

31. 1. Selbsthilfe oder polizeiliche Verfügung?  
 2. Begriff und Erfordernisse des Besitzfehlers der Heimlichkeit bei der Servitutenerfüzung.

III. Civilsenat. Urth. v. 17. Januar 1890 i. S. Gemeinde H. (Bekl.)  
 w. S. u. Gen. (Kl.) Rep. III. 171/89.

I. Landgericht Hanau.

II. Oberlandesgericht Kassel.

In dem Keller eines Ortsbürgers der Gemeinde H. entspringt eine Quelle, die ihren Abfluß durch einen gemauerten Backsteinkanal hat, welcher unterhalb der Dorfstraße geführt ist und in eine neben dem Rathause gelegene, der Gemeinde gehörige Cisterne mündet. An diesem Kanale ließ die Gemeinde im Jahre 1885 Reparatur- und Reinigungsarbeiten vornehmen, wobei sich zeigte, daß in der Nähe der Häuser der beiden Kläger ein Ableitungskanal angebracht war, welcher unterirdisch einen Teil des Quellwassers in die klägerischen Hauskeller führte. Nach gemachter Entdeckung ließ der Bürgermeister des Ortes sofort diesen Ableitungskanal verstopfen und zuwerfen.

Unbestritten ist, daß der Besitzer des Hauses, in welchem die Quelle entspringt, den beiden Klägern vor mehr als 20 Jahren die Erlaubnis erteilt hatte, einen Teil des Wassers in ihre Anwesen abzuleiten, und daß letztere nach erhaltener Erlaubnis die Ableitung vorgenommen und seither benutzt haben.

Gestützt hierauf haben die Kläger die Erfüzung eines Dienstbarkeitsrechtes auf die gedachte Nebenleitung in Anspruch genommen und auf Anerkennung dieses Rechtes gegen die Gemeinde geklagt. Die Beklagte schützte hiergegen in erster Linie den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges vor und machte neben anderem geltend, daß die Kläger nicht in gutem Glauben gehandelt haben, und daß insbesondere ihr Besitz den Fehler der Heimlichkeit an sich trage.

Die beiden Vorderrichter haben der Klage stattgegeben, das Reichsgericht hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Der von der Beklagten erhobene Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges war zu verwerfen. Wie unbestritten, hat

der Vorstand der beklagten Gemeinde, als bei Gelegenheit der Reparatur des nach der Behauptung der Beklagten ihr gehörigen Kanales die klägerische Ableitung entdeckt wurde, letztere zerstören lassen. Daß dabei in irgend einer Weise zu Tage getreten wäre, daß diese Maßregel eine polizeiliche Verfügung, eine kraft staatlicher oder kommunaler Polizeigewalt getroffene Anordnung sein sollte, hat die Beklagte selbst nicht behaupten können. Unter diesen Umständen durfte der vorige Richter annehmen, daß die Anordnung ein bloßer Akt zur Wahrung von Vermögensrechten der Gemeinde, eine Handlung der Selbsthilfe, nicht aber eine Maßregel gewesen ist, durch welche in Anwendung polizeilicher Befugnisse eine Regelung des gemeinen Wassergebrauches vorgenommen werden sollte. Daß die tatsächliche Veranlassung zu der Maßregel auf eine Entscheidung des Landratsamtes zurückzuführen ist, wonach der beklagten Gemeinde die Aufsuchung weiterer Wasserquellen zur Pflicht gemacht worden war, kann dem fraglichen Akte nicht von selbst den Charakter einer polizeilichen Verfügung aufdrücken.

