

5. 1. Ist der Prozessrichter durch verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, die die Öffentlichkeit eines von der Wegpolizeibehörde für den öffentlichen Verkehr in Anspruch genommenen Weges bezahlt haben, gehindert, im Entschädigungsprozesse die Öffentlichkeit zu verneinen?

2. Voraussetzungen der Öffentlichkeit nach rheinischem Wegerecht.

3. Beweislast für die Öffentlichkeit.

Preuß. Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 § 56 Abs. 4, 8;
 Preuß. Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf
 polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 § 4.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 23. April 1920 i. S. der Gemeinde Schn.
 (Wstl.) w. M. (Rl.). VII 481/19.

I. Landgericht Cleve.

II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Die Kläger sind Eigentümer des L.-Hofes, der in der beklagten Gemeinde zwischen dem Kirchdorfe Du. und den östlich davon gelegenen kleineren Ortschaften und Abbauten sich erstreckt und von ihnen ebenso, wie von ihren Vorbesitzern seit 1867, verpachtet ist. Über die zu diesem Hofe gehörigen Wiesen- und Weideparzellen führt seit langen Jahren ein Fußpfad, der den Fahrweg zwischen Du. und den vorbezeichneten Ortschaften um 20 bis 30 Minuten abkürzt. Er ist von den Bewohnern der bezeichneten Siedelungen seit vielen Jahrzehnten, mindestens seit Anfang der 1840er Jahre, allgemein als Kirchweg nach Du., zu Verschöngängen des Pfarrers, zum Tragen von Tauslingen und Kindesleichen, in älterer Zeit auch wohl zum Tragen von Getreide zur Mühle bei Sp. und als Schulweg benutzt worden. Es bestand bei den meisten der den Fußsteig benutzenden Personen die Überzeugung, daß der Pfad öffentlich sei und daß ihnen ein Recht auf dessen Benutzung zustehe; Hindernisse, die die Eigentümer und Pächter des L.-Hofes der Benutzung in den Weg legten, wurden wieder beseitigt. Doch war der Pfad weder in den Wegelagerbüchern der beklagten Gemeinde noch im Kataster verzeichnet, er fehlt auch in einem Versteigerungsprotokolle vom 30. August 1810, das zwar andere Wegelasten, nicht aber den hier in Rede stehenden Fußsteig nachweist. Urkundlich erscheint der Weg vielmehr erst in dem bei der preussischen Landesaufnahme im Jahre 1892 hergestellten Rektischblatt. Er wurde dann im Anfang des laufenden Jahrhunderts bei dem Eisenbahnbau, der ungefähr die gleiche Richtung nahm, durch teilweise Verlegung seiner Spur und durch Herstellung eines Eisenbahnüberganges berücksichtigt.

Als im Jahre 1906 die Kläger von neuem den Weg sperren ließen, erging an sie am 4. März 1906 von seiten der Beklagten die wegepolizeiliche Verfügung, durch Fortschaffung der Wegehindernisse den Fußpfad für den ungehinderten Verkehr wieder freizugeben. Ihrer Klage im Verwaltungsverfahren wurde am 7. März 1907 vom Kreisaußschuß durch Aufhebung der polizeilichen Verfügung stattgegeben, auf die Berufung der Beklagten aber wurde durch Urteil des Bezirks-

auschusses vom 14. Juli 1908 unter Abänderung der Vorentscheidung die Klage abgewiesen, weil der Fußweg auf Grund der vorgenommenen Beweisaufnahme für öffentlich erachtet wurde. Dies Urteil wurde vom Oberverwaltungsgericht auf die Revision des Klägers durch Urteil vom 28. Oktober 1909 bestätigt.

Die Kläger haben darauf im Einvernehmen mit der Beklagten den Fußweg in der Breite von $1\frac{1}{2}$ m festgelegt, aber im Rechtswege auf Grund des § 56 Abs. 8 JustG. und des § 4 G. vom 11. Mai 1842 Klage auf Zahlung einer durch Sachverständige festzusetzenden Entschädigung dafür erhoben, daß die Beklagte den klägerischen Grund und Boden für einen öffentlichen Fußweg in Anspruch nehme. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt. Die Revision ist ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

... „Das Landgericht hatte angenommen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs aus § 56 Abs. 8 JustG. und § 4 G. vom 11. Mai 1842 nicht vorlägen, weil die Urteile der Verwaltungsgerichte, die den Fußpfad für öffentlich erklärt hätten, keinen Eingriff in bestehende Privatrechte enthielten; sie stellten die bereits vorhandene Öffentlichkeit nur fest, hätten aber keine rechtsbegründende Bedeutung. Das Oberlandesgericht hat diesen Abweisungsgrund für unzutreffend erklärt. Auf die Bedeutung der Urteile im Verwaltungsstreitverfahren komme es nicht an, denn den Eingriff in die Privatrechte enthalte gegebenenfalls schon die im Verwaltungsstreitverfahren aufrechterhaltene wegepolizeiliche Verfügung vom 4. März 1906. Die nach § 56 Abs. 4 Satz 2 JustG. im Verwaltungsstreitverfahren getroffene Entscheidung, daß der durch die wegepolizeiliche Verfügung für den allgemeinen Verkehr in Anspruch genommene Weg schon vorher öffentlich gewesen, sei für die Gerichte, die über die Entschädigungsfrage im Rechtswege zu befinden hätten, nicht bindend. Vielmehr hätten diese die Frage, ob der Weg schon vorher öffentlich gewesen, selbstständig zu prüfen und könnten dabei zu einer von den Verwaltungsgerichten abweichenden Auffassung gelangen. Die Möglichkeit einer solchen abweichenden Auffassung sei die Voraussetzung für den vom Gesetzgeber dem Rechtswege vorbehaltenen Entschädigungsanspruch.“

