

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 156/72

URTEIL

Den Parteien an
Verkündungs Statt
zugestellt am
8. Juli 1975
Schorm,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Kurt D [REDACTED], Inhaber Kaufmann
Kurt D [REDACTED], B [REDACTED] SW [REDACTED], T [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

gegen

die Freie und Hansestadt H [REDACTED], Gesundheits-
behörde,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung am 27. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kreft sowie die Richter Gähtgens, Dr. Tidow, Peetz und Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 20. Oktober 1972 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

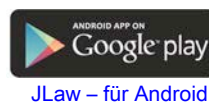
Tatbestand

Die Klägerin, eine mit Wild, Geflügel und Eiern handelnde Importfirma, kaufte am 31. Juli 1963 von der Firma Gebrüder F. in Fr. eine größere Menge pfannenfertige argentinische Hasen sowie Hasenrücken und -keulen aus der Schußperiode 1963, die sie im Inland absetzen wollte. Die Ware wurde von der Firma V. & Cie in Buenos Aires geliefert. Eine Teillieferung, bestehend aus 1.750 Kisten (= 35.000 kg)

- 3 -

Hasen und 502 Kisten (= 15.111 kg) Hasenteile, wurde mit dem Motorschiff "Cortona" transportiert und am 13./14. September 1963 im Hamburger Hafen der im Namen und Auftrag der Klägerin handelnden Speditionsfirma M. & S. übergeben, die sie unter der Partie Nr. 8463 im Freihafen in einem Kühlhaus einlagerte. Die Hasen und die Hasenrücken waren einzeln, die Hasenkeulen paarweise in Poly-Beuteln verpackt. Eine im Kaufvertrag vorgesehene Untersuchung durch die Gesundheitsbehörde erfolgte nicht. Im September und Oktober 1963 lieferte die Klägerin 350 Kisten Hasen und 80 Kisten Hasenteile nach Berlin, wo die Ware Anfang Oktober 1963 vom Landesveterinäruntersuchungsamt Berlin auf Salmonellen untersucht wurde. Die untersuchten Proben ergaben weder bei der Ware noch beim Verpackungsmaterial einen Befall.

Am 9. Oktober 1963 erstattete der Sachverständige S. im Auftrag der Firma Gebrüder F. nach äußerlicher Besichtigung ein Gutachten über die unter der Partie Nr. 8463 eingelagerten Hasen und Hasenteile. Er stellte fest, daß die Partie aus den Untermarken RCB, CS, VT, TA, GP und MP bestand, und prüfte von jeder Untermarke 15 Kisten mit Hasen in aufgetautem Zustand. Die Untermarken VT, TA und MP beanstandete er nicht. Hingegen waren die überprüften Proben der übrigen Untermarken ganz oder teilweise verdorben. Die Kisten mit den Hasenteilen waren in Ordnung.



Am 5. November 1963 stellte die Beklagte die unter der Partie Nr. 8463 im Kühlhaus noch eingelagerten Kisten (1400 Kisten = 28.000 kg Hasen und 422 Kisten = 12.636 kg Hasenteile) wegen des Verdachts auf Salmonellenbefall vorläufig sicher. Mit einem an die Speditionsfirma M. & S. gerichteten Schreiben vom 21. November 1963, dessen Empfang die Klägerin bestreitet, hielt die Beklagte die Sicherstellung "aus polizeirechtlichen und lebensmittelrechtlichen Gründen" aufrecht, da die Ware nach einem Gutachten der Veterinäruntersuchungsanstalt Hamburg vom 12. November 1963 von Salmonellen befallen und ihr Genuß daher geeignet sei, die menschliche Gesundheit zu schädigen. In dem Schreiben hieß es weiter, die vorläufig sichergestellte Partie könne - unter näher bestimmten Voraussetzungen - nur für eine Rückgabe an den Ablader freigegeben werden. Die Firma M. & S. ließ fünf Hasen der Unter-marke TA durch den Sachverständigen Dr. B. untersuchen. Dieser kam in seinem Gutachten vom 3. Dezember 1963 zu dem Ergebnis, daß er keinen Befall mit Keimen der Salmonellengruppe festgestellt habe. Am 28. November 1963 hatte die Öffentlichkeit durch einen Artikel der "Bild"-Zeitung erstmalig von der Verseuchung eingeführter argentinischer Hasen erfahren.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 1963 teilte die Beklagte der Firma M. & S. mit, daß nunmehr auch eine Zustimmung zur Rückgabe der beschlagnahmten Partie an den Ablader verweigert werden müsse. Mit einem weiteren Schreiben vom 9. Januar 1964 stellte die Beklagte für den Fall der Wandlung des Kaufver-

trages die Freigabe der Ware zum Rücktransport an den ausländischen Ablader in Aussicht, sonst jedoch nur unter Auflagen, welche einen Verzehr der Ware in seuchenverdächtigem Zustand ausschlossen. Ende November 1964 verkaufte die Klägerin die Ware mit Bewilligung der Beklagten als Viehfutter nach den Niederlanden.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz. Sie hat u.a. behauptet, allenfalls einige Unterpartien der Ware seien mit Salmonellen befallen gewesen. Die Beklagte habe daher nicht die gesamte Partie beschlagnahmen dürfen, sondern habe nach den Untermarken differenzieren müssen, die Aufschluß über die verschiedenen Pack- und Verarbeitungsstellen der Lieferfirma Vizental gegeben hätten. Die Beklagte hat demgegenüber u.a. geltend gemacht, die Untermarken seien lediglich ihr unbekannte interne Kennzeichen, wahrscheinlich Packbezeichnungen eines einheitlichen Betriebes, gewesen. Auf den Lieferscheinen der Firma Gebrüder F. [REDACTED] habe sich kein Hinweis auf die Untermarken befunden. Sie seien auch nicht gesondert gelagert worden. Zur Zeit der Sicherstellung habe es sich daher um nach Umfang und Bedeutung nicht unterscheidbare Teilmengen gehandelt. Im Handelsverkehr bedeute die Einlagerung von Warenstücken unter einer einheitlichen Nummer, daß über diese Stücke einheitlich verfügt werden solle. Zumindest habe die Klägerin sie auf die Untermarken und deren Bedeutung hinweisen müssen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach Beweis-
aufnahme zur Zahlung von 7.980 DM nebst Zinsen ver-
urteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Gegen
dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt
mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von
33.628 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Sie hat
ihren Anspruch nur noch damit begründet, daß die
Beklagte die Ware der Untermarken VT, TA und MP, die
- wie sie behauptet hat - nicht von Salmonellen be-
fallen gewesen sei, nicht sofort nach Vorliegen der
Untersuchungsberichte am 12. November 1963 freige-
geben habe. Sie hat dazu weiter behauptet, sie hätte
alsdann diese Ware bis zum Erscheinen der "Bild"-Meldung
am 28. November 1963 zumindest zu mehr als 50 % ver-
kaufen können, ohne mit Wandlungsbegehren rechnen zu
müssen. Im November und Dezember 1963 sowie im Februar
1964 hätte sie die einwandfreie Ware zudem ins Ausland
verkaufen können. Ihren Schaden hat die Klägerin zu-
letzt aus dem Unterschied zwischen dem üblichen Ver-
kaufspreis und dem tatsächlich erzielten Erlös errech-
net; hinzu kommen Lagerkosten in der Zeit vom
1. Dezember 1963 bis zum 30. November 1964 in Höhe
von 3.948 DM. Die Beklagte hat sich der Berufung der
Klägerin mit dem Ziel angeschlossen, die vollständige
Abweisung der Klage zu erreichen. Sie ist den Vor-
würfen der Klägerin im einzelnen entgegengetreten und
hat insbesondere geltend gemacht, eine Unterscheidung
nach den Untermarken sei weder üblich noch sei sie
möglich gewesen. Hätte sie die Untermarken getrennt
untersucht, so hätte die Untersuchung mit den verfüg-
baren Kräften Monate gedauert.

Das Oberlandesgericht hat nach Beweisaufnahme die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Beklagten die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre im Berufungsrechtszug gestellten Anträge weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin wegen der Sicherstellung der Hasen und Hasenteile keine Enteignungsentschädigung (Art 14 Abs. 3 GG) beanspruchen kann, wenn diese Maßnahme rechtmäßig war. Denn in diesem Fall habe die Beklagte der Klägerin nicht ein gegen den Gleichheitssatz verstoßendes besonderes Opfer auferlegt, sondern sie lediglich in die ihrem sozialgebundenen Eigentum ohnehin innewohnenden Schranken (Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG) zurückgewiesen. Daher komme nur ein Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht, falls nämlich die Maßnahme der Beklagten rechtswidrig gewesen sei.

