

33. Klage gegen den Fiskus auf Erstattung von Aufwendungen, die für einen öffentlichen Fluß gemacht sind. Wann kann gesagt werden, daß der Staat zur Ausführung einer Arbeit an einem öffentlichen Fluße durch die Gesetze verpflichtet ist?

A.L.R. I. 13 §§ 262. 269, II. 14 § 21, II. 15 §§ 11. 12. 38. 79.

VI. Civilsenat. Ur. v. 4. Dezember 1802 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. Stadtgem. Str. (Kl.). Rep. VI. 255/02.

I. Landgericht Graubenz.

II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Der klagenden Stadtgemeinde wurde auf Anweisung des Landrats von der Ortspolizeibehörde durch Verfügung vom 1. Oktober

1891 auf Grund des § 7 des preussischen Gesetzes über die Privatflüsse vom 28. Februar 1843 die Auflage gemacht, das Flußbett der Dr. an einer bestimmten Stelle innerhalb des städtischen Gebietes so aufzuräumen, daß dem freien Abflusse des Wassers keinerlei Hindernis mehr im Wege stehe. Da sie dem nicht nachkam, ließ die Behörde die Arbeit auf Kosten der Klägerin ausführen und zog die erwachsenen Kosten in Höhe von 3632,76 *M* von ihr ein.

Im Verwaltungsstreitverfahren hatte inzwischen die Klägerin ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, durch das die Verfügung der Polizeibehörde aufgehoben war, weil die Dr. ein öffentlicher Fluß, und darum die Ortspolizeibehörde zum Erlaß der Verfügung nicht zuständig gewesen sei. Der in demselben Verfahren von der Klägerin erhobene Anspruch, den Fiskus zu verurteilen, daß er anerkenne, die Dr. sei ein öffentlicher Fluß, und daß er die (bis dahin) beigetriebenen 1000 *M* der Klägerin erstatte, war als im Verwaltungsstreitverfahren unstatthaft abgewiesen worden.

Darauf beehrte die Klägerin im ordentlichen Prozeßwege die Verurteilung des Fiskus zur Erstattung der 3632,76 *M* nebst Verzugszinsen seit dem 1. Januar 1894. Daß für diese Klage der Rechtsweg zulässig sei, entschied das Reichsgericht durch Urteil vom 26. Mai 1899.

Das Landgericht verurteilte sodann klagegemäß; die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Er legte Revision ein, der stattgegeben wurde aus folgenden

#### Gründen:

„Das Berufungsgericht lehnt mit zutreffender Begründung die von der Klägerin unterstellte Möglichkeit ab, daß allein aus der Aufhebung der polizeilichen Verfügung vom 1. Oktober 1891 sich die Rechtsfolge ergebe, daß der Beklagte zur Erstattung dessen verpflichtet sei, was auf Grund der Verfügung von der Klägerin eingezogen worden ist. Denn nach dem hier zur Anwendung kommenden preussischen Rechte kann der Staat aus einem von dem Beamten bei der Ausübung seiner Amtsgewalt etwa begangenen Versehen nicht vermögensrechtlich in Anspruch genommen werden. Für solche, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht abzuleitende Haftung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 11 S. 206/209, hätte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedurft, die nur

in einem hier nicht zutreffenden Ausnahmefalle (§ 29 der früheren preussischen Grundbuchordnung) besteht. Im Gegenteil ist im § 6 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges vom 11. Mai 1842, auf den auch § 131 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 verweist, ausdrücklich ausgesprochen, daß, wenn eine polizeiliche Verfügung als unzulässig aufgehoben wird, dem Beteiligten seine Gerechtfame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungsverbindlichkeit der Beamten vorbehalten bleiben (vgl. auch § 12 A.L.R. II. 15).

