

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2207 081

BGB § 874

Bad GrundbuchausführungsVO v. 13. Dezember 1900,

Bad GVB1 1077 §§ 62, 68

Bei der Umschreibung alter Grunddienstbarkeiten in das Reichsgrundbuch genügte es, die Art der Dienstbarkeit (z.B. Wegerecht) anzugeben und im übrigen auf die nähere Beschreibung im alten badischen Grundbuch zu verweisen; die alten badischen Grund- und Pfandbücher bildeten zusammen mit den neuen Grundbuchheften das Grundbuch im Sinn des Reichsrechts.

BGH, Urt. v. 9. Januar 1963 - V ZR 75/61 - OLG Karlsruhe
(Freiburg)
LG Konstanz

4
V ZR 75/61

Verkündet
am 9. Januar 1963
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

1. des Kaufmanns Jakob Georg G. [REDACTED],
2. des Kaufmanns Anton G. [REDACTED],
3. der Haustochter Klara G. [REDACTED]
alle in B. [REDACTED] (Krs. D. [REDACTED]), in Erben-
gemeinschaft,

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
gegen

1. die Firma Josef S. [REDACTED] Söhne, Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in B. [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer Fabrikant Otto
W. [REDACTED] in B. [REDACTED],
2. den Baumeister Konrad V. [REDACTED] in B. [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. November 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil
des Oberlandesgerichts Karlsruhe, 5. Zivilsenat
in Freiburg, vom 23. Februar 1961 aufgehoben,
soweit nicht die Hauptsache für erledigt erklärt
worden ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über das Ausmaß des Vorranges des Rechtes der Beklagten zu 1, das Wasser in einem Mühlenkanal für industrielle Zwecke zu verwenden, vor dem Recht der Kläger, aus diesem Kanal Wasser für ihr Mühlrad abzuleiten.

Dieser Kanal zweigt in der Gemarkung B [REDACTED] auf der linken Seite der Breg ab und führt Bregwasser zu der etwa 700 m entfernten früheren Stadtmühle, die im 20. Jahrhundert zu einer Fabrik für Wellpappenherstellung umgebaut worden ist. Eigentümer des Mühlengrundstücks (Lagerbuch Nr. 1 der Gemeinde B [REDACTED]) ist der Geschäftsführer der Beklagten zu 1.

Die Stadtmühle wurde 1698 von der Stadt B [REDACTED] an den Oberstadtschultheißen G [REDACTED] verkauft. Der Kaufvertrag enthält eine Bestimmung, wonach keine andere Mühle an der Breg zum Nachteil der Stadtmühle gebaut werden dürfe; die Stadt behielt sich jedoch vor, andere Gebäude wie Walken und Lohstampfen an dem Wasser bauen zu lassen, aber doch ohne Schaden für die Stadtmühle. Sie gestattete 1734 den Rothgerbern, eine Lohstampfe mit drei Stampfen auf dem unteren Wasen an der Breg zu errichten. Auch die Kläger gehen davon aus, daß die Lohstampfe nicht auf ihrem Grundstück stand, das etwa 70 m oberhalb der Stadtmühle auf der rechten Seite des Gewerbekanals liegt, jedoch nicht unmittelbar an diesen anstößt (Lagerbuch Nr. 3 der Gemeinde B [REDACTED]). Die Kläger behaupten aber, daß im Laufe des 19. Jahrhunderts die Lohstampfe der Rothgerber auf ihr Grundstück verlegt worden sei. Von dem Gewerbekanal führt über das Grundstück Lagerbuch Nr. 1, das sich hier in geringer Breite dem Grundstück der Kläger vor-



lagert, zu diesem ein schmaler Triebkanal, in dem die Kläger über die zu Beginn des Triebkanals angebrachte Einlaufschleuse sich Wasser aus dem Werkkanal für ihr Mühlrad und die von ihnen betriebene Stromerzeugungsanlage zuführen können. Sie unterhalten gegenwärtig auf dem Grundstück einen Handelsbetrieb für Heu und Stroh und eine Strohpresserei. Die Beklagte zu 1 verwendet das ihr im Werkkanal zufließende Wasser zur Stromerzeugung mittels Turbine für ihren Fabrikbetrieb.

Über die Verteilung des Wassers im Gewerbekanal wird im Vertrag vom 27. August 1823, mit dem Franz Anton St. die Stadtmühle kaufte, gesagt, die Stampfe (Walke) habe das Wasser aus dem Kanal nicht eher zu gebrauchen und auf das Triebrad laufen zu lassen, als der Müller einen Wasserüberfluß nicht habe und er das Wasser nicht notwendig brauche; erst dann dürfe die Stampfe das Wasser benutzen. Der Mühleneigentümer solle mit seinem Mühlwerk niemals am Bezug des Wassers gehindert werden. In den Kaufverträgen vom 6. Juni 1839 und 6. Oktober 1842 wurde das Wasserbezugsrecht der Lohstampfe mit dem Wortlaut des Vertrages vom 27. August 1823 beschrieben. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts wurde der Mühlenkanal erhöht und 1866 völlig erneuert. In einem Rechtsstreit, den der damalige Eigentümer der Stadtmühle (St.) gegen den Eigentümer der Lohstampfe (B.) führte, entschied das Kreisgericht in Villingen mit Urteil vom 13. September 1871 dahin: Beklagter (B.) sei nur befugt, aus dem Mühlenkanal das Wasser auf seine Lohstampfe und Mänge zu leiten, wenn solches nach dem Zustand der Stadtmühle vor den vom Stadtmüller vorgenommenen Erweiterungen im Überfluß vorhanden sei und der Stadtmüller solches nicht notwendig brauche. Das Wasserbezugsrecht des B. wurde 1881 im Grundbuch eingetragen. Bei Anlegung des Reichsgrundbuches wurde diese Eintragung

4
wie folgt umgeschrieben (Bd. ● Heft 27 des Grundbuchamtes B ●):

Der Eigentümer von Lagerbuch Nr. 3 ist berechtigt, Wasser aus dem Mühlenkanal dieses Grundstückes, falls Überfluß an Wasser vorhanden ist, auf sein Grundstück zu leiten.

Eintrag im Grundbuch Band ● Nr. 42 S. 119 und Grundbuch Band ● Nr. 150 S. 345

23. 3. 1881

Der Betrieb der Lohstampfe wurde um 1900 eingestellt, ihr Wasserrecht blieb lange Jahre ungenützt. Es bestanden schließlich nur noch die Einlaufschleuse und der Triebkanal. Erst im Jahre 1950 wurde das Wasserrad wieder eingerichtet und nach einigen Jahren der Stromerzeugungsbetrieb aufgenommen. Die Beklagte zu 1 fühlte sich dadurch in der Ausnutzung der Wasserkraft für ihre Turbine gestört und beauftragte 1957 den Beklagten zu 2, vor die Einlaufschleuse zum Triebkanal eine Schütze zu bauen, die eine Wasserentnahme der Kläger erst ermöglichen sollte, wenn der Gewerbekanal eine größere Wassermenge als 3600 l/s führt. Die begonnenen Arbeiten wurden dann auf Grund eines Vergleiches bis zum Abschluß des gegenwärtigen Verfahrens vorerst eingestellt.

Die Kläger haben beantragt

1. den Beklagten bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu untersagen, an dem Gewerbekanal in B ● vor der Einlaufschleuse des auf das Grundstück der Kläger führenden Oberwasserkanals eine weitere Schütze zu errichten oder auf sonstige Weise Vorrichtungen anzubringen, welche geeignet

- sind, die Einlaufverhältnisse in den Oberwasserkanal der Kläger zu verhindern, insbesondere die einlaufende Wassermenge zu beeinflussen;
2. die Beklagten zu verurteilen, an der in Ziffer 1 bezifferten Einlaufschleuse den vor dem 23. Juli 1957 bestehenden Zustand wiederherzustellen, insbesondere die abgeschlagenen beschädigten Zementfundamente wiederherzustellen und am Sockel abzudichten;
 3. festzustellen, daß die Kläger berechtigt sind, aus dem Gewerbekanal in B. [REDACTED] nach Maßgabe ihrer Einlaufschleuse Wasser für ihre Wasserkraftanlage zu entnehmen, sobald die Wasserzufuhr der Breg 1400 l/s überschreitet.

Die Kläger leiten ihr Recht aus dem Urteil des Kreisgerichts Villingen ab, wenngleich dieses nach ihrer Ansicht den bestehenden Rechtszustand nicht vollständig wiedergibt. Da die Stadtmühle vor 1850 (also vor den in den folgenden Jahren durchgeführten Arbeiten am Mühlenkanal) nur drei Mühlengänge, einen Hanfgang und einen Gerbgang gehabt habe, diese Gänge aber 1400 l/s Wasser beanspruchten, stünden dem Stadtmüller zunächst 1400 l/s zur Verfügung, alsdann der Lohstampfe 500 Liter für das Wasserrad; der Rest gehöre wiederum der Mühle. Auf spätere Genehmigungen zum Bau größerer Anlagen (Turbinen) könnten sich die Beklagten nicht berufen, weil es sich hierbei nur um wasserpolizeiliche Genehmigungen handle, die auf die privatrechtlichen Verhältnisse keinen Einfluß hätten. Das Recht der Kläger sei auch nicht verwirkt.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten. Sie sind der Auffassung, das Recht der Kläger sei durch Zeit-

ablauf verjährt, aber auch verwirkt, da die Kläger in der Zeit von 1900 bis 1957 das Mühlenrad nicht benutzt hätten und 1950 sich auf ihr Wasserbezugsrecht nur bezogen hätten, weil die Beklagte zu 1 Löschung dieses Rechtes im Wasserbuch beantragt hatte. Die Rechtsvorgänger der Kläger hätten sich nicht dagegen gewehrt, als 1891 das Wasserrad der Stadtmühle durch eine Turbine mit einem Verbrauch von 1900 l/s ersetzt worden sei; genauso verhalte es sich für das Jahr 1909, als eine zweite Turbine mit einem Wasserverbrauch von 1660 l/s angeschafft worden sei. Damals sei der Betrieb der Stadtmühle von einer Mahlmühle auf Holzfabrikation umgestellt worden. Wohl habe im Jahr 1908 der Eigentümer der Lohstampfe sich gegen die Genehmigung einer zweiten Turbine gewandt, seine Witwe (Theresia B.) habe aber am 28. September 1908 ausdrücklich anerkannt, daß die Stadtmühle St. 3600 l/s vorweg verbrauchen dürfe. Den Einspruch ihres Mannes habe sie zurückgenommen. Es könne dahinstehen, ob das Urteil des Kreisgerichts in Villingen der Rechtslage entspreche; jedenfalls sei es durch die weitere Entwicklung überholt. Die Kläger hätten in den letzten Jahren immer wieder aus Schikane die Einlaufschleuse geöffnet, um die Beklagte zu 1 zu schädigen. Deshalb sei der Bau einer Schütze vor der Einlaufschleuse erforderlich geworden.

Das Landgericht hat den Klageanträgen zu 1 und 2 stattgegeben, die Poststellungsklage aber abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg; auf die Berufung der Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil aufgehoben, der Anspruch auf Abdichtung von Sohle und Wänden des Gewerbekanals für erledigt erklärt, im übrigen aber die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter, soweit die Hauptsache nicht für erledigt erklärt

worden ist; die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A) Klage gegen die Beklagte zu 1 (im folgenden stets die Beklagte genannt)

I.

1. Daß die Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Umfangs ihres Wasserbezugsrechtes haben, kann nicht zweifelhaft sein (§ 256 ZPO); die Feststellungsklage (Antrag Nr. 3) ist daher zulässig.

2. Zur Begründung der Abweisung der Klage führt das Berufungsgericht zunächst aus:

Der Mühlenkanal liege vollständig auf dem Grundstück der Beklagten, ebenso die Schleuse zu dem Triebkanal der Kläger. Der Beklagten stünde daher als Eigentümerin das Benutzungsrecht am Gewerbekanal zu. Die Kläger andererseits seien zur Nutzung des Kanalwassers nur berechtigt, soweit ihnen an dem Grundstück eine Grunddienstbarkeit zustehe. Deren Umfang sei zweifelhaft. Es sei nicht erwiesen, daß zwischen dem Recht der Kläger und dem Stadtratsbeschluß von 1734 ein Zusammenhang bestehe. Offen sei, ob das Wasserbezugsrecht der Rothgerber im Laufe der Zeit nach dem Grundstück Lagerbuch Nr. 3 verlegt worden sei, ferner, ob dort, unabhängig von dem Stadtratsbeschluß von 1734, ein Wasserbezugsrecht begründet worden sei. Schon die allgemeinen Verhältnisse machten

es sehr wahrscheinlich, daß das Recht zur Wasserentnahme für das Grundstück Lagerbuch Nr. 3 nur in einem Umfang und für eine Zeit begründet werden sollte, in denen der Eigentümer der Mühle das Wasser nicht für sich in Anspruch nehmen wollte, daß also der Bedarf der Mühle stets den Vorrang haben sollte. Dafür sprächen die Verträge von 1802, 1823, 1839 und 1842. Nach dem Urteil des Kreisgerichts Villingen vom Jahre 1871 sei den Rechtsvorgängern der Kläger erlaubt, das Kanalwasser zu benützen, wenn es im Überfluß vorhanden sei und der Müller solches nicht notwendig brauche, wobei der Zustand maßgebend sei, wie er vor den Umarbeiten im Mühlenkanal bestanden habe. Gegen die Berechnung des danach der Mühle im Vorrang vor dem Rechte der Kläger zuerkannten Bedarfs mit 1400 l/s (so die Darstellung der Kläger) bestünden Bedenken. Sie könnten aber, so schließt das Berufungsgericht diesen Teil der Begründung ab, zugunsten der Kläger beiseite gelegt und davon ausgegangen werden, daß tatsächlich das Urteil von 1871 der Mühle einen Vorrang von nur 1400 l/s zugebilligt habe.

