

**59. Rechtliche Bedeutung der Eichpfahlsetzung. Verzicht auf das
Recht höherer Stauung durch Nichtgeltendmachung desselben bei der
Eichpfahlsetzung.**

I. Civilsenat. Urth. v. 11. Juni 1881 i. S. W. (Rl.) w. Gemeinde S.
(Bekl.) Rep. I. 526/81.

- I. Landgericht Frankfurt a. M.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger, als Eigentümer einer zu Bonames an der Nibda gelegenen Mühle, nimmt auf Grund unvordenklichen Besizes das Recht in Anspruch, dem steinernen Wehre, welches das Wasser der Nibda in einen Mühlkanal zu den Rädern der Mühle leitet, einen entfernbaren und bei einer gewissen Höhe des Wasserstandes zu entfernenden Balken von einem Frankfurter Werkschuh Höhe aufzusetzen. Die auf Anerkennung dieses Rechts beklagte Gemeinde H. bestreitet dasselbe, weil es bei Setzung der die Höhe der erlaubten Wasserstauung bezeichnenden Eichpfähle nicht geltend gemacht worden sei. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen der Revisionsinstanz:

„Das Berufungsgericht stellt fest, daß die bei dem Mühlenwehr des Klägers am rechten und linken Ufer befindlichen Eichpfähle unter Mitwirkung des Gerichtes und Huziehung von Sachverständigen, sowie aller Interessenten, insbesondere des Waters und Vorbesizers des Klägers und des Bürgermeisters der beklagten Gemeinde mit Beobachtung aller Förmlichkeiten am 28. September 1836 und 5. Oktober 1842 gesetzt worden sind; daß hierbei von keiner Seite ein Einwand erhoben und insbesondere ein Recht, auf das Wehr einen Balken aufzusetzen und hierdurch das Wasser höher zu stauen, weder von dem Water des Klägers als damaligem Erbpachter, noch von der Stadt Frankfurt als der damaligen Obereigentümerin der Mühle beanprucht worden ist; daß der Water des Klägers schon vorher am 25. Mai 1840 mit dem Bemerken, das Wehr in seinem damaligen Zustande sichere der Mühle eine hinlängliche Wassermenge, sich damit einverstanden erklärt, daß zur Festhaltung der Höhe des Wehres da, wo es am niedrigsten sei, ebenfalls — wie bereits 1836 an dem höchsten Punkte — ein Eichpfahl gesetzt werde, und daß er auf die anfangs verlangte vorgängige Untersuchung des Wehres durch Sachverständige später verzichtet habe. Auf diese thatsächliche Feststellung gründet das Berufungsgericht sodann den Schluß, daß der Water des Klägers auf ein ihm etwa zustehendes oder bis dahin thatsächlich ausgeübtes Recht, das Wasser der Nibda über die festgesetzte Höhe des Wehres mittels eines Balkens zu stauen, für die Zukunft verzichtet, in die neue Fixierung der Wehrhöhe eingewilligt und sich dem durch die Eichpfahlsetzung neu geschaffenen Zustand unterworfen habe.

Das Berufungsgericht gründet mithin seine Annahme, daß der

Water und Vorbesitzer des Klägers das in Frage stehende Recht, wenn es ihm etwa zugestanden, im Jahre 1842 verloren habe, nicht auf die bloße Thatsache der damaligen Sezung und des jezigen Vorhandenseins von Eichpfählen, sondern auf eine stillschweigende Verzichtleistung desselben. Es verkennt keineswegs, daß der Eichpfahl die Natur eines Beweismittels hat, und daß gegen den dadurch geführten Beweis ein Gegenbeweis stattfinden würde. Vielmehr geht es von der richtigen Ansicht aus, daß bei der unter Zuziehung der Beteiligten stattfindenden Sezung des Eichpfahles von diesen Erklärungen abgegeben werden können, welche, als zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Wasserbenutzungsrechten bestimmt, sich als Rechtsgeschäfte darstellen, und mißt der Nichtgeltendmachung des Rechtes, das Wasser mittels eines Balkens über die Höhe des Wehres hinaus zu stauen, die Bedeutung eines Verzichtes bei.

Die Richtigkeit dieser Annahme kann aus dem Grunde in Zweifel gezogen werden, weil die Sezung eines Eichpfahles nicht notwendig die Feststellung des Umfanges des Rechtes zur Wasserbenutzung betreffe, sondern auch zu dem Zwecke stattfinden könne, nur die Thatsache, in welchem Umfang die Wasserbenutzung bisher stattgefunden habe, festzustellen, folglich auch die Einwilligung des Waters des Klägers nicht notwendig eine Erklärung über den Umfang seiner Berechtigung enthalte, sondern auch als ein bloßes Anerkenntnis der Übereinstimmung des durch den Eichpfahl bezeichneten Wasserstandes mit dem Umfang der bisherigen tatsächlichen Wasserbenutzung aufgefaßt werden könne. Allerdings ist es möglich, daß die Sezung eines Eichpfahles unter Offenhaltung der Rechtsfrage lediglich zur Feststellung des bestehenden tatsächlichen Zustandes vorgenommen wird, wie z. B. die im Jahre 1842 auf den damals kurhessischen Teil des Wasserlaufes der Nidda anwendbare kurhessische Wasserbauordnung vom 31. Dezember 1824 §. 18 bestimmt, daß bei obwaltendem Streite über ein in Anspruch genommenes besonderes Recht der Eichpfahl einstweilen vermittlels einer polizeilichen Maßregel

vgl. Strippelmann, Entsch. des Oberappellationsgerichts zu Kassel Bd. 7 S. 401 Note 71

nach dem Besitzstande gesetzt und den Beteiligten überlassen werden solle, ihre Rechtsansprüche gerichtlich auszuführen. Da nach der Feststellung des Berufungsgerichts schon im Jahre 1836 die Beteiligten

darüber verständigt wurden, daß der Eichpfahl als Merkmal der dormalen bestehenden Höhe des Wehres, sowie zur Verhütung künftiger Veränderungen desselben gesetzt werde, und ebenso im Jahre 1842 im Protokoll bemerkt wurde, die Setzung der Eichpfähle sei zu dem Zweck geschehen, den faktischen Stand des Wehres zu bezeichnen, so kann wohl in Zweifel gezogen werden, ob die Feststellung der damaligen thatsächlich bestehenden Wehrhöhe der einzige Zweck des Geschäftes oder nur das Mittel gewesen sei, den Umfang der Berechtigung gemäß den Erklärungen der Beteiligten für die Zukunft festzusetzen. Das Berufungsgericht hat sich für letztere Annahme entschieden und gründet dieselbe darauf, daß im allgemeinen die Setzung der Eichpfähle den, auch in der Praxis und Wissenschaft anerkannten Zweck habe, zu allen Zeiten ein sicheres Merkmal dafür zu haben, wie hoch die Oberfläche eines Wehres liegen und wie hoch das Wasser gestaut werden dürfe, und daß auch die hier geschehene Eichpfahlsetzung, wie aus den darüber gepflogenen Verhandlungen hervorgehe, keinen anderen Zweck verfolgte.

Die Ansicht des Berufungsgerichts über den Zweck und die rechtliche Bedeutung des Eichpfahles kann nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. Der Eichpfahl, anderwärts Merkpfahl oder Mahlpfahl genannt, wird nach der übereinstimmenden Darstellung der Bearbeiter des Mühlenrechts zu dem Zwecke gesetzt, die Höhe zu bezeichnen, bis zu welcher die Inhaber von Wassermühlen oder anderen Wassertriebwerken den natürlichen Stand des fließenden Wassers durch Stauanlagen zur Vermehrung der Triebkraft desselben erhöhen dürfen.

Vgl. v. Cancrin, Abhandlung von dem Rechte des Eich- oder Sicherpfahls 1788 §. 6 S. 12;

Schilling, Handbuch des Mühlenrechts 1829 §§. 58. 59;

Marbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 7 S. 249 und Heimbach das. Bd. 14 S. 197;

Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei im preussischen Staate 1866 S. 198.

Indem er anzeigt, bis zu welcher Höhe die Stauung erlaubt und über welche hinaus sie nicht gestattet ist, hat er die Bedeutung eines Grenzzeichens (vgl. Strafgesetzbuch §. 274 Nr. 2) und zwar, wenn er unter Mitwirkung der zuständigen Behörde gesetzt ist, was nicht überall für notwendig angesehen wird (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 10 Nr. 126), eines mit allgemeiner Glaubwürdigkeit und Beweiskraft ausgestatteten

öffentlichen Grenzzeichens. Diese Bedeutung hat der Eichpfahl auch nach den Gewohnheiten, welche bezüglich desselben an der Nidda und den übrigen zum Bezirke des vormaligen Kaiserlichen Wassergerichts in der Wetterau gehörigen Gewässern seit alter Zeit in Übung waren.

Vgl. Grimm, Weistümer Bd. 3 S. 463;

Zimmermann in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 6 S. 18. 32. flg.

Es ist demnach gerade der Zweck der Setzung eines Eichpfahles, die Grenze der Berechtigung zur Benutzung des Wassers zu Triebwerken festzustellen, und ist das Berufungsgericht mit Recht hiervon auch bei der Beurteilung des vorliegenden Falles ausgegangen.

Wenn dasselbe sodann erörtert, daß die hier in Rede stehende Eichpfahlsetzung keinen anderen Zweck verfolgte, da es sich darum handelte, der durch das Abhandenkommen der früheren Eichpfähle entstandenen Unsicherheit des Rechtszustandes ein Ende zu machen, und daß dieser Zweck auch dem Vater des Klägers bekannt war, so bewegen sich diese Erwägungen auf dem Gebiete der thatsächlichen Feststellungen, deren Nachprüfung dem Revisionsgerichte nach §. 524 C.P.O. nicht zusteht.

Die Entscheidung, daß der Vater des Klägers durch die Erklärung seines Einverständnisses mit der Setzung der Eichpfähle und die Nichtgeltendmachung einer weitergehenden Berechtigung zur Benutzung des Wassers sich dieser Berechtigung, falls sie ihm zustand, begeben habe, kann demnach als rechtsirrtümlich nicht bezeichnet werden. Es bleibt jedoch noch zu prüfen, ob diese Verzichtleistung mit Recht auch auf die in Anspruch genommene Berechtigung, durch Aufsetzung eines Balkens auf das steinerne Wehr eine höhere Stauung des Wassers zu bewirken, bezogen worden, oder ob derselben nur die Bedeutung beizulegen ist, daß für das steinerne Wehr eine andere als die durch die Eichpfähle bezeichnete Höhe nicht in Anspruch genommen werde.

Ist die Höhe der zulässigen Wasserstauung durch den Eichpfahl festgesetzt, so steht es dem Müller in keiner Weise zu, diese Höhe durch irgend welche Mittel zu überschreiten. Wie es in Ansehung der Berechtigung gleichgültig ist, ob die Stauung bis zu der zulässigen Höhe durch ein steinernes Wehr oder durch Schleusen oder durch eine Verbindung von beiden bewirkt wird, ist auch die Überschreitung der Grenze der Berechtigung ohne Unterschied, ob sie durch eine Erhöhung des steinernen Wehres oder einen hölzernen Aufsatz, durch feste oder beweg-

liche, beständige oder nur zeitweilige Vorrichtungen herbeigeführt wird, immer für unzulässig zu erachten.

Demgemäß nimmt der Kläger das Recht, einen Balken auf das steinerne Wehr aufzusetzen und hierdurch die durch die Eichpfähle bezeichnete Höhe der Stauung zu überschreiten, nicht als eine sich von selbst verstehende Befugnis, sondern als eine durch unvordenklichen Besitz erworbene, besondere Berechtigung in Anspruch. Eben wegen dieser Natur mußte das Recht von dem Vater des Klägers bei Setzung der Eichpfähle, da es sich um Bestimmung der Grenze für die seiner Mühle zustehende Berechtigung handelte, geltend gemacht werden, damit darauf bei Setzung der Pfähle Rücksicht genommen werden konnte. Daß die Eichpfähle nur zu dem Zwecke gesetzt worden seien, um zu bezeichnen, welche Höhe das steinerne Wehr haben dürfe, ist eine willkürliche Unterstellung. Vielmehr ist es die Bestimmung des Eichpfahles, die Höhe zu bezeichnen, bis zu welcher, gleichviel durch welche Mittel, das Wasser gestaut werden darf. Hiermit übereinstimmend nimmt auch Marbach (a. a. O. Bd. 7 S. 249) an, daß an dem Eichpfahl „die Höhe, bis zu welcher das Wasser durch Aufsätze von Brettern auf das Wehr oder durch andere Vorkehrungen getrieben werden darf, genau anzugeben ist“.

Es ist nun festgestellt, daß zur Zeit der Setzung der Eichpfähle weder ein Holzbalken auf dem steinernen Wehr sich befand, noch die Berechtigung, einen solchen aufzusetzen, von dem Vater des Klägers bei den Verhandlungen zum Zweck der Eichpfahlsetzung in Anspruch genommen worden ist. Dem Umstande aber, daß damals die zur Befestigung des hölzernen Aufsatzes dienenden eisernen Dollen im Wehre vorhanden waren, ist keine Bedeutung beizulegen. Abgesehen davon, daß nicht festgestellt ist, ob diese Vorrichtung beim Setzen der Eichpfähle wahrgenommen wurde oder doch wahrgenommen werden konnte, war aus dem bloßen Vorhandensein derselben nicht zu entnehmen, daß ein Recht zur Benutzung der Dollen zur Anbringung eines hölzernen Aufsatzes in Anspruch genommen werde, und am wenigsten, in welchem Umfang, d. h. bis zu welcher Höhe ein solches Recht beansprucht werde.

Unter diesen Umständen erscheint der Schluß des Berufungsgerichts, daß der Vater des Klägers durch sein Verhalten bei Setzung des Eichpfahles auch des Rechtes, auf dessen Anerkennung die gegenwärtige Klage gerichtet ist, sich begeben habe, als nicht fehlbar. . . .