

55. 1. Was ist unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte“ im Schlusssatz des §. 16 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse zu verstehen?
 2. Verhältnis des §. 246 A.L.R. II. 15 zu §. 16 des gedachten Gesetzes.

V. Civilsenat. Urth. v. 21. Juni 1890 i. S. v. K. u. Fr. v. B. (Bekl.)
 w. L. A. (Kl.) Rep. V. 55/90.

- I. Landgericht Alkenstein.
 II. Oberlandesgericht Königsberg.

Die Beklagten haben in dem aus dem Ganglauer See nach dem Alkenflusse führenden Wasserlaufe innerhalb ihres Gutes ein Stauwerk angelegt, um dadurch den Wasserstand des ihnen gehörigen Sees im Interesse der Fischzucht und der Wiesenkultur zu regulieren. Der Kläger, dessen im Jahre 1847 errichtete Mühle einen Teil ihres Betriebswassers aus dem Ganglauer See durch den gedachten Abfluß desselben erhält, hat auf Beseitigung der Stauanlage geklagt. Der erste Richter wies die Klage ab, das Berufungsgericht verurtheilte die Beklagten nach dem Klagantrage.

Auf die Revision der Beklagten ist das erste Urtheil wiederhergestellt worden aus folgenden

Gründen:

„Die Klage gründet sich auf die gesetzlichen Einschränkungen, welchen das Nutzungsrecht des Eigentümers am fließenden Wasser zu Gunsten vorhandener Mühlen unterworfen ist.

In dieser Beziehung kommen der §. 246 A.L.R. II. 15 und der §. 16 des Gesetzes, betreffend die Benutzung der Privatflüsse, vom 28. Februar 1843 in Betracht sowie das Verhältnis, in welchem dieselben zu einander stehen. Der §. 246 a. a. D. lautet:

„Einer schon vorhandenen Mühle darf der Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nötige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen (§. 3 I. 22).“

Dagegen bestimmt der §. 16 des angeführten Gesetzes:

„Gegen Anlagen, welche der Uferbesitzer zur Benutzung des Wassers in Gemäßheit des ihm nach §§. 1. 13 zustehenden Rechtes unternimmt, kommt den Besitzern der bei Publikation des gegenwärtigen Gesetzes rechtmäßig bestehenden Mühlen und anderer Triebwerke ein Widerspruchsrecht zu, wenn dadurch

- a) ein auf speziellem Rechtstitel beruhendes Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($\frac{1}{4}$, $\frac{1}{3}$) beeinträchtigt oder
- b) das zum Betriebe in dem bisherigen Umfange notwendige Wasser entzogen wird.

Wer künftig ein Triebwerk anlegt oder erweitert, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben, soll zu einem solchen Widerspruche nicht berechtigt sein.“

Die Vorderrichter stimmen darin überein, daß der erst im Jahre 1847 errichteten Mühle des Klägers diese Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 nicht zu statten kommen, auch nicht der Schlusssatz des §. 16, weil dem Kläger ein ausdrücklich verliehenes Recht im Sinne dieser Vorschrift nicht zur Seite stehe. Die dem Vorbesitzer des Klägers seitens der Landespolizeibehörde erteilte Genehmigung zur Errichtung der Mühle könne als Verleihung eines Rechtes nicht angesehen werden.

Dem ist zuzustimmen. Die gegenteilige Auslegung, vgl. Lette und v. Könne, Landeskulturgebgebung S. 660; auch Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 §. 255 Note 6 a. E.,

iſt ſchon mit dem Wortlaute der Vorſchrift ſchwer vereinbar; ſie widerlegt ſich aber auch dem Zuſammenhange des Geſetzes und findet in dem Grunde und Zwecke des letzteren keine Unterſtützung. Mit Recht hebt ſchon der erſte Richter hervor, daß, wenn das Geſetz den nach ſeinem Inkrafttreten rechtmäßig (d. h. mit polizeilicher Genehmigung) errichteten Mühlen den gleichen Schutz gewähren wollte wie den zu dieſer Zeit rechtmäßig beſtehenden, der Gegenſatz, in welchen der §. 16 a. a. D. die bereits beſtehenden und die künftig zu errichtenden Triebwerke ſtellt, in Wahrheit gar nicht vorhanden, dieſe Gegenüberſtellung alſo bedeutungslos ſein würde. Es iſt hinzuzufügen, daß auch an und für ſich betrachtet der Schlußſatz des §. 16 a. a. D. dem Sinne nach eine andere Auslegung kaum geſtattet. Denn, da ſchon zur Zeit des Erlasses des gedachten Geſetzes Mühlen und ähnliche Triebwerke ohne polizeiliche Genehmigung überhaupt nicht errichtet werden durften (§. 235 A. L. R. II. 15; §§. 5. 6 des Ediktes vom 28. Oktober 1810; Kabinettsorber vom 23. Oktober 1826), ſo mußte der Geſetzgeber davon ausgehen, daß auch künftig die Anlage und Erweiterung von Triebwerken, wovon im Schlußſatze des §. 16 die Rede iſt, nur unter polizeilicher Genehmigung erfolgen werde. Dann muß aber unter einem „ausdrücklich verliehenen Rechte“ etwas Anderes verſtanden werden, als eben dieſe polizeiliche Genehmigung. Anderenfalls würde der Zwiſchenſatz: „ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht zu haben“ nicht, wie er ſich ſprachlich darſtellt, eine Einſchränkung des Hauptſatzes, ſondern nahezu eine Aufhebung deſſelben ausdrücken. Hätte der Geſetzgeber nur die in Zukunft geſetzwidrig (d. h. ohne die vorgeschriebene polizeiliche Genehmigung) errichteten Triebwerke von dem den bereits rechtmäßig beſtehenden Triebwerken gewährten Schutze excluſivieren wollen, ſo würde er die Ausſchließung der künftig anzulegenden Triebwerke nicht, wie geſchehen, als Regel mit der durch den Zwiſchenſatz ausgedrückten Ausnahme haben ausſprechen können.

Daß das nicht die Abſicht des Geſetzgebers geweſen, darüber läßt auch die Entſtehungsgelchichte des Geſetzes keinen Zweifel. In dem Entwurfe des Geſetzes lautete der §. 16, wie folgt:

„Gegen Anlagen, welche der Uferbeſitzer zur Benutzung des Waſſers in Gemäßheit des ihm nach §§. 1. 13 zuſtehenden Rechtes unternimmt, kommt den Beſitzern der bei Publikation des gegenwärtigen

Gesetzes rechtmäßig bestehenden Mühlen und anderer Triebwerke ein Widerspruchsrecht zu, wenn dadurch

- a) ein ausdrücklich verliehenes Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($\frac{1}{4}$, $\frac{1}{3}$) beeinträchtigt,
- b) das zum Betriebe in dem bisherigen Umfange notwendige Wasser entzogen wird.

Wer künftig ein Triebwerk anlegt oder erweitert, ohne ein ausdrücklich verliehenes Recht (lit. a) zu haben, soll deshalb zu einem solchen Widerspruch nicht berechtigt sein."

Nach dieser Fassung ist es klar, was unter einem ausdrücklich verliehenen Rechte im Schlusse dieses Paragraphen verstanden worden ist, nämlich das unter lit. a bezeichnete Recht zur Wasserbenutzung in einem durch Verleihung fest bestimmten Umfange. Nur in diesem Falle sollte den künftig angelegten Triebwerken der Schutz des Gesetzes zu teil werden, nicht aber schon dann, wenn sie gesetzmäßig, d. h. unter polizeilicher Genehmigung, errichtet waren. Diese Absicht des Gesetzgebers ist auch in der Denkschrift zu dem Gesetzentwurfe (abgedruckt in der Beilage zur Allg. Preuß. Staatszeitung für 1842 Nr. 303) dahin ausgesprochen:

