

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 247/96

Verkündet am:
11. Dezember 1997
T h i e s i e s
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WürttFischereiG Art. 1 v. 27. November 1865 (RegBl 1865, 499);
WürttWasserG Art. 1, 30, 31 ff v. 1. Dezember 1900 (RegBl 1900,
921);
BadWürttWasserG § 2 v. 25. Februar 1960 (GBI 1960, 17);
BadWürttFischereiG §§ 4, 6 v. 14. November 1979 (GBI 1979,
466);
ZPO § 549 Abs. 1

- a) Ein im vorigen Jahrhundert von einem öffentlichen Fließgewässer in Württemberg abgezweigter Mühlkanal und dessen unter der Geltung des württembergischen Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 angelegte Fortführung (Verlängerung des alten Kanals mit anschließendem Stausee), deren Wasser in vollem Umfang wieder dem öffentlichen Fluß zugeleitet wird, sind öffentliche Gewässer auch dann, wenn

zeitweise der Ablauf aus dem Stausee abgesperrt und das Wasser gespeichert wird, um die Leistung eines aus dem Stausee gespeisten Kraftwerks zu erhöhen (sog. Schwell- oder Speicherbetrieb).

- b) Das Fischereirecht an dem neu entstandenen Gewässer steht nach württembergischem Recht dem Inhaber des Fischereirechts am Hauptgewässer (Fluß) zu, nicht dem Eigentümer der Grundstücke, auf denen Verlängerungskanal und Stausee errichtet wurden.

BGH, Urt. v. 11. Dezember 1997 - III ZR 247/96 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

- 3 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne, die Richter Dr. Werp, Streck, Schlick und die Richterin Ambrosius

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 20. August 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 8. Dezember 1995 zum Nachteil der Kläger abgeändert worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 8. Dezember 1995 wird insgesamt zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten und des zweiten Rechtszuges haben die Kläger zu 1 und 2 je 0,65 v.H., der Kläger zu 3 2 v.H., der Kläger zu 4 16,7 v.H. und die Beklagte 80 v.H. zu tragen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand

Die Parteien streiten um das Fischereirecht an einem Nebengewässer des Kochers.

Die Kläger sind Inhaber im Grundbuch eingetragener (alter) grundstücksgleicher Fischereigerechtigkeiten am Kocher, einem öffentlichen Fließgewässer in Württemberg. Die Beklagte, ein Energieversorgungsunternehmen, ist eingetragene Eigentümerin neben dem Kocher gelegener Grundstücke, auf denen ihr Rechtsvorgänger in den 20er Jahren im Zuge der Errichtung eines Kraftwerks unter Einbeziehung und in Verlängerung eines vom Kocher abzweigenden, schon 1849 vorhandenen ehemaligen Mühlkanals einen weiterführenden neuen Zulaufkanal mit anschließendem Stausee anlegte. Von dort wird das Wasser, dessen Auslauf am Ende des alten Mühlkanals zum Kocher hin verschlossen wurde, durch einen Stollen zum Kraftwerk geführt und dann in den Kocher zurückgeleitet. 1938 wurde im Bereich des Stausees ein Grundablaß zum Kocher hin errichtet. Im gleichen Jahr wurde das zunächst im sog. Schwell- oder Speicherbetrieb arbeitende Kraftwerk auf Dauerbetrieb umgestellt.

Die Kläger, für die Fischereirechte auch am Zulaufkanal nebst Stausee grundbuchlich eingetragen sind, haben vorgetragen, ihre unstreitig am Hauptgewässer Kocher bestehenden selbständigen Fischereirechte erstreckten sich in entsprechendem Umfang auch auf den neben dem Kocher verlaufenden Zulaufkanal und den Stausee, die wie der Kocher selbst und auch der alte Mühlkanal öffentliche Gewässer seien. Die Beklagte

hat demgegenüber geltend gemacht, Zulaufkanal und Stausee seien in Ermangelung eines ständig fließenden Ablaufs Privatgewässer, an denen ihr als Eigentümerin das Fischereirecht zustehe.

Mit der Klage haben die Kläger, soweit im Revisionsrechtszug noch von Interesse, die Feststellung ihrer Fischereiberechtigung am Zulaufkanal und am Stausee verlangt. Die Beklagte hat Widerklage auf Löschung der insoweit im Grundbuch eingetragenen Fischereirechte der Kläger erhoben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben.

Dagegen richtet sich die Revision der Kläger, der die Beklagte entgegentritt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Kläger ist begründet. Sie führt unter entsprechender Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

I.

Das Berufungsgericht hat, anders als das Oberlandesgericht im Grundbuchverfahren (OLG Stuttgart BWNotZ 1994, 125), angenommen, bei dem von dem Rechtsvorgänger der Beklagten in den 20er Jahren erstellten Zulaufkanal mit Stausee habe es sich um ein Privatgewässer gehandelt, an dem jetzt die Beklagte als Eigentümerin fischereiberechtigt sei. Da das Kraftwerk seit Betriebsbeginn im Jahre 1924 bis gegen Ende der 30er Jahre regelmäßig nur tagsüber, zur Deckung des anfallenden Energiespitzenbedarfs, im sog. Schwell- oder Speicherbetrieb genutzt worden sei, habe kein öffentliches Gewässer im Sinne des damals geltenden Art. 1 des württembergischen Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 (Württ. WassG, Württ. Reg.Bl. S. 921) vorgelegen. Es habe an einem ständig fließenden Abfluß gefehlt, weil dieser vor allem in den Nachtstunden immer wieder abgesperrt worden sei. Die 1938 erfolgte Umstellung des Kraftwerks auf Dauerbetrieb habe an dem zugunsten des Rechtsvorgängers der Beklagten entstandenen Fischereirecht im Kanal und Stausee nichts geändert.

Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

II.

Zwischen den Parteien ist außer Streit, daß die Kläger seit alters her Inhaber selbständiger (grundstücksgleicher) Fischereigerechtigkeiten am Kocher sind. Diese Fischereirechte sind bei Inkrafttreten des Fischereigesetzes für Baden-Württemberg vom 14. November 1979 (BWFischG - BW GBl. S. 466) am 1. Januar 1981 nach § 6 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes aufrechterhalten geblieben.

Wer Inhaber des Fischereirechts an den streitigen Nebengewässern des Kochers geworden ist, dem von dem Rechtsvorgänger der Beklagten in den 20er Jahren auf eigenen Grundstücken angelegten Zulaufkanal mit Stausee, beurteilt sich nach dem damals geltenden Recht, hier nach dem württembergischen Gesetz über die Fischerei vom 27. November 1865 (Württ. FischG - Württ. Reg.Bl. S. 499) und dem ergänzend heranzuziehenden württembergischen Wassergesetz vom 1. Dezember 1900 (Württ. WassG - Württ. Reg.Bl. S. 921). Diese Vorschriften sind revisibel (Senat BGHZ 122, 93, 97 ff).

Nach württembergischem Recht ist dabei zwischen privaten und öffentlichen Gewässern zu unterscheiden. An Privatgewässern ist grundsätzlich der Eigentümer des Gewässerbetts Fischereiberechtigter, an öffentlichen Gewässern der Staat, wenn kein anderer den Erwerb des Fischereirechts kraft Verleihung oder unvordenklicher Verjährung nachweisen kann (Senat BGHZ 122, 93, 99 ff, 102 ff m.w.N.). Fischereirechte sind

nach Art. 30 Abs. 6 Württ. WassG Berechtigungen des Privatrechts.

Für die Zeit seit dem 1. Januar 1981 gilt das Fischereigesetz für Baden-Württemberg. § 4 Abs. 2 BWFischG bestimmt, daß den Inhabern der Fischereirechte am Hauptgewässer das Fischereirecht auch an Nebenarmen, Ersatzstrecken, Flutkanälen und anderen Kanälen, die sich mit dem Hauptgewässer wieder vereinigen, im Verhältnis der Fläche und entsprechend der räumlichen Lage ihrer Fischereirechte zusteht.

III.

Die streitigen, zwischen 1920 und 1930 künstlich angelegten neuen Gewässer sind entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts von Beginn an, also auch in der Zeit seit ihrer Entstehung bis zur Umstellung des Kraftwerks auf Dauerbetrieb Ende der 30er Jahre, ungeachtet des am Gewässerbett bestehenden Privateigentums des Rechtsvorgängers und jetzt der Beklagten als öffentliche Gewässer anzusehen.

1. Nach Art. 1 Abs. 1 Württ. WassG sind öffentliche Gewässer die in natürlichem oder künstlichem Bett ständig fließenden Gewässer sowie diejenigen Seen, welche einen in gleicher Weise ständig fließenden Ablauf haben. Diese Voraussetzungen sind sowohl für den Zulaufkanal als auch für den Stausee von Anfang an erfüllt.

a) Der in die neue Anlage einbezogene alte, schon 1849 vorhandene Mühlkanal zweigt vom Kocher ab und nimmt ständig Wasser von ihm auf. Bis zum Verschließen des Auslaufs am Ende des Mühlkanals im Zuge der Baumaßnahmen in den 20er Jahren führte der Mühlkanal sein gesamtes Wasser wieder unmittelbar dem Kocher zu. Seither fließt das Wasser durch den weiterführenden neuen Zulaufkanal in den sich anschließenden Stausee, von dem aus es durch einen Stollen zum Kraftwerk geführt und dann in den Kocher zurückgeleitet wird. Seit 1938 ist im Bereich des Stausees ein Grundablaß unmittelbar zum Kocher hin dazugekommen.

b) Nach württembergischem Recht ist anerkannt, daß ein künstlich angelegtes Gewässer, das seinen Zufluß aus einem öffentlichen Fluß erhält und dessen Wasser sich mit dem Hauptfluß wieder vereinigt, dessen Rechtsnatur teilt und grundsätzlich ebenfalls ein öffentliches Gewässer ist (vgl. ObTrib. Stuttgart WürttArch Bd. 2 [1859] S. 309, 314 f; SeuffArch Bd. 22 [1869] S. 167, 170 und 171; Haller Württ. WassG 1902 Art. 1 Anm. 1 S. 4 f; ders. WürttZ 1922, 65; Nieder Württ. WassG 1902 Art. 1 Anm. 4 S. 21 ff; Lang Württ. Sachenrecht 2. Aufl. 1893 Teil 1 § 17 S. 110; vgl. auch Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele BWWassG 3. Aufl. § 2 Rn. 34 m.w.N.).

c) Das ist im Streitfall nicht deshalb anders, weil das in den 20er Jahren errichtete Kraftwerk zunächst nur im Schwell- oder Speicherbetrieb genutzt wurde und Zulaufkanal nebst Stausee deshalb bis zur Umstellung des Kraftwerks auf Dauerbetrieb Ende der 30er Jahre nicht über einen ständig

fließenden Ablauf i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Württ. WassG verfügt hätten, wie das Berufungsgericht angenommen hat.

aa) Das in Art. 1 Abs. 1 Württ. WassG vorausgesetzte ständige Fließen des Gewässers besagt nicht, daß dieser Vorgang ohne jede zeitliche Unterbrechung andauern muß.

Das württembergische Recht ist insoweit dem römischen Recht gefolgt, das ein solches Erfordernis nicht aufgestellt hatte. Nach römischem Recht wurden diejenigen Flüsse als öffentlich angesehen, die das ganze Jahr hindurch Wasser führten, mochten sie auch gelegentlich im Sommer austrocknen. Im Corpus iuris civilis (D. 43, 12, 1, 3) ist bestimmt: "Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis." Erläuternd heißt es in diesem Zusammenhang (D. 43, 12, 1, 2): "... perenne est, quod semper fluat ... si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est."

Bei der Beratung des württembergischen Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 war unbestritten, daß das Erfordernis des ständigen Fließens nicht bedeuten sollte, daß das im Gewässerbett fließende Gerinne ununterbrochen vorhanden sein müsse. Auch Wasserläufe, die nur in Zeiten besonderer Trockenheit oder aber während eines ganz zurücktretenden Teils des Jahres austrocknen, sollten als ständig fließende Gewässer anzusehen sein. Eine Anregung, die Worte "ständig fließenden" durch die Wendung "regelmäßig fließenden" zu erset-

zen, wurde bei der Gesetzesberatung nicht weiterverfolgt (vgl. Nieder aaO Art. 1 Anm. 5 S. 23 f unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien).

Ein "regelmäßig" fließendes Gewässer in diesem Sinne stellte der durch den alten Mühlkanal, den anschließenden Zulaufkanal, den Stausee und den Ablaufstollen gebildete künstliche Nebenarm des Kochers auch in den Jahren zwischen 1924 und 1938 dar. Denn auch in dieser Zeit wurde das aus dem Kocher zufließende Wasser ständig aufgenommen und über den Ablaufstollen in vollem Umfang regelmäßig dem Kocher wieder zugeführt. Daran ändert der Umstand nichts, daß das zufließende Wasser zeitweise im Stausee gespeichert und durch Verzögerung des normalen Abflusses zeitlich versetzt in größerer Menge wieder abgegeben wurde, um so die Leistung des Kraftwerks zu erhöhen.

bb) Soweit im Schrifttum zum württembergischen Wassergesetz - im Hinblick auf Seen - ausgeführt wird, keine öffentlichen Gewässer seien Seen und künstliche Bassins, welche keine oder nur unbedeutende - in Gräben fließende - ständige Abläufe hätten, wie dies namentlich bei den örtlichen Feuerseen und zahlreichen Fischteichen zutreffe, aber auch bei Stauseen für Triebwerke vorkommen möge, deren Abfluß regelmäßig während eines Teils des Tages sistiert sei (vgl. Nieder aaO Art. 1 Anm. 6 S. 25; Haller aaO Art. 1 Anm. 5 S. 5), führt dies entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht zu einer anderen Beurteilung. Diese Ausführungen betreffen nicht einen Fall wie hier.

Die öffentlichen Gewässer gemäß Art. 1 Abs. 1 Württ. WassG scheiden sich (vgl. Haller aaO Art. 1 Anm. 3 S. 5; Nieder aaO Art. 1 Anm. 4 S. 20) in ständig fließende (Flüsse, Bäche) und in stehende (Seen). Von den Seen teilen diejenigen, die einen ständig in einem Bett fließenden Zu- und Ab-
lauf besitzen, schon als natürliche oder künstliche Erweiterungen des Wasserlaufs, von denen sie durchflossen sind, die rechtliche Natur des letzteren (vgl. Haller aaO Art. 1 Anm. 4 S. 5; Nieder aaO Art. 1 Anm. 6 S. 24). Hiervon sind die Seen zu unterscheiden, die zwar keinen ständig in einem Bett fließenden Zulauf, wohl aber einen solchen Ablauf haben; auch sie fallen nach Art. 1 Abs. 1 Württ. WassG unter die öffentlichen Gewässer (vgl. Haller aaO Art. 1 Anm. 5 S. 5; Nieder aaO Art. 1 Anm. 6 S. 24). Soweit das Berufungsgericht den Ausführungen vom Haller (aaO, insbes. Art. 1 Anm. 5) entnimmt, daß der Schwellbetrieb der Einordnung des Sees als öffentliches Gewässer entgegenstehe, berücksichtigt es nicht, daß diese Ausführungen sich auf Seen beziehen, die keine oder nur unbedeutende ständige Abläufe, aber auch keinen ständig in einem Bett fließenden Zulauf haben. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn - wie hier - das aus einem öffentlichen Gewässer abgezweigte, den See durchfließende Wasser anschließend in vollem Umfang wieder dem öffentlichen Gewässer zugeleitet wird.

Das Landgericht hat sich durch Ortsbesichtigung tatrichterlich davon überzeugt, daß der streitige Zulaufkanal einschließlich des miteinbezogenen alten Mühlkanals und des Stausees sich bei natürlicher Betrachtungsweise seinem Gesamterscheinungsbild nach (vgl. Senat BGHZ 122, 93, 108 f)

einheitlich als künstlicher Seitenarm des Hauptflusses Kocher darstellt, und zwar ungeachtet seiner Verbreiterung im Bereich des Aufstaus. Diese trichterliche Feststellung wird durch das vorgelegte Kartenmaterial bestätigt. Von einem (stehenden) Stausee, der nach den eingangs genannten Ausführungen im Schrifttum - möglicherweise, d.h. bei Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall - kein öffentliches Gewässer ist, kann hiernach nicht ausgegangen werden.

cc) Hinzu kommt folgendes:

Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß die im Interesse des Kraftwerksbetriebs zunächst, in den 20er und 30er Jahren, erfolgte Beschränkung des Abflusses des Stausees auf bestimmte Tageszeiten (sog. Schwell- oder Speicherbetrieb) im Rahmen einer wasserrechtlichen Verleihung erfolgte (Art. 31 ff Württ. WassG). Eine solche kam nur bei der Nutzung öffentlicher Gewässer in Betracht, wobei die Genehmigungsbehörde Vorsorge zu treffen hatte, daß der Gemeingebrauch anderer am Wasser (vgl. Art. 1 Abs. 2 Württ. WassG) nicht beeinträchtigt wurde. Es erscheint bei dieser Sicht ausgeschlossen, daß die Verleihungsbehörde seinerzeit mit der Genehmigung des zeitweiligen Aufstauens des Kanalwassers eine private Verfügungsbefugnis des Kraftwerksbetreibers über das aus dem Kocher zufließende und ihm schließlich wieder zugeführte (öffentliche) Gewässer hätte begründen wollen (vgl. auch ObTrib. Stuttgart WürttArch Bd. 2 [1859] S. 309, 314 f). Dies zeigen nicht zuletzt auch die vorgelegten, der Verleihung und Genehmigung beigegebenen Bedingungen, die auf eine Regulierung der Wassermenge auch im Hauptfluß Kocher abzielen. Sie haben ihre

Grundlage in den besonderen Bestimmungen der Art. 47 ff Württ. WassG für die in einem öffentlichen Gewässer hergestellten Stauanlagen.

Für das württembergische Recht war zudem anerkannt, daß das in Triebwerkskanälen fließende, aus einem öffentlichen Flußlauf abgeleitete Wasser auch "insolang" öffentliches Gewässer blieb, als es im Werkkanal fließt. Es bestand auch kein Zweifel daran, daß ein Werkkanal, der sein Wasser nicht nur aus natürlichen Gründen, sondern auch kraft allgemeinen Rechtssatzes (Art. 40 Abs. 3 Württ. WassG) und nach dem Inhalt der Verleihung dem Mutterbett wieder zuführen muß, gegenständlich und rechtlich nur einen Teil des Wasserlaufs und mit diesem ein einheitliches Gewässer bildet (vgl. Haller WürttZ 1922, 65).

2. Das am 1. März 1960 in Kraft getretene Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 25. Februar 1960 (BW WassG - BW GBl. S. 17) hat den bis dahin geltenden Rechtszustand aufrechterhalten. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BW WassG sind öffentliche Gewässer auch die künstlichen Wasserläufe, die nach bisher geltendem Recht öffentliche Gewässer waren (vgl. dazu Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele aaO § 2 Rn. 27, 33, 34; vgl. auch LT-Beil. 2/2920 S. 4869, 4907).

IV.

Das Fischereirecht an dem streitigen Zulaufkanal mit Stausee steht hiernach nicht der Beklagten, wie das Berufungsgericht angenommen hat, sondern den Klägern zu.

Für das württembergische Recht wurde in bezug auf öffentliche Gewässer, um die es sich hier, wie ausgeführt, auch hinsichtlich des Zulaufkanals und des Stausees handelt, überwiegend - wenn auch nicht unbestritten - die Auffassung vertreten, daß die Fischereiberechtigung in Kanälen, die von einem öffentlichen Gewässer abzweigen und ihr Wasser einem solchen wieder zuführen, demjenigen zusteht, der die Nutzung des Wassers haben würde, wenn es in seinem natürlichen Bett bliebe (vgl. Haller, Handwörterbuch der Württemb. Verwaltung 1915 S. 254; ders. WürttZ 1922, 65, 66; s. dazu auch OLG Stuttgart Justiz 1969, 136 sowie LT-Drucks. 7/1680 S. 52). Dem hat sich der Senat bereits in BGHZ 122, 93, 106 f angeschlossen. Das den Klägern unstreitig seit alters her zustehende Fischereirecht am Kocher hat sich hiernach mit der Entstehung der streitigen Nebengewässer in den 20er Jahren auch auf den Zulaufkanal nebst Stausee erstreckt.

Für die Zeit seit dem 1. Januar 1981 bestimmt jetzt § 4 Abs. 2 BWFischG, daß den Inhabern der Fischereirechte am Hauptgewässer das Fischereirecht entsprechend auch in den Nebengewässern zusteht. Mit dieser Regelung wird angestrebt, in Gewässern, die von einem Hauptfluß abgehen und in diesen später wieder einmünden, keine eigenständigen Fischereirechte

zuzulassen (vgl. LT-Drucks. 7/1680 S. 52). Die Einheit des Fischereirechts im Haupt- und in den Nebengewässern soll auch die durch die Teilung eines Gewässers für die Fischereiberechtigten im bisherigen Gewässer entstehenden Nachteile ausgleichen (vgl. Karremann/Laiblin, Fischereirecht in Baden-Württemberg 2. Aufl., BWFischG § 4 Rn. 2).

Rinne

Werp

Streck

Schlick

Ambrosius