. II 15 u. Angef.

<sup>29)</sup> Cosack aaD. Anm. 35; Crome, Bürgerliches Recht I §§ 65 ff.; Ennecerus, Bürgerliches Recht I (9/11) §§ 31 122 ff.; Viermann, Bürgerliches Recht I, § 106. Eine Erörterung dieser Einwirkungen des Wegerechts in unserm Sinn auf das bürgerliche Recht bildet den wesentlichen Inhalt der Erörterung Kohlers über Wegerecht aaD. (o. Anm. 5) § 6.

<sup>30)</sup> Gierke II § 102 I S. 19; Fleiner, Die Umbildung zivilrechtlicher Institute 10, 14 ff.; ders. Institutionen § 20 II.

<sup>31)</sup> Es gibt freilich auch Eigentum anderer Personen. Dieser Unterschied ist aber für unseren Zusammenhang unerheblich.

<sup>32)</sup> E. Kaufmann aaD. (o. § 1 Anm. 1) § 20 II.

gemischten Rechtsverhältnissen nicht wieder aufnehmen. Die ursprüngliche Einartigkeit des Rechts und ihre Bewahrung noch in eine nahe geschichtliche Vergangenheit hinein steht außer Streit. Diese Einheit aber ist, wie sich für das preußische Bege- recht auf Grund unserer Erörterungen ergibt, und wie auf Grund der Darlegungen Triepels auch allgemein für die geltende Rechtsordnung anzunehmen ist<sup>33)</sup>, positivrechtlich in eine Zwei- heit aufgelöst. Mit dieser Auscheidung bürgerlichrechtlicher Bestandteile aus dem Begriff des öffentlichen Weges<sup>34)</sup> ist somit das Ergebnis gewonnen, das schon Beseler<sup>35)</sup> seiner kritischen Bearbeitung vorausgesagt hatte. Die Einheitlichkeit des Wege- begriffs als eines öffentlichen ist keine „notwendige“, unter An- wendung eines apriorischen Scheidungsgrundsatzes gewonnene. Der öffentliche Weg ist ein — ausschließlich — öffentlich- rechtliches Institut. Das gilt nicht auf Grund eines allgemein- gültigen, übergeschichtlichen oder überstaatlichen Satzes, sondern das ist Rechtsens, ist das begriffliche Ergebnis, welches aus der vom preußischen Recht vorgenommenen Regelung dieses Ver- hältnisses des öffentlichen Verwaltungslebens folgt. Eine andere Begriffsbildung erscheint unstatthaft, weil sie die im Recht vorhandene Zweierheit verwischen und eine Einheit auf- stellen würde, die nicht rechtswirksam ist.

### § 6. Der öffentliche Weg.

Öffentlich ist ein Weg, der mit der Verpflichtung zur Duldung des allgemeinen Verkehrs belastet ist.

1. Der Weg ist „belastet“. Die Belastung<sup>1)</sup> ist keine ge-

<sup>33)</sup> Triepel, Konviktorienbeitrag (Festschrift der Berliner Fakultät für Brunner 523) 534ff.

<sup>34)</sup> Vgl. hierzu Schulkenstein im JZitBl. 19, 68ff.

<sup>35)</sup> Deutsches Privatrecht I (1847) § 7 S. 26.

<sup>1)</sup> Vgl. o. S. 14ff. Kohler aaO. (o. § 5 Anm. 5) 17 bezeichnet die Öffentlichkeit als eine „über den Weg sich breitere Rechtslage“. Für den Begriff der Rechtslage ist wesentlich, daß sie eine Zwischenstufe innerhalb der folgweisen Entwicklung eines Tatbestandes bildet (Kohler aaO. I § 49; von Tuh r, Allgemeiner Teil II 1, 18). Der öffentliche Weg ist, wie Kohler im weiteren Verlauf seiner Darstellung selbst annimmt, und worüber auch kein Zweifel bestehen kann, eine dauernde Rechtsbeziehung. Schon hieraus ergibt sich, daß die Kohlersche Einordnung für den öffentlichen Weg nicht zutrifft.

meine Last, weil das für eine solche neben der Dinglichkeit<sup>2)</sup> wesentliche Tatbestandsmerkmal der Allgemeinheit<sup>3)</sup> nicht besteht.

Neben den gemeinen Lasten kennt das geltende preußische Recht als weitere Art der öffentlichen Lasten<sup>4)</sup> noch dingliche publizistische Leistungspflichten, die auf einem besonderen Titel beruhen. Sie sind wie die gemeinen Lasten öffentlichrechtlicher Natur und gehen auf Abgaben oder andre Leistungen (positiven oder negativen Inhalts<sup>5)</sup>), die auf einem Grundstück haften und der Verwaltung geschuldet werden. Sie unterscheiden sich von den gemeinen Lasten dadurch, daß sie auf einem besonderen Rechtstitel beruhen. Diese „nicht gemeinen“<sup>6)</sup> oder Sonderlasten stellen das Gegenteil zu den privilegia favorabilia einzelner Grundstücke dar, wie es etwa die Realbefreiungen gemäß RAG. § 21 Satz 1 und die dinglich-publizistischen Wirtschaftsberechtigungen des württembergischen Rechts sind<sup>7)</sup>.

Hierher gehören die öffentlichen Pflichten, welche mit dinglicher Wirkung für bestimmte Grundstücke gesetzt sind, z. B. Patronatsleistungen über das gesetzlich vorgeschriebene Maß hinaus<sup>8)</sup>, Leistungen auf Grund einer Schulstiftung, Wegebauleistungen gemäß einem Gemeinheitsteilungsrezeß<sup>9)</sup>, oder auf Grund der Verleihung eines verdinglichten Hebungsrechts. Sonderlasten sind ferner die auf besonderem gesetzlichen Titel beruhenden Leistungspflichten. Eine solche positiven Inhalts ist die Verpflichtung zur Rückzahlung der Grundsteuerentschädigungsrente (vgl. oben S. 10), da sie nicht allen Grundstücken

<sup>2)</sup> RG. 21. April 1906 (63, 192).

<sup>3)</sup> PrAG. 3BG. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2; Dr. 16. April 1875 (75, 67); RG. 28. Jan. 1905 (59, 402) u. Angef.; Dernburg, Preuß. Privatrecht I (5) § 306; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht III (7) § 188 III S. 426.

<sup>4)</sup> Darüber, daß die gemeinen Lasten nach preußischem Recht nur eine Art der öffentlichen, nicht die öffentlichen Lasten sind, Gütthe, GBD. II (3) Anm. 3 a; vgl. auch RG. 63, 193.

<sup>5)</sup> Gütthe aaO. 1330 Anm. 3.

<sup>6)</sup> So RG. 17. Dez. 1898 (43, 208 a. E.).

<sup>7)</sup> Württ.Comp.G.H. 26. Febr. 1913 (Württ. J. 28, 88).

<sup>8)</sup> N.N.: RG. 8. Okt. 1906 (65, 3).

<sup>9)</sup> DGB. 15. Mai 1895 (28, 223 ff.).

derselben Art gemeinsam ist<sup>10)</sup>. Daneben stehen diejenigen Sonderlasten, welche auf Duldungspflichten<sup>11)</sup> gehen. Die Belastung hat zum Inhalt die öffentlichrechtliche Verpflichtung eines „jeden, den es angeht“, die Benützung der unterworfenen Liegenschaft zu dulden. Zu dieser Gattung gehört der öffentliche Weg.

II. Die Belastung besteht, als bei einem verwaltungsrechtlichen Verhältnis, zugunsten der Verwaltung<sup>12)</sup>. Organ der Verwaltung ist gemäß ZG. § 55 Abs. 1 die Wegepolizeibehörde. Sie ist, da ihr als Behörde keine Personeneigenschaft zukommt, nicht Subjekt des Verhältnisses. Dieses ist vielmehr die Verwaltung<sup>13)</sup>. Sie geht auf beschränkte Nutzung, da sie andere Rechte nicht ausschließt<sup>14)</sup> und als Gebrauchsrecht zu Verkehrszwecken sich nicht auf alle Nutzungen an der unterworfenen Liegenschaft erstrecken kann<sup>15)</sup>. Die Nutzung ist eine unmittelbare, da im Gegensatz zu dem Inhalt der Leistungspflicht bei gemeinen Lasten<sup>16)</sup> die Grundstücke selbst dienen<sup>17)</sup>.

III. Sofern sich ein öffentlicher Weg über ein Grundstück erstreckt, unterliegt es einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung. Zufolge seiner Unabhängigkeit von den bürgerlichrechtlichen Verhältnissen ist diese Beziehung für den öffentlichen Weg selbst nicht erheblich<sup>18)</sup>. Von Bedeutung ist nur, daß bestimmte Teile der Erdoberfläche der Sonderlast unterworfen sind. Das Wesentliche am öffentlichen Weg ist seine „geographische Individualität“<sup>19)</sup>. Ihr entspreche es nicht, die — für die öffentliche Einrichtung rechtszufällige — Beziehung zu

<sup>10)</sup> R. G. 28. Jan. 1905 (59, 400).

<sup>11)</sup> Über die Duldungs- als Unterart der Unterlassungspflicht: Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse (ArchZivPrax. 92, 16 ff.); Dertmann, BGB. II (3/4) § 241 Anm. 2 d. S. 15.

<sup>12)</sup> Vgl. oben § 2 a. A.

<sup>13)</sup> N. N. Schulkenstein i. VArch. 26, 443.

<sup>14)</sup> Hierauf beruht es, daß an einem öffentlichen Weg das marktliche Auenrecht bestehen kann.

<sup>15)</sup> Wg. D. Ostpr. § 5 Abs. 1.

<sup>16)</sup> PrAG. ZBG. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 Art. 2.

<sup>17)</sup> WR. II 15 §§ 2—3; ZG. § 55; Wg. D. Ostpr. § 4 Abs. 1.

<sup>18)</sup> Schulkenstein im Bl. 34, 767.

<sup>19)</sup> Thoma, Polizeibefehl I 364.

den grundbuchlichen Einheiten in den Begriff aufzunehmen. Daraus ergäbe sich die Zerteilung in eine Reihe einzelner Lasten. Sie stände nicht im Einklang mit der natürlichen Auffassung vom Wege, die ihn als eine Verbindung verschiedener Orte auffaßt. Dieser Begriff ist auch der gesetzliche, denn Wege führen „von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte . . . zu einem anderen“ (A. R. II 15 § 1). Der Wegezug ist also ein einheitliches Gebilde<sup>20)</sup>, das auf den von ihm berührten Liegenschaften lastet. Das ergibt sich auch aus De. R. D. § 61, Schlesw. H. St. R. D. § 53. Hier wird angeordnet, daß für einen in mehreren Amtsbezirken, bzw. Amts- und Stadtbezirken belegenen Weg eine für den ganzen Weg, unbeschadet seiner bezirksmäßigen Zugehörigkeit, zuständige Wegepolizeibehörde bestimmt werden soll. Ebenso wird, wenn für einen öffentlichen Weg die Anlegung eines Grundbuchblattes beantragt wird, und er im Bezirk mehrerer Grundbuchämter liegt, ein zuständiges Grundbuchamt bestimmt. (Pr. A. G. G. B. D. Art. 1, 2; Pr. F. G. G. Art. 130 Abs. 3.) Dieser Regelung liegt gleichfalls die Auffassung des Weges als eines einheitlichen Ganzen zugrunde.

Die Liegenschaften sind „vollkommen und ausnahmslos“ Gegenstand der Last<sup>21)</sup>. Nicht nur die Oberfläche ist ihr unterworfen, sondern auch der darüber befindliche Luftraum<sup>22)</sup> und der Wegkörper darunter<sup>23)</sup>, insoweit es der Verkehrszweck erfordert. Die praktische Bedeutung dieser Erstreckung äußert sich weniger in positiven Maßnahmen als in der Verbotsbefugnis gegenüber Eingriffen, welche den Verkehr zu stören geeignet sind<sup>24)</sup>. Besondere Bedeutung hat die Einbeziehung des Luftraums in das Wegeverhältnis auch hinsichtlich der Anlieger. Sie sind in der Benutzung des Luftraums vor ihren Grundstücken (z. B. zum Bau von Erfern und Söllern über die Grenze des eigenen Grundstückes hinaus) durch das Bestehen der Sonderlast und nach Maßgabe ihres Inhalts beschränkt<sup>24)</sup>.

<sup>20)</sup> D. B. G. 17. Okt. 1897 (Bochmanns Mitt. III 237).

<sup>21)</sup> D. R. 18. Mai 1874 (Seufferts N. 29, 327).

<sup>22)</sup> D. B. G. 20. Febr. 1897 (Bochmann III 317), 27. März 1911 (59, 305).

<sup>23)</sup> Sächf. D. B. G. 11. April 1913 (J. 20, 105).

<sup>24)</sup> D. B. G. 20. Febr. 1897 (Bochmanns Mitt. III 317).

IV. Die neueren gesetzlichen Begriffsbestimmungen („Umschreibungen dessen, was ein öffentlicher Weg sei“)<sup>25)</sup> enthalten als Merkmal den Begründungsakt („widmen“<sup>26)</sup>, „bestimmen“<sup>27)</sup>). Diesem Verfahren gegenüber empfiehlt es sich, die Wesenheit des Rechtsverhältnisses unabhängig von seinem Entstehungsgrunde zu bezeichnen. Die Einbeziehung des ursächlichen Tatbestandes beschwert die Begriffsbestimmung, weil sie außer der eigentlichen Definition noch die seinige erfordert. Sie ist auch bei unserem Begriff unvollständig, weil sie die Rechtsvermutung der unwordenlichen Zeit (u. § 10) nicht berücksichtigt.

V. Den Inhalt der Last bildet, daß der Weg dem allgemeinen Verkehr<sup>28)</sup> dient. Die Einwirkungsbefugnis der Verwaltung auf die Grundstücke zufolge deren dinglicher Verstrickung äußert sich in doppeltem Betracht.

1. Die sachgemäße Abwicklung des Verkehrs setzt i. A. eine geeignete Bahn voraus. Daher dürfen die Liegenschaften zur Errichtung einer Anlage, nämlich des Wegekörpers, benützt werden, wenn für den betreffenden Verkehr eine besondere Anlage erforderlich ist. Das ist nicht der Fall, insoweit die Benutzung der Liegenschaft ohne besondere Vorrichtung genügt. Daher ist das — allerdings tatsächlich regelmäßige — Vorhandensein eines besonderen Wegekörpers für den Bestand der Sonderlast begrifflich nicht erforderlich.

„Zur Vollständigkeit, zum Schutze und zur Sicherheit der Wegeanlagen und ihrer Benutzung“ sind unter Umständen Anlagen und Vorrichtungen nötig. Dahin gehören z. B. Böschungen, Seitengräben, Schutzgelände, Baumpflanzungen am Wege<sup>30)</sup>. Eine erschöpfende Aufzählung ist nicht möglich, weil es sich nach den wechselnden Regeln des Wegewesens richtet, was zu den vorbezeichneten Zwecken nötig ist.

<sup>25)</sup> Schulkenstein aaO. 766; ders. im Arch. 22, 203.

<sup>26)</sup> Wg.D. Pof. § 2 Abs. 1.

<sup>27)</sup> Wg.D. Dstpr. § 2 Abs. 1.

<sup>28)</sup> Kraft aaO. 125.

<sup>30)</sup> Wg.D. Westpr. § 5; Wg.D. Pof. § 10; Wg.D. Dstpr. § 10; v. Brauschitzsch, Preuß. Verwaltungsgesetze I (9) 430 ff.

Diese Einrichtungen sind Teile des öffentlichen Weges oder genauer der „Wegeanlage“<sup>31)</sup>, wenn wir diesem Oberbegriff einmal den Wegeförper, die vom Verkehr benutzte Bahn, einordnen, und andererseits eben diese Einrichtungen. Die Wegeanlage ist die Gesamtheit der tatsächlichen Vorrichtungen, welche in Ausübung der Sonderlast eingerichtet werden. Ihr für die Anschauung bedeutungsvollstes Hauptstück ist der Wegeförper. Die andern „Anstalten und Vorrichtungen“ ergänzen und sichern ihrer Zweckbestimmung nach den Wegeförper als Verkehrsmittel. Für sie scheint der Begriff der „Verkehrsanlage“ passend, da sie dem Verkehr dienen und im Gegensatz stehen zu „Anstalten und Vorrichtungen, die einem der Wegeanlage fremden Zwecke dienen“<sup>32)</sup>. Diese letzteren können wir dann als „weg fremde Anlagen“ bezeichnen. Dahin gehören z. B. Kleinbahnen, Telegraphenanlagen u. dgl. mehr.

Die Verkehrsanlagen dienen dem gleichen Zweck wie der Wegeförper, und zwar aus dem gleichen Rechtsgrunde. Daher sind sie ihm rechtlich gleichgestellt (WgD. Pos. §§ 9, 10, WgD. Westpr. §§ 10, 11, WgD. Ostpr. §§ 9, 10). Noch die WgD. Westpr. § 11 bezeichnete diese Einrichtungen als „Zubehörungen“ des Weges. Die neueren Gesetze haben diese Bezeichnung mit Rücksicht auf den Zubehörbegriff des BGB. § 97 aufgegeben<sup>33)</sup>. Damit ist der rechtlichen Gleichstellung dieser Anlagen mit dem Wegeförper entsprochen.

Die wegfremden Anlagen bestehen allerdings am Wege. Sie sind aber keine Einrichtungen, welche in Ausübung der Sonderlast erfolgt sind. WgD. Ostpr. § 5 Abs. 5 (übereinstimmend WgD. Westpr. § 6 Abs. 3; Pos. § 5 Abs. 4) bestimmt:

„Stehen das Eigentum oder die sonstigen Rechte am Wege einem anderen als dem Wegebaupflichtigen zu, so finden die vorstehenden Bestimmungen“ (nämlich über die Duldungspflicht des Wegebaupflichtigen auf Schaffung wegfremder Anlagen) „auch auf ihn Anwendung.“

<sup>31)</sup> WgD. Westpr. § 12 Z. 1; WgD. Pos. § 12 Z. 1; WgD. Ostpr. § 12 Z. 1.

<sup>32)</sup> WgD. Ostpr. § 12 Z. 1.

<sup>33)</sup> Druckf. Herrenhaus 1907 Nr. 44 S. 125.



Die Duldungspflicht des Eigentümers in Ansehung des Weges (d. i. des Wegekörpers und der Verkehrsanlagen) ergibt sich aus dem Bestehen der Sonderlast. Die Gestattungspflicht hinsichtlich der wegfremden Anlagen folgt aus der besondern gesetzlichen Bestimmung. Daraus ergibt sich, daß sie im rechtlichen Sinne nicht Teile der Wegeanlage sind.

Diese Anlage, also die in Ausübung der Sonderlast getroffene Einrichtung, ist der öffentliche Weg. Der Dienst der Liegenschaften hinsichtlich der Anlage selbst ist auf deren Duldung beschränkt<sup>34)</sup>. Die Herstellung und Unterhaltung der Wegeanlage bildet den Inhalt eines selbständigen Rechtsverhältnisses<sup>35)</sup>. Daher ist die — tatsächlich häufige — Gleichheit des in erster Linie durch die Last Verpflichteten, des Eigentümers, mit dem Träger der Wegebaupflicht im Rechtsinn zufällig. Es bleibt überhaupt für den Bestand des öffentlichen Weges unerheblich, wenn der Wegekörper zu anderen Zwecken benutzt wird, da diese nur tatsächlichen Vorgänge das Rechtsverhältnis nicht berühren<sup>36)</sup>.

2. Die weitere Berechtigung des Wegeherrn geht dahin, daß die Anlage als allgemeines Verkehrsmittel benutzt wird. Die dingliche Verstrickung der Liegenschaften besteht zugunsten der Verwaltung. Also steht ihr die Sachnutzung in Form des Verkehrs zu, wenn sie auch nicht von ihr selbst ausgeübt werden kann<sup>37)</sup>. Da nur die rechtliche Gebundenheit des Grundstücks den Inhalt des Rechtsverhältnisses bildet, so ist der Grad der tatsächlichen Benutzungsmöglichkeit<sup>38)</sup> und der Umfang des stattfindenden Verkehrs unerheblich.

Allgemein ist der Verkehr einmal, da nach Maßgabe des Umfangs der Last<sup>39)</sup> und der Gebrauchsordnung<sup>40)</sup> „jedermann“ am Verkehr teilnimmt<sup>41)</sup>. Daher sind Wege, die zwar

<sup>34)</sup> Abweichend Biermann, Bürgerliches Recht § 106 Z. 3 b S. 382.

<sup>35)</sup> Vgl. unten § 7.

<sup>36)</sup> OBG. 24. Jan. 1898 (Bl. 20, 50).

<sup>37)</sup> OBG. Lübeck 1. Juni 1878 (Seufferts A. 31, 10).

<sup>38)</sup> OBG. 5. Nov. 1901 (40, 90).

<sup>39)</sup> Sächf. OBG. 9. Febr. 1910 (Z. 15, 202).

<sup>40)</sup> Wg.D. Ostpr. § 4 Abs. 2/3.

<sup>41)</sup> ALR. II 15 § 7; Wg.D. Ostpr. § 4 Abs. 1.

einer Mehrzahl von Personen, aber nicht der Allgemeinheit, offenstehen nicht öffentlich. Es bleibt auch unerheblich, ob der Verkehr, welcher sich auf einem Wege abspielt, im allgemeinen Interesse liegt, z. B. für die Ortseinwohner eine erhebliche Abkürzung der Verbindung zur Kirche darstellt. Nur wenn die dingliche Verstrickung des Weges zum allgemeinen Verkehr besteht, handelt es sich um einen öffentlichen Weg, im übrigen um „offene Wege“<sup>42)</sup>. Dieser sog. Gemeingebrauch ist weder ein besonderes Recht am einzelnen Wege<sup>43)</sup> noch ein Recht gegenüber der Verwaltung in Ansehung eines bestimmten Weges<sup>44)</sup>. Es ist kein subjektives Recht begründet auf den Bestand irgendeines Weges<sup>45)</sup>. Die einzelnen Personen üben die Nutzung an den unterworfenen Grundstücken. Aber Herrschaftsrecht an ihnen steht nur der Verwaltung zu.

Die öffentlichen Wege sind dem Organisationsrecht<sup>46)</sup> und dem freien Ermessen der Verwaltung<sup>47)</sup> unterworfen. Die Behörde ist verpflichtet, sie ihrer Bestimmung gemäß zu verwalten<sup>48)</sup>, d. i. jedermann zur Benutzung zuzulassen. Daher sind Beschränkungen der Zulassung (insbesondere Gebührenzahlung)<sup>49)</sup> insoweit zulässig, als sie allgemein bestehen. Es werden nicht einzelne Personen unter besonderer Voraussetzung zugelassen, sondern die Einschränkungen bilden einen Teil der Benutzungsordnung<sup>50)</sup>. Nur darauf, von der Zulassung nicht gesetzwidrig ausgeschlossen zu werden, geht der Anspruch des einzelnen. Der Gemeingebrauch ist, um an dieser hergebrachten

<sup>42)</sup> Vgl. o. § 1 Anm. 19.

<sup>43)</sup> Er „haftet“ nicht an ihm. (So das Anm. 39 angeführte Urteil aaO. 204).

<sup>44)</sup> OVG. 12. Febr. 1896 (Bochmann II 405); Sächs. OVG. 22. Jan. 1910 (J. 15, 172); OVG. Kolmar 19. Mai 1911 (Erf. Loth. J. 37, 177).

<sup>45)</sup> OVG. Lübed 1. Juni 1878 (Seufferts A. 34, 10); OVG. 12. Febr. 1896 (Bochmanns Mitt. II 405).

<sup>46)</sup> UR. II 15 § 4.

<sup>47)</sup> Gierke II § 102 Anm. 24.

<sup>48)</sup> Goez, Verwaltungsrechtspflege 372.

<sup>49)</sup> Biermann, Öffentliche Sachen 9 Anm. 3.

<sup>50)</sup> Gierke II § 102 Anm. 11 S. 22 nimmt an, die Notwendigkeit einer, wenn auch nicht versagbaren Zulassung widerspräche dem Begriff der Allgemeinheit.

Bezeichnung trotz seiner subjektivrechtlichen Natur<sup>51)</sup> festzuhalten, eine Erscheinungsform des allgemeinen Anspruchs auf Unterlassung ungesetzlicher Verwaltungsakte<sup>52)</sup>. Da dieses Recht nur der Verwaltung gegenüber besteht, so fehlt die Grundlage für den negatorischen Anspruch, den Gierke<sup>53)</sup> den einzelnen Personen gegenüber Störungen des Mitgebrauchs zubilligt<sup>54)</sup>. Sie sind auf Anrufung der Wegpolizeibehörde beschränkt. Aus der rechtlichen Natur des Gemeingebrauchs ergibt sich, daß seine Aufhebung infolge Einziehung eines öffentlichen Weges keinen Schadensersatzanspruch begründet<sup>55)</sup>.

Der Verkehr ist ferner insofern allgemein, als nur eine jeder mann mögliche Benutzung des Weges stattfindet. Darunter fällt nicht die Benutzung des Straßenkörpers zu Verkehrsarten, die nur von einzelnen vorgenommen werden können<sup>56)</sup>. Unwesentlich ist, ob sie durch eine besondere dauernde Anlage<sup>57)</sup> oder ohne eine solche<sup>58)</sup> betätigt werden.

3. Der Grad des Dienstes in diesen beiden Richtungen — darüber hinaus steht der Verwaltung kein Einwirkungsrecht auf die Liegenschaften zu<sup>59)</sup> — wird durch den Umfang der Last bestimmt. Ihre Ausübung hinsichtlich der Errichtung der Weganlage und der Gebrauchsnußung ist abhängig davon, welchem Grad des allgemeinen Verkehrs die Liegenschaften unterworfen sind. Er kann ein unbeschränkter oder ein beschränkter sein.

a) Ein unbeschränkt öffentlicher Weg besteht, wenn die Liegenschaften mit allen gesetzlich zulässigen Arten des Ver-

<sup>51)</sup> Gierke aaD. 24 ff.

<sup>52)</sup> Vgl. die bei Gierke aaD. Anm. 23 S. 26 Angeführten. Ferner Anschütz, Preuß. Verfassungsurkunde I 96 ff.

<sup>53)</sup> aaD. vor Anm. 23 S. 26.

<sup>54)</sup> Vgl. R.G. 2. Febr. 1903 (53, 384); Biermann, Lehrb. I § 106 Ziff. 3 c S. 383.

<sup>55)</sup> Schulkenstein, Einziehung öffentl. Wege (VArch. 23, 165) 172 f.

<sup>56)</sup> Vgl. PreußWaffG. § 32.

<sup>57)</sup> OVG. 3. Dez. 1898 (Bl. 20, 299); 19. Jan. 1911 (59, 309); Säch. Min. d. Innern 9. März 1900 (Fischers J. 21, 320).

<sup>58)</sup> OVG. 22. Dez. 1883 (X 92), 5. Juni 1913 (64, 496).

<sup>59)</sup> Comp.Ger.S. 18. Jan. 1898 (Bl. 19, 360).

kehrs belastet sind. Die statthaften Betätigungsformen des Gebrauchs sind erschöpfender allgemeingültiger Aufzählung nicht fähig<sup>60)</sup>. Sie richten sich nach den jeweiligen, zeitlich und örtlich verschiedenen Anschauungen darüber, was mit der guten Ordnung des Verkehrs wesens vereinbar ist. Diese finden rechtlichen Ausdruck in den Gebrauchsordnungen, aus denen sich das Maß des Erlaubten ergibt. Gehen, Reiten, Radfahren, und Viehtreiben sind gegenwärtig durchweg gestattet<sup>61)</sup>. Oder es können nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse auch andere Verkehrsarten, z. B. Ausübung des Rodesports<sup>62)</sup> zulässig sein.

b) Beschränkt öffentliche Wege sind solche, deren Eigenschaften bestimmten Arten oder Zwecken des allgemeinen Verkehrs unterworfen sind.

Soweit nur eine bestimmte Verkehrsform (Reiten, Radfahren, Gehen) zulässig ist, gehört jeder andere Verkehr nicht zum Inhalt der Last. Daher kann die Verwaltung nur die Errichtung einer Anlage verlangen, welche für den zulässigen Verkehr erforderlich ist und nur für diesen Verkehr den Wegekörper in Anspruch nehmen.

Soweit eine Beschränkung dem Zweck nach besteht (Mühlen<sup>64)</sup>, Kirchen<sup>65)</sup>, Schulwege<sup>66)</sup>) gilt das Entsprechende<sup>67)</sup>. Der allgemeine Verkehr ist zwar in jeder Form, aber nur insoweit Gegenstand des Rechtsverhältnisses, als er die Verbindung mit den betreffenden Örtlichkeiten herstellt. Beschränkte Sonder-

<sup>60)</sup> DVG. 31. Okt. 1912 (63, 307); 5. Juni 1913 (DZ. 238); S. Scheiher aaD. 98; Sächs. DVG. 7. Sept. 1910 (3, 16, 136).

<sup>61)</sup> Wg.D. Sachf. § 3 Abs. 1; Westpr. § 4 Abs. 1; Pof. § 4 Abs. 1; Ostpr. § 4 Abs. 1.

<sup>62)</sup> Sächs. Min. Innern 25. Jan. 1909 (Fischers J. 36, 382).

<sup>63)</sup> Wg.D. Sachf. § 2 Abs. 1; Westpr. § 2 Abs. 1; Pof. § 2 Abs. 2; Ostpr. § 2 Abs. 2, 4.

<sup>64)</sup> Vgl. hierzu Sächs. DVG. 13. Sept. 1905 (J. 8, 118).

<sup>65)</sup> Zu unterscheiden von den Kirchhofswegen: DVG. 2. Febr. 1905 (25, 364).

<sup>66)</sup> Wg.D. Ostpr. § 2 Abs. 2 ist von der beispielsweise Aufzählung dieser Beschränkungen zur allgemeinen Formulierung übergegangen.

<sup>67)</sup> Ror mann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts (Fischers J. 43, 1) 9, bezeichnet diese Wege als eine „Abart des öffentlichen Weges“. Sie sind jedoch öffentlich im eigentlichen Sinne.

lasten können verbunden sein (Fuß- und Radfahrweg, Kirchen- und Schulweg)<sup>68)</sup>. Hierher gehören auch die bedingt öffentlichen Wege<sup>69)</sup>. Es handelt sich um Wege, die dem Bestande nach unbedingt öffentlich sind, bei denen aber die Zulässigkeit des Verkehrs bedingt ist<sup>70)</sup>. Nicht die Belastung als solche, die rechtliche Beziehung zwischen Verwaltung und Sache, ist bedingt, sondern die aus der Sonderlast sich ergebende Berechtigung zur Benutzung der Liegenschaft. Fälle des Bedingungsinhalts sind, daß der regelmäßig benutzte Weg unpassierbar ist<sup>71)</sup>, oder eine Fährde außer Betrieb ist. Auch kann ein Weg nur zu einer bestimmten Jahreszeit der Benutzung unterliegen. Die Bedingtheit ist möglich bei Wegen, die allen Verkehrsformen unterliegen<sup>71a)</sup>. Das gleiche gilt hinsichtlich der beschränkt öffentlichen Wege.

d) Eine Art der öffentlichen Wege sind auch die öffentlichen Plätze. Sie unterscheiden sich von ihnen durch die Art des Gemeingebrauchs, dem sie unterliegen. Auf den Wegen spielt sich der Verkehr regelmäßig als Fortbewegung ab. Der Verkehr auf Plätzen kann der gleiche sein. Außerdem kann sich der Gemeingebrauch auch auf die Benutzung der Plätze zum Spielen, zum Aufenthalt und zu anderen Arten des öffentlichen Lebens erstrecken<sup>72)</sup>. Daher können auch dementsprechende Anlagen hergerichtet werden, z. B. Gartenanlagen, Sandhaufen, Turngeräte.

Von der besonderen Art des Gemeingebrauchs abgesehen, unterscheiden sich die Plätze nicht von den Wegen. Was von diesen gilt, ist auch auf sie anzuwenden.

4. Findet auf einem Wege ein Verkehr statt, der nicht zum Inhalt des Rechtsverhältnisses gehört, oder wird der Wege-

<sup>68)</sup> DVG. 25. März 1885 (12, 289).

<sup>69)</sup> Schmidt aaD. (o. § 5 Anm. 4) 9.

<sup>70)</sup> Aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich wohl auch der scheinbare Widerspruch zwischen DVG. 20. Okt. 1891 (Bl. 13, 269) und 22. Juni 1899 (DVG. 36, 268 Anm.).

<sup>71)</sup> DVG. 15. Febr. 1900 (36, 271).

<sup>71a)</sup> DVG. 25. März 1885 (12, 282).

<sup>72)</sup> Vgl. Stübgen im Lexikon der Gesamten Technik, herausgg. von Lueger, VII 157; Kraft aaD. 131.

Körper sonst in einer nicht zum Gemeingebrauch gehörenden Art benutzt<sup>73)</sup>, so ist es eine zulässige Ausübung des Eigentums, ihn fernzuhalten<sup>74)</sup>. Daneben steht — kraft öffentlichen Rechts — der Wegebehörde auch dann eine Verbotsbefugnis zu, wenn der betreffende Verkehr „an sich dem Gebrauch der Straße für die Reisenden unschädlich wäre“ (MR. II 15 § 3).

V. Die Wegepolizeibehörde wird in zwei Richtungen hin tätig, in wegepolizeilicher und in wegebaupolizeilicher Beziehung. Letztere Funktion äußert sie innerhalb des Verhältnisses der Wegebaupflicht (u. § 7). Nur ihre Tätigkeit als Trägerin der Sonderlast ist eine wegepolizeiliche.

Ortlich ist die Wegepolizeibehörde zuständig für die Wege ihres Bezirks. Ergibt sich das Zusammentreffen mehrerer Zuständigkeiten, weil der Weg in mehreren Bezirken liegt, so wird eine Behörde als zuständig bestimmt<sup>75)</sup>.

Sachlich erstreckt sich die Zuständigkeit der ordentlichen Wegepolizeibehörde auf alle öffentlichen Wege ihres Bezirks mit Ausnahme der Kunststraßen, für die außerordentliche Wegepolizeibehörden zuständig sind<sup>76)</sup>. Die Verkehrsanlagen stehen dem Wegekörper gleich, daher unterstehen sie der Wegepolizeibehörde in gleicher Weise<sup>77)</sup>. Dasselbe gilt von den weg-fremden Anstalten. Ihrem Unternehmer gegenüber ist die Wegepolizeibehörde zur Wahrung des Verkehrsinteresses befugt (Wg.D.Westpr. § 13; Pos. § 12 Abs. 1; Ostpr. § 13 Abs. 1).

Keine Ausnahme begründet es, wenn die Sonderlasten sich auf Brücken und Fahren über schiffbare Gewässer, auf Leinpfaden oder auf Deichen befinden. Insoweit hier ein öffentlicher Weg besteht<sup>78)</sup>, unterliegt er der Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde.

<sup>73)</sup> Vgl. jedoch Wg.D. Ostpr. § 5.

<sup>74)</sup> MR. II 15 § 4; OBG. 22. Jan. 1900 (36, 240) und Angef.

<sup>75)</sup> Näheres bei Brauchitsch, BG. I (9) 433 Anm. 9.

<sup>76)</sup> Das Nähere über die Kunststraßenpolizei bei Brauchitsch aaO. 434 Anm. 11.

<sup>77)</sup> OBG. 8. März 1917 (72, 314).

<sup>78)</sup> Vgl. Wg.D. Westpr. § 1 Abs. 1; Pos. § 1 Abs. 1; Ostpr. § 1 Abs. 1. OBG. 10. Jan. 1918 (73, 364).

Dauernde Beschränkungen der Wegebenutzung können nur durch Polizeiverordnung erfolgen. Hingegen ist die Wegepolizeibehörde zuständig für zeitweilige Beschränkungen des Verkehrs, die notwendig werden, z. B. um die ungehinderte Vornahme von Wegearbeiten zu ermöglichen<sup>78a)</sup>.

VI. Die Sonderlast des öffentlichen Weges begründet für die unterworfenen Liegenschaften in Ansehung der Wegeanlage und des allgemeinen Verkehrs Gestattungspflichten. Gemäß ZG. § 55 Satz 2 gehört es zur Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde, ihre Erfüllung durchzusetzen.

In den Bestand des Weges kann eingegriffen werden durch Geltendmachung von Rechten, welche mit dem Bestande der Sonderlast unvereinbar sind oder ihre Ausübung stören. Dieser Eingriff kann dadurch erfolgen, daß der Dritte sein Recht ausübt durch tatsächliche Handlungen, deren Zulässigkeit er aus seiner Berechtigung herleitet. Z. B. der Eigentümer sperrt den Weg, weil er ihn als nichtöffentlichen ansieht und sich deshalb zur Duldung des allgemeinen Verkehrs nicht für verpflichtet hält, er versetzt einen Grenzstein oder trifft eine Einrichtung, weil er sich hierzu unbeschadet der Öffentlichkeit privatrechtlich für befugt erachtet. Ein Eingriff in das Rechtsverhältnis liegt aber auch schon dann vor, wenn er sich eines solchen Rechtes berühmt, ohne es auszuüben<sup>79)</sup>. Solches Berühmen kann etwa bestehen in der Aufstellung von Verbotstafeln, ohne daß mit ihr eine tatsächliche Sperrung verbunden wird, oder in Erklärungen gegenüber der Wegepolizeibehörde, der Weg sei kein öffentlicher.

Gegen diese Eingriffe geht die „Inanspruchnahme von Wegen für den öffentlichen Verkehr“ (ZG. § 56 Abs. 1). Sie ist wegepolizeiliche Verfügung, die gegen den Störer wegen seiner Störung ergeht<sup>80)</sup>. Die von ihm vorgenommene Ausübung oder aufgestellte Behauptung seines mit der Öffentlichkeit unverträglichen Rechts am Wegekörper stellt einen Eingriff in das

<sup>78a)</sup> Wg.D. Dstpr. § 4 Abs. 2—3.

<sup>79)</sup> OBG. 1. März 1900 (37, 225); 29. Nov. 1906 (Bl. 28, 495).

<sup>80)</sup> OBG. 4. Dez. 1891 (Bl. 13, 271).

an diesem bestehende Rechtsverhältnis dar. Daraus ergibt sich die Zuständigkeit der Wegpolizeibehörde zur Abwehr. Die Inanspruchnahme ist nur zulässig, wenn der Weg öffentlich ist, da der Wegpolizeibehörde für „offene Wege“ die Zuständigkeit fehlt. Je nachdem die Öffentlichkeit überhaupt oder nur eine bestimmte Art der Öffentlichkeit gestört wird (der Eigentümer gibt das Vorhandensein zwar eines öffentlichen Fußweges, nicht aber eines öffentlichen Fuß- und Fahrweges zu), ist auch eine entsprechende Inanspruchnahme möglich.

Wird die Inanspruchnahme Gegenstand eines Verwaltungsstreitverfahrens, so obliegt die Beweislast für die Öffentlichkeit des Weges weder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks<sup>81)</sup> noch der Wegpolizeibehörde<sup>82)</sup>, weil die im preußischen Verwaltungsstreitverfahren herrschende Offizialmaxime eine Beweislast ausschließt<sup>83)</sup>. Wohl aber greift auch hier die Rechtsvermutung der Freiheit des Eigentums durch. Strittig ist in einem solchen Prozesse nicht die Zuständigkeit der Wegpolizeibehörde zum Erlass wegepolizeilicher Verfügungen. Diese Zuständigkeit als solche ist gesetzlich geregelt. Gegenstand des Rechtsstreits ist vielmehr die Rechtmäßigkeit der Inanspruchnahme. Die Verfügung ist nur zulässig, wenn auf dem Grundstück die Sonderlast ruht. Gegen diese besondere Beschränkung des Eigentums streitet die aus der Freiheit des Eigentums folgende allgemeine Vermutung.

Nicht zu folgen ist ferner der Lehre des Badischen Verwaltungsgerichtshofes<sup>84)</sup> für das mit dem preußischen in dieser Beziehung übereinstimmende badische Recht. Er will in Analogie zum BGB. §§ 1029, 1090 die von der Wegpolizeibehörde tatsächlich ausgeübte und von ihr mit der Annahme einer bestehenden Sonderlast begründete Herrschaft an einem Wegekörper als öffentlichen Rechtsbesitz schützen. Die Möglichkeit

<sup>81)</sup> So OVG. 3. Febr. 1891 (20, 219); 28. Febr. 1894 (27, 223).

<sup>82)</sup> So OVG. 16. Okt. 1913 (DZJ. 1914, 477).

<sup>83)</sup> OVG. 5. Okt. 1916 (71, 349).

<sup>84)</sup> Bad. VGH. 10. Febr. 1907 (BadJ. 39, 189).



dieses Schlusses scheidet ebenfalls an dem Satz von der gesetzmäßigen Verwaltung.

Die ausgeführten Grundsätze finden auch Anwendung, wenn die Störung zwar nicht am Wegekörper selbst, aber im Erdbereich unterhalb des Wegekörpers oder innerhalb des darüber befindlichen Luftraums derartig stattfindet, daß sie in die Sonderlast eingreift.

### C. § 7. Die Wegebaupflicht.

Die Wegebaupflicht ist die öffentliche Verbindlichkeit zum Bau und zur Unterhaltung der im öffentlichen Verkehrsinteresse erforderlichen öffentlichen Wege.

I. Das Rechtsverhältnis wird gemeinhin als Wegebaulast bezeichnet. Dieser Ausdruck ist nicht zu übernehmen, da es sich nicht um eine dingliche Beziehung<sup>1)</sup> sondern um eine „Verbindlichkeit“<sup>2)</sup> handelt.

Die Wegebaupflicht ist öffentlichrechtlicher Natur<sup>3)</sup>. Privatrechtliche Verhältnisse, deren Leistungsgegenstand der gleiche ist, werden darunter nicht begriffen und bleiben, wie die neueren Wegeordnungen ausdrücklich bestimmen<sup>4)</sup>, von den Rechtsätzen über unser Institut unberührt. Auch sind sie für die Wegebaupflicht als solche unerheblich und äußern nur privatrechtliche Wirkung.

Die Wegebaupflicht erstreckt sich auf öffentliche Wege. Das Bestehen der Sonderlast ist für das Rechtsverhältnis präjudiziell.

II. Träger auch dieses Rechtsverhältnisses auf der Herrschaftsseite ist die Verwaltung; denn der Wegepolizeibehörde liegt die Sorge dafür ob, „daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht“ (3G.

<sup>1)</sup> Wie Gierke II § 125 Anm. 50 S. 416 anzunehmen scheint.

<sup>2)</sup> Wg.D. Westpr. § 9 Abs. 1; Ostpr. § 9 Abs. 1; 3G. § 55 Satz 2; vgl. WasserG. § 1 Abs. 3.

<sup>3)</sup> Wg.D. Sachf. §§ 35, 50; Wg.D. Ostpr. § 9, Abs. 1; Eger, Kleinbahn-Ges. (3) § 6 Anm. 25 S. 130.

<sup>4)</sup> Wg.D. Pof. § 51 Abs. 1; Ostpr. § 50. Ebenso WassG. § 113 Abs. 2.

§ 55 Satz 1)<sup>5)</sup>. Dem wird aber nur genügt, wenn der Wegebaupflichtige seine Verbindlichkeit erfüllt. Dazu sind „Leistungen erforderlich“. Zuständig zu ihrer Einforderung und erforderlichenfalls zur zwangsweisen Durchsetzung des Rechts auf Leistung ist die Wegepolizeibehörde (ZG. § 55 Satz 2).

Träger der Verbindlichkeit auf der Schuldnerseite ist derjenige, dem die Leistungen obliegen. Wer in einem einzelnen Falle wegebaupflichtig ist, läßt sich nicht mit einer allgemeinen Formel darstellen. Die einzelnen Rechtsverhältnisse beruhen auf bestimmten Titeln, auf die zum Nachweis der Verbindlichkeit zurückzugehen ist. Träger der Verbindlichkeit auf der Schuldnerseite ist derjenige dem die Leistungen obliegen. Besteht auch, wie die einschlägige Rechtsprechung zeigt, oft Zweifel über die Person des Verpflichteten<sup>6)</sup>, so ist doch die Wegebaupflicht erschöpfend geregelt. Es besteht keine Lücke in dem Sinne, daß bezüglich irgendeines Teils des Staatsgebietes dieses Rechtsverhältnis nicht begründet wäre.

1. Im Geltungsgebiet der neueren Wegeordnungen besteht folgender Zustand: Kunststraßen sind gemäß DotG. vom 8. Juni 1878 § 18 von der Provinz zu unterhalten. Träger der Baupflicht öffentlicher Wege, die nicht Kunststraßen sind, können einmal Provinz<sup>7)</sup>, Kreis<sup>8)</sup> oder der auf Grund eines besonderen Titels Verpflichtete (einzelne natürliche oder juristische Personen, auch der Reichs- oder Staatsfiskus<sup>9)</sup>) sein. „Alle übrigen Wege . . . sind Gemeindewege“ (Wg.D. Ostpr. § 15 Abs. 1). Die Baupflicht obliegt der Belegenheitsgemeinde nicht in Ansehung bestimmter Wege oder bestimmter Wegearten, sondern hinsichtlich aller derjenigen öffentlichen Wege, welche nicht auf Grund eines der vorher bezeichneten Rechtsverhältnisse zu unterhalten sind. Die gemeindliche Wegebaupflicht beruht auf zwei Voraussetzungen: daß ein öffentlicher Weg besteht (bzw.

<sup>5)</sup> DVG. 14. Febr. 1877 (2, 226).

<sup>6)</sup> Vgl. Druckf. Wg.S. 1875 Nr. 24 S 21

<sup>7)</sup> Wg.D. Ostpr. § 14 Abs. 1.

<sup>8)</sup> Wg.D. Ostpr. § 42 Abs. 1.

<sup>9)</sup> 3. B. der Forstfiskus (Pr. Regulativ vom 17. Nov. 1841 [G.S. 405] § 1).

anzulegen ist<sup>10)</sup>), und daß bezüglich dieses Weges die Baupflicht eines anderen Subjekts als der Gemeinde nicht begründet ist. Es besteht also eine subsidiäre Wegebaupflicht der Belegenheitsgemeinde. Die gemeindliche Wegebaupflicht wird behufs Vereinheitlichung des Rechtszustandes angestrebt. Daher sind die Wegebaupflichten, die auf einem besonderen Titel beruhen, ablösbar und dem Ablösungszwang unterworfen<sup>11)</sup>. In soweit sie mit einem Hebungrecht verbunden sind, gelten hierbei gewisse, aus dem Wesen dieser Verknüpfung sich ergebende Besonderheiten (Wg.D. Pos. § 28 ff.; Westpr. § 27 ff.; Ostpr. § 27 ff.).

Sind Provinzen, Kreis oder Gemeinden bezüglich eines Weges pflichtig, so ist er Provinzial- bzw. Kreis- bzw. Gemeindegeweg<sup>12)</sup>. Damit wird die Wegebaupflicht des betreffenden Verbandes in Ansehung dieses Weges bezeichnet, keine Einteilung der Wege selbst geschaffen.

2. Der gleiche Rechtszustand besteht in den Provinzen, deren Wegerecht nicht neuerdings kodifiziert ist. Auch hier ist die Wegebaupflicht lückenlos begründet. Sie ist eine — im Verhältnis zu besonderen Titeln subsidiäre — fiskalische Angelegenheit, die je nach dem Stande der einzelnen Gesetzgebung der Provinz<sup>12)</sup>, dem Kreis<sup>13)</sup> oder der Gemeinde<sup>14)</sup> obliegt.

3. Sächs. Wg.D. § 26 bestimmt:

„Gerät ein auf Grund besonderer Titel Verpflichteter in Vermögensverfall, und geht die Verpflichtung nicht auf einen leistungsfähigen Dritten über, so tritt die Wegebaulast des nach den Bestimmungen dieses Gesetzes sonst Verpflichteten in Kraft.“

<sup>10)</sup> Wg.D. Sachsen § 15; Westpr. §§ 14, 15 Abs. 1, 17; Pos. §§ 13, 14 Abs. 1, 16; Ostpr. §§ 14 Abs. 1, 15, Abs. 1.

<sup>11)</sup> Wg.D. Westpr. § 25 Abs. 1; Pos. § 24; Ostpr. § 24.

<sup>12)</sup> Gef. vom 26. Febr. 1879 (G.S. 94) § 4.

<sup>13)</sup> Angef. G. §§ 5—6; Hannov. Gemeindegew.D. vom 28. Juli 1851 (Hann. G.S. 1851 I 141) 30.

<sup>14)</sup> Schles. Regl. vom 11. Jan. 1767 § 5; Churm. Chaussée-Ed. vom 18. April 1792 (N.C.C. Nr. 36) § 2 Abs. 1; Gef. vom 16. März 1879 (G.S. 226) § 1; Wg.D. Sachsen § 17 Abs. 1.

Dieser Satz ist in die neueren Wegeordnungen übernommen<sup>15)</sup>. Die Bestimmungen sind Anwendungen des allgemeinen Rechts=satzes, daß bei Unvermögen des zur Unterhaltung eines öffentlichen Weges Verpflichteten die Unterhaltungspflicht des beteiligten Fiskus eintritt<sup>16)</sup>. Daher erhalten die angeführten Sätze durch analoge Anwendung Geltung im ganzen Staatsgebiet. Also ist der Träger der allgemeinen Wegebaupflicht subsidiär verpflichtet, [so daß keine Lücke entstehen kann. Tritt später eine Vermögensbesserung des in erster Linie Verpflichteten ein (etwa durch Erbgang), so lebt seine Leistungspflicht wieder auf, und er ist für die Aufwendungen der Zwischenzeit ersatzpflichtig.

