

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

022

PrWasserG vom 7. April 1913, GS 53, § 76 Abs. 2, § 82 Abs. 3

Bei Einverständnis der Parteien kann der Entschädigungsanspruch gegen den Unternehmer wegen nachteiliger Wirkungen der Ausübung eines verliehenen Wasserrechts ohne Vorentscheidung durch die Verleihungsbehörde im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden.

PrALR I 7 § 86, II 14 §§ 21, 24, 26; Gemeines Recht
(unvordenkliche Verjährung)

Der Erwerb eines Rechts auf unverminderten Zufluß aus einem Wasserlauf durch unvordenkliche Verjährung nach Gemeinem Recht oder durch Ersitzung nach dem Allgemeinen Landrecht erfordert Handlungen, die erkennbar eine Rechtsausübung darstellen; der bloße Nachweis, daß das heranfließende Wasser tatsächlich genutzt worden ist, genügt nicht.

BGH, Urt. vom 21. Oktober 1959 - V ZR 92/58 - OLG Hamm

V ZR_92/58

Verkündet am 21. Oktober 1959
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Wilhelm V [REDACTED], Kommanditgesellschaft, E [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschaf-
terin Witwe Antonie V [REDACTED] geb. W [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

das W [REDACTED],
Aktiengesellschaft in G [REDACTED], vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Walter K [REDACTED] und Dr. Wilhelm T [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 21. Oktober 1959 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Freitag und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 22. April 1958 wird zurückgewiesen, soweit sie
gegen die Abweisung des Hauptantrages (Feststel-
lungsantrages) gerichtet ist.

Im übrigen (Leistungsantrag und Kostenpunkt)
wird das genannte Urteil auf die Revision der Klä-
gerin aufgehoben. Insoweit wird die Sache zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Ent-
scheidung über die Kosten der Revision übertragen
wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Besitzerin eines Triebwerks in S [REDACTED] [REDACTED] das Triebwerk liegt unterhalb des Witterner Ruhrschlagds (Wehr), von dem ab die Ruhr ein Wasserlauf I. Ordnung ist. Für die Klägerin ist im Wasserbuch ein auf Ersitzung gegründetes Recht gemäß §§ 379, 380 PrWassG eingetragen, das Wasser der Ruhr durch das bei Horst eingebaute Wehr zu stauen, zum Antriebe einer Turbinenanlage zu benutzen und der Ruhr wieder zuzuführen. Der Beklagten sind durch Verleihungen in den Jahren 1937 und 1939 die Rechte eingeräumt, in den flussaufwärts gelegenen Orten F [REDACTED]-H [REDACTED] bis zu 27 Millionen cbm und E [REDACTED] bis zu 10 Millionen cbm Wasser jährlich aus der Ruhr ohne Verpflichtung zur Wiedereinleitung zu entnehmen. Der Entzug des Wassers erfolgt nach dem Vortrag der Klägerin zugunsten fremder Abwassergebiete. Die Klägerin, die ihre Wasserrechte insgesamt auf die im späten Mittelalter mit Wasser- und Mühlenrecht belehnten Herren von H [REDACTED] zurückführt, vermeint ein Recht auf Zufluß einer bestimmten, von der Ruhr geführten Wassermenge zu haben, und zwar gegenüber der Beklagten abgesehen von ihrem eingetragenen Staurecht, einem nach § 382 PrWassG aufrechterhaltenen Wasserrecht und ihrer nach dem Ruhrtalsperrengesetz geschützten Rechtsstellung im besonderen auf Grund einer Vereinbarung, die während eines in den Jahren 1922 bis 1928 zwischen den Parteien anhängigen Prozesses getroffen worden sei, oder unmittelbar auf Grund des in diesem Prozeß vom Reichsgericht bestätigten Urteils des Landgerichts Essen vom 15. Juni 1925 (4/25 O 167/22 LG Essen).

Sie hat am 16. Oktober 1954 vor der Verleihungsbehörde, dem Beschlufsausschuß II für den Regierungsbezirk A [REDACTED], gemäß § 82 Abs. 1 Satz 2 PrWassG die ihr im Verleihungsverfahren vom Jahre 1939 vorbehaltenen Entschädigungsansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht (Akten des Regierungsprä-



sidenten in A [REDACTED] BW I Nr. 412/54), dabei sich aber als besonderem privatrechtlichem Titel nur auf die erwähnte Vereinbarung mit der Beklagten berufen. Bei der Berechnung ihres Schadens geht die Klägerin davon aus, daß der Ruhrtalsperrenverband das der Ruhr insbesondere durch die Entnahme der Beklagten "schädlich entzogene" Wasser (vgl. § 2 Abs. 2 Ruhrtalsperren-Gesetz vom 5. Juni 1913 - RTG - GS S. 317) nicht in vollem Umfang zu ersetzen vermag; sie berechnet im Jahre 1952 für jeden Tag den Stromausfall, der ihr durch den mangelnden Ausgleich des "schädlich entzogenen" Wassers entstanden sei. Sie geht bei dieser Berechnung nach § 2 Abs. 2 RTG von einer Mindestwassermenge der Ruhr bei S [REDACTED] in Höhe von 18,48 cbm/sec. aus, welche eine Leistung von täglich 7200 KWh gewährleistet. Den Gesamtausfall an elektrischem Strom im Jahre 1952 hat sie auf 93 666 KWh berechnet; sie hat diesen Ausfall nach ihrem Vorbringen durch fremden Strom ersetzen müssen und dafür 10 418,78 DM aufgewendet.

Die Verleihungsbehörde hat im Entschädigungsverfahren am 5. Oktober 1956 folgende Entscheidung getroffen:

- "1. Unter Ablehnung der Anerkennung eines Entschädigungsanspruches der Antragstellerin auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Titels wird der Streit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über das Bestehen und den Umfang eines besonderen privatrechtlichen Titels dahingehend, daß die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine privatrechtliche Zusicherung des Inhalts gegeben habe, daß der Antragstellerin eine Menge von 15 cbm/sec. der Wasserwelle der Ruhr zum eigenen Gebrauch in ihrem Triebwerk verbleiben soll, gemäß § 82 Abs. 3 § 70 Abs. 2 des Preußischen Wassergesetzes zur richterlichen Entscheidung verwiesen.
2. Die Entscheidung über den von der Antragstellerin auf Grund des streitigen privatrechtlichen Titels geltend gemachten Entschädigungsanspruches wird bis zur gerichtlichen Entscheidung des Streites ausgesetzt."

Zur Begründung ist in dem Beschluß ausgeführt, eine entschädigungspflichtige Verletzung von Rechten im Sinne der §§ 50, 51 PrWassG sei, wenn man von einer Verletzung der möglicherweise bestehenden privatrechtlichen Zusicherung absehe, schon nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht gegeben. Im einzelnen wird ausgeführt, daß die Klägerin kein Recht auf einen bestimmten Wasserzufluß habe (insbesondere ergebe sich ein solcher Anspruch nicht aus dem eingetragenen Staurecht) und daß ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb - auch unter Berücksichtigung des Gemeingebrauchs - nicht beeinträchtigt werde; die Klägerin könne schließlich auch nicht aus § 2 RTG einen Schadensersatzanspruch ableiten. Da die Klägerin ihren Anspruch somit ausschließlich auf den behaupteten privatrechtlichen Titel stützen könne und das Bestehen eines solchen Titels unter den Parteien streitig sei, sei über das Bestehen dieses Titels gemäß § 82 Abs. 3, § 70 Abs. 2 PrWassG die Entscheidung des ordentlichen Gerichts herbeizuführen.

Die Klägerin hat darauf die vorliegende Klage erhoben. Sie hat zuerst beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 10 418,78 DM zu verurteilen. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie in erster Linie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr am Horster Wehr zum Betrieb ihres Werks eine Wassermenge von mindestens 15 cbm/sec. zu belassen, hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 10 418,78 DM beantragt. Beide Parteien waren in der ersten Instanz der Auffassung, daß der Beschlußausschuß einen Entschädigungsanspruch auf Grund irgendwelcher sonstiger, in der Entscheidung vom 5. Oktober 1956 dem ordentlichen Gericht nicht ausdrücklich überwiesenen Rechtstitels abgelehnt habe; auch hat die Beklagte vorbehaltlos zum Leistungsanspruch verhandelt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, nach den Gründen insgesamt als unbegründet, den Zahlungsanspruch jedoch nach den weiteren Ausführungen mangels Zulässigkeit des Rechtswegs, weil der Vorbescheid nicht abschließend über alle möglichen rechtlichen Grundlagen des Entschädigungsanspruchs befinde. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte sich diesen Standpunkt zu eigen gemacht und sich auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs hinsichtlich des Leistungsanspruchs berufen. Die Klägerin begehrt den Betrag von 10 418,78 DM hilfsweise in zweiter Linie als Teilbetrag der ihr gemäß § 51 PrWassG zustehenden Entschädigung. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die erhobenen Ansprüche weiter, den Feststellungsantrag mit der Maßgabe, daß festgestellt werde, daß der Klägerin kraft besonderen Titels das Recht zusteht, von der Beklagten zu verlangen, unbeschadet der Wirkungen der Wasserrechtsverleihungen vom 28. Januar 1937 und 24. April 1939 ihr am Horster Wehr zum Betrieb ihres Werkes eine Wassermenge von mindestens 15 cbm/sec. zu belassen. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

1. Das Verfahren, die Zuständigkeiten und die Rechtsmittel in wasserrechtlichen Verleihungsverfahren sind in §§ 64 ff. PrWassG geregelt. Über den Antrag auf Verleihung samt allen Entscheidungen, die damit im Zusammenhang stehen, entscheidet die Verleihungsbehörde. Dasselbe gilt für Ansprüche wegen nachteiliger Wirkungen der Ausübung des verliehenen Rechts (§ 82 Abs. 3 Satz 1). In diesem Verfahren sind gemäß § 82 Abs. 3

bestimmte Vorschriften, die für das Verleihungsverfahren gelten, entsprechend anzuwenden, nämlich § 70 Abs. 2 Satz 1 und 2 und §§ 71, 76 PrWassG. Stützt der Betroffene sein Recht auf einen "besonderen privatrechtlichen Titel", so ist nach § 70 Abs. 2 Satz 1 PrWassG ein Streit über das Bestehen des Titels zur richterlichen Entscheidung zu verweisen; die Verwaltungsbehörde kann die Entscheidung über den Antrag bis zur Erledigung des Streites aussetzen. Nach § 76 PrWassG stellt sich das Verfahren vor der Verleihungsbehörde als ein dem Rechtsweg vorgeschaltetes Verfahren dar: Der gegen den Unternehmer gerichtete Entschädigungsanspruch ist binnen drei Monaten vor dem ordentlichen Gericht zu verfolgen, während alle übrigen Streitigkeiten binnen zweier Wochen vor dem Verwaltungsgericht anhängig zu machen sind.

2. Die Klägerin hatte sich im Verwaltungsverfahren nur auf die mit der Beklagten angeblich getroffene Vereinbarung als privatrechtlichen Titel, nicht dagegen auf die erst in der Berufungsinstanz vorgetragenen weiteren Titel (Rechtsbefugnisse aus Belehnung, unvordenkliche Verjährung und Ersitzung) berufen. Die Verwaltungsbehörde sah sich daher veranlaßt, nur den Streit über das Bestehen der von der Klägerin behaupteten obligatorischen Vereinbarung zur richterlichen Entscheidung zu verweisen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß das Gericht in dem hierdurch veranlaßten Rechtsstreit auch über andere, "besondere privatrechtliche Titel" - soweit ihr Bestehen streitig ist und die Klägerin eine Entscheidung begehrt - entscheidet. § 70 Abs. 2 PrWassG schafft nicht eine richterliche Zuständigkeit während des anhängigen Verwaltungsverfahrens, wie im Prozeß seither allseits angenommen worden ist, gebietet vielmehr nur der Verwaltungsbehörde, sich einer Entscheidung über einen solchen Streit zu enthalten, wobei gleichzeitig Vorsorge getroffen ist, daß von den Beteiligten

eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wird (vgl. § 70 Abs. 2 Satz 2 bis 5 PrWassG). Es kann einem Betroffenen gar nicht das Recht genommen werden, solche Inzidentstreitpunkte bürgerlich-rechtlichen Charakters unabhängig vom Verwaltungsverfahren jederzeit durch das ordentliche Gericht klären zu lassen. Das Berufungsgericht hat sich daher im Ergebnis zu-
treffend der Prüfung unterzogen, ob der Feststellungsantrag auf Grund irgend eines besonderen privatrechtlichen Titels im Sinn des § 70 Abs. 2 PrWassG begründet ist.

3. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht gegen die Abweisung des Leistungsantrags als unzulässig. Das Berufungsgericht bezweifelt, ob die Verwaltungsbehörde überhaupt eine Entscheidung über den Entschädigungsanspruch getroffen hat, jedenfalls habe sie keine endgültige und abschließende Entscheidung über den einheitlichen Entschädigungsanspruch selbst getroffen, sondern nur einen Teil der Anspruchsgrundlage (so-
weit dafür nämlich nicht besondere privatrechtliche Titel in Frage kommen) beschieden. Nach Sinn und Zweck der §§ 82 Abs. 3, 76 Abs. 2 PrWassG sollten aber die ordentlichen Gerichte mit dem Entschädigungsanspruch selbst erst dann befaßt werden können, wenn die Verleihungsbehörde abschließend über ihn entschieden habe, und dafür sei - da der Entschädigungsanspruch ein einheitlicher Anspruch sei - erforderlich, daß über ihn in seiner Gesamtheit entschieden werde. Da somit eine dem § 76 Abs. 2 PrWassG genügende Entscheidung über den Entschädigungsanspruch noch nicht vorliege, sei der Rechtsweg nach dieser Vorschrift noch nicht eröffnet.

Die Revision vertritt dagegen den Standpunkt, der Beschluß der Verleihungsbehörde habe den Entschädigungsanspruch der Klägerin abgelehnt, soweit er auf öffentlich-rechtliche Titel und auf allgemeine privatrechtliche Titel gestützt sei; diese Ent-

scheidung sei endgültig und abschließend. Es würde jeder Prozeßökonomie widersprechen, wollte man, um der Theorie der "Entscheidung in seiner Gesamtheit" willen den Beschlußausschuß zwingen, was er bereits einmal eindeutig gesagt hat, nach Erledigung der besonderen privatrechtlichen Titel noch einmal zu sagen, womit dann einer leeren Form genügt wäre. Überdies ergebe sich die Zulässigkeit des Rechtswegs auch aus Art. 14 GG.

Dieser Rüge kann im Ergebnis der Erfolg nicht versagt werden. Der III. Zivilsenat hat schon im Urteil vom 25. Oktober 1951 (BGHZ 4, 1, 50 ff) ausgeführt, daß die Einrichtung des Vorbescheides durch die Verwaltungsbehörde sicher auch unter der Geltung des Art. 14 GG aufrechterhalten werden könne, eine solche Zulässigkeit des vorausgehenden Verwaltungsverfahrens jedoch nicht zwingend bedinge, daß eine Klage schlechthin erst nach einer solchen Feststellung möglich wäre (vgl. auch Stein/Jonas/Schönke, ZPO Vorbem. II D vor § 1; Wieczorek, GVG § 13. F V; K II d); es bedürfe vielmehr in jedem Einzelfall der Prüfung, welche Wirkung einem solchen verwaltungsmäßigen Vorverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers zukomme. Im Vordergrund steht der Zweck und Sinn des Verwaltungsverfahrens und des Vorbescheids. Außer Zweifel ist, daß im Verleihungsverfahren selbst die Verwaltungsbehörde zusammenfassend über die Verleihung, bestimmte Einrichtungen, deren Unterhaltung sowie über etwaige Entschädigungen zu befinden hat und vor dieser Entscheidung die davon berührten Rechtsverhältnisse oder Ansprüche im einzelnen der richterlichen Prüfung nur insoweit unterbreitet werden können, als die prozeßrechtlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Klage nach der Zivilprozeßordnung oder dem maßgebenden Verwaltungsgerichtsgesetz gegeben sind (wie schon ausgeführt ist, berührt

§ 70 Abs. 2 PrWassG nicht die Zuständigkeit der Gerichte, sondern sie gebietet nur umgekehrt der Verwaltungsbehörde, sich einer Entscheidung über bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zu enthalten). Dasselbe gilt für den Anspruch auf bestimmte Einrichtungen nach § 82 PrWassG. Hinsichtlich eines nach einer Verleihung gemäß § 82 PrWassG zu erhebenden Entschädigungsanspruchs ist ein Verwaltungsverfahren dagegen nicht ohne weiteres zwingend, wohl aber zweckdienlich, weil die Verleihungsbehörde die gesamten tatsächlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge kennt und aus diesem Grunde am besten befähigt ist, eine sachgemäße und alle Beteiligten befriedigende Lösung zu finden. Sie kann ferner auf Grund ihrer besonderen wasserwirtschaftlichen und technischen Sachkenntnis auf einen Ausgleich hinwirken. Es ist auch anzustreben, daß die Sammlung des weit verzweigten rechtserheblichen Tatsachenmaterials im Verwaltungsverfahren vorgenommen wird und die Überprüfung durch das Gericht auf streitige Tat- und Rechtsfragen beschränkt bleibt. Es ist allerdings zuzugeben, daß auch Fälle gegeben sein können, wie etwa der vorliegende, in denen im wesentlichen Rechtsfragen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Art im Vordergrund stehen. In solchen Fällen könnte die Annahme einer unverzichtbaren Prozeßvoraussetzung die Parteien zu zwei Prozessen in allen Instanzen zwingen, zuerst im Streit um privatrechtliche Titel und später im Streit um den Grund und die Höhe des Entschädigungsanspruchs. Dies widerspräche einer sachgemäßen Rechtspflege und gebietet, die Regelung des § 16 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 (GS S. 221) heranzuziehen, der vorsieht, daß "die Festsetzung der Entschädigung nach den Vorschriften dieses Enteignungsgesetzes oder je nach Verabredung der Beteiligten sofort im Rechtswege erfolgt." Die Entscheidung der Verleihungsbehörde stellt sonach auch im Verfahren um den Entschädigungsanspruch nach § 82 PrWassG eine verzichtbare Prozeßvoraussetzung dar.

Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte in erster Instanz auf die Leistungsklage eingelassen (vgl. Schriftsätze vom 18. Januar 1957 unter Nr. 2 Bl. 22, vom 16. April 1957 Nr. 1 Bl. 49/51 und besonders im Schriftsatz vom 25. Juni 1957 unter II a, Bl. 70/71). Sie konnte sich in der zweiten Instanz nicht mehr auf die Notwendigkeit einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde als Prozeßvoraussetzung für den Rechtsstreit über den Entschädigungsanspruch berufen.

B.

1. Die Klägerin gründete in erster Instanz ihr Recht, das durch die Ausübung des der Beklagten verliehenen Wasserentnahmerechts beeinträchtigt sein soll, auf eine schuldrechtliche Vereinbarung, die während des Rechtsstreits vor dem Landgericht Essen mit der Beklagten getroffen worden sein soll. Dazu hat das Landgericht festgestellt, aus den allein noch vorhandenen Urteilen des damaligen Rechtsstreits sei nichts über eine Zusicherung der Beklagten des Inhalts zu entnehmen, daß der Klägerin stets mindestens 15 cbm Wasser pro Sekunde für ihre Zwecke zu überlassen seien. Das Berufungsgericht führt dazu aus, daß die Klägerin in der Berufungsinstanz auf diesen Rechtsgrund nicht mehr zurückgekommen sei; das Landgericht habe zutreffend einen solchen Rechtsgrund abgelehnt. Dagegen bringt die Revision nichts vor.

2. Ersitzung eines Rechts auf Zufluß einer bestimmten Wassermenge ist nach den Entscheidungsgründen des landgerichtlichen Urteils in der ersten Instanz noch nicht behauptet worden. Das Berufungsgericht führt zu diesem Erwerbsgrund, den es sachlich überprüft, aus: Die Ersitzung eines solchen Benutzungsrechts, das sich als Untersagungsrecht im Sinne des

§ 86 I 7 ALR darstellt, sei zwar nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts bis zum 1. Mai 1914 möglich gewesen; zum Erwerb eines Wasserzuflußrechts durch Ersitzung genüge jedoch nicht, daß der Triebwerksbesitzer sich dauernd im tatsächlichen Genuß der natürlichen Zuflußverhältnisse befunden habe; es müsse vielmehr darüber hinaus gefordert werden, daß er in Bezug auf den in Anspruch genommenen Wasserlauf innerhalb nicht rechtsverjährter Zeit gutgläubig und unbeanstandet Besitzhandlungen vorgenommen habe, die seinen Anspruch auf ungehinderten Wasserzufluß hätten erkennen lassen. Da ein solches Wasserzuflußrecht im wesentlichen darin bestehe, anderen eine nachteilige Benutzung des Wasserlaufs zu untersagen, erfolge die Besitznahme eines solchen Rechts grundsätzlich durch Untersagung der Benutzung des Wasserlaufs gegenüber einem an sich Benutzungsberechtigten. Die Klägerin habe keinerlei Tatsachen vorgetragen, die auf den Besitz eines solchen Rechts Schlüsse zuließen; sie habe vielmehr selbst erklärt, daß nachteilige Veränderungen des Wasserflusses durch die Oberlieger bis in die neueste Zeit gar nicht vorgekommen seien.

Die Revision bringt dagegen vor, die zur Ersitzung erforderlichen Besitzhandlungen lägen in der ständigen Ausübung des Rechts, wobei jedoch unklar bleibt, welches Recht die Revision hier im Auge hat. Sie macht alsdann Ausführungen über die Ersitzung beweglicher Sachen und führt aus, es wäre sinnwidrig, die Ersitzung davon abhängig zu machen, daß dem Ersitzenden während der Ersitzungszeit das Benutzungsrecht streitig gemacht worden sei.

Die Revision verkennt jedoch damit den Gegenstand der Ersitzung. Es ist außer Zweifel, daß die Rechtsvorgänger der Klägerin ein Staurecht ersessen haben; dieses ist daher auch gemäß §§ 379, 380 PrWassG in das Wasserbuch eingetragen worden. Dieses Staurecht umfaßt indessen nicht das Recht darauf, daß andere den natürlichen Zulauf des Wassers in der Ruhr bis

zur Horster Mühle nicht beeinträchtigten. Ein solches Recht auf ungehinderten Wasserzufluß war nach Allgemeinem Landrecht, das in Steele-Horst von 1802 ab gegolten hat, allerdings auch an öffentlichen Gewässern ein ersitzungsfähiges Recht (Dernburg, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 5. Aufl. § 173 Nr. 2, S. 398), während die Ersitzung eines besonderen Benutzungsrechts an öffentlichen Gewässern in Gebieten des Gemeinen Rechts - hier also bis 1802 - nicht anerkannt war (Nachweise bei Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das preußische Wassergesetz, 4. Aufl. § 379 Anm. 9 a); das Gemeine Recht ließ vielmehr nur in gewissem Umfang die Ersitzung von Dienstbarkeiten zu (vgl. zur Möglichkeit eines servitutenartigen Rechts auf Nichthinderung des Zuflusses oder eines reallastartigen Rechts auf Zuleitung von Wasser gegenüber den höher gelegenen Grundstücken RGZ 17, 119). Für den zur Ersitzung eines solchen Rechts notwendigen Besitzstand genügte jedoch nicht der dauernde tatsächliche Genuß der natürlichen Zuflußverhältnisse durch Ausnutzung des Wassers. Es handelte sich vielmehr um ein Untersagungsrecht; zutreffend hat daher das Berufungsgericht auf die Ersitzung eines solchen Rechts während der Gültigkeit des Allgemeinen Landrechts, dessen § 86 I 7, wonach den Besitz eines Untersagungsrechts derjenige erwirbt, auf dessen Verbot der andere von einer unternommenen Handlung absieht, angewendet. Die Ersitzung eines Rechts auf unverminderten Wasserzufluß - oder wie hier auf eine bestimmte Mindestmenge - ist von der Rechtsprechung ständig an diese Voraussetzung geknüpft worden (preußisches Obertribunal, Urteil vom 20. Dezember 1858, Striethorst Arch 31, 364; preußisches Obertribunal, Urteil vom 14. November 1876, SeuffArch 32 Nr. 299; RG Urteil vom 10. November 1891, SeuffArch 47 Nr. 261; RG Urteil vom 1. März 1935, ZAgrWR 21, 329, 333/4). Auch wenn man andere Besitzhandlungen gelten läßt, um dem Besitz an einem solchen Unter-

sagungsrecht Geltung zu verschaffen (Räumungsarbeiten zur Erhaltung und Beförderung des Zuflusses in dem beanspruchten Gewässer, RG Urteil vom 21. November 1912, ZWassR 1913, 73), ist der Vortrag der Klägerin nicht schlüssig, da sie keinerlei Besitzhandlungen solcher oder ähnlicher Art vortragen hat. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht die Ersitzung eines Rechts auf unverminderten oder auf einen nur auf eine bestimmte Menge geminderten Wasserzufluß während der Geltung des Allgemeinen Landrechts abgelehnt, ohne daß auf die weiteren Voraussetzungen der Ersitzung eingegangen zu werden braucht.

4. Bei allen übrigen - öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen - Anspruchsgrundlagen, welche die Klägerin vorgebracht hat, handelt es sich nach den weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts um solche, die auf allgemeinen Rechtsnormen beruhen und damit keine besonderen privatrechtliche Titel darstellten. Dies gelte insbesondere auch für die Befugnisse, welche die Klägerin aus dem Lehnrecht ableitet.

Unbegründet ist daher vorweg die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe sich mit dem auf Lehnrecht gestützten Titel deshalb nicht befaßt, weil es sich nicht um einen privatrechtlichen Titel handelte; offensichtlich hat das Berufungsgericht die Frage, ob ein solcher Titel privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, dahingestellt gelassen. Diese Frage spielt auch keine Rolle, nachdem die Klägerin sämtliche zwischen den Parteien streitige Rechtstitel zur gerichtlichen Entscheidung gestellt hat.

Die Revision wendet sich in diesem Zusammenhang aber auch dagegen, daß die aus dem Lehnrecht abgeleiteten besonderen Befugnisse - und zwar ist hier klargestellt, daß auch die Revision darunter das Recht auf Wasserzufluß versteht - vom Be-

rufungsgericht bei einer Betrachtung im Rahmen des § 70 Abs. 2 PrWassG ausgeschieden worden seien. (Bei der Zitierung des Urteils des erkennenden Senats vom 4. Februar 1955, BGHZ 16, 234, übersieht die Revision, daß es sich in diesem Fall um ein Stau- und Ableitungsrecht, nicht aber um ein Wasserzuflußrecht gehandelt hat). Die Revision meint, das Berufungsgericht sei irrig davon ausgegangen, daß die aus dem Lehnsrecht fließenden Befugnisse keine Abwehrrechte geben könnten, diese vielmehr allein aus den Normen des römischen Rechts oder des Sachsenrechts hätten fließen können. Das Berufungsgericht hat tatsächlich diese Befugnisse nicht als besondere Titel im Sinne des preußischen Wassergesetzes angesehen und die Ansicht vertreten, der Inhalt dieser Befugnisse ergebe sich aus dem allgemeinen Gesetz. Darauf und auf den Inhalt dieser Befugnisse kommt es in der Tat entscheidend an, da für den Fall, daß sich diese Befugnisse nur aus dem allgemeinen Gesetz ergäben, sie nicht durch § 382 PrWassG aufrechterhalten worden wären. Die Revision weist weiter darauf hin, das Recht, eine Mühle zu errichten, sei stets mit dem dazu gehörigen Recht auf den Wasserzufluß verliehen worden. Die Beklagte, die diese Ansicht bestreitet, bemerkt für den Fall, daß dies zutreffen sollte, so könne aus diesem Sachverhalt alsdann nur der Schluß gezogen werden, daß ein solches Recht eben dann nur auf dem allgemeinen Gesetz und nicht auf einem besonderen Titel beruhe.

Richtig ist an dem Vortrag der Revision, daß das Allgemeine Landrecht die Nutzungen der von Natur schiffbaren Ströme als niedere Regalien behandelt hat (§§ 21, 24, 26, II 14) und im Bereich des Allgemeinen Landrechts mit dem zur Ausübung übertragenen Wasserregal auf Erstellung einer Mühle an einem öffentlichen Strom als "Substanzteil" das Recht verbunden war, das zum Betrieb der Mühle nach ihrer Betriebsbeschaffenheit zur Zeit der Verleihung erforderliche Wasser zum Betrieb der Mühle zu benützen (preußisches Obertribunal, Urteil vom 8. Juli

1869, StriethorstArch 75, 250). Dies entspricht der allgemeinen Behandlung der Mühlenrechte im Allgemeinen Landrecht. Die Klägerin stützt ihr Recht jedoch nicht auf die Übertragung der Ausübung eines Wasserregals nach preussischem Recht, sondern auf eine Belehnung durch die Lehnherrin im späten Mittelalter. In Lehre und Rechtsprechung wird ganz überwiegend angenommen, daß bei solcher Belehnung ein Recht auf Wasserzufluß nur dann angenommen werden könne, wenn der Inhalt der Verleihung eine solche den Gemeingebrauch einschränkende Befugnis ausdrücklich zugestehe oder - falls der Titel nicht nachgewiesen werden könne - ein solches Recht auf Grund unvordenklicher Verjährung vermutet werde (vgl. zur Lit. und Rechtsprechung Holtz/Kreutz/Schlegelberger aaO § 379 Anm. 7 S. 595). Einen solchen umfassenden Inhalt der lehnsrechtlich übertragenen Rechte vermochte die Klägerin nicht nachzuweisen. Sie konnte jedoch auch nicht die Voraussetzungen für den Nachweis ihres früheren Erwerbs kraft eines Titels solchen Inhalts durch unvordenkliche Verjährung dartun. Der Erwerb kraft eines durch unvordenkliche Verjährung (Immemorialpraescription) vermuteten Rechtstitels setzt ebenso wie der Rechtserwerb durch acquisitive Verjährung nicht allein voraus, daß der Müller in der Nutzung des natürlichen Wasserzuflusses bisher nicht von anderen Benutzern beeinträchtigt worden war, dieser hätte vielmehr überdies durch erkennbare Tatsachen nach außen hin seit Menschengedenken Dritten gegenüber das Merkmal der Ausschließlichkeit kundgeben müssen (RGZ 8, 134, 136). Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, können auch durch unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben werden; daher wird für den Erwerb durch unvordenkliche Verjährung der Besitz gefordert (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. bearbeitet von Kipp, § 113 Anm. 5). Es ist aber schon ausgeführt, daß die Klägerin ein solches Verhalten ihrer Rechtsvorgänger nicht dargetan hat.

Die Klägerin konnte sonach keinen besonderen Titel für das von ihr dahingehend beanspruchte Recht dartun, daß andere Nutzungsberechtigte das Wasser der Ruhr am Horster Wehr nicht unter eine bestimmte Mindestmenge verringern dürften. Die Wohltat des § 42 PrWassG kommt ihr nicht zugute, da sich diese Vorschrift in Fortführung der durch §§ 16, 17 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 (GS S. 41) aufrechterhaltenen Rechte nur auf Mühlen an Gewässern II. und III. Ordnung bezieht. Die Vorinstanzen haben den Hauptantrag daher mit Recht als unbegründet abgewiesen.

C.

Da der Feststellungsantrag nicht begründet ist, ist über den Leistungsantrag zu entscheiden. Diesen hat das Berufungsgericht, wie dargelegt, zu Unrecht mangels Zulässigkeit des Rechtswegs als unzulässig abgewiesen. Insoweit ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). In der Sache selbst hätte das Revisionsgericht nach §§ 563, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nur dann zu entscheiden, wenn die Sache nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif wäre. Das Berufungsgericht hat zwar das Sachverhältnis festgestellt, soweit es geprüft hat, ob bestimmte besondere privatrechtliche Titel im Sinne des § 70 PrWassG vorliegen. Die Klägerin gründet ihren Entschädigungsanspruch aber auch auf andere Rechte, in welchen sie durch die Wasserentnahme der Beklagten beeinträchtigt zu sein glaubt (eingetragenes Staurecht, ausgeübter und eingerichteter Gewerbebetrieb, Rechtsstellung nach dem Ruhrtalsporren-Gesetz). Die Beklagte hat dagegen Einwendungen und die Einrede der Verjährung erhoben. Zu diesem Teil des Rechtsstreits hat das Berufungsgericht über den Sachverhalt keinerlei Feststellungen getroffen. Inwieweit in einem solchen Fall das Revisionsgericht abschließend im Sinne einer Abweisung der Klage gemäß § 563 ZPO entscheiden könnte, ist nicht ganz eindeutig.

Das Reichsgericht hat die Möglichkeit eines klagabweisenden Sachurteils durch das Revisionsgericht in der Regel verneint (vgl. zum Stand der Rechtsprechung Urteil des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 10. Dezember 1953, BGHZ 11, 222 = JZ 1954, 325 mit Anm. von Baur), soweit nicht im Falle der Prozeßabweisung wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses das Berufungsgericht hilfsweise sachliche Erwägungen angestellt hat (RGZ 158, 152, welchem Urteil der II. Zivilsenat beigetreten ist, BGHZ 12, 308, 316). Der IV. Zivilsenat hat in dem angeführten Urteil an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten. Der III. Zivilsenat hat dagegen im Urteil vom 16. November 1953 (JZ 1954, 325) den Standpunkt vertreten, dem Revisionsgericht sei nicht schlechthin verwehrt, eine aus prozessualen Gründen erfolgte Abweisung der Klage zu beseitigen und an ihre Stelle eine Abweisung der Klage aus sachlichen Gründen zu setzen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Klagvortrag nach jeder Richtung hin un schlüssig sei und weiter die Möglichkeit, daß der Kläger bei einer erneuten Verhandlung weitere sachdienliche Behauptungen oder Beweismittel als Prozeßstoff einführe, die die Klage schlüssig machen könnten, rechtlich ausgeschlossen sei (kritisch Baur aaO). Ob dieser Entscheidung beigetreten werden könnte, bedarf keiner Prüfung, da im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werden kann, daß ein schlüssiger Klagvortrag erfolgt.

Hinsichtlich des Leistungsantrags war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen; ihm war auch die Entscheidung über die in der Revisionsinstanz erwachsenen Kosten zu übertragen. Es bestand keine Veranlassung, die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen (§§ 538 Abs. 1 Nr. 2, 539 ZPO; vgl. dazu BGH II ZR 26/51, Urteil vom 24. November 1951, BGHZ 4, 62 nicht mit abgedruckt, wohl aber LM ZPO § 50 Nr. 2).

Dr. Tasche

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger