

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

2182 058

1. Gesetz: Gemeines Wasserrecht

Rechtssatz: Über den Gemeingebrauch hinausgehende Stau- und Wasserableitungsrechte an öffentlichen Gewässern konnten nach Gemeinem Recht grundsätzlich nur durch obrigkeitliche Verleihung (concessio), nicht durch ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, etwa durch Bestellung oder Ersitzung einer Servitut entstehen. Die einzige weitere Möglichkeit der Entstehung eines solchen Rechts war die unvordenkliche Verjährung, die den Beweis für eine in früherer Zeit erteilte Verleihung liefert.

2. Gesetz: Preußisches Wassergesetz (WG) § 380

Rechtssatz: Der Antrag auf Eintragung der nach § 379 WG aufrechterhalten gebliebenen Rechte ins Wasserbuch, der gemäß § 380 WG bis spätestens 30. April 1929 zu stellen war, mußte in sich selbst ausreichend bestimmt sein. Im übrigen waren keine strengen Anforderungen an ihn zu stellen. Das Recht mußte so genau bezeichnet sein, daß dem Antrag nicht eine andere Bedeutung beigelegt oder ein anderes Recht unterschoben werden konnte (Bestätigung von RGZ 161, 243 /252/).

Aktenzeichen: V ZR 112/52

I LG Hildesheim

Urteil des BGH vom 4. Februar 1955 II OLG Celle

V. ZR 112/52

Verkündet
am 4. Februar 1955
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Mühlenbesitzers Franz E [REDACTED], Alleininhabers der
Firma Mühlenwerke H [REDACTED]-G [REDACTED] Franz E [REDACTED],
in G [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Anschluß-
berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Mühlenbesitzer Fritz E [REDACTED], Alleininhaber der
Firma Gebr. E [REDACTED] in H [REDACTED], G [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschluß-
berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. April 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Oechßler, Dr. Piepenbrock und Dr. Großmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 19. Juni 1952 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer der G[REDACTED] Mühle in H[REDACTED] und der Gr[REDACTED] Mühle in Gr[REDACTED]. Der Beklagte ist Eigentümer der K[REDACTED] Mühle in G[REDACTED] und der ihr benachbarten und in Betriebsgemeinschaft mit ihr stehenden Kl[REDACTED]mühle in H[REDACTED]. Die vier Mühlen liegen an einem etwa 2 km langen Flußabschnitt der Innerste, eines Flußlaufs zweiter Ordnung, und zwar die G[REDACTED] Mühle des Klägers oberhalb, seine Gr[REDACTED] Mühle dagegen unterhalb der beiden Mühlen des Beklagten. Oberhalb dieser beiden Mühlen des Beklagten teilt sich die Innerste. Ihr ostwärtiger Arm teilt sich an der sog. Großen Schleuse erneut und treibt mit seinem rechten Arm - dem sog. Großen Mühlengraben - die Kl[REDACTED]mühle des Beklagten und etwa 1 km flußabwärts die Gr[REDACTED] Mühle des Klägers. Der linke Arm treibt die K[REDACTED] Mühle des Beklagten. Sein Wasser sammelt sich nach Durchlauf durch die Turbine in einem Mühlenkolk, an dessen unterem Ausfluß früher ein Überfallwehr bestanden hat, und fließt dann in den Hauptlauf der Innerste ab.

Dieses zwischen den Parteien strittige Überfallwehr hatte die Aufgabe, den ungenutzten Ablauf des Wassers aus dem Mühlenkolk in die Innerste zu verhindern und wenigstens einen Teil dieses aus der K[REDACTED] Mühle kommenden Wassers durch den vom Mühlenkolk aus abgezweigten "Kleinen Mühlengraben" dem Großen Mühlengraben und damit der Gr[REDACTED] Mühle des Klägers zuzuleiten, die mithin ihr Wasser sowohl unmittelbar durch den Großen Mühlengraben, also von der Kl[REDACTED]mühle her, als auch durch den Kleinen Mühlengraben, also von der K[REDACTED] Mühle her, erhalten konnte. In Regelung dieser Wasserführung und der Stauhöhe

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



• am strittigen Überfallwehr sind im Laufe der Jahrhunderte zwischen den Eigentümern der Gr[REDACTED] Mühle (den Rechtsvorgängern des Klägers) und den Eigentümern der K[REDACTED] Mühle und der Kl[REDACTED]mühle (den Rechtsvorgängern des Beklagten) verschiedene Verträge abgeschlossen worden. Die letzte wesentliche Vereinbarung dieser Art wurde am 22. Oktober 1851 zwischen den Mühlenbesitzern Franz E[REDACTED] zur K[REDACTED]-G[REDACTED] Mühle und Franz Ha[REDACTED] zur Gr[REDACTED] Mühle unter Mitwirkung des zuständigen Wasserbauinspektors getroffen. Dabei wurde die Höhenlage des gleich unterhalb der K[REDACTED] Mühle gelegenen, "von dem Mühlenbesitzer Franz Ha[REDACTED] in Bau und Besse- rung zu unterhaltenden Wehrs oder Überfalls" in den da- mals üblichen Maßen (Zoll), ausgehend von dem "Grundbaum" der K[REDACTED]-G[REDACTED] Mühle und unter Verwendung von hölzer- nen Nägeln als Zeichen festgelegt.

Am selben Tage haben die Vertragsparteien weiter vereinbart, daß der Vergleich nicht nur für sie selbst, sondern auch für ihre Erben sowie für ihre Nachfolger im Besitz der betreffenden Mühlen "als unverbrüchlich auf ewige Zeiten" gelten solle. Der Vergleich enthält sodann weiter noch den Beglaubigungsvermerk des Königlichen Amtes Hildesheim.

Inzwischen haben sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich verändert.

Das strittige Wehr besteht heute nicht mehr, der Kleine Mühlengraben liegt jetzt erheblich höher als der Normalwasserstand im Mühlenkolk, er ist überdies in sei- nem ersten Teil, vom Mühlenkolk aus gesehen, zugeschüttet.

Sowohl der Abflußarm zwischen Mühlenkolk und der Innerste, als auch die Stelle, an der das strittige Wehr gestanden hat, ist im Zusammenhang mit einer Innersteregulierung etwa 1938/39 vom Beklagten auf annähernd das Doppelte der ursprünglichen Breite verbreitert, auch etwa 3/4 m tiefer ausgebaggert worden. Das Peschwerder Wehr, das sich am Großen Mühlengraben zwischen der Einmündung des Kleinen Mühlengrabens und der Gr[REDACTED] Mühle befand, besteht nicht mehr. Der Peschwerder Strang, durch den das über das Peschwerder Wehr strömende Wasser zur Innerste abfloß, ist zugeschüttet.

Der Kläger behauptet, er und seine Rechtsvorgänger hätten ihre Rechte hinsichtlich des strittigen Wehrs entsprechend dem Vergleich vom 22. Oktober 1851 immer wieder geltend gemacht. Erst in den letzten Jahrzehnten sei das Wehr allmählich verfallen. Das Fehlen des Wehrs habe eine ungenügende Wasserzuführung zur Gr[REDACTED] Mühle zur Folge, da das aus der K[REDACTED] Mühle kommende Wasser jetzt nicht mehr durch den Kleinen Mühlengraben in den Großen Mühlengraben und damit zur Gr[REDACTED] Mühle, sondern unmittelbar in die Innerste abfließe. Dadurch sei der Kläger allein auf das durch die Kl[REDACTED]mühle fließende Wasser angewiesen und, wenn der Beklagte diese Mühle überhaupt nicht laufen lassen wolle, in der Wasserzuführung gänzlich von der Willkür des Beklagten abhängig. Da der Beklagte die Wiedererrichtung des Wehrs verweigerte, hat der Kläger am 8. April 1947 Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen,

1. zu dulden, daß der Kläger auf dem dem Beklagten gehörigen Mühlengrundstück in G[REDACTED] kurz unterhalb der K[REDACTED] Mühle ein Wehr errichtet und un-

terhält, das in Lage und Abmessungen einschließlich der Kronenhöhe dem Vergleich vom 22. Oktober 1851 entspricht;

2. die Uferanschlüsse des vom Kläger zu errichtenden Wehrs auf seine eigenen Kosten herzustellen.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 1. Juni 1951 erkannt:

Unter Abweisung der Klage im übrigen wird der Beklagte verurteilt, zu dulden, daß der Kläger auf dem dem Beklagten gehörigen Mühlengrundstück in G [REDACTED] kurz unterhalb der K [REDACTED] Mühle ein Wehr errichtet und unterhält - Lage und Abmessungen entsprechend der Vereinbarung vom 22. Oktober 1851, nämlich mit einer Wehrkronenhöhe von NN + 67,312 m und einer Kronenbreite von 4,528 m.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte beantragt, das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage in vollem Umfang abzuweisen, hilfsweise festzustellen, daß der Anspruch erst nach Wiederherstellung des Peschwerder Wehrs besteht.

Der Kläger hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

sowie im Wege der Anschlußberufung,

den Beklagten zu verurteilen, die Uferanschlüsse des vom Kläger zu errichtenden Wehrs auf Kosten des Be-

klagen herzustellen, und zwar in der Weise, daß die Ufer senkrecht an das Wehr anschließen in der Höhe von 0,40 m über der Wehrkrone, hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen zu dulden, daß der Kläger die Uferanschlüsse in dieser Weise herstellt, weiter hilfsweise, festzustellen, daß dem Kläger das in der Entscheidung des Landgerichts und im Antrag der Anschlußberufung bezeichnete Recht zusteht.

Der Beklagte hat demgegenüber beantragt, die Anschlußberufung des Klägers zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat dahin erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten wird auf die Anschlußberufung des Klägers das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 1. Juni 1951 abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

1. Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, zu dulden, daß der Kläger auf dem dem Beklagten gehörigen Mühlengrundstück in G [REDACTED] kurz unterhalb der K [REDACTED] Mühle ein Wehr errichtet und unterhält, das nach Lage und Abmessungen der Vereinbarung vom 22. Oktober 1851 entspricht, nämlich mit einer Wehrkronenhöhe von NN + 67,312 m und einer Kronenbreite von 4,528 m;

2. Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, die Uferanschlüsse des vom Kläger zu errichtenden Wehres in der Weise herzustellen, daß die Ufer senkrecht bis zur Höhe von 0,40 m über der Wehrkrone an das Wehr anschließen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision. Auf Grund der Revisionsverhandlung sind auf Bitten der Parteien Vergleichsverhandlungen (teilweise an Ort und Stelle) geführt worden, die schließlich gescheitert sind.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Landgericht hat auf die Klage den Beklagten verurteilt, die Wiederherstellung des strittigen Wehrs zu dulden. Das Berufungsgericht hat lediglich eine entsprechende Feststellung ausgesprochen und hat auf die Anschlußberufung des Klägers weiter festgestellt, der Beklagte sei zur Herstellung des Uferanschlusses verpflichtet. Es führt dazu aus: Die Voraussetzungen für ein Leistungsurteil seien gegenwärtig noch nicht gegeben, da zur Neuerrichtung des Wehrs und zur Fertigstellung der seitlichen Anschlüsse eine wasserpolizeiliche (§ 22 Abs 1 des Preußischen Wassergesetzes - in der Folge WG -) und im gleichen Verfahren zu erteilende gewerbepolizeiliche (§ 16 GewO) Genehmigung erforderlich sei. Es könne daher lediglich dem Hilfsantrag des Klägers auf Feststellung seines Duldungsanspruchs und der Verpflichtung des Beklagten zur Herstellung des Uferanschlusses stattgegeben werden.

Die Revision meint: Schon mit Rücksicht auf die völlige Veränderung der wasserwirtschaftlichen Verhältnisse sei eine wasserrechtliche Verleihung nach §§ 46 ff WG erforderlich und, solange ein solches Recht nicht

verliehen sei, könne ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung nicht bestehen. Auch während eines wasserrechtlichen Verfahrens sei ein Rechtsschutzinteresse nur gegeben, wenn ein Streit gemäß § 70 Abs 2 WG zur richterlichen Entscheidung verwiesen worden sei.

Dem ist nicht zuzustimmen. Bei dem langjährigen Streit der Parteien und da der Beklagte die Ansprüche des Klägers bestreitet und das Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlichen Anspruchs sehr wohl von Bedeutung für die Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Verfahrens sein kann, kann das alsbaldige rechtliche Interesse an einer Feststellung nicht verneint werden, zumal eine sonst zulässige Verleihung versagt werden könnte, wenn feststeht, daß das zu verleihende Recht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht ausgeübt werden kann (Pr OVG in Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht - ZAgr - 21, 22).

B

Zur Berufung des Beklagten führt das Berufungsgericht aus: Der Kläger habe auch heute noch einen Anspruch auf Duldung der Errichtung und Unterhaltung des Überfallwehrs. Dieser Duldungsanspruch erwachse nicht unmittelbar aus dem Vergleich vom 22. Oktober 1851. In diesem hätten sich die Vertragsparteien lediglich über die Stauhöhe des Wehrs geeinigt und seien von dem Bestehen irgendeines Rechts schon ausgegangen. Es handle sich um ein tituliertes Recht im Sinne des § 379 Abs 1 WG, und zwar um ein untrennbar miteinander verbundenes Doppelrecht,

- a) ein absolutes dingliches Recht am Wasserlauf, das das Recht auf Errichtung und Unterhaltung des Wehrs (Staurecht) und auf Ableitung des angestauten Wassers durch den Kleinen Mühlengraben zur Gr[REDACTED] Mühle (Ableitungsrecht) umfasse,
- b) ein dingliches Recht des Eigentümers der Gr[REDACTED] Mühle gegen den Inhaber der K[REDACTED] Mühle auf Duldung des Wehrs und auf Benutzung der Ufergrundstücke zur Errichtung, Unterhaltung und Bedienung des Wehrs.

I.

Die Entstehung und Rechtsnatur dieser Rechte seien nach Gemeinem Recht zu beurteilen. Sie könnten sich allerdings nur teilweise nach den Vorschriften über die Entstehung von Servituten richten. Nur über das Duldungsrecht zur Benutzung der Ufergrundstücke habe zwischen den Parteien ein formloser Vertrag geschlossen werden können, wie es nach Gemeinem Recht für die Entstehung einer Servitut notwendig gewesen sei. Das Wasserrecht habe nicht im Weg der Bestellung einer Servitut entstehen können, da Voraussetzung dafür gewesen wäre, daß der Eigentümer des dienenden Wassergrundstücks, der Rechtsvorgänger des Beklagten, die Verfügungsberechtigung über die Wassernutzung gehabt hätte. Dieses Verfügungsrecht sei bei den sog. öffentlichen Flüssen des Gemeinen Rechts eingeschränkt gewesen. Öffentliche Flüsse seien alle ständig fließenden Wasserläufe, also selbst kleine Bäche gewesen. Dazu gehöre auch die Innerste. Rechte zur Benutzung des Wasserlaufs oder des Wassers

hätten daher nicht durch privatrechtliche Vereinbarung, auch nicht durch Ersitzung, sondern, von der hier nicht in Betracht kommenden Verleihung abgesehen, nur durch unvordenkliche Verjährung begründet werden können.

Die Auffassung sei abzulehnen, ein Privatrecht an einem öffentlichen Gewässer könne durch unvordenkliche Verjährung nur erworben werden, wenn die Benutzung eine ausschließliche gewesen sei. Die Nutzungsverleihung gebe dem Berechtigten ein "ausschließliches" Nutzungsrecht am Wasserlauf nur gegenüber dem Gemeingebrauch. Daß ein Staurecht seine Grenzen an anderen, gleichgearteten Rechten, also an den Staurechten der anderen Mühlen finde, bedeute keine Einschränkung der Ausschließlichkeit.

Es komme als Entstehungsgrund des Wasserrechts allein die unvordenkliche Verjährung in Betracht. Ihre Voraussetzungen - nachweislicher Besitz über 40 Jahre und keine Erinnerungen an einen anderen Zustand über weitere 40 Jahre - lägen nach dem unstreitigen Sachverhalt vor. Bis 1889 bestreite auch der Beklagte die Existenz des Wehrs und seine Funktion nicht. Das Vorhandensein im Jahre 1849 ergebe sich aus den Protokollen vom 19. November 1830 und vom 21. Dezember 1841. Aus der Zeit nach 1809 sei Entgegenstehendes nicht bekannt.

Die unvordenkliche Verjährung sei ein besonderer Titel im Sinne des § 379 Abs 1 WG und gebe einen Beweisgrund für eine in früherer Zeit von der zuständigen Obrigkeit ausdrücklich oder stillschweigend erteilte Genehmigung oder Verleihung ab.

Der Inhalt des titulierten Rechts bestimme sich nach dem Inhalt des Titels, also auch nach der Ausgestaltung durch Übung. Maßgebend sei daher vor allem der Vergleich vom 22. Oktober 1851. Es bestehe also ein Staurecht als selbständiges dingliches Recht, in dessen Folge jeder, auch der Grundeigentümer, verpflichtet sei, die Wasserentnahme zu dulden und jede Beeinträchtigung des Staus zu unterlassen. Gleichzeitig sei ein Recht auf Ableitung des angestauten Wassers durch den Kleinen Mühlengraben zum Betrieb der Gr[REDACTED] Mühle erkennbar, das ebenfalls ein dingliches Recht am Wasserlauf sei.

Daneben lasse der Vergleich von 1851 auch das Recht auf Benutzung der Ufergrundstücke im Rahmen der Errichtung, Unterhaltung und Bedienung des Wehrs erkennen. Dieses sei nicht ein Bestandteil des Staurechts, sondern beruhe auf besonderem Rechtsverhältnis. Es sei eine Grunddienstbarkeit (Servitut). Als Entstehungsgrund komme unvordenkliche Verjährung oder formloser Vertrag, auch Servitutenersitzung durch mindestens zehnjährige Ausübung inter praesentes, nämlich von 1830 bis 1889, in Betracht.

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Entstehung dieser Rechte seien nicht begründet.

a) Einer Genehmigung des Staurechts nach § 74 hann. Gesetzes vom 22. August 1847 (GS 263) habe es nicht bedurft, da § 74 dieses Gesetzes sich nur auf neue Stauanlagen bezogen habe.

b) Dafür, daß es sich bei dem Recht des Klägers nur um eine pachtweise Gestattung gehandelt habe, fehle jeder Anhalt.

c) Abzulehnen sei die Annahme einer lediglich hoheitlichen Genehmigung ohne Begründung eines privaten Wasserrechts. Die noch vorliegenden Urkunden zeigten deutlich den privatrechtlichen Charakter der den Rechtsgängern des Klägers eingeräumten Rechte. Die nach § 379 WG aufrechterhaltenen Rechte gälten ohnehin grundsätzlich als Privatrechte weiter.