Die Revision hat diese Ausführungen nicht besonders angegriffen, sie enthalten auch keinen Rechtsirrtum, sind vielmehr für zutreffend zu erachten. Der angeführte § 56 betrifft neben den wegepolizeilichen Anordnungen über Wegebau und Wegeunterhaltung den Erlaß solcher Anordnungen, die einen Weg für den öffentlichen Verkehr „in Anspruch nehmen“. Unter dieser Inanspruchnahme ist nicht die „Umwandlung“ eines anerkannt privatrechtlichen Weges in einen öffentlichen zu ver-

stehen, denn diese könnte nur im Wege der Enteignung vorgenommen werden. Vielmehr handelt es sich dabei notwendig um Wege, die zwar die Wegepolizeibehörde als öffentlich betrachtet, deren Öffentlichkeit aber infolge der Geltendmachung von Privatrechten bestritten ist (vgl. *Germershausen*, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., Bb. 1 § 44 S. 696 fig.; *Eder*, Rheinisches Wegerecht, § 67 a S. 261 fig., § 110 S. 376). Ein Fall solcher Art ist namentlich der hier in Rede stehende, wo die Beseitigung privater Wegesperren oder Warnungszeichen mit der wegepolizeilichen Verfügung begehrt wird (*Germershausen a. a. O.* S. 698 Anm. 10, 11; *Eder a. a. O.*). Die nach § 56 JustizG. im Verwaltungsstreitverfahren zu treffende Entscheidung hat deshalb sowohl über die behauptete Öffentlichkeit des Weges (Abs. 4 Satz 2) als auch über die damit im Widerspreite stehenden Privatrechte zu entscheiden. Sie hat aber, wie das preußische Obergericht, im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung, in dem Urteil *Entsch.* Bb. 35 S. 285 und in späteren Entscheidungen (vgl. *Germershausen a. a. O.* S. 705 Anm. 5) angenommen hat, wenn sie die Öffentlichkeit bejaht, nicht die Bedeutung, diese Öffentlichkeit ein für allemal und allgemein festzustellen. Ihre Bedeutung beschränkt sich vielmehr auf die Aufrechterhaltung der einzelnen polizeilichen Verfügung, bei der die Öffentlichkeit als Inzidentpunkt in Betracht kommt. Sie ist auch für die Gerichte nur insofern maßgebend, als der durch die aufrechterhaltene polizeiliche Verfügung geschaffene Rechtszustand im Rechtswege nicht beseitigt werden kann. In der den Gerichten vorbehaltenen Entschädigungsfrage aber haben diese freie Hand und sind in der Lage, die Frage der Öffentlichkeit abweichend von den Verwaltungsgerichten zu beantworten (vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 12. Februar 1892 III 219/91 im Preuß. Verwaltungsblatt Bb. 13 S. 259). Erwünscht mag dieser Rechtszustand nicht sein (*Germershausen a. a. O.* S. 708), er ist aber die Folge der gesetzlichen Vorschriften, da eine Entschädigung ohne Widerspruch mit den im Verwaltungsstreitverfahren ergangenen Entscheidungen nicht möglich ist.

In der Sache selbst ist der Berufungsrichter zu einer von den Verwaltungsgerichten abweichenden Auffassung über die Öffentlichkeit des von der Wegepolizeibehörde in Anspruch genommenen Fußpfades gelangt und hat infolgedessen die Beklagte für entschädigungspflichtig erachtet. Er ist mit Recht davon ausgegangen, daß gegenüber dem unstreitigen Eigentum der Kläger an den Wiesen- und Weidparzellen, über die der Fußpfad führt, der Beklagten die Beweislast für die von ihr behauptete Öffentlichkeit des Weges obliegt (*Germershausen a. a. O.* S. 703 Anm. 10 und die dort angeführten Urteile des Ober-Berm.-Ger.; Urteil des Reichsgerichts vom 23. Mai 1908 V 370/07 im Rheinischen

Archiv Bd. 106 II 241). Die Revision hat auch in dieser Beziehung keinen Anstand erhoben.