III. Regelmäßig ist an der Wegebaupflicht nur ein Gewalt=unterworfenener beteiligt. Es bestehen jedoch auch Gesamtpflichten.

1. An solchen Grenzwegen, die Gemeindewege sind, und deren Wegekörper nicht innerhalb des einen Gemeindebezirkes liegt, besteht eine Gesamtpflicht der angrenzenden Verbände. Jeder ist zur ideellen Hälfte wegebaupflichtig<sup>17)</sup>, nach ostpreußischem Recht<sup>18)</sup> zu einem besonders bestimmten Anteil<sup>19)</sup>.

2. Eine Gesamtpflicht besteht ferner, insoweit eine Gemeinde zur Nachbarhilfe verbunden ist<sup>20)</sup>. Dient ein Gemeindegeweg überwiegend dem Verkehrsinteresse einer anderen als der Belegenheitsgemeinde, und ist er zur Bebauung weder bestimmt noch seine Bebauung den Umständen nach in Aussicht genommen, so kann die fremde Gemeinde „zur Teilnahme an der Wegebaulast herangezogen werden“. Ist die Heranziehung erfolgt<sup>21)</sup>, so nimmt die hilfspflichtige Gemeinde am Wegebau teil. Sie ist also Mitträgerin der Wegebaupflicht und nicht zur

<sup>15)</sup> Wg.O. Westpr. § 29, Pos. § 28, Ostpr. § 25.

<sup>16)</sup> Vgl. dazu Wg.O. Westpr. § 13; Pos. § 12 Abs. 1; Ostpr. § 12 Abs. 1. Der gleiche Grundsatz tritt auch in RW. §§ 305 Abs. 1, 389 Abs. 2, 390, 647 in die Erscheinung.

<sup>17)</sup> Wg.O. Sachsen § 19; Pos. § 18; Westpr. § 19.

<sup>18)</sup> Wg.O. Ostpr. § 17 Abs. 1.

<sup>19)</sup> Über die Bestimmungen dieses Anteils und seines Inhalts vgl. unten VII. 2.

<sup>20)</sup> Wg.O. Westpr. § 21; Pos. § 20; Ostpr. § 19 Abs. 1.

<sup>21)</sup> Vgl. unten VII. 3.

Kostenerstattung gegenüber der Belegenheitsgemeinde sondern zur Leistung selbst verbunden. Je nach dem Inhalt des einzelnen Verhältnisses ist sie ideell oder zu einem bestimmten Teil verpflichtet.

IV. Wegekörper und Verkehrsanlage sind Teile des Weges, die einander rechtlich gleichstehen. Daher erstreckt sich die Wegebaupflicht gleichmäßig auf den Wegekörper und diese Anlagen (Wg.D. Westpr. § 11; Pos. § 10; Ostpr. § 10). Alles, was im folgenden über den Inhalt der Wegebaupflicht zu sagen ist, gilt gleichmäßig für den Wegekörper und die Verkehrsanlage.

V. Die Wegebaupflicht kann einen doppelten Inhalt haben: sie kann einmal bezüglich eines oder mehrerer bestimmter Wege bestehen. Dann stellt dieses Verkehrsmittel (bzw. die Mehrzahl), das seiner geographischen Individualität nach bestimmt ist, ein Tatbestandsmerkmal des Rechtsverhältnisses dar. Die Wegebaupflicht erstreckt sich auf diejenigen Verkehrsmittel, welche in seinem Tatbestand erschöpfend aufgezählt sind. Ein derartiger Tatbestand ist z. B. gegeben, wenn die Verbindlichkeit bei Anlegung eines Weges durch Übernahme begründet, ein Vergleich über eine dem Bestande nach strittige Wegebaupflicht abgeschlossen oder auf die in einer der Urkunde angehängten Wegekarte Bezug genommen wird.

Regelmäßig besteht die Pflicht jedoch nicht in Ansehung bestimmter Wege, sondern hinsichtlich der Wege<sup>22)</sup>. Sie erstreckt sich auf die Wege im allgemeinen. Wenn Wg.D. Ostpr. § 15 Abs. 1 bestimmt: „alle übrigen Wege sind Gemeindewege“, so beschränkt dieser Satz die gemeindliche Wegebaupflicht nicht auf diejenigen, eines besonderen Unterhaltstitels ermangelnden Wege, welche beim Erlaß des Gesetzes bestanden. Es ist nicht für einen neuen Weg jedesmal eine Wegebaupflicht zu begründen. Sie ist allgemein festgesetzt: der Staat (d. i. die Verwaltung) „kann fordern“<sup>23)</sup>, die Einwohner „sind zu helfen schuldig“<sup>24)</sup>, die Baupflicht „liegt ob“<sup>25)</sup>. Es „besteht eine Ver-

<sup>22)</sup> Vgl. DVG. 16. Febr. 1884 (10, 208).

<sup>23)</sup> UR. II 15 § 16.

<sup>24)</sup> UR. II 15 § 17.

<sup>25)</sup> Wg.D. Ostpr. § 23; RG. vom 23. Mai 1901 (J. R. G. 22 C. 43).

pflichtung zu Leistungen“<sup>26)</sup> nicht nur in Ansehung der angelegten, sondern auch bezüglich der im öffentlichen Verkehrsinteresse noch anzulegenden und nicht von einem besonderen Titel erfaßten öffentlichen Wege. Das Verhältnis dieser rechtlichen Regelung zu den einzelnen Leistungspflichten ergibt sich aus folgender Erwägung.

Die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts hat Tatbestände aufgestellt, welche „die Gesamtheit der Rechtsfolgen aus einer Beziehung einer Person zu einer andern oder zu einer Sache“ umfassen und scheidet sie als „Rechtsverhältnis“ von den anderen Rechten<sup>27)</sup>. Diese Gattung läßt sich, wenn wir für die „Person“ als rechtsnotwendiges Subjekt jedes Verwaltungsverhältnisses die Verwaltung setzen, in der konstruktiven Bearbeitung des öffentlichen Rechts verwerten. Auch hier ist die Unterscheidung „systematisch unentbehrlich“.

Der Inbegriff der Folgen ist von den einzelnen Wirkungen verschieden. Das Rechtsverhältnis ist die Grundlage, aus welcher sich nach Maßgabe seines Inhalts die einzelnen Rechte der Verwaltung gegenüber dem unterworfenen Subjekt ergeben.

Solche „Grundverhältnisse“ mit den aus ihnen folgenden Einzelverhältnissen sind im öffentlichen Recht häufig. Ein solches Verhältnis — nicht „eine öffentliche Last, die in allgemeiner Form den Untertanen auferlegt ist“<sup>28)</sup> — war die Wehrpflicht. Sie war ein allgemeines Gewaltverhältnis, in dem der Staat — ob das Reich oder der Einzelstaat, ist für unsere Frage unerheblich — berechtigt, und der Bürger verpflichtet war. Denn „jeder Norddeutsche ist wehrpflichtig“ (WehrD. § 1 Abs. 1). Aus diesem Grundverhältnis ergaben sich die Militärpflicht<sup>29)</sup>, die Meldpflicht (MilG. § 31), die Stellungspflichten zur Musterung (MilG. § 10; WehrD. § 62) und zur Aushebung (WehrD. § 72), die aktive Dienstpflicht und

<sup>26)</sup> Wg.D. Ostpr. § 45 Abs. 1.

<sup>27)</sup> von Tuhr, Allgemeiner Teil I § 5 insbes. 125 ff.; Hellwig, Lehrbuch I § 20. Vgl. auch Siber, Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht (S. N. aus der Leipziger Festgabe für Sohm) 14.

<sup>28)</sup> So Triepel, Die Reichsaufsicht, S. 232 Anm. 2.

<sup>29)</sup> Laband, Staatsrecht IV (5) 143.

die Reservendienstpflicht (WehrD. § 6). Aus der Impfpflicht (ImpfG. vom 8. April 1874 [RGBl. 31] § 2 Abs. 1) folgen die Pflichten zur Vornahme (§ 1) und zur Wiederholung der Impfung (§ 3), zur Nachholung der Impfung (§ 4) und zur Vorstellung vor dem impfenden Arzt (§ 5). Die subjektive Steuerpflicht (PrEinfStG. §§ 1 ff.) ist die Grundlage für die Pflichten zur Abgabe der Steuererklärung (§§ 25, 26), für die Vorlegungspflicht von Handels- und Wirtschaftsbüchern (§ 40) und für die Pflicht zur Zahlung der veranlagten Steuer (§ 67). Ebenso verhält es sich bezüglich der Zeugenpflicht und der aus ihr sich ergebenden Erscheinungspflicht, der Pflicht zur Aussage und der Pflicht zur Eidesleistung<sup>30)</sup>. Auch die „Verpflichtung zur Unterhaltung der Wasserläufe und ihrer Ufer“ (PrWassG. § 113 Abs. 1) ist das Grundverhältnis, aus dem sich eine Reihe einzelner Pflichten ergeben, z. B. die Pflicht zur Erhaltung der Schiffbarkeit (§ 114 Abs. 1), der Vorflut (§ 114 Abs. 1), und zur Ausführung der Arbeiten, die vorflutschädlichen Uferabbrüchen vorbeugen (§ 119 Satz 1). Die Beitragslast der Straßenanlieger ist das „Hauptrecht, aus dem sich die Ansprüche auf die einzelnen Beitragsleistungen ergeben“<sup>31)</sup>.

In den angeführten Fällen besteht eine rechtliche Beziehung zwischen Verwaltung und Untertan, aus der sich als Folgen Rechte und Pflichten ergeben. Nur wer der Verwaltung durch jenes Gewaltverhältnis unterworfen ist: „jeder Norddeutsche“, ein „Impfpflichtiger“, derjenige, „dem die Unterhaltung des Wasserlaufes obliegt“, ist, und zwar auf Grund dieser Unterwerfung, zu den einzelnen Leistungen verpflichtet.

Eine Art dieser Gattung ist die Wegebaupflicht. Das Rechtsverhältnis in dem dargelegten Sinn ist der „Inbegriff derjenigen Beziehungen, welche zwischen seinen Trägern bestehen“. An ihm ist der „Wegebaupflichtige als solcher“<sup>32)</sup> beteiligt. Dieses „Grundverhältnis“ umfaßt nach Maßgabe seiner gebietsmäßigen und etwaigen sachlichen Beschränkungen alle Einzelverhältnisse, die auf ihm als ihrer rechtlichen Grundlage beruhen. Es ist die

<sup>30)</sup> Laband III (5) § 92.

<sup>31)</sup> R. G. 21. Jan. 1903 (3BfzGG. 3, 814); 1. März 1915 (RG. 86, 359).

<sup>32)</sup> Vgl. Rechtsgrundsatz 4 in DVG. 20, 215.

Pflicht als solche, auf deren „grundsätzliche Feststellung“<sup>33)</sup> die Klage gemäß ZG. § 56 Abs. 4 geht.

Die Wegebaupflicht ist eine auf die Dauer angelegte rechtliche Beziehung. Wg.D. Ostpr. § 14 Abs. 1 bestimmt:

„Provinzial- oder Kreiswege sind Wege, an denen die Wegebaulast der Provinz oder einem Kreise . . . dauernd obliegt“<sup>34)</sup>.

Das Gleiche gilt zuf. § 15 Abs. 2 Satz 2 auch für die Gemeindewege. Hieraus ergibt sich, daß es sich nicht um eine Wegebaupflicht im Sinne dieses Gesetzes handelt, wenn die geschuldete Leistung auf einen bestimmten Zeitpunkt konzentriert ist. Der Fall liegt z. B. vor, wenn die einmalige Herstellung eines Weges geschuldet wird, oder eine einmalige Ausbesserung den Leistungsinhalt bildet. Vielmehr handelt es sich nur dann um eine Wegebaupflicht, wenn die Verbindlichkeit dem Pflichtigen oder einem Kreise „dauernd obliegt“. Also „bildet den Schuldinhalt eine dauernde Leistungspflicht“. Die Wegebaupflicht ist darauf angelegt, „während ihres Bestandes eine konstante Wirkungskraft zu äußern“. Das ist, wie neuerdings von Gierke ausgeführt hat<sup>35)</sup>, der typische Unterschied der dauernden von den vorübergehenden Leistungspflichten. Eine Art dieser letzteren Verhältnisse sind die Dauerverpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen, bei denen diese Einzelleistungen aus der Stammverpflichtung entspringen. Diese, als das Ganze, ist von den Einzelverhältnissen zu unterscheiden. Eine derartige Verknüpfung von Grund und Folge liegt auch bei der Wegebaupflicht vor.

Einzelverhältnisse sind diejenigen Rechtsbeziehungen, welche aus der gemeinsamen Grundlage folgen. Das sind bei der Wegebaupflicht die einzelnen Wegebauleistungen<sup>36)</sup>. Es sind in erster Linie diejenigen „Einzelleistungen“, welche bezüglich des Baues und der Unterhaltung öffentlicher Wege ent-

<sup>33)</sup> DVB. 3. März 1902 (Bl. 23, 744).

<sup>34)</sup> In den älteren Wegeordnungen fehlt diese genaue Fassung. Eine Verschiedenheit der rechtlichen Regelung bedeutet das nicht.

<sup>35)</sup> Dauernde Schuldverhältnisse, IheringsJ. 64, 355 ff.; ders. Deutsches Privatrecht III 86 ff.

<sup>36)</sup> DVB. 16. Febr. 1884 (10, 211).



stehen<sup>37)</sup>. Hierher gehören ferner die Beziehungen, welche bei der Zwangsausführung einer wegepolizeilichen Verfügung oder durch Maßnahmen auf Grund des 36. § 55 Satz 3 begründet werden. Jedes dieser Verhältnisse, an denen stets die Wegepolizeibehörde und der Pflichtige beteiligt sind, ist aus der Grundbeziehung herzuleiten, erfährt aber nur eine ihrer Folgen. Ob ein solches Einzelverhältnis entstanden ist, bleibt für das Grundverhältnis ohne Bedeutung<sup>38)</sup>. Dieses bildet die Voraussetzung für die Einzelrechte und -pflichten. Ein solcher Tatbestand ist vom Grundverhältnis abhängig, und dessen rechtlicher Bestand bleibt von dem Eintritt seiner Folge unabhängig.

VI. Gemäß 36. § 55 Satz 2 „hat die Wegepolizeibehörde den Pflichtigen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit binnen einer angemessenen Frist aufzufordern und . . . erforderlichenfalls mit den gesetzlichen Zwangsmitteln anzuhalten“.

1. Von der Leistungspflicht ist zu scheiden die Erfüllungspflicht als die Pflicht, die Leistung zu bewirken. Diese Trennung tritt besonders klar zutage in Wg.D. Ostpr. § 42 Abs. 2:

„Soweit jedoch eine . . . Wegebauverpflichtung vom Reiche oder Staate vertragsmäßig auf die Provinz, einen Kreis oder eine Gemeinde dauernd übertragen ist, liegt ihre Erfüllung nur diesen als öffentlichrechtliche Verbindlichkeit ob.“

Übereinstimmende Regelung treffen Wg.D. Westpr. § 43 Abs. 2; Pof. § 42 Abs. 2. Vgl. auch PrAnsjedG. vom 10. August 1904 (G.S. 28) Art. I § 17 Abs. 3:

„Die Ansjedlungsgenehmigung kann von dem Nachweise, daß die Leistung erfüllt ist, . . . abhängig gemacht werden.“

Auch spricht PrWassG. § 142 von den „in Erfüllung der Unterhaltungspflicht ausgeführten Anlagen“. PrStemp.St.G. § 14 behandelt die „Art der Erfüllung der Stempelpflicht“.

Diese Scheidung hat im öffentlichen Recht ihre besondere Bedeutung. Es gibt zwei Arten der Erfüllbarkeit öffentlicher

<sup>37)</sup> DVG. 18. Juni 1906 (49, 229).

<sup>38)</sup> DVG. 23. Febr. 1906 (49, 177); 25. Juni 1914 (69, 337).

Leistungen. Die einen Leistungen sind zu erfüllen, wenn der Tatbestand fertig vorliegt, der die Leistungspflicht begründet. Bei den anderen muß zu diesem Tatbestand noch ein Verwaltungsakt hinzutreten, der Leistungsbefehl<sup>39)</sup> oder die Ermächtigung zur Leistung. Bei dieser letzteren Art besteht der Tatbestand der Erfüllungspflicht aus zwei Teiltatbeständen. Der eine ist der Tatbestand der Leistungspflicht, der andere der Tatbestand des Verwaltungsaktes. Erst die Gesamtheit dieser beiden Stücke erzeugt die Erfüllungspflicht.

Zu der ersteren Art gehört z. B. die Pflicht des Vereinsvorstandes zur Einreichung der Satzung und des Verzeichnisses der Mitglieder des Vorstandes gemäß ReichsVerG. § 3 Abs. 1 und 2. Wenn der Tatbestand der Vereinsgründung vorliegt, entsteht die Einreichungspflicht und zugleich die Pflicht, die Einreichung zu bewirken. Ebenso verhält es sich bei zahlreichen Meldepflichten (vgl. PrG. vom 31. Dez. 1842 [G.S. 1843, 5] §§ 8, 9) und bei der Stempelpflicht (PrStempStG. § 14 Abs. 1).

Bei der zweiten Art von Pflichten liegt zunächst nur der Teiltatbestand der Leistungspflicht vor. Die Steuerpflicht als die Pflicht, eine bestimmte Steuer zu leisten, ist begründet, wenn ihre Voraussetzungen (persönliche Steuerpflichtigkeit, steuerpflichtiges Einkommen von bestimmter Höhe), vorhanden sind. Zu diesem Tatbestand tritt derjenige der Veranlagung. Dieser Gesamttatbestand begründet die Erfüllungspflicht gemäß Pr. EinfStG. § 67 Abs. 1:

„Die veranlagte Steuer . . . ist abzuführen.“

Ebenso sind z. B. aufgebaut die Pflicht zur Zahlung der Straßenanliegerbeiträge<sup>40)</sup>, die Sitzungspflichten des Schöffen (GVBG. § 46) und des Geschworenen (GVBG. § 93), die Musterungspflicht (WehrD. § 62) und die Pflicht zur Zahlung der Wassergenossenschaftsbeiträge (Pr.WassG. § 223).

Der Verwaltungsakt begründet in diesen Fällen keine neue Pflicht. Die Gewaltunterworfenheit ist vorhanden, bevor er ergeht. Die obrigkeitliche Anforderung ist Leistungsbefehl. Ein

<sup>39)</sup> Otto Mayer I 333 ff.; ihm folgt Schneider aaO. (o. § 2 Anm. 16) 33 ff.

<sup>40)</sup> R.G. 31. März 1915 (86, 359).

Befehl zur Leistung kann aber nur erlassen werden, wenn die Verbundenheit zur Leistung besteht. Er ordnet an, daß die geschuldete Leistung bewirkt wird. Die Leistung wird durch den Befehl aber auch erst erfüllbar. Bevor die Verwaltung die Erfüllung will, kann der Gewaltunterworfene nicht erfüllen. Ihm eignet kein Recht auf Leistung. Innerhalb des Gewaltverhältnisses ist ausschließlich der Wille des Gewaltherrn maßgeblich. Anders als beim Schuldverhältnis ist dieses nicht auf der Grundlage der Gleichordnung, sondern auf derjenigen der Unterordnung aufgebaut. Daher liegt Erfüllung nur vor, wenn auf Grund der Anforderung geleistet wird. Vorherige Leistung ist nicht Erfüllung. Hat etwa der Steuerpflichtige den Betrag der von ihm zu leistenden Einkommensteuer richtig berechnet, und zahlt er, weil er verreisen will, vor erfolgter Veranlagung die Summe an denjenigen Ortserheber, welcher für seine Zahlung tatsächlich zuständig ist, bevor er veranlagt ist, so liegt keine Steuerzahlung vor.

Die Verwaltung kann aber den Leistungspflichtigen auch zur Erfüllung ermächtigen. Der Leistungsbefehl ist die Erscheinungsform des Verwaltungswillens, wenn die Anregung von der Verwaltung ausgeht. Oft hat aber auch der Leistungspflichtige ein Interesse daran, leisten zu dürfen, weil der aus der Leistung sich ergebende Zustand für ihn vorteilhaft ist. Dann kann er bei der ihm übergeordneten Behörde einen Antrag stellen, leisten zu dürfen. Ist die Behörde mit seinem Vorbringen einverstanden, dann ermächtigt sie ihn zur Leistung. Diese Ermächtigung ist Rechtsgrund der Erfüllbarkeit. In beiden Fällen gehört der Verwaltungsakt zum Tatbestande der Erfüllungspflicht. Ohne Leistungsbefehl oder Leistungsermächtigung ist keine Erfüllbarkeit vorhanden.

Zur letzteren Art der Erfüllbarkeit gehören die aus der Wegebaupflicht sich ergebenden Einzelpflichten. Die Leistungspflicht ist zu erfüllen, wenn eine wegebaupolizeiliche Verfügung dem Pflichtigen die Leistung anbefiehlt, oder wenn die Wegebaupolizeibehörde den Wegebaupflichtigen zur Leistung ermächtigt.

Durch die Aufforderung wird die Leistung fällig. Demnach braucht der Wegebaupflichtige vor Erlaß der Verfügung nicht zu leisten. Er ist aber auch zur Leistung vor Fälligkeit nicht berechtigt. Dies ergibt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses. Die Tätigkeit der Wegepolizeibehörde ist eine „positive, schaffende“. Die Polizei kann den Wegebaupflichtigen zwingen, öffentliche Wege, dem Verkehrsbedürfnis entsprechend, anzulegen, aber er hat kein Recht darauf, öffentliche Wege gegen den Willen der Polizei zu schaffen<sup>41)</sup>. Der Wegebaupflichtige hat „als solcher nur die Stellung, daß er leisten muß, was die Wegepolizeibehörde von ihm fordert“<sup>42)</sup>. Er ist zu Leistungen nur verpflichtet, nicht berechtigt. Die wegebaulichen Leistungen dürfen nur dann und nur in der Art ausgeführt werden, wie die Wegepolizeibehörde es will. Es bleibt dem Wegebaupflichtigen, wie einem jeden, unbenommen, wegebauliche Anträge bei der Behörde zu stellen. Gerade er wird oft ein Interesse an der Ausgestaltung der Verkehrsverbindungen oder an ihrer Verbesserung haben. Er hat aber kein Recht, sie auf Grund eigener Entschließung auszuführen. Doch kann die Behörde ihn zu diesen Leistungen ermächtigen. Gemäß 3G. § 56 Satz 1 besteht die Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde dafür, daß „den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht“. Es besteht aber auch nur die Zuständigkeit dieser Behörde. Der Wegebaupflichtige ist gewaltunterworfen. „Die wegebaulichen Leistungen werden“ (scil. vom 3G. § 55) „nur unter dem Gesichtspunkt einer dem Wegebaupflichtigen obliegenden Last behandelt“<sup>43)</sup>.

In seinen „Grundzügen des sächsischen Wegerechts“<sup>44)</sup> hat Kormann den Unterhaltspflichtigen zugleich als Wegeherrscher bezeichnet. Damit wird ihm neben seiner Pflicht noch die Verfügungsmacht am Wege zugeschrieben<sup>45)</sup>. Die Erörterung

<sup>41)</sup> OBG. 18. April 1901 (39, 219).

<sup>42)</sup> OBG. 5. Mai 1902 (41, 240).

<sup>43)</sup> OBG. 29. April 1901 (39, 223).

<sup>44)</sup> v. § 6 Anm. 67.

<sup>45)</sup> aaD. 12, 50.

darüber, ob Rormanns Lehre im sächsischen Recht ihre Begründung findet, fällt aus dem Rahmen dieser Untersuchung heraus. Für das preußische Recht können wir sie nicht annehmen. Dem Wegebaupflichtigen eignet zu seiner Pflicht kein Gegenstück in Gestalt eines Rechts am Wege. Er übt Verwaltungstätigkeit aus nicht auf Grund eines Rechts. Sie bildet vielmehr Schuldhalt<sup>46)</sup>. Wegeherr im Rormannschen Sinn ist die Wegepolizeibehörde; daher ist mit der Übertragung der Verwaltung und Unterhaltung der Chaussee gemäß PrDotG. vom 8. Juli 1875 (G.S. 497) § 18 nur diese Pflicht auf die Provinzen übergegangen. Das Recht der Verfügung über sie ist hingegen bei der Landespolizeibehörde verblieben<sup>47)</sup>.

2. Die Bewirkung darf nur innerhalb einer angemessenen Frist verlangt werden (ZG. § 55 Satz 2). Dem Wegebaupflichtigen muß genügend Zeit verbleiben, um sich die erforderlichen Geldmittel zu verschaffen, das Unternehmen vorzubereiten, es auszuführen.

