

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V. ZR 25/64

URTEIL

Verkündet am

3. März 1967
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des W[REDACTED]- und B[REDACTED]verbandes K[REDACTED],
Ober- und Niederdorfelden, gesetzlich vertreten
durch den Vorsteher, Bürgermeister Friedrich L[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

2. der Gemeinde K[REDACTED], gesetzlich vertreten
durch den Gemeindevorstand,

Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigte

I. Instanz: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] in H[REDACTED] -

gegen

die Witwe Anna T[REDACTED] geb. J[REDACTED], K[REDACTED] Mühle,
H[REDACTED]-Land,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Dezember 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 14. November 1963 wird auf Kosten des Beklagten zu 1) zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt bei K [REDACTED] im Landkreis Hanau eine Großmühle. Das in den Jahren 1924/1925 errichtete Wassertriebwerk der Mühle liegt an der Nidder, einem Wasserlauf zweiter Ordnung. Es erzeugt einen Teil des für den Mühlenbetrieb erforderlichen elektrischen Stromes, während der weitere Strom aus dem öffentlichen Stromnetz bezogen wird. Die Klägerin staut das Wasser der Nidder, leitet es zum Teil dem Triebwerk zu und anschließend wieder in die Nidder ein.

Dem während des Rechtsstreits im Jahre 1959 verstorbenen Ehemann und Rechtsvorgänger der Klägerin sind durch Sicherstellungs- und Verleihungsbeschluß des Be-

zirksausschusses Kassel vom 25. Januar 1922 nach Maßgabe der vorgelegten Beschreibungen und Zeichnungen auf Grund des § 86 und der §§ 379 ff des Preußischen Wassergesetzes (PrWassG) die Rechte sichergestellt worden, das Wasser der Nidder durch ein Wehr bis zu dessen Krone (+ 110,75 NN) aufzustauen, es teilweise abzuleiten, zum Betrieb der Mühle zu gebrauchen und in die Nidder wieder einzuleiten. Nach §§ 46 ff PrWassG ist ihm in demselben Beschluß das dauernde Recht verliehen worden, das Wasser der Nidder bei niedrigen Wasserständen bis auf 111,00 NN aufzustauen. Diese Rechte sind in das Wasserbuch eingetragen worden. Durch Gestattungs-urkunde vom 2. August 1926 hat der Bezirksausschuß Kassel dem Kläger ferner die Genehmigung erteilt, anstelle der vorhandenen Girardturbine eine Francisturbine mit einer Schluckfähigkeit von 1,95 cbm/sec nach den angehefteten Beschreibungen und Zeichnungen einzubauen. In der angehefteten Beschreibung heißt es: "Die Turbine ... leistet bei einem Nutzgefälle von 1,75 m und einem normalen Zufluß von 1,95 cbm/sec 37 PS."

Unmittelbar unterhalb des Mühlenuntergrabens mündet der Steinbachgraben, ein Wasserlauf dritter Ordnung, in die Nidder ein. In diesen werden die Abwässer der beklagten Gemeinde K[REDACTED] - Beklagten zu 2) - eingeleitet.

Der Beklagte zu 1), als Wasser- und Bodenverband im Sinne der Wasserverbandsverordnung vom 3. September 1937 (RGBl I S. 933) gegründet und als solcher eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, hat nach § 3 seiner



Satzung vom 9. Januar 1940 unter anderem die Aufgabe, "Gewässer und ihre Ufer auszubauen und in ordnungsmäßigem Zustand zu halten (zu unterhalten)". Nach § 4 der Satzung hat der Beklagte zur Durchführung seiner Aufgaben unter anderem "die nötigen Arbeiten an der Nidder ... vorzunehmen ... (Verbandsunternehmen)". Das Unternehmen ergibt sich nach § 4 Abs. 2 der Satzung "aus dem Plan des Wasserwirtschaftsamtes in Fulda vom 4. Mai 1927" nebst einigen Nachträgen.

