

39. 1. Ist der Ersteher eines Privatgrundstückes verpflichtet, das unter demselben hindurchgeführte öffentliche Sieel zu dulden, wenn unter Nichtbeobachtung der betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften die Belastung zu den Subhastationsakten nicht angemeldet ist?

2. Bedeutung allgemeiner Rechtsvorbehalte bei thatsächlichem Gehorsam gegen polizeiliche Anordnungen.

I. Civilsenat. Urth. v. 10. Januar 1883 i. S. F. (Rl.) w. Finanzdeputation der Stadt Hamburg (Wekl.). Rep. I. 482/82.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger besitzt eigentümlich ein in Hamburg belegenes Hausgrundstück, welches er in einem öffentlichen Verkaufstermine erstanden hat, und das ihm im Hypothekenbuche zugeschrieben worden ist. Das Grundstück wird von dem Hamburg-Altonaer Grenzziel durchschnitten. Kläger hat behauptet, er habe dies erst im Jahre 1880 entdeckt, als er damals behufs eines Neubaus das alte Gebäude niedergerissen habe; der von der Baupolizeibehörde bereits gestattete Bau sei auf die Anzeige dieses Umstandes inhibiert, und der Bau nunmehr nur unter den von den Grenzinspektoren gestatteten in der Klage näher angegebenen Bedingungen, welche den Schutz des Sieeles bezwecken, genehmigt worden; er, Kläger, habe seine Rechte reserviert sowohl hinsichtlich der Verlegung des Sieeles

als auch der Erstattung der ihm entstandenen und entstehenden Kosten. Der Kläger fordert in der Klage die Entfernung des Sienes von seinem Grundstücke und stützt sich dabei auf §. 71 des hamburgischen Gesetzes über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dezember 1868. Derselbe schreibt vor:

Im Niedergerichte sind ... vor ... oder spätestens in diesem (Verkaufs-) Termine selbst die Anmeldungen folgender Rechte und Ansprüche von dem Beteiligten zu Protokoll zu geben:

1) die an dem zu verkaufenden Grundstücke zustehenden, im Hypothekenbuche nicht verzeichneten dinglichen Rechte, insbesondere Servituten, nur mit Ausnahme solcher, welche sich schon bei Ansicht des Grundstückes augenscheinlich darstellen oder anderweitig notorisch sind.

.....

Die Unterlassung dieser Anmeldungen hat, falls die betreffende Anzeige auch nicht von dem Verkäufer zum Verkaufsprotokolle gemacht wurde, den mit dem Zuschlage von selbst eintretenden Verlust des dinglichen Rechtes, bezw. den Ausschluß der Geltendmachung der Ansprüche gegen den Käufer zur Folge.

Eine Belastung des von dem Kläger erstandenen Grundstückes mit dem unterirdischen Siele ist weder im Hypothekenbuche eingetragen noch in dem Versteigerungsverfahren angemeldet.

Das Siel ist von der Staatsbehörde oder von den Behörden der beiderseitigen Staaten, auf deren Grenze es der Hauptsache nach entlang zieht, angelegt und dient nach der Begründung des Berufungsurtheiles zur Herbeiführung einer geordneten Entwässerung für die anliegenden Gebietsteile, sodaß die bestehende Entwässerung eines großen Theiles nicht nur des hamburgischen, sondern auch des altonaischen Gebietes aufgehoben werden müßte, wenn Kläger mit seinem Ansprüche durchdringt.

Die Entstehung des Verhältnisses hat Beklagte nachgewiesen. Danach ist mit einem Vorbesitzer des Klägers im Jahre 1856, als der damals bestehende alte Grenzgraben zugeworfen und das Grenzsiel gelegt wurde, eine Vereinbarung getroffen, wonach dem Hamburger Staate gegen Gewährung anderweiter Vorteile gestattet wurde, das Siel durch das jetzt klägerische Grundstück so, wie geschehen, zu leiten.

Das Landgericht hat die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen.

Wenn auch das Verhältnis der Parteien hinsichtlich des Sienes zunächst ein auf privatrechtlicher Basis beruhendes sei, wie es denn auf