Dieser rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts entspricht der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 43, 196, 202 f; 45, 23, 25; 55, 366, 369; LM Art. 14 (Ba) GrundG Nr. 29; Urteile vom 25. Januar 1968 - III ZR 131/66 - S. 13 und vom 17. Februar 1970 - III ZR 94/68 - S. 16). Er wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff verneint, da die Maßnahme der Beklagten rechtmäßig gewesen sei. Es hat dazu ausgeführt: Die Beklagte sei am 22. Oktober 1963 aus Berlin unterrichtet worden, daß dort bei der Untersuchung argentinischer Hasen aus der Schußperiode 1963 ein Befall mit Salmonellen festgestellt worden sei. Sie habe daraufhin bis zum 4. November 1963 49 Proben von gleichartigen, in Hamburg lagernden Hasen ziehen und bakteriologisch untersuchen lassen, wobei sich in zahlreichen Fällen ein Befall ergeben habe. Da der Verzehr von mit Salmonellen behaftetem Fleisch geeignet sei, die menschliche Gesundheit zu schädigen, habe dieses Untersuchungsergebnis sie berechtigt, im Rahmen einer daraufhin eingeleiteten Großaktion auch die für die Klägerin eingelagerte Partie Hasen und Hasenteile vorläufig zu beschlagnahmen. Denn damit sei von der Allgemeinheit eine Gefahr abgewendet worden, durch die die öffentliche Sicherheit bedroht worden sei. Diese vorläufige Beschlagnahme habe die Beklagte in eine endgültige Maßnahme umgewandelt, indem sie sie nicht wieder aufgehoben, sondern gegen

den Willen der Klägerin unter Auflagen aufrechterhalten habe, welche die Partie für den bestimmungsgemäßen Verkauf weitgehend entwertet hätten. Dazu sei die Beklagte berechtigt gewesen. Denn das Ergebnis der von ihr veranlaßten Untersuchung habe die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß die gesamte unter Nr. 8463 eingelagerte und als Einheit betrachtete Partie Hasen und Hasenteile mit Salmonellen verseucht gewesen sei. Art und Umfang der Untersuchung sowie das bei der Ziehung der Proben beobachtete Verfahren seien nicht zu beanstanden, wie das Berufungsgericht näher ausgeführt hat.

Diese Ausführungen werden von der Revision angegriffen.

a) Die Revision wendet **ein**, die im Freihafen Hamburg im Kühlhaus lagernde Ware habe dort keine Gefahr dargestellt. Denn da der Freihafen Hamburg ein Zollfreigebiet sei (§§ 2 Abs. 3 Nr. 3; 86 ZollG), habe die Ware den Verwendungsbeschränkungen der §§ 59 ff ZollG unterlegen. Anstelle einer Beschlagnahme habe daher ein von der Beklagten verhängtes und von den Zollämtern zu überwachendes Importverbot genügt. Die Beschlagnahme sei folglich nicht erforderlich und wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels rechtswidrig gewesen.

Diese Rüge ist unbegründet. Nach § 1 Abs. 4 ZollG sind Verbote und Beschränkungen für den Warenverkehr über die Grenze im Sinne des Zollgesetzes alle Vorschriften, die das Verbringen von Waren über die Zoll-

grenze oder die Hoheitsgrenze verbieten oder beschränken. Vorschriften, die die Einfuhr pfannenfertiger, also entfellter argentinischer Hasen verboten oder beschränkten, waren im Jahre 1963 nicht vorhanden. Die Wildfleisch-Verordnung, die u.a. verbietet, das Fleisch außereuropäischer Hasen in den Verkehr zu bringen, soweit die Hasen nicht im Fell eingeführt worden sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 3), stammt erst vom 18. April 1964 (BGBl I 284). Die Vorschrift in § 12 a Abs. 2 FleischschauG, wonach frisches Fleisch von Haarwild, das in freier Wildbahn erlegt worden ist, nur in ganzen Tierkörpern in der Decke eingeführt werden darf, ist erst durch Gesetz vom 5. Juli 1973 (BGBl I 709) eingefügt worden. Ob § 16 FleischschauG, wonach bedingt taugliches und minderwertiges Fleisch von der Einfuhr zurückzuweisen ist, die Zollbehörde berechtigt hätte, die Einfuhr der fraglichen Partie argentinischer Hasen und Hasenteile zu verhindern, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls hat sie von dieser Vorschrift keinen Gebrauch gemacht. Der Beklagten ihrerseits fehlte die rechtliche Handhabe, ein von der Zollbehörde zu beachtendes und zu überwachendes "Importverbot" zu verhängen.

