

Verkündet am 29. Juni 1960  
Symalla, Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Otto B [REDACTED] in E [REDACTED] Nr. [REDACTED]

Klägers, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Deutsche Bundesbahn, vertreten durch die Bundesbahndirektion H [REDACTED],

Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 13. Oktober 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer von Grundstücken in der Gemarkung E■■■■, die seine Rechtsvorgänger im Verkopperlungsverfahren auf Grund des Rezesses vom 30. September 1859 erworben haben. Eines dieser Grundstücke, die Parzelle 95/8, ist sehr feucht. Infolgedessen hatten bereits die Rechtsvorgänger des Klägers in den Jahren 1859 bis 1880 Dränagerohre auf dem Grundstück verlegt, die in einen parallel zum Gemeindefeldweg angelegten Sammler mündeten. Von dort floß das Wasser in einen Graben zum nordwärts gelegenen Unsinnbach ab.

Im Jahre 1881 plante die Eisenbahnverwaltung H■■■■ den Bau einer Eisenbahnlinie von Hildesheim nach Braunschweig, die den jetzt im Eigentum des Klägers stehenden Grundbesitz in west-östlicher Richtung am Nordrand der Parzelle 95/8 durchschneiden sollte. Mehrere Grundeigentümer, darunter die Rechtsvorgänger des Klägers, legten gegen den vorläufigen Enteignungsplan Einspruch ein. Sie befürchteten, daß die nach Norden führenden Wasserabflüsse durch die Bahnlinie behindert würden. In einer Verhandlung mit den Beteiligten am 16. November 1881, bei der auch ein Vertreter der Rechtsvorgänger des Klägers zugegen war, wurde von den Vertretern der Eisenbahnverwaltung erklärt, daß die Eisenbahnverwaltung für die Sicherung des Abflusses vorhandener Dränagen ohne weiteres Sorge tragen werde. Durch diese Erklärung wurde der Einspruch der betroffenen Grundeigentümer insoweit als erledigt angesehen. In der Verhandlung über die Festsetzung des Enteignungsplanes vom 10. August 1886, an der Rechtsvorgänger des Klägers nicht beteiligt waren, wiederholten die Vertreter der Eisenbahnverwaltung ihre Erklärung vom 16. November 1881 hinsichtlich der Sicherung des Abflusses der vorhandenen Dränagen. In dem Beschluß des damals nach § 21 PrEnteigG zuständigen Bezirksausschusses in Hildesheim vom 7. September 1886 heißt es:

- 3 -

"Was die Folgeeinrichtungen anlangt, so ist von mehreren Grundbesitzern beantragt, daß für die Sicherung der Dränagen Sorge getragen werden möge. Die Vertreter der Königl. Eisenbahndirektion haben entsprechende Zusicherungen erteilt und haben die Reklamanten sich damit für befriedigt erklärt ...."

Nach dem Beschluß waren als Folgeeinrichtungen herzustellen: ein Parallelweg südlich der Bahnlinie als Zugang zu den südlich der Bahn abgeschnittenen Grundstücken, zu denen auch die Parzelle 95/8 gehört; ein gewölbter Durchlaß zur Durchführung des dort vorhandenen Wasserlaufs unter der Bahn sowie ein Plattendurchlaß zur Durchführung dieses Wasserlaufs unter dem anzulegenden Parallelweg südlich der Bahnlinie.

Bei dem unter dem Parallelweg und unter der Bahnlinie durchzuführenden Wasserlauf handelt es sich um einen Seitengraben, der von Süden kommend die Bahnlinie kreuzt und dann etwa 400 m nördlich der Bahnlinie in den Unsinnbach mündet. Der Seitengraben war in seiner ursprünglichen Breite auf Grund des Rezesses vom 30. September 1859 durch Vereinigung zweier früher getrennt verlaufender kleiner Bäche entstanden und der Verkoppelungsinteressentenschaft als Eigentümerin zugewiesen. Nach § 8 des Rezesses darf jeder der Interessenten, zu denen auch der Kläger gehört, den Graben zur Wasserableitung uneingeschränkt benutzen. Nach § 10 des Rezesses oblag die Unterhaltung der einzelnen zwischen den Koppeln liegenden Gräben den Koppelbesitzern je zur Hälfte. Bei besonderen Naturereignissen sollte die Gemeinde zur Hilfeleistung verpflichtet sein. Anlieger des nördlich der Bahnlinie befindlichen Teiles des Seitengrabens sind das Landesgut (früher Landesdirektorium) und die Gemeinde E[REDACTED].