vertragsmäßige Weise zur Existenz gelangt sei, so sei doch andererseits klar, daß nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlichrechtliche Gesichtspunkte bei der Entscheidung der vorliegenden Streitfrage maßgebend sein müssen. Wenn man auch zugeben wolle, daß die Legung des Soteles durch das klägerische Grundstück und die dauernde Benutzung des letzteren zur Sietableitung nach privatrechtlicher Seite hin als ein dingliches Recht an dem klägerischen Grundstück aufzufassen sei, welches bei Vermeidung des Verlustes bei dem Zwangsverkaufe angemeldet werden mußte, so sei doch nicht zu übersehen, daß das Siel keinem Privat-, sondern einem öffentlichen Interesse diene; die Sietanlage sei eine Anlage zum allgemeinen Besten, und für sie könne auf Grund des Expropriationsgesetzes zur Zwangsenteignung geschritten werden, sodas es keineswegs vom Willen des Eigentümers abhängen würde, ob er diesen Teil seines Eigentumes aufopfern wolle oder nicht. Daraus aber folge, daß lediglich mit der Berufung auf das Eigentumsrecht die Beseitigung einer solchen Anlage, welche, wenn sie nicht bereits existierte, auch gegen den Willen des Eigentümers zwangsweise eingeführt werden könne, und welche seiner Zeit in völlig legaler Weise entstanden sei, nicht gefordert werden könne.

Sodann erwägt das Landgericht, es würde dem Kläger auch die Einrede der Arglist entgegenstehen. Nachdem er thatsächlich seinen etwaigen Vorbehalten wegen Wiederbeseitigung der Sietanlage rechtzeitig keine weiteren Folgen gegeben habe, vielmehr unter Anwendung der von der Grenzbehörde vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln einen großen Neubau über dem Siele errichtet und hierdurch die Beseitigung des Soteles zur relativen Unmöglichkeit gemacht habe, könne er jetzt nicht mehr auf den in der Klage gestellten Antrag zurückkommen. Er habe, indem er den Neubau über dem Siele ausführte, in konkludenter Weise zu erkennen gegeben, daß er seinem etwaigen Widerspruche gegen die Existenz des Soteles keine weitere Folge geben, sondern sich höchstens auf Schadenserzagsansprüche beschränken wolle.

Das Berufungsurteil enthält folgende Erwägungen:

§. 71 des hamburgischen Hypothekengesetzes könne nur auf solche dinglichen Rechte bezogen werden, welche privatrechtlicher Natur sind. Ob diese Voraussetzung hier zutrefte, müsse als eine zum Mindesten recht zweifelhafte Frage betrachtet werden. Daraus, daß die Aufnahme des Soteles in das jetzt dem Kläger gehörige Grundstück auf Grund

einer mit diesem getroffenen Vereinbarung erfolgt sei, könne nicht einmal gefolgert werden, daß diese Vereinbarung einen lediglich privaten Charakter an sich trage, geschweige, daß dem auf Grund derselben getroffenen Zustande ein solcher Charakter beizühne. Es sei an sich denkbar und in Hamburg nichts Seltenes, daß der Staat, wo er in Wahrnehmung seiner obrigkeitlichen Funktionen nicht bloß als Fiskus thätig wird, sich zur Erreichung seiner Zwecke der Form des Vertrages bediene. Es würde aber außerordentlich bedenklich sein, die hierdurch geschaffenen Verhältnisse rein nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen und demgemäß bei diesen auf die Dauer berechneten Verhältnissen auch solche privatrechtliche Verlaßgründe zur Anwendung zu bringen, welche aus den Verträgen selbst nicht originieren. Insonderheit müsse es als sehr fraglich erscheinen, ob auf eine solche öffentliche Einrichtung lediglich aus dem Grunde, weil die Herstellung derselben durch einen mit einem Privaten geschlossenen Vertrag ermöglicht wurde, die Vorschrift des §. 71 des hamburgischen Hypothekengesetzes erstreckt werden dürfe.

... Entscheidend für die Verwerfung des Anspruches ist dem Berufungsrichter gewesen, daß Kläger durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß er die Wegnahme des Sienes nicht verlangen wolle. Kläger habe die Behauptung des Beklagten, daß er den jetzt erhobenen Anspruch auf Entfernung des Sienes bei den vielfachen, mit ihm stattgehabten Verhandlungen, insbesondere auch bei der vorgenommenen Besichtigung mit keinem Worte geltend gemacht habe, völlig unbestritten gelassen, habe auch den Inhalt des Protokolles mit einer Ausnahme als richtig anerkannt. Wenn aber Kläger bei dieser Besichtigung nicht nur gegen den Fortbestand des Sienes keine Einwendung erhob, vielmehr sich mit der Ausführung der zum Schutze desselben von den Grenzinpektoren vorgeschlagenen Maßregeln einverstanden erklärte — worauf dann zweifelsohne die Genehmigung des Baues seitens der Behörden erfolgt sei — und lediglich den Vorbehalt machte, daß die daraus erwachsenden Kosten ihm vergütet würden, so könne dieses Verhalten nicht anders aufgefaßt werden, als daß er mit dem Liegenbleiben des Sienes an sich einverstanden sei. Und in dieser Beziehung würde es auch keinen Unterschied machen, wenn Kläger, wie er behauptet, sich nicht nur wegen der Kosten, sondern allgemein seine Rechte vorbehalten haben sollte, weil auch ein solcher Vorbehalt auf eine eventuell zu erlangende Beseitigung des Sienes nicht habe bezogen werden können.