b) Die Revision meint weiter, die Beklagte habe ihr jedenfalls die Wiederausfuhr der Ware nicht untersagen dürfen. Vielmehr sei es zulässig gewesen, die Wiederausfuhr mit Deklarations- und Kennzeichnungsaufgaben zu verbinden, um sicherzustellen, daß die

Ware nicht anderen Orts ohne bakteriologische Untersuchung als Lebensmittel verwendet wurde.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Die Beklagte, die bei der Sicherstellung der Ware zur Abwendung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit tätig geworden ist (§ 14 PVG; § 1 HambPVG vom 7. November 1947 - GVBl 73), war bei der nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen vorzunehmenden Auswahl der zu treffenden Maßnahmen nicht gehindert, auch die Gefahren zu berücksichtigen, die die Wiederausfuhr der Ware und ihre Einfuhr in ein anderes Land für die dort betroffene Bevölkerung bedeutete. Das will offenbar auch die Revision nicht in Abrede stellen. Diesen Gefahren konnte aber wie die Revisionserwiderung zutreffend hervorhebt, durch bloße Deklarations- und Kennzeichnungsauflagen nicht hinreichend begegnet werden, da die Beklagte oder andere deutsche Behörden die Erfüllung solcher Auflagen außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes nicht hätten kontrollieren können. Die Vorschriften, auf die die Revision in diesem Zusammenhang verweist, ergeben nicht, daß die Beklagte die Wiederausfuhr ohne die von ihr angeordneten Auflagen und Bedingungen hätte zulassen müssen. Als einzige dieser Vorschriften trifft § 16 Satz 2 FleischbeschG eine Bestimmung über die Wiederausfuhr beanstandeter Einfuhren. Sie besagt jedoch nicht, daß die Wiederausfuhr uneingeschränkt gestattet werden müsse. Vielmehr "kann" die Wiederausfuhr "unter entsprechenden Vorsichtsmaßregeln" zugelassen werden, "soweit gesundheitliche Bedenken nicht bestehen".

Die Beklagte überschritt daher nicht die Grenzen ihres Ermessens, insbesondere verstieß sie nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels, wenn sie die Wiederausfuhr nur unter Auflagen erlaubte, die eine Schädigung menschlicher Gesundheit durch den Genuß des Hasenfleisches wirksam ausschlossen. Die Bedingungen und Auflagen, von denen die Beklagte in ihrem Schreiben vom 9. Januar 1964 die Freigabe der Ware abhängig gemacht hat (Rücktransport an den ausländischen Ablader bei Wandlung des Kaufvertrages, Inverkehrbringen als Viehfutter oder Erhitzungsverfahren) sind in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, die Beklagte habe sich dadurch in Widerspruch zu ihrem früheren Verlangen gesetzt, daß sie in ihrem Schreiben vom 10. November 1964 weder die Verwendung der Ware als Viehfutter noch den Nachweis eines durchgeführten Erhitzungsverfahrens gefordert habe. Eine Verwendung als Viehfutter, die sie in ihrem Schreiben vom 9. Januar 1964 als eine von mehreren Verwendungsmöglichkeiten genannt hatte, brauchte die Beklagte nicht mehr zu berücksichtigen, weil der Vertreter der Klägerin, Friedrich Sauer, in seinem Schreiben an die Beklagte vom 6. November 1964 die Freigabe ausdrücklich für einen anderen Zweck beantragt hatte. Den Nachweis eines schon durchgeführten Erhitzungsverfahrens hatte die Beklagte auch in ihrem Schreiben vom 9. Januar 1964 nicht verlangt.

Wesentliche Unterschiede bestehen allerdings zwischen dem Schreiben vom 9. Januar 1964 und den früheren Bescheiden vom 21. November und 12. Dezember 1963. Im ersten Schreiben hatte die Beklagte die Freigabe n u r zur Rückgabe an den Ablader bei Wandlung des Kaufvertrages in Aussicht gestellt, in dem anderen Schreiben hatte sie die Freigabe zur Wiederausfuhr überhaupt abgelehnt. Es kann jedoch auf sich beruhen, ob sie damit die Grenzen ihres Ermessens überschritten hatte. Denn die Klägerin behauptet selbst nicht, sie habe die Ware bis zum Erhalt des Schreibens vom 9. Januar 1964 in einer der in diesem Schreiben zugelassenen Arten verwerten wollen. Im Gegenteil hat ihr Inhaber noch im Februar 1964 bei einer persönlichen Rücksprache die - unbedingte - Freigabe der Ware verlangt.

