

99. 1. Ist Schiff- und Flößbarkeit ein Begriffsmerkmal des öffentlichen Flusses?
2. Ist das Recht des Anliegers eines öffentlichen Flusses zur Ableitung von Abwässern und Abwurfstoffen in diesen ein Privat- oder ein aus dem Gemeingebräuche fließendes Recht?

3. Besteht die Verpflichtung einer Ortsgemeinde, bei der Durchführung der Entwässerungsanlagen einer Kanalisation die Grundeigentümer für die dadurch bedingte Aufhebung ihrer bisherigen Befugnis zur unmittelbaren Ableitung ihrer Abwässer und Abwurfstoffe in einen öffentlichen Fluß zu entschädigen?

L. 1 § 3 Dig. de flum. 43, 12.

III. Zivilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1902 i. S. R. (Rl.) w. Stadtgem.
S. (Bekl.). Rep. III. 270/02.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger war eingetragener Eigentümer des in der Langen Straße Nr. 32 in S. an der L. belegenen Hausgrundstücks. Von diesem hatte er seit einer Reihe von Jahren die Abwurfstoffe und die Hausabwässer in die L. geleitet. Ursprünglich war an dem Hinterhause ein Überbau über der L. angebracht, in welchem sich der Abort befand. Später mußten infolge einer Polizeiverordnung die Aborte in die Häuser selbst verlegt werden, und seitdem flossen die Abwurfstoffe durch einen unterirdischen Kanal in die L. Am 17. Januar 1893 erließ die Königliche Polizeidirektion dort im Einverständnisse mit dem Magistrat eine Polizeiverordnung, nach der alle bebauten Grundstücke, die an öffentlichen, mit unterirdischen Entwässerungsanlagen der neuen Kanalisation versehenen Straßen und Plätzen belegen sind, behufs ihrer Entwässerung zu der vom Magistrat öffentlich bekannt zu machenden Zeit durch ein oder mehrere besondere Hausableitungsrohre an den Straßenkanal angeschlossen und durch diese Rohre der Regel nach alle Abwässer von jenen Grundstücken abgeleitet werden müssen. In den Ausführungsvorschriften des Magistrats vom 4. Februar 1893 wurde weiter bestimmt, daß innerhalb sechs Wochen nach jener öffentlichen Bekanntmachung die dadurch betroffenen Grundeigentümer zur Vorbereitung der Anlage Zeichnungen eines Entwässerungsentwurfs mit dem Antrage auf Genehmigung einzureichen hätten. Einer dem entsprechenden noch besonders an den Kläger am 31. Juli 1899 vom Magistrat gerichteten Aufforderung leistete jener keine Folge, sondern focht sie im Verwaltungsstreitverfahren an. In diesem machte er geltend, es stehe ihm ein unentziehbares Recht darauf, die Abwurf-

stoffe und Abwässer unmittelbar in die L. zu leiten, zu und der Magistrat bestritt dort dieses Recht ausdrücklich. Er erhob deshalb Klage dahin, festzustellen, daß ihm als Eigentümer seines Grundstücks das Recht zustehe, die Abwässer und Abwurfstoffe daraus der L. unmittelbar zuzuführen, und daß Beklagte verpflichtet sei, im Falle einer Aufhebung dieses Rechts durch zwangsweisen Anschluß des Hauses an die städtische Kanalisation ihn zu entschädigen.

Er behauptete, von seinem Grundstücke seien ebenso wie von einer großen Anzahl anderer an der L. belegenden die Abwurfstoffe seit unvordenklicher Zeit der L. zugeführt, und die Anlieger alle hätten ein Recht dazu durch ordentliche oder außerordentliche, ja selbst durch unvordenkliche Verjährung erworben. Er wollte seine Absicht, ein Sonderrecht auszuüben, schon aus dem Bestehen jener besonderen Vorrichtungen gefolgert wissen, die zur Abführung der Abwässer und Abwurfstoffe in seinem Hause angelegt seien. Außerdem behauptete er unter Berufung auf eine Reihe von Zeugen, es sei unter den vielen Anwohnern an der Langen Straße, bei denen die Verhältnisse ebenso gelegen hätten wie bei ihm, seit alten Zeiten davon gesprochen worden, daß es sich bei ihnen und insbesondere bei ihm, Kläger, bei jener Ableitung in die L. um die Ausübung eines besonderen Rechts handele. In zweiter Reihe meinte er, daß sich sein Ableitungsrecht auch aus seinem Eigentume an dem Flußbette und den Ufern ergebe. Die L. sei an jener Stelle kein schiffbarer, also auch kein öffentlicher Fluß.

