

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 194/64

## URTEIL

Verkündet am

16. Februar 1968  
Wüst,  
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Firma Kommunales Elektrizitätswerk M [REDACTED]  
Aktiengesellschaft in H [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],  
vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Dr. Peter  
H [REDACTED] und Dr. Friedrich L [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadtgemeinde H [REDACTED],  
vertreten durch den Rat der Stadt, dieser vertreten  
durch den Oberstadtdirektor,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 24. Juli 1964 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die im Gebiet der beklagten Stadt ein Elektrizitätswerk betreibt, wollte einen neuen Lagerplatz für ihre Kohlenvorräte anlegen und wandte sich 1954 an die Beklagte mit der Bitte, ihr zu diesem Zweck ein an das Werksgelände angrenzendes städtisches Grundstück zu verkaufen. Das Grundstück liegt im Ruhrtal zwischen dem Fluß und dem nördlichen Talrand, der dort bewaldet ist und steil ansteigt. Über das Grundstück führte damals in ost-westlicher Richtung ein Weg; er diente als Zugang zu einer Müllkippe und zu einem Steinbruch, ferner wurde er zum Abfahren des im Walde geschlagenen Holzes benutzt sowie von Spaziergängern und Wanderern begangen. Da die Beklagte bei den Verkaufs-

- 3 -

verhandlungen eine "Umlegung des Weges zu den Steinbrüchen" als erforderlich bezeichnet hatte (Schreiben vom 16. Juni 1954), suchte die Klägerin mit Antrag vom 20. April 1955 unter Beifügung entsprechender Pläne um die Erlaubnis nach, den "Interessentenweg" etwa 40 bis 50 m nach Norden an den Rand des Steilhanges zu verlegen. Die Stadtvertretung der Beklagten erhob in der Sitzung vom 10. Juni 1955 gegen die beabsichtigte Wegeverlegung und die förmliche Aufhebung des bisherigen Weges keine Bedenken; das Sitzungsprotokoll schloß mit den Worten: "Der geplante Ersatzweg ist durch die .... (Klägerin) ordnungsmäßig auszubauen".

In der Folgezeit erstellte die Klägerin ihren Kohlenlagerplatz und legte nördlich davon den neuen Weg an. Zur Durchführung dieses Bauprogramms, das insgesamt etwa 3 Millionen Mark kostete, bedurfte es umfangreicher Erdbewegungen, und teilweise mußte auch der Berghang umgestaltet werden; hierbei hatte die Klägerin auf Weisung der Naturschutzbehörde oberhalb des Weges Böschungen mit einem bestimmten Neigungswinkel oder in Stufenform zu schaffen und zu bepflanzen. Eine etwa 18 m hohe Felswand, die an einigen Stellen überhing, blieb bestehen. Nach Abschluß der Arbeiten verkaufte die Beklagte dann durch Vertrag vom 18. April 1957 das Grundstück, auf dem sich der Kohlenlagerplatz befand, an die Klägerin. Diese wurde im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen, während der Weg und der jenseits von ihm ansteigende Hang weiterhin der Beklagten verblieb.

Im September 1959 zeigten sich an der Felswand Risse und Bewegungen, die einen Einsturz befürchten ließen. Die beklagte Stadt forderte durch Ordnungsverfügungen vom 2. Oktober und 1. Dezember 1959 die Klägerin auf, die Felswand in näher bestimmtem Umfang zu sprengen und abzutragen.



Nachdem die Beschwerden der Klägerin hiergegen vom Oberkreisdirektor zurückgewiesen worden waren, verklagte sie diesen im Verwaltungsstreitverfahren auf Aufhebung seiner Beschwerdebescheide und der zugrunde liegenden Ordnungsverfügungen; die Beklagte nahm an dem Verfahren als Beigeladene teil. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz vor dem Oberverwaltungsgericht schlossen die Verfahrensbeteiligten am 5. Februar 1962 einen Vergleich, worin sich die Klägerin verpflichtete, zum Abfangen der bedrohten Felswand eine Stützmauer zu errichten und die Kosten dafür vorzulegen; gleichzeitig behielt sie sich wegen Erstattung dieser Kosten ihren Rechtsstandpunkt vor.

