

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 45/76

URTEIL

Verkündet am
12. Januar 1978
Groß,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland (Wasser- und Wirtschafts-
wesen des Bundes), vertreten durch die Wasser- und Schiff-
fahrtsdirektion Nord, Hi [REDACTED], K [REDACTED]-W [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Gutsbesitzer Klaus Dietrich K n [REDACTED] ,
Gut Pr [REDACTED], K [REDACTED]-H [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Kröner und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Parteien wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 9. Dezember 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die klagende Bundesrepublik ist Eigentümerin der Bundeswasserstraße "Nord-Ostsee-Kanal" und der Ufergrundstücke. Sie macht wegen der Einleitung von Niederschlags- und geklärtem Abwasser in den Kanal gegen den Eigentümer des Gutes Pr[REDACTED], den Beklagten, Abwehr- und Entschädigungsansprüche geltend.

Das Gut Pr[REDACTED] liegt zwischen dem A[REDACTED] E[REDACTED]-kanal und dem Nord-Ostsee-Kanal. Der Beklagte führt Niederschlagswasser vom Gutshof und drainiertes Wasser von der etwa 2 ha großen - zwischen Gutshof und Kanal gelegenen - Hauskoppel durch einen Regenwasserkanal ab. Ferner leitet er Schmutzwasser von einem Gebäude über eine

Kläranlage ab. Beide Leitungen vereinigen sich am Kanalufer zu einer Leitung, durch die - das Ufergrundstück durchschneidend - das Wasser in den Kanal eingeleitet wird.

Vor dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals war das Deutsche Reich Eigentümer des Gutes Pr[REDACTED]. Wie damals Abwässer und Niederschlagswasser abgeleitet wurden, ist streitig; nach Angaben des Beklagten wurden sie über einen Gartenteich in den A[REDACTED] E[REDACTED]kanal abgeleitet. Der Bau des Nord-Ostsee-Kanals zerschneidet das arrondierte Gut. Der größere Teil des Gartenteiches kam zum Kanalbett, während der restliche (nördlich gelegene) Teil des Teiches die Uferböschung aufnehmen mußte. Durch diese Böschung wurde zu nicht genau bekannter Zeit ein Rohr gelegt, durch das Niederschlags- und Abwasser des Gutes in den Kanal eingeleitet wurden. Von wem dieser Einlauf angelegt wurde, blieb unbekannt.

Durch Vertrag vom 7. Februar 1897 veräußerte das Deutsche Reich das (Rest-)Gut Pr[REDACTED] an den Gutsbesitzer Sch[REDACTED]. Regelungen über eine Entwässerung des Gutes enthielt der Vertrag nicht. Später wurden Eigentümer des Gutes Graf S[REDACTED] und 1938 der Vater des Beklagten. Von diesem erwarb es im Jahre 1958 der Beklagte im Wege der Erbfolge.

Im Jahr 1961 stellte die Klägerin am Kanalufer Veränderungen in dem Bereich fest, in dem der Beklagte Abwasser in den Kanal einleitete. Sie trat an den Beklagten heran, das Einlaufwerk instand zu setzen. Dazu kam es jedoch nicht.

In den Jahren 1963 und 1964 wurde der Nord-Ostsee-Kanal auch zu Lasten des Gutes Pr[REDACTED] verbreitert. Die dazu benötigten Grundstücke erwarb die Klägerin



durch Vertrag vom 21. Oktober 1963. Die Klägerin wurde u.a. Eigentümerin der Ufergrundstücke, die heute das Gut Pr [REDACTED] vom Kanal trennen; sie bestehen im wesentlichen aus der Uferböschung und einem darauf verlaufenden asphaltierten Weg. Im Zuge der Neuanlage des Ufers wurde in Höhe des Kanalkilometers 94,8 durch das Ufergrundstück ein Einlaufwerk angelegt, durch das der Beklagte Niederschlagswasser und geklärtes häusliches Abwasser in den Kanal einleitet. Regelungen über diese Anlage oder über das Einleiten von Wasser in den Kanal enthält der Vertrag vom 21. Oktober 1963 nicht.