Nach Durchführung des Enteignungsverfahrens baute die Eisenbahnverwaltung die geplante Bahnlinie aus. Die auf der Parzelle des Klägers verlegten Dränageröhren wurden in Höhe der Bahnlinie abgefangen und in einen Sammler geleitet. Von dort aus baute die Eisenbahnverwaltung südlich der Bahnlinie und parallel zu dieser einen von Westen nach Osten verlaufenden Graben (Bahngraben), der in den östlich der Grundstücke des Klägers verlaufenden bereits erwähnten Seitengraben mündet.

Als im Jahre 1888 einige Grundbesitzer sich darüber beschwerten, daß sie wegen der Eisenbahnanlage keine genügende Abwässerung mehr hätten, veranlaßte die Eisenbahnverwaltung, daß der Seitengraben vertieft und verbreitert wurde. Eine zur Verbreiterung des Seitengrabens von der Eisenbahn erworbene Parzelle wurde in der Folgezeit der Gemeinde E[REDACTED] zu Eigentum übertragen. Wegen der Unterhaltung des nördlich der Bahnlinie befindlichen Teiles des Seitengrabens schloß die Eisenbahnverwaltung am 20. November 1891 mit dem Landesdirektorium einen Vertrag, der durch eine Vereinbarung mit der Gemeinde E[REDACTED] vom 30. Oktober 1890 vorbereitet war. In diesem Vertrag heißt es:

"Die gewöhnliche Unterhaltung und Nutznießung des eisenbahnseitig verbreiterten und vertieften Wassergrabens nach Maßgabe des Verkoppelungsrezesses von Einum dagegen übernimmt das Landesdirektorium, welches auch vorher den Graben als beiderseitiger Anlieger zu unterhalten hatte. Die Verpflichtung zur Hilfeleistung in der Unterhaltung bei besonderen Naturereignissen z.B. plötzlichem Tauwetter nach starkem Schneefall, wie solche in dem Verkoppelungsrezesse von E[REDACTED] bezüglich sämtlicher Wassergräben der Feldmark vorgesehen ist, hat die Gemeinde E[REDACTED] auch in betr. des vertieften Wassergrabens durch die Vereinbarung vom 30./31. Oktober übernommen."

Im Jahre 1955 traten bei der Entwässerung des mit der Dränageanlage versehenen Grundstücks des Klägers Schwierigkeiten auf, die dadurch hervorgerufen wurden, daß der Seitengraben und der Bahngraben verschlammte und mit Unkraut zugewachsen waren. Der Kläger wandte sich deshalb im Frühjahr 1955 zunächst an die zuständige Bahnmeisterei, um eine Räumung des Bahngrabens und des Bahndurchlasses zu erreichen. Die Säuberung dieser Grabenstrecken hatte aber keinen ausreichenden Erfolg. Auf weitere Vorstellungen des Klägers schrieb der Vorstand des Bundesbahnbetriebsamtes in H [REDACTED] am 29. Juli 1955, die Prüfung der Angelegenheit habe ergeben, daß nicht die Verstopfung des Durchlasses, sondern die Vorflutverhältnisse der hohen Wasserstand verursacht hätten, so daß von einem Stau infolge Verschlammung des Durchlasses nicht die Rede sein könne. Nach Regulierung der Vorflut sei die Eisenbahnverwaltung bereit, den bahneigenen Graben und den Durchlaß reinigen zu lassen. Zur Zeit sei dies jedoch zwecklos, weil infolge des durch mangelhafte Vorflut angestauten Wassers in kurzer Zeit die gleiche Verschlammung eintreten würde. Zuvor müsse der Kläger die Unterlieger veranlassen, eine gute Vorflut herzustellen.