Die Klägerin, die inzwischen die Stützmauer errichtet und dafür rund 205 000 DM an Baukosten aufgewendet hat, begehrt mit der vorliegenden Klage von der Beklagten Erstattung eines Teilbetrages dieser Kosten in Höhe von 10 000 DM. Zur Begründung hat sie vorgetragen, mit der Errichtung der Stützmauer habe sie ein Geschäft der Beklagten besorgt, die als Eigentümerin des Weges unterhaltungspflichtig gewesen sei; außerdem hafte die Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Werkvertrag, aus den Gesichtspunkten der Verkehrssicherungspflicht und des Nachbarrechts sowie wegen Amtspflichtverletzung; an einer Verlegung des Weges - der kein öffentlicher gewesen sei - sei allein die Beklagte interessiert gewesen, während der Weg für sie, die Klägerin, keinerlei Bedeutung gehabt habe. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie vertritt den Standpunkt, die Klägerin habe sich vertraglich verpflichtet, den Ersatzweg ordnungsgemäß anzulegen, und hierzu gehöre auch seine Sicherung vor den von der Felswand

ausgehenden Gefahren; es handele sich um einen öffentlichen Weg; seine Verlegung sei ausschließlich im Interesse der Klägerin geschehen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt diese ihr Zahlungsbegehren weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe:

1. Daß für den Klageanspruch der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offensteht (§ 13 GVG), hat das Berufungsgericht zutreffend bejaht. Ob der Klägerin die Kosten, die sie zur Errichtung der Stützmauer aufwenden mußte, von der beklagten Stadt zu ersetzen sind, richtet sich nicht nach den öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Parteien, sondern maßgeblich ist, was zwischen ihnen in den Jahren 1954 und 1955, als die Klägerin das Grundstück der Beklagten käuflich erwerben wollte, über das zukünftige Schicksal des dortigen Weges verhandelt wurde. Bei diesen Verhandlungen standen sie einander als gleichberechtigte Partner gegenüber. An der privatrechtlichen Natur der damals begründeten beiderseitigen Rechte und Pflichten hat sich auch dadurch nichts geändert, daß die Beklagte später - insoweit hoheitsrechtlich handelnd - gegen die Klägerin die Ordnungsverfügungen vom 8. Oktober und 1. Dezember 1959 erlassen hat. Über deren Rechtmäßigkeit kam es zwar anschließend zu einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, aber dieses ist dann am 5. Februar 1962 vor dem Oberverwaltungsgericht durch Vergleich beendet

worden; darin übernahm die Klägerin die Verpflichtung, die notwendigen Sicherungsmaßnahmen an der den neuen Weg bedrohenden Felswand vorzunehmen, und behielt sich lediglich die anderweitige Geltendmachung ihres vermeintlichen Kostenerstattungsanspruches vor. Es handelt sich also bei dem vorliegenden Prozeß, der diesen Anspruch zum Gegenstand hat, um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit.

2. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß § 839 BGB, auf den die Klägerin in den Vorinstanzen ihr Zahlungsbegehren hilfsweise gestützt hatte, als Klagegrundlage nicht in Betracht kommt. Denn solange der Vergleich vom 5. Februar 1962 in seiner Wirksamkeit unangefochten bleibt (§ 779 BGB), kann die Klägerin, nachdem sie den polizeilichen Anordnungen freiwillig Folge geleistet hat, nicht den Vorwurf erheben, die Beklagte habe mit ihren Ordnungsverfügungen eigene fiskalische Aufgaben auf einen anderen abzuwälzen versucht und sich damit einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht. Gegen diesen Teil der Urteilsbegründung werden auch von der Revision keine Einwände erhoben.

3. Sie wendet sich jedoch gegen die Rechtsansicht des Oberlandesgerichts, daß die Klägerin bei Anlegung des Ersatzweges, zu der sie sich der Beklagten gegenüber verpflichtet habe, die von der Felswand ausgehenden Gefahren hätte erkennen und rechtzeitig beseitigen müssen und daß sie daher die Kosten, die ihr durch die spätere Errichtung der Stützmauer erwachsen sind, selbst zu tragen habe und nicht von der Beklagten ersetzt verlangen könne.

