

Die Parteien stellten außer Streit, daß ein Enteignungsverfahren nicht stattgefunden hat.

Der Erstrichter erklärte das Verfahren, soweit es nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges betrifft, für nichtig und wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurück.

Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Klägers Folge und änderte den Beschluß dahin ab, daß es die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückwies.

Der Oberste Gerichtshof gab den Revisionsrekursen der Beklagten nicht Folge.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Zutreffend ging das Rekursgericht davon aus, daß nach ständiger Rechtsprechung des OGH bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges von den Klagsbehauptungen auszugehen ist, maßgebend ist die Natur des erhobenen Anspruchs (SZ 47/108; SZ 48/3; JBl. 1977, 100; 1 Ob 2/77, 1 Ob 3/77 u. a.). Ohne Einfluß ist es für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges hingegen, was der Beklagte einwendet und ob der erhobene Anspruch begründet ist. Es kommt nur darauf an, ob nach dem Inhalt der Klage ein privatrechtlicher Anspruch erhoben wird, über den die ordentlichen Gerichte zu entscheiden haben (EvBl. 1972/204; SZ 45/117; SZ 45/139; SZ 46/82; SZ 47/135; EvBl. 1976/80). Nur soweit das Klagsvorbringen durch die Einwendungen der beklagten Parteien verdeutlicht wird, nicht aber soweit das Vorbringen der Abwehr des erhobenen Anspruches dient, ist auch auf das Vorbringen des Beklagten Rücksicht zu nehmen (EvBl. 1976/80; 4 Ob 7/76).

Nach dem Vorbringen des Klägers, das sich im Übrigen mit jenem der Beklagten deckt, sei die in Rede stehende Zisterne im Zuge einer Straßenverbreiterung beseitigt worden; dabei seien auch Teile seines Grundstücks in die Straße einbezogen worden. Außer Streit gestellt wurde, daß ein verwaltungsbehördliches Verfahren diesen Maßnahmen nicht vorausgegangen ist. Die Beklagten beriefen sich vielmehr darauf, daß die frühere Eigentümerin der Liegenschaft der geplanten Maßnahme ihre Zustimmung erteilt habe.

Der Kläger stützt seinen Anspruch somit darauf, daß ihm durch einen faktischen Eingriff in sein Eigentum Schaden zugefügt und die erstbeklagte Partei bereichert worden sei. Was zunächst den erhobenen Schadenersatzanspruch betrifft, so wäre im vorliegenden Fall der Rechtsweg unzulässig, wenn dieser faktische Eingriff "in Vollziehung der Gesetze" stattgefunden hätte. Der Schadenersatzanspruch wäre dann im Amtshaftungsverfahren geltend zu machen gewesen, der Klage gegen die Erstbeklagte stünde entgegen, daß ein Aufforderungsverfahren (§ 8 AHG) nicht stattgefunden hat. Eine Klage gegen die Organe schließt § 9 Abs. 5 AHG aus. Entscheidende Bedeutung kommt daher der Frage zu, ob - nach den Behauptungen des Klägers - die Eigentumsverletzung "in Vollziehung der Gesetze" oder aber im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgte. Klecatsky hat (JBl.) 954, 505 die Möglichkeit einer Unterscheidung faktischer Akte in solche der Hoheitsverwaltung und der Privatwirtschaftsverwaltung geleugnet. Dem ist Melichar entgegengetreten (JBl. 1956, 429 ff.), der betont, daß diese Unterscheidung aus dem "Gesamtbild der äußeren Erscheinung des Aktes" gewonnen werden müsse. In der neueren Literatur hat Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt, 131, hervorgehoben, daß die Auffassung Klecatskys schon deshalb unhaltbar sei, weil sie in letzter Konsequenz dazu führen müßte, daß auch die große Zahl nicht befehlender und nicht zwangsetzender Organverhaltensweisen "in Vollziehung der Gesetze" in den meisten Fällen vom privatwirtschaftlichen Verwaltungshandeln nicht unterscheidbar wären. Ein Großteil der Fälle, in denen Amts- oder Organhaftung eintreten könnte, müßte im Hinblick auf das Merkmal "in Vollziehung der Gesetze" für unqualifizierbar erklärt werden, eine Konsequenz, die die Anwendbarkeit amts- und organhaftungsrechtlicher Vorschriften in unvertretbarer Weise einschränken würde. Die Frage hat in jüngster Zeit deshalb an Bedeutung gewonnen, weil Art. 144 Abs. 1 B-VG bzw. Art. 130 Abs. 1 lit. b und Art. 131 a B-VG eine Anfechtung von Akten, die sich als Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt darstellen, beim VfGH und VwGH ausdrücklich vorsehen. Diese Akten werden Bescheiden (Entscheidungen oder Verfügungen) einer Verwaltungsbehörde gleichgestellt. Für die Qualifikation als sogenannte faktische Amtshandlung, die nunmehr ausdrücklich der Rechtskontrolle des VfGH und des VwGH unterworfen wurde, ist aber weiterhin erforderlich, daß es sich um Akte handelt, denen hoheitlicher Charakter zukommt. Vorgangsweisen, die der faktischen Amtshandlung äußerlich und in den Zwecken ähnlich sind, gibt es auch im Bereich der rechtlich eingeräumten Handlungsmöglichkeit von privaten Personen und demnach auch in der Verwaltung als Trägerin von Privatrechten. In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes wurde im Erkenntnis VfSlg. 3015 in der Inanspruchnahme eines Grundstücks für Straßenbauten ohne vorangegangenes Verfahren eine faktische

