

29. 1. Kann der Eigentümer des tiefer gelegenen Grundstücks ein Recht auf den Zufluß des Wassers schon deshalb in Anspruch nehmen, weil ein dasselbe zuleitender Graben seit unvordenklicher Zeit bestanden hat?

2. Kann das *interdictum quod vi aut clam* mit der Klage auf Anerkennung und Schutz des Rechtes verbunden werden?

I. Civilsenat. Urth. v. 6. November 1886 i. S. N. (Kl.) w. Marienkirche zu R. (Bekl.) Rep. I. 297/86.

I. Landgericht Rostock.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf dem Grundstücke der Beklagten, welches von dem Grundstücke des Klägers durch einen Graben geschieden wird, hat die Aktienzuckerfabrik zu B. mit Bewilligung der Beklagten oberhalb des Grundstückes des Klägers einen Holzkanal zur Abführung des Schmutzwassers der Fabrik angelegt. Kläger behauptet hierdurch benachteiligt zu sein, weil der Graben vor der Anlegung des Holzkanales immer fließendes Wasser gehabt habe, welches von ihm und seinen Vorbesitzern seit unvor- denklicher Zeit zu Wirtschaftszwecken benutzt worden sei, durch den Holz-

kanal aber alles Wasser, welches sonst durch den Graben floß, aufgefangen und abgeleitet werde. Die auf Verurteilung der Beklagten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtete Klage wurde als *interdictum ne quid in flumine publico*, als *actio possessoria* und als *interdictum quod vi aut clam* geprüft und in allen Richtungen von dem Berufungsgerichte abgewiesen. Die Revision wurde zurückgewiesen. Nachdem die Abweisung der Klage, soweit sie auf Schutz im Gemeingebrauche gerichtet ist, für gerechtfertigt erklärt worden, weil der Graben nicht zu den öffentlichen Wassern gehöre, wird fortgefahren in den Gründen:

„Auch insoweit, als Kläger ein auf Unvordenklichkeit gestütztes individuelles Recht auf die Nutzung des Wassers, welches vor der Holzkanalanlage durch den Grenzgraben abfloß, in Anspruch nimmt, erscheint die auf Schutz dieses Rechtes gerichtete Klage unbegründet.

Nach gemeinem Rechte besteht nur eine Pflicht des niedriger gelegenen Grundstückes zur Ausnahme des vom höher gelegenen abfließenden Wassers, kein Recht auf Zuführung desselben (L. 1 §. 11, l. 21 Dig. de aqua et aq. pluv. 39, 3). Es kann aber ein servitutartiges Recht auf Nicht hinderung des Zuflusses oder ein reallastartiges Recht auf Zuleitung des Wassers gegenüber den höher gelegenen Grundstücken erworben werden. Der Erwerb eines solchen Rechtes kann nach gemeinem Rechte durch Ersitzung herbeigeführt werden, wozu unvordenklicher Besitz nicht erforderlich ist, soweit nach der Natur des zu erwerbenden Rechtes Ersitzung in bestimmter Zeit stattfindet. Kläger hat jedoch keine zum Nachweise der Ersitzung eines solchen Rechtes geeignete Besitzhandlungen dargelegt, insbesondere auch nicht hinsichtlich der Ausräumung des Grabens. Schon aus diesem Grunde kann von einem Erwerbe des in Anspruch genommenen Rechtes durch Ersitzung nicht die Rede sein. Es bedarf daher weder der Untersuchung, welchen Einfluß die Meinung des Klägers, daß ihm der Gemeingebrauch des im Graben fließenden Wassers als eines öffentlichen zustehe, auf die Annahme des Besitzes eines individuellen Rechtes an demselben haben würde, noch der Erörterung, ob nach dem maßgebenden Partikularrechte das in Anspruch genommene Recht durch Ersitzung ohne Eintragung zu Stadtbuch begründet werden könnte.

Revisionskläger macht hiergegen geltend, die von ihm behauptete Thatfache, daß er und seine Rechtsvorgänger seit unvordenklicher Zeit

das Wasser des Grabens zu wirtschaftlichen Zwecken und zum Viehtränken benutzt haben, genüge, um ein Recht auf diese Wassernutzung oder wenigstens die Vermutung für die dereinstige rechtmäßige Entstehung desselben zu begründen, und sicht die Annahme des Berufungsgerichtes, daß diese Thatsache dazu nicht genüge, da die Wassernutzung für sich allein noch nicht mit Notwendigkeit als eine Rechtsausübung sich darstelle, als rechtsirrtümlich an. Die Ansicht, daß, wenn ein Graben einem Grundstücke Wasser zuführt, die Unvordenklichkeit dieses Zustandes und der Benutzung des Wassers durch den Grundeigentümer genüge, um ein Recht desselben auf den Wassergenuß anzuerkennen, ist allerdings in der Rechtsprechung einiger Gerichtshöfe angenommen.

Vgl. Erkenntnisse des vormaligen Oberappellationsgerichtes Dresden in Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 68, Bd. 2 Nr. 8 und 262, Bd. 9 Nr. 160, Bd. 10 Nr. 227; Erkenntnis des vormaligen Oberappellationsgerichtes Darmstadt, das. Bd. 29 Nr. 118.

Indessen stehen der entgegengesetzten Meinung, welcher das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der obersten Landesgerichte im Gebiete des gemeinen Rechtes folgt,

vgl. Erkenntnisse der vormaligen Oberappellationsgerichte Celle, das. Bd. 10 Nr. 261 und Kassel, das. Bd. 1 Nr. 5; des vormaligen Obertribunales Stuttgart, das. Bd. 21 Nr. 12, Bd. 22 Nr. 11 des vormaligen Oberappellationsgerichtes zu München in Hauser, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht Bd. 4 S. 439, überwiegende Gründe zur Seite.

Daß die erstere Ansicht sich nicht auf Aussprüche der Rechtsquellen stützen kann, insbesondere die in der Regel (auch von Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 537 Note 9) dafür in Bezug genommenen Restripte in l. 6 und l. 7 Cod. de serv. et aqua 3, 34 die Frage nicht entscheiden, wird auch von Verteidigern dieser Ansicht eingeräumt.

Vgl. Burckhard in Glück, Kommentar, Serie der Bücher 39 und 40 Bd. 3 S. 251.

Die erstere Stelle betrifft die Frage, ob das auf Herkommen (consuetudo) gestützte Recht der Benutzung des aus der Quelle eines Nachbarn entspringenden Wasserzuges zur Bewässerung sich soweit erstreckt, daß dem Eigentümer der Quelle nicht einmal das zur Bewässerung seines eigenen Grundstückes nötige Wasser zu belassen ist. Mag

man nun mit Burckhard (a. a. O. S. 252) den Grund der Entscheidung in der bisherigen Übung, nämlich darin finden, daß in der Ausübung des Rechtes zur Benutzung der Quelle noch nicht die Ausübung eines den Eigentümer vom Mitgebrauche ausschließenden Rechtes zu finden ist, oder mit Brinz (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 15 S. 209) annehmen, daß, ungeachtet der bisherigen, den Mitgebrauch des Eigentümers der Quelle ausschließenden Übung letzterer contra statutam consuetudinis formam geschützt werden soll, weil das Gegenteil unbillig wäre, so ist jedenfalls in diesem Ausspruche eine Entscheidung der hier zu entscheidenden Frage nicht enthalten. Die andere Stelle ist wegen der darin vorkommenden Andeutung, daß die Sache zur Kompetenz des Kaiserlichen Procurators gehöre, welcher

vgl. Mommsen, Römisches Staatsrecht 2. Aufl. Bd. 2 Abt. 1 S. 235 für Privatrechtstreitigkeiten nicht zuständig war (l. 1 Cod. de jurid. omn. jud. 3, 13), von einem auf altes Herkommen (vetustas) gestützten Rechte der Ableitung von Wasser aus einer öffentlichen Wasserleitung zu verstehen,

vgl. Savigny, System Bd. 4 S. 502 Note g; Brinz, a. a. O. S. 209; Burckhard, a. a. O. S. 251,

und der Einwand, daß der Kaiserliche Procurator nach l. 23 §. 1 Dig. de appell. 49, 1 Stellvertreter des ordentlichen Richters sein konnte,

vgl. Hesse in Jahrb. für Dogmatik Bd. 7 S. 244, deshalb unzutreffend, weil ein solches Stellvertretungsverhältnis am angeführten Orte nicht erwähnt wird.

Muß man demnach annehmen, daß die Frage in den Rechtsquellen nicht entschieden ist, so bleibt zur Entscheidung derselben nichts übrig, als auf die Natur der Unvordenklichkeit zurückzugehen. Handelte es sich dabei um eine Rechtsnorm, aus welcher unmittelbar subjektive Rechte abgeleitet werden, so würde man annehmen müssen, daß das Bestehen der letzteren von der Bornahme von Erwerbs- oder Ausübungshandlungen der Berechtigten nicht abhängig sei.

Burckhard a. a. O. ist unter Berufung auf l. 1 §. 23 Dig. de aqua et ag. pluv. 39, 3 der Ansicht, daß es sich bei dem alten Herkommen in betreff des Wasserlaufes um eine Rechtsnorm handele, welche die Wirkung der lex coloniae habe, und spricht deshalb jedem, zu dessen Vorteil das Herkommen besteht, das Recht auf Beibehaltung des bisherigen Zustandes zu, ohne Besitzhandlungen zu verlangen. Mag diese

Auffassung der *vetustas*, welche nicht allein in betreff des Wasserlaufes verteidigt wird,

vgl. Brinz, Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 S. 640, nach reinem römischem Rechte begründet sein, jedenfalls entspricht sie nicht der Gestalt, welche der unvordenkliche Besitz unter dem Einflusse des kanonischen Rechtes, germanischer Vorstellungen und deutscher Reichsgesetze im heutigen gemeinen Rechte gewonnen hat, welches, im Gegensatz zum Herkommen (*Observanz*) als Rechtsnorm, die Unvordenklichkeit des Besitzes (die *Inmemorialverjährung*) als Erwerbgrund subjektiver Rechte oder Rechtsvermutung für den Erwerb solcher Rechte auffaßt. Hieraus ergibt sich, daß nur solche Zustände, welche sich als Ausübung von Rechten darstellen, durch die Unvordenklichkeit rechtlich gesicherten Bestand erhalten.

Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn das Verfassungsgericht annimmt, daß auch die unvordenkliche Verjährung den Nachweis eines Zustandes erfordert, welcher sich durch erkennbare Thatfachen nach außen hin als Rechtszustand kundgibt. Hierzu genügt aber, wie mit Recht weiter angenommen wird, die bloße Thatfache nicht, daß ein Graben vorhanden ist, durch welchen das von den höher gelegenen Grundstücken kommende Wasser bisher abfloß, und daß das in diesem Graben enthaltene Wasser von dem Kläger und seinen Vorbesitzern zu wirtschaftlichen Zwecken benutzt worden ist. Denn aus dem bloßen Vorhandensein des Grabens ist nicht erkennbar, ob er lediglich im Interesse der höher gelegenen Grundstücke, um den Wasserablauf zu ermöglichen, oder auch im Interesse des klägerischen Grundstückes angelegt worden ist und besteht. Ebenso ist aus der bloßen Benutzung des darin enthaltenen Wassers nicht erkennbar, ob dadurch ein bloß thatfächlicher Vorteil benutzt oder ein Recht ausgeübt wurde. Handlungen des Klägers aber oder seiner Vorbesitzer, aus welchen man erkennen könnte, daß sie die Zuführung des Wassers durch den Graben als ein Recht in Anspruch nahmen, etwa eine Aufforderung der höheren Nachbarn zur Aufräumung des Grabens oder Beseitigung anderer Hindernisse des Wasserablaufes, sind nicht dargelegt worden. > . .

Was endlich die Klage betrifft, soweit sie als *interdictum quod vi aut clam* auf die Behauptung gestützt wird, daß der Holzkanal ohne Vorwissen und Genehmigung des Klägers heimlich angelegt worden sei, so wird auch in dieser Hinsicht das Verurteilungsurteil mit Unrecht

angegriffen. Indem eine diesem Interdikt entsprechende Beurteilung der Frage nicht vorgreift, ob der Verurteilte berechtigt war, die als gewaltsam oder heimlich beanstandete Veränderung vorzunehmen, erscheint die durch das Interdikt erstrebte Entscheidung als eine nur vorläufige und die danach erfolgende Wiederherstellung des früheren Zustandes als ein Provisorium bis zur Entscheidung über das Recht zur Vornahme der beanstandeten Veränderung. Wenn es nun auch in prozessualer Hinsicht nicht unstatthaft ist, das Interdikt mit der Klage, durch welche ein Recht zur Verhinderung der Veränderung geltend gemacht wird, in demselben Rechtsstreite zu verbinden, und insbesondere die Vorschrift des §. 232 Abs. 2 C.P.O. auf diesen Fall keine Anwendung findet, weil das Interdikt (vgl. l. 16 pr. Dig. quod vi aut clam 43, 24) keine Besitzklage ist, so findet doch materiell durch die Entscheidung über das Recht des Klägers zur Verhinderung der Änderung auch das Interdikt seine Erledigung. Insbesondere schließt die Entscheidung, daß dem Kläger kein Recht zusteht, die Beklagte an der auf ihrem Grund und Boden vorgenommenen Anlage zu hindern, die Entscheidung in sich, daß demselben auch kein Recht zusteht, die vorläufige Beseitigung derselben zu verlangen. Das Berufungsgericht hat demnach mit Recht aus diesem Grunde das Interdikt abgewiesen.“