Das angefochtene Urteil führt dazu aus: Daß die Klägerin den Weg anlegen sollte, sei zwischen den Parteien nicht in dem Kaufvertrag vom 18. April 1957 abgesprochen worden, sondern habe eine Vorbedingung für den Abschluß dieses Vertrages dargestellt. Die Erstellung eines solchen Ersatzweges sei von der Klägerin im eigenen Interesse übernommen und im Einvernehmen mit der Beklagten durchgeführt worden, wobei es wegen der Initiative der Klägerin keine Rolle spiele, ob der alte, ursprüngliche Weg ein öffentlicher oder ein Interessentenweg gewesen sei und ob ein Bedürfnis bestanden habe, den Ersatzweg als öffentlichen Weg anzulegen. Sei mithin die Wegeverlegung eine eigene Entschließung und Handlung der Klägerin gewesen, der die Beklagte lediglich zugestimmt habe, so komme es auf die von der Klägerin aufgeworfenen Fragen aus dem Recht des Werkvertrages nicht an; insbesondere sei für eine Risiko-Verteilung im Sinne des § 644 BGB kein Raum; Das "Werk" sei, obgleich es bestimmungsgemäß Eigentum der Beklagten werden sollte, eine höchstpersönliche Angelegenheit der Klägerin gewesen und falle, was seine Erstellung anbelange, voll in deren Risiko.

Wie das Urteil auf Grund des Beweisergebnisses feststellt, wurde die Errichtung der Stützmauer nicht deshalb erforderlich, weil sich nachträglich bei dem Gebrauch des Weges Schäden eingestellt hätten oder der Weg infolge von Umständen, die mit seiner Anlage in keinerlei Zusammenhang standen, gefährdet worden wäre; schädigend oder gefährdend seien hier Naturkräfte in Erscheinung getreten, die bereits bei der Wegeanlage latent vorhanden gewesen seien und bei der Planung und Ausführung hätten berücksichtigt werden können und müssen.

Eine im Jahre 1955 von der Klägerin auf dem Gebiet des heutigen Kohlenlagerplatzes veranlaßte geologische Untersuchung habe nämlich ein starkes Absinken der Obergrenze des anstehenden Gebirges gezeigt. Hiermit stehe, wie dann 1959 durch den Geologen ermittelt worden sei, eine hinter der Felswand liegende Störungszone im Zusammenhang, die eine erhebliche Tiefe habe und teilweise aus völlig zerbrochenem Material bestehe; diese Zone wäre schon 1955 erkennbar gewesen, wenn die Klägerin - wozu sie nach Auffassung des Berufungsrichters unter den gegebenen Umständen Veranlassung hatte - die damals an anderer Stelle (Kohlenlagerplatz) vorgenommenen geologischen Untersuchungen auch auf den Bereich der Felswand erstreckt hätte. Da sie das vor der Planung des Weges unterlassen habe, könne sie, so meint das Oberlandesgericht, die nach Fertigstellung infolge nunmehr aufgetretener Störungen notwendig gewordenen Absicherungskosten nicht der Beklagten aufbürden. Fehlt auch ihr Hinweis auf die Wegeunterhaltungs- und Sicherungspflicht der Beklagten sowie auf die nachbarrechtlichen Beziehungen der Parteien; mit der Unterhaltung des Weges habe die Errichtung der Stützmauer nichts zu tun, sie sei vielmehr "ein Stück seiner ordnungsmäßigen Erstanlage".

4. Soweit die Revision in diesen Urteilsausführungen ein näheres Eingehen auf die Klagegrundlagen vermißt und die rechtlichen Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht zu seiner klageabweisenden Entscheidung gelangt ist, als unklar und widersprüchlich beanstandet, ist ihre Rüge im Ergebnis nicht stichhaltig. Der Berufungsrichter will - darüber besteht nach dem Zusammenhang seiner Darlegungen kein Zweifel - den Klageanspruch, der in den Vorinstanzen auf die verschiedensten Gesichtspunkte (insbesondere

Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, Werkvertrag, Wegeunterhaltungspflicht sowie Nachbarrecht) gestützt worden war, deshalb nicht durchgreifen lassen, weil die Klägerin gegenüber der Beklagten zur Errichtung der Stützmauer auf eigene Kosten verpflichtet gewesen sei. Er spricht sich freilich über die Grundlage, aus der seiner Ansicht nach eine solche Pflicht erwachsen sein soll, nicht deutlich aus, indem er (BU S. 9) die Anlegung des Weges einerseits, ebenso wie das Landgericht dies getan hatte, als Gegenstand einer "vertraglichen Verpflichtung", andererseits aber als "Vorbedingung" für den Abschluß des Grundstückskaufvertrages bezeichnet, um dann gegen Ende der Urteilsbegründung (S. 13), allerdings bloß in Form einer Hilfs-erwägung, wiederum auf den landgerichtlichen Standpunkt, wonach die Parteien eine "vertragliche Vereinbarung über die Schaffung des Ersatzweges" getroffen hätten, abzustellen. Allein es handelt sich nur um einen scheinbaren Widerspruch, der auf ungenaue Ausdrucksweise zurückzuführen ist.