3. Der Befehl ist wegebaupolizeiliche Verfügung, da er dem zur Unterhaltung Verpflichteten die Bewirkung von Leistungen auferlegt und erforderlichenfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann.

VII. Außer durch gesetzliche Bestimmung<sup>48)</sup> erfolgt die Begründung der Wegebaupflicht:

1. durch Gestaltungsverfügung<sup>49)</sup>. Erklärt sich jemand der Wegepolizeibehörde gegenüber zur Eingehung des Gewaltverhältnisses bezüglich eines anzulegenden Weges bereit, so ist sie befugt, das Rechtsverhältnis zu begründen<sup>51)</sup>. Es handelt sich um eine Erweiterung der öffentlichen Pflichten des Betreffenden über das gesetzliche Maß hinaus. Auch ohne Zustimmung des Betroffenen ist diese Verfügung in einer Reihe

<sup>46)</sup> Abweichend Schmidt 155.

<sup>47)</sup> R.G. 4. Okt. 1880 (3, 236).

<sup>48)</sup> Wg.D. Ostpr. §§ 14 Abs. 1, 15, 16.

<sup>49)</sup> Feiner 177.

<sup>51)</sup> DVB. 28. Juni 1917 (73, 351).

von Fällen kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen<sup>52)</sup> zulässig<sup>53)</sup>. Es handelt sich um einen konstitutiven Akt.

2. Vereinbarung der Beteiligten unter Zustimmung der Beschluß<sup>54)</sup> bzw. Wegepolizei<sup>55)</sup> Behörde regelt in den Fällen der Gesamtpflicht an Grenzwegen (oben III 1) den Inhalt der den einzelnen Verpflichteten obliegenden Leistungen<sup>56)</sup>, im ostpreussischen Recht auch ihr Anteilsverhältnis. Sie kann ferner über die Wegebaupflicht des Unternehmers einer auf dem Wegekörper befindlichen wegfremden Anlage hinsichtlich des von ihm benutzten Wegeteils bestimmen<sup>57)</sup>.

3. Im Fall der Nachbarhilfe (oben III 2) erfolgt die Eingehung der Verpflichtung, auf welche der Belegenheitsgemeinde ein Anspruch zusteht, durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Eine Vereinbarung ist trotz der gesetzlichen Ausdrucksweise<sup>58)</sup> nicht anzunehmen, weil hier die Genehmigung durch eine Behörde nicht erforderlich ist. Mangels Setzung einer Vereinbarung bzw. vertraglicher Einigung erfolgt in den Fällen zu 2 und 3 Regelung durch die Beschlußbehörde.

4. Die Verleihung einer Hebeberechtigung gemäß ALR. II 15 § 138 an einen Privaten begründet die Wegebaupflicht des Inhabers für diejenigen Wege, auf die sich seine Berechtigung erstreckt (Wg.D. Westpr. § 27; Pos. § 26; Ostpr. § 26).

5. Weitere konstitutive Verwaltungsakte, welche die Wegebaupflicht begründen, sind die Planfeststellungen (EisenbG. §§ 4, 14; EnteigG. §§ 14, 21; KleinbG. § 18; WassG. § 156).

6. Gemäß Wg.D. Ostpr. § 38 können diesem Gesetz zuwiderlaufende Ordnungen, Gewohnheitsrechte und Observanzen nicht entstehen. Diese Bestimmung berührt nicht die

<sup>52)</sup> EisenbG. § 4 mit 3G. § 158; EnteigG. §§ 14, 21; KleinbG. § 18.

<sup>53)</sup> Wg.D. Westpr., Pos., Ostpr. § 40.

<sup>54)</sup> Wg.D. Pos. § 18 Abs. 2; Westpr. § 19 Abs. 2.

<sup>55)</sup> Wg.D. Ostpr. § 17 Abs. 2 Satz 1. Diese neue Ordnung der Zuständigkeit ist zweckmäßiger, weil es sich um eine eigene Angelegenheit des Wegewesens handelt.

<sup>56)</sup> Wg.D. Westpr. 1 9 § 48 Abs. 2; Pos. § 18 Abs. 3; Ostpr. § 17 Abs. 2 Satz 1.

<sup>57)</sup> Wg.D. Pos. § 12 Abs. 2; Ostpr. § 13 Abs. 2.

<sup>58)</sup> Wg.D. Westpr. § 21 Abs. 2; Pos. § 20 Abs. 2; Ostpr. § 19 Abs. 2.

Frage des sog. neuen Gewohnheitsrechts<sup>59)</sup>. Sie stellt vielmehr eine Anwendung des Satzes dar, daß höheres Recht das niedere bricht. Es sollen zwecks möglichst umfassender Vereinheitlichung des Rechtszustandes nur solche besonderen örtlichen Rechtstitel zur Entstehung gelangen, die von dem Gesetz zugelassen sind.

VII. Die Rechtsnachfolge in die Wegebaupflicht<sup>60)</sup> ist nach den neuen Wegeordnungen in einer Reihe von Fällen zulässig. Es handelt sich nicht um den Übergang einzelner aus dem Grundverhältnis erwachsener Pflichten, sondern um den Übergang dieses Verhältnisses selbst. Denn Gegenstand des Übergangs bilden „Provinzial-, Kreis- oder Gemeindegeweg“<sup>61)</sup>, also jeweils der dem betreffenden Verbands obliegende Pflichteninbegriff bezüglich eines Weges. Die vor dem Übergang zur Entstehung gelangten Einzelpflichten bleiben unberührt.

1. Provinz und Kreis können durch „freiwillige Übernahme“ in die Wegebaupflichten niederer Verbände und einzelner Untertanen eintreten, sofern der Eintritt für die Dauer gewollt ist<sup>62)</sup>. Also können diese Verbände in die Wegebaupflichten der ihnen unterworfenen Gemeinden, Wegeverbände und der auf Grund besonderen Titels Verpflichteten, die Provinz außerdem in diejenigen der Kreise eintreten<sup>63)</sup>. Die Übernahmeerklärung, deren Wirksamkeit sich nach den für die Verbandsbeschlüsse gültigen Bestimmungen regelt, hat einmal den Eintritt des Erklärenden in das Gewaltverhältnis zur Folge. Es handelt sich nicht um die Begründung einer Neben- oder Gesamtpflicht. Vielmehr ist die alleinige Trägerschaft des Rechtsverhältnisses auf der Passivseite durch den übernehmenden Verband gewollt. Daher hat die Erklärung zur weiteren Folge das Ausscheiden des bisherigen Wegebaupflichtigen aus der

<sup>59)</sup> Fleiner 85ff.

<sup>60)</sup> von Tuhr aaO. § 5 III 3 S. 131, § 12 II S. 220; Fleiner 142ff.

<sup>61)</sup> Wg.D. Westpr. § 22; Pos. § 21; Ostpr. § 21 Abs. 1.

<sup>62)</sup> Wg.D. Westpr., Pos. § 14 Abs. 1; Ostpr. § 13, Abs. 1.

<sup>63)</sup> Zutreffend führt Hecht, Wegeordnung für die Provinz Posen 120 aus, das Recht stehe der Provinz, als nur dem Verbands innerhalb seines eigenen Bezirkes zu. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Kreise, da kein Grund für die Annahme besteht, ihnen sei im Gebiet anderer Kreise ihrer Provinz eine bevorrechtigte Stellung gewährt.

Verbindlichkeit. Es findet also ein Subjektwechsel auf der Passivseite statt, so daß die Annahme eines Übergangs des Rechtsverhältnisses als solchen begründet erscheint.

Die Zustimmung des alten Wegebaupflichtigen ist nicht erforderlich, weil der Übergang ihn rechtlich entlastet. Auch ist die Wirksamkeit der Erklärung nicht von der Genehmigung der Wegepolizeibehörde abhängig, da durch den Übergang der Wegebaupflicht an einen höheren, leistungsfähigeren Verband die Lage des Gewewesens verbessert wird. Trotzdem eine besondere Bestimmung fehlt, wird man Empfangsbedürftigkeit der Erklärung anzunehmen haben. Adressatin ist die Wegepolizeibehörde als Trägerin des Gewaltverhältnisses<sup>64</sup>). Gegenüber dem bisherigen Wegebaupflichtigen genügt eine Mitteilung, ohne daß aus ihrer Unterlassung rechtliche Folgen sich ergäben.

Provinz und Kreis haben vor der neueren Wegegesetzgebung häufig vom Staatsfiskus die ihm obliegende Wegebaupflicht an Kunststraßen durch bürgerlichrechtlichen Vertrag übernommen. Zur Aufrechterhaltung des bestehenden Rechtszustandes wird die Wirkung der privatrechtlichen Regelung derjenigen der Übernahmeerklärung gleichgestellt<sup>65</sup>). Durch diese gesetzliche Fiktion wird ihr Inhalt zum Bestande des öffentlichen Rechts erhoben.

2. Liegt die Wegebaupflicht am Bürgersteige (in ländlichen Ortschaften an Fußwegen zur Seite der Fahrstraßen innerhalb der geschlossenen Ortslage) einem anderen als der Belegenheitsgemeinde ob, so kann diese nach ostpreußischem Recht<sup>66</sup>) durch Erlaß eines Ortsstatuts in das Verhältnis eintreten<sup>67</sup>). Die rechtliche Bedeutung des Ortsstatuts steht derjenigen der Übernahmeerklärung gleich.

3. Durch Vereinbarung der Beteiligten (das sind der alte und der neue Wegebaupflichtige) kann

<sup>64</sup>) DVG. 7. Okt. 1896 (30, 253).

<sup>65</sup>) Wg. D. Westpr. § 15 Abs. 2; Pos. Ostpr. § 14 Abs. 2.

<sup>66</sup>) Wg. D. Ostpr. § 16 Abs. 2 Satz 1.

<sup>67</sup>) Vgl. die entsprechende Regelung im Wege-ReinigungsG. vom 1. Juli 1912 (G. S. 187) § 4.



a) die Wegebaupflicht eines höheren Verbandes (Provinz, Kreis) auf einen niederen (Kreis, Gemeinde) übertragen werden (sog. Deklassierung)<sup>68</sup>).

b) Durch den gleichen Akt wird der Übergang einer Gemeindepflicht zur Leistung von Hand- und Spanndiensten auf denjenigen weiteren Verband (Provinz, Kreis) vollzogen, welchem die Wegebaupflicht an dem betreffenden Wege obliegt<sup>69</sup>).

In diesen beiden Fällen handelt es sich um eine Vereinbarung, da Bestätigung durch die Wegepolizeibehörde<sup>70</sup>) erforderlich ist<sup>71</sup>). Der Rechtsakt überträgt, wie es in dem oben Ziff. 1 aufgezeigten Tatbestand die Wirkung der Übernahmeerklärung ist, die Verpflichtung von dem bisherigen auf den neuen Wegebaupflichtigen. Im Falle der Deklassierung kann der Übergang bedingt sein durch die Übernahme der Wegebaupflicht an einem anderen Wege seitens des deklassierenden Verbandes.

Wird eine Vereinbarung nicht gesetzt, so beschließt auf Antrag des höheren Kommunalverbandes<sup>72</sup>) — der niedere ist nicht antragsberechtigt — der Bezirksausschuß<sup>73</sup>). Der Beschluß ist rechtsverändernde Verfügung<sup>74</sup>).

4. Eine Hebeberechtigung kann verdinglicht sein. Insoweit dieser Tatbestand vorliegt, ist auch die dem Hebeberechtigten als solchem obliegende Wegebaupflicht verdinglicht. Sie geht dann mit dem Eigentum über<sup>75</sup>).

VIII. Inhalt der Verbindlichkeit ist der Bau und die Unterhaltung der „öffentlichen Wegeanlagen“.

<sup>68</sup>) Wg.D. Westpr. § 22; Pof., Ostpr. § 21 Abs. 1 Satz 1.

<sup>69</sup>) Wg.D. Pof. § 47 Abs. 1; Ostpr. § 46 Abs. 1.

<sup>70</sup>) Vgl. Anm. 68—69.

<sup>71</sup>) Schön, Verwaltungsrecht in Holtendorff-Kohlens Enzykl. (7) IV 259 nimmt, jedoch ohne nähere Begründung, einen öffentlichrechtlichen Vertrag an.

<sup>72</sup>) Wg.D. Pof. §§ 21 Abs. 2 Satz 1; 47 Abs. 2; Ostpr. §§ 21 Abs. 2 Satz 1; 46 Abs. 2.

<sup>73</sup>) Weitere Einzelheiten, unter denen der Beschluß zulässig ist, siehe in den Anm. 68 angef. Paragraphen.

<sup>74</sup>) Rormann, System 116.

<sup>75</sup>) DVG. 11. April 1894 (26, 226).

Die Sonderlast berechtigt die Verwaltung, auf den gewaltunterworfenen Grundstücken zur sachgemäßen Abwicklung des Verkehrs eine Wegeanlage zu halten. Der Bau und die Unterhaltung dieses Wegekörpers ist Inhalt der Wegebaupflicht. Die Verwaltung ist zwar berechtigt, die Anlage zu halten, sie ist aber nicht verpflichtet, sie zu erhalten. Der Regel nach ist es Sache der Verwaltung, für die zur Erreichung der Verwaltungszwecke erforderlichen Sachmittel zu sorgen. Hier bildet diese Obliegenheit den Inhalt eines besonderen Verhältnisses, wie es z. B. auch bezüglich der „äußeren Schulverwaltung“<sup>76)</sup> besteht.

Der geschuldete Leistungsinhalt ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis. In den Gesetzen, Observanzen, Vereinbarungen und den anderen Titeln, welche das Grundverhältnis begründen, ist oft auch festgesetzt, was dem Wegebaupflichtigen obliegt. Auch kann der Leistungsinhalt nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmung durch Polizeiverordnung oder Reglement festgesetzt werden<sup>77)</sup>. Insoweit die Leistungen nur in allgemeiner Formulierung bestimmt werden, wie das regelmäßig in den neuen Wegeordnungen geschieht, ist das für den allgemeinen Verkehr Erforderliche zu leisten. Die Wegeanlagen haben die Zweckbestimmung, für den allgemeinen Verkehr die geeignete Bahn zu sein. Daher ergibt sich der Leistungsinhalt aus demjenigen, was für den allgemeinen Verkehr erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist ihrem Wesen nach eine verhältnismäßige. Sie findet ihre Grenze in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Wegebaupflichtigen. Ist er zu den Leistungen außerstande, oder sind diese im Verhältnis zu seinem Vermögen übermäßig hoch, so kann die Wegepolizeibehörde keine Leistungen von ihm verlangen, da die hiermit verbundene Vernichtung seines wirtschaftlichen Daseins dem öffentlichen Interesse widerstreiten würde<sup>78)</sup>. Dieser Satz wird nicht nur bei wegebaupflichtigen Einzelpersonen von praktischer Bedeutung. Er kommt auch armen Gemeinden zugute.

<sup>76)</sup> Vgl. Anschütz, Preussische Verfassungsurkunde I 411 f.

<sup>77)</sup> Wg.O. Sachsen §§ 22, 23; Westpr. § 23; Ostpr. § 20.

<sup>78)</sup> DBG. 14. Juni 1879 (5, 226); 29. Jan. 1881 (7, 258).

Nur wenn die öffentlichen Wege in Zahl, Art und Zustand dem Verkehrsbedürfnis entsprechen, „geschieht ihm Genüge“: ZG. § 55 Satz 1<sup>79)</sup>. Dieses Bedürfnis ist örtlich verschieden<sup>80)</sup> und zeitlich wandelbar<sup>81)</sup>. Sein Wechsel ergibt sich aus seinem Wesen<sup>82)</sup>. Der Umfang des Verkehrs bleibt sich nicht gleich. Das Aufblühen von Ortschaften, die Industrialisierung einer Gegend, die Erschließung für den Fremdenzufluss und alle übrigen in ihrer Mannigfaltigkeit nicht aufzählbaren Verhältnisse des öffentlichen Lebens steigern den Verkehr. Oder die entgegengesetzte Entwicklung läßt ihn zurückgehen. Die Anforderungen an Zahl und Beschaffenheit der Wege werden dadurch beeinflusst. Wo früher ein Weg ausreichte, ist in späteren Zeiten dem Verkehrsbedürfnisse nur genügt, wenn eine Mehrzahl vorhanden ist. Bedurfte es bisher nur einer einfachen Anlage, so verlangt der stärkere Verkehr eine kunstgemähere Herstellung, etwa eine Pflasterung. Die Wegetechnik schreitet fort. Wo früher Kiesschüttung genügte, wird jetzt oft Asphaltierung erforderlich sein. Nur unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte des Verkehrslebens läßt sich bestimmen, wodurch wegebaulich dem Verkehrsbedürfnis genügt wird. Die wegebauliche Befriedigung des öffentlichen Verkehrsinteresses bildet den Leistungsinhalt der Wegebaupflicht. Inhalt und Umfang dieser Verbindlichkeit sind aus den dargelegten Gründen von vornherein nicht in allen Einzelheiten bestimmbar. Sie richten sich danach, was zur Zeit der Anforderung der Leistung nach der guten Ordnung des Verkehrslebens erforderlich ist.

Sind im Gebiet der neueren Regierungen die Wege nicht von der Provinz, einem Kreise oder einer Gemeinde zu unterhalten, so obliegt dem auf Grund besonderen Titels Verpflichteten die gemeindewegmäßige Unterhaltung<sup>83)</sup>.

Die genaue Bestimmung des Schuldinhalts kann durch —

<sup>79)</sup> DVG. 26. Mai 1877 (2, 266); 28. Sept. 1878 (4, 247) und Angef.; 25. Febr. 1909 (Bl. 31, 445); 19. Dez. 1912 (Bl. 35, 524).

<sup>80)</sup> R.G. 2. Nov. 1908 (Bl. 30, 342).

<sup>81)</sup> DVG. 29. Juli 1895 (28, 204).

<sup>82)</sup> DVG. 17. Febr. 1886 (Bl. 7, 364).

<sup>83)</sup> Wg.O. Westpr. § 24; Pol. § 23; Ostpr. § 23.

öffentlichrechtlichen — Vertrag des Wegebaupflichtigen mit einem Dritten erfolgen<sup>84</sup>). Der Vertrag bedarf der Genehmigung der Wegepolizeibehörde. Mangels der Genehmigung entbehrt die Verpflichtung öffentlichrechtlicher Wirksamkeit. Ein solcher Vertrag bestimmt den Leistungsinhalt. Es handelt sich regelmäßig darum, daß ein am Weg interessierter Dritter dem Wegebaupflichtigen Beihilfen gewährt und sich als Gegenleistung eine gewisse Art des Ausbaus und der Unterhaltung sichern will<sup>85</sup>).

Der Bau und die Unterhaltung der Wegekörper sind ihrem Wesen nach Verwaltungstätigkeit. Diese Tätigkeit bildet den Leistungsinhalt. Der Pflichtige hat daher in Natur zu erfüllen. Er wird von seiner Verbindlichkeit nur befreit, wenn er die Anlage herstellt, bzw. beseitigt. Die Zahlung der entstehenden Kosten an die Wegebehörde an Erfüllungsstatt ist nicht zulässig. Seine Verpflichtung geht auf Herstellung eines Zustandes. Diese Herstellung ist von der Zahlung des hierzu erforderlichen Geldbetrages verschieden<sup>86</sup>). Daher kann die Verwaltung auch von dem Pflichtigen nicht die Überlassung der Arbeiten zur eigenen Ausführung unter Zahlung der Kosten verlangen<sup>87</sup>).

Die praktisch bedeutsamsten Einzelverhältnisse sind:

1. Die Baupflicht. Sie enthält die Verpflichtung, die Wegekörper herzustellen, zu beseitigen und zu verlegen<sup>88</sup>).

2. Die Unterhaltungspflicht erstreckt sich darauf, den Wegekörper in verkehrsmäßigem Zustande zu erhalten<sup>89</sup>). Daher liegen dem Pflichtigen diejenigen laufenden Arbeiten ob, welche zur Instandhaltung des Weges notwendig sind. Er hat auch diejenigen Veränderungen vorzunehmen, welche durch den Wechsel des Verkehrsbedürfnisses notwendig werden. Ihm

<sup>84</sup>) Wg.D. Pos. § 22; Ostpr. § 11.

<sup>85</sup>) Begr. Wg.D. Pos. (Druckf. S. 5. 1907 Nr. 44) 29.

<sup>86</sup>) Vgl. BGB. § 249 Satz 1 mit Satz 2.

<sup>87</sup>) DVB. 13. Jan. 1891 (20, 294).

<sup>88</sup>) Wg.D. Sachsen § 4 Ziff. 1; Westpr. § 10 Abs. 1 Ziff. 1; Pos. § 9 Abs. 1 Ziff. 1; Ostpr. §§ 9 Abs. 1 Ziff. 1; 10.

<sup>89</sup>) Vor. Ann. angef. §§ Ziff. 2.

liegt ferner ob, die Verkehrshindernisse zu beseitigen<sup>90</sup>). Sind diese von einem Dritten verursacht, beruhen sie also nicht auf einem Naturereignis, so ist auch dieser zur Beseitigung verpflichtet<sup>91</sup>). Wird der Wegebaupflichtige herangezogen, so kann er die Behörde nicht an den Urheber verweisen, da es sich um eine Gesamtverbindlichkeit handelt, und es im Ermessen der Wegepolizeibehörde steht, an welchen Verpflichteten sie sich halten will<sup>92</sup>). Jedoch steht ihm gegenüber dem Dritten ein — öffentlichrechtlicher — Ersatzanspruch zu.

Ist ein Dritter zur Haltung einer wegfremden Anlage berechtigt, so liegt ihm im Regelfall die Unterhaltung und Wiederherstellung des benutzten Wegeteils ob. Subsidiär ist der Wegebaupflichtige bei seinem Wegfall (z. B. Erlöschen einer juristischen Person) oder Unvermögen verhaftet<sup>93</sup>).

3. Begründet die Ausführung wegepolizeilicher Verfügungen einen Anspruch auf Entschädigung, so hat sie der Wegebaupflichtige zu leisten. (WgD. Pof. § 9 Abs. 1 Z. 4; Ostpr. § 9 Abs. 1 Z. 4.)

4. Durch die Anlegung oder Verlegung von Wegen kann das Bedürfnis entstehen, im Interesse der Verkehrssicherheit künstliche Gewässer und Bodenvertiefungen in der Nähe dieser Einrichtungen mit Schutzvorrichtungen zu versehen. Ihre Anlegung obliegt dem Wegebaupflichtigen. (WgD. Westpr. § 36; Pof. § 35; Ostpr. § 35, Abs. 2.)

5. Beleuchtung und polizeiliche Reinigung gehören nicht zum Inhalt der Wegebaupflicht (WgD. Westpr. § 12 Z. 2—3; Pof. § 11 Z. 2—3; Ostpr. § 12 Z. 2—3). Sie bilden den Inhalt selbständiger Verhältnisse, deren Träger auf der Herrschaftsseite nicht die Wegepolizeibehörde, sondern die Ortpolizeibehörde ist<sup>94</sup>).

IX. Wegebaupflichtiger und Eigentümer sind nicht rechtswortwendig dieselbe Person. Tatsächlich sind die Wegebaupflicht

<sup>90</sup>) Anm. 88 angef. §§ Ziff. 3.

<sup>91</sup>) WgD. Pof., Ostpr. § 9 Abs. 2.

<sup>92</sup>) DVG. 31. Jan. 1913 (65, 375) u. Angef; 8. März 1917 (72, 313).

<sup>93</sup>) WgD. Pof. § 12 Abs. 4; Ostpr. § 13 Abs. 4.

<sup>94</sup>) Hecht, WgD. Pof. 113 ff.; Wegereing. § 1.

und das Eigentumsrecht oft in einer Person vereinigt. Dieser Zustand wird auch durch die erwähnten Ablösungsvorschriften angestrebt. Aus einer tatsächlich bestehenden Vereinigung ergeben sich keine rechtlichen Folgen. Das Eigentum ist ein Privatrecht, die Wegebaupflicht eine öffentlichrechtliche Verbindlichkeit. Das Recht und die Pflicht treten sich einander nicht gegenüber, da sie verschiedenen Rechtskreisen angehören.

X. Eine gemäß dem Gesetz betreffend die Vorausleistungen zum Wegebau vom 18. August 1902 (G. S. 315) § 1 bestehende Vorausleistungspflicht ist ein Verhältnis des Wegerechts. Es liegt aber keine Wegebaupflicht vor. Berechtigt aus diesem Rechtsverhältnis ist nicht die Wegepolizeibehörde, sondern der Wegebaupflichtige als solcher dem Unternehmer gegenüber. Dieses Rechtsverhältnis ist also anders aufgebaut als unser Institut<sup>95)</sup>.

