

2
28
V. ZR 165/62

Verkündet am
25. November 1964
Herrn Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2186 031

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

In dem Rechtsstreit

- Klägers, Berufungs- und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Streichhelferin des Klägers:
- Prozeßbevollmächtigter I. Instanz: Rechtsanwalt
in H. -

gegen

- Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin sowie der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 14. Juni 1962 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Pächter des Rittergutes A [REDACTED], das der von H [REDACTED]'schen Stiftung gehört. Zu den Pachtländereien gehören ein Acker "Wildes Feld" in Größe von 5,5 ha und ein Acker "Hinterer Rüsterberg" in Größe von 8 ha. Diese Grundstücke liegen in der Gemeinde S [REDACTED] in leichter Hanglage nördlich und südlich der Landstraße Nr. 410, die von der Bundesstraße Nr. 6 abzweigt und nach Gödringen führt.

Der Acker "Wildes Feld" wird in westlicher Richtung von einem 2,50 m breiten Landstreifen begrenzt, der im Jahre 1900 von dem Acker abgetrennt wurde und seit dieser Zeit dem Ziegelleibbesitzer K [REDACTED] gehört. Das Feld "Hinterer Rüsterberg" wird im Westen von einem etwa 40 m breiten Landstück der Erben B [REDACTED] begrenzt. Der Landstreifen des Ziegelleibbesitzers K [REDACTED] und das Grundstück der Erben B [REDACTED] grenzen ihrerseits an einen Wassergraben, als dessen Eigentümerin die Stadt S [REDACTED] im Jahre 1891 im Grundbuch eingetragen wurde. Die Verpächterin erwarb die Pachtgrundstücke in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts von den Erben B [REDACTED]. Diese hatten mit ihren Ländereien an einem Verkoppelungs- und Teilungsverfahren in der Feldmark der Stadt S [REDACTED] teilgenommen, das durch den Rezeß vom 9. April 1863 abgeschlossen wurde. Der Rezeß wurde am 28. September 1863 von der Königlich Hannoverschen Landdrosterei bestätigt. § 10 dieses Rezesses, der die "Erste Instandsetzung und zukünftige Unterhaltung der Wege und Gräben" regelt, enthält folgende Bestimmungen:

"Die nach Maßgabe des Verkoppelungs- und Teilungsverfahrens notwendig erachteten Wege, Triften, Gräben und Wasserzüge sind auf Kosten der Beteiligten angelegt und sind die Kosten der ersten Einrichtung aus den allgemeinen Teilungs- und Verkoppelungskassen bestritten.

- 3 -

Die zukünftige Unterhaltung aller Wege - einschließlich der Zubehörungen cfr. § 3 des Gesetzes über Gemeindefürsorge und Landstraßen vom 28. Juli 1851, geschieht vom 4. April 1860 an auf Kosten und nach Anordnung des Magistrats der Stadt S. unter Oberaufsicht des Königlichen Amtes H., jedoch ist wegen ungenügender Herstellung einiger Wege, die vollständige Einrichtung noch bis zum 10. November 1860 für Rechnung der genannten Kassen beschafft worden.

Der Magistrat der Stadt S. soll daher auch wegen der gemeinschaftlichen Anlagen der Vertreter der Interessentenschaft Dritten gegenüber sein.

Die Erde aus den Wegegräben fällt dem Magistrat behuf der Wegebesserung unentgeltlich anheim, dagegen ist dieser verpflichtet, die Öffnung der Gräben nicht nur soweit es zur Unterhaltung der Wege dienlich, sondern auch soweit es zur Entwässerung der Felder im allgemeinen erforderlich ist, zu beschaffen /. cfr. § 8 dieses Rezesses./

Als Zubehörungen der Wege werden aber die Brücken, welche über Wegegräben auf die Koppeln führen, nicht angesehen und verbleibt deren Einrichtung und Unterhaltung den betreffenden Koppelbesitzern, unter Aufsicht des Magistrats. Auch über die Chausseegräben müssen die Koppelbesitzer dergleichen Brücken selbst einrichten und unterhalten.