Weiter ist dem Berufungsgerichte darin beizustimmen, daß der Klagenspruch nicht als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sich aufrecht halten läßt. Indem die Polizeibehörde einem Unternehmer die Ausführung der Räumungsarbeiten übertrug, hat sie nicht als Vertreterin des Beklagten einen den letzteren privatrechtlich verpflichtenden Vertrag abgeschlossen. Solche Vertretungsmacht ist ihr gesetzlich nicht übertragen. Der § 132 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung hat die Polizeibehörde nur ermächtigt, die von der Klägerin geforderte Handlung dadurch zu erzwingen, daß sie die Handlung durch einen Dritten ausführen ließ und die Kosten im Zwangswege von der Klägerin einzog. Ob die Polizeibehörde den in Ausübung dieses Zwangsrechts mit dem Dritten geschlossenen Vertrag im eigenen Namen, oder in (zwangsweiser) Vertretung der Stadtgemeinde abgeschlossen hat, ist nicht festgestellt, aber auch nicht rechtlich erheblich. Denn auch im ersteren Falle hat die Polizeibehörde auf Grund der ihr gesetzlich zustehenden Befugnis für Rechnung der Klägerin gehandelt; durch das von dieser eingezogene Geld ist also nicht eine vertragmäßige Schuld des Beklagten getilgt; eine Bereicherung des letzteren ohne Rechtsgrund liegt demnach nicht vor.

Die von der Klägerin behaupteten Tatsachen sind jedoch vom Berufungsgericht für geeignet angesehen, einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten wegen nützlicher Verwendung zu begründen, nämlich in dem Sinne, daß die Klägerin durch die für ihre Rechnung ausgeführte Räumung der Dr. eine Pflicht erfüllt habe, die gesetzlich dem Beklagten obgelegen habe. Ist die Voraussetzung richtig, daß die Ausführung der Arbeit gesetzlich dem Beklagten oblag, so ist die daraus gezogene Rechtsfolge ebenfalls richtig. Denn hat die Klägerin eine Ausgabe bestritten, zu welcher der Beklagte durch die Gesetze

verpflichtet war, so ist sie nach §§ 262, 268, 269 A.L.R. I. 13 Vergütung zu fordern berechtigt.

Die Ausgabe selbst ist nicht streitig. Ob sie nach den Gesetzen dem Beklagten oblag, hängt davon ab, ob die Dr. kein Privatfluß im Sinne des Gesetzes vom 28. Februar 1843, sondern ein öffentlicher Fluß ist, und ob für die im Jahre 1891 ausgeführte Arbeit eine gesetzliche Notwendigkeit bestanden hat. Beides wird in dem angefochtenen Urtheil als gegeben angenommen; die von der Revision dagegen erhobenen Bedenken sind jedoch begründet.

Der Berufsungsrichter grenzt den Begriff des öffentlichen Flusses richtig ab. Nach § 21 A.L.R. II. 14 und § 88 II. 15 sind öffentliche Ströme diejenigen, die von Natur schiffbar sind. Nach der Beschaffenheit, nicht nach dem tatsächlichen Gebrauch ist zu unterscheiden, ob ein Fluß ein Privatfluß, oder ein öffentlicher ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 45 S. 183.<sup>1</sup>

Die Grenze, wo ein Fluß anfängt, schiffbar zu sein, ist nicht durch bestimmte Maßangaben zu ziehen; darum ist es zu billigen, wenn das Berufsungsgericht die Verhältnisse anderer Wasserstraßen der dortigen Gegend, die tatsächlich zur Schifffahrt benutzt werden, zum Maßstab nimmt und die Dr. für schiffbar hält, weil sie gleiche Breite und Tiefe habe, wie jene anderen Wasserstraßen. Ob aber das so gewonnene Ergebnis richtig ist, ist aus dem Grunde nicht unfraglich, weil das Berufsungsgericht nur die Beschaffenheit des Flusses innerhalb des städtischen Gebietes in Berücksichtigung zieht. Die Revision hat mit Recht geltend gemacht, daß die Beschaffenheit dieser, nur 8 $\frac{1}{2}$  Kilometer langen, Strecke nicht für sich allein ausschlaggebend sei, und daß von einer Schiffbarkeit des Flusses nicht die Rede sein könne, wenn man nicht von jener Strecke aus zu einem verkehrserheblichen Ziele gelangen könne. In dem angefochtenen Urtheile ist nicht ausdrücklich festgestellt, daß außerhalb des Stadtgebietes der Schifffahrt auf dem Flusse natürliche Hindernisse nicht entgegenstehen. Der Zweifel an diesem Zustande des Unterlaufs der Dr. liegt um deswillen nicht fern, weil tatsächlich der Schiffsverkehr seit Jahrzehnten vollständig eingestellt worden ist. Indessen kann dieses Bedenken,

<sup>1</sup> Vgl. auch den hier sonst nicht anwendbaren § 1 des preussischen Gesetzes, betr. die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen, vom 20. August 1888 (G.G. S. 393). D. G.