Die Anliegerbeiträge gemäß FluchtG. § 15 und die Beiträge auf Grund des KommAbgG. § 9 sind Gemeindelaften, nicht wegerechtliche Verhältnisse<sup>96)</sup>.

#### D. § 8. Die Anlegung eines öffentlichen Weges.

Die Begründung der Sonderlast bildet keinen formellgesetzlichen Tatbestand. Wenn Wg. O. Ostpr. § 2 Abs. 1 anordnet:

„Öffentliche Wege sind Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit für den allgemeinen Verkehr bestimmt sind“,

so ist damit nur die publizistische Natur der Entstehung bestimmt. Der Tatbestand selbst ist mangels Festsetzung seiner einzelnen Merkmale nicht geregelt.

Ein öffentlicher Weg wird angelegt durch die von der Wegepolizeibehörde erklärte Bestimmung der Wegestrecke und des auf dem Wege zulässigen allgemeinen Verkehrs (sog Widmung).

<sup>95)</sup> Boffen, Vorausleistungsgesetz (2) 46.

<sup>96)</sup> Vgl. Schulkenstein im BArch. 25, 443.

I. Die Wegepolizeibehörde ist zur Anlegung neuer öffentlicher Wege zuständig. Ihr obliegt „die Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht“. (ZG. § 55 Satz 1.) Diesem Bedürfnis ist nicht genügt, wenn nur die vorhandenen Wege in ihrem Bestande geschützt und verkehrsfähig erhalten werden. Darüber hinaus ist erforderlich, daß auch nach Maßgabe des Verkehrsbedürfnisses neue Wege geschaffen werden<sup>1)</sup>. Der öffentliche Verkehr ist keine ein für allemal feststehende, unabänderliche Größe. Er ist aus den mannigfachen Gründen des politischen, wirtschaftlichen, sozialen Lebens steter Wandlung unterworfen. Diesen Veränderungen und gesteigerten Ansprüchen muß die Wegepolizeibehörde auf Grund der angeführten Bestimmung Rechnung tragen. Also ist sie, die Trägerin der Sonderlast, auch für ihre Begründung zuständig. Die Anlegung ist mithin Verwaltungsakt. Es erhebt sich aber die weitere Frage, ob dieser Verwaltungsakt (die sog. Widmung) allein in einer Erklärung der Behörde besteht, oder ob noch die Beteiligung anderer Personen Tatbestandsmerkmal ist.

Eine Ausnahme von der Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde findet statt, insoweit Planfestsetzungen zulässig sind<sup>2)</sup>. An der Durchführung der Unternehmungen, denen diese Verwaltungsakte dienen, besteht ein höheres öffentliches Interesse, als es das Verkehrsinteresse ist. Daher sind die für die Planfestsetzungen zuständigen Behörden auch zur Anlegung öffentlicher Wege befugt, insoweit es das Bedürfnis der Unternehmungen erfordert. Voraussetzung und Verlauf der Feststellungsverfahren sind nach den für das betreffende Gebiet gültigen Rechtsakten geordnet. Sie bleiben hier als nicht wegerechtliche Verfahrensarten außer Betracht. Für unsere Erörterung genügt die Feststellung, daß neben der Wegepolizeibehörde innerhalb eines Planfeststellungsverfahrens die für dieses zuständige Behörde auch einen öffentlichen Weg anlegen kann.

<sup>1)</sup> DBG. 16. Febr. 1884 (10, 213).

<sup>2)</sup> Die einschlägigen Vorschriften sind angeführt § 7 S. 65.

II. Die von der Praxis, namentlich des preußischen Oberverwaltungsgerichts getragene herrschende Lehre<sup>3)</sup> nimmt an, die Begründung der Sonderlast erfolge nicht durch alleinigen Akt der Wegpolizeibehörde. Sie erfordert deren Zusammenwirken mit dem Eigentümer und dem Wegebaupflichtigen. Dieses Zusammenwirken soll kein Vertragschluß sein<sup>4)</sup>. Die nähere begriffliche Kennzeichnung fehlt<sup>5)</sup>. Beide Erfordernisse erscheinen nicht begründet. Sie sind aufgestellt, weil man Eigentümer und Wegebaupflichtige als „rechtlich Beteiligte“<sup>6)</sup>, d. i. als Träger des Rechtsverhältnisses, ansah. Diese Beteiligung besteht nicht, da das Wegerechtsverhältnis öffentlicher Natur ist, und die Wegebaupflicht eine selbständige Verbindlichkeit darstellt. Die Beteiligung des Eigentümers und des Wegebaupflichtigen kann daher nicht als Grund für ihre Mitwirkung herangezogen werden. Es gilt vielmehr hinsichtlich der Widmung das Folgende:

Das Bestehen eines öffentlichen Weges hat zwar eine Beschränkung des Eigentums an denjenigen Grundstücken zur Folge, über die er sich erstreckt. Die Frage nach der Zulässigkeit der Eigentumsbeschränkung regelt sich nach den allgemeinen rechtsstaatlichen Sätzen. Die Widmung beschränkt in ihrer privatrechtlichen Wirkung das Eigentum. Sie ist also ein Eingriff in dieses Recht. Eingriffe in Freiheit und Eigentum sind einmal zulässig, soweit die Enteignung statthaft ist<sup>7)</sup>. Im übrigen, also soweit keine Enteignung erfolgt, sind obrigkeitliche Eingriffe ferner statthaft, wenn sie gesetzlich zugelassen sind. Nur eine ausdrückliche Ermächtigung berechtigt auf der einen Seite die Verwaltung zum Eingriff und begründet andererseits für den Untertanen die Verpflichtung zur Duldung dieses Ein-

<sup>3)</sup> Zusammenstellung bei Germershausen, Wegerecht I (3) 5. Die neuere Rechtsprechung steht auf dem gleichen Standpunkt.

<sup>4)</sup> OVG. 1. Febr. 1909 (54, 344); 30. März 1911 (58, 337). Einen Vertrag nimmt an R.G. 9. Jan. 12 (Gruchots Beitr. 57, 187).

<sup>5)</sup> Jedoch sollen Gleichzeitigkeit und Abereinstimmung der Erklärungen nicht erforderlich sein: OVG. 1. Febr. 1909 (54, 344).

<sup>6)</sup> OVG. 27. Febr. 1895 (27, 401).

<sup>7)</sup> Vgl. zum Folgenden Waldecker, Die Anstaltspolizei (Sirths Ann. 1915, 290 ff.) 300.



griffs. Eine solche Ermächtigung fehlt hier. Es ist nicht Rechtens, daß die Wegepolizeibehörde Grundstücke, auf denen sie einen öffentlichen Weg anlegen will, zu dieser Anlage benutzen, also in das Eigentum eingreifen darf. Fehlt aber eine solche Ermächtigung, so braucht der Eigentümer sich den Eingriff nicht gefallen zu lassen. Er kann ihn sich aber gefallen lassen. Der von der Freiheits- und Eigentumsklausel geschützte Rechtskreis ist, außer in den eben erwähnten Fällen der gesetzlichen Ermächtigung zum obrigkeitlichen Eingriff, noch einer weiteren Einschränkung fähig durch Einwilligung des geschützten Untertanen. Die Überschreitung der Grenzen, welche der Verwaltung gezogen sind, wird zulässig, wenn der in seiner Freiheit und seinem Eigentum geschützte Untertan zugunsten der Verwaltung einen Eingriff gestattet. Ein Verwaltungsakt, der ohne eine solche Willenserklärung unzulässig wäre, erhält rechtliche Wirksamkeit durch die Zustimmung des Betroffenen. Das ist die Rechtsfigur des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung<sup>8)</sup>.

Sie bedarf nach dem, was wir über öffentlichrechtliche Dinglichkeit ausgeführt haben, derselben Erweiterung, welche sich aus dieser Erörterung für den Begriff des verwaltungsrechtlichen Verhältnisses ergab. Wie die Einwilligung notwendig und zulässig ist, um der Verwaltung einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Untertanen zu gestatten, so gilt das gleiche für die Erlaubnis zum Verwaltungseingriff in das verwaltungsfreie Eigentum. Art. 9 der Preussischen Verfassungsurkunde ist das von Anschütz<sup>9)</sup> treffend so benannte „sachenrechtliche Seitenstück“ zum Art. 5. In demselben Verhältnis steht die Verfügung über ein Stück des verwaltungsfreien Eigentumskreises zu derjenigen über die persönliche Freiheit. Es sind zwei gleichgeordnete Erklärungen des Untertanen, welche die Verwaltung zum Eingriff in den verfassungsmäßig verwaltungsfreien Rechtskreis berechtigten, und zwar die eine zum Eingriff in deren personenrechtlichen, die andere zum Eingriff in deren sachenrechtlichen Teil.

<sup>8)</sup> Otto Mayer I 100; Fleiner 182ff.

<sup>9)</sup> Preuß. Verfassungsurkunde I, 167.

Daher ist die Widmung ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung, und zwar auf dingliche Unterwerfung. Sie begründet eine Eigentumsbeschränkung, ist also ein Eingriff in das Eigentum. Ohne Einwilligung des Eigentümers ist sie unzulässig<sup>10)</sup>. Erklärt aber der Eigentümer sein Einverständnis mit der Begründung der Sonderlast, dann begibt er sich nach Maßgabe des Erklärungsinhalts der Freiheit des Eigentums. Damit wird die Widmung zulässig. Sie wird insoweit zulässig, als sich der Eigentümer mit dem Erlaß des Verwaltungsaktes einverstanden erklärt hat. Seine Erklärung muß den Inhalt der von ihm bewilligten Einschränkung enthalten. Die Einwilligung ist *condicio iuris* der gültigen Widmung. Diese ist also nur wirksam, wenn und insoweit diese Voraussetzung gegeben ist. Hat sich der Eigentümer z. B. nur mit der Anlegung eines beschränkt öffentlichen Weges einverstanden erklärt, so kann die Wegpolizeibehörde nur die Widmung eines der Zustimmung entsprechenden öffentlichen Weges vornehmen. Eine weitergehende Widmung, z. B. eines Fahr- und Fußweges bei Einwilligung des Eigentümers zur Anlegung eines Fußweges, ist unwirksam.

Die Einwilligung ist *actus legitimus*. Sie enthält die Verpflichtung zur Duldung<sup>11)</sup> der Sonderlast. Die Anlegung eines öffentlichen Weges ist nach der Natur des Rechtsverhältnisses als Begründung einer dauernden rechtlichen Beziehung gewollt. Daraus ergibt sich, daß auch der Verpflichtungswille, dessen Erklärung die Grundlage für den Verwaltungsakt bildet, den gleichen Inhalt haben muß. Ob Vorbehalte und Einschränkungen (bedingte oder befristete Erklärungen) überhaupt keine wirksame Erklärung haben zustande kommen lassen, oder ob sie unbeachtlich sind<sup>12)</sup>, ist im Einzelfalle nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung öffentlichrechtlicher Willenserklärungen zu entscheiden<sup>13)</sup>.

<sup>10)</sup> Entw. Wg.D. Pos. (Druckf. 55. 1907 Nr. 44) 23. Abweichend *Guba aaD.* (o. § 1 Anm. 16) 12.

<sup>11)</sup> Vgl. *OBG.* 15. Febr. 1900 (36, 273).

<sup>12)</sup> *OBG.* 30. März 1911 (*DJZ.* 1911, 1222).

<sup>13)</sup> Darüber, daß die — *de lege lata* unbestreitbare — Nichtbeteiligung der anderen am Grundstück dinglich Berechtigten unzumutbar ist: *Schuljenstein, Hypothek und Wegerecht* (*DJZ.* 1911, 1523).

Aus den gleichen Gründen ergibt sich, daß die Einwilligung des Eigentümers unwiderruflich ist<sup>14</sup>). Sie bindet ferner den Rechtsnachfolger des Eigentümers, da sie die Zustimmung zu einem Eingriff in das Eigentum als solches enthält.

Die Zustimmung ist nicht privatrechtliches<sup>15</sup>) sondern publizistisches Rechtsgeschäft, da sie die Duldungspflicht gegenüber der Verwaltung, also Unterwerfung unter hoheitlichen Zugriff, begründet. Für die Sicherheit des Verkehrs besteht hier eine empfindliche Lücke. Die privatrechtliche Belastung eines Grundstücks ist aus dem Grundbuche ersichtlich. Öffentliche Lasten sind nicht eintragungsfähig. In soweit Wegeverzeichnisse bestehen, ist — aber doch nur in beschränktem Grade — Abhilfe geschaffen<sup>16</sup>). De lege ferenda ist, nach dem Vorbilde der süddeutschen Baulastenbücher, die Schaffung öffentlicher Lastenbücher wünschenswert, die sich freilich nicht auf die gemeinen Lasten beschränken dürften, sondern wegen ihrer geringeren Offenkundigkeit gerade auch die Sonderlasten erfassen müßten.

2. „Einen öffentlichen Weg ohne einen zur Unterhaltung öffentlichrechtlich Verpflichteten kann es nicht geben<sup>17</sup>).“ Dieser vom Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommene und durchgeführte Rechtsatz stellt für das Wegerecht die Anwendung eines staatsrechtlichen Satzes dar. Die Ausgaben, welche durch Schaffung neuer öffentlicher Einrichtungen verursacht werden, sind im staatsrechtlichen Sinn willkürliche<sup>18</sup>). Daher findet die Befugnis der Verwaltung zu einer derartigen Organisation als zu einer mit Ausgaben verbundenen ihre verfassungsmäßige Schranke in dem Haushaltsrecht der Volksvertretung<sup>19</sup>). Diese Beschränkung der Ver-

<sup>14</sup>) Schulzenstein aaD. 1526 bei Anm. 2.

<sup>15</sup>) So Kormann, System 98, Grundzüge (o. § 6 Anm. 67) 74; Schmidt aaD. (o. § 5 Anm. 4) S. 21 bei Anm. 30, 24.

<sup>16</sup>) Vgl. unten § 11.

<sup>17</sup>) OVG. 13. März 1899 (35, 298).

<sup>18</sup>) Laband, Staatsrecht (5) IV 532.

<sup>19</sup>) Meyer-Anschütz (6) § 205 Anm. 6; Arndt, Organisation der Verwaltungsbehörden (VArch. 26, 273f.).

waltung besteht nicht, wenn die Neuerung zwar Ausgaben verursacht, die Tragung dieser Ausgaben aber einem Dritten obliegt. Besteht eine Verpflichtung entweder zur Beschaffung der Einrichtung oder zur Tragung ihrer Kosten, dann belastet die Ausübung des Organisationsrechts die Staatskasse nicht. Es ist aber erforderlich, daß der Dritte die Lasten nicht nur tatsächlich trägt, sondern daß er hierzu verpflichtet ist. Fehlt eine solche Verbundenheit, so sind die Ausgaben nicht rechtlich gesichert.

Die Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde zur Anlegung öffentlicher Wege ist Organisationsrecht der Verwaltung. Die Ausübung dieser Befugnis veranlaßt Ausgaben. Statsmäßige Mittel zu ihrer Bestreitung stehen der Verwaltung regelmäßig nicht zur Verfügung. Sie ist vielmehr darauf angewiesen, die Beschaffung und Erhaltung der neuen Einrichtung von einem Dritten vornehmen zu lassen. Die Anwendung der ausgeführten staatsrechtlichen Grundsätze ergibt, daß die Verwaltung nur solche Wege anlegen kann, für welche die Baupflicht eines Dritten rechtlich gesichert ist.

Hieraus folgt aber nicht schlechthin, daß der Wegebaupflichtige an der Entstehung eines öffentlichen Weges beteiligt ist. Es ist zu unterscheiden, ob der anzulegende Weg im Verkehrsinteresse erforderlich oder nicht erforderlich ist. Liegt Erforderlichkeit vor, so ist der Wegebaupflichtige zur Anlegung des Weges verpflichtet, weil die ihm obliegende Verbindlichkeit auch diese Einzelleistung umfaßt. Die Anlegung neuer Wege liegt im Ermessen der Wegepolizeibehörde. Entschließt sie sich zu dieser Maßnahme, so entspringen aus dem Grundverhältnis der Wegebaupflicht diejenigen Einzelleistungspflichten, welche in wegebaulicher Beziehung notwendig sind. Der Wegebaupflichtige ist „materiell verbunden“<sup>20)</sup>. Das bedeutet: Seine Leistungspflicht ist entstanden. Um seine Erfüllungspflicht zur Entstehung zu bringen, muß zu diesem Teiltatbestand noch der weitere des Verwaltungsaktes hinzutreten. Erst wenn dieser Gesamttatbestand vorliegt, ist die Erfüllungspflicht begründet. Der Gesamttatbestand deckt sich damit, was das Oberverwaltungsgericht

<sup>20)</sup> OVG. 22. Nov. 1900 (38, 242).

als formelle Entstehung der Wegebaupflicht bezeichnet. Daraus ergibt sich, daß eine Mitwirkung des Wegebaupflichtigen bei der Anlegung nicht stattfindet. Die Anlegung des Weges ist präjudiziell für den Verwaltungsakt, der die Erfüllungspflicht des Wegebaupflichtigen begründet. Diese Pflicht entsteht aber nicht innerhalb des Wegerechtsverhältnisses, sondern sie findet ihre rechtliche Grundlage in der Wegebaupflicht. Ob gegen den Wegebaupflichtigen eine Verfügung ergeht, welche die Leistung anordnet, oder ob er von der Wegepolizeibehörde zu der Leistung ermächtigt wird: Rechtsgrund der Erfüllung ist der Verwaltungsakt, nicht der Wille des Gewaltunterworfenen.

Gegenstand des Verwaltungsaktes bildet nicht die Leistung sondern ihre Erfüllung. Die Behörde kann die Widmung nur durchführen, wenn erfüllt wird. Die Pflicht zur Erfüllung ist endgültig begründet, wenn die auf ihre Bewirkung gerichtete wegepolizeiliche Verfügung unanfechtbar geworden ist. Eine Mitwirkung des Wegebaupflichtigen findet nicht statt, da er nur das leistet, wozu er verpflichtet ist.

Wenn die Anlegung eines Weges im öffentlichen Interesse nicht erforderlich ist, so obliegt sie nicht dem Träger der allgemeinen Wegebaupflicht. Bei dieser Sachlage kann die Wegebehörde nur dann die Widmung vollziehen, wenn ein Dritter die Wegebaupflicht übernimmt. Auch hier findet eine Mitwirkung des neuen Pflichtigen bei der Widmung nicht statt. Die Übernahme ist hier finanzrechtliche, nicht wegerechtliche Voraussetzung der Widmung. Die Verwaltung darf nur insoweit tätig werden, als eine rechtliche Grundlage für Deckung der durch ihre Tätigkeit entstehenden Kosten besteht. Diese ist nicht vorhanden, wenn die allgemeine Wegebaupflicht sich nicht auf den anzulegenden Weg erstreckt. Aus diesen haushaltsrechtlichen Gründen darf daher die Verwaltung in diesem Fall nur dann widmen, wenn eine besondere Wegebaupflicht begründet, und damit die Kostenlast gedeckt ist. Hieraus ergibt sich aber nichts für einen wegerechtlichen Zusammenhang zwischen Widmung und Wegebaupflicht.

III. Das Ergebnis ist also, daß die Widmung ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung ist, und zwar auf Unterwerfung notwendig des Eigentümers, bei Schaffung eines im Verkehrsinteresse nicht erforderlichen Weges auch auf Unterwerfung des Trägers der für diesen Weg zu begründenden Wegebaupflicht. Ein Tatbestand, bei dem die Wegepolizeibehörde und die anderen beteiligten Rechtssubjekte gleichgeordnet zusammenwirken, liegt nicht vor.

Die Widmung ist nicht wegepolizeiliche Verfügung, da sie keinen Adressaten hat. Sie schafft die Sonderlast, eine dingliche Beziehung der Verwaltung zur Sache. Sie ist also sachenrechtliche Verfügung, die ein dingliches publizistisches Rechtsverhältnis schafft, und in ihrer bürgerlichrechtlichen Nebenwirkung das eigentumsfähige und eigentumsbedürftige Grundstück einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung unterwirft.

Die Widmung begründet nicht ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und bestimmten Personen. Sie ist also nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Öffentliche Bekanntmachung der Widmung ist nicht vorgeschrieben. Es ist jedoch notwendig, daß sie, wenn auch nicht der Allgemeinheit, so doch den durch den Akt betroffenen Personen bekanntgegeben wird<sup>21)</sup>.

Die Widmung ist ausdrückliche Willenserklärung. Daß die sog. stillschweigende Widmung etwas anderes ist als eine stillschweigende Willenserklärung, wird noch dargelegt werden (vgl. unten § 10).

IV. Eine Ausnahme von der aufgezeigten Beteiligung an der Widmung besteht insofern, als öffentliche Wege auf Deichen, Leinpfaden sowie auf Brücken und Fähren über schiffbare Gewässer angelegt werden. Diese Einrichtungen unterstehen besonderen Behörden, der Strom- und Schifffahrtspolizeibehörde bzw. der Deichpolizeibehörde. Zum Inhalt der Leinpfadlast gehört nur „die Benutzung der Grundstücke zur Fortbewegung von Schiffen oder Flößen durch Menschen oder Tiere“ (WassG. § 27 Abs. 1), also nicht ein irgendwie andersartiger Verkehr.

<sup>21)</sup> DBG. 2. Okt. 1902 (42, 221); abweichend Schmidt 33.

Deiche sind ihrer Bestimmung nach keine Verkehrsmittel. Brücken und Fähren sind besondere, wasserrechtliche Verkehrsanstalten (A. R. II 15 §§ 50 ff., aufrechterhalten gemäß Wass. G. §§ 397, 399 Abs. 2 Ziff. 16). Soweit auf diesen Einrichtungen ein öffentlicher Weg angelegt werden soll, bedarf die Widmung zwecks Wahrung der Interessen dieser Veranstellungen der Zustimmung der für sie zuständigen Behörde. Das war von jeher Rechtens und ist in den neueren Wegeordnungen ausdrücklich bestimmt<sup>22)</sup>. Fehlt die Zustimmung, so ist die Widmung ungültig<sup>23)</sup>.

V. Schulzenstein<sup>24)</sup> lehnt die Widmungslehre ab, weil es auch andere konstitutive Akte als die Widmung gebe, durch die „unmittelbar öffentliche Wege geschaffen werden können“. Das trifft zu, berechtigt aber unseres Erachtens nicht zu der von Schulzenstein gezogenen Folgerung. Er führt als Beispiele Rezesse im Auseinanderetzungsverfahren zunächst an. Der Recess schafft objektives Recht. Soweit er die Schaffung eines öffentlichen Weges anordnet, ersetzt der rezessualische Rechtsakt die Unterwerfungserklärung des seiner Geltung unterliegenden Grundeigentümers. Der Recess greift in das Zuständigkeitsgebiet der Wegepolizeibehörde ein. Daher ist zu seiner Gültigkeit ihre Mitwirkung bei der Setzung des Recesses erforderlich, soweit er die Schaffung des öffentlichen Weges zum Inhalt hat<sup>25)</sup>. Diese Beteiligung besteht in der Erklärung, daß der neue Weg entstehen soll. Mit anderen Worten: Der Verwaltungsakt ergeht als formeller (Recess-) Rechtsakt.

Die übrigen Verwaltungsakte, die Planfeststellungen sind als außerordentliche, nicht wegerechtliche Begründungstatbestände von der Erörterung ausgenommen worden (vgl. oben I). Eine vorkonstitutionelle königliche Kabinettsorder schließlich konnte, da der königliche Wille Gesetz war, auch die Anlegung eines öffentlichen Weges bestimmen<sup>26)</sup>. Daraus ergibt sich

<sup>22)</sup> Wg. D. Westpr. § 1 Abs. 2; Pos. § 1 Abs. 2; Ostpr. § 1 Abs. 2.

<sup>23)</sup> Abweichend Fleiner § 20 Anm. 6.

<sup>24)</sup> Bl. 34, 755.

<sup>25)</sup> D. V. G. 10. Febr. 1891 (20, 242); 21. Dez. 1895 (30, 269).

<sup>26)</sup> Ansch. u. B. Arch. 5, 391.

nichts gegen die Widmungslehre, die auf der Voraussetzung des Verfassungsstaates aufgebaut ist.

VI. Den Inhalt der Widmung bildet einmal die Bestimmung der Wegestrecke. Dem Wege eignet geographische Individualität<sup>27)</sup>. Mithin ist die genaue planmäßig bestimmte Festsetzung seiner Lage Inhalt des Begründungsaktes. Zum Inhalt der Widmung gehört ferner die Bestimmung des Wegezweckes, da dieser für den Umfang der Sonderlast maßgebend ist<sup>28)</sup>. Der Grad der Öffentlichkeit muß also bestimmt sein. Insbesondere ist das bei den beschränkt öffentlichen Wegen von Bedeutung. Hinsichtlich der bedingt öffentlichen Wege gilt, daß hier unbedingte Widmung zu bedingter Öffentlichkeit erfolgt.