Die Revision wendet sich gegen diese Ausführungen. Sie trägt vor, die vom Kläger geltend gemachten Wasserbenutzungsrechte, das Staurecht und das Wasserableitungsrecht, bestünden nicht mehr, weil es sich dabei nicht um titulierte Rechte im Sinne des § 379 Abs 1 WG, sondern um Wasserrechte im Sinne des § 379 Abs 2 WG handle und zur Zeit des Inkrafttretens des Wassergesetzes am 1. Mai 1914 rechtmäßige Anlagen zu ihrer Ausübung nicht vorhanden gewesen seien.

Die Revision führt aus, es handle sich um folgende Rechte:

- a) um Wasserbenutzungsrechte, die nach dem Wassergesetz zu beurteilen seien, nämlich ein Staurecht und ein Ableitungsrecht am Unterwassergraben der K[REDACTED] Mühle und ein Einleitungsrecht entweder am Kleinen Mühlengraben oder, falls dieser Wasserlaufseigenschaft nicht habe, am Großen Mühlengraben;

- b) um nach allgemeinem bürgerlichen Recht zu beurteilende Berechtigungen, nämlich um das Recht, auf dem Grundbesitz des Beklagten ein Stauwehr herzustellen und zu unterhalten und, falls der kleine Mühlengraben kein Wasserlauf im Rechtsinne sei, um das Recht, durch ihn Wasser zum Großen Mühlengraben hinzuleiten.

Das Staurecht sei nur ein Recht zum Aufstau, es enthalte nicht das Recht, daß jedermann verpflichtet sei, die Wasserentnahme zu dulden. Das Ableitungsrecht enthalte nicht das Recht auf Ableitung des angestauten Wassers durch den Kleinen Mühlengraben. Diese Befugnis sei selbständig, sie könne ein Einleitungsrecht entweder in den Kleinen oder in den Großen Mühlengraben darstellen, in den Kleinen Mühlengraben dann, wenn dieser ein Wasserlauf gemäß § 1 WG sei. Sei dies nicht der Fall, müsse ein besonderes Recht auf Durchleitung des gestauten und abgeleiteten Wassers durch den Kleinen Mühlengraben zum Großen Mühlengraben bestehen. Dieses Recht sei kein Wasserrecht, sondern müßte seine Grundlage im allgemeinen bürgerlichen Recht haben.

Diesen Ausführungen ist an sich zuzustimmen, zunächst ist aber Gegenstand der Klage nur das Staurecht, das Ableitungsrecht und das Recht, zum Zweck des Staus ein Stauwehr herzustellen. Die Frage, wie die Weiterleitung des Wassers bis zum Großen Mühlengraben rechtlich zu beurteilen ist, ist erst später nach der Richtung zu erörtern, ob ein etwa bestehendes Recht auf Errichtung des Wehrs dadurch beeinträchtigt werden könnte, daß die Möglichkeit

der Weiterleitung des Wassers nicht besteht.

Die Revision nimmt nun an, die Befugnis zur Höherhaltung des Wasserspiegels im Mühlenkolk und die Ableitung des Wassers aus ihm habe seine Rechtsgrundlage in dem Gemeingebrauch am Wasser, der nach Gemeinem Recht wesentlich weitergegangen sei als nach dem Preußischen Wassergesetz, und daneben hätten die Eigentümer der G [REDACTED] Mühle gegenüber dem Beklagten und seinen Rechtsvorgängern der Berechtigung zum Rückstau in sein Unterwasser und, sofern der Kleine Mühlengraben ein Privatgewässer gewesen sei, der Berechtigung zur Durchleitung des abgeleiteten Wassers zum Großen Mühlengraben bedurft. Dieses Rechtsverhältnis stelle sich als gemeinrechtliche servitus aquaeductus dar.

Dem kann nur teilweise zugestimmt werden. Es ist richtig, daß der Gemeingebrauch im römischen Recht weiter ging als nach dem Preußischen Wasserrecht. So war es möglich, daß der Gemeingebrauch den Betrieb einer Wassermühle rechtfertigen konnte (RG vom 24. Mai 1930 in ZAgr 15, 149 [154] mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Rechtslehre). Im allgemeinen aber war die Entwicklung dahin gegangen, daß einzelne Sonderrechte an öffentlichen Gewässern entstehen konnten, die durchaus als Privatrechte erschienen, aber auf öffentlicher Verleihung beruhten (Ubbelohde in Neues Magazin für Hannoversches Recht Bd II S 387). Das ging so weit, daß die Meinung aufkam, der Gemeingebrauch sei nur insoweit berechtigt, als die Staatsgewalt über die Benutzung nicht anderweit durch Verleihung verfügt habe (Endmann, Das ländliche Wasserrecht, 1862 S 25). Diese Privatrechte entstanden vorzugs-

weise bei kleineren Gewässern, während bei größeren Flüssen, wo die besondere Benutzung, z.B. zu einer Mühle, den Gebrauch des Wassers nicht erschöpft, der Gemeingebrauch nach wie vor Raum hatte (Endemann aaO). Ein solches Sonderrecht konnte nicht dadurch entstehen, daß nur einereine bestimmte Wassernutzung ausübte, sonstige Interessenten von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch machten (SeuffArch 32, Nr 299), wenn nicht zu erkennen war, daß diese Wassernutzung als Recht in Anspruch genommen wurde (RGZ 17, 119 [123]). Es war aber durch das interdictum ne quid in flumine publico fiat untersagt, im Flußbett oder an dessen Ufern den Lauf des Flusses ändernde oder störende Vorrichtungen anzubringen (SeuffArch 33 Nr 2). Ein solcher Eingriff setzte ein Sonderrecht voraus, da dieser die Grenzen des öffentlichen Gebrauchs überschritt (SeuffArch 21, Nr 97; 24, Nr 10; Elvers, Das Recht des Wasserlaufs in Themis, Zeitschrift für Doktrin u Praxis des Röm.Rechts 1841 S 444; dieser Auffassung ist wohl auch Hesse in JherJB Bd 7 S 256, 259, 265, wenn auch nicht ganz klar ist, wo er die Grenze zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzungsrecht ziehen will).

Im vorliegenden Fall ist nun die Befugnis, ein Wehr im Flußbett zu haben, der wichtigste Eingriff in den freien Wasserlauf. Sie ist die Voraussetzung der anderen in Betracht kommenden Wasserrechte, des Staurechts, das die Kl. Mühle unmittelbar berührt, und des Ableitungsrechts. Diese Wirkungen werden unmittelbar und zwangsläufig durch den Einbau des Wehrs herbeigeführt. Dieser Eingriff geht aber über den Gemeingebrauch hinaus.

Gegen die Auffassung, daß ein Recht, ein Wehr zu unterhalten, auf den Gemeingebrauch gestützt werden könnte, spricht auch, daß nach den Grundsätzen des Gemeinen Rechts die öffentlichen Gewässer dem Gemeingebrauch nur derer dienten, die die rechtliche Möglichkeit des Zutritts hatten (RGZ 23, 147 [152]; PrOVG in ZAgr 17, 201 [205]). Ein Zutritt des Rechtsvorgängers des Klägers zum Ufer war jedoch nur auf Grund eines besonderen Rechts, etwa einer Grunddienstbarkeit, möglich. Dieses Recht hatte aber nur einen Sinn, wenn zugleich dieser Berechtigte ein Recht auf Herstellung einer Stauanlage hatte. Jedenfalls war ein Gemeingebrauch in dem Sinn, daß jedermann an dieser Stelle Wasser ableiten durfte, nicht möglich.

Das Staurecht und das Ableitungsrecht ist daher vom Berufungsgericht mit Recht nicht als Ausfluß des Gemeingebrauchs angesehen worden. Ein solches Wasserrecht, das nach damaliger Auffassung ein Privatrecht war, konnte grundsätzlich nur durch obrigkeitliche Verleihung (concessio) entstehen, nicht durch ein Rechtsgeschäft des Privatrechts, also etwa durch Bestellung einer Servitut. Die einzige weitere Möglichkeit der Entstehung eines solchen Rechts, die in den Fällen praktisch wurde, in denen eine obrigkeitliche Verleihung nicht nachzuweisen war, ist die unvordenkliche Verjährung, die den Beweis für eine in früherer Zeit von der zuständigen Obrigkeit ausdrücklich oder stillschweigend erteilte Verleihung liefert RGZ 18, 256 [259]; 23, 147; RG in SeuffArch 91, Nr 135; Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, 4. Aufl II 584, 592, 603; weiter BGH vom 14. Januar 1955 V ZR 43/52; vgl entsprechend für das Fischereirecht Tasche,

Lippisches Fischereigesetz 1931, S 15).

