

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

BGB § 823 Bf; WasserhaushaltsG § 8; NRWLandeswasserG 1962
§ 17 (LWG NW 1979 § 27)

Soweit § 8 Abs. 3 und 4 WHG und § 17 (jetzt § 27) LWG NW dem Betroffenen eine materielle Rechtsstellung einräumen, sind sie unabhängig davon, ob für eine Gewässerbenutzung eine Bewilligung, eine Erlaubnis oder weder die eine noch die andere dieser beiden wasserrechtlichen Gestattungen beantragt wird, Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (Ergänzung zu BGHZ 69, 1).

BGH, Urt. v. 23. Juni 1983 - III ZR 79/82 - OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 79/82

URTEIL

Verkündet am: 23. Juni 1983

Schorm,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1.

2.

-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

-

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1983
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die
Richter Dr. Tidow, Boujong, Dr. Halstenberg und
Dr. Werp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird
das Urteil des 10. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Hamm vom 9. Fe-
bruar 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung, auch
über die Kosten des Revisionsrechts-
zuges, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks S [REDACTED]
[REDACTED] 58 in E [REDACTED], auf dem aus einem Brunnen mineralhal-
tiges Grundwasser gefördert wird, das die Kläger unter
der Bezeichnung "Burgwallbronn" als natürliches Mineral-
wasser in den Handel bringen.

Einer Rechtsvorgängerin der Kläger wurde in den
30er Jahren "aufgrund des § 379 in Verbindung mit § 203
Abs. 3" des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913
(GS. S. 53) - PrWG - das Recht sichergestellt, "über das
aus der Quelle ... hervorsprudelnde Wasser zu verfügen".



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1966 wurde dieses Recht in das Wasserbuch eingetragen.

Im Jahre 1961 begann der Rechtsvorgänger der Beklagten auf dem Grundstück S. [REDACTED] 25/31 mit dem Bau eines vielgeschossigen Hauses. Als man bei den Ausschachtungsarbeiten auf Grundwasser stieß, wurde im September 1961 zur Entwässerung ein Pumpensumpf angelegt und ab November 1961 das Grundwasser aus der Baugrube abgepumpt. Im Februar 1962 wurden Vakuumpumpen mit 20 cbm Stundenleistung eingesetzt, die auch nach Fertigstellung des Hauses im Jahre 1963 in Betrieb blieben, um den Keller trocken zu halten.

Die Kläger haben behauptet, nach dem Beginn der Entwässerungsmaßnahmen auf dem Grundstück der Beklagten sei die natürliche Schüttung des Brunnens zurückgegangen, was darauf zurückzuführen sei, daß das Abpumpen den artesischen Druck des Grundwassers verändert habe, der das Wasser im Brunnen hochsteigen lasse. Zudem habe sich die biologische und chemische Beschaffenheit des Mineralwassers verschlechtert. Ihr Rechtsvorgänger, so haben die Kläger weiter behauptet, habe zur Beseitigung oder Verringerung dieser Nachteile erhebliche Aufwendungen machen müssen. Durch Umsatzausfall und Änderung des Quellenwertes sei ferner ein noch nicht bezifferbarer Schaden entstanden.

Mit der im Jahre 1966 erhobenen Klage haben die Kläger die Beklagten auf Schadensersatz und Unterlassung in Anspruch genommen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Kläger hat der erkennende Senat durch Urteil vom 22. Dezember 1976 (III ZR 62/74 = BGHZ 69, 1) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Dieses hat die Klage durch das jetzt angefochtene Urteil wiederum abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die erneute Revision der Kläger, die die Beklagten zurückzuweisen begehren.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Bundesgerichtshof habe in seinem aufhebenden Urteil eine Anspruchsgrundlage der Kläger ausschließlich in der Verletzung eines Schutzgesetzes, nämlich des § 8 Abs. 3 und 4 des Wasserhaushaltsgesetzes - WHG - vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1110, 1386; jetzt in der Fassung vom 16. Oktober 1976, BGBl. I S. 3017) und des § 17 des Wassergesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen - LWG - vom 22. Mai 1962 (GV. NW. S. 235; jetzt § 27 idF des Gesetzes vom 4. Juli 1979, GV. NW. S. 487) in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB für möglich erachtet, sei dabei allerdings davon ausgegangen, daß den Beklagten eine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung zum Ableiten des Grundwassers nicht erteilt, eine beantragte Erlaubnis sogar bestandskräftig versagt worden sei. Tatsächlich habe die Stadt E. jedoch auf verwaltungsgerichtliche Klage hin den Beklagten am 11. Juni 1981 nach § 7 WHG die Erlaubnis erteilt, das Grundwasser bis auf eine bestimmte Höhe abzusenken, über eine Pumpanlage zutage zu fördern und in die städtische Kanalisation einzuleiten. Bei dieser Sachlage fehle es schon an der tat-