Infolge des mangelnden Abflusses des Dränagewassers wurde die Parzelle 95/8 des Klägers im August 1955 überflutet, wodurch Ernteschäden entstanden. Am 22. August 1955 erwirkte der Kläger eine einstweilige Verfügung, durch die der Beklagten aufgegeben wurde, den Bahngraben von Schlamm zu säubern und den Durchlaß des Seitengrabens unter der Bahnlinie von Schilf und sonstigen Gewächsen zu reinigen. Einer Aufforderung der Beklagten, den nördlichen Teil des Seitengrabens von der Bahnlinie bis zur Einmündung in den Unsinnbach sofort zu räumen und dadurch wieder normale Vorflutverhältnisse herzustellen, kam das Landesgut nicht nach. Die Beklagte wandte sich darauf an den Regierungspräsidenten in H [REDACTED], der das Landesgut zur

Räumung des Seitengrabens anhalten sollte. Nach einem vom zuständigen Landkreis anberaumten Ortstermin und einer im Anschluß daran durchgeführten Nivellierung gab der Landkreis am 7. August 1956 dem Landesgut E[REDACTED], der Gemeinde E[REDACTED] und der Beklagten auf, die von ihnen zu unterhaltenden Grabenstrecken zu räumen, und zwar sollte das Landesgut mit der Strecke von der Bahnlinie bis zur Einmündung in den Unsinnbach beginnen, sodann die Gemeinde den Durchlaß des Seitengrabens unter dem nördlich der Bahnlinie gelegenen Feldweg räumen und schließlich die Beklagte den Durchlaß des Seitengrabens unter der Bahnlinie und den Bahngraben in Ordnung bringen. Diese Arbeiten sind bislang nicht ausgeführt. Lediglich die Beklagte hat im Mai 1956 den Bahndurchlaß geräumt, der aber inzwischen wieder verschlammt ist.

Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte sei ihrer vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtung zur Unterhaltung und Säuberung des Bahngrabens sowie des Durchlasses des Seitengrabens unter der Bahnlinie nicht nachgekommen, indem sie den Bahngraben habe völlig verschlammt und den Bahndurchlaß mit Schilf und Unkraut habe verwachsen lassen, wodurch der mangelnde Abfluß des Dränagewassers verursacht sei. Soweit dabei mitgespielt habe, daß die Unterlieger auf der Nordseite der Bahnlinie den Seitengraben nicht gereinigt hätten, sei die Beklagte auch hierfür verantwortlich; sie habe auf die Unterlieger einwirken müssen, daß diese alle für den Abfluß des Wassers notwendigen Vorkehrungen trafen. Von dem im Herbst 1955 angeblich erlittenen Ernteschaden von 15 911 DM hat der Kläger mit der Klage einen Teilbetrag von 6 100 DM geltend gemacht. Außerdem hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, den unter dem Bahnkörper befindlichen Grabendurchlaß vollständig von Schlamm zu säubern und ihre Unterlieger zu den erforderlichen Maßnahmen für den weiteren Abfluß des Wassers nach Norden zu veranlassen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie bestreitet nicht, zur ordnungsmäßigen Räumung des Bahndurchlasses und des Bahngrabens verpflichtet zu sein, macht jedoch geltend, daß eine Vernachlässigung dieser Verpflichtung für die Überschwemmung der Ländereien des Klägers nicht ursächlich gewesen sei. Da die Unterlieger des nördlich der Bahnlinie gelegenen Seitengrabens ihrer Unterhaltungspflicht nicht nachgekommen seien, müßten zunächst einmal diese zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen angehalten werden; denn solange die Unterlieger den Seitengraben nördlich der Bahnlinie nicht räumten, sei es zwecklos und bedeute einen unnötigen Kostenaufwand, daß die Beklagte den Bahndurchlaß und den Bahngraben säubere, weil, selbst wenn sie dies täte, alsbald wieder eine Verstopfung des Bahndurchlasses und des Bahngrabens eintreten würde, wie es auch tatsächlich nach der Säuberung im Mai 1956 der Fall gewesen sei. Im übrigen ist die Beklagte der Auffassung, daß sie nicht verpflichtet sei, die Unterlieger zur Räumung des nördlich der Bahnlinie liegenden Seitengrabens zu veranlassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers, mit der er seine bisherigen Anträge aufrechterhalten und wegen eines durch eine erneute Überschwemmung im Jahre 1958 angeblich erlittenen Schadens einen weiteren Anspruch auf Zahlung von 3 566,56 DM geltend gemacht, außerdem den Anspruch auf Säuberung des Bahndurchlasses auf eine laufende Säuberung erweitert hat, hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO), weil an

dem angefochtenen Urteil ein Amtsgerichtsrat mitgewirkt habe, der seit etwa eineinhalb Jahren am Oberlandesgericht tätig gewesen sei und daher die Funktion eines ständigen Hilfsrichters gehabt haben dürfte, genügt nicht den Anforderungen, die an eine solche Rüge nach § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO zu stellen sind (vgl. Urteile vom 29. Januar 1958, IV ZR 236/57, MDR 1958, 319, und 30. Mai 1958, V ZR 1/57), so daß die ordnungsmäßige Besetzung des Berufungsgerichts nicht nachgeprüft werden kann.