Ein weiterer Einwand der Beklagten geht dahin, daß den Erfordernissen der angestellten Konfessorienklage insofern nicht genügt sei, als es die Kläger an einer grundbuchmäßigen oder anderen gleichwertigen Bezeichnung des herrschenden und des dienenden Grundstückes haben fehlen lassen, auch daß unbestimmt geblieben sei, welches Grundstück als eigentliches praedium serviens anzusehen sei. Der Einwand ist nicht begründet. Daß die Kläger im Eigentumsbesitze der Hofgrundstücke sich befinden, in welche die streitige Wasserleitung mündet, und für deren Bedürfnisse sie ein dingliches Recht hieran in Anspruch nehmen, ist von der Beklagten anerkannt. Dies aber muß zur Aktivlegitimation der Kläger genügen, da einerseits die von der Beklagten vermischte Beschreibung nicht zu den gemeinrechtlichen Voraussetzungen einer Konfessorienklage gehört, und andererseits, sofern nach richtiger Ansicht auch der bonae fidei possessor zu dieser Klage zugelassen ist, vgl. Windscheid, Pandekten §. 217 Nr. 7; Seuffert, Archiv Bd. 22 Nr. 17,

den im anerkannten Eigentumsbesitze stehenden Klägern die Berechtigung hierzu ebenfalls nicht abgesprochen werden kann.

Auch das dienende Grundstück ist im gegenwärtigen Falle nicht ungewiß; es ist der unter der Dorfstraße durchführende und hier

eingebaute Wasserkanal, von welchem die klägerische Leitung abzweigt. . . .

. . . Von den Erfordernissen für den Erwerbstitel der Erföhung, auf welchen hin die Kläger das streitige Dienstbarkeitsrecht für sich in Anspruch nehmen, sind, wie der vorige Richter feststellt, die Rechtsausübung und der Ablauf der Erföhungszeit unbestritten; es besteht ein Streit zwischen den Parteien nur darüber, ob die Kläger in gutem Glauben gewesen, und ob nicht ihr Besitz den Fehler der Heimlichkeit an sich trage. In ersterer Hinsicht hat es aber die Beklagte, welche nach Lage der Sache die Unredlichkeit des Bewußtseins der Kläger zu erweisen gehabt hätte, nicht nur an der hierzu gebotenen tatsächlichen Darlegung fehlen lassen, sondern es hat auch der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum den guten Glauben der Kläger positiv um deswillen angenommen, weil sie durch die Erlaubniserteilung von seiten des Eigentümers des Grundstückes, auf welchem die Wasserquelle entspringt, zur Einrichtung ihrer Nebenleitung sich für befugt haben halten können.

Anlangend die weitere Frage, ob der Besitz der Kläger ein heimlicher gewesen, so ist den vom Berufungsgerichte diesfalls zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätzen beizutreten. Der Begriff der Heimlichkeit des Besitzes ist für die Servitutenerföhung kein anderer als für den Interdiktenbesitz überhaupt. Derselbe ist daher zu bestimmen nach den allgemeinen Vorschriften über den Quasibesitz und mit spezieller Würdigung der Grundsätze, welche das *interdictum de itinere actuque privato* (Dig. 43, 19) und das *interdictum quod vi aut clam* (Dig. 43, 24) hinsichtlich der Annahme heimlicher Besitzesausübung aufstellen. Daß dasjenige, was in dieser Richtung das zuletzt genannte Interdikt enthält, bei Beurteilung der Frage, ob Servituten *vi* oder *clam* besessen werden, gar nicht in Betracht gezogen werden dürfe, ist eine von E l v e r s (Servitutenlehre S. 746) verteidigte Meinung, welche das Reichsgericht nicht billigen kann.

Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. 2 S. 170; Windscheid, Pandekten Bd. 1 §. 213 Note 6.