VII. Keine Voraussetzung der Widmung ist, daß der Wegebaupflichtige den Wegkörper bereits angelegt hat. Allerdings wird die Widmung meist erst dann vollzogen, wenn der Wegebaupflichtige die Anlage in verkehrsfähigem Zustand erstellt hat. Aber rechtlich ist der Begründungsakt schon dann möglich, wenn dem Wegebaupflichtigen die erforderliche privatrechtliche Verfügungsmacht an dem notwendigen Grund und Boden zusteht, der Eingriff in das Eigentum also zulässig ist. Die Herstellung der Anlage in Erfüllung der Wegebaupflicht ist verschieden von der Begründung des Rechtsverhältnisses, aus dem das Einzelrecht auf ihren Bestand folgt. Vor der Widmung bestehen hinsichtlich des hergestellten Wegkörpers keine öffentlichrechtlichen Beziehungen, da sie erst durch diesen Akt begründet werden.

Schon aus dem eben Ausgeführten ergibt sich, daß die Zulassung des Verkehrs nicht zum Tatbestand der Anlegung gehört<sup>29)</sup>. Die Indienststellung hat keinen konstitutiven Charakter. Sie setzt den Bestand des Weges als eines öffentlichen voraus. Die Wegebehörde ist zur Zulassung verpflichtet, weil der Gemeingebrauch zur Bestimmung des Weges gehört. Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Indienststellung zwar Verwal-

<sup>27)</sup> Vgl. oben § 6 III.

<sup>28)</sup> Oben § 6 IV Ziff. 3.

<sup>29)</sup> So R.G. 13. Juni 1901 (ZW. 1901, 585); Feiner 329.



tungstätigkeit, jedoch erschöpft sie sich in einem rein tatsächlichen Verhalten.

VIII. Wie auf die Benutzung der einzelnen bestehenden Wege kein Anspruch besteht, so ist er auch nicht auf die Anlage neuer Wege gegeben. Sie steht im Ermessen der Verwaltung. Der Antragsteller, der eine Vermehrung der Verkehrsmittel wünscht, bleibt bei Ablehnung seines Antrags durch die Wegepolizeibehörde auf die Aufsichtsbeschwerde beschränkt<sup>30)</sup>.

IX. Echte Widmung ist die sog. „Umwandlung eines Privatweges in einen öffentlichen“<sup>31)</sup>. In diesen Fällen bestimmt die Behörde die öffentliche Wegestrecke im Einklang mit dem Zuge eines Privatweges. Die Wegeanlage war bisher Privatweg. Nach vollzogener Widmung ist sie öffentlicher Wegekörper, der in Ausübung der Sonderlast besteht.

#### E. § 9. Die Einziehung eines öffentlichen Weges<sup>1)</sup>.

Ein öffentlicher Weg wird eingezogen durch Beschluß der Wegepolizeibehörde nach vorangegangene-m Ausschlußverfahren.

I. Zuständig ist die Wegepolizeibehörde (36. § 57). Eine Ausnahme besteht, wie bei der Anlegung, auch hier, soweit eine Planfeststellung stattfindet, zugunsten der feststellenden Behörde. Keine Veränderung der Zuständigkeit tritt ein, wenn für einen öffentlichen Weg Fluchtlinien festgesetzt sind. Ihre Aufhebung muß der Einziehung vorangehen<sup>2)</sup>. Also besteht nach erfolgter Aufhebung ein gewöhnlicher öffentlicher Weg. Die aus der Festsetzung von Fluchtlinien sich ergebende besondere Zuständigkeit ist mit deren Aufhebung erloschen. Die Aufhebung einer Landstraße als solcher gehört zur Zuständigkeit der Landespolizeibehörde<sup>3)</sup>. Ist die Landstraße in einen gewöhnlichen öffentlichen Weg umgewandelt, so ist die ordentliche Wegebehörde zuständig.

<sup>30)</sup> DVG. 18. April 1901 (39, 218).

<sup>31)</sup> EnteigG. § 3 Abs. 1; Wg.D. Ostpr. § 9 Abs. 1 Ziff. 4.

<sup>1)</sup> 36. §§ 57, 58, 60.

<sup>2)</sup> Strauß und Tornen, Fluchtliniengesetz (5) § 10 Bem. 6.

<sup>3)</sup> DVG. 4. Febr. 1901 (Bl. 22, 456); 2. Mai 1898 (34, 249) u. Angef.

II. Die Einziehung durch andere Organe als die Wegepolizeibehörde erfolgt nach den für ihre Beschlüsse maßgeblichen Bestimmungen. Ein besonderes Verfahren kennt das preußische Recht — vorbehaltlich des ZG. §§ 58 ff. — nur, wenn die Zuständigkeit der Wegepolizeibehörde begründet ist.

1. Das „Vorhaben“, d. i. ein allgemeinverständlicher Entwurf<sup>4)</sup> der geplanten Anordnung, ist in ortsüblicher Weise<sup>5)</sup>, sowie durch das Kreis- und Amtsblatt<sup>6)</sup> bekanntzumachen (ZG. § 57 Abs. 1 Ziff. 1). Die Bekanntmachung muß den Hinweis darauf enthalten, daß Einsprüche binnen einer Anschließfrist von 4 Wochen zu erheben sind<sup>6)</sup>. Diese Erfordernisse sind zwingendes Recht. Ihre Außerachtlassung ist Nichtigkeitsgrund<sup>7)</sup>.

Einspruchsberechtigt ist jedermann<sup>8)</sup>. Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, jedoch waren nach dem früheren Recht nur bestimmte Personen aktiv legitimiert. Der Fortfall dieser Beschränkung in dem jüngeren Gesetz ist daher als Erweiterung des Kreises der Berechtigten anzusehen.

2. Ist innerhalb der Ausschlußfrist kein Einspruch erhoben, so kann die Einziehung erfolgen. Sonst ist über die Einsprüche zu befinden. Werden sie als gerechtfertigt anerkannt, so kann von einer Weiterführung des Verfahrens Abstand genommen oder ein verändertes Vorhaben veröffentlicht werden. Durch die letztere Maßnahme wird der Fristlauf neu begründet. Hält die Behörde hingegen den Einspruch für unbegründet, so ist er zurückzuweisen. Das Gesetz setzt es auch nicht als das gewöhnliche Verfahren voraus, daß dieser Beschluß und der Einziehungsbeschluß verbunden werden<sup>9)</sup>. Ihre begriffliche Zweifelt bleibt von einer Verbindung unberührt<sup>10)</sup>.

<sup>4)</sup> DVG. 8. Juli 1915 (69, 334).

<sup>5)</sup> Z. B. durch Aushang, Ausrufen, Veröffentlichung in Ortszeitungen; vgl. ferner Brauchitsch, ZG. Anm. 236 Abs. 3 a. E.

<sup>6)</sup> DVG. 15. Sept. 1888 (18, 237).

<sup>7)</sup> DVG. 28. März 1904 (45, 273).

<sup>8)</sup> Brauchitsch aaO. Anm. 236.

<sup>9)</sup> So DVG. 23. Juni 1891 (21, 253).

<sup>10)</sup> Im Ergebnis übereinstimmend das vor. Anm. angef. Urteil (S. 254). Vgl. ferner DVG. 9. Mai 1896 (30, 228 ff.).

Übersichtlicher, daher zweckmäßiger, ist die vorherige Erledigung der Ansprüche<sup>11)</sup>.

Gegen die Ablehnung des Einspruchs ist binnen zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zulässig.

3. Auf Grund des verfassungsmäßigen Petitionsrechts (Bl. Art. 32 Satz 1) kann auch die Einziehung eines öffentlichen Weges in Vorschlag gebracht werden. Daß gegen den Bescheid, durch welchen die Einleitung des Einziehungsverfahrens abgelehnt wird, nur die Aufsichtsbeschwerde statthaft ist (ZG. § 57 Abs. 2), enthält keine Besonderheit. Ein privilegium odiosum lastet aber auf dem Antragsteller, da ihm ausschließlich das gleiche Rechtsmittel auch gegen den ablehnenden Bescheid nach Erledigung des Ausschlußverfahrens zusteht. Die Erhebung der Klage ist ihm versagt (ZG. § 57 Abs. 2). Diese Regelung ist ein Ausfluß des Grundsatzes, daß die Initiative der Verwaltung gebührt. Die Einleitung des Verfahrens untersteht ihrem freien Ermessen. Dieser Grundsatz wäre durchbrochen, wenn ein auf Antrag begonnenes Verfahren gegen den Willen der Behörde in den Verwaltungsprozeß übergeleitet werden könnte.

4. Auf andere Art kann die Sonderlast nicht aufgehoben werden. Die gesetzliche Anordnung eines bestimmten Verfahrens schließt eine sonstige Erreichung des gleichen rechtlichen Erfolges aus<sup>12)</sup>. Insbesondere ist es nicht angängig, aus dem — während des Bestandes des Rechtsverhältnisses unzulässigen — Verfallenslassen eines Wegekörpers die stillschweigende Aufhebung des Rechtsverhältnisses herzuleiten<sup>13)</sup>.

III. Es muß sich um einen öffentlichen Weg handeln. Privatwege können nicht eingezogen, sondern nur verboten oder gesperrt werden. Die Öffentlichkeit ist ein präjudizielles Verhältnis, über dessen Bestand nach den allgemeinen Regeln zu entscheiden ist. Daher ist die Auffassung des Oberverwaltungs-

<sup>11)</sup> Diese Reihenfolge ist im Ausschlußverfahren nach PreußWassG. § 4 Abs. 3 Satz 1 vorgeschrieben.

<sup>12)</sup> Abweichend R. G. 17. Jan. 1914 (Bl. 36, 107), welches in der Erteilung einer Bauerlaubnis für einen auf öffentlichem Wegegelände zu errichtenden Bau eine stillschweigende Einziehung des Wegeteils erblickt.

<sup>13)</sup> So Schoen, aaO. (o. § 7 Anm. 69) 286.

gerichts, welches diese Frage in einem besonderen Verfahren gemäß ZG. § 56 geordnet wissen will<sup>14)</sup>, nicht begründet<sup>15)</sup>.

Die Willenserklärung der Wegebehörde geht dahin, den Weg aufzuheben. Es handelt sich nicht um Verzicht auf das — publizistische — dingliche Herrschaftsrecht, sondern um die Aufhebung des Rechtsverhältnisses als solchen, des Inbegriffs der Beziehungen zwischen Verwaltung und Sache. Der Einziehungsbeschluß ist daher sachenrechtliche Verfügung<sup>16)</sup>, also *actus contrarius* der Widmung<sup>17)</sup>. Friedrichs<sup>18)</sup> bezeichnet die Einziehung als eine konstitutive Handlung, durch welche der Weg seines öffentlichen Charakters entkleidet, und der Wegekörper dem Eigentümer zur freien Verfügung überlassen wird. Diese Begriffsbildung trifft aus zwei Gründen nicht zu. Die Sonderlast wird aufgehoben. Aufhebung (ob man sie mit Friedrichs als Beseitigung einer Sacheigenschaft ansieht oder unserer Auffassung folgt) ist kein rechtschaffender Akt. Es wird aber auch kein neues bürgerliches Recht geschaffen, da mit der Einziehung nur die Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Weges — aber auch nur diese<sup>19)</sup> — fortfällt, und insoweit das Eigentum wieder unbeschränkter Ausübung fähig wird.

Die Einziehung kann eine vollkommene sein oder nur einen Teil des Rechtsverhältnisses aufheben. Dieser Tatbestand ist gegeben, wenn ein öffentlicher Weg in einen beschränkt öffentlichen umgewandelt<sup>20)</sup>, oder im Falle der Verbindung beschränkter Sonderlasten<sup>21)</sup>, nur eine von ihnen aufgehoben wird. Dann besteht bei geographischer Gleichheit der Wegeanlage eine geringere Einrichtung. Die Befugnisse der Wegepolizeibehörde und die Pflichten des Wegebaupflichtigen sind in Ansehung des aufgehobenen Rechtsverhältnisses erloschen. Sie bestehen nur

<sup>14)</sup> DVG. 17. Mai 1897 (32, 216).

<sup>15)</sup> Germershausen I 718 ff.

<sup>16)</sup> Rormann, System 119.

<sup>17)</sup> Abweichend DVG. 9. Mai 1896 (30, 225).

<sup>18)</sup> Das Zuständigkeitsgesetz 120 Anm. 2.

<sup>19)</sup> Schulgenstein aaO. 169.

<sup>20)</sup> DVG. 23. Juni 1891 (21, 252).

<sup>21)</sup> Oben § 6 Anm. 64.

insoweit, als der Einziehungsbeschluß noch einen öffentlichen Weg übriggelassen hat.

Die Veröffentlichung des Vorhabens bezweckt, jedermann von der Absicht der Behörde in Kenntnis zu setzen und ihm Einspruch, unter Umständen Klage zu ermöglichen. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Inhalt der Bekanntmachung und des Einziehungsbeschlusses sich nicht deckten. Die Behörde ist daher an ersteren gebunden<sup>22)</sup>. Will sie auf Grund späterer Erwägung einen anderen als den ursprünglichen Plan ausführen, so muß sie ein neues Einziehungsverfahren durch Veröffentlichung des veränderten Vorhabens eröffnen.

IV. Die Verlegung eines öffentlichen Weges ist durch Anlegung eines Ersatzweges bedingte Einziehung.

1. Zuständigkeit und Verfahren sind die gleichen wie bei der Einziehung (ZG. § 57 Abs. 1 und 2). Wegen der Kundmachung der Einziehung gilt das bei der Widmung Ausgeführte.

Das oben (Anm. 4) betonte Erfordernis der Allgemeinverständlichkeit des Vorhabens hat hier besondere Bedeutung. Die Wegepolizeibehörde kann eine Einziehung in zeitlichem und örtlichem Zusammenhang mit einer Widmung vornehmen. Eine Verlegung liegt nur vor, wenn die aufgezeigte Bedingtheit im Vorhaben klar dargelegt ist. Sonst handelt es sich nur um einen verkehrspolitischen, nicht um einen wegerechtlichen Zusammenhang dieser, einer bestimmten gegenseitigen Abgrenzung sehr wohl fähigen Verwaltungsakte<sup>23)</sup>.

2. Die Verlegung ist eine Einziehung sui generis. Sie hat einmal die Beendigung des bestehenden Wegeverhältnisses zum Inhalt. Der Einziehungsbeschluß ist regelmäßig bedingungsfeindlich. Hier ist er durch die Anlegung eines Ersatzweges bedingt. Die geplante Anlegung gehört zum Inhalt des Vorhabens (ZG. § 57 Abs. 1 Satz 2) und muß deshalb bekannt-

<sup>22)</sup> OBG. 17. März 1910 (56, 359); 21. Juli 1898 und 2. Juli 1914 BArch. 23, 167 Anm. 2).

<sup>23)</sup> Abweichend Schmidt (o. § 5 Anm. 4) aaD. 41, nach dem hierauf „verzichtet werden muß“, aber nur weil der Verfasser auch hier mit „allgemeinen“, nicht mit positivrechtlichen Begriffen arbeitet.

gemacht werden. Daraus ergibt sich: die Behörde kann das begonnene Verlegungsverfahren nicht in ein Einziehungsverfahren überleiten. Sie muß, will sie auf Grund späterer Erwägung die vollkommene Aufhebung des Rechtsverhältnisses erreichen, von neuem vorgehen. Das Gleiche gilt, wenn sie den neuen Weg anders anlegen will, als in der Bekanntmachung angegeben ist.

Ferner ist die Wirksamkeit des Beschlusses durch die Anlegung des Ersatzweges bedingt. Nur wenn der Tatbestand der Anlegung (oben § 8) fertig vorliegt, hat der Einziehungsbeschluß rechtliche Folgen. Es erscheint aber weder erforderlich noch hinreichend, dies im Beschluß besonders auszusprechen. Überflüssig ist die Feststellung, daß ein Ersatzweg vorhanden ist, weil die Wirksamkeit des Beschlusses schon durch die Tatsache der Anlegung herbeigeführt wird, ohne daß ihre ausdrückliche Erwähnung hinzutreten müßte. Die aufgezeigte Bedingung selbst in die Entscheidung aufzunehmen<sup>24)</sup>, ist nicht angezeigt, weil sie eine *condicio iuris* darstellt<sup>25)</sup>. Die Feststellung endlich, daß die Herstellung des Weges gesichert sei, schließt die tatsächliche Nichtausführung nicht aus und ist deshalb bedeutungslos. Jedenfalls befreit keine dieser Feststellungen im Einziehungsbeschluß die Wegepolizeibehörde von der Verpflichtung, vor der Außerdienststellung des einzuziehenden Weges zu prüfen, ob der Eintritt der Bedingung tatsächlich erfolgt ist. Der Verlegungsbeschluß beendet das Verfahren gemäß ZG. § 57. Die Außerdienststellung stellt seine Vollstreckung dar. Für beide Akte ist die gleiche Behörde zuständig. Dadurch wird die begriffliche Verschiedenheit der beiden Verwaltungsakte nicht berührt.

Abzulehnen ist auf Grund der vorstehenden Ausführungen die Ansicht Germershausens, der Unterschied zwischen Einziehung und Verlegung sei tatsächlicher Natur<sup>26)</sup>. Diese Auf-

<sup>24)</sup> DBG. 12. Juli 1897 (32, 219); 17. Mai 1900 (37, 283); 9. Jan. 1908 (30, 86).

<sup>25)</sup> DBG. 15. Okt. 1908 (Bl. 31, 83) drückt dies so aus, daß sich die Ansicht „aus den Vorschriften über das Verlegungsverfahren ohne weiteres ergibt“.

<sup>26)</sup> aaO. I 719.

fassung beachtet nicht den verschiedenen rechtlichen Gehalt beider Akte. Eine Verlegung liegt nur dann vor, wenn ein Ersatzweg angelegt wird. Wird ein Weg eingezogen und der Verkehr, der sich auf ihm vollzog, auf einen bereits bestehenden und dem allgemeinen Verkehr unterworfenen Weg verwiesen, so handelt es sich nicht um eine Verlegung. Der Weg, welcher nunmehr auch den Verkehr des aufgehobenen Weges aufnimmt, dient zwar tatsächlich als Ersatz. Er ist aber nicht als Ersatzweg angelegt, also handelt es sich um einen Tatbestand der gewöhnlichen Einziehung. Solche Fälle sind häufig, wenn von zwei nebeneinanderlaufenden Wegen der eine eingezogen wird<sup>27)</sup>.

3. Keine Verlegung ist die Wegeregulierung, d. i. die Verschiebung einzelner Wegteile ohne wesentliche Veränderung seines Zuges. Für solche Maßnahmen genügt ein einfacher Verwaltungsakt. Das Verfahren des § 57 dient dem Schutze des Verkehrsinteresses an der Aufrechterhaltung bestehender Verbindungen. Dieses wird durch geringfügige Eingriffe, wie Geradelegung kurzer Strecken<sup>28)</sup> und andere unbedeutende Veränderungen<sup>29)</sup> nicht berührt. Daher entfällt die Anwendung des Verfahrens. Ob eine Änderung nach Zweck und Umfang Regulierung oder Verlegung eines Wegeteils ist, richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen<sup>30)</sup>.

Diese Ausnahmen bestehen nur für das Verfahren gemäß § 57. Im Verhältnis zu den betroffenen Eigentümern und dem Wegebaupflichtigen gilt nichts Besonderes<sup>31)</sup>.

V. Voraussetzung für den Erlaß des Einziehungsbeschlusses ist, daß er im öffentlichen<sup>32)</sup> — und zwar ausschließlich im preussischen<sup>33)</sup> — Interesse liegt. Die Wege dienen dessen Ver-

<sup>27)</sup> Regierung Schleswig 4. Sept. 1875 bei C. Rühl, Wegegesetzgebung für Schleswig-Holstein 215.

<sup>28)</sup> DVG. 25. Febr. 1890 (19, 259); R.G. 8. Dez. 1897 (Bl. 19, 382).

<sup>29)</sup> DVG. 15. Febr. 1906 (Bl. 28, 182).

<sup>30)</sup> Über die praktische Bedeutung des Unterschiedes: Germershausen I § 45 Anm. 12.

<sup>31)</sup> DVG. 4. Juli 1894 (Bochmanns Mitt. I 69).

<sup>32)</sup> DVG. 14. Dez. 1911 (60, 366); 16. April 1914 (67, 332).

<sup>33)</sup> DVG. 6. April 1911 (59, 310).

wirklichung. Erfüllen sie diesen Zweck nicht mehr, so erübrigt sich ihr Bestand.

Es fragt sich, welche öffentlichen Interessen die Wegepolizeibehörde zu berücksichtigen hat. Unstrittig sind es diejenigen, welche den Verkehr selbst betreffen. Alles, was in diesen Zusammenhang gehört, die Gesamtheit der Interessen, welche durch die Gestaltung des Wegeneztes unmittelbar berührt und je nach seiner Zweckmäßigkeit gefördert oder geschädigt werden, sind Verkehrsinteressen. Darüber hinaus erachtet die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts die Wegepolizeibehörde zur Wahrnehmung noch anderer Interessen für zuständig. Als solche werden anerkannt „auch Interessen der Sicherheitspolizei, der Wasserpolizei, der Baupolizei<sup>34)</sup>“, „volkswirtschaftliche Interessen“<sup>35)</sup>. Es dürfen nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts nicht einseitig die Interessen des Verkehrs, sondern es müssen auch die übrigen der Obhut der Polizei anvertrauten öffentlichen Interessen beobachtet werden<sup>36)</sup>.

Hiergegen hat Schulzenstein<sup>37)</sup> das Bedenken erhoben, ob die Wegepolizeibehörde noch solche Interessen berücksichtigen dürfe, nicht vielmehr auf die Wahrnehmung der eigentlichen Verkehrsinteressen beschränkt sei. Jene Obliegenheiten müßten den anderen Zweigen der Polizei überlassen bleiben. Sie könnten von der Wegepolizeibehörde allenfalls unter Mitwirkung der beteiligten anderen Polizeibehörden erledigt werden.

Diesen Bedenken gegenüber möchten wir die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, die einem praktischen Bedürfnis entspricht, für begründet erachten. Eine Behörde kann gültig nur handeln innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit<sup>38)</sup>. Bewegt sie sich außerhalb derselben, besorgt sie Angelegenheiten, welche einer anderen Behörde obliegen, so ist ihr Akt ungültig. Eine Ausnahme gilt nur, wenn ihr die Erledigung von Verwaltungs-

<sup>34)</sup> DVG. 24. Juni 1897 (32, 217).

<sup>35)</sup> DVG. 29. Jan. 1881 (7, 256); 26. Sept. 1888 (17, 291).

<sup>36)</sup> DVG. 14. Juni 1879 (5, 226).

<sup>37)</sup> aaD. 183ff.

<sup>38)</sup> Friedrichs, PolG. 36 Anm. 16; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung 269ff.



geschäften, die außerhalb ihres regelmäßigen Bereichs liegen, besonders zugewiesen ist. Eine solche außerordentliche Zuständigkeit eignet z. B. der Gewerbepolizeibehörde gemäß GewD. § 19 Satz 2, da sich die ihr obliegende Prüfung einer gemäß § 16 genehmigungspflichtigen Anlage „zugleich auf die Beachtung der bestehenden bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften“ erstreckt. Diese Vorschrift schließt die an sich begründete Zuständigkeit der anderen Polizeibehörden aus und begründet die alleinige Zuständigkeit der Gewerbepolizeibehörde<sup>39)</sup>.

Eine Behörde kann demnach nur auf dem Gebiete tätig werden, das ihr durch die Behördenverfassung zugewiesen ist. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß der Beweggrund ihrer Tätigkeit sich aus dem allgemeinen öffentlichen Interesse ergibt. Der Zweck der sachlichen Zuständigkeitsordnung liegt darin begründet, daß jede Behörde einen innerlich zusammengehörigen Umkreis von Verhältnissen des Verwaltungslebens regeln soll. Dadurch wird innerhalb dieses Kreises die Einheitlichkeit gewahrt, eine möglichst große Zweckmäßigkeit der Geschäftsbesorgung auf Grund der Sachkunde und Erfahrung der zuständigen Behörde gewährleistet. Die gegenseitige Verknüpfung der Verhältnisse ist aber eine so tiefgreifende und mannigfaltige, daß notwendigerweise auch das öffentliche Interesse an diesen Angelegenheiten dadurch bestimmt wird. Eine scharfe und klare Abgrenzung der verschiedenen Interessentkreise ist nicht möglich, weil eine solche Scheidung in der Wirklichkeit des Lebens nicht besteht. Daher überschreitet eine Behörde die ihr gesteckten Grenzen nicht, wenn sie eine in ihrer sachlichen Zuständigkeit begründete Maßnahme trifft, das Motiv ihrer Tätigkeit aber ganz oder teilweise die Wahrung anderer Teile des öffentlichen Interesses bildet als diejenigen ihres Geschäftskreises. Aus diesem Grund hat das Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß es für die Frage der sachlichen Zuständigkeit allein erheblich ist, ob sich die Behörde auf dem ihr verfassungsmäßig zugewiesenen Gebiet bewegt<sup>40)</sup>. Ist das

<sup>39)</sup> Landmann, GewD. (6) I 189.