Entsch. in Civilf. R. F. 3 (59).

daß durch eine anderweite Verhandlung der Sache sich vielleicht beiseitigen ließe, auf sich beruhen, weil schon jetzt feststeht, daß die zweite oben genannte Voraussetzung für den Anspruch der Klägerin fehlt. Es mag nur gegenüber den Ausführungen der Revisionsbeklagten noch bemerkt werden, daß die vom Berufungsgericht als gerichtstundig festgestellte Benutzung der Dr. zum Flößen sie nicht zu einem schiffbaren Flusse macht (§ 42 A.L.R. II. 15).

Die Frage, ob der Beklagte gesetzlich verpflichtet gewesen ist, in der Dr. (wenn sie ein öffentlicher Fluß ist) die Arbeit auszuführen, für welche die eingeklagten 3632,78 *M* verausgabt sind, ist in dem angefochtenen Urteile mit folgender Begründung bejaht worden.

Die Parteien seien darüber einig, daß seit mehreren Jahrzehnten vor 1891 die Schifffahrt auf der Dr. nicht mehr ausgeübt sei. Die Aufräumung sei daher durch das Interesse der Schifffahrt nicht geboten gewesen. Auch sei das Maß dessen, was um dieses Interesses willen der Staat für einen öffentlichen Fluß zu tun habe, nach dem vorhandenen Bedürfnis und dem Maß der vorhandenen Mittel, also nach freiem Ermessen des Staats, zu bestimmen. Darum könne die Erfüllung der aus § 79 A.L.R. II. 15 folgenden Pflicht nicht im Wege der Klage wegen nützlicher Verwendung erzwungen werden. Aber aus den in § 79 angezogenen §§ 11. 12 A.L.R. II. 15 folge zwar nicht ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf Herstellung der Straße, wohl aber ein Anspruch auf Erstattung verausgabter Unterhaltungskosten. Um solche handle es sich hier. Die Polizeiverfügung habe in erster Linie die Beseitigung des im Flusse liegenden Schutthaufens bezweckt. Die Wegschaffung solcher dem Flußbette fremden Bestandteile falle in den Rahmen der regelmäßigen Unterhaltungspflicht, weil nur dadurch einer Verwilderung des Flußbettes und der Beschädigung der Uferbesitzer vorgebeugt werde. Der Beklagte habe denn auch weder ausdrücklich, noch nach dem Sinne seiner Auslassungen bestritten, daß die Aufwendung des streitigen Betrages zur ordnungsmäßigen Unterhaltung des Flußbettes notwendig gewesen sei. Er habe nur geltend gemacht, daß sie zur Erhaltung der Vorflut nicht notwendig gewesen sei. Hier handle es sich aber um die Unterhaltungspflicht im allgemeinen, nicht um die Vorflut, um derentwillen übrigens der Staat in öffentlichen Flüssen zu räumen habe.

Diese Ausführung ist in ihrem Beginne richtig. Aus der im § 79 A.L.R. II. 15 dem Staate auferlegten allgemeinen Pflicht der Fürsorge für die öffentlichen Ströme läßt sich die rechtliche Verpflichtung zur Ausführung einer einzelnen bestimmten Arbeit nicht herleiten. Was für den angegebenen Zweck zu geschehen hat, kann nur auf Grund tatsächlicher Erwägungen bemessen werden, die verfassungsmäßig den Verwaltungsbehörden übertragen sind, und bei denen diese zugleich durch das den Rammern zustehende Recht der Geldbewilligung rechtlich beschränkt sind. Die §§ 11. 12 A.L.R. II. 15, auf die der § 79 verweist, und die der Berufungsrichter für seine Entscheidung geltend machen will, ändern hieran nichts. Hier wird ebenfalls nur ausgesprochen, daß, wenn zum Unterhalte der Straße etwas zu geschehen hat, der Staat die Ausgabe zu tragen hat. Aber was dafür im einzelnen Falle zu geschehen hat, ist nach dem Ermessen der Verwaltungsbehörde zu entscheiden. In dem gleichen Sinne hat sich auch das vormalige preußische Obertribunal in dem Plenarbeschlusse vom 4. Juli 1853 (Striethorst, Archiv Bd. 10 S. 85) und das preußische Oberverwaltungsgericht (Entsch. desf. Bd. 24 S. 250 [253]) ausgesprochen.