Auf Veranlassung der Klägerin beantragte der Beklagte im Januar 1967 beim Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Schleswig-Holstein - Amt für Wasserwirtschaft - eine Erlaubnis nach § 7 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) für die Einleitung von Niederschlags- und Abwasser in den Nord-Ostsee-Kanal. Diese wurde mit Bescheid vom 3. Februar 1969 erteilt. Die Erlaubnis war u.a. mit der Auflage verbunden, die Rohrleitung instand zu setzen und ein Einlaufbauwerk herzustellen. Dem kam der Beklagte im Jahre 1970 nach.

Im Juni 1969 trug die Klägerin dem Beklagten den Abschluß eines Nutzungsvertrages über den Betrieb der Entwässerungsanlage und die Einleitung geklärter häuslicher Abwässer sowie gesammelter Drain- und Niederschlagswässer in den Nord-Ostsee-Kanal gegen ein jährliches Entgelt von 60 DM an. Der Beklagte weigerte sich jedoch, einen solchen Vertrag abzuschließen. Schließlich forderte die Klägerin im Januar 1972 den Beklagten auf, die Entwässerungsanlage von ihrem Grundstück zu entfernen und die Einleitung in den Kanal zu unterlassen. Dem kam der Beklagte nicht nach.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Beklagte sei ohne ihr privatrechtliches Einverständnis als Eigentümerin des Ufergrundstücks und des Kanals nicht befugt, Abwässer unter Inanspruchnahme des Ufergrundstücks in den Nord-Ostsee-Kanal einzuleiten. Sie hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie seit dem 1. Juni 1969 jährlich 60 DM zu zahlen sowie die Einleitung von Abwässern in den Kanal bei Kilometer 1,5 Nord zu unterlassen und die Einleitungsanlagen aus dem Ufergrundstück zu entfernen. Dem ist der Beklagte entgegengetreten.

Das Landgericht hat - unter Abweisung der Klage im übrigen - den Beklagten verurteilt, die Einleitung von Abwässern in den Nord-Ostsee-Kanal zu unterlassen und die Einleitungsanlagen aus dem Bereich des Ufergrundstücks zu entfernen sowie 225 DM an die Klägerin zu zahlen. Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Abwehrensprüche der Klägerin abgewiesen und den Beklagten nur zur Zahlung von 275 DM verurteilt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin, mit der sie ihre Klageanträge - soweit das Oberlandesgericht ihnen nicht stattgegeben hat - weiterverfolgt. Der Beklagte erstrebt mit der Anschlußrevision die völlige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

A.

Zur Revision

I.

Mit Recht hat das Berufungsgericht den Rechtsweg für zulässig erachtet; denn es handelt sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit (§ 13 GVG).

Die Bundesrepublik ist Eigentümerin des Nord-Ostsee-Kanals, einer Bundeswasserstraße (Art. 89 Abs. 1 GG, lfd. Nr. 26 der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 Bundeswasserstraßengesetz vom 2. April 1968 - BGBl II S. 173 - idF des Gesetzes vom 24. Mai 1968 - BGBl I S. 503 - WaStrG; vgl. dazu Art. 97, 171 WRV und Staatsvertrag über den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29. Juli 1921 RGBl I S. 961). Inhalt und Umfang dieses Eigentums bestimmen sich als Eigentum an einem Gewässer grundsätzlich nach dem Wasserprivatrecht, also neben dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches nach Landesrecht (Art. 65 EG BGB; § 15 Wasserstraßenvertrag), im vorliegenden Fall bis zum 28. Februar 1960 nach dem Preußischen Wassergesetz und seitdem nach dem Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein. An der Auffassung, daß das Eigentum an Bundeswasserstraßen seinem Wesen nach Privateigentum ist (BGHZ 49, 68, 71 m.w.Nachw.; Mintzel WaStrG § 1 Anm. 3 B; Friesecke WaStrG Einl. 19), ist festzuhalten. Ebenso ist das Eigentum der Klägerin an den Ufergrundstücken Privateigentum. Gegen Beeinträchtigungen kann sich die Klägerin als Eigentümerin grundsätzlich mit der Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 1004 BGB zur Wehr setzen und für eine unbefugte Nutzung einen Ausgleich nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 f BGB) verlangen.

