

36. 1. Ist nach gemeinem Rechte jede privatrechtliche Haftung des Staates aus einer Ausübung von Hoheitsrechten ausgeschlossen?

2. Inwieweit ist nach l. 15 § 10. l. 24 pr. Dig. de damno inf. 39, 2 in Beziehung auf öffentliche Straßen und andere loca publica der Anspruch auf Bestellung einer damni infecti cautio ausgeschlossen?

3. Bedeutung der in l. 24 § 8 Dig. de damno inf. 39, 2 gesetzten Einschränkung der Haftung aus einer damni infecti cautio.

VI. Civilsenat. Urth. v. 24. Juni 1895 i. S. des bremischen Staates (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. VI. 119/95.

I. Landgericht Bremen.

II. Oberlandesgericht Hamburg.

Der bremische Staat war durch ein nach § 276 C.P.D. erlassenes Zwischenurteil des Landgerichtes für schuldig erklärt worden, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der in seinem Hause M.-Straße Nr. 41 dadurch entstanden sei, daß das im Sommer 1892 beim Schlemmen der G.-Straße vergossene Wasser ein Sacen und Reißen der Mauern und anderer Teile seines Hauses verursacht habe. Nachdem er hiergegen ohne Erfolg Berufung erhoben hatte, ist auch seine Revision vom Reichsgerichte zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen:

„Der Schade, zu dessen Erfase der verklagte Staat Bremen dem Kläger durch die Urtheile der beiden Vorinstanzen für verpflichtet erklärt ist, ist, wie das Oberlandesgericht in unangreifbarer Weise thatsächlich festgestellt hat, an dem Hause des Klägers durch die Schlemmungen verursacht, welche zum Zwecke der Befestigung des vom Beklagten neben dem Grundstücke des Klägers neu angelegten Straßendamms der G.-Straße vorgenommen worden sind. Den Rechtsgrund für die Ersatzpflicht des Beklagten hat das Berufungsgericht in der Gesetzesbestimmung des bremischen Orbeels 95 vom Jahre 1433 gefunden, wonach jeder Bauende verpflichtet sei, dem Schaden, der bei seiner Bauausführung durch Einwirkung auf das Nachbargrundstück diesem entstehen möchte, jedenfalls so weit es im Bereiche des angemessenerweise Möglichen sich thun lasse, durch zweckentsprechende Maßregeln vorzubeugen. Daß hier solche Maßregeln,

durch welche trotz des Straßenbaues die Beschädigung des Hauses des Klägers verhindert worden wäre, möglich gewesen sein würden, ist wiederum vom Oberlandesgerichte ohne prozessualen Verstoß thatsächlich festgestellt.

Der Beklagte hat nun seine Anfechtung des vorigen Urtheiles hauptsächlich darauf gestützt, daß mit Unrecht das Berufungsgericht privatrechtliche Vorschriften hier deshalb für anwendbar erklärt habe, weil der Beklagte sich bei Anlegung der neuen Straße nicht in Ausübung einer öffentlichrechtlichen Funktion befunden habe. Offenbar hat sich damit der Beklagte auf den Standpunkt gestellt, von welchem aus das Landgericht sein Urtheil in dieser Sache begründet hatte: daß es nämlich vor allem darauf ankomme, ob jene Anlegung für den Beklagten eine „Regierungshandlung“ gewesen sei, die er kraft der ihm eigenen öffentlichrechtlichen Gewalt vorgenommen habe, da er in diesem Falle für schädliche Folgen jener Handlung nicht haften würde. Dieser Ausgangspunkt des Urtheiles erster Instanz ist jedoch ein verfehlter; wie denn auch die dort dazu angeführten Entscheidungen aus Seuffert (Archiv Bd. 37 Nr. 224) und den Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen (Bd. 11 S. 207 ff.) durchaus nicht passen. Ein Satz, daß der Staat für die schädlichen Folgen von „Regierungshandlungen“ Privatpersonen überhaupt nicht hafte, existiert im gemeinen deutschen Rechte gar nicht. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob nach den allgemeinen privatrechtlichen Normen gegebenen Falles die Haftung des Staates begründet sein würde: sobald sich die Sache so verhält, so ist der Staat nicht ohne weiteres deshalb frei von der Haftung, weil eine „Regierungshandlung“, eine Ausübung öffentlichrechtlicher Funktionen, in Frage steht. Im Grunde ist dies auch der Standpunkt des Oberlandesgerichtes, mag er vielleicht auch nicht ganz klar so bezeichnet sein; insbesondere hat dasselbe gar nicht geleugnet, daß der Staat bei Anlegung einer neuen Straße in seiner öffentlichrechtlichen Eigenschaft handle. . . .