Den Beweis hat der Berufungsrichter nicht für geführt erachtet, weil er vor allem den Nachweis vermisst hat, daß der Weg von seiten der Eigentümer (der Kläger und ihrer Rechtsvorgänger) dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden sei. Zur Entstehung eines öffentlichen Weges ist ebenso wie in den anderen preussischen Landesteilen auch nach rheinpreussischem Wegerecht das ausdrückliche oder stillschweigende Zusammenwirken aller Beteiligten, des Eigentümers, des Wegebaupflichtigen und der Wegpolizeibehörde, erforderlich (Germershausen a. a. O. S. 11/12; Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 27 S. 215/20 und die dort angeführten früheren Urteile; Urf. des Reichsgerichts V 370/07). Davon fehlt im vorliegenden Falle, vor der den Weg in Anspruch nehmenden polizeilichen Verfügung, schon jede Mitwirkung der wegebaupflichtigen Gemeinde (Eckert, Rhein. Wegerecht S. 320) und der Wegpolizeibehörde, die mit dem in Rede stehenden Fußsteige nie etwas zu tun hatten. Doch ist der Berufungsrichter hierauf nicht näher eingegangen. Er hat nur die Beteiligung der Eigentümer erörtert und festgestellt, daß diese sowie deren Pächter seit vielen Jahrzehnten vor dem Erlaß der wegepolizeilichen Anordnung es haben geschehen lassen, daß der Fußpfad nicht bloß von den Bewohnern bestimmter Höfe, sondern allgemein von den Bewohnern der beteiligten Ortschaften für kirchliche und andere Zwecke benutzt wurde. Die Kläger hätten auch, wie er weiter ausgeführt hat, in der Verhandlung vor dem Kreisauschuß in Cleve am 7. März 1907 zugestanden, „daß der Weg von alters her von den Bewohnern und allgemein als öffentlicher Weg benutzt worden sei“, darin aber sei im Hinblick auf den sonstigen Inhalt der verwaltungsgerichtlichen Akten ein verpflichtendes Anerkenntnis der von den Klägern bestrittenen Öffentlichkeit des Weges nicht zu finden und ebensowenig den festgestellten Tatsachen eine stillschweigende Widmung des Weges für den öffentlichen Verkehr zu entnehmen. Denn während der ganzen Zeit dieser Benutzung des Fußweges hätten die Vorbesitzer der Kläger und diese selbst die Benutzung, freilich vergeblich, zu verhindern gesucht und ihre Verwalter und Pächter in dieser Beziehung mit Anweisung versehen. Daß diese Bemühungen ohne Erfolg geblieben, sei auf die Abgelegenheit der Wiesen von den Wohn- und Wirtschaftsgebäuden, nicht aber etwa darauf zurückzuführen, daß die Eigentümer den Widerstand gegen die Benutzung des Weges aufgegeben hätten. Am Eingange des Weges in die Weienparzellen der Kläger habe sich früher ein Hecken, d. h. eine Pfahlsperre mit herausnehmbaren Pfählen befunden, später sei an dessen Stelle ein Türrchen angebracht worden, das aber von hoffrenden Leuten wieder entfernt worden sei. Ein dann hergestelltes Drehkreuz (Häspel) sei nach $1\frac{1}{2}$ Jahren eben-

falls beseitigt worden. Nicht anders sei es einer früher einmal über den Weg gelegten Egge ergangen. Aus alledem sei nicht ein Einverständnis der Eigentümer mit der öffentlichen Benutzung des Weges, sondern das Gegenteil zu folgern.

Die Revision hat diese Ausführungen angegriffen und zu widerlegen versucht, von einem Rechtsirrtum des Berufungsrichters kann indessen keine Rede sein und seine tatsächliche Würdigung entzieht sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Daß es den Klägern und ihren Vorbesitzern bei ihrem Widerstande gegen die allgemeine Benutzung des Fußweges ernstlich um die Verhinderung dieser Benutzung zu tun war, hat der Berufungsrichter zur Genüge festgestellt, und ebenso hat er den schon in den Vorinstanzen vorgebrachten Einwand der Beklagten erörtert, daß die Anbringung des Heckens, des Tüchchens und der Haspel Maßregeln zur Erhaltung des Weges gewesen seien. Erhalten sollte offenbar nach der Willensmeinung der Eigentümer der Fußsteig werden, aber nicht als öffentlicher. Dies machte für jedermann schon die Anbringung dieser Verschlässe bemerkbar (vgl. Eder a. a. O. S. 316 und Merlin, répertoire, mot: chemin, der Torgitter für ein monument toujours subsistant et réclamant contre la publicité du chemin erachtet).

Die Ausführungen der Revision laufen darauf hinaus, daß die durch viele Jahrzehnte fortgesetzte freie und im wesentlichen ungehinderte Benutzung eines Weges allein schon genügt, um die Öffentlichkeit dieses Weges zu begründen. Dies ist aber, wie nicht nur von den Verwaltungsgerichten, sondern auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen worden ist, unzutreffend (vgl. RGZ. Bb. 76 S. 257, Bb. 48 S. 299; Gruchot Bb. 40 S. 1173; Jur. Wochenschr. 1908 S. 438 Nr. 19).“ . . .