"Ein Widerspruchsrecht gegen Bewässerungsanlagen muß dem Besitzer von Mühlen und anderen Triebwerken allerdings dann zugestanden werden, wenn er die Beeinträchtigung eines ausdrücklich verliehenen Rechtes zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles desselben ($\frac{1}{4}$, $\frac{1}{3}$ etc) nachweist. Mit Ausnahme dieses Falles kann kein Widerspruch nur insoweit berücksichtigt werden, als der bisherige Umfang seines Gewerbebetriebes durch die Bewässerungsanlage beeinträchtigt wird. Nach Publikation des Entwurfes kann das Recht des Uferbesizers, wie das Recht es anerkennt und in seinem Umfange feststellt, durch die Anlegung neuer Triebwerke — den Fall ausdrücklicher Verleihung ausgenommen — nicht beeinträchtigt werden."

Wenn nun in dem Gesetze eine Abänderung des Entwurfes dahin erfolgte, daß unter lit. a an Stelle der Worte: „ein ausdrücklich verliehenes Recht“ gesetzt wurde: „ein auf speziellem Rechtstitel beruhendes Recht“, so mußte zwar in dem Schlusse dieses Allegat lit. a

wegfallen, im übrigen aber wurde in dem Sinne des letzteren und des darin enthaltenen Ausdruckes: „ein ausdrücklich verliehenes Recht“ nichts geändert.

Es läßt sich nicht verkennen, daß der gedachte Ausdruck in Anwendung auf die nach Emanation des Gesetzes von 1843 errichteten Triebwerke nicht völlig klar erscheint.

Vgl. Lette, Die Gesetzgebung über Benutzung der Privatflüsse S. 43. Soviel erhellt aber, daß darunter etwas Anderes und mehr verstanden sein muß als die für alle Triebwerke erforderliche polizeiliche Genehmigung. Hierfür spricht auch die allgemeine Tendenz des Gesetzes, welche, wie in der erwähnten Denkschrift dargelegt ist, dahin geht, die landwirtschaftliche Benutzung des fließenden Wassers zu befördern und dieselbe, soweit nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen, von den Hemmnissen zu befreien, welche die landrechtliche Gesetzgebung (§. 99 I. 8, §. 246 II. 15) ihr bereitete. Mit dieser — seiner Zeit (und auch noch später) ebenso lebhaft angegriffenen, wie andererseits verteidigten —

vgl. Sätze, Beleuchtung der Denkschrift und des Gesetzentwurfes über Benutzung der Privatflüsse, Berlin 1843; Baumert, Die Unzulänglichkeit der bestehenden Wassergesetze, Berlin 1876; dagegen v. Wangenheim, Die befreite Urdine, Berlin 1843) —

Tendenz erscheint die Annahme nicht vereinbar, daß das Gesetz den in Zukunft rechtmäßig (mit polizeilicher Genehmigung) errichteten Triebwerken die gleichen Befugnisse gegenüber den landwirtschaftlichen Bewässerungsanlagen hätte einräumen wollen, wie den damals bereits rechtmäßig bestehenden.

Von den erwähnten Schriftstellern spricht sich Baumert, Blatt 45 a. a. O., ausdrücklich dahin aus, daß die polizeiliche Genehmigung eines Triebwerkes kein Recht auf die Wasserbenutzung Anderen gegenüber gebe und jedenfalls nicht als ein ausdrücklich verliehenes Recht anzusehen sei. Dieselbe Anschauung ergibt sich aus der Darstellung bei Lette a. a. O. S. 43 (im Gegensatz zu der oben angeführten Äußerung bei Lette und Köhne [Landeskulturgesetzgebung Bd. 2 S. 660 Anm. 2]).

Vgl. auch Rieberding, Wasserrecht 1. Ausg. S. 170; Scheele, Wasserrecht S. 49.

Es bleibt zu prüfen, in welchem Verhältnisse das Gesetz vom 28. Februar 1843 zu dem §. 246 A.L.R. II. 15 steht, und ob darnach der Mühlenbesitzer, dem §. 16 des erstgedachten Gesetzes nicht zur Seite steht, gegenüber den die Benutzung des Wassers bezweckenden Anlagen des oberliegenden Nachbarn auf den §. 246 a. a. D. sich berufen kann. Der Berufsrichter hat angenommen, daß der §. 246 a. a. D., als eine „für das Verhältniß der Mühlen zu ihren Nachbarn gegebene Spezialvorschrift“ durch das Gesetz vom 28. Februar 1843, „welches in §§. 16. 17 nur von den Rechten der Mühlen gegenüber den Uferbesitzern, die nicht notwendig Nachbarn zu sein brauchen“, handle, gar nicht berührt sei, und er hat demgemäß den §. 246 zu Gunsten des Klägers gegen die Beklagten, deren Gut mit dem Mühlengrundstücke des Klägers grenzt, in Anwendung gebracht. Der Berufsrichter geht also offenbar davon aus, daß der §. 246 nur auf den Fall unmittelbarer Grenznachbarschaft Anwendung finde, und sieht hierin den Unterschied gegenüber dem Gesetze von 1843. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Schon der Ausgangspunkt ist ein unrichtiger, weil die Anwendung des §. 246, soweit sie stattfindet, nach dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht auf den Fall, wo die beteiligten Grundstücke unmittelbar aneinanderstoßen, beschränkt werden kann.

Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht 4. Aufl. Bb. 1 S. 650 Note 6.

Zu einer derartigen Beschränkung bietet auch der Wortlaut des §. 246 keinen genügenden Grund. Außerdem ist aber auch die Begründung des Berufsrichters in sich nicht schlüssig. Denn, wenn die Uferbesitzer, von denen §§. 16. 17 des Gesetzes von 1843 handeln, nicht notwendig Nachbarn (d. h. im Sinne des Berufsrichters unmittelbare Grenznachbarn) zu sein brauchen, so können sie es doch sein, und es würde sich dann doch immer die vom Berufsrichter geleugnete Kollision zwischen den in Rede stehenden Gesetzen ergeben, in welcher natürlich nur das neuere Gesetz maßgebend sein kann.

Die Annahme des Berufsrichters, daß der §. 246 a. a. D. von dem Gesetze vom 28. Februar 1843 unberührt geblieben sei, steht auch in Widerspruch mit der in der oben erwähnten Denkschrift dargelegten Tendenz des Gesetzes, wonach es gerade die Absicht gewesen ist, die „durch die ungenaue Fassung des §. 246“ begünstigten

Widerspruchsrechte der Mühlenbesitzer gegen die landwirtschaftliche Wassernutzung durch Zurückführung auf bestimmtere Grundlagen zu beschränken.

Vgl. Lette und v. Könne a. a. D. S. 661.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 28. Februar 1843 für eine praktische Anwendung des §. 246 a. a. D. überhaupt noch Raum geblieben ist; jedenfalls ist seine Anwendung ausgeschlossen, wenn es sich um eine solche Benutzung des Wassers und um solche diesem Zwecke dienende Anlagen handelt, welche die Grenzen der in §§. 1. 13 des Gesetzes dem Uferbesitzer gegebenen Befugnisse nicht überschreiten. In diesem Falle greifen lediglich die Bestimmungen des Gesetzes vom 28. Februar 1843 Platz.

Diese aber gewähren den erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes errichteten Triebwerken kein Widerspruchsrecht gegen neue Anlagen zur Wassernutzung, solange sich diese in den allgemeinen gesetzlichen Grenzen halten.

Vgl. Rieberding, Wasserrecht, bearbeitet von Frank, S. 259.“ ...