Daß die Klägerin ausschließlich auf vertraglicher Grundlage verpflichtet sein konnte, den Ersatzweg ordnungsgemäß anzulegen und infolgedessen auch die von der Felswand ausgehenden, von Anfang an vorhandenen und bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB) erkennbaren Gefahren zu beseitigen, folgt aus den gegebenen Umständen. Hiervon ist auch das Oberlandesgericht ausgegangen. Denn es weist die Angriffe der Klägerin gegen die Annahme des Landgerichts, daß sie "den Weg gemäß einer vertraglichen Verpflichtung angelegt" habe, als verfehlt zurück; anschließend führt es aus, das habe allerdings nicht in dem notariellen Kaufvertrag vom 18. April 1957 abgesprochen werden können, weil damals der

Weg bereits angelegt gewesen sei, weshalb auch der Hinweis der Klägerin auf die Formvorschrift des § 313 BGB neben der Sache liege. Worin das Berufungsgericht das Zustandekommen einer formlos gültigen Vereinbarung zwischen den Parteien über die Anlegung eines Ersatzweges erblickt, geht aus seinen folgenden Erörterungen (BU S. 9 f) hervor, wo im einzelnen auf den Inhalt der Verhandlungen vom Jahre 1955, insbesondere das Antragschreiben der Klägerin vom 20. April 1955 und den Beschluß der Stadtverwaltung vom 10. Juni 1955, eingegangen und mehrfach hervorgehoben wird, daß die Klägerin bei der Anlegung des Ersatzweges im "Einvernehmen" mit der Beklagten, mit ihrem "Einverständnis" und unter ihrer "Zustimmung" gehandelt habe. Nur bei Zugrundelegung eines solchen - dem notariellen Kaufabschluß zeitlich vorangehenden - Vertrages der Parteien haben auch die weiteren Urteilsausführungen einen Sinn, wenn sie (S. 10 - 13) den Umfang der geschuldeten Leistungen, wozu auch die Absicherung des Weges gegen die gefährliche Felswand gehört habe, festzulegen suchen.

Angesichts dieses Gedankenganges, wie er sich aus dem Urteil mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, spielt der Ausdruck "Vorbedingung" ebensowenig eine Rolle wie die spätere Hilfserwägung. Auf ihnen beruht die angefochtene Entscheidung nicht.

5. Nach Meinung der Revision durfte der Berufungsrichter aus der Bereitschaft der Klägerin zum Bau des neuen Wegekörpers nicht den Schluß ziehen, daß sie damit auch die Gewähr für die Verkehrssicherheit schlechthin übernommen habe; seine Erwägung, der Wegebau sei eine höchstpersönliche Angelegenheit der Klägerin gewesen

und falle voll in deren Risiko, beruhe auf einer Außerachtlassung wesentlichen Streitstoffes und verletze den Treuegedanken (§ 286 ZPO, §§ 157, 242 BGB). Bei diesem Einwand und den daran geknüpften Einzelrügen handelt es sich indessen um einen unzulässigen Angriff gegen die Auslegung eines Individualvertrages, an die das Revisionsgericht, sofern sie keinen Rechtsverstoß erkennen läßt, gebunden ist (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die von der Revision behaupteten Verfahrens- und Auslegungsfehler liegen nicht vor.