<sup>40)</sup> OVG. 23. März 1911 (61, 316).

der Fall, so sind ihre Verwaltungsakte gültig, unabhängig davon, ob sie mit ihnen auch andere, außerhalb ihres Geschäftskreises liegende Zwecke verfolgt. Damit greift sie nicht in fremde Zuständigkeit ein. Sie handelt innerhalb ihres eigenen Geschäftskreises und berücksichtigt bei der Wahrung des ihr zugewiesenen öffentlichen Interesses noch andere. Ein Zusammenreffen verschiedener öffentlicher Interessen ergibt sich oft. „Es ist zu berücksichtigen,“ führt das Oberverwaltungsgericht aus, „daß die Baupolizei ihrem Wesen und ihrem Zwecke nach in fast alle Zwecke der Ortspolizei eingreift“<sup>41</sup>). Ihre Zuständigkeit „kann aber nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß bei der Entschliebung der Polizeibehörde incidenter auch straßenbaupolizeiliche Rücksichten zu beachten sind“. Baupolizeilichen Anordnungen liegt häufig genug ein gesundheits- oder sicherheitspolizeiliches Motiv zugrunde<sup>42</sup>). Es wird für zulässig erachtet, daß die Gewerbepolizeibehörde eine Klage gemäß GewO. §§ 35, 53 anstellt, „ohne Rücksicht darauf, ob damit auch andere, z. B. gesundheitspolizeiliche, bau-, sicherheits- oder sittenpolizeiliche Zwecke verfolgt werden“<sup>43</sup>). Die Ortspolizeibehörde ist bei der ihr gemäß GewO. § 87 obliegenden Regelung der Ausübung von Gewerbebetrieben derjenigen Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten, nicht bloß befugt, sondern vielmehr verpflichtet, zugleich die Interessen des Verkehrs wahrzunehmen<sup>44</sup>). Die gleiche Berücksichtigung aller polizeilichen Interessen wird gefordert für die Erteilung der Erlaubnis zur Anlegung einer Brücke über einen öffentlichen Fluß. Allgemein gilt, daß die Polizeibehörden so berechtigt als verpflichtet sind, bei ihren Anordnungen nicht nur die von ihnen besonders zu wahrenen, sondern auch alle übrigen, der Obhut der Polizei anvertrauten öffentlichen Interessen zu berücksichtigen<sup>45</sup>). Oft ist die Behörde, zu deren eigenem Kreis die anderen Interessen gehören, von der handelnden verschieden,

<sup>41</sup>) OVG. 24. Jan. 1911 (58, 427).

<sup>42</sup>) OVG. 14. Nov. 1894 (27, 391).

<sup>43</sup>) OVG. 23. März 1911 (61, 316).

<sup>44</sup>) OVG. 25. Mai 1889 (Bl. 11, 33).

<sup>45</sup>) OVG. 25. Mai 1889 (Bl. 11, 33); 28. Sept. 1892 (23, 376).

wie etwa bei der Trennung königlicher und kommunaler Polizeiverwaltung. Dann ist es zweckmäßig, und dies Verfahren ist häufig durch Dienstanweisung vorgeschrieben, daß der Rat und das Einverständnis der sachlich zuständigen Behörde eingeholt wird. Rechtlich notwendig ist es nicht<sup>46)</sup>. Das allgemeinpolizeiliche Motiv ist hinreichender und erforderlicher Entschließungsgrund für das Handeln der sachlich beschränkt zuständigen Behörde. Aus diesem Grunde hat auch die Wegepolizeibehörde bei ihren Entschließungen alle polizeilichen Interessen abzuwägen<sup>47)</sup>. Sie soll nicht nur die eigentlichen Verkehrsinteressen berücksichtigen, sondern auch „anderweite öffentliche Interessen, welche die Polizei wahrzunehmen hat“, müssen von ihr beachtet werden<sup>48)</sup>. Sie hat „regelmäßig auch Interessen der Sicherheits-, der Wasser-, der Baupolizei in Betracht zu ziehen“<sup>49)</sup>. Der unlösliche sachliche Zusammenhang, in welchem das Wesen mit einer Reihe anderer Verwaltungszweige steht, läßt auch hier den Grundsatz der allgemeinpolizeilichen Begründung durchgreifen. Was von der Tätigkeit der Wegepolizeibehörde grundsätzlich anzunehmen ist, gilt nun auch von der Einziehung insbesondere. Werden hierbei auch andere als die eigentlichen Verkehrsinteressen berücksichtigt, so handelt die Wegepolizeibehörde, da das Einziehungsverfahren ihr verfassungsgemäß eignet, innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit. Die Wegepolizeibehörde ist oft nicht allgemeine Polizeibehörde. Daß beim Übergreifen des allgemeinpolizeilichen Motivs in das Verwaltungsgebiet einer anderen Behörde deren Einverständnis nicht vorliegen muß, höchstens eingeholt werden soll<sup>50)</sup>, bedeutet nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes.

Wo die Grenze des öffentlichen Interesses zu finden ist, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Doch kann gegenüber Schulgenstein<sup>51)</sup> nicht zugegeben werden, daß bei dieser weitgehenden

<sup>46)</sup> DVG. 17. Juni 1897 (Bl. 18, 517).

<sup>47)</sup> DVG. 14. Juni 1879 (5, 226); 29. Jan. 1881 (7, 258).

<sup>48)</sup> DVG. 4. Febr. 1901 (39, 197).

<sup>49)</sup> DVG. 24. Juni 1879 (Bl. 18, 517).

<sup>50)</sup> Schulgenstein aaD. 189.

<sup>51)</sup> aaD. 187ff.

Zulassung von Interessen „alles darauf hinausläuft, daß bei Kleinen (ihr Interesse) gleichgültig bleibt“. Gerade in der Gegenwart haben Mittelstands- und Bevölkerungspolitik ihre erhöhte Bedeutung. Sie verfolgen den Zweck, die wirtschaftliche Lage der Mittelklassen und die Volksgesundheit, besonders auch der Arbeiterbevölkerung, zu stärken. An der Erreichung dieser Verwaltungsziele besteht ein öffentliches Interesse. Ist in diesem Betracht das Bestehen eines Weges von Bedeutung, etwa weil er die kürzeste Verbindung von einem Stadtviertel ins Freie oder zu einem mit Laubenkolonien besiedelten Gelände bildet, so liegt sehr wohl ein im Einziehungsverfahren zu berücksichtigendes öffentliches Interesse vor. Es ist zwar richtig, daß große Teile der Bevölkerung auch in diesem Verfahren schwer in der Lage sind, sich ausreichend zu wehren. Um so mehr ist der Schutz des Schwachen das nobile officium sozialpolitisch geschulter und verständnisvoller Behörden. Gerade aus diesen Gründen wird oft den bei der Einziehung geltend gemachten und zu berücksichtigenden Einzelinteressen<sup>52)</sup> erhöhte Bedeutung zukommen. Was der einzelne aus persönlichen Gesichtspunkten vorbringt, ist oft nicht nur Einzelinteresse, sondern geht in das öffentliche Interesse über.

VI. Mit dem wirksamen Erlaß des Einziehungsbeschlusses ist das Rechtsverhältnis aufgehoben. Daher hat die Außerdienststellung zu erfolgen, welche in der Ausschließung des allgemeinen Verkehrs besteht. Mit der Einziehung wird das Eigentum an den belasteten Grundstücken von der bisherigen Beschränkung frei. Insbesondere ist das Recht der Verwaltung erloschen, den Wegekörper zu halten. Sie ist den am Grundstück Berechtigten gegenüber verpflichtet, ihn zu beseitigen<sup>53)</sup>. Sie erfüllt diese Verpflichtung dadurch, daß sie den Wegebaupflichtigen zur Wiederherstellung des Grundstücks anhält. Tatbestandsmerkmal der Einziehung ist diese Beseitigung nicht, da sie im 36. § 57 nicht aufgeführt ist. Sie stellt vielmehr die Vollziehung des Beschlusses dar.

<sup>52)</sup> Schulzenstein aaD. 191 ff.

<sup>53)</sup> Das übersieht Schmidt aaD. 36.

Bleibt die Weganlage bestehen, (etwa weil das bisher belastete Grundstück im Eigentum des Wegebaupflichtigen steht und dieser die Anlage aufrechterhält) und findet weiter ein Verkehr auf ihr statt, so ist dies in wegerechtlicher Beziehung belanglos<sup>54)</sup>, weil die öffentlichrechtlichen Beziehungen der Weganlage mit der Wirksamkeit des Beschlusses erloschen sind. Es handelt sich nunmehr um einen „offenen Weg“<sup>55)</sup>.

## F. Rechtsvermutungen des Wegerechts.

Gesetzliche Vermutungen sind Rechtsätze, welche an einen Tatbestand den Schluß auf einen anderen knüpfen<sup>1)</sup>. Die neuere Lehre unterscheidet, je nachdem der Schluß auf eine Tatsache oder ein Rechtsverhältnis geht, Tatsachenvermutungen und Rechtsvermutungen. Der ursprüngliche, den Inhalt des Schlusses begründende Tatbestand kann ein natürlicher äußerer des freien Verkehrslebens sein (BGB. §§ 921, 1006, 1326) oder durch staatlichen Akt begründet werden<sup>2)</sup>.

Das preußische Wegerecht enthält zwei, im folgenden aufzuzeigende Rechtsvermutungen. Ihre Erörterung wäre bei der Ausscheidung des Verwaltungsprozesses aus dieser Untersuchung nicht gerechtfertigt, wenn mit der herrschenden Meinung die verfahrensmäßige<sup>3)</sup>, — prozeß=<sup>4)</sup> oder justizrechtliche<sup>5)</sup> — Natur der gesetzlichen Vermutung anzunehmen wäre. Sie enthält jedoch, was besonderer Begründung vorbehalten bleibt, materielles Recht<sup>6)</sup> und darf deshalb hier dargestellt werden.

<sup>54)</sup> DBG. 4. Mai 1895 (Bochmanns Mitt. 2, 125).

<sup>55)</sup> Vgl. o. § 1 Anm. 19.

<sup>1)</sup> Kohler i. ArchZivPr. 96, 364ff.; Ripp zu Windscheid I (7) 680; Ruttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jherings J. 61, 109ff.).

<sup>2)</sup> Ruttner aaO. S. 111.

<sup>3)</sup> Wolff, Sachenrecht (3) § 44 II bei Anm. 8.

<sup>4)</sup> Hedemann, Die Vermutung 196ff.; Stein, ZPD. (11) § 292 nach Anm. 3.

<sup>5)</sup> Kohler aaO. § 1 S. 110 § 3 Anm. 1 S. 117.

<sup>6)</sup> Vgl. Detler i. Goldb. Arch. 56, 18.

## § 10. Die Rechtsvermutung der unwordenlichen Zeit.

I. Der Bestand der Sonderlast wird nur selten streitig, wenn die Widmung aktenmäßig nachweisbar ist. Dies ist in den meisten Fällen nicht möglich. Namentlich bei Verkehrsmitteln, deren Entstehung in ältere Zeiten zurückreicht, läßt sich der entsprechende Tatbestand selten aufzeigen. Obwohl die Rechtmäßigkeit des bestehenden Zustandes der Sachlage nach höchst wahrscheinlich ist, würde die Beweislosigkeit des Rechtsverhältnisses in der Mehrzahl der Fälle sein tatsächliches Nichtsein zur Folge haben.

Das Preußische Obergericht hat, um den Bestand dieser Wege als Teile des öffentlichen Wegenetzes zu ermöglichen, den Begriff einer „stillschweigenden Widmung“<sup>1)</sup> gebildet<sup>2)</sup>. Ob derartige Kundmachungen des Willens im öffentlichen Recht überhaupt zulässig sind, ist sehr bestritten<sup>3)</sup>. Einer Erörterung dieser Frage bedarf es in diesem Zusammenhang nicht, da der Tatbestand, aus welchem die Rechtsprechung eine stillschweigende Willenserklärung folgert, nicht geeignet ist, diese begriffliche Einordnung zu rechtfertigen. Die mittelbare Willenserklärung ist ein Verhalten, welches auf das Vorhandensein des Willens auch ohne seine ausdrückliche Erklärung einen sicheren Schluß gewährt<sup>4)</sup>. Dieser Schluß kann damit begründet sein, daß das Verhalten nur aus dem Geschäftswillen gefolgert werden kann, oder daß es vernünftigerweise aus ihm herzuleiten ist. Wesentlich ist also stets das wirkliche Vorhandensein dieser Willensbildung, die bei einer nicht unmittelbaren, unzweideutigen Kundgebung durch ein verwickelteres Auslegungsverfahren festzustellen ist. Der Geschäftswille besteht bei der Widmung in der Bestimmung der Wegestrecke und des

<sup>1)</sup> OBG. 27. Febr. 1895 (27, 401) und fortdauernd; R.G. 19. Jan. 1912 (Gruchots Beitr. 57, 187). Ebenso wiederholt Schulkenstein, zuletzt BArch. 26, 128.

<sup>2)</sup> Sachlich richtiger als die übliche Ausdrucksweise ist die Gegenüberstellung von unmittelbarer und mittelbarer Willenserklärung (Crome, Bürgerliches R. I 381; Staudinger I (7/8) vor § 115 S. 435).

<sup>3)</sup> Vgl. die Übersicht bei Fleiner § 12 Anm. 24. Dagegen ferner Schulkenstein im Bl. 30, 703.

<sup>4)</sup> Ripp zu Windscheid I § 72 S. 338ff.; Crome aaO. S. 383.

Wegezweckes. Es müßte also, wollte man eine stillschweigende Widmung annehmen, ein Verhalten der zuständigen Behörde dargetan werden, welches zwar einen anderen selbständigen Inhalt hat, nebenher aber auch auf Begründung des Rechtsverhältnisses gerichtet ist.

Dies ist nicht der Fall. Die Praxis folgert es daraus, daß die Wegepolizeibehörde ihre amtliche Fürsorge dem Wege zugewendet habe<sup>5)</sup>. Diese wird u. a. darin gefunden, daß die Behörde aus wegepolizeilichen<sup>6)</sup> (nicht aus sicherheitspolizeilichen<sup>7)</sup>) Rücksichten seine Offenhaltung verlangt oder unbefugte Eingriffe in den Bestand verhindert hat<sup>8)</sup>. Auch die Gestattung von Ansiedlungen soll ein Akt sein, welcher die stillschweigende Widmung enthält<sup>9)</sup>. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Die Akte der Behörde enthalten keine Äußerung des Widmungswillens. Sie sind nicht mittelbar darauf gerichtet, das Rechtsverhältnis zu begründen, sondern sie setzen es als bestehend voraus. Die angeführten Maßnahmen sind nur zulässig, wenn ein öffentlicher Weg besteht. Sie sind erfolgt, weil die Behörde ihre Zuständigkeit als gegeben ansah, nicht um sie zu begründen.

II. Auch die Begründung der Sonderlast durch gewohnheitsrechtlichen Satz ist nicht möglich<sup>10)</sup>. Zwar spricht hiergegen nicht die hergebrachte, auch vom Oberverwaltungsgericht übernommene<sup>11)</sup> Lehre, nach der Gewohnheitsrecht nicht *lex specialis* sein kann. Ein derartiger Bildungsprozeß gewohnheitsrechtlicher Normen ist zwar selten. Daraus folgt jedoch nichts gegen seine begriffliche Möglichkeit. Gewohnheitsrecht ist allerdings „objektives Recht, ein Inbegriff von Rechtsfällen oder ein allgemeiner Rechtsatz“<sup>12)</sup>. Aber hieraus, daß nämlich seine Wirkung eine allgemeinverbindliche ist, folgt nicht, daß sein In-

<sup>5)</sup> OBG. 10. Sept. 1887 (Bl. 9, 21).

<sup>6)</sup> OBG. 25. Febr. 1901 (Bl. 22, 580).

<sup>7)</sup> OBG. 21. Okt. 1890 (Bl. 12, 196).

<sup>8)</sup> OBG. 27. Okt. 1891 (Bl. 13, 189).

<sup>9)</sup> R.G. 14. Dez. 1895 (JW. 1896 S. 89 Nr. 102).

<sup>10)</sup> Wie Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte 225 anzunehmen scheint.

<sup>11)</sup> OBG. 3. April 1882 (8, 231).

<sup>12)</sup> OBG. 5. Juni 1899 (36, 265).

halt ein spezieller nicht sein kann. Es handelt sich aber hier nicht um die „Abgrenzung der beiderseitigen Rechte und Pflichten zwischen zwei Individuen“<sup>13)</sup>. Das Rechtsverhältnis des öffentlichen Weges besteht nicht zwischen „zwei einzelnen, fremden Rechtssubjekten“<sup>14)</sup>, sondern ist als publizistische Beziehung selbst objektives Recht. Daher ist für dasselbe Setzung und unmittelbare Begründung des Rechtsverhältnisses<sup>15)</sup> identisch.

Die Bildung eines Gewohnheitsrechtes ist vielmehr deshalb ausgeschlossen, weil es an einer als Trägerin der erforderlichen Rechtsüberzeugung geeigneten Gemeinschaft<sup>16)</sup> fehlt. Die Bezeichnung als Provinzial-, Kreis-, Gemeindegeweg, an deren Verwendung man zwecks Annahme einer Observanz denken könnte, ist nur für die Bezeichnung des wegebaupflichtigen Subjekts erheblich. Das Publikum ist keine Gemeinschaft, weil diese Mehrheit durch kein individualisierendes Merkmal zusammengehalten ist. Die Tatsache, daß eine Vielheit von Personen die gleiche Einrichtung benutzt, begründet keinen Zusammenhang zwischen ihnen.

III. Die anzuwendende Norm ist die gesetzliche Rechtsvermutung der unwordentlichen Zeit, deren Tatbestandsmerkmale sich unter Umständen — aber nicht beim öffentlichen Weg (oben II) — mit denen einer gewohnheitsrechtlichen *lex specialis* decken<sup>17)</sup>.

In ihrer allgemeinen Formulierung lautet die Norm der unwordentlichen Zeit: Besteht ein Zustand seit unwordentlicher Zeit nach Art eines Rechtsverhältnisses, so wird seine Rechtmäßigkeit vermutet. Wie die gesetzliche Vermutung überhaupt, so ist auch diejenige der unwordentlichen Zeit auf öffentliche und bürgerliche Rechtsverhältnisse gleichmäßig anwendbar<sup>18)</sup>.

<sup>13)</sup> Regelsberger, Pand. I 123 Anm. 9.

<sup>14)</sup> DVG. 7. Okt. 1885 (12, 275).

<sup>15)</sup> Gierke I § 34 Anm. 10.

<sup>16)</sup> Gierke I § 20 IV 1 a.

<sup>17)</sup> Gierke I § 20 Anm. 57.

<sup>18)</sup> Gierke I 317. Die besondere Bedeutung für das öffentliche Recht betont: Savigny System IV 511. Vgl. auch DVG. Cassel 1. Juni 1878 (Seufferts A. 34, 91).



Die Erörterung darüber, ob das preußische Verwaltungsrecht sie als eine auf alle seine Verhältnisse anwendbare Norm kennt<sup>19)</sup>, ist hier nicht anzustellen. Unsere Fragestellung lautet: Enthält das preußische Verwaltungsrecht eine Norm des Inhalts: „Besteht ein Weg seit unwordenlicher Zeit nach Art eines öffentlichen, so wird seine Öffentlichkeit vermutet.“?

Ein Gesetz enthält diese Vorschrift nicht. Wohl aber besteht ein auf Gerichtsgebrauch begründeter Gewohnheitsrechtsatz dieses Inhalts<sup>20)</sup>. Er ist allerdings nicht formuliert. Dieser gesetzestechnische Mangel ist für seinen Bestand unerheblich<sup>21)</sup>. Ohne Bedeutung ist auch, daß die herrschende Lehre den Tatbestand als stillschweigende Widmung bezeichnet. Das behauptete Gewohnheitsrecht gilt, wenn ein Doppeltes nachgewiesen wird. Einmal, daß sein Tatbestand mit demjenigen der unwordenlichen Zeit übereinstimmt. Ferner ist darzutun, daß hinsichtlich der Anwendung dieses Tatbestandes ein fertiger Gerichtsgebrauch vorliegt.

IV. Der Weg muß als öffentlicher bestanden haben. Dazu ist notwendig, daß die Anlage dem allgemeinen Verkehr gedient hat, und daß die Benutzung als auf öffentlichem Recht

<sup>19)</sup> Kormann i. Hirths Ann. 1912, 129.

<sup>20)</sup> Otto Mayer I (2) 90ff. erkennt das Gewohnheitsrecht wohl als Rechtsquelle des Verfassungsrechts, nicht aber des Verwaltungsrechts an, obwohl er selbst (S. 16ff.) beide dem öffentlichen Recht in engerem Sinne zuordnet. Eingriffe in Freiheit und Eigentum finden auch auf Grund gewohnheitsrechtlicher Verfassungssätze statt. Seine Behauptung, wo gesetztes Recht fehlt, sei es so gewollt, und solle es so bleiben, kann höchstens im zweiten Teil rechtspositivisch anerkannt werden. Die Bildung gewohnheitsrechtlicher Sätze auf Grund einer von den Untertanen anerkannten Übung führt nicht zur Anarchie (so Mayer S. 91). Im Gegenteil wird, wie es immer war und beim Verhältnis von Staat und Recht bleiben wird, das als Recht Geübte im Verlauf der Zeit zum Inhalt der Rechtsordnung. Auch daß die Entscheidung der Verwaltungsgerichte nur für den einzelnen Fall gilt (Mayer § 28 Anm. 23), unterscheidet sie nicht von den justizgerichtlichen Urteilen. Das rechtserzeugende Tatbestandsmerkmal ist die fortdauernde Gleichförmigkeit der Entscheidungen. Das von Mayer angeführte Beispiel des fortlaufenden Widerspruchs zwischen Verwaltungsgerichtsentscheidung und Praxis der Verwaltungsbehörden beweist nur, daß sich für den betreffenden Tatbestand kein Gewohnheitsrecht gebildet hat, nicht, daß sich überhaupt kein solches bilden kann.

<sup>21)</sup> In diesem Sinn sagt Ripp (zu Windscheid I § 16 Anm. 8 am E.), Gewohnheitsrecht bestehe, ohne als Satz formuliert zu sein.

beruhend gewollt war. „Es muß ein öffentlicher Verkehr im Rechtsinn stattgefunden haben<sup>22)</sup>.“

1. Das Wesen des allgemeinen Verkehrs ist bereits in anderem Zusammenhange erörtert.

2. Es genügt nicht, daß dieser allgemeine Verkehr tatsächlich zugelassen ist. Vielmehr ist erforderlich, daß die Zulassung gewollt war<sup>23)</sup>. Man stellte die Anwendung der unwordenlichen Zeit auf bürgerliche oder öffentliche subjektive Rechte ab. Daraus ergab sich die Formulierung der erforderlichen Rechtsmeinung als des „Bewußtseins der Rechtsausübung“<sup>24)</sup>. Das gilt auch beim öffentlichen Weg<sup>25)</sup>.

In erster Linie ist die Rechtsmeinung des für die Sonderlast zuständigen Organs erforderlich. Deshalb ist seine Ansicht über den Bestand des Rechtsverhältnisses Voraussetzung für die Bildung des notwendigen Bewußtseins. Das Vorhandensein dieser Meinung wird bestätigt durch Vornahme von Akten wegen rechtlichen Inhalts, durch „amtliche Fürsorge (scil. für den Weg) als Wegepolizeibehörde“<sup>26)</sup>, durch die Erhebung des Geleitsgeldes in den Zeiten, als dieses noch praktisch war<sup>27)</sup>. Aber es genügt nicht, daß feld-, flur- oder forstpolizeiliche Zuständigkeit gegeben war (Wg.O. Ostpr. § 3). Die Akte können sich insbesondere gegen zwei Personen richten: gegen die Eigentümer der belasteten Grundstücke und gegen den Wegebaupflichtigen. Beide sind zwar nicht Träger der Sonderlast, es sind aber diejenigen Personen, gegen welche die Wegebehörde vorzugehen am häufigsten Anlaß hat. Maßnahmen der ersteren Art sind z. B. das Verlangen der Offenhaltung<sup>28)</sup>, der Beseitigung von Hindernissen u. ä. m. Auch gehören in diesen Zusammenhang amtliche Mitteilungen über das Rechtsverhältnis an den Grundstücken gegenüber

<sup>22)</sup> OBG. 9. Nov. 1916 (72, 309).

<sup>23)</sup> OBG. 3. Dez. 1908 (53, 294); 27. Mai 1907 (Bl. 29, 150).