Die Beklagte bestritt, daß der Kläger ein Sonderrecht zur Ableitung der Abwässer und Abwurfstoffe von seinem Grundstücke in die L. erworben habe, und behauptete, daß es sich dabei nur um die Ausübung des Gemeingebrauches an dem öffentlichen Flusse der L. gehandelt habe.

Beide Instanzgerichte wiesen die Klage ab.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die L. bei H. als öffentlicher Fluß anzusehen sei, weil sie zu den größeren, dauernd fließenden Gewässern gehöre. Übrigens sei unbedenklich anzunehmen — so führt es weiter aus —, daß sie dort auch die zu Schiffferei und Flößerei nötige Breite habe. An öffentlichen Sachen aber könnten

private Nutzungsrechte nur durch eine Handlung der Staatsgewalt oder durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. Eine Handlung der Staatsgewalt als Grund seines Rechtserwerbs habe der Kläger selbst nicht behauptet. Es könne aber auch unerörtert bleiben, ob die besonderen Voraussetzungen des Rechtserwerbs durch unvordenkliche Verjährung gegeben seien, da der Kläger jedenfalls kein privates Nutzungsrecht erworben habe; denn das von ihm nach seiner Meinung als ein solches ausgeübte Recht stelle sich lediglich als ein Recht aus dem Gemeingebrauche dar, und er habe keine Momente angeführt, die sein Recht als über das aus dem Gemeingebrauche hinausgehend erkennen ließen. Dann müsse er sich aber auch gefallen lassen, daß der Gemeingebrauch von zuständiger Seite neu geregelt werde. Aber auch ein Schadensersatzanspruch werde durch die Neuregelung in Fällen wie in dem vorliegenden nicht begründet. Wolle man auch die Veränderungen, welche die Beklagte hier vornehmen wolle, als Änderungen am Flusse auffassen und, trotz mangelnder positiver Bestimmungen des gemeinen Rechts, einem Zuge der Rechtsentwicklung folgend, annehmen, daß eine Entschädigungspflicht unter Umständen eintreten könne, so sei doch das Recht auf die Entschädigung dem von dem Reichsgerichte in den Entsch. in Civils. Bd. 37 S. 256 ausgesprochenen Grundsatz gemäß durch die Zweckbestimmung der dem öffentlichen Gebrauche dienenden Sache dergestalt bedingt und begrenzt, daß der einzelne sich, ohne einen Entschädigungsanspruch zu erwerben, alle Veränderungen gefallen lassen müsse, die nur dazu dienen, sie in dem Zustande zu erhalten oder in den Zustand zu versetzen, in welchem sie ihrer Bestimmung am vollkommensten genügen könne. Daß dies aber hier in Ansehung der beabsichtigten Maßnahme der Fall sei, habe der Kläger selbst nicht bestritten, trete aber auch klar zu Tage.

Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts erhobenen Angriffe sind nicht begründet.

1. Die Annahme des Berufungsurteils, daß die L. bei H. ein öffentlicher Fluß sei, ist nicht zu beanstanden. Die überwiegende Ansicht in der Wissenschaft des gemeinen Rechts geht dahin, daß öffentliche Flüsse solche sind, die beständig fließen — *Publicum flumen* Cassius definit, quod perenne est — l. 1 § 3 Dig. de flum. 43, 12 —, und daß ein deutsches Gewohnheitsrecht, das den Begriff dahin ein-

beschränkte, daß nur die schiff- und flößbaren Flüsse zu den öffentlichen gehörten, nicht nachweisbar sei.

Vgl. namentlich Hesse in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 7 S. 191 flg.

Regelsberger, Pandekten Bd. 1 § 117, faßt den Stand des gemeinen Rechts zutreffend dahin zusammen, daß gegenüber der deutschrechtlichen Auffassung, die an den Satz des Sachsenspiegels anknüpfte: „Svelk water strames slüt, dat is gemene to varene to vischene inne“ in der gemeinrechtlichen Theorie an dem römischen Standpunkte festgehalten, aber der deutschrechtlichen Ansicht insoweit Anerkennung gezollt sei, daß ständige Flüsse, die weder schiff- noch flößbar seien, im Sonderrechte stehen könnten, daß dafür aber keine Vermutung streite. Der entgegengesetzten, ohne nähere Begründung aufgestellten Ansicht Dernburgs in seinen Pandekten Bd. 1 § 73 Nr. 1, auf die sich die Revision beruft, kann nicht beigetreten werden. Es braucht deshalb nicht darauf eingegangen zu werden, daß auch der vom Berufungsgerichte in zweiter Reihe gegebene Grund, daß die L. bei H. die zur Schiffferei und Flößerei nötige Breite und Tiefe habe, die Entscheidung tragen würde.