## II.

Gegenstand der Entscheidung sind Schadensersatzansprüche des Klägers wegen Überschwemmungen und Maßnahmen zur Verhütung weiterer Überschwemmungen.

1. Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe den Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt, insbesondere auf den beantragten Augenschein nicht verzichten dürfen, ist unbegründet. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der "Bahngraben" in den "Seitengraben" mündet, beruht auf dem Sachvortrag der Parteien, insbesondere auf der Tatsache, daß das Dränagewasser von dem Grundstück des Klägers durch den Bahngraben in den zum Unsinnbach fließenden Seitengraben geleitet wird. Es ist deshalb nicht ersichtlich, daß, wie die Revision meint, die Frage, ob der Bahngraben in den Seitengraben oder umgekehrt der Seitengraben in den Bahngraben mündet, nur auf Grund eines Augenscheins hätte beurteilt werden können. Im übrigen werden auch die Feststellungen des Oberlandesgerichts über die Einmündung der Gräben von der Revision nicht angegriffen. Zur rechtlichen Natur des von der Eisenbahnverwaltung angelegten Bahngrabens hat das Oberlandesgericht nicht ausdrücklich Stellung genommen. Das Berufungsgericht geht jedoch in Übereinstimmung mit der Auffassung der Revision offensichtlich davon aus, daß der im Eigentum der Beklagten stehende Bahngraben

kein Wasserlauf im Sinne des Wassergesetzes ist, weil er nur der Vorflut des Grundstücks des Klägers dient (§ 1 Abs. 3 Satz 1 PrWassG). Den Seitengraben bezeichnet das Oberlandesgericht als natürlichen Wasserlauf, weil der Seitengraben bei der Durchführung des Rezesses vom Jahre 1859 durch Vereinigung zweier dort früher fließender natürlicher Bäche entstanden sei. Nach § 1 Abs. 4 PrWassG behält ein natürlicher Wasserlauf diese Eigenschaft auch nach einer künstlichen Veränderung. Wie die Vereinigung der beiden Bäche vorgenommen wurde, insbesondere ob dabei etwa der natürliche Lauf eines Baches verändert oder ob ein vollständig neues Bett angelegt wurde, ist nicht festgestellt. Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es jedoch nicht darauf an, ob der Seitengraben ein natürlicher oder künstlicher Wasserlauf ist. Der Seitengraben ist jedenfalls, da er der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dient, ein Wasserlauf dritter Ordnung im Sinne des Gesetzes (§ 1 Abs. 3 Satz 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 PrWassG).

2. Soweit es sich darum handelt, ob die Beklagte verpflichtet ist, die Unterlieger des nördlich der Bahnlinie liegenden Teiles des Seitengrabens zu den erforderlichen Maßnahmen für den weiteren Abfluß des Wassers nach Norden zu veranlassen, hält das Oberlandesgericht den Rechtsweg nicht für gegeben, weil die Unterhaltungspflicht eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit darstelle und die Vertreter der Eisenbahnverwaltung durch ihre Erklärung im Enteignungsverfahren dem Kläger gegenüber keine privatrechtliche Unterhaltungspflicht übernommen hätten.

Die Zulässigkeit des Rechtsweges, die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen ist, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht verneint werden. Der Rechtsweg ist zulässig, wenn der Klageanspruch auf einen privatrecht-