Die Unterhaltung der einzeln zwischen den Koppeln belegenen Abzugs- und sonstigen Gräben soll in der Regel von den angrenzenden Koppelbesitzern bis auf die Mitte des Grabens, gegen Benutzung der ausgeschlagenen Erde und ohne weitere Entschädigung besorgt werden, es bleibt aber nötigenfalls die Anordnung und Beaufsichtigung solcher Arbeiten dem Magistrat unterstellt.

Sollte aber ein Koppelbesitzer in dieser Unterhaltung sich säumig bezeigen oder solche ganz ablehnen, so ist der Magistrat zur Unterhaltung und Wegschaffung der Erde verpflichtet und muß in diesem Falle jeder Eigentümer die Aufräumung des Grabens, die Lagerung der Erde auf der Koppel und die Wegschaffung derselben ohne weitere Vergütung, jedoch nur zu einer Zeit gestatten, wo an den Früchten und Culturen kein Schaden verursacht wird."

Durch Beschluß der Königlichen Generalkommission vom 23. August 1907 wurde der Magistrat der Stadt S. zum

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



Vertreter und Verwalter der aus dem Rezeß hervorgegangenen Teilungs- und Verkoppelungsinteressentenschaft nach dem Beschlusse betreffend die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten vom 2. April 1887 (PrGS 105) bestellt. In Abänderung dieses Beschlusses ernannte das Kulturanst H [REDACTED] am 11. April 1956 den Landwirt Alfred K [REDACTED] zum Vertreter und Verwalter der Gesamtheit der Beteiligten.

Die Pachtgrundstücke des Klägers wurden im Jahre 1897 drainiert. Die Ausflußrohre der Drainage mündeten in den erwähnten Wassergraben. Im Jahre 1954 und in der Folgezeit haben die Pachtäcker des Klägers unter stauender Nässe gelitten. Der Kläger führt dies auf eine mangelhafte Unterhaltung des Wassergrabens zurück und verlangt von der Beklagten Ersatz für erlittene Ernteschäden, die er für die Jahre 1954 und 1955 auf je 5 000 DM und für das Jahr 1956 auf 8 366,29 DM beziffert hat. Zur Begründung seines Anspruchs hat er vorgebracht: Die Drainagerohre, von denen drei von dem Pachtland "Wildes Feld" und eines von dem Acker "Hintorer Rüsterberg" in den Wassergraben mündeten, seien infolge der Verschlammung und durch das teilweise Zuwachsen des Grabens verstopft und unbrauchbar geworden. Infolgedessen habe das Wasser von den Feldern nicht abfließen können; es habe sich gestaut und einen Careverlust, eine Bodenverdichtung sowie eine Entkalkung und Verunkrautung hervorgerufen. Die weitere Folge sei ein Rückgang des Wachstums und des Zuckergehalts der dort angebauten Zuckerrüben. Die Verpflichtung der Beklagten zur Unterhaltung des Grabens ergebe sich aus ihrem Eigentum und aus dem Rezeß. Bis zum Jahre 1947 sei die Beklagte ihrer Unterhaltungspflicht regelmäßig nachgekommen, wodurch sich auch eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung zur Räumung des Grabens gebildet habe. Schließlich habe die Beklagte in einer Besprechung beim Regierungspräsidenten in H [REDACTED] am 20. Juni 1958 durch ihren damaligen Vertreter, den Stadtoberinspektor

H., ihre Verpflichtung zur Unterhaltung des Grabens ausdrücklich anerkannt.

Der Kläger hat zunächst einen Teilbetrag seines angeblichen Schadens in Höhe von 6 100 DM geltend gemacht mit dem Antrage, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages zu verurteilen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat das tatsächliche Vorbringen des Klägers bestritten und vorgetragen, eine Verpflichtung zur Unterhaltung des Grabens könne weder aus ihrem Eigentum noch aus dem Rezeß hergeleitet werden. Auch eine gewohnheitsrechtliche Übung habe nicht bestanden. Wenn die Beklagte den Graben habe reinigen lassen, so habe sie das in ihrer Eigenschaft als Ordnungsbehörde aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr getan. Die Räumung in den Jahren 1947 und 1948 sei auf Anweisung der Aufsichtsbehörde erfolgt. Im übrigen sei die unterlassene Grabenräumung für den eingetretenen Schaden in keiner Weise ursächlich gewesen. Vielmehr habe der mangelhafte Wasserabfluß an dem veralteten Drainagesystem gelegen. Abgesehen hiervon umfasse die Pflicht zur Unterhaltung des Wassergrabens nur die Sorge für den Abfluß des Oberflächenwassers. Die Beklagte könne nicht verpflichtet sein, den Wasserabfluß aus ihr unbekannt gewesenen Drainagerohren sicherzustellen. Der Kläger behauptet dagegen, daß der Beklagten die Einrichtung der Drainage bekannt gewesen sei und daß sein Rechtsvorgänger sich mit der Beklagten hierüber verständigt habe.