3. Das Berufungsgericht hat sich mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, die Untermarken VT, TA und MP der Partie Nr. 8463, für deren Beschlagnahme allein noch eine Entschädigung verlangt wird, seien einwandfrei gewesen. Es hat die Auffassung vertreten, dieses Vorbringen könne der Klage nicht zum Erfolg verhelfen, und hat dazu ausgeführt:

Die Gutachten der Sachverständigen Strumpf und Dr. B. [REDACTED] hätten nicht ergeben, daß die Hasen der genannten Untermarken frei von Salmonellen gewesen seien. Jedoch habe, was die Beklagte nicht beachtet habe, nur eine alle Untermarken berücksichtigende Probenziehung und Untersuchung den sicheren Beweis

dafür erbringen können, daß die gesamte Partie einschließlich der äußerlich einwandfreien Hasen der Untermarken VT, TA und MP mit Salmonellen verseucht und daher für die öffentliche Sicherheit gefährlich gewesen sei. Denn nach der Behauptung der Klägerin sei es zum Teil zu "Schmierinfektionen" der entfellten Hasen mit Salmonellenkeimen gekommen, wenn die Hasen in gewissen argentinischen Verarbeitungsbetrieben zusammen in demselben Wasser gewaschen worden seien. Jedoch hätten nicht alle, die verschiedenen Marken verwendenden argentinischen Verarbeitungsbetriebe die Hasen auf diese unhygienische Weise behandelt. Für diese Möglichkeit spreche die Aussage des Zeugen Strumpf.

Nach Erörterung von Bedenken hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt: Die Beklagte habe bei der Ziehung und Untersuchung der Proben letztlich die Möglichkeit berücksichtigen müssen, daß es für die Feststellung einer von der ganzen Partie ausgehenden Gefahr auf die Untermarken ankomme. Die Kisten seien mit den gestempelten Untermarken deutlich sichtbar ausgezeichnet gewesen. Für einen im Dienst der Beklagten stehenden Probennehmer habe die Möglichkeit nicht ganz ferngelegen, daß es sich bei den Untermarken um Herkunftsbezeichnungen handele, die für den gesundheitlichen Befund der Ware von Bedeutung sein könnten. Dafür spreche u.a., daß die Probennehmer der Beklagten in ihrem Probenentnahmebericht die Frage, ob die Kennzeichnung auf allen Packungen gleich sei, nicht beantwortet hätten.

Die Klägerin treffe jedoch ein Verschulden daran, daß die Beklagte die Partie nicht getrennt nach den Untermarken untersucht habe. Nicht nur für die Probennehmer der Beklagten, sondern auch für die Klägerin sei erkennbar gewesen, daß die Untermarken die Herkunft der Ware aus möglicherweise unterschiedlich korrekt arbeitenden Verarbeitungsbetrieben in Argentinien anzeigten. Ein Verschulden treffe in diesem Zusammenhang sogar allein die Klägerin. Die Probennehmer der Beklagten, die mit den Verhältnissen in Argentinien nicht vertraut gewesen seien, hätten nur mit der Möglichkeit rechnen müssen, die Untermarken könnten als Herkunftszeichen für ihre Untersuchung von Bedeutung sein. Hingegen habe die Klägerin, die als einschlägige Spezialfirma seit 1955 mit argentinischen Hasen handele, spätestens ab September 1963 gewußt, daß die argentinische Firma V[REDACTED] ihre Hasenlieferungen gleichmäßig auf verschiedene Untermarken zu verteilen pflegte, weil sie einen Querschnitt der verschiedenen Qualitäten und "nicht nur Dreck" habe liefern wollen. Die Klägerin habe die Beklagte daher auf die Bedeutung der Untermarken hinweisen müssen, was sie nicht getan habe. Sie habe nicht ohne weiteres davon ausgehen können, daß die Beklagte die Untermarken bei der Untersuchung der Partie berücksichtigt habe. Daher habe sie es selbst zu verantworten, daß nicht mehr sicher festgestellt werden könne, ob die Partie insgesamt mit Salmonellen verseucht gewesen sei oder nicht.

Zwar lasse sich nicht feststellen, daß die Klägerin den eingeklagten Schaden ganz oder teilweise selbst verschuldet habe (§ 254 BGB). Denn es sei fraglich,

ob die Beklagte sich auf einen Hinweis der Klägerin entschlossen hätte, alle beschlagnahmten Partien argentinischer Hasen getrennt nach Untermarken zu untersuchen. Und selbst wenn sie dies getan hätte und ihre sodann gezogenen Stichproben insoweit keinen Befall ergeben hätten, hätte sie die Beschlagnahme der Hasen der Untermarken VT, TA und MP möglicherweise nicht aufgehoben.

Trotzdem stehe dem Entschädigungsanspruch der Klägerin entgegen, daß sie die Beklagte nicht auf die mögliche Bedeutung der Untermarken hingewiesen habe. Zwar könne nicht angenommen werden, daß die Beklagte auf einen solchen Hinweis auch nur die Partie Nr. 8463 mit der Absicht getrennt nach Untermarken untersucht hätte, sie bei einem negativen Befund freizugeben. Es sei aber anzunehmen, daß die Beklagte sich auf einen Hinweis der Klägerin zu einer differenzierten Untersuchung der Partie entschlossen hätte, um sich in dem zu erwartenden Prozeß mit der Klägerin den Beweis für eine Verseuchung der ganzen Partie zu sichern. Sie habe dies nicht getan, weil sie mangels Beachtung der Untermarken, deren Bedeutung für sie nicht einfach erkennbar gewesen sei, den Beweis durch die von ihr vorgenommenen Untersuchung bereits in Händen geglaubt habe. Wenn die Klägerin jetzt Beweisvorteile aus ihrem eigenen schuldhaften Verhalten ziehen wolle, setze sie sich in unzulässiger Weise in Widerspruch zu ihrem eigenen Tun (§ 242 BGB), was zu einer Umkehrung der Beweis-

last führen müsse. Die Klägerin müsse sich daher so behandeln lassen, als habe die ganze Partie eine polizeiliche Gefahr dargestellt.

Diese Ausführungen werden von der Revision zu Recht angegriffen.

a) Mit dem Berufungsgericht kann davon ausgegangen werden, daß die vorläufige Sicherstellung der Ware zunächst rechtmäßig war. Denn schon der Verdacht der Gesundheitsgefährlichkeit eines Lebensmittels kann polizeiliche Maßnahmen rechtfertigen, so daß insoweit eine gewisse Polizeipflichtigkeit als soziale Bindung des Eigentums besteht (Senatsurteil LM Art. 14 (Ba) GrundG Nr. 29). Das Berufungsgericht hat hierzu unangefochten festgestellt, die Beklagte habe seinerzeit zum Schutze der Gesundheit der Allgemeinheit eine "Großaktion" durchführen müssen, durch welche alle in Hamburger Kühllhäusern eingelagerten argentinischen Hasen und Hasenteile der Schußperiode 1963, angeblich insgesamt 54.782 Kisten, vorläufig beschlagnahmt worden seien. Der Verdacht, die Partie Nr. 8463 könne mit Salmonellen verseucht sein, sei dann durch das Untersuchungsergebnis erhärtet worden, wonach in sechs der fünfzehn untersuchten Hasen Keime der Salmonellagruppe nachgewiesen worden seien.

b) Die Beklagte hat die zunächst vorläufige Maßnahme dann aber aufrechterhalten und die Freigabe bis zuletzt von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht,

die eine Verwendung der Ware zu dem von der Klägerin vorgesehenen Zweck unmöglich machten. Solche endgültigen Maßnahmen durfte sie nach Polizeirecht nicht auf den Verdacht einer Gefahr hin, sondern erst dann treffen, wenn die Gefahr feststand (Senatsurteil LM Art. 14 (Ba) GrundG Nr. 29). Das Risiko, das mit einem Einschreiten in Zweifel- und rechtlichen Grenzfällen verbunden ist, trägt nicht der Einzelne, sondern die öffentliche Hand, wenn sie sich trotz der Zweifelhafteit zu einem Vorgehen entschließt und dieses später abschließend als unrechtmäßiger und enteignungsgleicher Eingriff gewertet wird (Senatsurteil in BGHZ 32, 208, 212 f).

Im vorliegenden Fall ist zu keiner Zeit festgestellt worden, daß die gesamte Partie Nr. 8463 einschließlich der mit den Untermarken VT, TA und MP gekennzeichneten Kisten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellte. Denn dies hätte, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, nur durch eine alle Untermarken berücksichtigende Probenziehung und Untersuchung sicher bewiesen werden können. Diese Maßnahmen sind aber unstreitig niemals getroffen worden.

Ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht, ist grundsätzlich nach der objektiv vorhandenen Sachlage zu beurteilen (Ule/Rasch, Allgemeines Polizeii- und Ordnungsrecht 1965, § 14 PVG Rdn. 4). Jedoch bestimmt sich der Begriff der Gefahr nach den erkenn-

baren Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten (Senatsurteil LM Art. 14 (Ba) GrundG Nr. 29). Soweit daher nur ein Teil der zu der Partie Nr. 8463 gehörenden Hasen und Hasenteile von Salmonellen befallen war, dieser Teil aber von der nicht befallenen Ware mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln nicht getrennt werden konnte, mußte die gesamte Partie als gefährlich angesehen werden. Dieser Gesichtspunkt hätte auch für die im Mittelpunkt des Streites der Parteien stehende Frage Bedeutung bekommen können, ob der "gefährliche" Teil der Partie von dem "ungefährlichen" danach unterschieden und getrennt werden konnte, zu welcher der Untermarken, aus denen die Partie sich zusammensetzte, er gehörte. Wäre nicht erkennbar gewesen, daß die Untermarken Bedeutung für die Tauglichkeit der jeweiligen Ware hatten oder haben konnten, daß insbesondere der Befall mit Salmonellen sich auf einen Teil der Untermarken beschränken konnte, so hätte der bei beliebig, ohne Rücksicht auf die Untermarken gezogenen Proben festgestellte Befall den Rückschluß auf die Gefährlichkeit der gesamten Partie gerechtfertigt. Das ist jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Denn es hat ausgeführt, für die Probennehmer habe die Möglichkeit nicht ganz ferngelegen, daß es sich bei den Untermarken um Herkunftsbezeichnungen handele, die für den gesundheitspolizeilichen Befund der Ware von Bedeutung sein könnten. Das Revisionsgericht kann auch nicht davon ausgehen, daß eine nach Untermarken differenzierende Untersuchung der Partie nicht möglich gewesen wäre. Zwar hat die Beklagte behauptet,

es sei tatsächlich nicht möglich, riesige Mengen eingelagerter Kisten nach zusätzlichen, aus den Warenbegleitpapieren, dem Einlagerungsschein und der Partiekarte nicht ersichtlichen Merkmalen zu unterscheiden. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Im Gegenteil hat es ausgeführt, die Beklagte hätte zur Vorbereitung auf den zu erwartenden Schadensersatzprozeß die Partie getrennt nach Untermarken untersucht, wenn die Klägerin sie auf deren mögliche Bedeutung hingewiesen hätte.

c) Die Sicherstellung der Partie wurde daher hinsichtlich der Untermarken VT, TA und MP in dem Zeitpunkt rechtswidrig, weil nicht mehr durch den bloßen Verdacht einer Gesundheitsgefahr gerechtfertigt, in dem die Beklagte spätestens nach Untermarken getrennte Proben hätte nehmen und untersuchen können. Wann dies der Fall war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Daß eine nach Untermarken trennende Untersuchung "Monate gedauert" hätte, ist eine einseitige Behauptung der Beklagten. Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, daß eine nach Untermarken trennende Untersuchung hätte abgeschlossen werden können, bevor die Klägerin die Ware als Viehfutter nach den Niederlanden verkauft hat. Ob die Ware der Untermarken VT, TA und MP tatsächlich mit Salmonellen befallen war oder nicht, muß für diese Beurteilung außer Betracht bleiben. Denn da die Beklagte in Zweifelsfällen das mit ihrem Einschrei-

ten verbundene Risiko trägt (BGHZ 32, 208, 212 f), geht es zu ihren Lasten, daß insoweit Feststellungen nicht mehr möglich sind. Ebensowenig hat es Einfluß auf die Beurteilung, daß die Klägerin es unterlassen hat, die Beklagte auf die Bedeutung der Untermarken hinzuweisen. Dabei kann auf sich beruhen, ob die Klägerin zu einem solchen Hinweis verpflichtet war; denn jedenfalls trägt die Beklagte selbst die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit ihrer Maßnahmen.

d) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auf die Annahme gestützt, die Klägerin setze sich mit der Folge einer Beweislastumkehr zu ihrem eigenen Tun in Widerspruch, wenn sie Vorteile daraus ziehen wolle, daß sich eine Verseuchung auch der Hasen der Untermarken VT, TA und MP mit Salmonellen nicht mehr feststellen lasse. Zwar ist anerkannt, daß die Beweislast auf die nach allgemeinen Grundsätzen nicht beweispflichtige Partei übergeht, wenn sie der anderen Partei arglistig oder u.U. auch fahrlässig die Benutzung eines Beweismittels unmöglich macht oder erschwert oder wenn sie in anderer Weise eine Unaufklärbarkeit des Sachverhalts schuldhaft herbeigeführt hat (BGH LM § 282 ZPO Nr. 2; BGH NJW 1963, 389, 390; s. auch Senatsurteil LM Art. 14 (Ba) GrundG Nr. 29). Dieser Fall einer sogenannten Beweisver-eitelung liegt hier jedoch nicht vor. Die Klägerin hat es der Beklagten weder unmöglich gemacht noch auch nur erschwert, die Partie Nr. 8463 einer nach Untermarken trennenden Untersuchung auf Salmonellen-

befall zu unterziehen. Vielmehr hätte die Beklagte, deren Probennehmer nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit der Bedeutung der Untermarken für die Untersuchung rechnen konnten, bis zum Verkauf der Ware nach den Niederlanden Ende November 1964 hinreichend Zeit und Gelegenheit gehabt, diese Untersuchung vorzunehmen. Daß die Klägerin die Bedeutung der Untermarken besser kannte als die Probennehmer der Beklagten und auch nicht ohne weiteres davon ausgehen konnte, die Beklagte habe die Untermarken berücksichtigt, bedeutet nicht, daß sie der Beklagten die Feststellung des Sachverhalts unmöglich gemacht oder auch nur erschwert habe. Sie hat es lediglich unterlassen, die Beklagte auf die Notwendigkeit von Feststellungen hinzuweisen, deren Bedeutung die Beklagte selbst bereits erkennen konnte. In einem derartigen Fall besteht nach Ansicht des Senats kein Anlaß, eine Beweisvereitelung mit der Folge einer Beweislastumkehr anzunehmen. Das ist - soweit ersichtlich - **bisher** auch nicht geschehen (vgl. die Zusammenstellung bei Schneider MDR 1969, 4, 5 f).

e) Eine schuldhaft Mitverursachung, die nach § 254 BGB den Entschädigungsanspruch der Klägerin aus enteignungsgleichem Eingriff mindern oder ausschließen könnte (Senatsurteil in BGHZ 56, 57, 65; s. auch Senatsurteil in BGHZ 45, 290, 295 f), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Denn es hat ausgeführt, die Beklagte hätte die Beschlagnahme

der Hasen der Untermarken VT, TA und MP möglicherweise nicht aufgehoben, wenn sie sich auf einen Hinweis der Klägerin zu der gebotenen getrennten Untersuchung entschlossen hätte und die sodann gezogenen Stichproben insoweit den Verdacht eines Befalls nicht bestätigt hätten.

f) Nach alledem kann die Entscheidung des Berufungsgerichts über einen Entschädigungsanspruch der Klägerin aus enteignungsgleichem Eingriff mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Eine eigene abschließende Beurteilung ist dem Revisionsgericht mangels der dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht möglich. Die Sache muß daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

II.

Einer Erörterung des Amtshaftungsanspruches (Art. 34 GG, § 839 BGB), gegen dessen Verneinung durch das Berufungsgericht die Revision sich wendet, bedarf es bei dem derzeitigen Verfahrensstand nicht mehr. Für das erneute Berufungsverfahren ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Ausführung des Berufungsgerichts, den Bediensteten der Beklagten falle kein Verschulden zur Last, wenn sie die für sie "nicht leicht

erkennbare" Bedeutung der Untermarken nicht erkannt hätten, mit sonstigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in Einklang steht. Denn das Berufungsgericht hat bei der Erörterung des Anspruches aus enteignungsgleichem Eingriff ausgeführt, die Probennehmer der Beklagten hätten mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß die Untermarken als Herkunftszeichen für ihre Untersuchung von Bedeutung sein könnten.

Kreft

Peetz

Gähtgens

Lohmann

Dr. Tidow