Unbegründet ist die Rüge, das angefochtene Urteil stütze seine Vertragsauslegung allein auf das Schreiben vom 20. April 1955; es zieht dazu vielmehr auch sonstige Umstände heran, insbesondere den eigenen Sachvortrag der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung. (S. 19), sowie daß sie, bevor es zum Streit über die Wegesicherung und deren Bezahlung kam, keine Mühe und Kosten gescheut habe, um den neuen Weg als befestigte, teilweise sogar mit Teerdecke versehene Straße auszubauen. Für die Annahme, das Oberlandesgericht habe, soweit es das genannte Schreiben der Klägerin als "Dokumentation" eigener Entschliebung, eigener Initiative und eigenen Interesses wertete, den Schriftwechsel und das Vorbringen der Parteien im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unberücksichtigt gelassen, besteht kein Anhaltspunkt. Wenn noch nicht in dem ersten Schreiben der Klägerin vom 17. Februar 1954, sondern erstmals in dem der Beklagten vom 16. Juni 1954 die Notwendigkeit, den Weg zu verlegen, erwähnt wurde, so spricht das keineswegs gegen die Feststellung, der Wegebau sei von der Klägerin aus eigenem Antrieb und in Wahrnehmung eigener Belange durchgeführt worden; denn nachdem ihr eröffnet worden war, daß sie das Grundstück für ihren

Kohlenlagerplatz nur im Falle vorheriger Wegeverlegung bekommen könne, lag es nunmehr allein bei ihr, alles in ihren Kräften Stehende zu tun, um diese Voraussetzung zu schaffen.

Etwas Gegenteiliges ergibt sich ferner nicht aus dem, was die Parteien im Verwaltungsgerichtsprozeß an Einzelheiten über das förmliche Wegeverlegungsverfahren vorgetragen haben. Das Verfahren wurde ausgelöst durch den Antrag der Klägerin vom 20. April 1955. Die Antragstellung wiederum war die zwangsläufige Folge ihres Wunsches nach einem neuen Kohlenlagerplatz. Entschloß sie sich, um das dafür benötigte Grundstück käuflich erwerben zu können, zu diesem Antrag, so bedeutete das keineswegs, wie die Revision meint, etwa deshalb eine Entschließung der Beklagten, weil dieser die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Linienführung zugestanden haben mag. Die tatrichterliche Würdigung der Interessenlage wird ebenfalls nicht erschüttert durch den Hinweis der Revision auf Schriftsatz- und Briefstellen, aus denen hervorgehe, daß der Weg für die Klägerin ohne jede praktische Bedeutung sei und daß sie deswegen sogar seine endgültige Sperrung vorgeschlagen habe, während gerade die Beklagte ihn für Zwecke der Holzabfuhr sowie als Zufahrt zum Steinbruch und zur Müllkippe habe bestehen lassen wollen; auch wenn das zutreffen sollte, war jedenfalls die Wegeverlegung für die Klägerin das den Umständen nach gebotene Mittel, um ihr Ziel, nämlich die Erstellung des Kohlenlagerplatzes, zu erreichen; dies räumt die Revision selbst ein, indem sie bei Erörterung des Schreibens vom 23. Juli 1954 die Bereitschaft der Klägerin zum Bau eines Ersatzweges als "taktisches Mittel" bezeichnet,

"durch kostengünstige Eigenarbeiten den überhöhten Preisforderungen der Beklagten den Boden zu entziehen". Wieso die Beklagte, wenn sie den Verkauf der gewünschten Grundfläche von dem Bau eines ordnungsmäßigen und verkehrssicheren Ersatzweges abhängig machte, sich treuwidrig verhalten haben sollte, hat die Revision nicht dargetan, und mit ihrem Versuch, die getroffenen Vereinbarungen, soweit es um das Risiko einer von der Felswand ausgehenden Gefährdung des Weges ging, anders auszulegen als der Tatrichter, überschreitet sie die ihr verfahrensrechtlich gezogenen Grenzen.

Da die Übernahme des Risikos keine positive Kenntnis jedes einzelnen gefahrdrohenden Umstandes voraussetzt, greift auch die weitere Rüge nicht durch, das Oberlandesgericht habe bei seiner Auslegung entgegen § 133 BGB, wonach nur das wirklich Erklärte Gegenstand einer Vereinbarung sein könne (unter Bezugnahme auf Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. § 133 Anm. 24), die Tatsache außer Betracht gelassen, daß den Parteien im Jahre 1955 der Zustand des Felsens noch nicht bekannt gewesen sei. Außerdem würde die Klägerin, falls sie bei ihren geologischen Untersuchungen mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen wäre, die Gefahr schon damals erkannt haben. Sie war daher auf jeden Fall 1959, als der Felsen einzustürzen drohte, zur Beseitigung der akuten Gefahrenlage verpflichtet. Daß die Beteiligten hiervon die Geltung des notariellen Grundstückskaufvertrages abhängig gemacht hätten, wird im angefochtenen Urteil entgegen der Behauptung der Revision nicht gesagt; es ergibt sich insbesondere nicht, wie bereits hervorgehoben, aus dem Gebrauch des Wortes "Vorbedingung" in den Entscheidungsgründen. Andererseits war durch die anfängliche Unkenntnis von der Beschaffenheit der Felswand