lichen Vertrag gestützt wird, wenn also die Vereinbarung, die von den Rechtsvorgängern der Parteien über die Sicherung des Abflusses der Dränagen getroffen wurde, bürgerlich-rechtlicher Art ist. Dem Oberlandesgericht ist darin zuzustimmen, daß die Verpflichtung zur Unterhaltung eines Wasserlaufs eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit darstellt, die dem Verpflichteten nicht gegenüber bestimmten Personen, sondern der Öffentlichkeit gegenüber obliegt und deren Erfüllung nicht im Prozeßwege vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden kann. Nach § 113 Abs. 2 PrWassG können Vereinbarungen über die Unterhaltungspflicht mit privatrechtlicher Wirkung getroffen werden. Aus solchen Vereinbarungen sich ergebende Ansprüche können nur im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden (BGHZ 1, 57, 63). Der Auffassung des Berufungsgerichts, die Zusage der Eisenbahnverwaltung sei lediglich als eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende Verpflichtung zu werten, weil abgesehen davon, daß kein schriftlicher Vertrag geschlossen worden sei, Anlaß und Zweck wie auch der äußerst weit gefaßte und unbestimmte Inhalt der Zusage gegen die Übernahme einer privatrechtlichen Verpflichtung sprächen, vermag der Senat nicht zu folgen. Wenn eine Verpflichtung, durch deren Übernahme an der gesetzlichen Regelung an sich nichts geändert werden soll, Gegenstand des Vertrages ist, so handelt es sich um einen dem bürgerlichen Recht zuzuordnenden Vertragsgegenstand (vgl. das zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des BGH vom 25. April 1960, III ZR 81/59). Durch die Vereinbarung über die Sicherung des Abflusses der Dränagen wurde die öffentlich-rechtliche Unterhaltungspflicht hinsichtlich des Seitengrabens nicht berührt. Richtig ist, daß, wie das Oberlandesgericht ausführt, die Verhandlung vom 16. November 1881 darauf abzielte, die Grundlage für die endgültige Planfeststellung unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten zu schaffen und vor allem zu klären, ob und inwieweit eine Anordnung von Anlagen gemäß § 14 PrEnteigG in Betracht kam. Dies schließt jedoch nicht aus, daß

zur Beseitigung von Einwendungen Dritter ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen wird, der dann anzunehmen ist, wenn in dem Vertrag der Wille einer privatrechtlichen Bindung zum Ausdruck kommt (vgl. RGZ 125, 396). Der Umstand, daß die Rechtsvorgänger der Parteien keinen schriftlichen Vertrag geschlossen haben, steht entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts der Übernahme einer privatrechtlichen Verpflichtung nicht entgegen. Das Gleiche gilt für die Tatsache, daß die Verpflichtungen der Eisenbahnverwaltung nicht im einzelnen festgelegt wurden. Der weit gefaßte Inhalt der Zusage hat lediglich zur Folge, daß die Auswahl der im Einzelfall zu ergreifenden Maßnahmen dem Ermessen der Eisenbahnverwaltung überlassen blieb. Wenn, wie das Oberlandesgericht meint, die Vertreter der Eisenbahnverwaltung über die Rechtslage unterrichtet waren, dann muß ihnen auch bekannt gewesen sein, daß nach § 95 des damals geltenden Gesetzes über die Entwässerung und Bewässerung von Grundstücken vom 22. August 1847 (HannGS 263) für Streitigkeiten über Entwässerungsangelegenheiten neben der vorläufigen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden auch der Rechtsweg zugelassen war. Es kommt jedoch nicht entscheidend auf diesen Gesichtspunkt an. Abgesehen davon, daß die Vereinbarung über die Sicherung der Dränagen in einem Enteignungsverfahren getroffen wurde, liegt nichts vor, was gegen die Annahme eines privatrechtlichen Vertrages sprechen könnte. Für die Beurteilung der Vereinbarung ist vor allem von Bedeutung, daß durch die Zusagen der Eisenbahnverwaltung die Einwendungen des Klägers und der übrigen Beteiligten erledigt werden sollten und auch tatsächlich erledigt wurden. Andernfalls hätte der für die Feststellung des Enteignungsplanes damals zuständige Bezirksausschuß gemäß § 21 PrEnteigG über die Einwendungen und Anordnungen nach § 14 des Gesetzes entscheiden müssen. Eine solche Entscheidung erübrigte sich durch die getroffene Vereinbarung, die für die beteiligten Grundbesitzer nur dann einen Sinn hatte, wenn ihnen ein Anspruch auf Erfüllung der Zusagen gewährt wurde. Dies müssen auch die Vertreter der Eisenbahnverwaltung erkannt

haben. Zudem ist in dem Beschluß des Bezirksausschusses vom 7. September 1886 ausdrücklich festgestellt, daß der Anspruch der Grundbesitzer auf Sicherung der Dränagen, nachdem die Vertreter der Eisenbahnverwaltung entsprechende Zusicherungen gemacht und die "Reklamanten" sich damit für befriedigt erklärt hätten, erledigt sei. Auch der Bezirksausschuß hat danach offensichtlich das Abkommen als eine privatrechtliche Vereinbarung angesehen. Nach Lage der Sache muß deshalb davon ausgegangen werden, daß es sich bei der im Enteignungsverfahren von den Rechtsvorgängern der Parteien getroffenen Vereinbarung über die Sicherung der Dränagen um einen privatrechtlichen Vertrag handelt. Für den Anspruch des Klägers, der darauf gerichtet ist, daß die Beklagte die Unterlieger des Seitengrabens zu den erforderlichen Maßnahmen für den weiteren Abfluß des Wassers veranlaßt, ist somit der Rechtsweg zulässig. Das Gleiche gilt für den auf die Vereinbarung zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien gestützten Anspruch auf laufende Säuberung des Grabendurchlasses, für den das Oberlandesgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges ebenfalls verneint hat.

3. Die Frage, ob die Klageansprüche, die sich auf die Unterhaltung des Grabendurchlasses und des Seitengrabens beziehen, begründet sind, hängt von der dem Tatrichter obliegenden Auslegung der Vereinbarung ab. Die Hilfserwägungen, die das Oberlandesgericht darüber anstellt, wie die Zusagen der Eisenbahnverwaltung, falls sie bürgerlich-rechtlicher Art wären, auszulegen seien, sind für das Revisionsgericht unbeachtlich (vgl. BGHZ 11, 222). Wenn der Senat zu einer Nachprüfung in der Lage wäre, müßte auf folgende Bedenken hingewiesen werden:

Es handelt sich nicht darum, ob die Eisenbahnverwaltung sich schlechthin zu jeder denkbaren Maßnahme habe verpflichten wollen, die zur Erhaltung der Abwässerung der Ländereien des

Klägers erforderlich war, sondern lediglich um die Auslegung der Zusage, für die Sicherung des Abflusses der vorhandenen Dränagen Sorge tragen zu wollen, die zwar sehr allgemein gehalten ist, aber hinsichtlich ihres Inhaltes und Zweckes doch hinreichend bestimmt sein dürfte. Es trifft im Übrigen nicht zu, daß, wie das Oberlandesgericht meint, eine Übernahme der Verpflichtung, die Unterlieger zu den erforderlichen Unterhaltungsmaßnahmen zu veranlassen, eine Art Aufsichtsstellung oder Aufsichtsbefugnis gegenüber den Unterliegern vorausgesetzt haben würde. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Eisenbahnverwaltung bei einem Vorgehen gegen die Unterlieger in die Kompetenz der Wasserpolizeibehörde eingreifen würde, zumal da die Eisenbahnverwaltung, offenbar um ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kläger und den anderen Grundbesitzern nachkommen zu können, mit den Unterliegern Verträge über die weitere Unterhaltung des Seitengrabens abgeschlossen hat, wonach der Beklagten ein privatrechtlicher Anspruch gegen die Unterlieger zusteht. Daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten auf Grund der Zusagen sich den beteiligten Grundbesitzern gegenüber auch verpflichtet gefühlt hat, Maßnahmen zur Sicherung des Abflusses der Dränagen zu ergreifen, geht daraus hervor, daß die Eisenbahnverwaltung in den Jahren 1888 bis 1891 auf Beschwerden über die mangelnde Abwässerung eine Vertiefung und Verbreiterung des Seitengrabens nördlich der Bahnlinie vorgenommen hat. Eine Auslegung der Vereinbarung über die Sicherung des Abflusses der Dränagen in dem Sinne, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten die Verpflichtung übernommen habe, den Bahndurchlaß sauber zu halten und die Unterlieger zu den erforderlichen Unterhaltungsmaßnahmen zu veranlassen, ist durchaus möglich.