Dieser letztere Passus bezieht sich auf die Darstellung im Thatbestande des Berufungsurtheiles. Danach hat Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf Befragen des Vorsitzenden erklärt: er habe bei Gelegenheit der stattgehabten Besichtigung nicht nur den am Schlusse des betreffenden Protokolles referierten Vorbehalt gemacht, sondern sich alle seine Rechte reserviert, wofür er sich auf die in erster Instanz namhaft gemachten Zeugen beziehe.

Das Reichsgericht hat die gegen dieses Urtheil eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es ist dem Revisionskläger zuzugeben, daß das Berufungsurtheil durch den Grund, auf welchem seine Entscheidung beruht, nicht getragen wird. Daß der Kläger in Gemäßheit der ihm zuletzt gestellten Bedingungen gebaut hat, kann gegen ihn als konkludente Handlung in dem Sinne, daß er damit seine Verpflichtung anerkannt habe, das Ziel auf seinem Grundstücke zu dulden, nicht verwendet werden. Die beiden Vorderinstanzen haben bei der rechtlichen Würdigung dieser Handlungsweise des Klägers den Umstand außer Rechnung gelassen, daß der Kläger bei den Verhandlungen über die hauptpolizeilichen Bedingungen seines Neubaus einer öffentlichen Behörde gegenüber stand, ohne deren Genehmigung er überhaupt nicht bauen durfte. Aus der Thatfache, daß er sich gesüßt hat, kann also noch nicht geschlossen werden, daß er seine entgegenstehenden angeblichen Rechte, welche er vor dem Richter auszuführen hatte und auch der Behörde gegenüber ausführen durfte, aufgegeben habe. Ueberdies hat Kläger behauptet, daß er sich bei jenen Verhandlungen alle seine Rechte vorbehalten habe. Dieser Vorbehalt umfaßt seinem einfachen Wortsinne nach auch die etwaigen Rechte auf Befestigung des Sieses; es ist nicht erfindlich, weshalb er im vorliegenden Falle diese Bedeutung nicht haben sollte. Jedenfalls ist das Oberlandesgericht für solche Annahme die Begründung schuldig geblieben. Es würde deshalb der Aufhebung unterliegen, auch ohne daß man auf die Behauptung eines speziellen Vorbehaltes, wie sie in der Klage aufgestellt ist, zurückzugehen braucht. Denn auch, was in dem landgerichtlichen Urtheile über die relative Unmöglichkeit, das heißt Erschwerung der Verlegung der betreffenden Siesstrecke, ausgeführt worden ist, würde der Klage nicht entgegenstehen.

Wäre der hamburgische Staat dem Kläger gegenüber nicht be-

rechtigt, auf dessen Grundstück das Siel zu haben, so könnte dem Kläger, nachdem er seine Rechtsanschauung der betreffenden Behörde zu erkennen gegeben hatte, nicht angefochten werden, zunächst die Rechtmäßigkeit seines Widerspruches im Prozeßwege auszuführen, um die Lage des Beklagten, wenn dieser zur Beseitigung des Sieses verurteilt werden sollte, nicht durch seinen inzwischen ausgeführten Neubau zu erschweren. Vielmehr wäre es Sache der hamburgischen Staatsbehörde gewesen, sich ihrerseits zu überlegen, welche Nachteile dem Staate daraus erwachsen könnten, wenn das Siel in der derzeitigen Lage beibehalten würde auf die Gefahr hin, daß Kläger demnächst den Anspruch auf Beseitigung des Sieses erheben sollte, auch nachdem er gebaut haben würde, wozu er an sich auf dem eigenen Grund und Boden berechtigt war. Ließ es die hamburgische Staatsbehörde hierauf ankommen, so würde sie auch die Folgen einer ihr nachteiligen Entscheidung zu tragen gehabt haben.

Allein die Entscheidung stellt sich als richtig dar aus dem in beiden Urteilen an erster Stelle dargelegten Entscheidungsgrunde, wenngleich der Begründung eine etwas andere Richtung gegeben werden muß.

Daß es sich hier um eine öffentliche Anlage handelt, welche dem gemeinen Besten dient, ein Siel, welches auch die anliegenden Privatgrundstücke entwässert und die von diesen abfließenden Flüssigkeiten aufnimmt, geht aus den vorinstanzlichen Urteilen zur Genüge hervor. Diese öffentlichen Anlagen, wenn sie auf rechtmäßige Weise entstanden sind, hat aber das auch in Hamburg geltende gemeine Recht gegen die beschränkenden Bestimmungen des Privatrechtes sicher gestellt.