Während der letzten Jahrzehnte haben sich in der Nidder unterhalb der K [REDACTED] Mühle Sohlenuflandungen gebildet; diese haben den Unterwasserstand im unteren Mühlengraben erhöht und das Triebwerksgefälle vermindert. Seit 1950 verlangte der Ehemann der Klägerin in einem umfangreichen Schriftwechsel mit dem Bürgermeister der Beklagten zu 2), der zugleich Vorsteher des Vorstandes des Beklagten zu 1) ist, immer wieder, das ursprüngliche Gefälle solle durch Aufräumungs- und Ausbaggerungsarbeiten wiederhergestellt werden und dann erhalten bleiben. Die Außenstelle Hanau des Wasserwirtschaftsamtes Wiesbaden arbeitete daraufhin einen neuen Ausbauentwurf für die Nidder aus, dem die gleiche Sohlenuflandungen zugrunde lag wie dem Entwurf des Wasserwirtschaftsamtes Fulda vom 4. Mai 1927. Nach Genehmigung dieses Entwurfes durch den Regierungspräsidenten wurden in den Jahren 1955/56 in einem ersten Bauabschnitt die Sohlenuflandungen zunächst beseitigt; sie bildeten sich jedoch nach einer Unterbrechung der Ausarbeiten später erneut.

Die Klägerin macht geltend, das Wassertriebwerk ihrer Mühle habe infolge der verringerten Gefällhöhe weniger geleistet; insoweit habe sie mehr Strom aus dem öffentlichen Stromnetz beziehen müssen und entsprechende Mehraufwendungen tragen müssen. Sie verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldner Ersatz der Mehraufwendungen, die ihr - so behauptet sie - in der Zeit von Mitte Juli 1954 bis Mitte Januar 1956 und dann - nach zeitweiser Besserung des Zustandes infolge der erwähnten Ausbauarbeiten - jedenfalls wieder ab 1958 bis 1961 in Höhe von insgesamt 27 500 DM entstanden seien. Im einzelnen trägt sie dazu vor, die Sohlenhöhe der Nidder habe infolge der Ablagerung von Sinkstoffen aus den im Steinbachgraben mitgeführten Abwässern und der Unterlassung der notwendigen Instandhaltungsarbeiten im Unterwasser allmählich so stark zugenommen, daß ein Rückstau in den Untergraben der Mühle, aus dem das Wasser nicht mehr schnell genug abfließen könne, eingetreten sei. Das Nutzgefälle habe sich dadurch von 1,75 m um etwa 0,50 m verringert; die Turbinenleistung sei entsprechend zurückgegangen.

Für den Ersatz ihrer Mehraufwendungen nimmt die Klägerin den Beklagten zu 1) mit folgender Begründung in Anspruch: Durch den oben erwähnten Sicherstellungs- und Verleihungsbeschluß vom 25. Januar 1922 sei ihrem Ehemann auch ein Recht auf ein Nutzgefälle von 1,75 m verliehen worden; denn die Gewährung eines Wassernutzungsrechtes zum Betrieb einer Turbine sei ohne ein bestimmtes Nutzgefälle sinnlos. In den Zeichnungen und Aufstellungen, die als Anlagen auch Bestandteile jenes

Beschlusses geworden seien, sei eine entsprechende Gefällhöhe vorgesehen; ebenso sei in einer Anlage zu dem Beschluß vom 9. Juni 1926 das Nutzgefälle für die neue Turbine mit 1,75 m angegeben. Sie, die Klägerin, habe dadurch hinsichtlich eines Nutzgefälles von 1,75 m die Rechtsstellung eines Eigentümers im Sinne des § 81 PrWassG erlangt. Der Beklagte zu 1) sei zur Unterhaltung der Nidder verpflichtet und für den Schaden verantwortlich, der ihr, der Klägerin, durch die Verletzung dieser Unterhaltungspflicht entstanden sei.

