

50. 1. Inwieweit kann der Müller gegen Oberlieger wegen Wasserentziehung mit der Unterlassungsklage vorgehen?  
2. Inwieweit kann er diese Klage auf eine vorhandene Staumarke stützen?

Preuß. Wassergesetz vom 7. April 1913 (GS. S. 53) §§ 41 Nr. 2, 42.  
Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843  
(GS. S. 41) § 16 b.

V. Zivilsenat. Urtr. v. 11. November 1916 i. S. G. u. Gen. (Rl.) w. Sch. (Bekl.). Rep. V. 213/16.

I. Landgericht Oppeln.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Kläger sind Eigentümer der am Pr. Schloßteich in Pr. gelegenen Wassermühle, die schon vor dem Inkrafttreten des preussischen Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843 bestand und mit einer am 23. August 1836 gesetzten, am 30. Mai 1914 erneuerten Staumarkte (Sicher- und Merkpfahl, jetzt Merkbolzen) versehen ist. Die Mühle erhält ihr Wasser durch den Pr. Bach, an dessen Oberläufe zur Regelung des Wasserzufflusses durch den früheren Besitzer der jetzigen fiskalischen Domäne mehrere Sammelteiche angelegt worden sind. Der eine dieser Teiche, N. teich genannt, war 1 km oberhalb der Mühle hart am Ufer des Baches, von diesem durch einen Damm geschieden, in der Art eingerichtet worden, daß er sein Wasser durch eine im Damm angebrachte Schleuse (Schütze) aus dem Bach erhielt und das überflüssige Wasser durch ein am entgegengesetzten Ufer angebrachtes Überfallwehr an einen andern Graben, den L. graben, abgab. Auch die Wasserhaltung im N. teich war am 23. August 1836 durch einen Merkpfahl geregelt worden. Da die Teiche gleichzeitig zur Fischwirtschaft benutzt werden sollten, wurde, um die Ablassung des Wassers zu ermöglichen, auf dem Grunde des 3 m tiefen N. teiches eine nach dem L. graben führende Abflußrinne gebaut, die durch einen senkrechten Pfahl, später durch eine senkrechte Röhre, den sog. Mönch, geschlossen gehalten wurde. Die ganze Einrichtung geriet dann aber in Verfall. Der Trennungsdamm und das Überfallwehr sowie der Merkpfahl verschwanden, die Pr. floß nunmehr durch den N. teich, und die Regelung der Wasserhaltung übernahm nach den Behauptungen des Beklagten seither der im Herbst 1908 bei einer Erneuerung bereits verkürzte Mönch, dessen oberer Teil nach diesen Behauptungen aus beweglichen Brettern (Vorfaßbrettern) bestehen soll.

Der Beklagte ist von der fiskalischen Forstverwaltung, der die Unterhaltung der Teichdämme, Wege, Brücken, Stau- und Abflußvorrichtungen obliegt, mit der Verwaltung der Teiche beauftragt und hat auch die Fischerei der Teiche gepachtet, will aber den N. teich seit

dem Herbst 1912 mit Fischen nicht mehr besetzt und auch nicht mehr besischt haben. Im Sommer 1914 forderte er, angeblich im Auftrage der Regierung, behufs gründlicher Revision und „eventueller“ Ausbesserung der Abflusrinne von den Klägern die Einwilligung zur vollständigen Ablassung des Teiches. Die Kläger wollten sich dies nur drei Tage lang unentgeltlich gefallen lassen und forderten darüber hinaus für den Stillstand der Mühle Entschädigung, wie sie ihnen in ähnlichen Fällen schon früher seit dem Verfall des Trennungsdammes beim Ablassen des Teiches gewährt worden sei. Der Beklagte, nach dessen Angaben der Stillstand 8 bis 10 Tage dauern sollte, verweigerte die Entschädigung und unterließ die beabsichtigte Untersuchung der Abflusrinne, wobei er bemerkte, die Kläger würden dann mehr Schaden haben.

Nach der Behauptung der Kläger, die dies als Drohung aufsaßen, hat der Beklagte bald darauf die oberen Bretter des Mönches (gewaltsam durch Abreißen) entfernen lassen und durch diese Verkürzung des Mönches bewirkt, daß ein Teil des Rußwassers der Mühle zwecklos in den L. graben abließ und der Mühle entzogen wurde. Die Schädigung haben die Kläger auf 5 *M* täglich angegeben und gegen den Beklagten wegen seiner widerrechtlichen Handlungsweise Klage erhoben mit dem Antrag, er solle verurteilt werden: 1. das Abflußrohr (den Mönch) soweit zu erhöhen, daß sein oberer Rand die frühere Höhe wieder erreiche, d. h. die Höhe des Merkholzens in der Mühle, 2. bei Vermeidung einer Strafe von je 100 *M* es zu unterlassen, künftig durch irgend welche Vorrichtungen mehr Wasser abzulassen, als die Einhaltung des Wasserstandes am Merkholzen dies erfordere.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kläger ist vom Oberlandesgerichte zurückgewiesen, auf ihre Revision aber ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Das Landgericht hatte die Klageabweisung damit begründet, daß die Klage nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Staat hätte erhoben werden müssen. Denn dem Beklagten sei eine Verletzung seiner Amtspflichten zur Last gelegt und die Haftung dafür sei nach § 1 des preuß. Gesetzes vom 1. August 1909 (über die

Haftung für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt) jetzt dem Staate auferlegt, dem seinerseits der Rückgriff gegen den Beamten zustehe. Diese Ausführungen hat der Berufsrichter mit Recht als unzutreffend bezeichnet, denn abgesehen davon, daß die Klage davon ausging, der Beklagte habe in seiner Eigenschaft als Fischereipächter gehandelt, kam auch keine Ausübung der öffentlichen Staatsgewalt, sondern höchstens die Wahrnehmung vermögensrechtlicher (fiskalischer) Interessen des Staates in Frage. Daß etwa polizeiliche Befugnisse in Ansehung des Teiches dem Beklagten übertragen gewesen wären und daß er in Ausübung solcher Befugnisse gehandelt hätte, hat er selbst nicht behauptet. Von den Klägern werden ihm rechtswidrige Handlungen zur Last gelegt, und solchen Handlungen können die Kläger, je nachdem Verschulden vorliegt oder nicht, mit der Klage aus der unerlaubten Handlung oder mit der negatorischen Klage (s. darüber Entsch. des preuß. Obertr. Bd. 60 S. 30, Bd. 75 S. 313, MZB. Bd. 13 S. 57, Bd. 26 S. 294, Bd. 38 S. 277, ferner Bd. 60 S. 6 und die ungedruckten Urteile vom 19. März 1910 V 282/09, vom 4. März 1916 V 401/15 und vom 30. September 1916 V 167/16) entgegen treten. Beide Klagen richten sich, wenn ein Beamter die unerlaubte Handlung oder die Störung vornimmt, in erster Linie gegen ihn selbst.

Aber auch der Grund, der den Berufsrichter dazu geführt hat, ohne Erörterung der dem Beklagten zur Last gelegten widerrechtlichen Handlungen die Klage abzuweisen, ist nicht stichhaltig. Der Berufsrichter hat anerkannt, daß die Kläger, deren Mühle lange vor dem Jahre 1843 bestand, ein gesetzlich geschütztes Recht auf das zum Mühlenbetrieb im damaligen Umfange notwendige Wasser besitzen (WR. II, 15 § 246; Privatflußgesetz vom 28. Februar 1843 § 16 zu b; Wassergesetz vom 7. April 1913 § 41 Nr. 2, § 42). Er hat es aber zur Berufung auf diese und die sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften, sowie auf die Vorschriften der §§ 823 fgg., 1004, 1027 BGB. für notwendig erachtet, daß die Kläger die Wassermenge, auf die sie danach Anspruch haben, und die Verkürzung dieser Wassermenge näher darlegen und nachweisen. Die Berufung auf den Merkholz in ihrer Mühle genüge nicht, da dieser nur den Höchstwasserstand, nicht aber den Mindestwasserstand bezeichne, im

übrigen auch für den 1 km oberhalb gelegenen Teich nicht maßgebend sein könne. Die vermifste Darlegung sei auch durch Ausübung des Fragerechts nicht zu beschaffen gewesen, und deshalb sei die Klage abzuweisen.

Dabei ist zunächst übersehen, daß eine nähere Beschreibung der Mühleneinrichtung, die für die Berechnung der notwendigen Wassermenge ohne Rücksicht auf den wirklichen Betrieb und auf spätere Verbesserungen maßgebend war (vgl. Entsch. des preuß. Obertr. Bd. 35 S. 173/7, des RGr. in Gruch. Beitr. Bd. 31 S. 418 und Rep. V 267/11, des Oberverwaltungsger. in der Jur. Wochenschr. 1908 S. 638), in der von den Klägern dem Berufungsrichter überreichten Verhandlung vom 23. August 1836 enthalten war. Sodann ist es aber auch unrichtig, daß die Kläger sich auf den Merkbolzen nicht berufen können. Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, daß die Staumarkte nur den Zweck hat, die Aufstauung des Wassers über das vorgeschriebene Maß zu verhindern, und daß sie keine Gewähr dafür bietet, daß das Wasser den zulässigen Stand auch immer erreicht. Dem wirken unter Umständen sowohl die natürlichen Wasser- verhältnisse als auch die Nutzungsrechte, die den Oberliegern nach gesetzlicher Vorschrift zustehen, entgegen. Diesen Nutzungsrechten gegenüber kann dem Müller der Merkbolzen nichts nützen, ihnen gegenüber muß er den vom Berufungsrichter erforderten Beweis führen. Soweit indessen natürliche Verhältnisse oder Rechte Dritter nicht entgegenstehen, hat der Mühlenbesitzer Anspruch auf die ihm zufließende Menge von Nutzwasser bis zur Grenze der Staumarkte. Unbefugtes und nutzloses Ableiten des Wassers, wie es hier behauptet ist, braucht er nicht zu dulden und solchen Handlungen gegenüber braucht er auch keinen weiteren Beweis zu führen, weil sein Recht klar liegt. Demnach hätte der Berufungsrichter auf die Sache näher eingehen und die Handlungen, die dem Beklagten zur Last gelegt, von ihm jedoch in erster Linie überhaupt bestritten worden sind, näher erörtern und prüfen müssen. Wenn sich herausstellen sollte, daß der Beklagte, wie er später behauptet hat, nur den Wasserstand der früheren Staumarkte im Teiche wiederherstellen oder berechtigten Beschwerden der Oberlieger über unzulässigen Rückstau abhelfen wollte, ist es seine Sache, darzulegen, daß er sich innerhalb der zulässigen Grenzen gehalten hat und nicht unter den Stand, den der früher gesetzte, durch

---

Nachlässigkeit der Reichsverwaltung abhanden gekommene Merkpfehl vorgefchrieben hatte, bei feiner durch Verkürzung des Mönches vorgenommenen Wasserableitung hinuntergegangen ift.“ . . .