Die cloaca publica, welche in Rom denselben Zwecken diente, wie das Hamburger öffentliche Siel, ist wie die via publica und andere öffentliche Anlagen ein locus publicus, zu dessen Schutz ein besonderes Snterdikt gegeben war.

l. 1 §§. 15. 16 Dig. de cloacis 43, 23.

Vgl. Adolph Schmidt in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 15 S. 59 flg.

Alle solche öffentlichen Anlagen sind soweit, als sie dem Gemeingebrauche dienen, von dem Rechte, welches für den Nutzen der Einzelnen als solcher bestimmt ist, eximiert. Daher sind Verträge des Privatrechtes ungültig, welche dahin zielen, den Gemeingebrauch auszuschließen.

§. 2 Inst. de inutilibus stipulationibus 3, 19.

l. 83 §. 5, l. 137 §. 6 Dig. de V. O. 45, 1.

Daher erlischt das Recht des Gemeingebrauches nicht nach den Bestimmungen des Privatrechtes, etwa wie Servituten durch unterlassene Ausübung.

l. 2 Dig. de via publica et itinere publ. refic. 43, 11.

Dabei ist es völlig gleichgültig, ob die Anlage ganz und ausschließlich dem Gemeingebrauche gewidmet ist, oder ob sie daneben dem Nutzen Einzelner dient und soweit dem Privatrechte unterworfen ist. Es ist bei der örtlichen Berührung der einzelnen Grundstücke und bei der vielfachen Vermischung öffentlicher und privater wirtschaftlicher Verhältnisse unmöglich, eine solche Sonderung durchzuführen, daß jedes einzelne Grundstück ausschließlich privatrechtlichen Rechtsverhältnissen oder daß es ausschließlich öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen gewidmet ist. Nicht bloß am öffentlichen Grund und Boden, über welchen die Staatsstraße führt, oder an dem Flußbette des öffentlichen Stromes giebt es einzelne privatrechtliche Nutzungsrechte, es kann das Grundstück auch der Hauptsache nach im Privateigentume stehen, darüber aber ein öffentlicher Weg führen, dessen Grund und Boden damit dem Privateigentume nicht entzogen ist,

vgl. Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehre entzogenen Sachen §§. 7. 22; Meinert, De jure viarum publicarum romano, Lipsiae 1842 §§. 5. 22,

oder der öffentliche Bach ist überbrückt und mit einem Privatgebäude überbaut.

Ob das öffentliche Verhältnis oder die private Nutzung im einzelnen Falle überwiegt, ob das öffentliche Recht nach Art einer Dienstbarkeit das Privateigentum beschränkt oder das Privatgebäude wie eine superficies auf öffentlichem Grund und Boden errichtet ist, ob das Verhältnis so gedacht werden kann, daß das Grundstück selbst in einzelnen Beziehungen, soweit der Gemeingebrauch reicht, dem öffentlichen Rechte unterstellt ist, in anderen Beziehungen dem Privatrechte: alles das sind für die hier vorliegende Frage gleichgültige Umstände.

Auch das ist ohne Belang, ob das Grundstück dem bis dahin begründeten Eigentume dessen, welchem es gehörte, durch Enteignung entzogen, oder ob die Anlage nur mit Bewilligung des bisherigen Eigentümers von der zuständigen Staatsbehörde auf dessen Grundstück errichtet und dem Gemeingebrauche überwiesen ist. Der letztere Weg ist wie der erste ausreichend, um die bis dahin begründeten Privatrechte

zu beseitigen oder die Verfügung der öffentlichen Behörde und die von derselben getroffene Einrichtung gegen jene Rechte sicher zu stellen. Nachdem auf dem einen oder dem anderen Wege die Rechtmäßigkeit der Anlage begründet ist, wird dieselbe durch die Verfügung der öffentlichen Behörde und ihre Ausführung in Gemäßheit der Bestimmungen des geltenden Rechtes, solange sie dem Gemeingebrauche gewidmet bleibt und soweit sie es ist, dem Privatrechte entzogen.

Es ist also auch eine lediglich die privatrechtlichen Verhältnisse betreffende Bestimmung, wie die des §. 71 des Hamburger Gesetzes vom 4. Dezember 1868, auf das hier in Rede stehende Ziel, dessen rechtmäßige Entstehung auch in dem das klägerische Grundstück berührenden Teile von dem Kläger gar nicht angefochten worden ist, nicht anzuwenden.“