<sup>24)</sup> Gierke I § 35 Anm. 36, 43 ff.

<sup>25)</sup> OBG. 3. Dez. 1908 (53, 294).

<sup>26)</sup> OBG. 27. Febr. 1895 (27, 407); R.G. 27. Sept. 1904 (Bl. 26, 583); 10. Okt. 1907 (Bl. 29, 747).

<sup>27)</sup> OBG. 21. Dez. 1896 (Wochmanns Mitt. III 21).

<sup>28)</sup> OBG. 2. Febr. 1906 (Bl. 26, 565).

Dritten, insbesondere an andere Behörden (Grundbuchamt<sup>29)</sup>, Prozeßgericht<sup>30</sup>). Aber es müssen stets Verwaltungsakte sein, welche das Rechtsverhältnis als solches betreffen. Wenn eine als Weg benutzte Liegenschaft von der Grundsteuer freigelassen oder im Grundbuch nicht eingetragen wird, so handelt es sich einmal nicht um diejenige Behörde, welche Träger des Rechtsverhältnisses und daher oft über die Sachlage nicht unterrichtet ist<sup>31</sup>). Außerdem ist aber die Sonderlast hier präjudizielles Verhältnis. Das Gleiche gilt, wenn hinsichtlich eines Weges sicherheits- oder gesundheitspolizeiliche Anforderungen gestellt werden. Derartige Verfügungen können zwar von der für öffentliche Wege zuständigen Behörde erlassen werden. Da sie auch für offene Wege zulässig sind, so ist aus ihnen kein Schluß auf die behördliche Auffassung hinsichtlich der Öffentlichkeit möglich.

Die Wegebaupflicht ist zwar eine selbständige Rechtsbeziehung, jedoch ist ihr Herrschaftssubjekt dieselbe Behörde, welche die Sonderlast trägt. Sie übt in beiden Fällen die gleiche wegerechtliche Funktion aus. Hält sie den Träger der Wegebaupflicht für verbunden, eine bestimmte Anlage zu unterhalten bzw. anzulegen oder einzuziehen, so folgt daraus, daß sie den Bestand der Sonderlast annimmt. Daher ist die im Verhältnis der Wegebaupflicht erkennbare Meinung der Wegepolizeibehörde auch hier zu berücksichtigen.

Die Rechtmäßigkeit der publizistischen Sachherrschaft hat zur Voraussetzung die Eingriffsmacht in die privatrechtliche Sphäre. Daher kann, trotzdem der Eigentümer nicht Träger des Wegeverhältnisses ist, ein Weg „als öffentlicher“ nur bestehen, wenn auch er von dem Bestande eines Rechtsverhältnisses überzeugt ist<sup>31a</sup>). Er muß also bei der Zulassung des allgemeinen Verkehrs von der Ansicht bestimmt gewesen sein, er sei hierzu verbunden. Er muß die Duldung nicht als Nichtausübung bürgerlichrechtlicher Befugnisse (sog. tatsächliche Dul-

<sup>29)</sup> Gütke, Grundbuchordnung § 90 Anm. 10 a. E.

<sup>30)</sup> R.G. 13. März 1909 (Jahrb. VerwR. V 2, 16).

<sup>31)</sup> OBG. 19. Dez. 1883 (10, 356).

<sup>31a)</sup> OBG. 3. Nov. 1893 (25, 212).

dung)<sup>31b)</sup>, sondern als Erfüllung einer öffentlichen Pflicht aufgefaßt haben. Eine unmittelbar auf Kundgebung dieses Willens gerichtete Erklärung wird nicht dargetan werden können. Daß er der Verwaltung „als Gewaltunterworfenen“ gegenübergestellt wird, kann sich aber aus einem Verhalten ergeben, welches den Schluß auf eine entsprechende Ansicht zuläßt. Dieses enthält keine mittelbare Willenserklärung. Es wird durch dasselbe nicht der Wille offenbart, sich zu binden. Das betreffende Benehmen beruht vielmehr auf der Meinung, daß der Handelnde verpflichtet sei. Es ist ein factum concludens, aus welchem sich das Vorhandensein einer Ansicht ergibt. Das Verhalten kann einmal in positiven Handlungen bestehen, so z. B. wenn der Eigentümer einen allgemein benutzten Weg sperrt, und auf Grund der Beschwerde der Anwohner, der Weg sei öffentlich, seine Maßnahme rückgängig macht. Der Schluß kann aber auch möglich sein aus einer „konkludenten Unterlassung“<sup>32)</sup>. Zwar begründet die bloße Nichtausübung negativer Befugnisse keine öffentliche Pflicht. Sie kann aber unter derartigen Umständen erfolgen, daß sie bei Berücksichtigung der Sachlage nur verständlich erscheint, wenn sie als Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit gewollt war. Der Eigentümer verfügt über hinreichende Behelfe zur Abwehr von Eingriffen. Die Fälle des Betretens seiner Liegenschaft sind beim öffentlichen Verkehr so zahlreich und wirtschaftlich so eingreifend, daß sie nicht unbemerkt bleiben können. Rührt sich der Eigentümer demgegenüber nicht, besonders wenn ihm die Rechtsanschauung der Behörde von der Öffentlichkeit des Weges bekannt ist<sup>33)</sup>, so läßt sich daraus sein Einverständnis mit dem Bestehen des Zustandes als eines rechtlichen folgern. Nach alter und verbreiteter Übung vereiteln Eigentümer, welche den Verkehr nur präkaristisch zulassen wollen, den eben dargelegten entgegengesetzten Schluß durch Kundgebung ihres Willens (Verbotstafeln). Wer von diesem allgemeinen Widerspruchsmittel

<sup>31b)</sup> OVG. 27. Mai 1907 (51, 261).

<sup>32)</sup> Ein von Leonhard, Allgemeiner Teil 278 geprägter Ausdruck.

<sup>33)</sup> OVG. 5. Febr. 1901 (Bl. 22, 580).

keinen Gebrauch macht, von dem darf nach allgemeiner Anschauung angenommen werden, daß er sich für verpflichtet hält. Auch ohne solche ausdrückliche Kundgebung kann jedoch aus den Nebenumständen hervorgehen, daß der Verkehr nur zugelassen ist, um im individuellen Interesse eine Verkehrsmöglichkeit zu schaffen<sup>34</sup>). Dann ergibt sich aus dem Beweggrund des Verhaltens, daß die Meinung öffentlichrechtlicher Unterworfenheit nicht besteht.

Daß der Verkehr als „öffentlicher im Rechtsinn“ angesehen wurde, ist auch anzunehmen, wenn der Träger der Wegebau-pflicht ihn unterhalten hat, weil eine solche Unterhaltung regelmäßig nur auf Grund öffentlichrechtlicher Verpflichtung erfolgt<sup>35</sup>).

V. Das zweite Tatbestandsmerkmal unserer Rechtsvermutung ist die Unwordenlichkeit des betreffenden Zustandes<sup>36</sup>).

Auch dieses wird für die Annahme der sog. stillschweigenden Willenserklärung erfordert. Ohne daß bestimmte Fristen als notwendig angesehen würden, wird verlangt, daß der Weg „von jeher“<sup>37</sup>) als öffentlicher bestanden habe, daß dieser Zustand seit langen Jahren<sup>38</sup>), „seit unwordenlicher Zeit“<sup>39</sup>), „soweit das Gedächtnis reicht“<sup>40</sup>), „seit Menschengedenken“ bestanden habe<sup>41</sup>).

VI. Die Tatbestandsmerkmale der unwordenlichen Zeit sind somit gegeben. Aus anderen als den aufgezeigten juristischen Tatsachen wird die „stillschweigende Widmung“ nicht hergeleitet. Daher deckt sich ihr Tatbestand mit demjenigen der Rechtsvermutung der unwordenlichen Zeit.

Die angeführten oberstgerichtlichen Urteile erstrecken sich, in Anlehnung an die Rechtsprechung des Obertribunals, auf die Zeit von 1878 bis in die Gegenwart und geben die gleiche

<sup>34</sup>) Benutzung eines Kurparks (OVG. 6. Mai 1901, Bl. 22, 579); Zugänglichkeit einer Gastwirtschaft, einer Abladestelle (OVG. 6. Mai 1896, Bl. 17, 402).

<sup>35</sup>) OVG. 6. Mai 1896 (Bl. 17, 402).

<sup>36</sup>) Gierke I 316.

<sup>37</sup>) OVG. 27. Juni 1893 (Bl. 14, 608).

<sup>38</sup>) OVG. 17. April 1878 (3, 203); 10. Okt. 1907 (Bl. 29, 747).

<sup>39</sup>) So ausdrücklich, aber ohne konstruktive Folgerungen, OVG. 25. Febr. 1901 (Bl. 22, 580); R.G. 27. Sept. 1904.

<sup>40</sup>) OVG. 27. Sept. 1904 (26, 583).

<sup>41</sup>) OVG. 3. Febr. 1891 (20, 217); R.G. 1. Juni 1901 (JW. 1901, 585).

Rechtsansicht wieder, sind auch für alle Teile des Staatsgebiets ergangen. Die Urteile sind erlassen als Anwendung bestehenden Rechts. Daher liegt ein fertiger Gerichtsgebrauch vor<sup>42)</sup>. Ein solcher hat gewohnheitsrechtliche Kraft. Also gilt ein preußischer Gewohnheitsrechtsatz des Inhalts:

„Besteht ein Weg seit unvordenklicher Zeit nach Art eines öffentlichen, so wird seine Öffentlichkeit vermutet.“

VII. Unter den angeführten Voraussetzungen wird „die Öffentlichkeit des Weges vermutet“.

1. Gegenstand der Rechtsübung ist der Wegekörper. Ist eine Wegeanlage als öffentlich angesehen worden, so geschah dies, weil man annahm, sie bestehe kraft öffentlichen Rechts. Also geht der Schluß auf das Bestehen der Sonderlast als des Verhältnisses, welches den rechtlichen Grund für die Anlage bildet.

2. Bei Tatsachenvermutungen bildet den Vermutungsinhalt eine Tatsache. Der Tatsache entspricht im Tatbestande der Rechtsvermutung das Rechtsverhältnis<sup>43)</sup>. Daher geht der Schluß auf das Rechtsverhältnis selbst, nicht auf seinen Entstehungstatbestand<sup>44)</sup>. Die Schwierigkeiten, ihn zu beweisen, stellen den Grund des Vermutungsrechts dar. Daher „muß es in solchen Fällen genügen“<sup>45)</sup>, eine formelle Rechtslage zu schaffen, der man im (privaten oder öffentlichen) Rechtsverkehr trauen kann, ohne auf ihren Entstehungstatbestand einzugehen. Bei den seit alter Zeit für den öffentlichen Verkehr benutzten und als öffentlich betrachteten und behandelten Wegen ist der unmittelbare und besondere Nachweis einer rechtmäßig erfolgten Widmung nicht zu fordern<sup>46)</sup>. Also bildet den Vermutungsinhalt nicht, daß der Tatbestand der Widmung (oben § 8) zu irgendeinem Zeitpunkt vorgelegen hat, sondern daß die Sonderlast besteht. Für diese Vermutung Unwiderleglichkeit anzunehmen liegt kein Grund vor<sup>47)</sup>, da die unvordenkliche Zeit

<sup>42)</sup> Gierke I 178 ff.

<sup>43)</sup> Ruttner aaD. 110, 119.

<sup>44)</sup> H. M. Kormann aaD. (o. § 6 Anm. 67) 82 f.

<sup>45)</sup> OBG. 27. Juni 1893 (Bl. 14, 608).

<sup>46)</sup> OBG. 4. Jan. 1915 (69, 330).

<sup>47)</sup> H. M., aber ohne überzeugende Gründe, Guba aaD. (o. § 1 Anm. 16) 16.

keine praesumptio iuris et de iure ist, und auch die registerrechtliche Vermutung für die Richtigkeit des Wegeverzeichnisses widerlegbar ist<sup>48)</sup>.

Das Bestehen unseres Rechtsfages dürfte wohl die Bedenken beseitigen, die Schulzenstein<sup>49)</sup> aus den hier behandelten Tatbeständen, die er als stillschweigende Widmung auffaßt, gegen die Widmungslehre herleitet. Wir können ihm darin zustimmen, daß der Schluß auf eine stattgefundene Widmung gegenstandslos bleibt, solange nicht auch darauf geschlossen wird, welche Rechtssubjekte und wann und wodurch sie gewidmet haben. Die Vermutung der unwordenlichen Zeit geht aber nicht auf die Widmung sondern auf das Wegerechtsverhältnis selbst.

### § 11. Die Vermutung für die Richtigkeit des Wegeverzeichnisses.

I. Das Bestreben, für die Verwaltungstätigkeit eine Übersicht der vorhandenen Wegebaupflichten zu besitzen, hat nach dem Vorgang des französischen Rechts in der deutschen Gesetzgebung zur Einführung von Wegekatastern geführt. Sie geben die Ansicht der zuständigen Behörde über das Bestehen von Wegebaupflichten wieder. Ein erhebliches Beweismittel sind sie in einem etwaigen Rechtsstreit nur insoweit, als die Eintragung von besonderen Voraussetzungen abhängig ist. Eine materiellrechtliche Wirkung hat die Eintragung nicht zur Folge<sup>1)</sup>. Die Gesetzgebung der letzten Jahre<sup>2)</sup> hat zur Erhöhung der Rechtssicherheit unter Anlehnung an die Register für bürgerrechtliche Verhältnisse eine neue Art von Verzeichnissen geschaffen.

II. Das formelle Registerrecht entbehrt in wesentlichen Punkten gesetzlicher Regelung und ist insoweit durch ministerielle Anweisungen geordnet<sup>3)</sup>.

<sup>48)</sup> Vgl. u. § 11 IV 2 S. 110.

<sup>49)</sup> Bl. 34, 765 ff.

<sup>1)</sup> OBG. 20. April 1895 (28, 244); 2. Juli 1914 (67, 339).

<sup>2)</sup> Zuerst Wg.O. Westpr. § 16.

<sup>3)</sup> A. A. Westpr. u. Pof. vom 29. Okt. 1908 (MinBl. i. B. 241 bzw. 244); A. A. Ostpr. vom 4. Aug. 1911 (MinBl. i. B. 250). Bei den folgenden Anführungen sind die Absätze der A. A. mit arabischen Zahlen bezeichnet. Soweit die A. A. in Abschnitte eingeteilt sind, sind die Absätze innerhalb der Abschnitte durchgezählt.

1. Die zuständige Behörde ist für Provinzialwege der Oberpräsident<sup>4)</sup>, für Kreiswege der Regierungspräsident<sup>4)</sup> und für Gemeindewege bei Stadtkreisen ebenfalls der Regierungspräsident, im übrigen der Landrat<sup>5)</sup>.

2. Das Rechtsmittel gegen Entscheidungen in Registersachen ist die binnen einer Ausschlussfrist von vier Wochen anzubringende Einwendung bei der entscheidenden Behörde. Gegen den Beschluß über die Einwendung ist ebenfalls binnen einer vierwöchentlichen Ausschlussfrist die Aufsichtsbeschwerde zulässig. Die Fristen laufen von der Zustellung des Bescheides ab<sup>6)</sup>.

3. Buchungsgegenstand sind ein bestimmter öffentlicher Weg und die an ihm bestehende Wegebaupflicht<sup>7)</sup>. Darunter wird nur die publizistische Verbindlichkeit begriffen. Privatrechtliche Verhältnisse wegemäßigen Inhalts sind nicht eintragungsfähig<sup>8)</sup>.

4. Hinsichtlich der Einrichtung der Verzeichnisse ist zu unterscheiden:

a) Anlegungszwang besteht für die Provinzial- und Kreiswege<sup>9)</sup>. Die Verzeichnisse waren, soweit Provinzial- und Kreiswege beim Inkrafttreten der Gesetze bestanden, damals anzulegen. War dies nicht der Fall, so ist das Verzeichnis anzulegen, wenn ein öffentlicher Weg angelegt wird, oder sein Dasein sich — vorzüglich auf Grund eines Streitverfahrens — ergibt.

b) Anlegungsfreiheit gilt für die Gemeindewege in Posen und Ostpreußen<sup>10)</sup>. Also liegt es im freien, nur von Aufsichts wegen überprüfbareren Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie für ihren Bezirk ein derartiges Verzeichnis anlegen will.

<sup>4)</sup> A. A. Westpr. 2; Pos. A. 2; Ostpr. II 2.

<sup>5)</sup> A. A. Pos. B. 2; Ostpr. III 2.

<sup>6)</sup> A. A. Westpr. 6—7; Pos. A. 7—8, B. 6—7; Ostpr. II 7—8, III 6—7.

<sup>7)</sup> Wg. D. Westpr. § 16 Abs. 1 mit §§ 10, 15 Abs. 1; Wg. D. Pos. § 15 Abs. 1 mit §§ 9 Abs. 1; 14 Abs. 1; 16 Abs. 1. Ostpr. § 22 mit §§ 9 Abs. 1, 14 Abs. 1, 15 Abs. 1.

<sup>8)</sup> Wg. D. Westpr. § 49; Pos. § 51 Abs. 1; Ostpr. § 50.

<sup>9)</sup> Wg. D. Westpr. § 16 Abs. 1; Pos. § 15 Abs. 1 Satz 1; Ostpr. § 22.

<sup>10)</sup> Wg. D. Pos. § 15 Abs. 1 Satz 2; Ostpr. § 22 Abs. 1. Westpr. kennt das Institut für Gemeindewege noch nicht.



5. Die zu verwendenden Formulare sind durch die Ausführungsanweisungen vorgeschrieben.

6. Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist zwar nicht in den Gesetzen selbst<sup>11)</sup>, jedoch in den Ausführungsbestimmungen aufgestellt<sup>12)</sup>. Die betreffenden Bestimmungen sind der G.B.O. § 11 nachgebildet<sup>13)</sup>.

III. Auch die Voraussetzungen der Eintragung entbehren zum Teil der gesetzlichen Regelung.

1. Provinzial- und Kreiswege. Die auf amtlichen Ermittlungen beruhenden Entwürfe der Verzeichnisse sind zu jedermanns Einsicht vier Wochen lang offenzulegen. Auslegung und Auslegungsart, sowie die Frist für Einwendungen und die Behörde, bei welcher sie anzubringen sind, werden veröffentlicht. Nach fruchtlosem Fristablauf oder nach Erledigung der Einwendungen, zu denen jeder Beteiligte legitimiert ist, „erfolgt die endgültige Feststellung der Verzeichnisse“. Es sind also alle Wege einzutragen, hinsichtlich deren entweder keine Einwendungen erhoben sind, oder wenn im Rechtsmittelzuge ihre Eintragungsfähigkeit bejaht ist.

2. Besondere Eintragungsvoraussetzung bei Gemeindegewegen ist<sup>13a)</sup>:

a) das wohl schriftlich oder zu Protokoll zu erklärende Einverständnis der Beteiligten.

b) Ferner sind Wege einzutragen, bei denen die Wegebaupflicht der Gemeinde durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist.

Im übrigen findet dasselbe Verfahren Anwendung.

3. Neuen Eintragungen und Löschungen geht das gleiche Verfahren voraus. Außerdem ist Benachrichtigung der Wegepolizeibehörde und des Wegebaupflichtigen erforderlich<sup>14)</sup>.

<sup>11)</sup> Wie z. B. Württ. WassG. vom 1. Dez. 1900 (RgBl. 921) Art. 101; Württ. BauG. vom 28. Juli 1910 (RgBl. 333) Art. 99 Abs. 1 Satz 2.

<sup>12)</sup> A. N. Westpr. 12; Pof. A. 12, B. 10; Ostpr. II 11; III 10.

<sup>13)</sup> Die Einsicht hingegen in Registerakten, auf welche die Eintragungen keinen Bezug nehmen, ist anders als im Grundbuchrecht (PrAB. vom 20. Nov. 1899 [ZWB. 349] § 36) nicht gestattet.

<sup>13a)</sup> Wg. D. Pof. § 15 Abs. 1 Satz 2, Ostpr. § 20 Abs. 1 Satz 2.

<sup>14)</sup> A. N. Pof. 9; Westpr. A. 9, B. 8; Ostpr. II 6, III 8.

IV. Die Eintragung ist ihrer rechtlichen Natur nach amtliche Entscheidung über die eingetragenen Rechtsverhältnisse<sup>15)</sup>.

„Die Verzeichnisse begründen vorbehaltlich des Gegenbeweises die Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts<sup>16)</sup>.“

1. Die Verzeichnisse begründen die Vermutung. Also ist die Wirkung der Eintragung nicht an ihre Bekanntmachung<sup>17)</sup>, sondern wie beim Vereins<sup>18)</sup> und Güterrechtsregister<sup>19)</sup> an die Eintragung selbst geknüpft. Es ist daher materiellrechtlich unerheblich, ob und wann die Veröffentlichung erfolgt.

2. Die Verzeichnisse begründen die Vermutung. Die Wirkung der Eintragung erstreckt sich nicht auf das Rechtsverhältnis selbst<sup>20)</sup> sondern auf dessen Rechtschein. Daß die Vermutung „vorbehaltlich ihres Gegenbeweises“ gilt, ist eine überflüssige Bestimmung, da sich dies aus dem Wesen der Vermutung ergibt.

3. Die Verzeichnisse begründen die Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts. Zu diesem Inhalt gehören eine bestimmte öffentliche Wegestrecke und die Wegebaupflicht an diesem Verkehrsmittel. Daher erstreckt sich die Vermutung auf den Bestand beider Rechtsverhältnisse, der Sonderlast und der Wegebaupflicht.

4. Die Verzeichnisse begründen die Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist für die Gemeindewege eine andere als für die Provinzial- und Kreiswege.

a) Die Gemeindewege-Verzeichnisse enthalten die Wege ihres Bezirks nur, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind<sup>21)</sup>. Erscheint also ein Weg im Verzeichnis überhaupt nicht,

<sup>15)</sup> Bernakif, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 8; Fleiner § 12 bei Anm. 11.

<sup>16)</sup> So in übereinstimmender Fassung: Wg.D. Westpr. § 16 Abs. 3; Pos. § 15 Abs. 3; Ostpr. § 22 Abs. 3.

<sup>17)</sup> Wg.D. Westpr. § 16 Abs. 2; Pos. § 15 Abs. 2; Ostpr. § 22 Abs. 2.

<sup>18)</sup> BGB. §§ 21, 62.

<sup>19)</sup> BGB. §§ 1435, 1562.

<sup>20)</sup> Wie z. B. im Falle der Württ. BauD. (oben Anm. 10) § 99 Abs. 2.

<sup>21)</sup> Vgl. oben III 2.

so ist für seinen und der betreffenden Wegebaupflicht Bestand oder Nichtbestand das Verzeichnis unbeachtlich. Mithin erstreckt sich die Vermutung darauf, daß eingetragene Wege und Wegebaupflichten bestehen. Ferner gilt, daß gelöschte Pflichten vermuthungsweise nicht bestehen, da der Lösungsvermerk zum „Inhalt“ des Verzeichnisses gehört<sup>22)</sup>.

b) Hingegen sind Verzeichnisse für die Provinzial- und Kreiswege ausnahmslos anzulegen<sup>23)</sup>. Also ist hier die rechtliche Wirkung an den Inhalt nicht der einzelnen Eintragung, sondern des Verzeichnisses als solchen geknüpft. Demnach entspricht die Bedeutung dieses Verzeichnisses hinsichtlich des Umfangs der Vermutung für das von ihm umfaßte Gebiet (Regierungsbezirk bei Provinzialwegen, Kreis bei Kreiswegen) der durch BGB. § 892 begründeten Fiktion. Während die Vermutung gemäß BGB. § 891 auf bzw. gegen den Bestand des eingetragenen Rechts geht, gilt die Fiktion des § 892 in Bezug auf Richtigkeit und Vollständigkeit der Bucheinträge. Ebenso geht unsere Vermutung zufolge der rechtsnotwendigen Vollständigkeit der Verzeichnisse dahin, daß sie die Wege ihres Bezirks, bezüglich derer eine Baupflicht des Kreises oder der Provinz besteht, erschöpfend enthalten. Daraus ergibt sich: Ebenso wie bei Gemeindewegen bestehen die eingetragenen Wege und die Baupflichten an ihnen vermuthungsweise. Insoweit aber eine Wegeanlage innerhalb des betreffenden Gebiets nicht eingetragen ist, geht die Vermutung gegen ihren Bestand. Unerheblich ist, ob eine eingetragene Wegepflicht gelöscht, oder ob das Rechtsverhältnis nie im Verzeichnis erschienen ist. In beiden Fällen ist der Inhalt der gleiche, daß nämlich für den betreffenden Wegekörper eine Wegebaupflicht im Verzeichnis nicht eingetragen ist.

<sup>22)</sup> Vgl. BGB. § 891 Abs. 2.

<sup>23)</sup> Vgl. oben III 1; N. A. Dstpr. II 6 Satz 5.