angesichts der Bereitschaft der Klägerin, einen in jeder Hinsicht einwandfreien und gefahrlosen Weg zu erstellen, auch keine Vertragslücke entstanden; der Berufungsrichter hat nicht, wie die Revision annimmt, im Wege ergänzender Auslegung den hypothetischen Willen der Vertragschließenden ermittelt, sondern das, was tatsächlich von ihnen gewollt war; infolgedessen geht die Rüge, daß § 157 BGB verletzt und der Vertragsgegenstand in unzulässiger Weise erweitert worden sei (unter Hinweis auf RGZ 87, 211, 214), ins Leere. Für den in der mündlichen Verhandlung erstmals vorgebrachten Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) fehlt es an einem entsprechenden Tatsachenvortrag; die Revision hat auch nicht anzugeben vermocht, welche hierauf bezüglichen Behauptungen der Klägerin übergangen worden sein sollen.

6. Wenn die Revision das Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden - Ordnungsbehördengesetz (OBG) - vom 16. Oktober 1956 (NRWGVBl Sonderband S. 155), insbesondere die dortigen §§ 19 und 42, als gesetzliche Grundlage des Klageanspruchs bezeichnet und dem Berufungsgericht vorwirft, diese Vorschriften durch Nichtanwendung verletzt zu haben, so handelt es sich um den Versuch, eine neue, erstmals im gegenwärtigen Rechtszug vorgebrachte Begründung nachzuschieben. In den beiden Vorinstanzen hatte die Klägerin ihr Zahlungsbegehren nicht auf diese Gesetzesbestimmungen gestützt, vielmehr war von ihr noch in der schriftlichen Berufungsbegründung der "ausschließlich zivilrechtliche" Charakter des Anspruchs betont sowie behauptet worden, die Verlegung

des Weges beruhe auf einer "besonderen privatrechtlichen Abmachung zwischen den Parteien" (S. 4 und 5 aaO); dazu kam dann kurz vor der letzten mündlichen Verhandlung noch ein Hinweis auf "polizeirechtliche Aspekte" sowie auf Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB (Schriftsatz vom 7. Juli 1964 S. 3), ohne daß indessen das Ordnungsbehördengesetz Erwähnung fand geschweige denn mit bezug auf seinen Inhalt Tatsachen vorgetragen wurden. Erscheint es hiernach schon zweifelhaft, ob die Revision mit ihrem neuen Vorbringen noch gehört werden kann, so läßt jedenfalls auch eine Nachprüfung des Sachverhalts unter dem jetzt von ihr geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkt keinen Fehler des angefochtenen Urteils erkennen.

Richtig ist, daß für einen Entschädigungsanspruch aus §§ 19, 42 Abs. 1 Buchst. a OBG, wie ihn die Klägerin gegen die beklagte Stadt zu haben meint, im Streitfall die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben (§ 47 Abs. 1 OBG in Verb. m. § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch aus materialrechtlichen Gründen an einem solchen Anspruch, weil die Voraussetzungen des § 19 OBG nicht gegeben sind. Nach dieser Vorschrift kann eine Ordnungsbehörde zur Abwehr gegenwärtiger Gefahr oder Beseitigung von Störungen ausnahmsweise auch Maßnahmen gegen jemand ergreifen, der an sich nicht im Sinne von § 17 oder § 18 "ordnungspflichtig" ist; der Betreffende ist dann laut § 42 für seine Inanspruchnahme zu entschädigen. Allein so verhielt es sich hier nicht, die Klägerin gehörte vielmehr, als im Jahre 1959 der gefahrdrohende Zustand der Felswand offenkundig wurde, von vornherein zum Kreise der ordnungspflichtigen Personen, so daß ihre Inanspruchnahme - Errichtung der Stützmauer - nicht auf Grund des § 19 OBG erfolgte, sondern nach Maßgabe

eines der beiden vorangehenden Paragraphen. Einschlägig war zum mindesten § 17 Abs. 1 OBG, demzufolge die ordnungsbehördlichen Maßnahmen gegen Personen zu richten sind, welche "die Gefahr oder die Störung verursacht" haben. Dies traf auf die Klägerin zu; denn sie hatte den Weg, der bisher auf ungefährdetem Gelände verlief, an den Rand der Felswand verlegt, ohne sich zu vergewissern, daß ihm von dorthier keine Gefahr drohte. Hierauf hat auch die Beklagte seinerzeit ihre Ordnungsverfügung vom 8. Oktober 1959 gestützt, und das Verwaltungsgericht hat dies im Urteil vom 21. Februar 1961 (S. 16 f) gebilligt. Bei ihrem Einwand, über die Linienführung des Ersatzweges habe aber allein die Beklagte zu entscheiden gehabt, verkennt die Revision, daß dadurch der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Klägerin und der eingetretenen Gefahrenlage nicht beseitigt wird. Kam mithin § 17 OBG zum Zuge, so braucht auf die Ausführungen, mit denen die Revision eine Anwendbarkeit des § 18 OBG in Abrede stellt, nicht mehr eingegangen zu werden.

7. Ohne Erfolg rügt die Revision Nichtanwendung der §§ 677, 683 BGB. Entgegen ihrer Meinung hat die Klägerin, als sie die Stützmauer errichtete, nicht ein Geschäft der Beklagten (des "wahren Störers") geführt, sondern sie beseitigte damit eine Gefahrenlage, die durch ihr eigenes Verhalten - Verlegen des Weges ohne gleichzeitige Absicherung der angrenzenden Felswand - verursacht worden war. Abweichen- des ergibt sich nicht aus dem von der Revision angeführten nachbarrechtlichen Grundsatz, wonach Grundstückseigentümer unter dem Gesichtspunkt verkehrsüblicher Rücksichtnahme verpflichtet seien, einen für den Nachbarn bedrohlichen Zustand ihres Grundstücks zu beseitigen (unter Bezugnahme

auf Staudinger/Berg, BGB 11. Aufl. § 1004 Anm. 29). Der Zeuge Sprengmeister Hein, dessen Nichtvernehmung die Revision in diesem Zusammenhang gemäß § 286 ZPO rügt, ist vom Oberlandesgericht geladen worden (Bl. 81 der Akten); die Ladung kam jedoch mit dem postalischen Vermerk zurück, daß der Zeuge verstorben sei (Bl. 90). Die in sein Wissen gestellte Behauptung, der gefährdrohende Zustand der Felswand sei durch unsachgerechte Sprengungen in dem benachbarten Steinbruch herbeigeführt worden, hat im übrigen der Berufungsrichter zugunsten der Klägerin dahingestellt gelassen, weil dieser Zustand auf jeden Fall bereits 1955 erkennbar gewesen sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Was schließlich die Frage anbetrifft, ob die Felswand, solange die Stützmauer noch nicht errichtet war, eine Gefahr zugleich für den Kohlenlagerplatz der Klägerin und die dort beschäftigten Arbeiter bedeutete, so braucht nicht geprüft zu werden, inwieweit die Feststellung im angefochtenen Urteil, dies sei nicht der Fall gewesen (S. 14), durch die Angriffe der Revision erschüttert wird. Bestand wirklich eine solche Gefährdung, dann war sie jedenfalls erst dadurch geschaffen worden, daß die Klägerin das bedrohte Grundstück von der Beklagten erworben und dort ihren Lagerplatz erstellt hat. Mit Rücksicht auf ihre bereits im Jahre 1955 vertraglich eingegangene Verpflichtung, den Ersatzweg, der noch näher an die Felswand heranreichte als der Kohlenlagerplatz, gegen Steinschlag abzusichern, ist es der Klägerin verwehrt, aus nachbarrechtlichen Gesichtspunkten Beseitigung einer Gefahr zu verlangen, die bei ordnungsmäßiger Erfüllung ihrer Sicherungspflicht nicht bestanden hätte.

8. Die Rügen der Revision erweisen sich somit als unbegründet. Da das Urteil auch keinen sonstigen von Amts wegen zu beachtenden Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen läßt, ist ihr Rechtsmittel mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Grell