bestandsmäßigen Voraussetzung der Verletzung eines Schutzgesetzes. Der vom Bundesgerichtshof angenommenen Anspruchsnorm sei die Grundlage entzogen. Es könne dahinstehen, ob § 8 Abs. 3 und 4 WHG, § 17 LWG bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis entsprechend anzuwenden seien und welche Auswirkungen es auf die Eignung dieser Vorschriften als Schutzgesetz habe, wenn diese Frage zu verneinen sei. Ein Anspruch der Kläger scheitere in jedem Fall am Mangel der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen. Der Benutzer eines Gewässers habe die Wahl, ob er eine Erlaubnis oder eine Bewilligung beantrage. Hier sei das Verfahren der Erlaubnis gewählt worden. Wenn die Erlaubnis erteilt sei, könne die Benutzung des Gewässers entsprechend der Erlaubnis subjektiv nicht mehr zum Vorwurf gemacht werden. Die Erlaubnis sei auch nur vorbehaltlich der Rechte Dritter erteilt. Solche Rechte bestünden aber nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs außerhalb des Wasserhaushaltsgesetzes gerade nicht.

II.

Gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

1. Das Berufungsgericht hat in seinem jetzt angefochtenen (zweiten) Urteil ohne Rechtsirrtum berücksichtigt, daß den Beklagten nach Erlaß der (ersten) Revisionsentscheidung vom 22. Dezember 1976 durch Bescheid der Stadt Essen vom 11. Juni 1981 die wasserrechtliche Erlaubnis für die Entwässerungsmaßnahmen auf ihrem Grundstück erteilt worden ist. Es war an den dem Senatsurteil vom 22. Dezember 1976 zugrunde gelegten (unzutreffenden) Sachverhalt, daß der Antrag des Rechtsvorgängers der

Beklagten auf Erteilung einer Erlaubnis zum Ableiten des Grundwassers abgelehnt und diese Versagung durch Zurückweisung des dagegen eingelegten Widerspruchs bestandskräftig geworden sei (vgl. BGHZ 69, 1, 2, 14, 19), nicht gebunden, sondern durfte seiner (erneuten) Entscheidung das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 2. März 1978 und den daraufhin ergangenen Erlaubnisbescheid der Stadt E. vom 11. Juni 1981 zugrunde legen.

Nach § 565 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht zwar die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Es ist jedoch nicht gehindert, einen neuen Sachverhalt, der sich erst nach Erlaß des Revisionsurteils ergibt, selbständig zu würdigen (BGH Urteil vom 14. März 1951 - II ZR 2/50 = LM ZPO § 565 Abs. 2 Nr. 1 = NJW 1951, 524; BGHZ 22, 370 = LM ZPO § 565 Abs. 2 Nr. 6 m. Anm. Johannsen). Dementsprechend ist auch eine Bindung des erkennenden Senats als Revisionsgericht an die dem Senatsurteil vom 22. Dezember 1976 zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände zu verneinen. Für die (erneute) revisionsgerichtliche Nachprüfung ist vielmehr von dem Sachverhalt auszugehen, wie ihn das Berufungsgericht in seiner jetzt angefochtenen (zweiten) Entscheidung festgestellt hat (§ 561 ZPO).

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß als Grundlage für den mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch (Klageanträge zu 1 und 2) nur die Verletzung eines wasserrechtlichen Schutzgesetzes in Betracht kommt, nämlich § 8 Abs. 3 und 4 WHG, § 17 (jetzt § 27) LWG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB (vgl. das erste Revisionsurteil in BGHZ 69, 1, 14 ff. zu II.). Dem Berufungsgericht kann jedoch

insoweit nicht gefolgt werden, als es die Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs der Kläger als nicht erfüllt angesehen hat.

a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die in § 8 Abs. 3 und 4 WHG, § 17 (jetzt § 27) LWG getroffene Regelung, wonach Einwendungen Dritter in bestimmter Weise zu beachten sind, auch über den Rahmen eines Bewilligungsverfahrens (§ 8 WHG) hinaus als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen ist, namentlich dann, wenn es nicht um die Erteilung einer Bewilligung (§ 8 WHG), sondern um die Erteilung einer Erlaubnis (§ 7 WHG) geht.

Diese Frage ist - aufgrund eines inzwischen überholten Sachverhalts, nämlich auf der tatsächlichen Grundlage, daß eine Erlaubnis bestandskräftig abgelehnt und eine Bewilligung nicht beantragt sei - auch vom erkennenden Senat in dem ersten Revisionsurteil (BGHZ 69, 1, 19/20) sowie in der Parallelsache III ZR 89/75 (Urteil ebenfalls vom 22. Dezember 1976 = LM BGB § 823 [Ad] Nr. 10, dort zu II 3 b) unentschieden gelassen worden. Sie ist bei dem jetzt zu beurteilenden Sachverhalt, daß den Beklagten eine wasserrechtliche Erlaubnis erteilt worden ist, entscheidungserheblich und dahin zu beantworten, daß § 8 Abs. 3 und 4 WHG und § 17 (jetzt § 27) LWG, soweit sie dem Betroffenen eine materielle Rechtsstellung einräumen, als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sind, unabhängig davon, ob für eine Gewässerbenutzung eine Bewilligung, eine Erlaubnis oder weder die eine noch die andere dieser beiden wasserrechtlichen Gestattungen beantragt wird.

aa) Daß § 8 Abs. 3 und 4 WHG und § 17 (jetzt § 27) LWG nicht allein das bei der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung zu beobachtende Verfahren regeln, sondern auch materielle Vorschriften zum Schutz eines betroffenen Dritten enthalten, aus denen dieser unabhängig von einem Bewilligungsverfahren Ansprüche herleiten kann, hat der erkennende Senat bereits in dem ersten Revisionsurteil vom 22. Dezember 1976 ausgeführt (BGHZ 69, 1, 21/22). Dies folgt aus der Bedeutung, die diese Vorschriften den Einwendungen des Dritten beilegen. Einem Betroffenen, dem durch die beabsichtigte Gewässerbenutzung Nachteile drohen, ist vom Gesetz eine Rechtsstellung gewährt, die er nach eigenem Willen durch seine Einwendungen zur Geltung bringen kann. Eine solche Befugnis erscheint ohne eine materiell-rechtliche Grundlage nicht denkbar.

An dieser Auffassung (Senat aaO; vgl. außer den dort genannten Nachweisen ferner OVG Münster ZfW 1975, 117, 123) ist festzuhalten. Sie hat in Rechtsprechung und Schrifttum auch weithin Zustimmung gefunden (BayObLGZ 1980, 168 = BayVBl. 1980, 728, 729; Gieseke/Wiedemann/Czychowski WHG 3. Aufl. 1979 § 2 Rdn. 11, § 8 Rdn. 13; Sieder/Zeitler WHG § 2 Rdn. 6 c, § 8 Rdn. 21 a; Hofmann in: Wüsthoff HDW § 27 LWG NW Rdn. 3; Fritzsche/Knopp/Manner, Das Wasserrecht in Bayern, § 8 WHG Rdn. 19; vgl. auch Schulte, ZfW 1979, 133, 135 ff.). Die in den genannten Vorschriften getroffene Regelung enthält damit auch materielles Wassernachbarrecht privatrechtlicher Natur.

bb) Für die Tragweite des Schutzgesetzcharakters (§ 823 Abs. 2 BGB) von § 8 Abs. 3 und 4 WHG und § 17 (jetzt § 27) LWG, d.h. für die Frage, welche privat-

rechtliche Rechtsposition sie dem betroffenen Dritten gewähren, kommt es nicht darauf an, welche Rechtsstellung der Gewässerbenutzer im jeweiligen Einzelfall öffentlich-rechtlich anstrebt.

Wasserrechtliche Bewilligung (§ 8 WHG) und Erlaubnis (§ 7 WHG) unterscheiden sich nicht nach dem Gegenstand und dem Umfang der durch sie ermöglichten Gewässerbenutzung, sondern durch die Art der durch sie gewährten Rechtsstellung (BVerwGE 41, 58 = ZfW 1973, 99 m. Anm. Wiedemann). Dem Gewässerbenutzer steht es frei, welche der beiden öffentlich-rechtlichen Gestattungen er beantragen will. Jede denkbare Gewässerbenutzung kann auf der Grundlage sowohl einer Erlaubnis als auch einer Bewilligung erfolgen. Der rechtserhebliche Unterschied liegt in der durch das öffentliche Wasserrecht dem Benutzer jeweils eingeräumten besonderen Rechtsposition.

Die Bewilligung gewährt ihrem Inhaber ein subjektives öffentliches Recht zur Gewässerbenutzung, das nach § 16 (jetzt § 26) LWG den Schutz des Eigentums genießt. Ihre Erteilung setzt nach § 9 WHG stets ein förmliches Verfahren voraus, in dem die Betroffenen und die beteiligten Behörden Einwendungen geltend machen können. In diesem Verfahren werden nicht nur die öffentlichen Interessen und Belange geprüft (§ 6 WHG), es sind vielmehr auch privatrechtliche Einwendungen Dritter zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 3 und 4 WHG iVm Landesrechtlichen Vorschriften, hier § 17, jetzt § 27 LWG). Einander widerstreitende Interessen werden ausgeglichen, die Rechtsbeziehungen zwischen der Beteiligten nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich umfassend geordnet. Ist die Gewässerbenutzung (öffentlich-rechtlich) zugelassen, so sind nach § 11 WHG auch privatrechtliche

Ansprüche nachteilig betroffener Dritter gegen den Inhaber der Bewilligung ausgeschlossen, auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 8 WHG und den ergänzenden landesrechtlichen Bestimmungen. Diese gesetzliche Ausgestaltung entspricht der Regelung, wie sie ähnlich schon in § 26 der Gewerbeordnung (jetzt: § 14 BImSchG) getroffen war. Sie findet ihre Rechtfertigung in dem Umstand, daß die Betroffenen im Bewilligungsverfahren Gelegenheit haben, ihre Einwendungen gegen die beabsichtigte Gewässerbenutzung geltend zu machen.

Anders liegt es bei der wasserrechtlichen Erlaubnis. Sie gewährt ihrem Inhaber nicht ein Recht, sondern nur die widerrufliche Befugnis, ein Gewässer in einer bestimmten Weise zu benutzen. Im Gegensatz zum Recht, das die Gewässerbenutzung auch privatrechtsgestaltend regelt, bewirkt die Befugnis grundsätzlich nur die Zulässigkeit der Benutzung im Rahmen des öffentlichen Rechts (vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski § 7 Rdn. 2; Sieder/Zeitler § 7 Rdn. 1, 5, 9). Die (privatrechtliche) Rechtsstellung Dritter wird durch sie jedenfalls nicht abschließend geregelt. Das Wasserhaushaltsgesetz enthält für das Erlaubnisverfahren keine dem § 8 Abs. 3 und 4 WHG entsprechende Vorschrift. Auch das hier anzuwendende nordrhein-westfälische Landeswassergesetz erklärt diese Bestimmungen - im Gegensatz zu den Wassergesetzen anderer Länder (vgl. die Nachweise bei Gieseke/Wiedemann/Czychowski § 7 Rdn. 5, 6) - nicht für entsprechend anwendbar. Die Erlaubnis wird vielmehr nach § 24 Abs. 1 Satz 2 LWG "unbeschadet der Rechte Dritter" erteilt. So heißt es auch in der den Beklagten am 11. Juni 1981 erteilten Erlaubnis der Stadt Essen ausdrücklich: "vorbehaltlich Rechte Dritter und unbeschadet

etwa sonst noch erforderlicher öffentlich-rechtlicher Gestattungen". Daß die Wasserbehörde nach § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG auch im Erlaubnisverfahren Auflagen festsetzen kann, um nachteilige Wirkungen der gestatteten Gewässerbenutzung für andere zu verhüten oder auszugleichen, steht dem ebensowenig entgegen wie die Pflicht der Behörde, insoweit ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben (vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski § 7 Rdn. 6; Sieder/Zeitler § 7 Rdn. 9; Hofmann § 24 LWG Rdn. 9; OVG Münster ZfW 1975, 117, 123 ff. m. Anm. Wiedemann). Entscheidend ist, daß dem Gewässerbenutzer durch die Erlaubnis nicht ein (subjektiv-öffentliches) Recht, sondern lediglich eine öffentlich-rechtliche Befugnis eingeräumt wird, die privatrechtliche Einwendungen Dritter unberührt läßt. Eine dem § 11 WHG entsprechende Vorschrift fehlt sowohl im Wasserhaushaltsgesetz als auch nach nordrhein-westfälischem Landeswasserrecht. Der Betroffene kann deshalb gegen Beeinträchtigungen durch eine erlaubte Gewässerbenutzung auf zivilrechtlichem Wege vorgehen (ebenso Gieseke/Wiedemann/Czychowski § 7 Rdn. 9, 10; Sieder/Zeitler § 7 Rdn. 9; vgl. auch Bender/Dohle, Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht, 1972, Rdn. 328, 332).

Diese je nach Art der öffentlich-rechtlichen Gestattung unterschiedlich ausgestaltete Rechtsposition des Gewässerbenutzers hat keinen Einfluß auf den sachlich-rechtlichen Schutz betroffener Dritter. Es besteht weder ein gesetzlicher Anhaltspunkt noch ein sachlicher Grund für die Annahme, daß der, wie ausgeführt, in § 8 Abs. 3 und 4 WHG in Verbindung mit den ergänzenden landeswasserrechtlichen Bestimmungen enthaltene materiell-rechtliche Schutz betroffener Dritter eingeschränkt sein soll, wenn es - aus welchen Gründen auch immer - nicht

zu einem Bewilligungsverfahren, sondern (nur) zu einem Erlaubnisverfahren kommt, oder der Gewässerbenutzer eine wasserrechtliche Gestattung überhaupt nicht beantragt, also auch öffentlich-rechtlich unbefugt benutzt.

Das Wasserrecht ist von Gesichtspunkten des Ausgleichs beherrscht. Dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit kommt in der rechtlichen Ordnung der Gewässerbenutzungen besondere Bedeutung zu. Nach diesem Grundsatz sind die Gewässer so zu benutzen, daß alle Benutzer den größtmöglichen Vorteil aus dem Wasser ziehen können und eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit sowie jede vermeidbare Beeinträchtigung anderer unterbleibt (vgl. Bender/Dohle aaO Rdn. 304). Es können hier (öffentlich-rechtlich) auch Gesichtspunkte zum Tragen kommen, wie sie im Baurecht (§§ 34, 35 BBauG) zum sog. Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme entwickelt worden sind (vgl. insbesondere BVerwGE 52, 122; Weyreuther, BauR 1975, 1 ff.; krit. Breuer, DVBl. 1982, 1065 ff.): Dem Bauherrn soll alles gestattet sein, was aus seiner Interessenlage heraus verständlich und unabweisbar ist, der Nachbar soll vor unzumutbaren und vermeidbaren Beeinträchtigungen und Benachteiligungen geschützt sein. Je verständlicher und unabweisbarer die mit dem Vorhaben verfolgten Interessen sind, um so weniger, je unzumutbarer und vermeidbarer die Auswirkungen des Vorhabens auf den Nachbarn sind, um so mehr kann an Rücksichtnahme verlangt werden. Eine Gewässerbenutzung kollidiert, wenn nicht mit dem Gemeinwohl, so doch nicht selten mit den Rechten und Interessen anderer Gewässerbenutzer. Ein Ausgleich der einander widerstreitenden wassernachbarlichen Belange muß in jedem Fall gewährleistet sein, unabhängig davon, ob der Unternehmer eine Bewilligung oder eine Erlaubnis beantragt oder eine