Danach liegt der die Servitutenerföhung hindernde Besitzfehler des *clam uti* vor, wenn die Ausübung des dinglichen Rechtes hinter dem Rücken des Eigentümers oder seines zu einer Einsprache berechtigten Vertreters vorgenommen wird. *Clam facere videtur qui celavit*

adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit ejus controversiam aut debuit timere (l. 3 §. 7 Dig. 43, 24). Die in dieser Gesetzesstelle vorausgesetzte Anzeige, denuntiatio, ist jedoch kein unumgängliches Erfordernis dergestalt, daß überall, wo sie nicht erfolgte, ein clam facere, mithin ein klandestiner Quasibesitz anzunehmen wäre. Die Anzeige ist das von den Quellen anerkannte Mittel, um die Befihsandlung vor irriger Deutung zu wahren und den Handelnden vor dem Rechtsmittel des interdictum quod vi aut clam zu schützen. Sie muß erfolgen, wenn der Besihszer annahm oder annehmen mußte, daß seinen Handlungen von demjenigen, in dessen Recht eingegriffen wird, bei Kenntnis hiervon würde widersprochen werden; nicht aber darf aus ihrer Unterlassung ohne weiteres auf die Absicht der Verheimlichung geschlossen werden (l. 5 §. 3 Dig. 43, 24). Die Unterlassung der Anzeige kann insbesondere dann die Klandestinität nicht bewirken, wenn Besihsandlungen auf fremdem Grund und Boden öffentlich, an einem Orte und zu einer Zeit vorgenommen werden, wo sie dem Eigentümer bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten.

Vgl. Haffe, Rheinisches Museum Bd. 4 S. 22.

Es ergibt sich hieraus die allgemeine Regel, daß ein die Verjährung ausschließender, heimlicher Quasibesitz alsdann nicht vorhanden ist, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falles nicht angenommen werden kann, die Besihsausübung habe verheimlicht werden wollen, wenngleich sie, sei es aus Mangel an einer Anzeige oder aus Unachtsamkeit des Eigentümers, nicht zur Kenntnis des letzteren gekommen ist.

Vgl. l. 5 §. 3 Dig. eod.; Haffe, a. a. O.; Unterholzner, a. a. O.; Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 22 S. 190.

In der zur Entscheidung vorliegenden Rechtsache besteht der Quasibesitz, welcher nach der Behauptung der Kläger zur Erfüllung der streitigen Dienstbarkeit geführt hat, in dem Haben und Gebrauchen einer unterirdischen Wasserleitung. Da die Leitung vollständig unter der Erde verläuft und in den Kellern der klägerischen Häuser endigt, also sich den Blicken der Außenwelt durchaus entzieht, so mußte deren ursprüngliche Anlage offen, d. i. nicht heimlich geschehen sein, wenn nicht die nachfolgende Besihsausübung mit dem Fehler der Klandestinität behaftet sein soll. Der Berufungsrichter nimmt ersteres an,

ein Rechtsirrtum kann in dieser Annahme nicht gefunden werden. Nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz, welche von der Revision mit Unrecht angefochten wird, hat die Anlage der fraglichen Leitung bei Tage zu der gewöhnlichen Arbeitszeit stattgefunden und es haben die Arbeiten, welche auf der Dorfstraße vorzunehmen waren, einen ganzen Tag gedauert. Einen besonderen Anhalt dafür, daß nichtsdestoweniger diese Arbeiten vor der Beklagten haben verheimlicht werden sollen, hat letztere nicht dargelegt; dagegen spricht dasjenige, was der Berufsrichter in Absicht auf die bona fides der Kläger festgestellt hat, gleichzeitig auch für das Nichtvorhandensein einer auf Verheimlichung gerichteten Absicht. Zwar will die Revision noch geltend machen, daß die betreffende Anlage nur dann als eine nicht heimliche bezeichnet werden könnte, wenn sie vor den Augen von Vertretern der beklagten Gemeinde oder nach vorgängiger Anzeige bei derselben errichtet worden wäre. Allein dieser Einwand erscheint in beiden Richtungen verfehlt, wenn man von den oben erörterten Grundsätzen ausgeht und erwägt, daß die Anzeige an den Eigentümer kein notwendiges Erfordernis für einen fehlerfreien Quasibesitz ist, und daß die Handlungen, womit die Kläger sich in den Besitz der streitigen Wasserleitung gesetzt haben, so beschaffen waren, daß sie den Organen der beklagten Gemeinde bei der gebotenen Achtsamkeit nicht hätten entgehen können.“