Soweit die Klage sich gegen die Beklagte zu 2) richtet, ist der Rechtsstreit noch in der ersten Instanz vor dem Landgericht anhängig; das Landgericht hat durch Teilurteil bisher nur über einen Teilbetrag des gegen den Beklagten zu 1) geltend gemachten Klageanspruches entschieden.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten. Der Beklagte zu 1) hat ausgeführt, für die Klage sei der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben, da die Verleihung eines Wasserrechtes ein ausschließlich öffentliches Recht zum Gegenstand habe. Im übrigen seien die §§ 113 ff PrWassG, aus denen sich seine Unterhaltungspflicht ergebe, nicht als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, so daß die Klägerin aus einer etwaigen Verletzung dieser Pflicht keine Schadensersatzansprüche herleiten könne. Er habe sich einer solchen Pflichtverletzung aber auch nicht schuldig gemacht. Die Sohlenerhöhung sei darauf zurückzuführen, daß der untere Mühlengraben einen zu stumpfen Einlaufwinkel habe,

daß ferner die Wehranlage auf beiden Seiten ausgewaschen sei und zudem durch die Klägerin unsachgemäß bedient werde. Auch unterlasse die Klägerin die erforderliche Reinigung des Mühlgrabens, in den sie überdies Klosett- und Abwässer aus ihrer Kartoffelküche einleite. Bei den Turbinen der Mühle handele es sich um alte, nicht leistungsfähige Modelle. Die Ansprüche der Klägerin seien auch verjährt, da der Ehemann der Klägerin schon früher als drei Jahre vor der im Oktober 1957 erfolgten Klageerhebung Kenntnis von dem Schaden und der Person des nach seiner Ansicht Ersatzpflichtigen gehabt habe. Der Beklagte bestreitet auch die Höhe des geltend gemachten Schadens und meint, die Klägerin müsse sich anrechnen lassen, was sie als Hauptnutznießerin der Nidder an Beiträgen zur Flußunterhaltung erspart habe.

Die Klägerin ist diesen Ausführungen entgegengetreten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage insoweit entsprochen, als die Klägerin Verurteilung des Beklagten zu 1) zur Zahlung von 11 250 DM - auf diesen Betrag hat die Klägerin die ihr in der Zeit von Mitte Juli 1954 bis Mitte Januar 1956 entstandenen Mehraufwendungen beziffert - nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1957 begehrt. Die Berufung des Beklagten zu 1) ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte zu 1) seinen auf Abweisung der Klage gerichteten Antrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zutreffend die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs bejaht.

Nach dem für die Beurteilung dieser Frage maßgebenden Sachvortrag der Klägerin geht es um die Verpflichtung des Beklagten zu 1) zum Ersatz von Schäden, die die Klägerin durch die dem Beklagten zur Last gelegte Verletzung von ihrem Rechtsvorgänger sichergestellten und verliehenen Rechten erlitten hat. Die Sicherstellung und Verleihung selbst gehören zwar dem öffentlichen Recht an; das sichergestellte oder durch die Verleihung entstandene Recht dagegen, auf das nach § 81 Abs. 1 Satz 2 des hier zur Anwendung kommenden Preussischen Wassergesetzes die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind, ist nach überwiegender Ansicht, der der Senat folgt, ein besonders geartetes Privatrecht (Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts 1949 Preussisches Wassergesetz § 46 Anm. 2; Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das Preussische Wassergesetz 3. und 4. Aufl. § 81 Anm. 1 mit weiteren Nachweisen). Dieses Recht ist nach § 81 Abs. 1 Satz 1 PrWassG "im Rechtsweg verfolgbar", und zwar im ordentlichen Rechtsweg. Daß - worauf in anderem Zusammenhang noch einzugehen sein wird - die Pflicht des Beklagten zu 1) zur Unterhaltung der Nidder in § 113 PrWassG als öffentlich-rechtliche Verpflichtung bezeichnet ist, steht der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs für

eine auf Verletzung dieser Pflicht gegründete Schadensersatzklage nicht entgegen (vgl. im einzelnen Holtz/Kreutz/Schlegelberger § 133 Anm. 4 mit weiteren Nachweisen).

II. Die der Klägerin zustehenden Rechte sind ihrem Rechtsvorgänger im Jahre 1922 teils nach § 86 PrWassG in Verbindung mit §§ 379 ff PrWassG als "bisherige Rechte sichergestellt", teils - nämlich hinsichtlich des Aufstauens bei niedrigen Wasserständen - nach § 46 ff PrWassG neu verliehen worden. Für den hier in Betracht zu ziehenden Schutz dieser Rechte ergibt sich daraus im vorliegenden Fall kein Unterschied. (Bei den folgenden Ausführungen sind unter den verliehenen Rechten die sichergestellten Rechte mit inbegriffen.)

Auf die Rechte der Klägerin sind die für Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, § 81 Abs. 1 Satz 2 PrWassG. Die Klägerin kann hiernach insbesondere wie ein Eigentümer gegen Beeinträchtigungen der ihr verliehenen Rechte vorgehen. Im Falle schuldhafter Verletzung ihrer Rechte können ihr auch Schadensersatzansprüche aus den §§ 823 ff BGB erwachsen. Gegen den Beklagten zu 1) leitet sie Schadensersatzansprüche dieser Art daraus her, daß er seine Verpflichtung zur Unterhaltung der Nidder schuldhaft vernachlässigt, dadurch ihre Rechte beeinträchtigt und ihr den geltend gemachten Schaden zugefügt habe.

III. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsge-

richt eine Verpflichtung des Beklagten zu 1) zur Unterhaltung der Nidder angenommen. Zwar ist nicht ersichtlich, auf welche Tatsachen das Berufungsgericht seine Ansicht stützt, der Beklagte zu 1) habe diese Verpflichtung nach § 126 Abs. 2 Nr. 5 PrWassG übernommen; eine auf dieser Vorschrift beruhende Pflicht zur Unterhaltung eines Wasserlaufs oder seiner Ufer setzt die Übernahme der Pflicht "durch Vereinbarung mit dem Unterhaltungspflichtigen unter Zustimmung der Wasserpolizeibehörde mit öffentlich-rechtlicher Wirkung" voraus. Die Unterhaltungspflicht des Beklagten zu 1) ergibt sich aber jedenfalls aus § 2 Nr. 1 des Wasserverbandgesetzes vom 10. Februar 1937 (RGB I S. 188) in Verbindung mit § 2 Nr. 1 der Wasserverbandsverordnung vom 3. September 1937 und § 3 seiner Satzung. Auch die Revision erhebt insoweit keine Bedenken. (Die Frage einer etwaigen Unterhaltungspflicht auch der Beklagten zu 2) nach § 117 Abs. 1 PrWassG bedarf hier nicht der Erörterung.) Der Inhalt der Unterhaltungspflicht bestimmt sich nach § 114 PrWassG.

IV. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Pflicht zur Vornahme der Unterhaltungsarbeiten sei Ausdruck einer privatrechtlichen Zustandshaftung, die sich aus der privatrechtlichen Verfügungsgewalt über eine Sache ergebe und in der Regel den Eigentümer treffe. Die Unterhaltungspflicht sei demnach ähnlich der Verkehrssicherungspflicht privatrechtlicher Natur, auch wenn sie dem Staat oder einem öffentlich-rechtlichen Wasserverband obliege. Das Berufungsgericht schließt daraus, daß nicht § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG,

sondern § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 89 BGB und §§ 113 und 114 PrWassG zur Anwendung komme.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Rechtsvorgänger der Klägerin sei durch die Verletzung der Unterhaltungspflicht des Beklagten zu 1) in einem absoluten Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB verletzt worden. Er habe zwar kein Recht auf ein bestimmtes Nutzgefälle gehabt; ein solches - der Rechtsordnung zudem unbekanntes - Recht sei ihm nicht sichergestellt oder verliehen worden, wenn auch die in dem Sicherstellungs- und Verleihungsbeschluß vom 25. Januar 1922 genannten Beschreibungen und Zeichnungen von einer bestimmten Gefällhöhe ausgegangen seien. Die Unterlassung der ordnungsmäßigen Flußunterhaltung durch den Beklagten zu 1) habe aber das der Klägerin sichergestellte Recht beeinträchtigt, das zufließende Wasser der Nidder auszunutzen.

2. Die Revision bekämpft diesen rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts im Ergebnis ohne Erfolg.

Sie meint, weil der Rechtsvorgänger der Klägerin keinen Anspruch auf ein bestimmtes Nutzgefälle gehabt habe, komme die Verletzung eines absoluten Rechts der Klägerin nicht in Betracht.

Dieser Revisionsangriff geht fehl. Zu Unrecht glaubt die Revision, sich für ihre Auffassung auf die Entscheidung des Senats BGHZ 30, 382 berufen zu können.

In dem damals zu entscheidenden Fall ging es um die Frage der Beeinträchtigung der Rechte eines Triebwerksbesitzers durch Verminderung des zufließenden Wassers. Der Senat hat diese - durch hier nicht zu erörternde besondere rechtliche Gesichtspunkte gekennzeichnete - Frage dahin entschieden, daß ein Triebwerksbesitzer, dem Wassernutzungsrechte nur im Rahmen der §§ 40 Abs. 2, 46 Abs. 1 Nr. 1 PrWassG zustehen, keinen Anspruch darauf hat, daß der natürliche Wasserzufluß des Wasserlaufs nicht geschmälert wird. In diesem Zusammenhang hat der Senat jedoch auch ausdrücklich hervorgehoben, das Recht des damaligen Klägers, das abgeleitete Wasser im Triebwerk zu benutzen, sei nicht beeinträchtigt, da die Fallhöhe erhalten bleibe (aaO S. 390).

Gerade um eine Beeinträchtigung dieser Art geht es aber im vorliegenden Fall. § 41 Abs. 1 Nr. 2 PrWassG untersagt u.a. ausdrücklich, durch die - dem Eigentümer nach § 40 grundsätzlich zustehende - Benutzung des Wasserlaufs den Wasserstand derart zu verändern, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigt werden. Beeinträchtigungen dieser Art können wie durch die Vertiefung der Sohle (Wüsthoff § 41 Anm. 5) so auch durch deren Erhöhung verursacht werden. Hat die Sohlenerhöhung eine Veränderung des Wasserstands mit der Wirkung zur Folge, daß ein Triebwerksbesitzer das ihm verliehene Recht zum Gebrauch des abgeleiteten Wassers nicht mehr mit dem bisherigen technischen und wirtschaftlichen Erfolg ausnutzen kann, so ist er im Sinne des § 41 Abs. 1 Nr. 2 in der Ausübung

seines Rechts am Wasserlauf beeinträchtigt; bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen können ihm daraus Schadensersatzansprüche insbesondere nach § 823 Abs. 1 BGB erwachsen.

Nun kommt zwar im vorliegenden Fall eine unmittelbare Anwendung des § 41 Abs. 1 Nr. 2 nicht in Betracht; denn das Verhalten, das die Klägerin dem Beklagten zu 1 zur Last legt, stellt keine Benutzung des Wasserlaufs durch den Eigentümer im Sinne dieser Vorschrift dar. § 41 weist aber über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus die Richtung auf, in der Wassernutzungsrechte als absolute Rechte gegen Beeinträchtigungen geschützt sind. Insofern ist die Vorschrift auch für die Umgrenzung des Schutzes von Wassernutzungsrechten gegen Beeinträchtigungen durch Vernachlässigung der Flußunterhaltungspflicht von Bedeutung.

Diese Verpflichtung wird zwar in § 113 Abs. 1 PrWassG als öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit gekennzeichnet. Darin kommt zum Ausdruck, daß sie dem Staat gegenüber zu erfüllen und polizeilich erzwingbar ist (Holtz/Kreutz/Schlegelberger § 113 Anm. 1; Wüsthoff § 113 Anm. 1b). Ihre unzulängliche Wahrnehmung kann indessen entgegen der Ansicht der Revision nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch privatrechtliche Folgen auslösen. Führt die schuldhaft Verletzung der Flußunterhaltungspflicht zu Schäden an fremdem Eigentum oder anderen absoluten Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, so stehen dem Inhaber des verletzten Rechts Schadensersatzansprüche nach Maßgabe dieser Vorschrift zu (vgl. dazu Urteile des Senats

vom 17. Mai 1961, V ZR 201/59, LM BGB § 823 Db Nr. 11 und vom 27. Januar 1967, V ZR 80/64).

