

31. 1. Erstreckt sich im Falle einer Vorentscheidung nach § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.B.G. die dem Reichsgericht obliegende Feststellung auf die Fragen, ob dem Beamten ein subjektives Verschulden zur Last falle, und ob dem Kläger ein Schade zugesügt worden sei?

2. Inwieweit können den *interdicta ne quid in flumine publico* und *quod in flumine publico* gegenüber Einwendungen aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten durchgreifen?

VI. Zivilsenat. Urtr. v. 12. November 1908 i. S. B. (Rl.) w. Schw. u. Gen. (Bekl.). Misc. VI. 88/06.

In dieser Sache hatten die beiden Beklagten gegen das Verschämnisurteil des Reichsgerichts, das in Bd. 64 dieser Sammlung Nr. 61 S. 249 ff. zu einem großen Teil abgedruckt ist, Einspruch eingelegt. Von dem darauf ergangenen Urteile des Reichsgerichts interessiert hier nur folgendes aus den

Gründen:

„Der erkennende Senat hat Anlaß gefunden, in einzelnen Beziehungen von derjenigen rechtlichen Auffassung, die er dem Ver-

säumnisurteile vom 1. November 1906 zugrunde gelegt hat, nach nochmaliger Erwägung abzugehen. Es handelt sich dabei hauptsächlich um die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit sich ein Beamter im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 1 Einf.-Gef. zum G.V.G. einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtspflicht „schuldig gemacht“ habe. Der Senat meinte früher, es mit dem soeben hervorgehobenen Wortlaute des Gesetzes genau nehmen und ein subjektives Verschulden des Beamten als wesentliche Voraussetzung der zu treffenden Feststellung ansehen zu müssen. Er hat sich aber überzeugt, daß es der Meinung des Gesetzes doch wohl besser entspricht, wenn man der dort gebrauchten Wendung vom „Sichschuldigmachen“ keine so große Bedeutung beilegt und als Gegenstand der einem besonderen Gericht übertragenen Vorentscheidung nur die Feststellung betrachtet, ob der Beamte objektiv seine Amtsbefugnisse überschritten, bzw. eine ihm obliegende Amtshandlung unterlassen habe. In diesem Sinne hat sich schon früher der III. Strafsenat des Reichsgerichts laut der Rechtsprechung des R.G.'s in Straff. Bd. 10 S. 388 flg. ausgesprochen.

Vgl. auch Gravenhorst, der sog. Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Beamten, S. 133 flg., 204, 217 flg.

Auch ist ebenso entschieden worden vom Preussischen Oberverwaltungsgerichte (angeführt bei Gravenhorst, a. a. O. S. 135 flg.) und vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshofe (ebenda S. 182, 136 Anm. 2); anders freilich vom Badischen und vom Hessischen Verwaltungsgerichtshofe (ebenda S. 191 flg., 201, 136 Anm. 2).

Hierher gehört aber auch die fernere Abweichung vom früheren Standpunkte, daß der Senat für eine Bejahung der zu entscheidenden Frage nicht mehr die positive Annahme für erforderlich hält, daß durch das in Betracht kommende Verhalten des Beamten dem Kläger ein Schaden zugefügt worden sei. Es wird vielmehr jetzt davon ausgegangen, daß es für jene bejahende Entscheidung genügt, wenn durch rechtswidriges Verhalten des Beamten dem Kläger möglicherweise ein Schaden entstanden sein könnte, während die Entscheidung, ob dem so sei, dem ordentlichen Gerichte zu überlassen ist.

Außerdem gewinnen andere neue rechtliche Gesichtspunkte jetzt im Zusammenhange mit dem erst im Einspruchsverfahren erfolgten Vorbringen der Beklagten Bedeutung. Zwar ist die Einwendung, daß,

sei es nach allgemeinen, insbesondere gemeinrechtlichen, Grundsätzen, sei es nach besonderen Bestimmungen des Mecklenburgischen Rechtes, die zuständige Verwaltungsbehörde nach ihrem Ermessen zu bestimmen habe, welche Maßnahmen zur Aufräumung und Reinhaltung des öffentlichen Flusses erforderlich seien, und daß insoweit die *interdicta ne quid in flumine publico* und *quod in flumine publico* nicht zur Anwendung kommen könnten, durchaus verfehlt. Daß die von den Beklagten angezogenen Bestimmungen aus der Mecklenburgischen Gemeinde-Ordnung für die Domanial-Ortschaften hier nichts zu bedeuten haben, geht schon aus dem in den Gründen des Versäumnisurteils vom 1. November 1906 unter II Ausgeführten hervor.<sup>1</sup> Im übrigen aber ist zunächst gemeinrechtlich entschieden zu verneinen, daß das von der Behörde geübte Ermessen der richterlichen Nachprüfung entzogen sei. . . . Was sodann das Mecklenburgische Recht anlangt, so fehlt es auch hier an einer Bestimmung, nach welcher das Ermessen einer Verwaltungsbehörde über die an einem Flußbette vorzunehmenden Veränderungen schrankenlos walten könnte. . . .

Wenn aber die Beklagten jetzt eingewandt haben, daß die von ihnen angeordneten Arbeiten nichts weiter bewirken sollten und bewirkt haben, als die Zurückführung des Bettes der Sch. auf den früheren Zustand, der jahrelang durch Verkrautung, Ablagerungen und Anschwemmungen verändert worden sei, ohne daß die Gemeinde R. ihrer Pflicht zur Aufräumung und Reinigung nachgekommen wäre, so ist dieser Einwand allerdings an sich von rechtlicher Erheblichkeit. Zunächst könnte man dies möglicherweise schon vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus annehmen. Denn wie schon in den Gründen des Versäumnisurteils bemerkt worden ist, läßt l. un. §§ 6, 7 D. *ne quid in flum. publ.* 43, 13 dem richterlichen Ermessen einen Spielraum, aus besonders wichtigen Gründen Änderungen eines Flußlaufes auch gegen die sonst maßgebende Norm des Herbstanfanges des letzten Jahres als berechtigt anzuerkennen, und es möchte nahe liegen, hiervon Gebrauch zu machen in einem solchen Falle, wo die zuständige Behörde nichts weiter getan hätte, als die Versäumnisse einer Reihe von Jahren, die sich die zur Instandhaltung

<sup>1</sup> Die betreffenden Ausführungen sind in Bd. 64 der Sammlung nicht mit abgedruckt. D. C.

des Flußbettes verpflichtete Gemeinde hätte zuschulden kommen lassen, wieder auszugleichen. Indessen kann dies hier auf sich beruhen, weil jedenfalls das Mecklenburgische Partikularrecht die hier in Frage stehende Einrede gegenüber dem interdictum quod in flumine publico gewährt.“ (Dies wird dann näher dargelegt.)

„Würden also solche Maßnahmen der Beklagten, die wirklich nur die Wiederherstellung eines nicht etwa schon seit alter Zeit gestörten ordnungsmäßigen Zustandes des Flußbettes in sich schließen, von der Anwendbarkeit jenes gemeinrechtlichen Interdictes auszunehmen sein, so hat nun doch die Beweisaufnahme nicht dahin geführt, daß ein solcher Fall hier als gegeben angesehen werden könnte.“ (Das Weitere interessiert hier nicht.)