Unterstellt also das Berufungsgericht, daß nach dem erwähnten Urteil des Kreisgerichts Villingen die Rechtsvorgänger der Kläger Wasser aus dem Gewerbekanal für ihren Triebkanal entnehmen durften, wenn der Kanal mehr Wasser als 1400 l/s mit sich führt, so braucht nicht mehr auf die Einwendungen der Revision eingegangen zu werden, das Berufungsgericht habe in unzulässiger Weise in den dieser Unterstellung vorausgehenden Erwägungen mit Wahrscheinlichkeiten, Vermutungen und Möglichkeiten gearbeitet.

3. Ausgehend von dem unterstellten Inhalt des Urteils des Kreisgerichts in Villingen fährt das Berufungsgericht fort: Die den Klägern zustehende Grunddienstbarkeit habe sich nach 1871 durch weitere Vorgänge geändert. Es sei nämlich nach vorausgegangenen häufigen Streitigkeiten und

Verhandlungen von den Beteiligten eine Änderung der Grunddienstbarkeit dahingehend vereinbart worden, daß dem Müller die vorgängige Nutzung von Wasser im Umfang von 3600 l/s für die Zukunft zustehe. Dies habe Frau B. unterm 28. September 1908 in einer schriftlichen Erklärung anerkannt. Die Vereinbarung stelle sich als teilweise Aufhebung des im Urteil von 1871 festgestellten Nutzungsrechtes dar, betreffe aber nur den nicht im Grundbuch eingetragenen Teil des Rechtes. Im Grundbuch sei nämlich nur ein auf den Überfluß des Wassers beschränktes Nutzungsrecht eingetragen worden. Soweit die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen sei, habe das Nutzungsrecht durch einfache Vereinbarung zwischen den Parteien verändert werden können. Das Nutzungsrecht sei ferner in dem nicht eingetragenen Umfang durch Verjährung versessen, weil die Dienstbarkeit länger als 30 Jahre nicht mehr ausgeübt worden sei. Schließlich sei unter Anwendung des § 1028 BGB der im Grundbuch nicht eingetragene Teil des Bezugsrechtes durch Verjährung untergegangen; die Rechtsvorgänger der Kläger hätten sich nämlich gegen die Anlage der Turbinen nicht gewehrt und die Kläger selbst hätten über 30 Jahre den Zustand geduldet; insoweit sei der Anspruch auf Beseitigung und damit auch das Bezugsrecht selbst in dem im Grundbuch nicht eingetragenen Umfange erloschen.

Der Revision ist einzuräumen, daß diese Ausführungen nicht frei von Rechtsirrtum sind.

a) Das im Kreisgerichtsurteil von 1871 den Eigentümern des Grundstücks Lagerbuch Nr. 3 zuerkannte Wassernutzungsrecht, nämlich das Recht, Wasser aus dem Gewerbekanal zu entnehmen, wenn Überfluß vorhanden sei, stellt sich als Grunddienstbarkeit im Sinne der Badischen Landrechtssätze (= LRS) 637 und 688 Abs. 2 dar. Eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, aus einem dem Verpflichteten

gehörenden Grundstück Wasser ableiten zu dürfen, konnte durch Vergünstigung (= Vertrag), Ersitzung, u.U. auch durch Widmung des Eigentümers erworben werden (LRS 690, 692). Welche Erwerbsart im vorliegenden Falle gegeben ist, ist nicht festgestellt, ist auch für die weitere rechtliche Würdigung nicht von Bedeutung. Eine unter der Geltung des Badischen Landrechts erworbene Grunddienstbarkeit blieb in ihrem Bestand von den im Gebiete des ehemaligen Landes Baden sich in der Folgezeit ablösenden Wassergesetzen unberührt (Gesetze vom 25. August 1876, 26. Juni 1899, 12. April 1913 und 25. Februar 1960). Sie behielten ihre Gültigkeit auch nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (Art. 184 EGBGB); für ihren Umfang ist der Begründungstitel weiterhin maßgebend (Siebert/Baur, BGB 9. Aufl. § 1018 Anm. 23). Auch für ihre Aufhebung, wozu auch die Verjährung zählt, ist noch das alte Recht solange maßgebend, als die Rechte nicht im Grundbuch eingetragen sind (Art. 189 Abs. 1 und 3 EGBGB).

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß im vorliegenden Falle die Grunddienstbarkeit der Kläger nur zum Teil im Reichsgrundbuch eingetragen sei, weil die Verweisung auf "den Zustand der Mühle vor den vom Stadtmüller vorgenommenen Erweiterungen" fehle. Insoweit sei für die Aufhebung der Dienstbarkeit noch das alte Recht anzuwenden. Hierbei hat aber das Berufungsgericht nicht die landesrechtlichen Ausführungsvorschriften zur Grundbuchordnung beachtet, weshalb das Revisionsgericht von sich aus in der Lage ist, das an sich nicht revisible Landesrecht zur Anwendung zu bringen (BGHZ 24, 159, 164).

Wie bereits ausgeführt wurde, ist im Jahre 1881 die Grunddienstbarkeit ihrem Inhalt nach mit dem vollen Wortlaut des Entscheidungssatzes des erwähnten kreis-

gerichtlichen Urteils von Villingen in das Grundbuch von Bräunlingen auf Antrag des damaligen Klägers St. eingetragen worden (Band 16 Nr. 150 S. 345). Bei der Umschreibung in das Reichsgrundbuch wurde die Dienstbarkeit zwar nur dahin eingetragen, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt sei, Wasser aus dem Kanal abzuleiten, falls Überfluß an Wasser vorhanden sei; gleichzeitig wurde jedoch auf den Eintrag des Rechts im bisherigen badischen Grundbuch hingewiesen. Nach § 62 Abs. 2 der Landesherrlichen badischen Grundbuch-Ausführungsverordnung vom 13. Dezember 1900 (GVOB1 1900, 1077) galt aber zunächst das alte Grundbuch zusammen mit dem neu angelegten Grundbuchheft als Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze. Demgemäß hielt es das badische Justizministerium für ausreichend, bei der Umschreibung alter Grunddienstbarkeiten wenigstens die Art der Dienstbarkeit genau zu bezeichnen, im übrigen aber auf den alten Grundbucheintrag zu verweisen (Das Grundbuchwesen betreffende Verfügungen des Justizministeriums Jahr 1902 S. 19 Nr. 35; vgl. ferner Seng, Grundzüge des Badischen Landesprivatrechts S. 50 und Mainhard, Das formelle Grundbuchrecht im Großherzogtum Baden 2. Aufl. S. 4 Anm. 3, S. 210 f Anm. 2, S. 215 Anm. 1, S. 216/17 Anm. 2). Hinsichtlich der aus den älteren Grundbüchern umgeschriebenen Eintragungen bildete also zunächst das neue Grundbuchheft nur zusammen mit dem alten badischen Grundbuch das Grundbuch des neuen Reichsrechts.

Nach § 68 Abs. 2 der erwähnten Grundbuchausführungsverordnung konnte aber das Justizministerium den Zeitpunkt bestimmen, von dem an nur noch die Grundbuchhefte als Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und die alten badischen Grundbücher nur als Grundakten zu gelten haben. Das ist durch Verordnung vom 3. Dezember 1925 mit Wirkung zum 1. Januar 1926 geschehen (GVOB1 1925 S. 340). Von diesem Zeitpunkt an bilden also nur noch die neuen (Reichs-) Grund-

buchhefte das Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze (die in der Verordnung ausgenommenen Bezirke treffen hier nicht zu).

b) Von dieser rechtlichen Grundlage aus ergibt sich folgendes:

Versitzung durch Nichtausübung der Grunddienstbarkeit (LRS 706, 708) kann seit der Eintragung im Reichsgrundbuch nicht mehr eingetreten sein. Mindestens bis zum 1. Januar 1926 war die Dienstbarkeit ihrem vollen Inhalt nach im Grundbuch eingetragen, ihre Aufhebung beurteilte sich daher nach neuem Recht. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt aber die Versitzung als Beendigungsart einer Dienstbarkeit nicht. Selbst wenn man alsdann annehmen wollte, daß (wegen angeblich unvollständiger Eintragung im Grundbuch) ab 1. Januar 1926 der nicht eingetragene Teil der Grunddienstbarkeit durch Nichtausübung nach altem Recht erlöschen konnte, so ist doch die nach diesem Rechte dafür erforderliche Zeitspanne von 30 Jahren bis zum Jahre 1950 nicht abgelaufen gewesen. In diesem Jahre machten aber die Kläger außergerichtlich und gerichtlich ihr volles Wassernutzungsrecht wieder geltend, seitdem stehen sie mit der Beklagten in gerichtlichen Auseinandersetzungen wegen dieses Rechts. Dabei braucht auf die Hemmung der Verjährung auf Grund der Vorschriften während und nach dem letzten Kriege nicht einmal zurückgegriffen zu werden.

Die Vereinbarung der Beteiligten, die nach den Urteilsfeststellungen des Berufungsgerichts zwischen 1902 und 1909 geschlossen wurde und eine inhaltliche Beschränkung der Grunddienstbarkeit betraf, geschah also zu einer Zeit, als nach den vorstehenden Ausführungen die Grunddienstbarkeit mit ihrem vollen Inhalt im Grundbuch eingetragen war. Sie hätte, wenn sie dingliche Wirkung erzielen sollte, in das Grundbuch eingetragen werden müssen (§§ 877, 873 Abs. 1 BGB;

Art. 189 Abs. 1 und 3 EGBGB). Das ist nicht geschehen. Sie bindet daher die Kläger nicht. Es bedarf daher auch nicht mehr der Prüfung der im Zusammenhang mit der Verwertung der Aussagen der Witwe B. durch das Oberlandesgericht (§ 286 ZPO) vorgetragenen Rügen.

c) Aber auch die Anwendung des § 1028 BGB beruht auf Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht meint, durch den Einbau der Turbinen (1891 und 1909) sei auf dem dienenden Grundstück eine Anlage im Sinne dieser Bestimmung entstanden. Dadurch seien die Kläger an der Ausübung der Grunddienstbarkeit zwar nicht tatsächlich behindert worden, es genüge aber schon eine Beeinträchtigung des Rechtes: Was die Turbinen äußerlich an Beeinträchtigung vermissen ließen, werde weitgehend durch die öffentlichen Genehmigungsvorfahren und den Eintrag im Wasserbuch ersetzt. Die Kläger haben indessen mit Recht darauf hingewiesen, daß sie als Oberlieger durch die Errichtung der Turbinen nicht gestört sind. Denn ihnen bleibt stets die Möglichkeit, sich durch Öffnung der Einlaufschleuse so viel Wasser für den Triebkanal zu verschaffen, als sie für ihre Stromerzeugung benötigen. Die Beklagten wollen die Schütze ja gerade deshalb errichten, um diese Möglichkeit auszuschalten. Nach § 1028 BGB sind aber Voraussetzungen für das Erlöschen einer Grunddienstbarkeit das Vorhandensein einer Anlage auf dem dienenden Grundstück, welche die Ausübung der Dienstbarkeit nicht nur vorübergehend ganz oder teilweise beeinträchtigt, sowie die Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung dieser störenden Anlage. Es genügt also nicht, daß die Grunddienstbarkeit in sonstiger Weise beeinträchtigt wird. Soll die strenge Vorschrift des § 1028 BGB anzuwenden sein, so muß die Beeinträchtigung gerade in der Anlage bestehen, die von dem Berechtigten als störend betrachtet und empfunden wird. § 1027 BGB, auf den das Berufungsgericht verweist, unter-

scheidet sich von § 1028 BGB dadurch, daß dort jede Beeinträchtigung genügt; der Verlust des Beseitigungsanspruches wegen Verjährung hat aber dort nicht den Verlust des Rechtes zur Folge. Die Anwendung des § 1028 BGB auf den vorliegenden Sachverhalt kann mithin nicht gebilligt werden.

Auf den Hinweis der Revision, die "Beeinträchtigung" habe schon vor 1871 bestanden, weil schon damals die Anlage der Beklagten eine höhere Wassermenge als 1400 l/s zu verbrauchen geeignet war, braucht nach alledem nicht mehr eingegangen zu werden.

4. Jedenfalls sind aber nach Ansicht des Berufungsgerichtes die Ansprüche aus der Grunddienstbarkeit zum Teil verwirkt, wenn ein Wassernutzungsrecht nach einem Vorrang von nur 1400 l/s bestanden haben sollte. Der Grundsatz der Verwirkung finde auch im Sachenrecht Anwendung; das sei in Rechtsprechung und Schrifttum nicht mehr bestritten. Im vorliegenden Falle gehe der Streit zwischen den Parteien nur um die dingliche Berechtigung zur Wasserentnahme und die dingliche Verpflichtung zu deren Duldung, aus deren Gestaltung sich die Unzulässigkeit des Begehrens der Kläger ergebe. § 902 BGB stehe nicht entgegen. Überdies sei der Grundsatz des § 901 BGB für Grunddienstbarkeiten durchbrochen (§ 1028 BGB). Die Kläger und ihre Rechtsvorgänger hätten lange Jahre ihr Recht nicht ausgeübt. Die Lohstampfe sei 1900 aufgegeben, seitdem sei auch die Wasserkraftanlage der Kläger nicht mehr in Betrieb genommen worden. Noch 1957 sei festgestellt worden, daß die Stromerzeugungsanlage der Kläger verstaubt gewesen sei. Die Kläger hätten auch nur erklärt, um 1900 sei noch ein Wasserrad vorhanden und 1911 die Wasserkraftanlage noch vollständig gewesen, erst 1934 habe man das Gebäude abgebrochen, in dem das Wasserrad gestanden habe. Die Kläger und ihre Rechtsvorgänger hätten - und das sei

entscheidend - schweigend zugelassen, daß der nachbarliche Gewerbebetrieb auf eine laufende Wassernutzung von über 1400 l/s eingerichtet worden sei. Schon 1891 habe man von amtlicher Seite eine Wasserbenutzung der Mühle von 3420 l/s gemessen; 1899 sei eine Turbine mit 1900 l/s Aufnahmefähigkeit, 1909 eine zweite Turbine unter der Bedingung genehmigt worden, daß der Umfang der bisherigen Wassernutzung von höchstens 3600 l/s nicht geändert werden dürfe. In den folgenden Jahrzehnten seien die Eigentümer des Mühlengrundstückes in dieser Wassernutzung unangefochten geblieben. Noch im Antrag der Kläger vom 13. November 1950 (II Q 14/50) sei von einer solchen Höchstwassermenge ausgegangen worden. Die Rechtsvorgänger der Kläger hätten in dieser Zeit nicht nur die Ausübung ihrer Rechte unterlassen und in den Genehmigungsverfahren von 1899 und 1908/9 auf die Geltendmachung ihrer Rechte verzichtet; sie hätten im letztgenannten Verfahren das Wassernutzungsrecht der Rechtsvorgänger der Beklagten ausdrücklich mit 3600 l/s anerkannt. Auf Grund aller dieser Vorgänge müsse das Recht der Kläger auf die Nutzung der Spanne zwischen 1400 l/s und 3600 l/s als verwirkt angesehen werden. Es sei mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn insoweit nach mehr als 40 Jahren noch Rechte aus der Grunddienstbarkeit geltend gemacht werden.

Die Revision bittet um Nachprüfung, ob Verwirkung einer Dienstbarkeit überhaupt eintreten könne. Sie meint, dem stehe die besondere Regelung des § 1028 BGB entgegen, und führt weiter aus, die Entscheidung des Berufungsgerichts führe zu einer völligen Entwertung des Wassernutzungsrechts der Kläger. Mit dem ihnen gelassenen Überfluß an Wasser könnten die Kläger ihre Stromerzeugungsanlage nicht betreiben.

Eines näheren Eingehens auf die einzelnen Revisionsrügen bedarf es indessen nicht. Denn wollte man dem

Berufungsgericht grundsätzlich zustimmen, daß auch eine Grunddienstbarkeit verwirkt werden kann, so tragen doch im vorliegenden Falle die tatsächlichen Feststellungen nicht die Anwendung jenes Grundsatzes.

a) Die Kläger leiten ihre Rechte aus Erbfolge nach ihrem Vater ab, der nach dem vorliegenden Grundbuchauszug das Grundstück Lagerbuch Nr. 3 im Jahre 1911 erwarb. Daß schon damals die Grunddienstbarkeit teilweise verwirkt gewesen sei, läßt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Andernfalls hätte sich das Berufungsgericht mit der Frage des guten Glaubens des Erwerbers an die Richtigkeit des Grundbucheintrages auseinandersetzen müssen; denn zu jener Zeit war, wie vorstehend dargelegt, die Grunddienstbarkeit mit ihrem vollen Inhalt im Grundbuch (das war damals das Grundbuchheft im Zusammenhalt mit dem alten Grundbuch) eingetragen. Der von den Rechtsvorgängern des Vaters der Kläger geschlossenen Vereinbarung, die den Vorrang der Stadtmühle erheblich vergrößerte, kam keine dingliche Wirkung zu. Daß die Kläger und ihr Erblasser daran etwa infolge Schuldübernahme gebunden seien, ist nicht festgestellt. Soweit das Berufungsgericht in dem Verhalten der früheren Eigentümer wie auch der Kläger selbst einen die schriftliche Einigung über die Ausübung des Nutzungsrechtes ersetzenden Besitzstand im Sinne des § 19 des badischen Wassergesetzes 1899 sieht, entfällt dessen bindende Wirkung wegen der 1950 ausgesprochenen Kündigung.

b) Was die Kläger selbst anlangt, so erhellt nicht, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten sie für das Verhalten der früheren Besitzer (Vorgänge anlässlich der Genehmigung der Turbinenanlagen in den Jahren 1891 und 1908/9, Einstellung des Betriebes der Lohstampfe um 1900) einzustehen hätten. Es bleiben demnach nur die Feststellungen, daß die Kläger ihr Wasserrecht jahrzehntelang

nicht ausgeübt und schweigend zugelassen haben, daß die Beklagte ihre Turbinen mit einem höheren Wasserbezug als 1400 l/s betreiben ließ. Durch Nichtausübung des Rechts während einer, wenn auch langen Zeitspanne allein tritt aber nicht schon Verwirkung ein. Das käme einer Verjährung gleich, die für dingliche Rechte nur in besonderen Ausnahmefällen (vergl. § 1028 BGB) stattfindet.

Daß die Kläger schweigend zugelassen haben, daß die Turbinen der Beklagten mit einem Wasserverbrauch von mehr als 1400 l/s betrieben wurden, konnte für die Frage der Verwirkung von Bedeutung sein, wenn der Mehrverbrauch der Beklagten unter Schmälerung des Rechts der Kläger erfolgt wäre; dann hätten die Kläger Anlaß gehabt, die Beklagte um Abhilfe zu ersuchen; ihre schweigende Zulassung spräche dann gegen sie. Feststellungen hierzu trifft aber das Berufungsgericht nicht. Sie lassen sich auch nicht aus dem Vortrag der Kläger selbst nachholen. Diese haben vielmehr betont, daß die Breg früher genügend Wasser dem Mühlkanal zugeführt habe, um die (auch erhöhten) Ansprüche der Beklagten wie der Kläger zu erfüllen (vergl. Schriftsatz der Kläger vom 24. August 1950 2 Q 14/50 LG Konstanz Bl. 69). Da der Kanal ein Fassungsvermögen von 4200 l/s hat, konnte er, wenn er entsprechenden Wasserzufluß hatte, beiden Rechten (3600 + 500) gerecht werden. Verhielt es sich aber etwa so, wie die Kläger behaupten, dann hatten sie als Oberlieger keinen Anlaß, dem Betrieb der Beklagten Einhalt zu gebieten: Sie konnten durch Öffnen der Einlaufschleuse jederzeit das ihnen zustehende Wasser aus dem Kanal ableiten, ohne dadurch den Betrieb der Beklagten zu stören. Unter solchen Umständen könnte von einem gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten der Kläger aber nicht die Rede sein.

Die bisherigen tatsächlichen Feststellungen reichen nach allem nicht aus, um teilweise Verwirkung der Grunddienstbarkeit als gegeben anzunehmen. Das angefochtene Urteil läßt sich daher, soweit nicht die Hauptsache für erledigt erklärt worden ist, nicht aufrecht erhalten. Da das Berufungsgericht aber zugunsten der Kläger nur unterstellt hat, daß ursprünglich nur ein Vorrang der Mühle in Höhe von 1400 l/s zu dulden war, kann auch nicht schon den Klageanträgen stattgegeben werden. Dies hätte zur Voraussetzung, daß der Tatrichter über den damaligen Vorrang Feststellungen getroffen hätte. Das wird in der neuen Verhandlung nachzuholen sein, wenn nicht zur Frage der Verwirkung ausreichende Feststellungen getroffen werden können. Gegebenenfalls wird auch noch zu prüfen sein, inwieweit mit Rücksicht auf etwaige verminderte Wasserzufuhr aus der Breg und Bedarfssteigerung bei der Beklagten ein Festhalten der Kläger an der 1871 ausgesprochenen Vorrangsregelung heute noch zulässig ist.

B)

Was die Klage gegen den Beklagten zu 2 anlangt, so ergeben sich Besonderheiten gegenüber den Ausführungen zu A nicht.

C) Ergebnis:

Auf die Revision der Kläger ist nach allem das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit nicht die Hauptsache für erledigt erklärt worden ist, und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern