

34. 1. Unter welchen Voraussetzungen kann ein ausschließliches Benutzungsrecht an einem Gewässer durch unbordenkliche Verjährung erworben werden?

2. Hat der Eigentümer des an einem fließenden Gewässer liegenden Grundstückes das Recht, von dem oberen Anlieger zu verlangen, daß er das von ihm nicht verbrauchte Wasser in den Fluß oder Bach zurückschleite?

III. Civilsenat. Urth. v. 9. Januar 1883 i. S. M. (Kl.) w. P. u. Gen. (Bekl.) Rep. III. 360/82.

I. Landgericht Kiel.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Revision des Klägers ist für begründet erachtet aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

... „An beiden Ufern des Krumbek, eines kleinen durch die Feldmark Lentförden fließenden Baches, liegen Wiesen, welche verschiedenen Eigentümern gehören. Bei dem Punkte A der Handzeichnung ist die auf

der linken Seite des Krumbeck befindliche Wiese Nr. 73 Eigentum des Klägers, die auf der rechten Seite befindliche Nr. 75 Eigentum des Beklagten. Die früheren Besitzer dieser beiden Wiesen haben am 1. Juli 1779 einen Vergleich unter einander geschlossen, laut dessen jeder von ihnen befugt sein sollte, die Hälfte des Krumbeckwassers auf seine Wiese abzuleiten. Dieser Abmachung entsprechend sind damals bei dem Punkte A Stauvorrichtungen angebracht, durch welche die eine Hälfte des Wassers in den Graben B auf die Wiese des Beklagten geleitet wurde. Weitere, unterhalb im Graben B befindliche Stauvorrichtungen vermittelten, daß das zur Veriefelung nicht verbrauchte Wasser kurz vor der Grenze der beklaglichen Wiese in den Krumbeck zurückfloß. Dieser Zustand hat, wie Kläger behauptet, im wesentlichen unverändert bis zum Jahre 1878 bestanden. Um diese Zeit soll Beklagter die auf seiner Wiese am unteren Ende des Grabens B befindlichen Stauvorrichtungen verändert, und dadurch bewirkt haben, daß das nicht verbrauchte Wasser, anstatt in den Krumbeck zurückzukehren, östlich abfloß, und so über einen Feldweg nach der Wiese des Intervenienten W., Nr. 57, und von dieser in den Ohlaubach gelangte. — Der Kläger besitzt außer der oben gedachten Wiese Nr. 73 noch eine zweite am Krumbeck weiter unterhalb belegene Wiese Nr. 59. Durch die Veränderung der Stauvorrichtungen in dem Graben B wird dieser Wiese das bei A aus dem Krumbeck abgeleitete und vom Beklagten nicht verbrauchte Wasser entzogen. Kläger will hierdurch geschädigt sein. Er nimmt das Recht in Anspruch, daß Beklagter das zur Wiesenbewässerung nicht verwendete Wasser wieder in den Krumbeck zurückleitet, und bittet, den Beklagten zu verurteilen, die zerstörten Stauvorrichtungen wiederherzustellen, eventuell auf andere Weise das nicht verbrauchte Wasser in den Krumbeck zurückzuführen. Er hat diesen Anspruch bereits früher unter dem rechtlichen Gesichtspunkte einer ihm zustehenden Servitut gegen den Beklagten verfolgt, ist jedoch rechtskräftig abgewiesen. Die jetzige Klage stützt er teils auf Chifane des Beklagten, teils auf die jedem Anlieger an einem Bache nach partikularem und nach gemeinem Rechte zustehende Befugnis der Mitbenutzung des Wassers.

Beide Instanzrichter halten den Anspruch des Klägers für unbegründet.

Von den Entscheidungsgründen des Berufungsrichters ist derjenige,

welcher sich auf Anwendung der Wasserlösungsordnung vom 16. Juli 1857 (Gesetz- und Ministerialblatt für Holstein und Lauenburg von 1857 S. 208) stützt, nach §. 511 C.P.D. nicht revisibel. . . .

Der Grund, weshalb der Berufungsrichter die auf gemeines Recht gestützte Klage abweist, geht dahin, daß der Beklagte durch unvordenkliche Verjährung ein Recht erworben habe, das von ihm bei dem Punkte A abgeleitete Wasser des Krumbek beliebig zu benutzen. An sich erscheint es nicht unzulässig, daß jemand durch Immemorialverjährung Privatrechte an fließenden Gewässern, auch wenn sie, wie hier der Berufungsrichter unterstellt, zu den öffentlichen gehören, erwerben kann. Mit Recht wirft jedoch der Kläger dem Berufungsrichter vor, daß die Motivierung seiner Entscheidung gegen die Grundsätze über den Erwerb von Rechten durch Immemorialverjährung verstößt. Der Berufungsrichter geht, in Übereinstimmung mit dem ersten Richter, davon aus, daß der Beklagte durch die von ihm und seinen Vorbesitzern seit unvordenklicher Zeit geschehene Benutzung des abgeleiteten Wassers ein Sonderrecht auf beliebigen Gebrauch oder Verwendung desselben erworben habe. Er legt namentlich auf den Vergleich vom 1. Juli 1779 Gewicht, weil durch diesen die Teilung des Wassers ohne Rücksicht auf die unterliegenden Anlieger lediglich zum Vorteile der beiden Kontrahenten erfolgt sein müsse. Zutreffend macht jedoch der Kläger hiergegen geltend, daß die Befugnis, andere Gleichberechtigte von der Benutzung des Wassers auszuschließen, nur dann durch Immemorialverjährung erworben werden kann, wenn die Benutzung eine ausschließende gewesen ist. Es muß ein Rechtszustand dargethan werden, welcher durch erkennbare Thatfachen nach außen das Merkmal der Ausschließlichkeit dritten Gleichberechtigten gegenüber seit Menschengedenken manifestiert (vgl. Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 2 Celle; Bd. 32 Nr. 299 Berlin). Einen derartigen Rechtszustand hat hier der Berufungsrichter nicht festgestellt. Die Bezugnahme auf den Vergleich vom 1. Juli 1779 geht fehl. Dieser Vergleich konnte nur Rechte zwischen den Kontrahenten schaffen, nicht aber das Recht der gar nicht zugezogenen unterhalb liegenden Wiesenbesitzer ändern. Der Vergleich ergibt auch deutlich, daß durch denselben nur der Streit zwischen den damaligen beiden Anliegern bei dem Punkte A über das von jedem derselben abzuleitende Wasserquantum geregelt werden sollte und geregelt ist. Der Zustand, welcher nach dem Vergleiche, wie Kläger behauptet, bis 1878 bestanden

hat, enthielt keine Verletzung des klägerischen Rechtes als Eigentümer einer unterhalb liegenden Wiese, da die bis zu jener Zeit bestehenden Stauvorrichtungen ihm die Benutzung des vom Beklagten nicht verbrauchten Wassers gewährten. Die Ausübung der Benutzung durch den Beklagten und seine Vorbesitzer war deshalb keine andere ausschließende, und es kam ihm also auch nicht ein ausschließliches Sonderrecht an dem bei A abgeleiteten Wasser durch Immemorialverjährung erworben sein.

Da das Urteil des Berufungsrichters allein auf diesem nicht haltbaren Grunde beruht, so ist es gemäß §. 527 C.P.D. aufzuheben, und eine Untersuchung geboten, ob die vom Kläger in Anspruch genommene Befugnis in dem gemeinen Rechte eine gesetzliche Stütze findet. Diese Frage muß bejaht werden.

Das römische Recht unterscheidet zwischen der fließenden Welle (*agua profluens*) und dem Bette und Ufer des Gewässers. Erstere, auf welche es hier allein ankommt, wird bei Flüssen und Bächen als *res communis*, also als eine Sache, deren Benutzung jedem freisteht, bezeichnet. Aus diesem gleichen Anrechte aller leitete das römische Recht eine Reihe von Beschränkungen für die Gebrauchsbefugnisse der einzelnen Uferbesitzer her. So wird in der l. 17 Dig. de servit. 8, 3 eine Teilung des Wassers unter den einzelnen Besitzern angeordnet:

Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio jure quis plus sibi datum ostenderit. Item rescripserunt, aquam ita demum permitti duci, si sine injuria alterius id fiat.

Ferner war die Änderung des natürlichen Wasserlaufes, namentlich durch Abzugsgräben, verboten, und beim Zuwiderhandeln das *interdictum ne quid in flumine publico fiat* begründet; so heißt es in l. 1 §§. 4. 5 Dig. ne quid in flum. publico 43, 13:

Si quis ex rivo tecto per apertum ducere velit, vel contra, qui ante aperto duxit, nunc operto velit, interdicto teneri placuit, si modo hoc factum ejus incommodum circa colentibus afferat.

Simili modo, et si incile ducat, aut alio loco fiat, aut si alveum fluminis mutet, hoc interdicto tenebitur.

Die Worte des Interdicts: „*aliter fluat*“ wurden sehr weit ausgelegt; l. 1 §. 3 Dig. 43, 13 sagt:

Quod autem (Praetor) ait: „aliter fluat“, non ad quantitatem aquae fluentis pertinet, sed ad modum et ad rigorem cursus aquae referendum est.

Ähnliche Aussprüche enthalten l. 1 §. 4 Dig. de aq. et aq. pluv. arc. 39. 3; l. 2 Cod. de lege Aquil. 3, 35; l. 7 Cod. de serv. 3, 34; l. 4 Cod. de aq. duct. 11, 42. Auf den Umstand, ob das Gewässer schiffbar ist, kommt es nicht an. Schon Sabeo gab das Interdikt bei fluminibus non navigabilibus (l. 1 §. 12 Dig. de fluminibus 43, 12) als utile.

Ebensowenig bestand nach der richtigen Meinung hinsichtlich der hier zu entscheidenden Frage, nämlich der Benutzung des fließenden Wassers (aqua profluens) durch die Uferbesitzer, im römischen Rechte ein Unterschied zwischen Flüssen und Bächen. Auch bei letzteren gehörte das fließende Wasser zu den res communes. Inwiefern andere Rechtsgrundsätze bei Quellen und solchen Privatgewässern, welche vollständig vom Eigenthume eines Grundbesitzers umschlossen sind, eintreten, braucht bei Lage der Sache nicht untersucht zu werden.

Vgl. die Ausführungen von Brückner in Hirth, Annalen, 1877 S. 5; Börner im Archiv f. civ. Pr. Bd. 38 S. 155. 377; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon s. v. Wasserrecht S. 89 flg.; Endemann, Wasserrecht, S. 53.

Die weitere Streitfrage, ob und inwiefern die Grundsätze des römischen Rechtes auf dem Gebiete des Wasserrechtes durch das deutsche Recht modifiziert worden sind, bedarf im gegebenen Falle ebenfalls keiner Erörterung, da der Rechtsatz, daß jeder obere Anlieger sein Recht auf Ableitung und Nutzung des Wassers nur unter Schonung des gleichen Rechtes des unteren Anliegers ausüben darf, beiden Rechten gemeinsam ist.

Als eine Konsequenz der hiernach gesetzlich bestehenden Beschränkung des oberen Anliegers in seiner Nutzung des Wassers beansprucht Kläger, daß der Beklagte das von ihm nicht gebrauchte abgeleitete Wasser dem Krumbek wieder zuführe, damit es seiner (des Klägers) unterhalb belegenen Wiese Nr. 59 zu gute komme. Auch diese Forderung muß für begründet erachtet werden. Wollte man der Ansicht zustimmen, daß das abgeleitete Wasser in das Eigenthum des Ableitenden übergeht, und daß dieser mithin über das nicht verbrauchte Wasser frei verfügen dürfe, so würde von einem Mitbenutzungsrechte des unteren Anliegers keine Rede sein, sondern lediglich das Belieben des ersteren

darüber entscheiden, ob er dem letzteren, selbst durch Änderung des natürlichen Wasserlaufes den Gebrauch des Wassers ganz entziehen will. Es ist denn auch von der Doktrin und zwar sowohl von Lehrern des römischen als des deutschen Rechtes¹ überwiegend als Rechtsgrundsatz anerkannt, daß — abgesehen von wohlerworbenen Sonderrechten — der obere Anlieger wegen seines beschränkten Gebrauchsrechtes das von ihm nicht benutzte abgeleitete Wasser im Interesse des unteren Anliegers dem Flusse oder Bache wieder zuführen muß. Derselbe Grundsatz findet sich mehr oder minder bestimmt in einer Reihe von Urteilen der früheren höchsten deutschen Gerichtshöfe ausgesprochen,² und er hat endlich durch die neuere Gesetzgebung in den bedeutendsten deutschen Bundesstaaten gesetzliche Sanktion erhalten. So bestimmt das preussische Gesetz vom 28. Februar 1843 (G.S. 1843 S. 41) in §. 13:

„Das dem Uferbesitzer nach §. 1 zustehende Recht zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers unterliegt der Beschränkung, daß . . . 2. das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeführt werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt.“

Ähnliche Bestimmungen finden sich in der Wiesenordnung für den Kreis Siegen vom 28. Oktober 1843, in dem hannoverschen Gesetze über Entwässerung vom 22. Aug. 1847 (G.S. 1847 S. 263), in dem bayerischen Gesetze vom 28. Mai 1852 (G.Bl. S. 490), und in dem gothaischen Gesetze vom 14. April 1859 §§. 17. 18 (G.Bl. Bd. 10

¹ Vgl. Bessler, Deutsches Privatr. S. 197; Walter, Deutsches Privatr. S. 174; Kluntzschli, Deutsches Privatr. S. 77 N. 3; Gerber, Deutsches Privatrecht S. 61; Eichhorn, Einleitung S. 278 V.; Stobbe, Deutsches Privatr. 2. Ausg. Bd. 1 S. 64 S. 534 flg.; Kanda, Beitr. z. österr. Wasserrecht 2. Ausg. S. 39; Gruchot, Beitr. Bd. 6 S. 257; Bülow und Pagemann, Prakt. Erört. Bd. 1 S. 53. 57; Buri, Archiv f. civ. Pr. Bd. 18 S. 45; Elbers, Themis 1841 S. 444; Börner, Arch. f. civ. Pr. Bd. 38 S. 377; Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. Bd. 14 S. 189; Endemann, Das ländl. Wasserrecht S. 46. 53 Brückner in Hirth, Annalen 1877 S. 7 flg., 9 flg.; Holzschuher, Theorie und Kasuistik 2. Ausg. Bd. 2 S. 103; Rappeler, Der Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufes S. 72.

² Vgl. in Seuffert, Archiv die Urteile der früheren höchsten Gerichtshöfe zu München Bd. 5 No. 140; Celle Bd. 9 No. 259; Berlin Bd. 10 No. 9 und Bd. 32 No. 299; Stuttgart Bd. 14 No. 201; Darmstadt, Bd. 18 No. 7 und Bd. 30 No. 114; Rassel Bd. 21 No. 201; Rostock Bd. 23 No. 104 und Bd. 27 S. 204 und Dresden Bd. 27 No. 206. D. C.

§. 561, ausgedehnt auf Koburg durch Gesetz vom 7. Februar 1871). Auch die provisorische Verfügung für die Geesdistrifte in Schleswig, betreffend die Ableitung und Benutzung des Wassers, vom 6. September 1863 (Chron.S. 1863 S. 232) enthält in §. 50 denselben Rechtsgrundsatz.

Der Anspruch des Klägers, daß der Beklagte das von ihm abgeleitete nicht verbrauchte Wasser von seiner Wiese Nr. 75 in den Krumbek zurückleitet, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt, muß aus diesen Gründen nach gemeinem Rechte an sich für berechtigt anerkannt werden." . . . (Es wird dann weiter ausgeführt, daß die thatsächlichen Grundlagen zu einer Endentscheidung noch nicht vorliegen.)