Rechtliche Bedenken könnten sich gegen die angefochtene Entscheidung, da die darin von dem bremischen Ordeel 95 gemachte Anwendung als solche wegen Irrevisibilität dieses Gesetzes der Nachprüfung des Reichsgerichtes entzogen ist, höchstens dann erheben, wenn der hier fragliche Anspruch nicht zu denjenigen gehörte, auf welche sich der vom gemeinen Rechte mittels der Bestimmungen über

damni infecti cautio gewährte Rechtsschutz erstrecken würde. Denn die praktische Bedeutung jenes Ordeels 95, wie sein Inhalt in dieser Sache vom Oberlandesgerichte bestimmt worden ist, im Vergleiche zum gemeinen Rechte läßt sich, allerdings unter Vorbehalt näherer Abgrenzung, doch im allgemeinen auch dahin fassen, daß es für den Fall einer neuen Anlage oder eines Baues (eines „opus“) dem Grundstücksnachbarn ohne weiteres diejenigen Rechte gewähre, welche er nach gemeinem Rechte erst durch gerichtliches Verlangen einer damni infecti cautio, bezw. durch Bestellung einer solchen erlangen würde. In diesem Sinne hat sich auch z. B. das vormalige Oberappellationsgericht zu Lübeck in demjenigen Erkenntnisse, welches hier in den Urteilen der Vorinstanzen als Präjudikat in Bezug genommen worden ist,

vgl. Stadtkländer u. Rahusen, Sammlung der Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichtes zu Lübeck in bremischen Civil-Rechtssachen S. 51 flg.,

ausgedrückt. Offenbar liegt es daher sehr nahe, das hier fragliche gesetzliche Recht des Grundstücksnachbarn im einzelnen doch auch für Bremen auf Grund der kurzen, auf Einzelheiten nicht eingehenden Bestimmung des Ordeels 95 nicht weiter auszudehnen, als jener nach gemeinem Rechte mittels einer damni infecti cautio Ansprüche erlangen könnte. . . . Indessen kann dieser Punkt . . . unentschieden bleiben, weil auch vom Standpunkte des Rechtes der damni infecti cautio aus, bei einmal gegebener Abweichung in betreff der Erforderlichkeit eines vorgängigen Rautionsverlangens überhaupt, im übrigen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes sich als gerechtfertigt darstellt.

Zunächst möge in dieser Hinsicht über den vom Beklagten hervor-gehobenen Umstand, daß das Berufungsgericht nicht ein für den fraglichen Schaden ursachliches Verschulden irgend einer bestimmten als Willensorganes des Beklagten in Betracht kommenden Person festgestellt hat, folgendes bemerkt sein. In l. 24 § 8 Dig. de damno inf. 39, 2 ist zwar ausgesprochen, aus der damni infecti cautio werde nicht für einen schlechthin unabwendbaren Schaden („damnum, cui nulla ope occurri poterit“) gehaftet; es ist aber schon das fraglich, ob nicht bei einem opus in diesem Sinne jeder Schaden für abwendbar gelten muß, da man ihn ja jedenfalls durch völlige Unter-

lassung der Ausführung des Werkes abwenden könnte (so im Ergebnisse Windscheid, Pandektenrecht Bd. 2 [7. Aufl.] § 460 Anm. 4 S. 658). Nun hat freilich gerade in Ansehung des bremischen Urdeels 95 das Oberlandesgericht die Frage offen gelassen, ob dasselbe jeden dem Nachbarn schädlichen Bau überhaupt verbiete, also für jeden durch einen Bau jenem entstandenen Schaden den Bauenden ohne weiteres ersatzpflichtig mache, und hat nur das als sicher hingestellt, daß das Gesetz den Bauenden jedenfalls verpflichte, so weit es trotz des Baues möglich sei, durch zweckmäßige Maßregeln jeder Beschädigung des Nachbargrundstückes vorzubeugen. Da nun das Berufungsgericht auch festgestellt hat, daß solche Maßregeln hier möglich gewesen wären, so ist jedenfalls auch vom Standpunkte des Rechtes der *damni infecti cautio* aus die Entscheidung in dieser Beziehung gerechtfertigt, selbst wenn man der l. 24 § 8 cit. auch bei einem *opus* eine besondere praktische Bedeutung beimessen wollte; denn jedenfalls würde es dann genügen, daß der Schaden objektiv nicht unabwendbar ist, da auch nach dem Rechte der *damni infecti cautio* dem Raventen nicht etwa positiv ein Verschulden nachgewiesen zu werden braucht,

vgl. l. 18 § 4 Dig. de damno inf. 39, 2,

sondern er höchstens das Recht hat, sich durch den Nachweis der Unabwendbarkeit des Schadens zu befreien.

