

Verkündet am 19. Dezember 1963
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Alois P [REDACTED], U [REDACTED] Haus Nr. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den F [REDACTED] B [REDACTED], G [REDACTED] v [REDACTED]
d [REDACTED] d [REDACTED] Fi [REDACTED] A [REDACTED] d [REDACTED] I [REDACTED] B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Kraus -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Gähthgens und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. Dezember 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Landwirt in U [REDACTED] bei Me [REDACTED], verlangt Schadensersatz auf Grund folgenden Sachverhalts:

Am Morgen des 17. August 1957 trieb der Kläger seine 16 Kühe nach längerer Zeit erstmals wieder auf seine etwa 800 m vom Dorf gelegene umzäunte Weide. Die Tiere brachen, nachdem sich der Kläger entfernt hatte, durch die Umzäunung und drangen in den nahegelegenen Staatswald. Hier gerieten sie in der Nähe einer Diensthütte des Forstamtes an zwei offene Fässer mit im Regenwasser aufgeweichten Resten des giftigen Holzimprägnierungsmittels Wolmanit. Die Forstverwaltung hatte mit dieser Lösung Holzpfähle für Walddäune getränkt, und zwar zuletzt am 9. August 1957. Am Nachmittag des 17. August 1957 und in der folgenden Nacht verendeten drei der Kühe des Klägers.

Der Kläger hat vorgetragen: Die ausgebrochenen Kühe hätten das giftige Lösungsmittel bei der Forsthütte gesoffen und seien daran verendet. Die Forstverwaltung hätte dieses Gift nicht offen stehen lassen dürfen. Er habe das Ausbrechen der Tiere aus der umzäunten Weide nicht verhindern können und keinesfalls mit freistehendem Gift zu rechnen brauchen. Schon auf dem Wege zur Weide habe eine rindernde Kuh die Herde verlassen und sei ins Dorf zurückgelaufen. Er habe darauf die übrigen Tiere auf die Weide gebracht und sich um die verlaufene Kuh bemüht. Auf seinem Hof habe sich noch eine weitere Kuh wieder eingefunden; nunmehr sei er mit dem Motorrad auf die Weide gefahren und habe festgestellt, daß die Kühe die in den Tagen vorher instandgesetzte Umzäunung durchbrochen hätten. Er habe die Herde bei der Forsthütte wiedergefunden und noch gesehen, wie zwei Kühe aus den Fässern eine gelb-braune Flüssigkeit gesoffen hätten. Die alsbald

verendeten drei Kühe hätten deutliche Vergiftungserscheinungen gezeigt. Auch das Eingehen einer vierten Kuh im Oktober 1958 sei auf Genuß dieses Giftes zurückzuführen. Er habe sich auf die Umzäunung verlassen dürfen, und es sei allgemein üblich, Kühe auf umfriedeten Wiesen nicht weiter zu beaufsichtigen. In der Herde hätten sich allerdings noch zwei weitere rindernde Kühe befunden; das sei ihm nicht bekannt und vorher nicht erkennbar gewesen. Rindernde Kühe wären auch durch einen neuen Zaun nicht am Ausbrechen gehindert worden. Der Kläger errechnet seinen Gesamtschaden auf 4.490 DM und hat mit der Klage die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen beantragt.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er bestreitet, daß die Kühe durch Genuß der Wolmanitlösung verendet seien. Er meint, Sicherungsmaßnahmen seien nicht nötig gewesen, da die abgelegene Hütte auf öffentlichen Wegen nicht zu erreichen sei und die Forstverwaltung mit Vieh an dieser Stelle nicht habe zu rechnen brauchen. Den Kläger treffe ein erhebliches Verschulden, weil die Umzäunung der Wiese mangelhaft gewesen sei und er die Kühe unter Aufsicht hätte halten müssen. Durch schnellere Zuziehung eines Tierarztes und sorgfältigere Pflege hätten die Tiere noch gerettet werden können.

Das Landgericht hat durch Teil- und Zwischenurteil den Klaganspruch aus dem Gesichtspunkt der Verletzung einer privatrechtlichen Verkehrssicherungspflicht dem Grunde nach zu einem Drittel für gerechtfertigt erklärt, soweit er sich auf die drei im August 1957 verendeten Kühe bezieht; es hat die Klage in Höhe eines Betrages von 1.000 DM nebst Zinsen wegen der erst im Oktober 1958 verendeten vierten Kuh abgewiesen. Dagegen hat lediglich der Kläger Berufung eingelegt, und zwar beschränkt dahin, den Anspruch bezüglich der



drei im August 1957 verendeten Kühe in vollem Umfange für gerechtfertigt zu erklären. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er seinen im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiterverfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision ist zulässig.

