

8

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

PrWassG § 113 ff; BGB § 823 Db

Nicht nur die durch Wasserstandserhöhung (§ 41 Abs. 1 Nr. 2 PrWassG), sondern auch die durch Verletzung der Unterhaltungspflicht (§ 113 ff PrWassG) verursachte Schädigung eines Grundstücks war nach preußischem Wasserrecht rechtswidrig im Sinn des § 823 Abs. 1 BGB.

BGH, Urt. v. 27. Januar 1967 - V ZR 80/64 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V_ZR_80/64

Verkündet am

27. Januar 1967

Hirth, Just. Angest.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes B [REDACTED], vertreten durch den Senator
für Finanzen, B [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Gärtnereibesitzer Max L [REDACTED], B [REDACTED]
(Li [REDACTED]), Alt-Li [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin sowie der Bundesrichter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Grundurteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 25. Februar 1964 wird auf Kosten des beklagten Landes mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Aufrechnung mit einer Steuerforderung in Höhe von 1 996,76 DM dem beklagten Land vorbehalten bleibt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der seit 1929 auf den am Graben I gelegenen Grundstücken Alt-Li [REDACTED] und W [REDACTED]-straße [REDACTED] und [REDACTED] in B [REDACTED] - Li [REDACTED] eine Handelsgärtnerei betrieb, verlangt von dem beklagten Land Ersatz des Schadens, der ihm anlässlich zweier starker Gewitterregen am 26. Juni 1953 und am 22. August 1954 durch Überschwemmung an seinen zum großen Teil vernichteten Kulturen entstanden ist, mit der Begründung, die Überschwemmungen seien durch mangelhafte Anlage und Unterhaltung des Grabens verursacht worden. In den Graben I, der im Eigentum des beklagten Landes steht, leitet das beklagte Land das Regenwasser zum Zwecke der Stadtentwässerung an verschiedenen Stellen ein. Der Kläger behauptet, der Graben habe



das zugeführte Regenwasser nach seiner ursprünglichen Anlage als Graben der Feldmark nicht aufnehmen können, auch sei die Grabensohle damals stark mit Unkraut, Brennnesseln und Unrat bedeckt gewesen, so daß der Wasserabfluß behindert gewesen sei. Der Kläger errechnet einen Schaden in Höhe von 16 857 DM, von dem er einen Teilbetrag in Höhe von 6 100 DM geltend macht, ohne die Verteilung dieses Teilbetrags auf den ersten oder zweiten Schadensfall anzugeben. Er begehrt, das beklagte Land zur Zahlung in Höhe von 2 854,07 DM nebst Zinsen an eine Pfändungsgläubigerin und in Höhe von 3 245,93 DM nebst Zinsen an ihn selbst zu verurteilen.

Das beklagte Land, das seine Pflicht, den Graben als Wasserlauf zu unterhalten, nicht bestreitet, hat beantragt, die Klage abzuweisen. Nach unstreitigem Vortrag hat es verschiedentlich Kolonnen von 3 bis 6 Mann zur Räumung des Grabens eingesetzt; auch liegen die der Stadtentwässerung dienenden Regenwassereinflüsse im wesentlichen unterhalb der Gärtnerei des Klägers. Unbestritten ist weiter, daß der Graben von 1945 bis 1954 mangels Schaukommissionen nicht entsprechend der Schau- und Unterhaltungsordnung für die Wasserläufe II. und III. Ordnung im Landespolizeibezirk B [REDACTED] vom 19. März 1935 (Amtsblatt für den Landespolizeibezirk B [REDACTED] Sonderbeilage zu Stück 61) kontrolliert worden ist. Das beklagte Land führt die Überschwemmungen auf die außergewöhnliche Stärke der Regenfälle ("Katastrophenregen") und die besonders tiefe Lage der Gärtnerei zurück, wie sich seines Erachtens daraus ergibt, daß nicht Wasser aus dem Graben über die Ufer getreten sei, vielmehr das auf dem Grundstück des Klägers niedergegangene Regenwasser von dem ordnungsgemäß unterhaltenen Graben nicht mehr habe aufgenommen werden können. Das beklagte Land hat schließlich mit einer rückständigen Steuerforderung die der Kläger bestreitet, in Höhe von 1 996,76 DM aufgerechnet.

g

Das Landgericht hat mangels Nachweises eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der mangelhaften Unterhaltung des Grabens und der Überschwemmung die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nach Beibringung der vom Ostmagistrat verwahrten technischen Unterlagen über die Regenwasserkanalisation in Verbindung mit dem Graben I in B[REDACTED]-Li[REDACTED] von 1920 bis 1948, den Regenstreifen des Regenschreibers im Pumpwerk Li[REDACTED] und Einholung eines Sachverständigengutachtens des Professor Dr.-Ing. G[REDACTED] die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision verfolgt das beklagte Land seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter; der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht unter Bezugnahme auf das Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. Juni 1926 - V B 32/24 (Bl. II, 45 GA) davon aus, daß der Graben I ein künstlicher Wasserlauf 3. Ordnung ist, dessen Unterhaltung dem beklagten Land als Eigentümer obliegt (§ 115 Abs. 1 Nr. 4 PrWassG). Es kommt auf Grund der Beweisaufnahme zu den Feststellungen, daß die der B[REDACTED] Stadtentwässerung übertragene Unterhaltungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt worden sei, so daß die Vorflut bei größeren Niederschlägen und bei der Schneeschmelze stark behindert gewesen, und daß weiter die mangelhafte Unterhaltung für die Überschwemmung und damit für den dem Kläger hieraus erwachsenen Schaden ursächlich gewesen sei.

In rechtlicher Hinsicht erachtet das Berufungsgericht die §§ 113 ff PrWassG als Gesetz zum Schutz der Anlieger; auch habe die Stadtentwässerung bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen und erkannt, daß die von ihr durchgeführten Maßnahmen nicht ausgereicht hätten, um ihrer Verpflichtung aus §§ 113 ff PrWassG nachzukommen. Das beklagte Land habe sonach den dem Kläger durch die Überschwemmung entstandenen Schaden gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 114 ff PrWassG und §§ 89, 31 BGB zu ersetzen. Es hafte aber auch aus § 823 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 89, 31 BGB, da das beklagte Land durch die Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht fahrlässig das Eigentum des Klägers verletzt habe. Endlich hafte es nach Artikel 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB deshalb, weil der Polizeipräsident in B [REDACTED] als Wasseraufsichtsbehörde seine ihm gegenüber dem Kläger obliegende Amtspflicht verletzt habe, nämlich den Zustand des Grabens zu überwachen und die vorhandenen Mängel durch den Unterhaltungspflichtigen abstellen zu lassen (Hinweis auf das Urteil des III. Zivilsenats vom 7. Juli 1960 - III ZR 124/59). Daß dem Kläger durch die Vernichtung seiner Kulturen ein Schaden entstanden sei, sei sicher; in Anbetracht des Streits über die Höhe sei ein Urteil über den Grund des Anspruchs angezeigt.

II. Gräben gelten als Wasserläufe nur insoweit, als sie der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dienen (§ 1 Abs. 3 Satz 1 PrWassG). Der Sachverständige führt im Gutachten vom 28. Juni 1963, das das Berufungsgericht seiner Entscheidung zu Grunde legt, auf Seite 10 nach einer rechtlichen Würdigung des Grabens als Wasserlauf aus:

"Praktisch jedoch erfüllt dieser Wasserlauf keineswegs die Aufgaben eines Vorfluters, er ist vielmehr außer von Zeiten mit erheblichem Niederschlag ohne Wasserführung. Aus diesem Grund muß sein Abfluß auch als charakteristischer Abfluß einer Regenwasserleitung und nicht als Abfluß eines Vorfluters betrachtet werden."

Tatsächlich rechnete der Sachverständige mit dem durch Rohrleitungen in den Graben abgeführten Niederschlagswasser und der durch ein Maulprofil bewirkten Zurückhaltung (S. 9 ff), wobei die Überschwemmungen auf den Grundstücken des Klägers nach Ansicht des Sachverständigen allein durch Rückstau des durch die Regenwasserableitungen eingeführten Wassers entstanden sein können. Sollten diese Verhältnisse tatsächlich zutreffen, und der Graben nicht mehr der Vorflut der Grundstücke dienen, so ist es ungeachtet der weiteren Tatsache, daß das geplante Entwässerungssystem noch nicht fertiggestellt ist (S. 9 des Gutachtens) zweifelhaft, ob der Graben überhaupt noch einen Wasserlauf im Sinne des Preussischen Wassergesetzes darstellt oder nicht vielmehr als Teil einer Anlage zu beurteilen ist, die das beklagte Land zum Zwecke der kanalisierten Ableitung des Regenwassers erstellt hat. In diesem Fall wären nicht die Vorschriften des Preussischen Wassergesetzes, sondern allein diejenigen des allgemeinen Deliktsrechts (§ 823 ff BGB) anzuwenden. Das beklagte Land hätte die dem Kläger entstandenen Schäden, die infolge seiner Anlage bei starken Regenfällen entstanden sind, voraussehen und die entsprechenden Maßnahmen an seiner Anlage zum Schutz des fremden Eigentums durchführen müssen (vgl. Senatsurteil vom 19. April 1961 LM PrWassG § 197 Nr. 1). Für die Schäden, die durch die Verletzung einer solchen Pflicht einem anderen an seinem Eigentum entstehen, haftete das beklagte Land nach § 823 Abs. 1 BGB.

Die aufgeworfene Tatfrage bedarf jedoch keiner weiteren Prüfung. Auch für den Fall, daß der Graben als Wasserlauf im Sinne des Preußischen Wassergesetzes zu beurteilen ist, haftet das beklagte Land nach § 823 Abs. 1 BGB für den durch die Überschwemmungen eingetretenen Schaden, weil es das Eigentum des Klägers nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtswidrig im Sinne dieses Gesetzes und damit des § 823 Abs. 1 BGB wie auch fahrlässig verletzt hat. Nach den vom Tatrichter auf Grund der Ausführungen des Sachverständigen getroffenen Feststellungen liegt der gesamte Graben bei starker Wasserführung von der Verrohrung an der Briesingstraße (Punkt 2 der Anl. 12 zum Gutachten) bis zum Grundstück des Klägers hinauf im Rückstau. Dies traf insbesondere bei den starken Niederschlägen am 26. Juni 1953 und am 22. August 1954 zu. Dieser Rückstau ist nach dem Sachverständigengutachten, dem das Berufungsgericht folgt, am 26. Juni 1953 in der 60. Minute nach Regenbeginn am größten gewesen; er hätte - ordnungsgemäße Unterhaltung des Grabens unterstellt - die Böschungskante am Grundstück des Klägers jedoch nur um 2 cm auf eine Länge von 7,8 m überschritten und nach der Höhenlage des Grundstücks des Klägers rund 50 qm für etwa 4 Minuten überschwemmt; nach dieser Zeitspanne hätte bei ordnungsmäßigen Vorflutverhältnissen der Abfluß erfolgen müssen. Da die Grenze der Leistungsfähigkeit des Grabens in Anbetracht des Rückstaues schon bei ordnungsgemäßem Zustand des Grabens erreicht worden ist, genügte nach Ansicht des Sachverständigen schon eine Verstopfung oder eine Einschnürung über eine längere Strecke an irgendeiner Stelle des Grabens, die dann an dieser Stelle eine Spiegelerhöhung zur Folge hatte, um auch den Spiegel vor dem Grundstück des Klägers merklich ansteigen zu lassen (Gutachten S. 18). Die anhaltende Überstauung kann nach den weiteren Ausführungen des

8

Sachverständigen nur erklärt werden, wenn man eine erhebliche Verstopfung eines oder mehrerer Durchlässe voraussetzt (S. 24). Die mangelnde Unterhaltung des Grabens wie auch deren Ursächlichkeit für den Schaden hat das Berufungsgericht auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der dargelegten, nach den wasserbautechnischen Gegebenheiten möglichen Erklärung der Überschwemmungen festgestellt. Die die Überschwemmungen auslösenden, anhaltenden Überstauungen sind nach diesen Feststellungen durch die Regenwassereinleitungen in Verbindung mit erheblichen Verlegungen des Abflusses bedingt gewesen. Das beklagte Land war aber zur Wassereinleitung kraft des ihm als Eigentümer des Wasserlaufs zustehenden Einleitungsrechts (§ 40, Abs. 2 Nr. 2 PrWassG) insoweit nicht berechtigt, als dadurch der Wasserstand derart verändert wurde, daß fremde Grundstücke beschädigt wurden (§§ 40, Abs. 1, 41, Abs. 1 Nr. 2 PrWassG). Zu der Verstopfung des Abflusses andererseits durfte es es als Unterhaltungspflichtiger nicht kommen lassen, da die Unterhaltungspflicht nach § 114 Abs. 1 PrWassG die Erhaltung der Vorflut umfaßt, und zwar um so mehr, als ihre Einleitungen die Leistungsfähigkeit des Grabens auch bei ordnungsgemäßem Abflußzustand bis zur äußersten Grenze belasteten. Rechtswidrig im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB war nicht nur die Wasserstandsveränderung zum Nachteil der Grundstücke des Klägers, sondern auch die durch eine unzulängliche Unterhaltung des Wasserlaufs verursachte Verletzung des fremden Grundstückseigentums (Senatsurteil vom 17. Mai 1961 LM BGB § 823 (Db) Nr. 11; Urt. des III. Senats vom 13. Februar 1964 - III ZR 17/63 S. 10; RG ZAGr 5, 252, 254; 21, 341, 344; 29, 61, 66 ff; KG ZAGr 24, 238, 246; Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz § 133 Anm. 4; Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts I, PrWassG § 133 Anm. 1 b, Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht 2. Aufl. § 58 S. 275; Bergdolt, Preußisches Wasserrecht S. 78, 80). Dagegen kann dem Berufungsgericht

insoweit nicht beigespflichtet werden, als es die Vorschriften über die Unterhaltungspflichten als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB auffaßt. Von der seitherigen insoweit verneinenden Rechtspraxis (RG ZAGR 21, 341, 344 = HRR 1935 Nr. 1068; Gruchot 68, 76; Recht 1924 Nr. 393; Holtz/Kreutz/Schlegelberger § 133 Anm. 4 S. 647; Wüsthoff § 113 Anm. 1 g; vereinzelt nur aa Lenhardt/Reichau, PrWassG Bemerkung 2 vor §§ 1 3 ff) abzugehen, besteht kein Anlaß.

III. Die Angriffe, die die Revision als Verfahrensrügen gegen die Feststellungen des Tatrichters erhebt, der Graben sei als Wasserlauf mangelhaft unterhalten worden, die angeordneten Unterhaltungsarbeiten seien entweder unzureichend gewesen oder unzulänglich durchgeführt worden und diese mangelhafte Unterhaltung habe die Überschwemmungen in den Jahren 1953 und 1954, damit also den dem Kläger dadurch erwachsenen Schaden verursacht, sind unbegründet.

Das Berufungsgericht gewinnt seine Feststellungen über den Zustand des Grabens in den Jahren 1953 und 1954 aus einem Aktenvermerk des Senators für Bau- und Wohnungswesen, der sich über den Zustand des Grabens am 2. Juni 1955 ausgelassen hat, sowie den Aussagen der Anwohner, der bei den Räumarbeiten in den Jahren 1955 und 1956 Mitwirkenden (Hilfsschachtmeister K[REDACTED], Bauingenieur H[REDACTED], techn. Angestellter Br[REDACTED]) und schließlich aus dem Sachverständigen-Gutachten, nach welchem die ermittelten Grundlagen über den Graben und die Regenentwässerungsanlage eine Überschwemmung nur erklärlich machen, wenn der Abfluß des rückgestauten Wassers gestört war, während der Graben in einem einwandfreien sauberen, gut unterhaltenen Zustand die Niederschlagsmengen hätte abführen können. Umgekehrt würdigt

ju

das Berufungsgericht angesichts dieses Beweisergebnisses die von dem beklagten Land schriftlich festgehaltenen Räumungsarbeiten dahin, daß sie entweder unzureichend gewesen oder unzulänglich durchgeführt worden seien, wie auch damit übereinstimmend daraus zu entnehmen sei, daß sich der Graben trotz einer nach diesen Aufzeichnungen am 28. Mai 1955, von vier Mann durchgeführten Räumung am 2. Juni 1955 in dem geschilderten, unzureichenden Zustand befunden habe.

Die Revision zieht demgegenüber nicht in Betracht, daß das Berufungsgericht die einzelnen erheblichen Hilfstatsachen, die zwar alle je für sich auch anders hätten gewürdigt werden können, wie es nun die Revision im einzelnen tut, im Zusammenhang gewürdigt hat und diese zusammenfassende Sicht den Tatrichter davon überzeugt hat, daß der Graben an den beiden maßgebenden Tagen (22. Juli 1953 und 22. August 1954) nicht ausreichend von Unkraut sowie Brennesseln gesäubert und von Unrat geräumt war. Insbesondere schließen die von der Revision verschiedentlich herangezogenen Aufzeichnungen über die Räumungsarbeiten seit 1952 nach der Lebenserfahrung nicht aus, daß die angeordneten Arbeiten unzureichend waren oder daß sie unzulänglich ausgeführt worden sind. Diese Würdigung des Tatrichters findet auch darin eine Stütze, daß der Graben entgegen der Polizeiverordnung nicht durch eine Schaukommission überprüft worden ist. Es liegen im übrigen keine Anhaltspunkte für das Außerachtlassen der Umstände vor, daß zwischen dem 11. November 1954 und 28. Mai 1955 keine Arbeiten durchgeführt worden waren oder daß sich die Beobachtungen des Zeugen Dr. Hö[REDACTED] auf das Frühjahr, in welchem Zeitpunkt eine Stauung durch Eisbildung bewirkt worden sein kann, bezogen haben, während die Überschwemmungen im Sommer stattgefunden haben. Wenn im Sommer,

abgesehen von den Zeiten starker Gewitterregen, keine Stauung bemerkt wurde, so erklärt sich das schon aus den Feststellungen des Sachverständigen, wonach der Graben praktisch nur noch als Teil des Regenwasser-Ablaufsystems fungierte.

Unbegründet sind die weiteren Rügen, die die Revision dagegen vorbringt, daß die von dem beklagten Land zu vertretenden Mängel bei der Unterhaltung des Grabens die Überschwemmungen und damit den Schaden verursacht haben. Dazu meint die Revision, das in einem theoretischen Regelfallberechnungsverfahren bestehende Gutachten hätte wegen der Außerachtlassung aller Zufälligkeiten (plötzliche Behinderung nach ordnungsmäßiger Räumung durch eingeworfenes und herangewehtes Sperrgut) „eine Auslegung zum größeren Ergebnis“ zu Gunsten des beklagten Landes erfordert, nicht aber eine Einschränkung in der Richtung, daß auch noch der ermittelte Wasseraustritt über die Grabenböschung für den 26. Juli 1953 bagatellisiert werde. Das Berufungsgericht hat den durch Rückstau auch bei gut unterhaltenem Graben ausgelösten Wasseraustritt nicht bagatellisiert. Zu beachten ist vorweg, daß das beklagte Land dem Kläger gegenüber schon für diese Erhöhung des Wasserstands einzustehen hat, die allerdings für sich allein bei geordnetem Abfluß nach Beendigung der Regenwasserzuführung nur eine geringfügige Überflutung verursacht hätte, jedoch alsdann im Zusammenwirken mit dem unzulänglichen Abfluß zu der Überschwemmung und damit dem Schaden des Klägers geführt hat. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, das Berufungsgericht habe die theoretische Möglichkeit, daß plötzlich und für das beklagte Land unkontrollierbar kurz vor den Gewitterregen zusätzliche Hindernisse in den Graben gelangt sind, bei der Überprüfung der Ursächlichkeit der mangelhaften Räumung und bei der Frage des Verschuldens der zuständigen Behörde nicht in Betracht gezogen.

Der Umstand, daß die erheblich intensivere Niederschlagsmenge am 11. Juni 1953, wenn sie auch von kürzerer Dauer war, zu keinen Überschwemmungen geführt haben soll, läßt sich allerdings nicht eindeutig begründen. Das Berufungsgericht hat hierfür jedoch die vom Sachverständigen angeführten möglichen Gründe (die den Rückstau beeinflussenden Umstände, die sich je nach vorausgegangenen Niederschlägen verschieden auswirkten, darunter auch die Aufnahmefähigkeit des ungepflasterten Erdbodens) als Erklärung angeführt. Die Revision meint dazu, der Kläger habe beweisen müssen, daß tatsächlich kein Widerspruch im Gutachten vorliege, was niemals durch die Annahme von Möglichkeiten geschehen könne. Im vorliegenden Fall befindet sich jedoch gar kein Widerspruch im Gutachten; vielmehr läßt sich nur der eindeutige Verlauf bei einem früheren gleichartigen Ereignis mit einem anderen Ergebnis nicht feststellen; die vom Sachverständigen als möglich erwogenen Geschehensabläufe machten jedoch dem Tatrichter das andersartige Ergebnis erklärlich (§ 287 ZPO). Ein Verfahrensmangel oder ein Rechtsirrtum läßt sich bei dieser Würdigung nicht feststellen. Auf die weitere Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, es stehe keineswegs fest, daß am 11. Juni 1953 nicht auch eine Überflutung stattgefunden habe, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

Zum Verschulden des beklagten Landes hat das Berufungsgericht festgestellt, die für die Stadtentwässerung zuständige Behörde hätte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkannt, daß infolge der von ihr vorgenommenen unzureichenden Unterhaltung des Grabens das Wasser über die Ufer treten, die Felder des Klägers überschwemmen und seine Kulturen vernichten konnte. Auch bei dieser Würdigung hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision den gesamten Sachvortrag und das gewonnene Beweisergebnis in Betracht gezogen.

IV. Schließlich hält auch die Begründung des Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung aus Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB einer rechtlichen Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat im Anschluß an das Urteil des III. Senats vom 7. Juli 1960 (III ZR 124/59) überprüft, ob der Zustand des Grabens ein Einschreiten der Wasseraufsichtsbehörde erforderte und ob diese bei ordnungsgemäßer Ausübung ihrer Aufsichtspflicht rechtzeitig von dem gefährdenden Zustand des Grabens Kenntnis erlangt hätte, daß es ihr noch möglich gewesen wäre, Maßnahmen zur Verhinderung einer Überschwemmung zu ergreifen. Die Revision hat dagegen auch keine anderen Angriffe erhoben als diejenigen, die schon im Zusammenhang mit der Unterhaltungspflicht und mit der Ursächlichkeit ihrer mangelhaften Durchführung abgehandelt sind.

V. Das Berufungsgericht führt schließlich aus, daß dem Kläger auf Grund der unstreitigen Vernichtung seiner Gartenkulturen ein Schaden entstanden sei, sei sicher, so daß im Hinblick auf den Streit über die Höhe des Schadens ein Grundurteil zu erlassen sei. Zur Frage der mitwirkenden Verursachung und des mitwirkenden Verschuldens seitens des Klägers und zu den rechtlichen Folgen der vorsorglichen Aufrechnung seitens des beklagten Landes mit einer Steuerforderung in Höhe von 1 996,76 DM ist jedoch nicht Stellung genommen.

Die Revision rügt zur Frage des mitwirkenden Verschuldens unter Hinweis auf den entsprechenden Sachvortrag des beklagten Landes, daß die Entscheidung nicht mit Gründen versehen sei (§ 551 Nr. 7 ZPO). Weiter fehle eine Überprüfung, ob trotz der Aufrechnung eine Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, daß die Klagforderung nicht getilgt sei; mindestens müsse, ebenso wie für das mitwirkende Verschulden ein Vorbehalt im Sinne des § 302 ZPO in dem angefochtenen Urteil aufgenommen werden.

Mangels einer Begründung ist in der Tat nicht ersichtlich, ob das Berufungsgericht die Frage des mitwirkenden Verschuldens wegen unzureichender Substantiierung verneinen oder die Entscheidung darüber etwa dem Bettragsverfahren vorbehalten wollte oder ob es diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht überprüft hat. Eine Entscheidung über den Grund des Anspruchs durfte zwar ohne Prüfung darüber ergehen, ob die Klagforderung die Aufrechnungsforderung übersteigt, da diese mit jener nicht in rechtlichem Zusammenhang steht und nur bei diesem Zusammenhang ein Grundurteil an die Bedingung geknüpft ist, daß die Klagforderung mit Wahrscheinlichkeit die Gegenforderung übersteigt (BGHZ 11, 63; LM ZPO § 304 Nr. 19); jedoch durfte die Entscheidung nicht ohne Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergehen (vgl. LM ZPO § 304 Nr. 24), wobei das Reichsgericht den Vorbehalt in die Urteilsformel aufzunehmen verlangte (JW 1904 S. 39), während über dieses Erfordernis durch den Bundesgerichtshof noch nicht entschieden ist (BGHZ 1, 63, 66). Über den Bestand der bestrittenen Steuerforderung selbst wird das Berufungsgericht mangels Zuständigkeit nicht entscheiden können (BGHZ 16, 124, 138; Urteil des Senats vom 18. Februar 1959, WM 1959, 691 f und BGHZ 40, 338, 340); es wird vielmehr zwecks Klärung dieses für seine Entscheidung vorgreiflichen Streitpunkts zur Aussetzung gezwungen sein.

Beide Mängel zwingen jedoch nicht zur Aufhebung, sondern nur zur Ergänzung des Urteils. Nach dem Sach- und Streitstand ist auch bei Berücksichtigung einer Minderung der Klagforderung wegen Mitverschuldens der Bestand der Klagforderung hinreichend wahrscheinlich. Die Prüfung des mitwirkenden Verschuldens kann daher noch im Bettragsverfahren nachgeholt werden. Es genügt, ohne Aufnahme in die

Urteilsformel in den Gründen auszusprechen, daß diese Prüfung noch im Betragsverfahren möglich bleiben soll. Dagegen hält es der Senat für geboten, den Vorbehalt der Aufrechnung im Interesse der Klarheit in die Urteilsformel aufzunehmen. Die Revision war daher mit der entsprechenden Maßgabe zurückzuweisen.

VI. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 ZPO.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Hill

Offterdinger