Daß eine unvordenkliche Verjährung gegeben ist, hat das Berufungsgericht schon für das Jahr 1889 mit Recht festgestellt. Dazu ist erforderlich, daß der als Recht beanspruchte Zustand in einem Zeitraum von 40 Jahren als Recht besessen worden ist und daß weitere 40 Jahre vorher keine Erinnerungen an einen anderen Zustand seit Menschengedenken bestanden (Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts I S 604; RG in SeuffArch 80, Nr 62 = ZAgr 7, S 149; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl I § 113, S 582; Tasche aaO S 16; BGH vom 10. April 1953 V ZR 115/51 - Lindenmaier-Möhring BGB § 903 -27). Die Einwendungen, die die Revision dagegen erhebt, sind nicht stichhaltig. Daraus kann nichts entnommen werden, daß der Vergleich zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien vor dem Amt Steuerwald-Marienburg vom 19. November 1830 einen Streit aus Besitzstörung beilegen sollte, aus diesem Vergleich ergibt sich aber, daß schon damals ein Wehr bestand. Dasselbe ist dem Schreiben des Wasserbaudirektors a.D. Lüning vom 21. November 1859 zu entnehmen, und es ist belanglos, ob eine Feststellung der Stauhöhe auf Grund des § 15 der Strompolizeiverordnung für die Innerste im Fürstentum Hildesheim vom 16. Februar 1830 (Hann. GesS III. Abt. S 43) vorgenommen worden ist. Es ist nicht notwendig, daß festgestellt wurde, daß das Wehr 80 Jahre lang in allen Einzelheiten der Ausgestaltung entsprach, wie sie im Vertrag vom 22. Oktober 1851 festgelegt wurde. Es genügt, daß das Wehr den Zweck, der mit ihm erstrebt wurde, nämlich die Zuleitung des Wassers durch den Kleinen Mühlengraben im wesentlichen erfüllen konnte, daß dieser Zustand während eines Zeitraums von 40 Jahren keine wirkliche Unterbre-

chung erfahren hat und daß für die vorhergehenden weiteren 40 Jahre etwas anderes nicht bekannt war. Daß dieser Zustand während dieser Zeiträume immer unbestritten geblieben ist, ist nicht notwendig (RG in SeuffArch 80 Nr 62 = ZAgr 7, 149 = JR 1926 Nr 684).

Die Revision nimmt selbst an, daß für solche Stauanlagen die Einholung der Genehmigung der zuständigen Behörde erforderlich gewesen wäre, die weder vor noch nach 1851 eingeholt worden sei. Ob das richtig ist, mag dahingestellt bleiben, da die Erteilung einer solchen Genehmigung gerade durch die unvordenkliche Verjährung vermutet wird.

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht das Bestehen einer Servitut auf Duldung eines Wehrs im Abflußgraben der K[REDACTED] Mühle angenommen habe. Sie meint, dieses Bett, das bis zum Inkrafttreten des Preußischen Wassergesetzes eine res extra commercium gewesen sei, sei der Belastung mit einer Servitut unzugänglich gewesen. Es könnte höchstens eine Servitut mit dem Inhalt angenommen werden, daß der jeweilige Mühlenbesitzer den Rückstau durch Halten des Wehrs in seinem Unterwasser zu dulden habe. Es ist aber anzunehmen, daß das Berufungsgericht sich nur ungenau ausgedrückt hat, wenn es in I, 4 des Urteils von einer Servitut des Inhalts spricht, daß der Kläger und seine Rechtsvorgänger von den Eigentümern der K[REDACTED] Mühle die Duldung des strittigen Wehrs und aller mit dessen Errichtung, Unterhaltung und Bedienung verbundenen Tätigkeiten auf dessen Ufergrundstücken verlangen könne, denn unter I, 3 spricht es nur von der Benutzung der Ufergrundstücke im Rahmen

der Errichtung, Unterhaltung und Bedienung des fraglichen Wehrs, die es als Grunddienstbarkeit ansieht, deren Entstehung es ebenfalls auf unvordenkliche Verjährung oder auf einen formlosen Vertrag zurückführt.

Das Berufungsgericht hat also mit Recht die Entstehung eines Staurechts, zu dem das Recht zum Halten einer Stauvorrichtung hinzu kommt, eines Wasserableitungsrechts und einer Servitut zur Benutzung des Ufergeländes angenommen.

Auf die weiteren Einwendungen gegen die Entstehung dieser Rechte, mangelnde Genehmigung und Annahme einer pachtweisen Gestattung, ist die Revision nicht mehr zurückgekommen. Sie sind vom Berufungsgericht mit Recht abgelehnt worden.

Das Berufungsgericht hat diese Rechte zutreffend als titulierte Rechte im Sinne des § 379 Abs 1 WG angesehen, die auch nach dem Inkrafttreten des Wassergesetzes aufrechterhalten geblieben sind (siehe auch RG vom 21. September 1939, RGZ 161, 243 = ZAgr 26, 241).

.II.

Das Berufungsgericht prüft dann, ob diese mit dem Grundstück des Klägers verbundenen Rechte erloschen seien, und verneint dies. Es führt dazu aus: Der Untergang des Staurechts sowie der damit verbundenen Servitute richtet sich auch nach dem Inkrafttreten des Preußischen Wassergesetzes nach Gemeinem Recht. Das ergebe sich aus Art 65 EGBGB und aus § 399 Abs 1 WG; denn die Frage des Untergangs der im § 379 Abs 1 WG aufrechterhaltenen Rechte

sei im Wassergesetz nicht geregelt. Ebenso unterliege der Untergang der im Grundbuch nicht eingetragenen und nicht eintragungspflichtigen Servitut dem Gemeinen Recht (Art 128, 189 EGBGB).

Wegen der engen Verbindung des Wasserrechts mit der Servitut hätte das Erlöschen des einen Rechts auch den Untergang des anderen zur Folge. Hinsichtlich keines der beiden Rechte lägen Erlöschungsgründe vor.

1. Für das Wasserrecht kämen als Erlöschungsgründe in Betracht: obrigkeitliche Entziehung, für die nichts vorgebracht sei, und Verzicht (Dereliktion). Der zu diesem erforderliche ausdrückliche oder stillschweigende Wille des Klägers oder seiner Rechtsvorgänger liege nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vor. Ein solcher Wille ergebe sich aus dem allmählichen Verfall des Wehrs seit 1910 nicht. Für titulierte Rechte gelte nach dem Grundgedanken des § 379 Abs 1 u 2 WG gerade das Prinzip der Unabhängigkeit des Wasserrechts von der Existenz der ausübenden Anlagen. Der Verfall seit 1910 könne daher nur als Indiz für einen Verzicht gewertet werden. Die Wasserwirtschaft rechne aber mit langen Zeiträumen. Es könne also auch bei langjähriger Stilllegung von Wassernutzungen oder Zerstörung der Anlagen nicht ohne weiteres auf Aufgabe eines Wasserrechts geschlossen werden. Das Wehr habe jedenfalls bis 1910 noch bestanden. Das ergebe sich aus Nr 4 der Genehmigungsurkunde des Kreisausschusses Hildesheim vom 13. Mai 1910 (Bl 232 Anlage 29 GA), aus Schreiben der Wasserbauinspektion Hildesheim (Bl 232 Anlage 28 GA) und der Eingabe des Vaters des Beklagten vom August 1907 (Bl 232 Anlage 27 GA). Dem stehe nicht entgegen,

daß der Beklagte selbst (Bl 44 III GA) angebe, er habe das Wehr nie in Funktion gesehen. Seiner Angabe könne kein Beweiswert beigemessen werden, weil er sich, damals 18 Jahre alt, nicht erinnere, daß die Uferanschlüsse des Wehrs im Jahre 1893 von seinem Vater erneuert worden seien. Das Wehr sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nach 1910 mehr und mehr verfallen. Daraus sei auf einen Verzichtswillen nicht zu schließen, da die Rechtsvorgänger sich verschiedentlich ihrer Rechte an dem Wehr berührt hätten. Das ergebe sich aus dem Schreiben des Vaters des Beklagten vom August 1907 (Bl 232 Anlage 27 GA) und dem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vom 17. März 1921 (Beiakten B [REDACTED] Bl 1 ff). Es komme hinzu, daß im ersten Weltkrieg die Instandhaltung erschwert und daß der unmittelbare Rechtsvorgänger des Klägers, Mühlenbesitzer W [REDACTED], in wirtschaftlichen Schwierigkeiten gewesen sei und trotzdem 1923 den Ingenieur B [REDACTED] mit der Bearbeitung der das Wehr betreffenden Fragen beauftragt habe. 1929 habe der Kläger durch seine Anmeldung zum Wasserbuch zu erkennen gegeben, daß er sein Recht an dem Wehr behalten, nicht es aufgeben wolle. Daß er seither keine Aufwendungen für die Erhaltung des Wehrs mehr gemacht habe, gereiche ihm nicht zum Nachteil, da der Fortbestand des Wasserrechts nach Eingang vieler Widersprüche gegen die Eintragung ins Wasserbuch zweifelhaft geworden und ihm nicht zuzumuten gewesen sei, Kapital in ein möglicherweise verlorenes Recht zu investieren. Das Wasserrecht habe somit jedenfalls am 1. Mai 1914, zur Zeit des Inkrafttretens des Wassergesetzes, noch bestanden und sei durch § 379 Abs 1 WG als tituliertes Recht aufrechterhalten worden. Es sei auch nicht durch Nichtgebrauch während 30 Jahre durch Verjährung erloschen, da Wasserrechte der Anspruchsverjährung nicht unterlägen (§ 81 WG).

Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht einen Verzicht verneine. Aus Nr 4 der Urkunde vom 13. Mai 1910, in der die Anlage einer neuen Turbine in der K [REDACTED] Mühle genehmigt worden sei, könne der Schluß nicht gezogen werden, daß das Wehr damals noch vorhanden gewesen sei. Das Berufungsgericht habe die Vorgänge nicht berücksichtigt, die die Veranlassung zur Einfügung dieser Nummer 4 in die Genehmigungsurkunde gewesen seien. Jedenfalls könnten aus den vom Berufungsgericht angeführten Tatsachen keine Schlüsse auf den Zustand gezogen werden, in dem das Wehr sich in den Jahren 1907 und 1910 befunden habe. Die Revision möchte vielmehr aus dem Umstand, daß der Eigentümer der Gr [REDACTED] Mühle das Wehr jedenfalls vor dem 1. Mai 1914 habe verfallen lassen, den Schluß ziehen, daß die Zurücknahme des Einspruchs des damaligen Eigentümers der Gr [REDACTED] Mühle in dem Verfahren wegen der Genehmigung des Einbaus von Turbinen als ein Verzicht auf die Zuführung des Wassers aus dem Kleinen Mühlengraben zu werten sei, und meint, spätere Vorkommnisse könnten einen früheren Verzicht nicht mehr unwirksam machen.

Diese Ausführungen stellen nur eine unzulässige Beweiswürdigung dar und können daher die Auffassung des Berufungsgerichts, daß ein Verzicht nicht vorliege, nicht erschüttern.

2. Das Berufungsgericht sagt weiter: Das Stau- und Ableitungsrecht sei auch nicht nach § 380 WG erloschen; denn die rechtzeitige Anmeldung des Wasserrechts zur Eintragung in das Wasserbuch (§ 380 WG) sei als erwiesen anzusehen.

3

Selbst wenn die Anmeldung am 11. April 1929 nur formularmäßig und in allgemeiner Form erfolgt wäre, wäre das Erfordernis der Bestimmtheit des Antrags als erfüllt anzusehen, da die Rechte an dem Wehr in den Jahren vorher wiederholt Gegenstand von Erörterungen beim Bezirksausschuß gewesen seien. Das ergebe sich aus den Anträgen vom 5. April 1925 (Beiakten L [REDACTED]) und vom 7. Juli 1926 (Bl 241 II, Zeichnung in Beiakten B [REDACTED]) und der Vermessung der Reste des Wehrs durch Kulturbauinspektor Kohlberger am 14. September 1927. Es hätten auch keine Zweifel über die Identität des beanspruchten Rechtes bestanden. Jedenfalls seien derartige Zweifel aus dem Schriftsatz des Zeugen B [REDACTED] vom 4. November 1933 nicht zu erkennen.

Die Revision macht geltend, es sei nicht dargetan, daß der vom Kläger angeblich am 11. April 1929 gestellte Antrag den Erfordernissen des § 380 WG entsprochen habe. Es komme nicht darauf an, ob die angemeldeten Rechte bestimmbar seien. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Entscheidung darauf abgestellt, daß der Bezirksausschuß habe wissen können, welche Rechte für eine Eintragung in Frage kämen. Der Umstand, daß in den Jahren vor 1929 die Rechte an dem strittigen Wehr wiederholt Gegenstand von Erörterungen beim Bezirksausschuß gewesen seien, reiche für sich allein nicht aus, um dem Antrag auf Eintragung die erforderliche Bestimmtheit zu geben, zumal der Bezirksausschuß als Verleihungsbehörde und als Wasserbuchbehörde regelmäßig in verschiedenen Abteilungen tätig geworden sei und die Tätigkeit der technischen Lokalbehörde, des Kulturbauamts, dem Bezirksausschuß nicht bekannt sein könne. Die Argumentation des Berufungsgerichts sei willkürlich und unzulässig.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Antrag in sich selbst ausreichend bestimmt sein muß und daß es nicht darauf ankommen kann, ob der Wasserbuchbehörde aus der Befassung mit anderen Anträgen die in Betracht kommenden Verhältnisse mehr oder weniger bekannt sind. Die Rechtsprechung hat aber an den Inhalt des nach § 380 WG gestellten Antrags auf Eintragung der nach § 379 WG aufrechterhalten gebliebenen Rechte ins Wasserbuch keine strengen Anforderungen gestellt (PrOVG in ZAgr 15, 238 ff; 24, 34; RGZ 161, 243 [252] = ZAgr 26, 241 [249]). Der Antrag mußte, nachdem das Wassergesetz am 1. Mai 1914 in Kraft getreten war und die ursprünglich auf 10 Jahre bestimmte Frist zur Stellung des Antrags durch die Verordnung vom 16. Februar 1924 (GesS 112) auf 15 Jahre verlängert worden ist, spätestens am 30. April 1929 gestellt worden sein. Eine Ergänzung nach diesem Zeitpunkt konnte das Erlöschen des Rechts nicht mehr verhüten (PrOVG in ZAgr 24, 34). Das Recht mußte so genau bezeichnet sein, daß dem Antrag nachträglich nicht eine wesentlich andere Bedeutung beigelegt oder ein anderes Recht unterschoben werden konnte. Was dazu notwendig war, hing ganz von dem Einzelfall ab. In der Regel reichte dazu die Angabe der Person des Berechtigten, des Wasserlaufs und der Art und des Inhalts der Benutzung aus, und es ist Sache des Prozeßrichters, vor dem ein Streit über das Bestehen von Sonderrechten schwebt, darüber zu befinden, ob der Antrag den Anforderungen des § 380 WG genüge. Es kommt auch nicht darauf an, ob dem Antrag stattgegeben werden konnte oder ob der Antrag später hilfsweise in einen Antrag auf Verleihung von Wasserrechten geändert worden ist.

Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung, daß eine ordnungsmäßige Anmeldung vorliege aber auch darauf,

daß im weiteren Verfahren vor der Wasserbuchbehörde keine Unklarheit über die Identität der beantragten Rechte bestanden hätte. Zur Stützung dieser Auffassung hätte es noch auf folgendes hinweisen können:

Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut des Antrags nicht mehr bekannt, da die Akten nicht mehr vorhanden sind. Das ist belanglos, da es nur darauf ankommt, ob der Antrag rechtzeitig und richtig gestellt worden ist. Der Inhalt des Antrags kann nur der Aussage des Zeugen B [REDACTED] (Bl 43 I GA) entnommen werden. Dieser bekundet, er habe den Antrag am 11. April 1929 beim Bezirksausschuß Hildesheim gestellt. Die Anmeldung sei im Einverständnis mit den Sachbearbeitern als formeller Antrag eingereicht worden. Er sei formularmäßig etwa derart gefaßt gewesen, daß die Anmeldung sämtliche Wasserrechte der Gr [REDACTED] Mühle zur Eintragung in das Wasserbuch umfaßt habe. Das Formular, das für die Regierung gedruckt worden sei, sei von ihm vollständig ausgefüllt worden. Es ist daher davon auszugehen, daß alle erforderlichen Angaben gemacht worden sind. Aus der Äußerung der Außenstelle Göttingen des Wasserwirtschaftsamts Hildesheim vom 5. September 1947 (Bl 34 I GA) ergibt sich, daß der Antrag weiterbehandelt worden ist. Das hätte nicht geschehen dürfen, wenn der Antrag schon formell unzureichend gewesen wäre. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Wasserrechte des Klägers seien nicht durch Versäumung der Antragsfrist des § 380 WG erloschen, sind daher Bedenken nicht zu erheben.

3. Das Berufungsgericht führt weiter aus: Auch das Preußische Gesetz zur Einschränkung der Rechte am Wasser vom 19. März 1935 (GS S 43) hindere den Fortbestand des

Wasserrechts des Klägers nicht. Die Revision erhebt dagegen keine Einwendungen. Ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht zu erkennen.

4. Zu der Frage des Erlöschens der Servitut führt das Berufungsgericht aus: Auch diese Wirkung sei bisher nicht eingetreten. Ein Verzicht, der hier nur vereinbarungshalber erfolgt sein könnte, liege nicht vor, da es schon an einem Angebot zu einem Verzichtsvertrag fehle.

Als weiterer Erlöschungsgrund käme nach Gemeinem Recht noch die Ersitzung der Freiheit (*usucapio libertatis*) in Betracht. Es könne zweifelhaft sein, ob dieser Erlöschungsgrund gegenüber einem titulierten Recht im Sinne des § 379 Abs 1 WG überhaupt durchgreife. Das könne dahingestellt bleiben, da schon die tatsächlichen Voraussetzungen der *usucapio libertatis* nicht vorlägen. Das Berufungsgericht habe sich dabei der Auffassung von Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl, 1906, § 216) gegen Dernburg (System des Römischen Rechts, 8. Aufl, § 217 Ziff 3) angeschlossen, daß eine Servitut nur dann aufgehoben werde, wenn die dienende Sache *inter praesentes* 10 Jahre lang in einem der Dienstbarkeit widersprechenden, durch menschliche Tat hervorgerufenen Zustand besessen worden sei, der weder gegen den Willen des Berechtigten, noch hinter seinem Rücken, noch vergünstigungsweise, wohl aber in gutem Glauben eingetreten sei.

Der gute Glaube des Beklagten habe sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht feststellen lassen. Dagegen spreche Folgendes:

a) Der Vater des Beklagten sei 1907 von dem Bestehen des Wasserrechts und damit der Servitut ausgegangen (Schreiben vom August 1907, Bl 232 II Anlage 27).

b) Dem Beklagten sei durch Nr 4 der Genehmigungsurkunde vom 13. Mai 1910 (Bl 232 II Anlage 29 GA) der Fortbestand der Rechte deutlich gemacht worden.

c) Im Schriftsatz des Vertreters des Beklagten, Justizrats S [REDACTED], vom 17. März 1921 (Beiakten B [REDACTED]) sei zum Ausdruck gekommen, der Beklagte sei von dem Fortbestand der Rechte des Gr [REDACTED] Müllers überzeugt.

d) Im Jahre 1926 und später habe sich der Kläger und sein Rechtsvorgänger seiner Rechte berührt. Das ergebe sich:

aa) aus dem Lageplan des Ingenieurbüros Gre [REDACTED] (Bl 243 II GA und Beiakten B [REDACTED]),

bb) aus der Anmeldung zum Wasserbuch vom 11. April 1929 durch den Kläger,

cc) aus dem Antrag des Klägers, der aus dem Schreiben des Bezirksausschusses Hildesheim vom 26. Mai 1931 (Beiakten B [REDACTED] Bl 365) ersichtlich sei und dem Antrag vom 16. Oktober 1931 (Beiakten B [REDACTED] Bl 369),

dd) den verschiedenen Einsprüchen im Jahre 1938 gegen die vom Beklagten betriebene Ausdehnung der Innersteregulierung bis in den Mühlenkolk der K [REDACTED] Mühle hinein.

Die Klage sei auch während der Hemmung der Verjährungsfristen durch den zweiten Weltkrieg erhoben worden.

Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht als Grund des Erlöschens der Dienstbarkeit nur die *usucapio libertatis*, nicht dagegen den Untergang allein durch *non usus* innerhalb von 10 Jahren zulassen wolle. Sie erörtert anhand der Wissenschaft des Gemeinen Rechts, in welchen Fällen Servituten durch *non usus* innerhalb von 10 Jahren erlöschen können und in welchen eine *usucapio libertatis* notwendig ist. Sie kommt zu dem Ergebnis, bei Wasserleitungs- und Wasserschöpfungsgerechtigkeiten genüge der bloße *non usus*, die Auffassung des Berufungsgerichts, daß für das Erlöschen der Servitut guter Glaube des Beklagten nachzuweisen sei, könne nicht als zutreffend angesehen werden.

Die Wasserleitungsgerechtigkeit durch den Kleinen Mühlengraben sei die Hauptsache, eine Servitut auf dem Mühlengrundstück der K[REDACTED] Mühle auf Duldung des Rückstaus durch das Wehr sei nur als damit verbundenes und davon abhängiges Nebenrecht anzusehen. Nun sei schon im Herbst 1923 festgestellt worden, daß der Kleine Mühlengraben infolge jahrzehntelanger Nichtunterhaltung nicht mehr zu benutzen gewesen sei, seine Sohle liege auf der ganzen Länge mindestens 1 m zu hoch; auch das Wehr sei zerfallen. Dies sei seit 1910 allmählich geschehen, im Jahre 1923 sei das Grundwehr vollständig verfallen gewesen, und es seien nur geringe Reste noch bemerkbar gewesen. Es ergebe sich daher mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, daß im Jahre 1924, als der Kläger die Gr[REDACTED] Mühle erworben habe, mindestens 10 Jahre lang kein Wasser mehr durch den Kleinen Mühlengraben zum Großen Mühlengraben abgeflossen sei. Damit seien die servitutarischen Rechte der Rechtsvorgänger des Klägers, wie

sie sich unter der Einwirkung des Wassergesetzes gestaltet hätten - Duldungsrecht auf Haltung des Wehrs, weil der Beklagte nunmehr nach § 8 WG Eigentümer des Abflußgrabens zur Innerste geworden sei - erloschen. Die Erklärung des Justizrats S. [REDACTED] vom 17. März 1921 und der Umstand, daß der Rechtsvorgänger des Klägers im Jahre 1923 dem Ingenieur B. [REDACTED] einen Auftrag zur Bearbeitung eines Wasserbuchantrags erteilt haben sollte, hätten das Erlöschen der servitutarischen Rechte nicht mehr rückgängig machen können. Es seien deshalb auch alle Vorgänge aus dem Jahre 1926 und später, die das Berufungsgericht dafür anführe, daß der Kläger sich seiner Rechte berühmt habe und der Beklagte nicht habe gutgläubig sein können, ohne Bedeutung.

Die Revision meint weiter, diese Ausführungen seien auch dann von Bedeutung, wenn man mit dem Berufungsgericht die *usucapio libertatis* für erforderlich halten würde. Der Beklagte habe am 1. Mai 1914, als sein Eigentum am Untergraben im Mühlenkolk entstanden sei, tatsächlich kein Wehr mehr vorgefunden und habe diesen Zustand weder *vi*, noch *clam*, noch *precario* durch eigene Handlungen herbeigeführt, dieser sei vielmehr nur die Folge der völligen Vernachlässigung durch den Rechtsvorgänger des Klägers gewesen.

Diese Darlegungen sind ebenso wie die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß die Bedenken, ob eine Ersitzung der Freiheit (*usucapio libertatis*) einem titulierten Recht im Sinne des § 379 Abs 1 WG gegenüber überhaupt durchgreife, deshalb unbegründet seien, weil die Servitut zur Inanspruchnahme des Grundeigentums

des Beklagten gar kein Wasserrecht im Sinne des § 379 WG, sondern eine Grunddienstbarkeit ist.

Es muß zwischen den einzelnen in Betracht kommenden Rechten unterschieden werden. Das Recht, ein Wehr in dem Ablaufgraben zur Innerste zu haben und damit das Wasser zu stauen, ist ein tituliertes Wasserrecht, das auf Grund einer infolge unvordenklicher Verjährung vermuteten ob-
rigkeitlichen Verleihung als Privatrecht entstanden ist, nicht einer Servitut zu Lasten des Beklagten, da zur Zeit der Entstehung dieses Rechts der Vorgänger des Be-
klagten noch nicht Eigentümer des Flußbetts war. Dieses Recht hat sich nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, damit in eine Servitut umgewandelt, daß mit dem Inkraft-
treten des Wassergesetzes der an der K. Mühle vor-
bei zur Innerste führende Wasserlauf ins Eigentum der An-
lieger gefallen ist. Das durch unvordenkliche Verjährung
entstandene Recht dauert vielmehr in seiner bisherigen Ge-
stalt und Natur weiter. Wenn solche Rechte an sich auch
durch erlöschende Verjährung untergehen können (RGZ 57,
407; Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl, 1876, I.
Bd § 116; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl,
Bd I, § 136 a), so kann diese Verjährung jedenfalls bei
Wasserrechten nicht eintreten vor Ablauf der Frist des
§ 380 WG und, wenn der Antrag auf Eintragung in das Wasser-
buch rechtzeitig gestellt ist, vor der Entscheidung über
diesen Antrag. Es handelt sich hier um eine Übergangsre-
gelung, die für die Zeit des Übergangs auch eine Sonderre-
gelung darstellt.

Das Recht, ein Wehr anzulegen, und das dadurch vermit-
telte Staurecht sind also nicht erloschen. Neben den
Wasserrechten kommt die Grunddienstbarkeit in Betracht,

die das Berufungsgericht in dem Recht der Benutzung des Ufergrundstücks im Rahmen der Errichtung, Unterhaltung und Bedienung des Wehrs sieht. Für das Erlöschen von Servituten galt im Gemeinen Recht, daß Feldservituten (*servitutes praediorum rusticorum*) durch non usus während 10 Jahren inter praesentes und 20 Jahren inter absentes erlöschen, daß dagegen bei Gebäudeservituten (*servitutes praediorum urbancrum*) die *usucapio libertatis* hinzukommen mußte, die darin bestand, daß die dienende Sache während der Verjährungszeit in einem der Dienstbarkeit widersprechenden, durch menschliche Tat hervorgerufenen Zustand sich befindet. Dabei war in der letzten Zeit der gemeinrechtlichen Doktrin streitig, ob die Handlung, durch welche der der Dienstbarkeit widersprechende Zustand hervorgerufen wurde, weder gegen den Willen des Berechtigten, noch hinter dessen Rücken, noch in schlechtem Glauben vorgenommen werden dürfe (Windscheid aaO 9. Aufl. 1906 I § 216) oder ob diese Anforderungen nicht zu stellen seien (Dernburg, System des Römischen Rechts, 8. Aufl. 1911 § 217). Es war aber auch zweifelhaft, wie die Rustikal- und Urbanalservituten gegeneinander abzugrenzen waren. Der Umstand, ob das Grundstück in der Stadt oder auf dem Lande liegt, konnte einen Unterschied nicht begründen. Die Unterteilung ergab sich auch eher daraus, daß Dienstbarkeiten, die mehr bei Feldgrundstücken vorkamen, wie die *servitus itineris* oder *aquaeductus* zu den Rustikalservituten, solche, die mehr bei bebauten Grundstücken sich finden, wie die *servitus altius non tollendi*, *ne luminibus officiatur* oder *tigni immittendi* zu den Urbanalservituten gezählt wurden. Daraus entwickelte sich die Auffassung, daß Rustikalservituten solche seien, die bei ihrer Ausübung ein Handeln - *facere* - notwendig machen