Zwar ist die Revision nicht zugelassen und auch die Revisionssumme nicht erreicht (§ 546 ZPO), doch ist die Revision nach § 547 Abs. 2 Nr. 2 ZPO statthaft, weil bei richtiger rechtlicher Würdigung der streitige Anspruch ein solcher ist, für den die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind (§ 71 Abs. 2 GVG), nämlich ein Amtshaftungsanspruch (vgl. dazu BGHZ 40, 76).

Der Anspruch des Klägers stützt sich darauf, daß die staatliche Forstverwaltung ein giftiges Holzimprägnierungsmittel ungenügend gesichert habe. Die Forstverwaltung hat dieses Mittel zur Imprägnierung von Stangen benutzt, die sie für die Errichtung von Walddäunen benötigte und verwendete. Diese Tätigkeit ist Teil des staatlichen Waldschutzes. Schutz und Pflege des Waldes gehören zur schlichthoheitlichen Tätigkeit des Staates, so daß der Staat dabei für Pflichtverletzungen außerhalb der rein fiskalischen Tätigkeit - nach § 839 BGB, Art. 34 GG einzustehen hat.

Gewiß üben die Forstbehörden vielfach rein privatrechtliche Tätigkeiten aus und kann sich die Forstbehörde

als Fiskus auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtsverkehrs auf der gleichen Ebene wie ein Staatsbürger bewegen; soweit ein Beamter in diesem Rahmen tätig wird, handelt es sich nicht um Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art 34 GG. Andererseits gehört zur Ausübung eines öffentlichen Amtes in diesem Sinne nicht nur die Betätigung obrigkeitlichen Zwanges, sondern auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und öffentlicher Fürsorge, die sogenannte schlichte Hoheitsverwaltung, insbesondere bei der staatlichen Daseinsvorsorge. Allgemein gilt sogar, daß als Ausübung eines öffentlichen Amtes und Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Amtshaftungsbestimmungen jede dienstliche Tätigkeit eines Beamten einer mit Wahrnehmung von Hoheitsrechten betrauten juristischen Person des öffentlichen Rechts anzusehen ist, die sich nicht als Wahrnehmung bürgerlich-rechtlicher (fiskalischer) Belange dieser juristischen Person darstellt (BGB RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 17). Entscheidend ist dabei der Wille der Behörde, ob sie fiskalisch oder hoheitlich tätig werden will, und die nach außen in Erscheinung getretene Organisationsform. Insbesondere kommt es bei den Beziehungen eines Unternehmens der öffentlichen Hand zu den Benutzern nicht auf die Zielsetzung, sondern auf die organisatorische Gestaltung an (BGHZ 9, 145; 20, 102).

Es muß deshalb im Einzelfall die Organisationsform festgestellt werden, wenn auch ganz allgemein die Rechtsprechung den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung in diesem Sinne nicht eng gezogen und beispielsweise Ausübung eines öffentlichen Amtes bejaht hat bei Gesundheitspflege, Schulwesen, Wohnungsbauförderung, Wirtschaftslenkung, Marktordnung, Subventionierungen oder Betrieb öffentlicher Anstalten. Dabei ist die Ausübung des ähnlich liegenden Naturschutzes und des Landschaftsschutzes wiederholt als

schlichte Hoheitsverwaltung gewertet worden (EGH, Urteil vom 21. Dezember 1961 III ZR 192/60 = MDR 1962, 378), ebenso verschiedene Formen der Schädlingsbekämpfung in der Natur (BGH, Urteil vom 14. Mai 1956 III ZR 269/54; Urteil vom 24. April 1961 III ZR 69/60 = MDR 1961, 834).

Für das Forstwesen und insbesondere den hier maßgeblichen Forstschutz gilt folgendes: Nach heutiger Erkenntnis dient der Wald nicht nur der Holzgewinnung, sondern bezweckt der Schutz der Wälder, die sogar Einfluß auf das Klima und die Bodenzusammensetzung ausüben, zugleich die Erhaltung des menschlichen Lebensraumes und der Wohlfahrtswirkungen für die körperliche und seelische Gesundheit des Volkes (vgl. Lorz, Naturschutz-, Tierschutz- und Jagdrecht S. 183; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts 2. Aufl. § 27 VI). Deshalb hat der Staat die freie Verfügung des Eigentümers über seinen Waldbesitz durch die Forstgesetzgebung eingeschränkt und Maßnahmen verschiedenster Art zur Erhaltung und Pflege des Waldes ergriffen. Dabei ist das Recht zum Schutz des Waldes bis auf das Reichsgesetz gegen Waldverwüstung vom 18. Januar 1934 (RGBl I 37) nur durch Landesgesetze geregelt. Bei Staatswaldungen werden die Forstbehörden regelmäßig im privatrechtlichen Geschäftsverkehr bei der Verwertung des anfallenden Holzes und sonstigen Erzeugnissen des Waldes sowie bei der ertragswirtschaftlichen Seite der Forstbewirtschaftung tätig. Anders liegt es bei den Maßnahmen der Forstpolizei und des Forstschutzes. Bereits das Reichsgericht hat zwischen dem privatrechtlichen Geschäftsbetrieb der Forstbehörden bei der Verwertung des Holzes und der Ausübung des Forstschutzes unterschieden, dessen sich die Forstbehörden hoheitlich, teils sogar mit polizeilichen Zwangsmitteln unterziehen (RGZ 155, 257/270/273). Der Bundesgerichtshof hat die Beratung und Betreuung der Privatwaldbesitzer durch

Forstbehörden als Teil der schlichthoheitlichen Verwaltung sogar insoweit gewertet, als die Förster lediglich die Weiterleitung von Saatgutbestellungen der privaten Waldbesitzer übernahmen (BGH, Urteil vom 11. Juli 1963 III ZR 227/61 = BGH Warn 1963 Nr. 165). In einer anderen Entscheidung vom gleichen Tage hat der Senat entschieden, daß die Tätigkeit der öffentlichen Hand im Rahmen der Forstverwaltung, soweit nicht Maßnahmen des Forst- und Jagdschutzes in Betracht kommen, insbesondere alle Maßnahmen zur Holzverwertung, grundsätzlich dem privatrechtlichen (fiskalischen) Wirkungsbereich der öffentlichen Hand zuzurechnen sei (BGH, Urteil vom 11. Juli 1963 III ZR 61/62 = BGHZ 40, 76). Bei dieser letzten Entscheidung handelte es sich um die Spritzung eines Gemeindewaldes mit gefährlichen Mitteln zur Vernichtung von Unkraut und Beseitigung von Niederwald durch die Gemeindearbeiter unter Aufsicht eines Staatsförsters in Hessen; dabei war ausgeführt, daß nach dem Hessischen Recht eine über den Forstschutz hinausgehende Tätigkeit nicht dem öffentlichen Recht unterstellt gewesen sei.

Über die Organisation des Forstschutzes in B. finden sich im B. Recht insbesondere folgende Bestimmungen: Art. 163 Abs. 2 der Verfassung des F. B. vom 2. Dezember 1946 (GVBl 333) bestimmt, daß der in der land- und forstwirtschaftlichen Kultur stehende Grund und Boden aller Besitzgrößen der Gesamtheit des Volkes dient. Das B. Forstgesetz für das rechtsrheinische B. vom 4. Juli 1896 (GVBl 325) schränkt die Benutzung und Bewirtschaftung aller Wälder im öffentlichen Interesse ein und verlangt auch für die Staatswälder eine nachhaltige Nutzung; dazu heißt es in den Vollzugsbestimmungen des b. St. d. I. vom 18. Juli 1896 (BayBS VElf S. 409), daß der Natur und Zweckbestimmung der Staatswälder

entsprechend die lebende Generation nur den jährlichen Fruchtgenuß beanspruchen dürfe. Bei den Waldungen sonstiger öffentlich-rechtlicher Verbände hat der Staat nach diesem Forstgesetz eine Oberaufsicht (Art. 6), die zu hoheitlichen Befugnissen verschiedendster Art ermächtigt (vgl. Art. 13, 14). Das Gesetz enthält neben umfassenden Strafvorschriften gegen Forstübertretungen und Forsttrevel (Art. 48 ff) auch Bestimmungen über Forstschutz, die unter der Überschrift "Forstpolizeiliche Bestimmungen" in Art. 34 - 47 zusammengefaßt sind; danach können die Forstbehörden beispielsweise Abholzungen verhindern oder Aufforstungen verlangen und sind sie bei der Errichtung von Bauten in der Nähe von Wäldern zu hören; auch die Insektenbekämpfung ist in diesen forstpolizeilichen Bestimmungen behandelt.