Die Verkoppelungsinteressentenschaft, der vom Kläger der Streit verkündet wurde, ist dem Rechtsstreit als Streitgehilfin des Klägers beigetreten. Sie hat sich im wesentlichen dem Vorbringen des Klägers angeschlossen, jedoch die Ansicht vertreten, daß nicht die Beklagte, sondern sie selbst

Eigentümerin des Wassergrabens sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers, mit der er den Klageantrag auf 11 100 DM nebst Zinsen erhöht und als Schadensersatz für die Jahre 1954 und 1955 je 5 000 DM und für das Jahr 1956 einen Teilbetrag von 1 100 DM, hilfsweise den gesamten Betrag für das Jahr 1956, weiter hilfsweise für das Jahr 1957 fordert, hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Nach § 115 Abs. 1 Nr. 4 PrWassG ist die Beklagte als Eigentümerin des streitigen Grabens (§ 891 BGB) zu dessen Unterhaltung verpflichtet. Die durch das Wassergesetz begründete Unterhaltungspflicht ist eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit, die, abgesehen von den im Gesetz bestimmten Füllen, weder aufgehoben noch geändert werden kann (§ 113 Abs. 1 Satz 1 PrWassG). Die Vorschriften der §§ 113 ff PrWassG sind, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, weil die gesetzliche Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs dem Verpflichteten nicht gegenüber bestimmten Personen, sondern im öffentlichen Interesse der Allgemeinheit gegenüber obliegt (vgl. RG Gruchot 68, 76 sowie HRR 1935, 1068; Palandt, BGB 23. Aufl. § 823 Anm. 9 g; BGB RGRK 11. Aufl. § 823 Anm. 110; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 823 Anm. 483; Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz 3./4. Aufl. § 113 Anm. 1; a.A., soweit ersichtlich, nur Lenhard/Reichau, PrWassG

Vorb. 2 vor § 113 Anm. 1). Der Hinweis der Revision auf das Urteil des Reichsgerichts vom 13. Juli 1934 (RGZ 145, 107, 116), in dem § 197 des Wassergesetzes als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bezeichnet wird, gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß. § 197 PrWassG, wonach der Eigentümer eines Grundstücks den Ablauf des oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließenden Wassers nicht künstlich so verändern darf, daß das tieferliegende Grundstück belästigt wird, ist eine dem § 907 BGB ähnliche Vorschrift und soll, wie sich sowohl aus ihrem Wortlaut wie auch aus ihrem Sinn und Zweck ergibt, dem Schutz bestimmter Personen dienen. Das ist bei der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs nicht der Fall.

2. Die Frage, ob bei Verletzung der Unterhaltungspflicht ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte auf § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG gestützt werden kann, hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum verneint. Die von der Revision erbetene Nachprüfung führt zu einer Bestätigung der Auffassung des Berufungsgerichts. Die Verpflichtung zur Unterhaltung von Wasserläufen dritter Ordnung, zu denen der streitige Graben gehört (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 PrWassG), kann nicht nur natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts, sondern auch öffentlich-rechtlichen Körperschaften obliegen. Der Umfang der Unterhaltungspflicht (§§ 114, 119, 120 PrWassG) ist nicht davon abhängig, wen die Verpflichtung im Einzelfall trifft. Die Erfüllung oder Verletzung der einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft obliegenden Unterhaltungspflicht bei Wegen und Wasserläufen ist regelmäßig nicht Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern fällt in den Bereich bürgerlich-rechtlicher Tätigkeit. Für eine Anwendung des Art. 34 GG bei Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht ist deshalb kein Raum. Als Grundlage für eine Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen Verletzung der Verpflichtung zur Unterhaltung des Grabens kommen vielmehr allein

die Vorschriften der §§ 823 Abs. 1, 31, 89, 831 BGB in Betracht (vgl. dazu RGZ 155, 1, 6 ff; BGHZ 9, 373; 20, 57, 59; 35, 111, 112).

3. Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegen die Beklagte scheitert jedoch an dem Rezeß vom 9. April 1863.

Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß es sich bei der Regelung der Unterhaltungspflicht an den Gräben in dem Rezeß um eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Interessenten im Sinne des § 26 des Gesetzes über die Zusammenlegung der Grundstücke vom 30. Juni 1842 (HannGS 131) und des § 1 des Gesetzes betreffend die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten vom 2. April 1887 (PrGS 105) gehandelt habe. Es ist der Auffassung, daß der Rezeß die rechtliche Natur eines obrigkeitlichen Statuts habe und die darin geregelte Unterhaltung der Gräben, auch nachdem das Eigentum an dem streitigen Graben auf die Beklagte übergegangen sei, eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Interessentenschaft geblieben sei. Das Berufungsgericht befaßt sich sodann mit dem § 10 Abs. 6 des Rezesses, aus dem sich ergebe, daß die Verpflichtung des Magistrats zur Unterhaltung des Grabens subsidiären Charakter habe. Bei der Prüfung der Frage, ob mit dem "Magistrat der Stadt S. [REDACTED]" das Organ der politischen Gemeinde gemeint ist und deshalb an Stelle der säumigen oder die Unterhaltung des Grabens ablehnenden Koppelbesitzer die Unterhaltungspflicht die Beklagte treffen würde, oder ob der Magistrat lediglich als Vertreter und Verwalter der Interessentenschaft aufgeführt ist, hebt das Oberlandesgericht die für die eine und für die andere Auffassung sprechenden Gesichtspunkte hervor. Es läßt jedoch offen, welche Auslegung den Vorzug verdiene, weil der Kläger auch dann, wenn mit dem Magistrat die politische Gemeinde gemeint sei, aus einer Vernachlässigung der die Beklagte

treffenden Unterhaltungspflicht keinen Schadensersatzanspruch herleiten könne. Der Kläger gehöre nämlich, weil die zwischen dem Graben und den Pachtländereien liegenden fremden Grundstücke nicht als Koppeln anzusehen seien, selbst zu den "angrenzenden Koppelbesitzern" im Sinne des Rezesses. Er sei deshalb in erster Linie verpflichtet, den Graben entlang seines Pachtackers bis zur Mitte zu räumen und könne sich somit im Hinblick auf seine eigene Säumigkeit und Ablehnung nicht auf eine etwaige subsidiäre Unterhaltungspflicht der Beklagten berufen. Sein Begehren verstoße gegen Treu und Glauben und stelle einen Fall unzulässiger Rechtsausübung dar.

a) Die Vorschrift des § 115 Abs. 1 Nr. 4 PrWassG, wonach bei künstlichen Wasserläufen dem Eigentümer die Unterhaltung obliegt, findet nach § 126 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes keine Anwendung, wenn beim Inkrafttreten des Wassergesetzes ein anderer auf Grund einer Observanz oder eines besonderen Titels zur Unterhaltung öffentlich-rechtlich verpflichtet war. In diesem Fall bleibt die anderweitige öffentlich-rechtliche Unterhaltungspflicht bestehen. In der Rechtsprechung (vgl. z.B. TrOVG 14, 242, 246; 82, 332, 335; RGZ 71, 421) ist anerkannt, daß ein Rezeß nicht lediglich nach den Normen des privaten Rechts zu beurteilende Abmachungen enthält, daß vielmehr die in dem Rezeß getroffenen Festsetzungen über Gegenstände, die im öffentlichen oder im gemeinschaftlichen Interesse der Beteiligten geregelt werden müssen, wozu auch die Unterhaltung von Wegen und Gräben gehört, als unter Mitwirkung der zuständigen Auseinandersetzungsbehörde zustandegekommene autonome Satzung des lokalen öffentlichen Rechts zu gelten haben (vgl. dazu auch § 2 des Gesetzes von Nordrhein-Westfalen vom 9. April 1956 - NRWGVBl 134 -, wonach der Rezeß für die Festsetzungen, die im gemeinschaftlichen Interesse getroffen worden sind, die Wirkung von Gemeindecatsungen hat). Die Auffassung des Oberlandesgerichts, daß der auf dem früheren H

Recht beruhende Rezeß vom 9. April 1863. die rechtliche Natur eines Ortsstatuts habe, ist für das Revisionsgericht bindend. Das Berufungsurteil enthält keine Ausführungen darüber, ob durch den Rezeß eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Unterhaltung der Gräben begründet worden ist oder nicht. Die Frage, ob und inwieweit die Bestimmungen eines Rezesses öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art sind (vgl. Urteil des Senats vom 22. April 1959, V ZR 16/58), kann offen bleiben; denn auch wenn die Regelung der Grabenunterhaltung in Rezeß nur privatrechtliche Bedeutung haben würde und deshalb die öffentlichrechtliche Unterhaltungspflicht seit dem Inkrafttreten des Wassergesetzes der Beklagten obliegen sollte, ist der Inhalt des Rezesses wegen seiner ortsrechtlichen Natur für die Eigentümer der von dem Teilungs- und Verkoppelungsverfahren betroffenen Grundstücke weiterhin maßgebend. Da die Auslegung des Rezesses durch das Berufungsgericht einer Nachprüfung im Revisionsverfahren entzogen ist (§ 549 Abs. 1 ZPO), sind die Rügen, die sich auf die Auslegung des Rezesses beziehen, unbeachtlich. Im Revisionsverfahren muß deshalb davon ausgegangen werden, daß nach dem Rezeß der Kläger zu den "angrenzenden Koppelbesitzern" gehört und deshalb den Graben zu unterhalten hat und daß die Unterhaltungspflicht der Beklagten, falls mit dem "Magistrat" die politische Gemeinde Sarstedt gemeint sein sollte, erst eintritt, wenn ein Koppelbesitzer säumig ist und die Unterhaltung verweigert.

c) Es kommt danach entscheidend darauf an, ob die in dem Rezeß enthaltene Regelung der Unterhaltungspflicht noch besteht.

Die durch das Wassergesetz begründete öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Unterhaltung von Wasserläufen kann weder aufgehoben noch geändert werden (§ 113 Abs. 1 Satz 1),

so daß sich auch kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht bilden kann. Dagegen können Vereinbarungen über die Unterhaltungspflicht mit privatrechtlicher Wirkung getroffen werden (§ 113 Abs. 2 PrWassG). In übrigen ist anerkannt, daß die Bestimmungen eines Rezesses über gemeinschaftliche Rechte und Pflichten, da sie nicht zwingender Natur sind, durch Vereinbarung der Beteiligten oder durch Observanz geändert oder aufgehoben werden können (vgl. Pannwitz, Das Recht der Interessentenschaften S. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall kann es sich nur darum handeln, ob sich eine Observanz des Inhalts gebildet hat, nach der die Beklagte abweichend von den Bestimmungen des Rezesses zur Unterhaltung des Grabens verpflichtet ist. Das Berufungsgericht hat diese Frage verneint, weil die Beweisaufnahme nicht ergeben habe, daß die Beklagte eine dauernde und gleichmäßige Unterhaltung des Grabens in der Überzeugung einer rechtlichen Verpflichtung vorgenommen habe. Die Observanz ist ein örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht und deshalb nicht revisibel (§ 549 Abs. 1 ZPO), so daß die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Nichtbestehen einer Observanz das Revisionsgericht bindet; denn die Vorschrift des § 562 ZPO, wonach die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 549 ZPO nicht gestützt werden kann, für das Revisionsgericht maßgebend ist, gilt nicht nur nach der positiven, sondern auch nach der negativen Seite hin (vgl. BGHZ 21, 214, 217; 36, 348, 351). Die Frage, ob ein örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht vom Berufungsgericht mit Recht als bestehend angenommen oder verneint worden ist, unterliegt der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur insoweit, als es sich darum handelt, ob der Rechtsbegriff der Observanz verkannt oder das Berufungsgericht von unrichtigen Rechtsanschauungen über die Bildung von Observanzen ausgegangen ist (vgl. RG JW 1910, 944; 1911, 323; RGZ 76, 113, 114). Beides ist hier nicht der Fall. Gewohnheitsrecht entsteht durch eine

andauernde gleichmäßige, in der Überzeugung einer rechtlichen Verpflichtung betätigte Übung (BGHZ 23, 107, 119). Das gleiche gilt für die Observanz, eine Unterart des Gewohnheitsrechts. Man versteht darunter eine gewohnheitsrechtliche Übung in einem engeren örtlichen Bereich (vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 8. Aufl. 1. Band S. 133 ff). Auch die Observanz setzt danach eine gleichmäßige, von der Überzeugung einer rechtlichen Verpflichtung getragene Übung während eines längeren Zeitraums voraus (PrOVG 63, 343, 354). Von dieser Rechtsauffassung ist das Oberlandesgericht nicht abgewichen. Zu Unrecht glaubt die Revision, es komme für die Bildung einer Observanz nicht darauf an, ob die Unterhaltung des Grabens durch die Beklagte eine dauernde und gleichmäßige gewesen sei. Bei der zum Vergleich herangezogenen Observanz hinsichtlich der Streupflicht übersieht die Revision, daß die Bildung einer solchen Observanz sich auf einen größeren Personenkreis erstreckt und das Bestehen einer Observanz nicht deshalb verneint werden kann, weil nicht alle zu diesem Personenkreis gehörenden Personen gestreut haben. Bei der Frage einer observanzmäßigen Übernahme der Grabenunterhaltungspflicht durch die Beklagte handelt es sich jedoch darum, ob gerade durch das Tätigwerden der Beklagten sich eine Observanz gebildet hat, so daß es entscheidend auf das Verhalten der Beklagten ankommt. Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe für die Frage der Bildung einer Observanz nicht alle Zeugenaussagen herangezogen, ist unbeachtlich. Das gleiche gilt, soweit die Revision meint, das Berufungsgericht hätte die Beweisaufnahme auch auf die Reinigung aller übrigen Gräben erstrecken müssen. Gegenstand des Rechtsstreits ist allein die Frage, ob hinsichtlich des streitigen Grabens eine Unterhaltungspflicht der Beklagten kraft Observanz besteht. Da das Berufungsgericht auch in übrigen nicht von den allgemeinen Grundsätzen über die Bildung von Observanzen abgewichen ist, muß in Revisionsverfahren von dem Nichtbestehen der behaupteten Observanz aus-

gegangen werden. Für die Annahme, daß bereits vor dem Inkrafttreten des Wassergesetzes eine von dem Rezeß abweichende gewohnheitsrechtliche Übung hinsichtlich der Unterhaltung des Grabens bestanden habe, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Die Auffassung des Oberlandesgerichts, die Erklärungen des Zeugen H. bei der Besprechung im Jahre 1958 könnten nicht als Anerkenntnis einer Räumungsverpflichtung durch die Beklagte gewertet werden, ist frei von Rechtsirrtum. Sie wird auch von der Revision nicht beanstandet. Eine (stillschweigende) Vereinbarung über eine Änderung der Rezeßbestimmungen liegt ebenfalls nicht vor. Es verbleibt somit bei der im Rezeß geregelten Verpflichtung zur Unterhaltung des Grabens im Sinne der Auslegung des Berufungsgerichts.

4. Die Ansicht des Oberlandesgerichts, daß der Kläger mit Rücksicht auf die ihm selbst in erster Linie obliegende Verpflichtung zur Unterhaltung des Grabens keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen Vernachlässigung einer subsidiären Räumungspflicht herleiten könne, ist frei von Rechtsirrtum. Ebenso wenig kann der Kläger im Hinblick auf seine eigene Räumungspflicht sich zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs mit Erfolg auf eine Verletzung der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht der Beklagten berufen, so daß es einer Stellungnahme zu der Frage, ob diese auf die Erhaltung der Vorflut beschränkte Unterhaltungspflicht (§ 114 Abs. 1 FrWassG) sich überhaupt auf die Freihaltung der Drainageausflüsse erstreckt, nicht mehr bedarf.

Die Revision mußte deshalb, da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers erkennen läßt, als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZFO zurückgewiesen werden.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Groll