Vgl. Burckhard, Die *cautio damni infecti* S. 136. 139, und Brinz, Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 § 172 S. 672.

Hauptsächlich aber ist noch zu erörtern, ob nicht gerade dem Rechte der *damni infecti cautio* gegenüber der Staat bei Anlegung einer öffentlichen Straße dennoch eine Ausnahmestellung in Anspruch zu nehmen hat, nach l. 15 § 10. l. 24 pr. Dig. de damno inf. 39, 2. Die Geltung dieser Stellen für das heutige Recht ist freilich bestritten.

Vgl. Windscheid, a. a. O. § 460 Anm. 8 S. 659, und Brinz, a. a. O. § 172 S. 672.

Nicht bezweifelt ist sie vom vormaligen Obertribunale zu Stuttgart, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 24 Nr. 37,

welches den Anspruch auf *damni infecti cautio* für immer dann ausgeschlossen erklärt hat, „wenn es sich um öffentliche Werke und Anlagen handelt, welche von Staats wegen errichtet worden sind“; ebenso-

wenig vom vormaligen Oberappellationsgerichte zu Kassel, nach der Angabe bei Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2. Aufl. S. 336. Dagegen wird die heutige Anwendbarkeit gelehrt von Zimmermann (in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 12 S. 100 flg. 103 flg.), von Hesse (a. a. O. S. 339 flg.) und von Burckhard (a. a. O. S. 662 flg.), ferner vom vormaligen Obergerichte zu Wolfenbüttel (bei Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 41) und dem Sinne nach wohl auch vom vormaligen Oberappellationsgerichte zu Rostock (ebenda Bd. 22 Nr. 144), und zwar meistens deswegen, weil der Grund jener römischen Vorschrift nur in der Ausschließung des Rechtsweges gegen den Staat, bezw. den Fiskus bestanden habe, dieser Grund aber nach dem heutigen öffentlichen Rechte weggefallen sei. Jedoch ist die Annahme, daß im justinianischen Rechte der Rechtsweg gegen den Fiskus überhaupt ausgeschlossen gewesen sei, nach dem ganzen übrigen Inhalte des Corpus juris civilis völlig grundlos. Danach unterlag vielmehr der Fiskus der Regel nach dem allgemeinen Privatrechte, wenn auch mit vielen, übrigens genau bestimmten, Privilegien, und konnte im Wege des Civilprozesses verklagt werden. Zudem würde jener Grund auch unerklärt lassen, warum denn auch von einer Gemeinde, die doch jedenfalls im allgemeinen an der besonderen Rechtsstellung des Staates keinen Teil hat (vgl. l. 16 Dig. de V. S. 50, 16), wegen eines von dieser auf einem ihrer Zuständigkeit unterliegenden locus publicus unternommenen Werkes keine damni infecti cautio hätte verlangt werden können; was doch meistens, und zwar mit Recht, als im Sinne jener Stellen liegend angesehen wird. Der wahre Sachverhalt ist vielmehr der, daß jene Stellen überhaupt nur von einem auf einem locus publicus im engeren Sinne, d. h. auf einem dem Gemeingebrauche dienenden, von der zuständigen Behörde (publice) unternommenen Werke sprechen und solchem gegenüber singularerweise den Anspruch auf damni infecti cautio ausschließen. Bei dieser Sachlage gewährt nun allerdings einerseits das positive Recht gar keinen Anhalt dafür, daß der fragliche Rechtsatz heutzutage gemeinrechtlich keine Geltung mehr haben sollte; andererseits ergibt sich aber auch, daß er für den vorliegenden Fall bedeutungslos ist. Denn hier ist nicht auf oder an einer schon bestehenden öffentlichen Straße ein Werk unternommen, sondern auf einem im gewöhnlichen Privateigentume des Bremischen Staates stehenden Grund-

stücke sind Arbeiten ausgeführt, mittels welcher eine öffentliche Straße erst hergestellt werden soll. Übrigens hat das Reichsgericht auch bereits nach gemeinem Rechte gegen den preussischen Fiskus einen Anspruch auf damni infecti cautio wegen Erhöhung und sonstiger Veränderung eines Eisenbahndammes, der ebenfalls nicht etwa dem Gemeingebrauche dient, sondern, mag auch der Staat Unternehmer sein, im gewöhnlichen Privateigentume steht, unbedenklich zugelassen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 30 S. 115 flg.“ . . .