Ergibt sich schon daraus, daß in B [REDACTED] der Begriff des hoheitlichen Forstschutzes im Sinne einer Forstpolizei weit gefaßt ist, so wird das noch durch weitere Vorschriften bestätigt. Die Geschäftsanweisung des St [REDACTED] d [REDACTED] für die b [REDACTED] Forstämter vom 13. Oktober 1925 (BayBS VELS S. 285) bestimmt u.a. folgendes: Den Forstämtern obliegt in den Staatswaldungen die Verwaltung und Bewirtschaftung der Staatsforsten sowie die Fürsorge für ihre Erhaltung und bestmögliche nachhaltige Nutzbarmachung sowie in den sonstigen öffentlichen Waldungen die staatliche Oberaufsicht über die Bewirtschaftung und in den Privatwaldungen die Förderung der Privatwaldwirtschaft (§ 1). Nach § 3 soll der Schwerpunkt der Tätigkeit des Amtsvorstandes in der sachgemäßen Bewirtschaftung der ihm unterstellten Waldungen liegen. Ein besonderer Abschnitt (§§ 80 - 84) behandelt die Forstpolizei und den Forstschutz. Nach § 81 hat das Forstamt - neben Beachtung der forstpolizeilichen Grundsätze des Forstgesetzes - darüber zu wachen, daß die unter-

stellten Beamten sich in den ihnen anvertrauten Staatswaldungen dem Forstschutz im weiteren Sinne gegen Gefahren aller Art angelegen sein lassen, insbesondere die Bekämpfung forstschädlicher Insekten; § 82 behandelt dann den Forstschutz im engeren Sinne, d.h. den Schutz des Waldes gegen Eingriffe durch Menschen. Dasselbe Bild ergibt sich aus der Dienstanweisung für b [REDACTED] Revierförster vom 13. Oktober 1925 (BayBS VELF S. 276). Nach deren § 38 ist der Revierförster für die Handhabung des Forst- und Jagdschutzes in den seiner Aufsicht unterstellten Waldungen verantwortlich. Nach § 39 ist er zur Ausübung des Forstschutzes verpflichtet und hat er die Wälder eifrig zu be-gehen, um Forstfreveln, Diebstählen und anderen Schädigungen durch Übergriffe von Menschen möglichst vorzubeugen, ferner die durch Tiere, Pflanzen und Naturereignisse drohenden Gefahren rechtzeitig zu erkennen und Abwehrmaßnahmen zu veranlassen. Dieser Forstschutz erstreckt sich auch auf die Überwachung der im Bezirk befindlichen Diensthütten, der Wege und Umzäunungen. An der Schädlingsbekämpfung haben die Revierförster selbsttätig mitzuwirken (§ 42). Ähnliches gilt für die Forstwarte (BayBS VELF S. 264).

Aus allen diesen Bestimmungen ergibt sich nach Auffassung des Senats folgendes: Der F [REDACTED] B [REDACTED] hat die Pflege und Erhaltung des Waldes zu einer wichtigen staatlichen Aufgabe erklärt. Er unterzieht sich des Forstschutzes hoheitlich als Teil der Forstpolizei und rechnet dabei zum Forstschutz im weiteren Sinne auch den Schutz des Waldes gegen schädliche Einwirkungen durch die Natur und Tiere. Damit gehört die Anbringung der hier streitigen Waldzäune und die Zubereitung der Pfähle für diese Zäune zur schlichten Hoheitsverwaltung des F [REDACTED] B [REDACTED], so daß sich der

Schadensersatzanspruch des Klägers im vorliegenden Fall bei richtiger rechtlicher Würdigung nur auf die Amtshaftungsbestimmungen stützen läßt.

Die Revision ist daher zulässig.

II.

Der Kläger hat die Entscheidung des Berufungsgerichts nur angefochten, soweit dieses den ihm zugesprochenen Schadensersatzanspruch wegen mitwirkenden Verschuldens bei den ersten drei Kühen nach § 254 BGB gemindert hat.

1. Keine rechtlichen Bedenken bestehen gegen die Annahme einer Haftung des Beklagten überhaupt, und zwar jetzt richtig aus § 839 BGB, Art. 34 GG. Die Bediensteten des Beklagten durften Fässer mit giftiger Flüssigkeit nicht ungesichert rund 25 m neben einer Forststraße stehenlassen, da sie damit rechnen mußten, daß Tiere oder sogar Menschen durch den Genuß des Giftes Schaden erleiden oder sonst durch mißbräuchliche Benutzung Schäden entstehen konnten. Damit haben sie eine auch dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt.

Der Kläger hat den Erlös aus der Verwertung der verendeten Tiere bei der Schadensberechnung abgesetzt. Sonstige anderweitige Ersatzmöglichkeiten sind weder ersichtlich noch vom Beklagten behauptet. Der jetzige Hinweis der Revision auf eine etwaige Viehversicherung ist im Revisionsverfahren als neues tatsächliches Vorbringen unbeachtlich, da es in den vorangegangenen Rechtsgügen als unstreitig angesehen werden durfte, daß der Kläger keinen Versicherungsschutz besaß.

2. Nach § 254 BGB hängen die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes dann, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, von den Umständen und insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil

verursacht worden ist; das gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung insoweit wie folgt begründet:

Dem Kläger sei zuzugeben, daß Vieh auf umzäunten Weiden allgemein nicht beaufsichtigt werde. Das sei aber nur dann nicht zu beanstanden, wenn es sich um eine ruhige, an den Weidegang gewöhnte Herde handle und die Umzäunung sicher sei. Hier hätten andere Verhältnisse vorzulegen. Die Herde sei damals nach längerer Zeit erstmals wieder auf die Weide getrieben. Eine solche Herde sei besonders unruhig, so daß bei ihr die Gefahr des Ausbrechens aus der Weide bestehe. Das sei dem Kläger bekannt gewesen. Er habe deshalb die Verpflichtung gehabt, diese Herde noch zu beaufsichtigen. Die Suche nach der zurückgelaufenen Kuh sei kein ausreichender Grund zum Verlassen der Herde gewesen, weil der Kläger sich wohl mit Erfolg darauf hätte berufen können, daß er die von der Herde ausgehende Gefahr für größer und naheliegender gehalten habe. Die Beaufsichtigung der Herde sei auch deshalb besonders geboten gewesen, weil die Umzäunung der Weide unzulänglich gewesen sei. Der Zaun sei nicht geeignet gewesen, eine unbeaufsichtigte Herde am Ausbrechen zu hindern, wie die Tatsache des Ausbrechens beweise. Die Pfähle seien teils über 10 m voneinander entfernt und nur durch einen nicht genügend gespannten Draht verbunden gewesen. Die Tore in der Umzäunung seien primitiv gewesen, wie dem Kläger nicht hätte entgehen dürfen. Wenn die Herde einen Pfahl umgebrochen habe, wie der Kläger behauptet, dann müsse dieser Pfahl nicht die genügende Festigkeit besessen haben. Der Kläger hätte auch mit der Möglichkeit von Gewalttätigkeiten durch rindernde Kühe rechnen müssen, weil ein solches Rindern vorher nicht zu erkennen sei.

Das Ausbrechen der Herde sei für den Schaden ursächlich, weil es nicht außerhalb aller Lebenserfahrung liege, daß ausgebrochene Kühe zu Schaden kommen, wobei es auf die Kenntnis der konkreten Tatsachen nicht ankomme.

Bei der Schadensteilung sei zu beachten, daß der Kläger die entscheidende Ursache gesetzt habe, demgegenüber trete die Möglichkeit, daß die Tiere an die abseits der allgemeinen Wege liegende Forsthütte kamen, erheblich zurück; auch das Verschulden des Klägers überwiege gegenüber dem Verschulden der Forstbeamten, weil diese im Wald noch nie unbeaufsichtigte Kühe angetroffen hätten.

Die dagegen von der Revision erhobenen Bedenken sind begründet.

a) Das Urteil muß schon deshalb aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht eine für das Verschulden des Klägers wesentliche Frage nicht entschieden hat.

Das Berufungsgericht glaubt dem Kläger, daß er seine Herde auf der Weide habe beaufsichtigen wollen. Es geht auch davon aus, daß der Kläger in eine Zwangslage geriet, als unterwegs eine rindernde Kuh sich von der Herde entfernte und ins Dorf zurücklief. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen mußte der Kläger nun das kleinere Übel wählen und sich um die Beseitigung der größeren Gefahr bemühen. Das Oberlandesgericht hat diese Frage, die sich dem Kläger anscheinend überraschend stellte, nicht beantwortet. Denn das Urteil führt aus, es könne auf sich beruhen, ob die zurückgebliebene Kuh eine Gefahr dargestellt habe; hätte sie einen Unfall verursacht, dann hätte sich der Kläger "wohl" mit Erfolg darauf berufen können, daß er die von der Herde ausgehende Gefahr für größer gehalten habe.

Das ist fehlerhaft, denn unstreitig handelte es sich bei dem zurückgelaufenen Tier um eine rindernde Kuh. Das Oberlandesgericht folgt dem Sachverständigen Dr. M. dahin, daß rindernde Kühe zu schweren Gewalttätigkeiten neigen. Der Kläger mußte dann möglicherweise damit rechnen, daß die weggelaufene rindernde Kuh sogar Menschenleben gefährden konnte. Dann hatte der Kläger in dieser überraschenden Konfliktslage den nach seiner Kenntnis richtigen Entschluß gefaßt, wenn er zunächst die Herde auf die umzäunte Weide brachte und dort kurze Zeit allein ließ, zumal wenn er nicht erkannt hatte und nicht erkennen konnte, daß auch in dieser Herde rindernde Kühe waren. Mit der bisherigen Begründung durfte dem Kläger diese Entscheidung daher schwerlich als Verschulden angerechnet werden. Der Tatrichter muß zunächst den Sachverhalt näher aufklären, um etwa entscheiden zu können, ob dem Kläger je nach der Länge des Weges nach dem Stall oder nach der Weide zuzumuten war, etwa mit der ganzen Herde umzukehren.

b) Unabhängig von diesem Rechtsfehler läßt sich die Schadensteilung auch sonst nicht halten.

Allerdings sind bei § 254 BGB grundsätzlich die Abwägung der mitwirkenden Umstände und die Schadensteilung Sache des Tatrichters (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. § 254 Anm. 125). Der Revisionsrichter darf sie nur darauf nachprüfen, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder rechtsirrigte Erwägungen die Abwägung beeinflußt haben. Derartige Fehler liegen hier noch in folgender Hinsicht vor.

Das Berufungsgericht meint zunächst, der Kläger habe die "entscheidende" Ursache für den Schaden gesetzt, weil er das Ausbrechen der Kühe verursacht habe; demgegenüber trete die Möglichkeit, daß die Tiere an die Forsthütte ge-

langen konnten, erheblich zurück. Das ist irrig. Denn bei natürlicher Betrachtung liegt die entscheidende Ursache in dem schlecht verwahrten Gift. Ohne das Gift wären auch die ausgebrochenen Tiere nicht verendet. Die Möglichkeit, daß ausgebrochene Kühe in ländlichen Gegenden Gift fressen, ist äußerst unwahrscheinlich; häufiger ist es, daß ausgebrochene Kühe in derartiger Umgebung weder ernste Schäden anrichten noch erleiden, sondern alsbald in ihren Stall zurücklaufen. Im übrigen war die Forsthütte nicht so abgelegen, denn sie lag nur rd. 25 m neben der Forststraße "Lange Linie", die Kühe benutzten, wenn sie in das Dorf liefen.

Das Oberlandesgericht meint weiter, das Verschulden des Klägers überwiege gegenüber dem der Forstbediensteten, weil diese noch niemals im Walde unbeaufsichtigte Kühe getroffen hätten; die Möglichkeit, daß Kühe an die giftige Lösung gerieten, sei nicht naheliegend gewesen. Ebenso darf man sagen, daß die Landwirte jener Gegend noch niemals im Walde Tonnen mit giftiger Flüssigkeit frei herumstehend getroffen hätten. Die Gefahren, die von einem freistehenden Gift ausgehen, sind im Regelfalle größer als die, die allgemein von Kühen ausgehen, die aus der Weide heraustreten und in den Forst laufen. Auch das Verschulden der Forstbediensteten überwiegt, da sie damit rechnen mußten, daß durch das Gift Tiere oder gar Menschen Schaden erleiden würden, während der Kläger mit offen herumstehendem Gift schwerlich zu rechnen brauchte.

Aus allen diesen Erwägungen muß das Urteil aufgehoben werden.

3. Eines Eingehens auf das weitere Vorbringen der Revision bedarf es nicht, da der Kläger nun Gelegenheit hat, seine Bedenken gegen die bisherigen Feststellungen und Würdigungen des Oberlandesgerichts in der neuen Verhandlung vorzutragen.

Immerhin erscheint es dem Senat angebracht, auf folgendes hinzuweisen:

a) Der Beweisantritt des Klägers dafür, daß die Beaufsichtigung von Vieh auf umzäunten Weiden im allgemeinen nicht üblich sei, ist unerheblich. Denn für das Verschulden kommt es nicht darauf an, was im Verkehr üblich, sondern was notwendig und erforderlich ist (§ 276 BGB). Im übrigen geht das Berufungsgericht bisher ebenfalls davon aus, daß Vieh auf umzäunten Weiden im allgemeinen nicht beaufsichtigt zu werden brauche, meint aber, die besonderen Verhältnisse dieses Falles hätten eine Beaufsichtigung erfordert.

b) Zutreffend ist, daß die mangelhafte Umzäunung dem Kläger nur zugerechnet werden durfte, soweit sie für den Schaden ursächlich geworden ist.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die Behauptung des Klägers zugrunde gelegt, daß die Herde an der Nordseite einen Pfahl der Umzäunung umgebrochen habe. Es folgert aus dem Umbrechen dieses Pfahles, daß er nicht genügend Festigkeit gehabt haben könne, und meint, der Kläger hätte das erkennen und abstellen müssen. Allerdings hat es nicht ausschließen können, daß möglicherweise eine rindernde Kuh den Pfahl umgerissen habe, daß ein solches Rindern dem Kläger nicht erkennbar gewesen zu sein brauchte und daß rindernde Kühe besonders gewalttätig seien. Näherer Begründung bedurfte dann die Annahme, daß ein Viehhalter auch mit diesen nicht erkennbaren Gefahren habe rechnen müssen. Jedoch ist der Vortrag des Klägers unrichtig, daß dann überhaupt keine Kühe mehr auf die Weide getrieben werden dürften. Denn der Tierarzt Dr. M., auf den sich das Oberlandesgericht bezieht, hat bekundet, daß ein Tierhüter auch rindernde Kühe am Ausbrechen hindern würde. Das Oberlandesgericht wird

- notfalls nach Anhörung Sachverständiger - klären müssen, welche Maßnahmen es für möglich und erforderlich hielt.

c) Der Kläger hat vorgetragen, das Berufungsgericht habe wesentliches Vorbringen übersehen, weil er behauptet gehabt habe, er hätte die Umzäunung vorher überprüft und mangelhafte Pfähle ausgewechselt; der umgebrochene Pfahl an der Nordseite wäre unter normalen Umständen genügend standfest gewesen. Der Kläger hatte in dem von ihm insoweit erwähnten Schriftsatz vom 26. Oktober 1961 jedoch keine Beweisanträge gestellt. Er hatte nur darauf hingewiesen, daß schon der Zeuge Ma bestätigt habe, er hätte am Tage nach dem Vorfall drei neue Pfähle im Zaun des Klägers bemerkt. Der Zeuge hatte trotzdem den Gesamtzustand des Zaunes als mangelhaft bewertet und bemerkt, der Zaun habe sich damals in einem so schlechten Zustand befunden, daß er Vieh nicht abgehalten hätte, hindurchzugehen. Der Kläger hatte zwar in dem Schriftsatz vorgetragen, über den Zustand des umgebrochenen Pfahles sei nichts festgestellt und dem Beklagten sei der Nachweis nicht gelungen, daß die Einzäunung der Weide mangelhaft gewesen sei. Dabei hat der Kläger jedoch die Beweislast verkannt. Denn wenn ein Schaden durch ein Haustier angerichtet wird, trägt der Tierhalter, also hier der Kläger, die Beweislast dafür, daß er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (§ 833 BGB). Mängel in der Aufklärung des Sachverhalts gehen insoweit auch bei Anwendung des § 254 BGB zu Lasten des Klägers.

Der Kläger meint, das Oberlandesgericht hätte bei der Bewertung des Zaunes die überreichten Lichtbilder nicht verwenden dürfen, weil diese aus dem Jahre 1960 stammten. Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht aus diesen Lichtbildern Feststellungen über den Zu-

stand des umgebrochenen Pfahles getroffen hat; das Oberlandesgericht kann das nunmehr klarstellen.

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Gähtgens

Keßler