2. Bei ihrer ferneren Klage, daß die Vorinstanzen zu Unrecht den Beweis, den Kläger für die Erwerbung seines besonderen Rechts zur Ableitung der Abwässer und Abwurfstoffe von seinem Grundstücke in die L. durch unvorbedenklliche Verjährung angetreten habe, nicht erhoben hätten, geht die Revision von dem Satze aus, es bestehe nicht nur kein Recht des Gemeingebrauchs, sondern es sei im allgemeinen verboten, solche Stoffe aus den Aborten den öffentlichen Flüssen zuzuführen. Auf dieser Grundlage führt sie dann aus, das von dem Kläger in Anspruch genommene Recht könne überhaupt nur ein Privatrecht sein. Dieser Angriff scheidet schon daran, daß die Richtigkeit des Satzes, von dem die Revision ausgeht, nicht anzuerkennen ist. Welche Vorschriften des positiven Rechts es allgemein verbieten, Stoffe jener Art aus den Aborten in die öffentlichen Flüsse zu leiten, hat die Revision nicht angegeben. Es bestehen auch in Wirklichkeit bisher solche nicht. Nur die neuere Hygiene strebt danach, eine solche Ableitung wenigstens in sehr großen Städten zu verhindern und die Stoffe durch Kanäle ohne Berührung der öffentlichen Flüsse an entfernteren Stellen der Erde zuzuführen, und

dementsprechend sind in den betreffenden Städten diesen Gegenstand regelnde Ortspolizeiverordnungen erlassen. Wie wenig übrigens gerade im vorliegenden Falle beabsichtigt worden ist, die L. überhaupt von den Abwässern und Abfallstoffen aus den Aborten frei zu halten, ergibt sich aus der in dem Tatbestande des ersten Urtheils mitgetheilten eigenen Ausführung des Klägers, die Beklagte habe auch gar kein gesundheitliches Interesse daran, daß jene Stoffe nicht, wie bisher, unmittelbar, sondern nur in einem Bogen durch die städtische Kanalisation wieder in die L. geleitet würden. Im übrigen hat das Berufungsgericht jenen vom Kläger angetretenen Beweis deshalb mit Recht unerhoben gelassen, weil die irrige Meinung der Anlieger über die Natur des von ihnen ausgeübten Rechts an dem objektiven Stande der Sache, wonach sie in Wirklichkeit nur ein aus dem Gemeingebrauche fließendes Recht ausgeübt, nichts hätte ändern können.

3. Auch die Entschädigungspflicht der Beklagten ist mit Recht verneint worden. Allerdings hat das Reichsgericht für das preussische und das französische Recht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß dem Anlieger an einer öffentlichen Straße ein Privatrecht auf deren Benutzung bergestalt zustehen, daß es im allgemeinen nur gegen Entschädigung im öffentlichen Interesse aufgehoben oder geschmälert werden könne.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 10 S. 271, Bd. 25 S. 244, Bd. 37 S. 252.

Allein dieses Recht ist dort ausdrücklich abgeleitet aus einem zwischen dem Anlieger und der Ortsgemeinde als Eigentümerin der Straße bei der Bebauung stillschweigend abgeschlossenen Vertrage. Von einem solchen kann aber in Fällen wie den vorliegenden gar nicht die Rede sein, weil hier die Möglichkeit der Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung, wie sie die Anlegung einer Straße durch die Gemeinde zur Benutzung durch Anlieger einerseits und die Bebauung der Grundstücke längs der Straße mit Häusern durch die Anlieger andererseits nach jenen Urtheilen enthält, völlig wegfällt. Daß ein öffentlicher Fluß an einem städtischen Grundstücke vorüberfließt, ist vielmehr lediglich ein tatsächlicher Zustand, aus dem der Anlieger Privatrechte gegenüber der Stadtgemeinde nicht ableiten kann. Es braucht deshalb nicht weiter erörtert zu werden, daß die Recht-

sprechung des Reichsgerichts einen dem vorher bezeichneten gleichen Grundsatz für das gemeine Recht überhaupt nicht anerkannt hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 3 S. 171, Bd. 6 S. 159, Bd. 7 S. 172.

Ebensowenig bedarf es eines Eingehens darauf, daß, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, auch abgesehen hiervon jedenfalls die in dem Urteile des II. Civilsenats vom 28. März 1896 (Entsch. a. a. O. Bd. 37 S. 252) ausgesprochene Beschränkung jener grundsätzlich anerkannten Entschädigungspflicht der Ortsgemeinde einen Schadenersatzanspruch im vorliegenden Falle ausschließen würde.“