(servitus faciendi), daß dagegen Urbanalservituten ein Recht zu einem Zustand geben oder eine Veränderung verbieten (servitutes habendi vel prohibendi - Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 1876, Bd 1 § 339 S 701; Windscheid aaO I § 216, Anm 2; Entscheidung des Obertribunals Bd 71, 313 [316]). Bei der Wasserleitungsgerechtigkeit wird nun, teils deshalb, weil es sich um ein jus faciendi handle (Vangerow aaO S 701), teils, weil die Pandekten dies ausdrücklich so regelten (Puchta, Vorlesung über das heutige Römische Recht, 1854, § 190 Bd 1 S 408), überwiegend angenommen, daß diese Servitut allein durch non usus erlösche (s. auch Elvers, Das Recht des Wasserlaufs in Themis 1841, S 457). Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht um eine Wasserleitungsgerechtigkeit, vielmehr kommt als Servitut nur die Benutzung des Ufers zur Errichtung, Unterhaltung und Bedienung des Wehrs in Betracht. Es handelt sich hier um eine Tätigkeit, die der Kläger als Berechtigter vornehmen mußte, um den Zweck des Wasserrechts zu erreichen. Diese Tätigkeit war allerdings nur zeitweise nötig, um den Zustand aufrechtzuerhalten, wie er sein mußte, um den Zweck des Rechts zu erreichen, nämlich um das längst bestehende Wehr bei Beschädigungen instand zu setzen und etwa eine Hemmung des Staues oder einen übermäßigen Stau zu beseitigen. Es ist nicht so, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks einen Zustand aufrechterhalten mußte und daß er diesem Zustand zuwiderhandelte, um auf diese Weise die Servitut zu beseitigen. Es handelt sich somit um eine servitus faciendi, so daß die usucapio libertatis nicht in Frage kommt. Das Erlöschen trat also durch non usus während 10 Jahren ein. Eine Feststellung darüber, innerhalb welcher Zeit die Dienstbarkeit, also das Recht, die Ufer zu benutzen,

nicht ausgeübt worden ist, hat das Berufungsgericht nicht ausdrücklich getroffen. Von seinem Standpunkt aus hatte es dazu auch keine Veranlassung. Diese Frage könnte dahingestellt bleiben, wenn die Aufrechterhaltung des Wasserrechts von dem Bestehen der Servitut unabhängig wäre. Das ist aber nicht anzunehmen; denn der Kläger und seine Rechtsvorgänger konnten zur Ausbesserung und Erneuerung des Wehrs und seines Anschlusses an das Ufer des Wasserlaufs zur Innerste, an dem das Wehr bestand, nur herankommen, wenn sie auf Grund der Servitut Zutritt zum Ufer hatten. Es mußte also geprüft werden, seit wann das Recht der Benutzung des Ufers nicht mehr ausgeübt wurde, wobei zu berücksichtigen ist, daß die Nichtgeltendmachung des Rechts so lange nicht schadete, als der Berechtigte sich im Genuß des von der Dienstbarkeit geforderten Zustandes befand (Windscheid aaO I § 216 S 1101). Da das Betreten des Ufers und die Ausführung von Arbeiten an diesem nur nötig war, wenn das Wehr zerfallen oder sonst beschädigt war, würde erst mit diesem Zeitpunkt die Frist des non usus zu laufen beginnen.

Das Berufungsgericht hat, wie schon erwähnt, keine Feststellung darüber getroffen, innerhalb welcher Zeit diese Dienstbarkeit nicht mehr ausgeübt worden ist und auch darüber nicht, von wann an sie hätte ausgeübt werden sollen. Solche Feststellungen sind aber nötig, da es auf die Ausübung dieser Tätigkeit ankam. Sie konnten nicht durch Erklärungen und Anträge ersetzt werden, mit denen der Kläger oder sein Rechtsvorgänger das Wasserrecht in Anspruch nahm oder sich dessen berühmte. Diese Feststellungen können nicht vom Revisionsgericht getroffen werden. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zu-

rückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

C.

I. Wenn das Berufungsgericht auf Grund der anderweiten Verhandlung zu dem Ergebnis käme, daß die Grunddienstbarkeit durch non usus erloschen ist, wäre zu prüfen, ob bei dem engen Zusammenhang zwischen den verschiedenen Rechten bei Wegfall der Servitut auch das Wasserrecht nicht mehr ausgeübt werden konnte und ob damit auch der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Duldung der Errichtung und Unterhaltung des Wehrs nicht mehr gegeben ist.

Für den Fall der Bejahung dieser Frage würde sich auch die in Nr 2 der Formel des Berufungsurteils festgestellte Verpflichtung des Beklagten erledigen, die Uferanschlüsse des vom Kläger zu errichtenden Wehres in der Weise herzustellen, daß die Ufer senkrecht bis zur Höhe von 0,40 m über der Wehrkrone an das Wehr anschließen, ebenso der dazu gestellte Hilfsantrag des Klägers, den Beklagten zu verurteilen, zu dulden, daß der Kläger die Uferanschlüsse in dieser Weise herstelle.

II. Für den Fall, daß das Berufungsgericht wieder zu dem Ergebnis käme, daß die Grunddienstbarkeit auf Benutzung der Ufergrundstücke des Beklagten zur Errichtung, Erhaltung und Bedienung des strittigen Wehrs noch besteht, sind die weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts und die dagegen erhobenen Angriffe der Revision zu prüfen.

1. Das Berufungsgericht führt weiter aus: Auch den übrigen Einwendungen des Beklagten sei ein Erfolg zu versagen. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Kleine Mühlengraben ein Wasserlauf im Sinne des § 1 WG sei, jedenfalls sei der Abflußgraben vom Mühlenkolk zur Innerste ein Wasserlauf. Ohne Bedeutung für die Entscheidung sei,

- a) ob der Kläger den Kleinen Mühlengraben derzeit benutzen dürfe oder dazu der Einwilligung dritter Personen bedürfe,
- b) daß der Beklagte den Gefällegewinn im Mühlenkolk vom Wasserverband zur Regulierung der Innerste im Landkreis Hildesheim erworben habe.

Bedeutsam könnte dies vielleicht werden, wenn der Ausbau des Mühlenkolks im Rahmen der Innersteregulierung unter gleichzeitigem Aufgebot und Ausschluß entgegenstehender Rechte erfolgt wäre. Das sei nicht der Fall.

Die Errichtung eines Wehrs über die gesamte heutige Breite des Abflußarms aus dem Mühlenkolk, die der Beklagte nicht dulden zu müssen glaube, sei von dem Kläger nicht gefordert.

Auch die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung greife nicht durch. Wenn die Erwartung eines indirekten Gewinns - durch vermehrten Wasserzulauf durch die Klammühle - nicht eintrete, sei der von dem Sachverständigen Pöhlmann (Bl 94 I GA) errechnete Energiegewinn des Klägers nicht so gering, daß der Vorwurf der Schikane gerechtfertigt wäre. Der Kläger verlange nur die Aufrechterhaltung eines ausdrücklich eingeräumten Rechts. Das

könne auch unter den veränderten Gefällsverhältnissen der Innerste und ihrer Nebenarme keine unzulässige Rechtsausübung sein, zumal der Beklagte diese veränderten Gefällsverhältnisse unter Verletzung eines ihm bekannten Rechts des Klägers selbst geschaffen habe.

Die Notwendigkeit einer wasserpolizeilichen (§ 22 Abs 1 WG) und der gewerbepolizeilichen (§ 16 GewO) Genehmigung stehe als öffentlich-rechtliche Verpflichtung den Privatrechten des Klägers nicht entgegen.

Die Revision sieht in diesen Ausführungen eine Verken-
nung der tatsächlichen Vorgänge und eine Außeracht-
lassung der Rechtsgrundsätze über das Handeln nach Treu
und Glauben. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich
seit dem Vergleich vom 22. Oktober 1851 grundlegend ge-
ändert. Die im Jahre 1937 gebildete Genossenschaft zur
Regulierung der Innerste im Landkreis Hildesheim habe
in den Jahren 1937 bis 1939 einen Ausbau der Innerste vor-
genommen. Dabei sei das Bett der Innerste verbreitert
und vertieft worden, um eine größere Hochwassermenge auf-
nehmen zu können. Der Beklagte habe durch Zahlung eines
Zuschusses von 40 000 RM zu den Ausbaukosten erreicht,
daß der Ausbau der Innerste bis kurz unterhalb der K [REDACTED]
[REDACTED] Mühle erstreckt worden sei, und habe den Abflußgra-
ben vom Mühlenkolk den veränderten Vorflutverhältnissen
durch Verbreiterung und Vertiefung angepaßt. Dadurch sei
für die K [REDACTED] Mühle eine wertvolle Steigerung des nutz-
baren Gefälles erzielt worden. Diese Maßnahmen hätten
vernünftigen Überlegungen entsprochen und sich auf den
Umstand gestützt, daß seit etwa 30 Jahren oder noch län-
ger das Wasser aus dem Mühlenkolk nicht mehr zum Großen
Mühlengraben abgeflossen sei. Der Beklagte habe also damit

rechnen können, daß die Rechte des Klägers durch langjährige Nichtausübung des Rechts gegenstandslos geworden seien. Im Handeln des Beklagten könne daher keine unerlaubte Handlung gesehen werden. Selbst wenn die Rechte des Klägers noch bestanden hätten, hätte keineswegs der bisherige Zustand belassen werden können; denn wenn das Faschinenwehr in seiner alten Form noch vollständig gewesen wäre, so hätte es auf der Luftseite, nach der Innerste zu, schon bei normalem Wasserstand mindestens 1,5 m aus dem Wasser geragt. Beide Parteien wären also zu umfangreichen Neubauten gezwungen gewesen.

Der Revision kann nicht gefolgt werden, soweit sie glaubt, diese Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse rechtfertigten den Einwand des Beklagten, das Beharren des Klägers auf seinen Rechten stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, denn diese Veränderungen hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, im eigenen Interesse ohne Rücksicht auf die Belange des Klägers vorgenommen und veranlaßt.

Es erhebt sich aber die Frage, ob aus anderen Gründen das Verlangen des Klägers, das Wehr wieder herstellen zu dürfen, nicht eine unzulässige Rechtsausübung darstellt. Der Zweck des Wehrs war, das vom Beklagten in der K[REDACTED] Mühle genutzte Wasser durch den Kleinen Mühlengraben wieder in den Großen Mühlengraben zu leiten, damit es in der Gr[REDACTED] Mühle wieder genutzt werden könne. Wenn es nun richtig wäre, daß auch bei Wiederherstellung des Wehrs eine Ableitung des Wassers aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen durch den Kleinen Mühlengraben überhaupt nicht oder nur in unzulänglicher Weise mög-

lich wäre, sei es, weil der Kläger ein Recht, diesen Graben zu benützen, nicht mehr hat oder dieser Graben durch Veränderung seiner Tiefe und seines Gefälles das Wasser gar nicht mehr zum Großen Mühlengraben führen kann, so würde in der Wiedererrichtung des Wehrs zwar keine Schikane im Sinne des § 226 BGB zu sehen sein, aber es könnte doch einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten, wenn der Kläger auf der Durchsetzung seines Rechts, das eine erhebliche Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten bedeuten würde, beharren dürfte, obwohl der ursprüngliche Zweck des Rechts nicht mehr erreicht werden kann. Der Umstand könnte eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen, daß damit etwa ein Druck auf den Beklagten ausgeübt werden sollte, in höherem Maß statt der Kl. Mühle die Kl. Mühle zu benutzen und damit das Wasser in verstärktem Umfang unmittelbar durch den Großen Mühlengraben zu leiten. Denn ein Recht darauf, daß eine bestimmte Menge Wassers durch den Großen Mühlenkanal geleitet werde, hat der Kläger offenbar nicht. Das Berufungsgericht hätte daher die Frage, ob bei Wiederherstellung des Wehrs das Wasser in den Großen Mühlengraben weitergeleitet werden kann, nicht dahingestellt sein lassen dürfen, sondern hätte darüber tatsächliche Feststellungen treffen müssen, ob eine Ableitung des aus dem Mühlenkolk stammenden Wassers durch den Kleinen Mühlengraben möglich ist. Auch diese Fragen wären bei der anderweiten Verhandlung der Sache zu prüfen.

2. Für den Fall, daß bei erneuter Prüfung das Berufungsgericht zu dem Ergebnis käme, daß das Recht auf Wiedererrichtung des Wehrs noch besteht, ist weiter die

auf die Anschlußberufung des Klägers ergangene Entscheidung des Berufungsgerichts zu prüfen. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Anspruch des Klägers auf Herstellung der Uferanschlüsse des Wehrs durch den Beklagten sei nach § 823 Abs 1 BGB gerechtfertigt. Die Beweisaufnahme - Aussage Fe [REDACTED], L [REDACTED] und B [REDACTED] - Bl 39 III, 42 III, 43 III GA habe ergeben, daß die Breite des Abflußgrabens an der Stelle des Wehrs in den 20er Jahren viel geringer gewesen sei als heute, etwa 4,50 m. Bei dieser Breite hätte das Wehr in der ursprünglichen Kronenbreite von 4,528 m den Abflußgraben in seiner ganzen Breite abgesperrt und damit die Ausübung des Staurechts auch weiterhin ermöglicht. Dieser Zustand sei durch die Handlungsweise des Beklagten zum Nachteil des Klägers dadurch verändert worden, daß der Beklagte anlässlich der Innersteregulierung 1938/39 den Mühlengkolk ausgebaggert und den Abflußgraben zur Innerste so verbreitert und vertieft habe, daß das Wehr in der alten Breite keine Stauwirkung mehr erzielen würde. Der Beklagte habe dadurch ein sonstiges Recht des Klägers im Sinne des § 823 Abs 1 BGB verletzt. Dieses Verhalten werde auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß er am 4. Juli 1937 von dem Innerste-Wasserverband die Ausdehnung der Innersteregulierung bis zum Mühlengkolk gegen Zahlung von 40 000 RM veranlaßt habe; denn dieser Vertrag könne das dingliche Recht des Klägers, über das dem Innerste-Wasserverband kein Verfügungsrecht zustehe, nicht beeinträchtigen.

Die Rechtsverletzung sei mindestens bedingt vorsätzlich vorgenommen worden, zumal sich der Kläger wiederholt

gegen die Ausbaggerungsarbeiten verwahrt habe. Danach sei der Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet, der im Wege der Naturalrestitution in der Herstellung der Uferanschlüsse an das wieder zu errichtende Wehr durch den Beklagten bestehe. Der Einwand des Beklagten, die Abtragung der Uferanschlüsse sei nicht ausschließlich auf sein Verhalten zurückzuführen, da das Wehr schon lange umläufig gewesen sei, habe keinen Erfolg haben können. Die Umläufigkeit sei darauf zurückzuführen, daß das Wehr selbst immer mehr verfallen und nur noch in geringen Resten vorhanden gewesen sei. Der Beklagte habe nichts dafür vorgebracht, daß die Uferanschlüsse schon 1938 bei Beginn der Baggerarbeiten durch gewöhnliche Abnutzung in größerem Umfang beschädigt gewesen seien, so daß ihre Wiederherstellung besondere Aufwendungen erfordert hätte. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, könne es dahingestellt bleiben, wem die Uferherstellung für die normale Abnutzung obliege. Denn diese laufende Ausbesserung lasse sich wirtschaftlich von den vom Beklagten zu leistenden Herstellungsarbeiten heute nicht mehr trennen. Das gehe zu Lasten des Beklagten, der durch die umfangreichen Bodenbewegungen die Unmöglichkeit normaler Ausbesserungsarbeiten an den Uferanschlüssen verschuldet habe. Den Beklagten treffe daher die Verpflichtung zur Wiederherstellung der Uferanschlüsse in vollem Umfang.

Für den Fall, daß das Recht des Klägers auf Wiederherstellung des Wehrs noch bestehen sollte, würde, wie oben dargelegt, die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts zu Unrecht angreifen, der Beklagte habe es schuld-

haft verursacht, daß der Anschluß des Wehrs an das Ufer nunmehr nur mit großen Kosten möglich sei und daß der Beklagte die Mehrkosten gegenüber den Kosten zu ersetzen habe, die notwendig wären, wenn der Abflußgraben zur Innerste noch die Breite und Tiefe hätte, die er vor den Vertiefungsarbeiten im Jahre 1938 gehabt hatte. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die laufende Ausbesserung der Uferanschlüsse lasse sich von den größeren Erneuerungsarbeiten wirtschaftlich nicht trennen, die durch die Veränderungen notwendig geworden seien, die der Beklagte im Jahre 1938 vorgenommen habe. Es könne daher dahingestellt bleiben, wem die Pflicht zur Wiederherstellung der Ufer bei normaler Abnutzung obliege. Es müßte vielmehr, wenn die normale Instandhaltung der Uferanschlüsse Sache des Klägers ist, im Wege der Schätzung festgelegt werden, wie viele Kosten auf die eine oder die andere Art entfallen. Die Frage konnte daher nicht dahingestellt bleiben.

3. Für den Fall, daß der Klage stattgegeben werden sollte, käme auch der Hilfsantrag des Beklagten in Betracht, festzustellen, daß der Anspruch des Klägers erst nach Wiederherstellung des Peschwerder Wehrs bestehe.

Das Berufungsgericht hat diesen Hilfsantrag mit Recht nicht für begründet gehalten. Es hat dazu ausgeführt: Dieser Anspruch stehe dem Beklagten gegen den Kläger weder aus Vertrag noch aus Gesetz zu, selbst wenn der Kläger für das Peschwerder Wehr unterhaltspflichtig wäre, was dahingestellt bleiben könne. Der Anspruch wäre nur

dann begründet, wenn durch die Wiederherstellung des strittigen Wehrs ohne Herstellung des Peschwerder Wehrs irgendwelche Rechte des Beklagten verletzt würden, wenn etwa durch verstärkten Wasserzulauf durch den Kleinen Mühlengraben ein zusätzlicher Rückstau im Großen Mühlengraben in das Unterwasser der Kl. Mühle hinein entstünde, der einen Schadensersatzanspruch des Beklagten gegen den Kläger nach § 823 BGB rechtfertigen könnte.

Ein solcher zusätzlicher Rückstau sei aber nicht zu erwarten, da im Hinblick auf den verhältnismäßig geringen Querschnitt des Kleinen Mühlengraben die Durchlaufkapazitäten an der Gr. Mühle zur Aufnahme der aus dem Kleinen Mühlengraben zu erwartenden Wassermenge ausreichen, so daß ein schädlicher Rückstau für die Kl. Mühle nicht zu erwarten sei.

Die Revision hat sich dagegen nicht gewandt. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht zu erkennen.

Dr. Tasche

Bundesrichter Schuster
ist durch Krankheit verhindert zu unterschreiben.

Dr. Oechßler

Dr. Piepenbrock

Dr. Tasche

Dr. Großmann