Das Berufungsgericht erkennt an, daß die angeführten Gesetze dem Einzelnen ein Klagerrecht auf die Ausführung bestimmter Arbeiten nicht geben; aber es hält eine Klage für zulässig, wenn der Klageanspruch sich nicht auf die Ausführung einer noch bevorstehenden Arbeit richte, sondern auf den Ersatz von Kosten einer bereits vollendeten Arbeit. Allein diese Unterscheidung ist irrig, und auch nicht in den Fällen maßgebend gewesen, wo früher solche Erstattungsklagen zugelassen sind. Bei den vom Berufungsgericht für sich angeführten Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals war die Sachlage in einem entscheidenden Punkte anders. Die Notwendigkeit der Arbeit war von der zuständigen Verwaltungsbehörde festgestellt, und nur streitig, wem die Pflicht zur Ausbringung der Kosten gesetzlich obliege. In dem hier streitigen Falle ist dagegen die Arbeit von einer unzuständigen Behörde angeordnet, also die Notwendigkeit der Räumungsarbeit nicht gehörig entschieden. Der zuständigen Behörde ist dadurch die Befugnis, nach ihrem Ermessen zu bestimmen, ob die Arbeit nach den Umständen notwendig sei, nicht genommen.

Das Berufungsgericht sieht dieses Bedenken dadurch für beseitigt

an, daß der Beklagte die sachliche Notwendigkeit der Arbeit gar nicht bestritten habe, weder ausdrücklich noch nach dem Sinne seiner Erklärungen in diesem Prozesse. Dagegen ist jedoch von der Revisionsinstanz mit Recht eingewendet, daß für die Annahme eines stillschweigenden Geständnisses dieses Inhalts die prozessualen Voraussetzungen fehlen. Die Polizeibehörde und ebenso nach dem Tatbestande des Berufungsurteils der Beklagte hatten angegeben, die Räumung sei zur Beschaffung der Vorflut notwendig gewesen; aber diese Tatsache ist von der Klägerin bestritten, die nach dem Tatbestande des Berufungsurteils geleugnet hat, daß der Abfluß des Wassers irgendwie gehemmt gewesen sei. Das Interesse der Schifffahrt hat die Arbeit ebenfalls nicht notwendig gemacht; der Beklagte hat sich ausdrücklich darauf berufen, daß die Schifffahrt seit Jahrzehnten tatsächlich eingestellt sei, und die Klägerin hat das als richtig gelten lassen. Andere Tatsachen, aus denen die Notwendigkeit der Räumung folgen könnte, und über die der Beklagte nach § 138 C.P.O. sich hätte erklären müssen, sind von der Klägerin gar nicht behauptet. Der Zusammenhang der Auslassungen des Beklagten in diesem Prozesse ergibt aber, daß er, indem er die Notwendigkeit der Aufräumung im Interesse der Vorflut zuließ, damit nicht allgemein der Klägerin das Zugeständnis machen wollte, daß die Arbeit gesetzlich notwendig gewesen sei. Denn seine Verteidigung hat daran festgehalten, daß die Voraussetzungen für den Anspruch aus nützlicher Verwendung nicht gegeben seien, und daß er zu der streitigen Arbeit nicht gesetzlich verpflichtet gewesen sei.

Ist aus diesem Grunde die gesetzliche Notwendigkeit der Arbeiten nicht durch ein prozessuales Geständnis des Beklagten festgestellt, so fehlt nach dem Obigen für die Klägerin die rechtliche Möglichkeit, diese Voraussetzung für den Anspruch aus nützlicher Verwendung im Prozeßwege zu beweisen. Der Beweis wird dadurch ausgeschlossen, daß die Entscheidung dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde gesetzlich überlassen ist. Das angefochtene Urteil war daher nicht nur wegen der erörterten rechtlichen Bedenken aufzuheben, sondern es war zugleich, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist, diese dahin abzugeben, daß die Klage abgewiesen wird.“ . . .