V. 1. Das Berufungsgericht stellt auf Grund von zwei Gutachten fest, die Sohle der Nidder habe sich unterhalb der Mühle der Klägerin gegenüber dem Zustand in den zwanziger Jahren gehoben. Der dadurch bewirkte Verlust des Nutzgefälles gehe auf mangelnde Unterhaltung durch den Beklagten zu 1) zurück. Hinsichtlich der Höhe des Gefällverlustes und des dadurch verursachten Schadens der Klägerin folgt das Berufungsgericht mit näherer Begründung dem Gutachten des Sachverständigen Dr. Waschek, nicht dem des Sachverständigen Breustedt, und stellt auf dieser Grundlage für die Jahre 1954/55 einen Vermögensschaden des Rechtsvorgängers der Klägerin in Höhe von jährlich 7 500 DM fest.

2. Die gegen diese Feststellungen gerichteten Verfahrensrügen der Revision sind nicht begründet.

a) Die Revision zieht erfolglos die Eignung des Sachverständigen Dr. Waschek in Zweifel, indem sie darauf hinweist, daß er nach seinen eigenen Angaben mit kleineren und mittleren Wasserkräften noch nicht befaßt worden sei. Der Sachverständige Dr. Waschek, auf dessen Gutachten das Berufungsgericht in mehrfacher Hinsicht entscheidend abgestellt hat, war durch das Landgericht im Rahmen der ihm zustehenden Ermessensübung ausgewählt worden. Das Berufungsgericht hat näher ausgeführt, aus welchen Gründen es ihn als geeignet für die Erstattung des Gutachtens erachtet hat. Ein Rechtsirr-

tum tritt in seinen Ausführungen nicht zutage.

b) Die Revision erblickt eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs darin, daß der Sachverständige Dr. Waschek, nachdem er zunächst den Parteien Gelegenheit zur Anwesenheit bei einer Ortsbesichtigung gegeben hatte, die Augenscheinseinnahme etwa eine Stunde nach Verabschiedung der Parteien ohne deren erneute Zuziehung ergänzt hat. Dieser Revisionsangriff scheitert schon daran, daß die Parteien jedenfalls zu dem danach erstatteten Gutachten gegenüber dem Gericht haben Stellung nehmen können. Weshalb die hier in Rede stehende Art des Vorgehens des Sachverständigen dem Berufungsgericht hätte Anlaß geben müssen, dem Antrag des Beklagten zu 1) auf Einholung eines Obergutachtens zu entsprechen, ist nicht ersichtlich.

c) Der Beklagte zu 1) hatte im Berufungsrechtszug vorgetragen, nach den Ausbauplänen von 1927/28 sei bereits damals keine Gefällhöhe von 1,75 m vorhanden gewesen, "also erst recht nicht im Jahre 1926." Zum Beweise hatte er sich auf die "Akten des Wasserwirtschaftsams in Fulda" berufen. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe diesen Beweis erheben müssen. Denn einmal war auch der Sachverständige davon ausgegangen, daß die nominelle Fallhöhe von 1,75 m nicht einer normalen Wasserführung der Nidder entsprach, daß vielmehr als "normale, also durchschnittliche Fallhöhe bei einer durchschnittlichen Wasserführung nur 1,46 m" resultiere (S. 16 unten und 27 des Gutachtens Dr. Waschek). Zum andern war der Beweisantritt nicht, wie die Revision

meint, auf Einholung einer behördlichen Auskunft, sondern auf Vorlegung von Urkunden gerichtet, die sich nach Behauptung des Beklagten in den Händen eines Dritten befanden. Da der Beweisantritt den gesetzlichen Anforderungen (§§ 428 ff ZPO) nicht entsprach, ist schon deshalb kein Verfahrensverstoß darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht den Beweis nicht erhoben hat.

d) Die Revision meint ferner, die von dem Privatgutachter der Klägerin ermittelten Zahlen hätten dem gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht zur Berücksichtigung aufgegeben werden dürfen, nachdem der Beklagte zu 1) der Anerkennung des Privatgutachtens widersprochen habe. Mit dem als übergegangen gerügten Vorbringen (S. 1 des Schriftsatzes vom 26. November 1957) hatte der Beklagte seine Auffassung, daß das Privatgutachten nicht anerkannt werden könne, jedoch nur damit begründet, daß es von einer abstrakten Schadensberechnung ausgehe, während nach richtiger Auffassung der Nutzungsausfall konkret nachgewiesen werden müsse. Insoweit ist das Berufungsgericht indessen nicht etwa einfach dem Privatgutachten gefolgt; es ist vielmehr lediglich dem Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen auch insoweit beigetreten, als dieser "nach genauer Überprüfung" die Berechnungen des Privatgutachters übernommen hatte. Daß es das Ergebnis einzelner in der Vergangenheit vorgenommener Messungen des Privatgutachters in Übereinstimmung mit dem Landgericht als unstreitig angesehen hat, läßt keinen Verfahrensverstoß erkennen.

e) Das Berufungsgericht brauchte auch entgegen der Ansicht der Revision kein Gutachten über die Leistungsfähigkeit der Turbine der Klägerin einzuholen, sondern konnte sich mit den Ausführungen auf S. 28 des Gutachtens Dr. Waschek begnügen. Wenn den Ausführungen der Revision zu diesem Punkt die Auffassung zugrunde liegen sollte, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin komme überhaupt nur insoweit in Betracht, als der Gefällverlust sich auch bei einer moderneren Turbine als der von der Klägerin verwendeten leistungsmindernd ausgewirkt hätte, so könnte der Senat sich einer solchen Auffassung nicht anschließen. Die Klägerin war nicht gehalten, eine modernere Turbine anzuschaffen (§ 254 BGB).

VI. Zur Frage der Ursächlichkeit der dem Beklagten zu 1) zur Last gelegten Unterlassung für die von der Klägerin geltend gemachten Schäden führt das Berufungsgericht aus, die Sohlenerhöhung im Flußbett der Nidder sei zwar nach den Angaben der Klägerin auch auf die Einleitung der ungereinigten Abwässer der Gemeinde Kilianstädten in den Fluß - und zwar über den Steinbachgraben - zurückzuführen. Dadurch entfalle aber jene Ursächlichkeit nur dann, wenn infolge der Verschmutzung der Nidder durch den Steinbachgraben eine Räumung des Flußbetts durch den Beklagten zu 1) keine Wirkung auf den Wasserabfluß hätte. Dies sei aber nicht bewiesen.

Bei ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe diese Frage mit den Parteien erörtern müssen, übersieht die Revision, daß der Beklagte zu 1) in der Berufungsinstanz "noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen" hat,

daß "der Steinbachgraben als Ursache der Sohlenerhöhung überhaupt nicht in Frage kommt, da dieser Wasserlauf nur durch einen Schlammfang gereinigtes Wasser" führe (S. 12 des Schriftsatzes vom 26. April 1963, 406 GA Band 2). Davon abgesehen könnte eine Verschmutzung der Nidder durch den Steinbachgraben den Beklagten zu 1) nicht von der ihm obliegenden Flußunterhaltungspflicht entbinden.

VII. Rechtlich bedenkenfrei hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, daß dem Vorstand des Beklagten zu 1) hinsichtlich der Unterlassung der dem Beklagten obliegenden Flußunterhaltung Fahrlässigkeit zur Last falle. Sein Verschulden wird entgegen der Ansicht der Revision nicht dadurch ausgeräumt, daß er - wie hier zugunsten des Beklagten zu unterstellen ist, - gewisse Unterhaltungsarbeiten vorgenommen hat. Entscheidend ist, daß er die dem Beklagten obliegende Flußunterhaltungspflicht jedenfalls nicht in vollem Umfang erfüllt hat. Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag des Beklagten zu 1) über die Ausschöpfung seiner finanziellen Möglichkeiten übergangen; denn der Umfang der gesetzlichen Unterhaltungspflichten des Beklagten wird nicht durch die Höhe der ihm zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel begrenzt. Es kommt deshalb im vorliegenden Rechtsstreit auch nicht auf die Prüfung der Frage an, wie der Beklagte notfalls weitere Finanzierungsmöglichkeiten erschließen könnte.

VIII. Der Sachverständige Dr. Waschek ist in Kennt-

nis des Schreibens des Wasserwirtschaftsamts Wiesbaden - Außenstelle Hanau - vom 15. September 1958 (S. 10 und 11 des Gutachtens) zu dem Ergebnis gekommen, daß die Auswirkungen der Bedienungsweise des Wehrs durch die Klägerin auf die Verlandung "ohne praktische Bedeutung" seien. Dem ist das Berufungsgericht gefolgt (S. 31 des Berufungsurteils). Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe diesen eine Mitschuld des Rechtsvorgängers der Klägerin ergebenden Vortrag des Beklagten übergangen, geht daher fehl.

IX. Das Berufungsgericht hat die Einwendung des Beklagten, die Klägerin müsse sich auf ihren Anspruch anrechnen lassen, was sie an Beitragsleistungen erspart habe, für unbegründet erachtet. Es hat dazu ausgeführt, der Eigentümer einer Anlage könne zwar nach § 95 der Ersten Wasserverbandsverordnung vom 3. September 1937 (RGBl I S. 933) - WVVO - auch dann, wenn er nicht zu einem Wasser- und Bodenverband gehöre, wie ein Mitglied zu Geldbeiträgen herangezogen werden, wenn die Anlage von dem Verbandsunternehmen Vorteil habe. Diese Voraussetzung sieht das Berufungsgericht deshalb nicht als gegeben an, weil es lediglich um die Erfüllung der normalen Verpflichtung des Beklagten zur Flußunterhaltung gehe. - Den Angriffen der Revision gegen diese Ausführungen ist im Ergebnis der Erfolg schon deshalb zu versagen, weil der Beklagte es an der Substantiierung seines hier in Rede stehenden Vorbringens hat fehlen lassen. Auf die rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts kommt es deshalb nicht mehr an.

X. Bei Prüfung der von dem Beklagten zu 1) erhobenen Verjährungseinrede stellt das Berufungsgericht fest, der Rechtsvorgänger der Klägerin habe erst im November 1956 Kenntnis davon erlangt, daß der Beklagte zu 1) für die Unterhaltung der Nidder verantwortlich sei. Es schließt daraus, daß der Klageanspruch auch insoweit nicht nach § 852 BGB verjährt sei, als die Klägerin Ersatz des ihr in der Zeit von Mitte Juli bis zum 18. Oktober 1954, also früher als drei Jahre vor Klageerhebung erwachsenen Schadens verlange.

Die Revision macht demgegenüber ohne Erfolg geltend, daß die Klägerin nie eine entsprechende Behauptung aufgestellt habe. Sie übersieht, daß schon das Landgericht auf S. 19 seines Teilurteils vom 26. November 1962 die gleiche hier in Rede stehende Feststellung wie das Berufungsgericht getroffen hatte und daß die Klägerin sich die Ausführungen des Landgerichts zur Verjährungseinrede in der Berufungsinstanz zu eigen gemacht hat (S. 18 des Berufungsurteils). Zum mindesten darin lag die von der Revision vermißte Aufstellung der hier erörterten Behauptung.

XI. Das Berufungsgericht hat nach alledem den Anspruch der Klägerin zutreffend als auf Grund des § 823 Abs. 1 BGB begründet angesehen. Auf die weiteren vom Berufungsgericht erörterten Rechtsgrundlagen kommt es hiernach nicht an.

Die Revision war demzufolge als unbegründet zurückzuweisen. Der Beklagte zu 1) hat nach § 97 ZPO auch die Kosten seines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen.

Dr. Piepenbrock Rothe Mattern

Hill Offterdinger