Allerdings handelt es sich bei dem Nord-Ostsee-Kanal und den Ufergrundstücken um öffentliche Sachen, die unabhängig davon, in wessen Eigentum sie stehen, der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit dienen. Öffentliche Sachen unterliegen zwar den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, doch werden diese durch die besondere öffentlich-rechtliche Sachherrschaft überlagert (vgl. Wolff/Bachof Verwaltungsrecht I 9. Auf. S. 482 ff und S. 493; Sieder/Zeitler Vorbem. 9; Frießbeck aaO Einl. 14). Das steht indessen hier der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht entgegen, weil das private Recht des Eigentümers, einen Gebrauch der Sache abzuwehren, der nicht durch Gemeingebrauch, öffentlich-rechtliche Titel oder privaten Vertrag zugelassen ist, Gegenstand des Rechtsstreits ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 29. September 1977 - III ZR 64/75 S. 17 f).

II.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin könne vom Beklagten nicht verlangen, die Durchleitung von Niederschlags- und geklärtem Abwasser durch ihr Ufergrundstück zu unterlassen, weil sie zur Duldung dieser Eigentumsbeeinträchtigung verpflichtet sei. Die Duldungspflicht ergebe sich zwar nicht aus den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Wasserrechts, auch stehe dem Beklagten ein privates dingliches Nutzungsrecht (Grunddienstbarkeit) nicht zu. Doch sei es entweder durch den Vertrag von 1897 oder später zu einer stillschweigenden obligatorischen Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern bzw. Nachbarn gekommen, nach deren Inhalt die Klägerin verpflichtet sei, dem jeweiligen Eigentümer des Gutes Pr. [REDACTED] die Durchleitung von Gewässern im bisherigen Umfang durch die jeweiligen Ufergrundstücke unent-

geltlich zu gestatten, jedenfalls solange, wie die Einleitung von Gewässern in den Nord-Ostsee-Kanal zulässig sei.

2. Die Frage, ob eine entsprechende obligatorische Vereinbarung auch über das Einleiten von Gewässern in den Nord-Ostsee-Kanal getroffen worden ist, hat das Berufungsgericht für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 (PrWG-GS. S. 53) offengelassen. Für die Zeit danach hat es den Abschluß einer solchen Vereinbarung verneint. Die Verpflichtung der Klägerin, die Einleitung von Niederschlagswasser und geklärtem Abwasser durch den Beklagten in den Nord-Ostsee-Kanal zu dulden, folge jedoch - so hat das Berufungsgericht angenommen - aus der dem Beklagten am 3. Februar 1969 nach § 7 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) erteilten Erlaubnis in Verbindung mit § 9 des Schleswig-Holsteinischen Landeswassergesetzes (LWG). Hierfür könne die Klägerin lediglich ein Entgelt fordern, dessen Höhe sie im Rahmen billigen Ermessens nach § 315 BGB selbst zu bestimmen befugt sei.

3. Deshalb erweise sich das Verlangen der Klägerin auf Unterlassen der Durchleitung der Abwässer durch das Ufergrundstück und der Einleitung der Abwässer in den Kanal sowie auf Entfernung der Einleitungsanlage aus dem Ufergrundstück als unbegründet, während ihr Zahlungsbegehren in Höhe von 275 DM (als Entgelt für die Kanalbenutzung) berechtigt sei.

III.

Die Revision muß Erfolg haben.

1. In der Inanspruchnahme des Ufergrundstücks zum Durchleiten von Abwasser in den Nord-Ostsee-Kanal liegt eine Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin durch den Beklagten. Die Entscheidung über das auf § 1004 Abs. 1 BGB gestützte Verlangen auf Unterlassen der Durchleitung der Abwässer hängt daher davon ab, ob der Klageanspruch nach § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist, weil eine Pflicht der Klägerin zur Duldung der Durchleitung besteht.

Bei der Beurteilung dieser Frage hat außer Betracht zu bleiben, daß der Nord-Ostsee-Kanal in den Jahren 1963 und 1964 unter Inanspruchnahme von Grundflächen des Beklagten verbreitert worden ist und deswegen das Einlaufwerk neu angelegt werden müssen; denn das Berufungsgericht hat bindend festgestellt, daß die Parteien den damaligen Rechtszustand fortbestehen lassen wollten.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht es abgelehnt, eine Duldungspflicht der Klägerin aus wasserrechtlichen Vorschriften herzuleiten.

a) Das Wasserhaushaltsgesetz regelt als Rahmengesetz des Bundes die Benutzung von Gewässern (§ 1). Der Begriff "Gewässer" umfaßt neben der Materie Wasser auch das Gewässerbett bis zur Uferlinie, nicht aber das Ufergrundstück (Witzel WHG 5. Aufl. § 1 Anm. 1; Sievers WHG § 1 Anm. 3 c; Gieseke/Wiedemann WHG 2. Aufl. § 1 Rdn. 2). Mithin erstreckt sich der in den §§ 23 und 24 WHG geregelte Gemein- und Anliegergebrauch an einem Gewässer nicht auf das Ufergrundstück. Die wasserrechtliche Befugnis, ein Gewässer zu benutzen, gewährt ihrem Inhaber nicht die Berechtigung, das Ufergrundstück (mit-)zube-

nutzen. Das ist in § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG für den Fall einer Bewilligung ausdrücklich ausgesprochen (Gieseke/Wiedemann aaO § 8 Rdn. 5; Sievers aaO). Für die - hier in Rede stehende - Erlaubnis nach § 7 WHG kann nichts anderes gelten.

b) Soweit das Berufungsgericht es abgelehnt hat, aus den Vorschriften des Wassergesetzes des Landes Schleswig-Holstein vom 25. Februar 1960 (GOVB1 1960,39) idF der Bekanntmachung vom 7. Juni 1971 (GOVB1 1971,327) eine Verpflichtung der Klägerin herzuleiten, die Leitung der Abwässer durch ihr Ufergrundstück zu dulden, unterliegt das nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht; denn das schleswig-holsteinische Landeswassergesetz ist nach § 549 ZPO nicht revisibel (Senatsurteil vom 23. Oktober 1975 - III ZR 108/73 = BGHZ 65, 221).

3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Annahme einer Grunddienstbarkeit (eines dinglichen Rechts) zugunsten des Beklagten zur Benutzung des Ufergrundstücks abgelehnt hat, begegnen keinen durchgreifenden Bedenken.

4. Dagegen beruht die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin sei auf Grund einer schuldrechtlichen (obligatorischen) Vereinbarung verpflichtet, die Ableitung von Abwasser durch ihr Ufergrundstück zu dulden, nicht auf einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage.

a) Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts ist es entweder durch den Vertrag vom 7. Februar 1897 oder später zu einer stillschweigenden obligatorischen Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern bzw. Nachbarn gekommen, nach deren Inhalt die Klägerin verpflichtet

war und ist, dem jeweiligen Eigentümer des Gutes Pr [REDACTED] die Durchleitung von Gewässern im bisherigen Umfange durch die jeweiligen Ufergrundstücke unentgeltlich zu gestatten, jedenfalls solange, wie die Einleitung von Gewässern in den Nord-Ostsee-Kanal zulässig ist.

Obwohl das Berufungsgericht mit dieser auf Bl. 15 des Berufungsurteils getroffenen Feststellung nicht eindeutig die Frage beantwortet hat, wann und zwischen welchen Parteien diese schuldrechtliche Vereinbarung zustande gekommen ist, ergeben seine nachfolgenden Ausführungen, daß es angenommen hat, die Vereinbarung sei stillschweigend zwischen dem Deutschen Reich und dem Gutsbesitzer Schwerdtfeger im Zusammenhang mit der Veräußerung des Gutes Pr [REDACTED] im Jahre 1897 getroffen worden. Es hat dies daraus gefolgert, daß das Gelände des Gutes Pr [REDACTED] nicht unerheblich höher liegt als der Nord-Ostsee-Kanal (früher Kaiser-Wilhelm-Kanal) und sich deshalb vor dem Bau des Kanals die Entwässerung zum Gartenteich hin und von dort zum Alten Eiderkanal als die wirtschaftlichste Möglichkeit angeboten habe, die - so muß dem angefochtenen Urteil entnommen werden - auch verwirklicht worden sei. Diese "natürliche Vorflut" sei durch den Bau des Kanals zerstört worden. Das Deutsche Reich hätte daher nach dem Bau des Kanals eine neue Entwässerungsanlage für das Gut schaffen müssen, wenn dieses weiterhin landwirtschaftlich bewirtschaftet werden sollte. Gerade der Umstand, daß Unterlagen über einen späteren Einbau der Durchleitungsanlage durch das Ufergrundstück nicht auffindbar seien, lasse bei dem Umfang der Baumaßnahme den Schluß zu, daß die Anlage nicht erst nach der Veräußerung des Gutes durch Sch [REDACTED] erstellt worden sei; es müsse vielmehr angenommen werden, daß sie schon vor der Veräußerung des Gutes im Jahre 1897 angelegt worden sei.

1

Diese weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet liegenden Erwägungen des Berufungsgerichts begegnen keinen durchgreifenden revisionsrechtlichen Bedenken. Sie sind auch nicht - wie die Revision annimmt - auf Grund einer Verkenntung der Beweislast getroffen worden. Vielmehr hat das Berufungsgericht aus dem gesamten ihm bekannten Sachverhalt seine Schlüsse gezogen, ohne auf die Beweislast abgehoben zu haben. Sie haben allerdings zur Voraussetzung, daß das Deutsche Reich schon im Zeitpunkt der Veräußerung (1897) Eigentümer des Kanals war. Davon ist jedoch das Berufungsgericht ersichtlich ausgegangen, ohne daß dies angegriffen worden wäre.

b) Es ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, die Bundesrepublik sei als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reiches verpflichtet, dem jeweiligen Eigentümer des Gutes Pr. [REDACTED] die Durchleitung von Abwässern durch das Ufergrundstück zu gestatten. Da es sich jedoch um eine dem Gutsbesitzer Sch. [REDACTED] gegenüber vom Deutschen Reich übernommene schuldrechtliche Verpflichtung handelt, muß der Beklagte, da er aus dieser Vereinbarung Rechte herleitet, den Nachweis führen, daß die Rechtsstellung Sch. [REDACTED] auf dessen Rechtsnachfolger im Eigentum des Gutes im Wege der Vereinbarung oder der Gesamtrechtsnachfolge bis schließlich auf den Beklagten übergegangen ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 29. April 1976 - III ZR 89/73 S. 16 f). Dazu hat das Berufungsgericht jedoch keine näheren Feststellungen getroffen.

Zwar hat der Beklagte das Gut im Wege des Erbgangs im Jahre 1958 von seinem Vater erworben. Von wem aber der Vater das Gut 1938 gekauft hat, ist nicht geklärt; auch ist die Frage offen, ob die oben beschriebene Rechtsstellung auf den Vater übergegangen ist.

Diese Feststellungen wären entbehrlich, wenn die Erwägungen des Berufungsgerichts, "die Klägerin habe ihre Verpflichtung zur Duldung der Durchleitung von Gewässern durch ihr Ufergrundstück durch ständige Übung als gegeben akzeptiert", auch dahin zu verstehen wäre, die Klägerin und der Vater des Beklagten hätten eine entsprechende Vereinbarung neu begründet. Indessen ist eine abschließende Stellungnahme hierzu entbehrlich, weil das angefochtene Urteil schon aus den nachfolgenden Gründen keinen Bestand haben kann.

c) Das Berufungsgericht hat - wie die Revision mit Recht geltend macht - nicht hinreichend beachtet, daß zwischen der Durchleitung der Abwässer, also der Inanspruchnahme des Ufergrundstücks und der Einleitung dieser Abwässer in den Nord-Ostsee-Kanal ein enger Zusammenhang besteht, sie sollte dem Eigentümer des Gutes Pr[REDACTED] die Einleitung der Abwässer ermöglichen. Eine um 1897 getroffene Vereinbarung, nach der das Deutsche Reich als Eigentümer des Ufergrundstücks und des Kanals verpflichtet sein sollte, die Durchleitung der Abwässer durch das Ufergrundstück unentgeltlich zu dulden, war nur dann sinnvoll, wenn dem Gutsbesitzer Sch[REDACTED] auch die privatrechtliche Befugnis eingeräumt werde, das Abwasser in den Kanal einzuleiten oder er zumindest in der Lage war, sich eine solche Befugnis alsbald zu beschaffen. Im Blick auf diesen engen Zusammenhang, der eine einheitliche Beurteilung nahelegte (§ 157 BGB), muß die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei zwar eine schuldrechtliche Vereinbarung über die unentgeltliche Durchleitung der Abwässer durch das Ufergrundstück zugunsten des jeweiligen Guts-eigentümers, nicht aber über das Einleiten der Abwässer in den Kanal getroffen worden, als ungewöhnlich angesehen werden. Das Berufungsgericht hat für seine unter-

schiedliche Beurteilung angeführt, daß der Kanal vorwiegend der Schifffahrt diene und deshalb Abwässer nicht in unkontrolliertem Umfang eingeleitet werden dürften; auch sei zu bedenken, daß wasserhaushaltswirtschaftliche Gründe die (plötzliche) Unterbindung der Einleitung von Abwässern erfordern könnten. Das stehe - so hat das Berufungsgericht gemeint - der Annahme entgegen, der Rechtsvorgänger der Klägerin (oder diese selbst) habe sich schuldrechtlich verpflichtet, die Einleitung der Abwässer zu dulden. Diese Umstände sind jedoch in erster Linie von Bedeutung bei der öffentlich-rechtlichen Gestattung der Einleitung der Abwässer in den Kanal. Hat der Eigentümer des Kanals sie auch bei der Frage, ob er sich privatrechtlich verpflichten solle, die Einleitung der Abwässer zu dulden, in den Kreis seiner Überlegungen einbezogen und kam er - wie das Berufungsgericht angenommen hat - zu dem Ergebnis, eine solche Verpflichtung nicht zu übernehmen, dann fehlt es (bislang) an einer einleuchtenden Begründung dafür, daß der Eigentümer sich gleichwohl zur Duldung der Durchleitung der Abwässer durch das Ufergrundstück hat verpflichten wollen. Die Überlegung, die Durchleitung der Abwässer beeinträchtige ihn nicht, reicht dazu nicht aus.

d) Die getrennte Beurteilung des Berufungsgerichts würde allerdings keinen Bedenken begegnen, wenn eine Vereinbarung über die Einleitung der Abwässer entbehrlich gewesen wäre, weil der Gutsbesitzer Sch[REDACTED] auf Grund der damals geltenden wasserrechtlichen Bestimmungen befugt war, das Abwasser in den Kanal einzuleiten oder er doch in der Lage war, eine solche Befugnis zu erwerben und aus dieser Befugnis die Verpflichtung des Deutschen Reiches folgte, die Einleitung zu dulden. Diese Frage aber hat das Berufungsgericht offengelassen.

5. Wegen der vorstehend (Ziffer III 4) aufgezeigten Mängel kann das angefochtene Urteil mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Mangels tatrichterlicher Feststellungen kann es auch nicht aus anderen Gründen gehalten werden. Es muß deshalb aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Da die weiteren Revisionsrügen für das nachfolgende Verfahren Bedeutung erlangen können, ist auf sie einzugehen:

a) Das Berufungsgericht hat auf die unentgeltliche Gestattung der Durchleitung der Abwässer durch das Ufergrundstück die Regeln über die Leihe (§ 598 ff BGB) angewendet. Ob dem beizutreten ist (vgl. RG HRR 1933 Nr.1000), bedarf bei dem derzeitigen Stande des Verfahrens keiner Stellungnahme, weil der Bestand und der Inhalt des Vertrages, der zu beurteilen wäre, verfahrensrechtlich nicht einwandfrei festgestellt sind. Jedenfalls wäre ein Dauerschuldverhältnis anzunehmen und dieses kann - worauf die Revision zutreffend hinweist - von der Klägerin auch aus wichtigem Grunde gekündigt werden (§ 242 BGB). Ob ein solcher Grund im Zeitpunkt der Klageerhebung, in der die Kündigung zu sehen wäre, vorgelegen hat, läßt sich nicht abschließend beurteilen. Bemerkt sei jedoch, daß dem Verlangen der Klägerin auf Abschluß eines schriftlichen Vertrages die Berechtigung wohl nicht abgesprochen werden kann. Die Weigerung des Beklagten, einen solchen Vertrag abzuschließen, würde dann einen wichtigen Kündigungsgrund abgeben, wenn die von der Klägerin angebotenen Bedingungen nach dem bisherigen Vertragsinhalt unter Berücksichtigung von Treu und Glauben dem Beklagten zumutbar erscheinen. Bei der von dem Beklagten abgelehnten Haftungsregelung des § 4 des Vertrags-

1

entwurfs wäre auch zu bedenken, ob im Blick auf etwa veränderte Verhältnisse es noch billig ist, die Klägerin an der bisherigen Regelung festzuhalten. Allein aus dem Zeitablauf seit Vertragsschluß kann zwar ein Kündigungsgrund nicht hergeleitet werden. Eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 567 BGB, der einen für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossenen Mietvertrag nach Ablauf von dreißig Jahren für kündbar erklärt oder des § 1202 Abs. 2 BGB, der die Kündigung einer Rentenschuld nach Ablauf von dreißig Jahren gestattet, ist hier abzulehnen. (vgl. dazu auch BGH WM 1975, 163 m.w.Nachw.). Im Rahmen des § 242 BGB ist jedoch eine Anpassung an veränderte Verhältnisse möglich.

b) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die dem Beklagten nach § 7 WHG erteilte Erlaubnis, das Abwasser in den Nord-Ostsee-Kanal einzuleiten, enthalte zugleich die (öffentlich-rechtliche) Verpflichtung des Eigentümers des Kanals, die Benutzung seines Gewässers durch den Beklagten in dem von der Erlaubnis abgesteckten Rahmen zu dulden. Dieses Ergebnis hat es entscheidend aus einer Auslegung des § 9 LWG gewonnen. Schleswig-Holsteinisches Wasserrecht ist aber - wie bereits dargelegt - der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen.

Für den Senat bleibt allerdings zu prüfen, ob eine derartige landesrechtliche Regelung gegen übergeordnetes Bundesrecht verstößt. Diese Frage ist jedoch zu verneinen.

Das Wasserhaushaltsgesetz des Bundes unterscheidet zwischen der Erlaubnis (§ 7) und der Bewilligung (§ 8). Die Bewilligung kann nur in einem förmlichen Verfahren (§ 9) erteilt werden und gewährt ein subjektives öffentliches Recht, ein Gewässer in einer nach Art und Maß

bestimmten Weise zu benutzen. Dieses Recht muß der Gewässereigentümer hinnehmen, er muß die Gewässernutzung dulden (vgl. Gieseke/Wiedemann aaO § 8 Rdn. 4 a; Witzel aaO § 8 Anm. 1; Sievers aaO § 8 Anm. 2). Der Erlaubniserteilung braucht ein förmliches Verfahren nicht voranzugehen, mit ihr wird nur eine widerrufliche Befugnis zur Gewässernutzung erteilt. Die Erlaubnis äußert keine Wirkung gegenüber dem Gewässereigentümer (Sieder/Zeitler aaO § 7 Rdn. 1; Gieseke/Wiedemann aaO § 7 Rdn. 1).

Doch handelt es sich bei dem Wasserhaushaltsgesetz um ein Rahmengesetz des Bundes, das durch Landesgesetz ausgefüllt werden kann (§ 2). Das Land Schleswig-Holstein hat in seinem Wassergesetz vom 25. Februar 1960 die Erlaubnis der Bewilligung angenähert. Auch sie ist in einem förmlichen Verfahren zu erteilen. Ist zu erwarten, daß die Benutzung des Gewässers auf das Recht eines anderen nachteilig einwirkt und erhebt der Betroffene Einwendungen, so darf - wie bei der Bewilligung - die Erlaubnis nur erteilt werden, wenn die nachteiligen Wirkungen durch Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden (§ 11 LWG aF). Eine ähnliche Regelung haben die Länder Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und das Saarland getroffen (vgl. Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 25. Februar 1960 i.d.F. des ÄndG vom 1. August 1967 [GBl S. 127] §§ 16, 108; Landeswassergesetz Rheinland-Pfalz vom 1. August 1960 [GVBl S. 153] §§ 15, 121; Saarländisches Wassergesetz vom 28. Juni 1960 i.d.F. des ÄndG vom 25. Februar 1970 [Amtsbl. S. 306] §§ 13, 111). Aus dieser Annäherung der Erlaubnis an die Bewilligung hat der Landesgesetzgeber die Schlußfolgerung in § 9 der Neufassung des Wassergesetzes vom 7. Juni 1971 dahin gezogen, daß der Eigentümer eines Gewässers unentgeltlich zu dulden hat, daß das Gewässer auf Grund einer Erlaubnis oder einer Bewilligung nach § 3 WHG benutzt wird; je-

doch gilt dies nicht für eine Benutzung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG und für die Benutzung künstlicher Gewässer.

In dieser vom Gesetzgeber des Landes Schleswig-Holstein getroffenen Regelung kann ein Verstoß gegen übergeordnetes Bundesrecht zum Nachteil der Klägerin nicht gefunden werden (a.A. wohl nur Sievers aaO § 7 Anm. 3, der meint, die Unterscheidung des Wasserhaushaltsgesetzes zwischen Erlaubnis und Bewilligung werde in unzulässiger Weise verwischt).

c) Das Berufungsgericht hat aus § 9 LWG für den Senat nicht nachprüfbar hergeleitet, daß die Klägerin die Benutzung des Nord-Ostsee-Kanals nur gegen Entgelt zu dulden braucht. Es hat - in entsprechender Anwendung - § 315 BGB herangezogen und die Klägerin für berechtigt gehalten, das Entgelt nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dagegen sind revisionsrechtliche Bedenken nicht zu erheben.

B.

Zur Anschlußrevision

Auch die Anschlußrevision des Beklagten muß Erfolg haben.

1. Das Berufungsgericht hat es offengelassen, ob eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Einleitung von Abwässern in den Nord-Ostsee-Kanal vor dem Inkrafttreten des Preußischen Wassergesetzes getroffen worden ist. Es hat gemeint, eine solche Berechtigung wäre jedenfalls mangels fristgerechter Eintragung in das Wasserbuch nach § 380 PrWG nicht erhalten geblieben.

Das ist jedoch, wie die Anschlußrevision zutreffend geltend macht, unrichtig. Der Anwendungsbereich der §§ 379, 380 PrWG erstreckte sich nur auf Wasserbenutzungsrechte, die durch das Inkrafttreten des (neuen) Wassergesetzes beeinträchtigt wurden (vgl. Holtz/Kreutz/Schlegelberger PrWG 4. Aufl. § 379 Anm. 11 S. 609; Senatsurteil vom 29. April 1976 - III ZR 89/73 S. 16). Das war aber hinsichtlich schuldrechtlicher Wasserbenutzungsrechte nicht der Fall.

2. Auch die Anschlußrevision beanstandet, daß das Berufungsgericht den engen Zusammenhang zwischen der Benutzung des Ufergrundstücks und der Einleitung der Abwässer verkannt habe. Diese Rüge ist begründet. Es kann hierzu auf die vorstehenden Ausführungen zur Revision unter III, 4 c verwiesen werden. Auch der Beklagte ist durch den Fehler des Berufungsgerichts benachteiligt worden, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, daß es bei richtiger Betrachtung ein unentgeltliches Einleiten der Abwässer in den Kanal ebenfalls als vereinbart angenommen hätte und so zu einem dem Beklagten günstigeren Ergebnis gelangt wäre.

3. Soweit sich die Anschlußrevision gegen die aus § 9 LWG gezogene Schlußfolgerung des Berufungsgerichts wendet, die Einleitung von Abwasser in den Kanal brauche die Klägerin nur gegen Entgelt zu dulden, betrifft sie - wie bereits dargelegt - irrevisibles Recht; ein Verstoß gegen übergeordnetes Bundesrecht liegt nicht vor.

Die vom Berufungsgericht auf das durch die Erlaubnis begründete gesetzliche Schuldverhältnis für (entsprechend) anwendbar gehaltene Regelung des § 315 BGB begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

1

C.

Auf die Revision und die Anschlußrevision muß daher das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Da zur abschließenden Entscheidung noch weitere Feststellungen erforderlich sind, ist die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nußgens

Krohn

Tidow

Kröner

Boujong