wasserrechtliche Gestattung gar nicht anstrebt.

Der Schutz des betroffenen Dritten wäre unvollkommen, wenn die ihm in § 8 Abs. 3 und 4 WHG und den ergänzenden landesrechtlichen Vorschriften eingeräumte Rechtsstellung nur dazu berechtigen würde, im Bewilligungsverfahren Einwendungen zu erheben. Der Unternehmer hätte es in der Hand, allein durch die Wahl des öffentlich-rechtlichen Gestattungsverfahrens zugleich die privatrechtliche Rechtsstellung des betroffenen Dritten zu beeinflussen. Das rechtfertigt den Schluß, daß die genannten Vorschriften allgemein und unabhängig von der Art des jeweils in Frage stehenden Gestattungsverfahrens Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind (vgl. auch OVG Münster, ZfW 1975, 117, 123 m. Anm. Wiedemann; BGH Urteil vom 5. November 1976 - V ZR 93/73 = LM BGB § 909 Nr. 16 = NJW 1977, 763; BayObLGZ 1980, 168, 172 f. = BayVBl. 1980, 728, 729).

b) Das Berufungsgericht hat einen aus einer Schutzgesetzverletzung folgenden Schadensersatzanspruch verneint, weil den Beklagten bzw. ihrem Rechtsvorgänger die Benutzung des Gewässers entsprechend der erteilten Erlaubnis subjektiv nicht zum Vorwurf gemacht werden könne.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Vorwurf, schuldhaft gehandelt zu haben, setzt voraus (vgl. BGH Urteil vom 5. November 1976 - V ZR 93/73 = LM BGB § 909 Nr. 16 = NJW 1977, 763; auch Fritzsche/Knopp/Manner § 8 WHG Rdn. 19), daß den Beklagten bzw. ihrem Rechtsvorgänger zumindest die Unkenntnis, mit den Entwässerungsmaßnahmen das genannte Schutzgesetz

(§ 8 Abs. 3 und 4 WHG, § 17 bzw. jetzt § 27 LWG) zu verletzen, zur Fahrlässigkeit gereicht. Es genügt daher, ist aber auch erforderlich, daß sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) erkannt hätten, die Entwässerungsmaßnahmen auf ihrem Grundstück veränderten auch den Grundwasserspiegel im Grundstück der Kläger derart, daß diese davon Nachteile der in § 8 Abs. 3 und 4 WHG, § 17 bzw. jetzt § 27 LWG genannten Art zu erwarten hatten.

Diese Prüfung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht angestellt. Die Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis (§ 7 WHG) durch Bescheid der Stadt Essen vom 11. Juni 1981, ausdrücklich mit der Einschränkung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 LWG, daß die Erlaubnis vorbehaltlich der Rechte Dritter erteilt werde, war entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht geeignet, ein Verschulden der Beklagten bzw. ihres Rechtsvorgängers gerade im Hinblick auf die Verletzung des in Frage stehenden Schutzgesetzes auszuschließen. Ein subjektiver Vorwurf entfielen insoweit allenfalls hinsichtlich der Verletzung der wasserrechtlichen Vorschriften, die als reine Verhaltensnormen die fragliche Gewässerbenutzung vom Vorliegen einer behördlichen Gestattung abhängig machen, d.h. der §§ 2, 41 Abs. 1 Nr. 1 1. Alternative WHG. Hinsichtlich der Verletzung von § 8 Abs. 3 und 4 WHG und § 17 bzw. jetzt § 27 LWG liegt es anders (vgl. auch Schulte, ZfW 1979, 133, 137).

c) Die Begründung des angefochtenen Urteils trägt nach allem die Abweisung der Klage nicht. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Da sich im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens nicht ausschließen läßt, daß der auf

§ 823 Abs. 2 BGB gestützte Schadensersatzanspruch Erfolg hat, muß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

3. Ob der von den Klägern neben dem Schadensersatzanspruch weiter geltend gemachte Unterlassungsanspruch (Klageantrag zu 3) begründet ist, zu dessen Voraussetzungen das Erfordernis des Verschuldens nicht zählt, hat das Berufungsgericht nicht geprüft, obwohl dazu von seinem Standpunkt aus Veranlassung bestanden hätte.

Auch insoweit kann das angefochtene Urteil deshalb keinen Bestand haben.

III.

Für das erneute Berufungsverfahren wird (in Ergänzung der Ausführungen in BGHZ 69, 1, 22 ff.) auf folgendes hingewiesen.

Das Berufungsgericht wird zunächst feststellen müssen, ob die Grundwasserbenutzung der Beklagten eine den Klägern in § 8 Abs. 4 WHG, § 17 (jetzt § 27) LWG eingeräumte materielle Rechtsposition verletzt (ein Recht im Sinne von § 8 Abs. 3 WHG ist in BGHZ 69, 1, 20 verneint). Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß das nordrhein-westfälische Landeswassergesetz vom 22. Mai 1962 nach seinem § 136 erst am 1. Juni 1962 in Kraft getreten ist, während die Entwässerungsmaßnahmen auf dem Grundstück der Beklagten bereits im Herbst 1961 begannen. Zu diesem Zeitpunkt war zwar das Wasserhaushaltsgesetz des Bundes vom 27. Juli 1957 in Kraft getreten (nach seinem § 45 am 1. März 1960).

Nach den Vorschriften des landesrechtlich (Art. 65 EGBGB) in Essen bis zum 1. Juni 1962 geltenden preußischen Wassergesetzes könnten die Entwässerungsmaßnahmen des Rechtsvorgängers der Beklagten aber bis zum Inkrafttreten des nordrhein-westfälischen Landeswassergesetzes unbeschränkt zulässig gewesen sein (vgl. Holtz/Kreutz/Schlegelberger PrWG 4. Aufl. Nachdr. 1955 Vorb. und Anm. 6 zu § 200).

Soweit das Berufungsgericht eine zu Lasten der Kläger bzw. ihres Rechtsvorgängers nachteilige Wirkung der in § 17 (jetzt § 27) Abs. 1 LWG genannten Art durch die Grundwasserbenutzung seitens der Beklagten bzw. ihres Rechtsvorgängers feststellt, wird es die Voraussetzungen von § 8 Abs. 3 WHG, § 17 (jetzt § 27) Abs. 2 LWG zu prüfen haben. Dabei wird zu beachten sein, daß § 17 (jetzt § 27) Abs. 2 LWG im Hinblick auf die in dem ersten Revisionsurteil vom 22. Dezember 1976 zu II 4 a) aE = BGHZ 69, 1, 25 vom erkennenden Senat (a.A. Gieseke/Wiedemann/Czychowski § 8 Rdn. 14) geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken inzwischen geändert worden ist (vgl. Hofmann aaO § 27 LWG Rdn. 6).

Bei der Prüfung der Frage, ob der Rechtsvorgänger der Beklagten Kenntnis von der nachteiligen Wirkung seiner Entwässerungsmaßnahmen auf die Grundwasserförderung des Rechtsvorgängers der Kläger hatte oder hätte gewinnen können, wird das Berufungsgericht insbesondere auch den vorgelegten Schriftwechsel der Parteien und ihrer Anwälte aus der fraglichen Zeit (1961/62) zu berücksichtigen haben.

Im übrigen wiederholt der Senat seine Hinweise in dem ersten Revisionsurteil (zu II 4), denen das Berufungsgericht bislang noch nicht nachgegangen ist.

Krohn

Tidow

Boujong

Halstenberg

Werp