4. Das Oberlandesgericht hat den Anspruch auf laufende Säuberung des Grabendurchlasses auch auf Grund des § 1004 BGB geprüft. Es hält jedoch die Voraussetzungen dieser Vorschrift

nicht für gegeben, weil die Beklagte nicht als Störerin im Sinne des Gesetzes anzusehen sei; denn die Verschlammung des Bahndurchlasses sei eine natürliche und zwangsläufige Folge der Verschmutzung des nördlichen Teiles des Seitengrabens, für dessen Unterhaltung die Beklagte nicht verantwortlich sei. Eine Räumung des Bahndurchlasses sei völlig zwecklos und sinnlos, solange nicht die Unterlieger den Seitengraben räumten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Sicherung des Abflusses des Drängewassers nicht nur von der Säuberung des Bahndurchlasses, sondern auch von der Unterhaltung des nördlichen Teiles des Seitengrabens abhängig. Die Vornahme einer zwecklosen und sinnlosen Handlung kann allerdings der Beklagten nicht zugemutet werden. Die Säuberung des Bahndurchlasses könnte jedoch dann nicht als unzumutbar bezeichnet werden, wenn die Beklagte dem Kläger gegenüber verpflichtet wäre, die Unterlieger auf Grund der mit ihnen bestehenden Verträge zur Herstellung einer genügenden Vorflut zu veranlassen. Störer im Sinne des § 1004 BGB ist auch derjenige, der durch seinen Willen, wenn auch ohne Verschulden und nur mittelbar, die Beeinträchtigung verursacht hat, indem er die Einwirkung des Dritten, die auch auf einem Unterlassen beruhen kann, duldet, obwohl er sie hindern könnte, wenn er aus irgend einem Rechtsgrunde die Beeinträchtigung zu hindern verpflichtet ist (vgl. RGZ 92, 22, 25; 155, 316, 319; 159, 129, 136; BGHZ 14, 163, 174; 17, 266, 291; 28, 110, 111; vgl. auch Staudinger, BGB 11. Aufl. § 1004 Randnoten 29, 30; Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. § 36 II 1; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 87 2 c). Ob die Beklagte dem Kläger gegenüber zu einem Vorgehen gegen die Unterlieger verpflichtet ist, hängt von der Auslegung der im Enteignungsverfahren getroffenen Vereinbarung ab, so daß die Frage, ob die Voraussetzungen des § 1004 BGB gegeben sind, noch nicht abschließend beurteilt werden kann.

5. Bei der Prüfung der Schadensersatzpflicht der Beklagten, die das Oberlandesgericht mit Rücksicht auf das Verhalten der Unterlieger des Seitengrabens verneint hat, geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß ein Unterlassen einen Schadensersatzanspruch nur dann begründet, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand. Es muß deshalb zunächst durch Auslegung der Vereinbarung über die Sicherung des Abflusses der Dränagen geklärt werden, welche Verpflichtungen die Eisenbahnverwaltung übernommen hat. Erst dann läßt sich beurteilen, ob die Schadensersatzansprüche des Klägers begründet sind.

Im übrigen trifft es nicht zu, daß, wie die Revision meint, das Oberlandesgericht die eingeklagten Teilbeträge des Schadens unrichtig wiedergegeben habe. Der Kläger hat den im Jahre 1955 angeblich erlittenen Schaden zunächst auf 4 813,25 DM beziffert und diesen Betrag eingeklagt. Er hat sodann im Schriftsatz vom 25. September 1956 vorgetragen, daß der Gesamtschaden sich auf 15 911 DM belaufe, und den Klageantrag dahin berichtigt, daß an die Stelle des ursprünglich geforderten Betrages von 4 813,25 DM der Betrag von 6 001 DM tritt. Hiermit ist von dem angeblich erlittenen Gesamtschaden ein Teilbetrag von 6 001 DM geltend gemacht. Daß der Gesamtschaden von 15 911 sich auf das Jahr 1956 beziehe und hiervon ein Teilbetrag von 1 187,75 DM gefordert werde, hat der Kläger nicht zum Ausdruck gebracht. Der Antrag auf Zahlung von 6 001 DM ist sowohl im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils wie auch in der Berufungsbegründung enthalten. Im Schriftsatz vom 21. September 1958 hat der Kläger einen weiteren Schaden für das Jahr 1958 in Höhe von 3 566,56 DM geltend gemacht und demgemäß in der mündlichen Verhandlung vom 22. September 1958 einen entsprechenden weiteren Antrag gestellt. Die Anträge des Klägers sind im Tatbestand des Berufungsurteils richtig wiedergegeben.

III.

Der Sachverhalt bedarf somit nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen einer erneuten tatrichterlichen Prüfung. Das angefochtene Urteil mußte deshalb in vollem Umfange aufgehoben werden. Gemäß § 565 Abs. 1 ZPO ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen worden, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Dr. Tasche

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger