

69

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III_ZR_215/66

URTEIL

An Verkündungs Statt
zugestellt

a) dem Kläger am
22. Juli 1969

b) der Beklagten am
21. Juli 1969

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Angelsportvereins
Mc [REDACTED] e.V., vertreten durch
den ersten Vorsitzenden Ferdinand Sch[REDACTED],
Me[REDACTED]/G[REDACTED], U[REDACTED]gasse [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt Kaiserslautern,
vertreten durch den Oberbürgermeister,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung in der Sitzung vom 10. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 3. Mai 1966 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Nach einem von dem Bürgermeister der Gemeinde Me[REDACTED]/G[REDACTED] am 6. Mai 1950 und einem von dem Bürgermeister der Gemeinde Re[REDACTED] am 3. Juli 1957 jeweils schriftlich geschlossenen "Fischereipachtvertrag" sollten die Pächter, im Falle Me[REDACTED] drei Personen bis zum 31. März 1963, im Falle Re[REDACTED]

zwei Personen bis zum 31. Dezember 1969, auf der Pachtstrecke, insgesamt etwa 8 km, im Glanfluß fischen dürfen. In diese Verträge ist der Kläger, ein Ende 1957 gegründeter eingetragener Verein, nach seinem Vortrag mit Einverständnis der Verpächter eingetreten. Auf der Pachtstrecke kam es am 31. März 1960, 2. November 1961 und 29./30. Mai 1963 zu Fischsterben.

Die beklagte Stadt leitet seit dem Jahre 1889 ihre Abwässer über die Kanalisation in die Lauter ein, die in den Glanfluß mündet. Im Jahre 1895 wurde die erste Kläranlage errichtet, im Jahre 1952 eine neue mechanische Kläranlage vollendet und im Juli 1958 die erste Ausbaustufe einer biologischen Kläranlage in Betrieb genommen.

Der Kläger, dem nach seiner Behauptung von seinen Mitgliedern, von seinen in Betracht kommenden Vorpächtern sowie von den Verpächtern die ihnen etwa zustehenden Schadensersatzansprüche abgetreten worden sind, macht die Beklagte für die Fischsterben verantwortlich, weil die Einleitung der Abwässer das an sich abwasserhaltige Wasser der Lauter dauernd zusätzlich erheblich belastet und zu den Fischsterben geführt habe, und verlangt mit der vorliegenden Klage,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm Schadensersatz zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, für die ihm aus der Ein-



71
leitung der Abwässer in die Lauter ab 1.1.1959 bis zum Erlaß des Urteils entstandenen Schäden nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 1.6.1962;

2. festzustellen, daß die Beklagte auch den zukünftig aus der bis zum Erlaß des Urteils erfolgten Einleitung von Abwässern in die Lauter ihm entstehenden Schaden zu ersetzen habe.

Die Beklagte ist mit dem Antrag auf Klagabweisung und dem Klagevortrag in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entgegengetreten, hat auch dem Kläger ein Mitverschulden an den Fischverlusten deswegen beigemessen, weil er trotz Kenntnis der schädlichen Beschaffenheit des Pachtgewässers noch nach dem ersten Fischsterben vom März 1960 Fische im Werte von rund 3.000 DM eingesetzt habe, und hat sich hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen der Verpächter auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat in einem Teilurteil die Beklagte zur Zahlung von 20.865 DM nebst näher bezeichneten Zinsen verurteilt und hat ferner die Verpflichtung der Beklagten festgestellt, dem Kläger auch den zukünftigen Schaden aus der Einleitung von Abwässern in die Lauter bis zum 8. Juli 1964 (das ist der Tag der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht) zu ersetzen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage, soweit ihr das Teilurteil stattgegeben hatte, abgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Kläger weiterhin die Zurückweisung der von der Beklagten eingelegten Berufung gegen das landgerichtliche Urteil. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Was den Leistungsantrag angeht, so nimmt das Berufungsgericht an, dem Kläger selbst sei ein zu berücksichtigender Schaden nicht entstanden: Allein seine Mitglieder, aber nicht er, hätten das einem Fischereipächter zustehende Aneignungsrecht hinsichtlich der Fische des Pachtgewässers ausgeübt und nur sie könnten daher durch die Fischsterben geschädigt worden sein; der Kläger habe zwar die vertraglichen Pachtzinsen gezahlt, hätte dies aber auch ohne die Fischsterben getan, ohne hierfür selbst einen Vermögensvorteil in Gestalt gefangener Fische zu erlangen; der Kläger habe auch die Mitgliedsbeiträge weiter eingenommen, insoweit einen Vermögensverlust nicht erlitten und habe einen in dem unnützen Besatz der Pachtstrecke nach dem ersten Fischsterben liegenden Schaden im Rechtsstreit nicht geltend gemacht. Auch aus abgetretenem Recht könne der Kläger nicht Ersatz verlangen: Einmal sei eine Abtretung von Ansprüchen seitens der Vereinsmitglieder wie der Vorpächter von der Beklagten bestritten worden, zum andern lasse sich ein Schaden der Mitglieder des Klägers oder, falls er nicht rechtswirksam in die Pachtverträge eingetreten sein sollte, seiner Vorpächter der Höhe nach nicht ermitteln; die Vorpächter schließlich seien durch eine Minderung des Fischbestandes nach der Sachlage nicht geschädigt worden, hätten auch, soweit die Bestimmungen des § 823 BGB und des § 22 WHG als Anspruchsgrundlage in Betracht kämen, ihnen etwa erwachsene Schadensersatzansprüche verjähren lassen.

Was die Unmöglichkeit der Schadensberechnung anbetrifft, so erwägt das Berufungsgericht hierzu im einzelnen: Der Kläger oder seine Mitglieder hätten hinsichtlich der getöteten Fische weder Eigentum noch Besitz, sondern allenfalls ein Aneignungsrecht gehabt; der Gesamtschaden der Mitglieder könne daher nur nach entgangenem Fanggewinn berechnet werden, der, weil nicht alle in einem Fluß vorhandenen Fische gefangen zu werden pflegten, nicht nach dem Gesamtwert der getöteten Fische bewertet werden könne; einen allenfalls zu ersetzenden Schaden könnten allein diejenigen Mitglieder des Klägers erlitten haben, die erlaubterweise gefischt hätten - sowohl nach dem für den Pachtvertrag mit der Gemeinde Re[REDACTED] maßgeblichen früheren bayerischen Recht, als auch für den nach früherem preußischem Recht zu beurteilenden Pachtvertrag mit der Gemeinde Mo[REDACTED] sei die Zahl der Mitglieder des Klägers, die hätten fischen und in erlaubter Weise aus dem Fischfang einen Vorteil hätten ziehen dürfen, begrenzt gewesen -. Die einzelnen Schadensersatzansprüche, die der Kläger von seinen Vorpächtern erworben haben wolle, seien in ihrer Zusammenfassung auf jeden Fall noch geringer. Alle diese Ansprüche ließen sich in keiner Weise, auch nicht als auf einen Mindestschaden gehend, bemessen. Der Kläger habe, an sich unverständlich, weil seine Mitglieder im Glan von Ende 1957 bis zum ersten Fischsterben im März 1960, die Vorpächter noch längere Zeit gefischt hätten, selbst erklärt, er könne mangels jedweder Unterlagen über die früheren Fangergebnisse seiner zum Fischen berechtigten Mitglieder in den

Jahren vor dem Fischsterben nichts vortragen; da der Kläger bei seiner Gründung nur das Sportangeln, nicht aber das ertragreiche Fischen mit Netzen zugelassen habe, hätten seine Mitglieder möglicherweise überhaupt einen materiellen Schaden nicht erlitten, da die laufenden Aufwendungen für das als Liebhaberei betriebene Sportangeln unter Umständen nicht durch den materiellen Ertrag gedeckt worden seien.

Was den Feststellungsantrag betrifft, so meint das Berufungsgericht: Auf einen abgetretenen Schadensersatzanspruch sei der Feststellungsantrag seinem Wortlaut nach nicht abgestellt; der Kläger selbst erleide in Gestalt eines Fangausfalls auch in der Zukunft keinen Schaden, habe sich auch nicht auf nötig werdende Kosten für einen angemessenen Besatz nach Ausbau der Kläranlage berufen; überdies lasse sich eine Schadensersatzpflicht nur feststellen, wenn sie auf ein konkretes schadenstiftendes Ereignis bezogen werde, als solches könne aber das Ableiten von Abwässern in die Lauter für sich allein nicht angesehen werden. Der Kläger habe nicht behauptet, daß außer bei den genannten drei Fischsterben bis zum Erlaß des landgerichtlichen Urteils weitere Fische infolge der Abwässer der Beklagten verendet seien.

Dieser Betrachtungsweise des Berufungsgerichts kann nur in beschränktem Umfang gefolgt werden.

1. Ein Fischereipächter kann Träger von Schadensersatzansprüchen sein, die daraus entstehen, daß in das Fischwasser dem Fischbestand schädliche Abwässer eingeleitet werden. Dies folgt daraus, daß ihm als Fischereiausübungsberechtigtem die andere ausschließende Befugnis zusteht, in dem Pachtgewässer Fische zu hegen und sich anzueignen (vgl. bayerisches Fischereigesetz vom 15. August 1908 Art. 1, preußisches Fischereigesetz vom 11. Mai 1916 § 4). Dieses Aneignungsrecht schließt nach § 958 Abs. 2 BGB aus, daß ein anderer unter Verletzung des Rechts Eigentum an fischbaren Fischen erwirbt. Es kann auch das Fischen des Fischereiverpächters, der dem Pächter das alleinige Fischen erlaubt hat, als unbefugt und als strafbares Tun (§ 293 StGB) erscheinen lassen. Aus diesen Erwägungen heraus hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in LM BGB § 823 (F) Nr. 10 das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten, auch wenn ihm ein Besitz an dem Jagdgrundstück und an dem im Jagdrevier lebenden Wild nicht zusteht, als ein selbständiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB angesehen. Für den Fischereipächter kann rechtsgrundsätzlich nichts anderes gelten. So hat denn auch der V. Zivilsenat in BGHZ 49, 231, 234 und 50, 73, 74 anerkannt, daß ein Fischereirecht in der Person des Inhabers und in der Person des fischereiausübungsberechtigten Pächters beeinträchtigt werden kann.

Ob und inwieweit die Stellung des Klägers als Träger entsprechender Schadensersatzansprüche dadurch berührt wird, daß auf der Pachtstrecke Mit-

glieder des Klägers befugt fischen, braucht für den vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Denn diese Mitglieder sollen ihnen gegen die Beklagte aus der Einleitung von Abwässern erwachsene und erwachsende Ansprüche an den Kläger abgetreten haben. Zwar hat die Beklagte eine solche Abtretung in Abrede gestellt. Das Berufungsgericht hat aber die Behauptung des Klägers zu Unrecht mit der Erwägung abgetan, sie sei bestritten, statt, wenn es sie für erheblich hielt, über ihre Richtigkeit zu befinden. Dabei ist zu bedenken, daß der Tatrichter im Rahmen der ihm durch § 286 ZPO eingeräumten freien Überzeugung bestrittene Behauptungen auch ohne Beweiserhebung für richtig erachten kann. Für das Revisionsverfahren ist unter den gegebenen Umständen jedenfalls von dem Vorliegen einer Abtretung auszugehen. Dem steht die Erwägung des Berufungsgerichts nicht entgegen, der von der Klagepartei verfochtene Feststellungsantrag sei nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nicht auf abgetretene Ansprüche abgestellt. Es handelt sich vielmehr, wenn der Antrag von dem "ihm" - d.h. dem Kläger - entstehenden Schaden spricht, um eine nach dem Vortrag, wie ihn der Kläger während des Verfahrens in den Rechtsstreit eingeführt hat, überholte, von dem Kläger ersichtlich insoweit nicht gewollte Fassung. Auch im Leistungsantrag ist von einem "ihm" - gemeint dem Kläger - entstandenen Schaden die Rede, ohne daß das Berufungsgericht, insoweit mit Recht, sich gehindert gesehen hätte, die Frage einer Schädigung der Mitglieder des Klägers zu erörtern.

Es kommt demnach für die weitere revisionsgerichtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils nur mehr auf die

Frage an, ob durch das Verhalten der Beklagten ein feststellbarer Schaden im Sinne des Klagebegehrens erwachsen ist (oder noch erwachsen wird), oder ob dies, worauf das angefochtene Urteil hinausläuft, nicht der Fall ist.

2. Nach § 287 ZPO steht es, wovon auszugehen ist, im freien Ermessen des Tatrichters, über die Höhe eines Schadens zu entscheiden, wie er hier eingeklagt wird. Bei der Schadensberechnung kann sich der Tatrichter, soweit angängig, auch anerkannter Berechnungsmethoden bedienen und Vergleichswerte heranziehen. Sieht der Tatrichter danach die Entstehung eines Schadens als erwiesen an, dann darf er von der Zubilligung jedweden Schadenersatzes nicht mit der Begründung absehen, es lasse sich mangels ausreichender Anhaltspunkte der volle Schaden nicht schätzen. Er hat vielmehr im Rahmen des Möglichen wenigstens einen gewissen Mindestschaden zu schätzen. Steht fest, daß ein Schaden in einem der Höhe nach nicht bestimmbar, aber jedenfalls erheblichen Ausmaß entstanden ist, dann wird der Tatrichter in der Regel aus den Umständen, die die Annahme eines erheblichen Schadens begründen, eine ausreichende Grundlage für die Ermittlung eines Mindestschadens gewinnen und darüber hinaus die Entstehung eines höheren Schadens in gewissem Umfang für wahrscheinlich halten können, eine Wahrscheinlichkeit, die freilich immer geringer werden wird, je höher der Betrag über der Mindestsumme liegt. Darauf hat die Entscheidung des Senats vom 16. Dezember 1963 in LM ZPO § 287 Nr. 33 hingewiesen, eine Entscheidung, die das Berufungsgericht zwar zitiert, aber nicht in ausreichender

Maße berücksichtigt hat. Nur dann, wenn eine Schätzung mangels nachprüfbarer Unterlagen gänzlich in der Luft hänge, kann und muß das Gericht von jeder Schätzung absehen (vgl. auch Urteil vom 6. Dezember 1965 - III ZR 134/64 - S. 15). Sind aber Anhaltspunkte für eine Schätzung gegeben, wie sie sich insbesondere aus dem Sachvortrag der Partei oder bei Würdigung aller Umstände ergeben können, so ist der Tatrichter gehalten, eine Schätzung vorzunehmen. Hierbei steht es in seinem Ermessen, ob und inwieweit der angebotene Beweis erhoben oder dem Sachvortrag einer Partei glauben will; er kann dabei auch nicht vorgetragene Tatsachen berücksichtigen, insbesondere im Falle der Festsetzung eines entgangenen Gewinns, wobei die Erleichterung des § 252 Satz 2 BGB auch im Rahmen des § 287 ZPO ihre Bedeutung hat (Urteil vom 28. Juni 1962 - III ZR 166/60 - S. 6/7 = VersR 1962, 1099).

Von diesem Ausgangspunkt aus ist zu bedenken:

Der Sachverständige Prof. Dr. Liebmann, den allerdings die Beklagte nachträglich mit Erfolg als befangen abgelehnt hat, hat für die Berechnung des Schadens als bedeutsam bezeichnet die Pachtfläche, den Jahresertrag nach kg/ha, den Wert des Fanges (Fischarten) nach DM/kg und die Höhe der Schädigung. Diese Größen, auch der Umfang des Fischsterbens, werden sich auch für die Berechnung des eingeklagten Schadens anbieten, wobei gegebenenfalls unter Heranziehung von anerkannten Erfahrungssätzen und von Vergleichs-

werten von der einen Größe auf die andere geschlossen werden kann, so namentlich von der Zahl der verendeten Fische auf die Größe der erzielbaren Fangergebnisse und des Fischbestandes. In diesem Zusammenhang ist die Erwägung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, der Fangausfall könne nicht dem Gesamtwert der getöteten Fische gleichgestellt werden, da im allgemeinen nicht alle in einem Gewässer vorhandenen Fische gefangen würden. Andererseits kann, nur nebenbei bemerkt, dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden, wenn es allein die tatsächlichen Fangergebnisse, die die fischberechtigten Mitglieder des Klägers in den Jahren vor den Fischsterben erzielt hätten, als Anhaltspunkt für den Schaden dieser Mitglieder infolge Fangausfalls bezeichnet und zuungunsten des Klägers verwertet, daß er zu den Fangergebnissen von Ende 1957 bis zum ersten Fischsterben 1960, auch zu früheren Fangergebnissen der Vorpächter nichts vorgetragen habe, und wenn es weiter als fraglich bezeichnet, ob die Mitglieder des Klägers überhaupt einen materiellen Schaden erlitten hätten, weil die laufenden Aufwendungen für das vom Kläger allein zugelassene Sportangeln möglicherweise nicht durch entsprechende Erträge aufgewogen worden wären. Das Fehlen eines solchen Vortrages durfte jedenfalls rechtlich das Berufungsgericht nicht an der Vornahme einer Schätzung hindern (Urteil vom 28. Juni 1962 - III ZR 166/60 - S.8); nicht mit Unrecht verweist die Revision in diesem Zusammenhang darauf, würde eine Schätzung des den Mitgliedern des Klägers entstandenen Schadens nur an Hand der früheren Fangergebnisse der Mitglieder möglich sein, so brächte § 287 ZPO gegenüber der allgemeinen Beweislastverteilung keine Erleichterung. Letztlich kommt

es, soweit auf Fangergebnisse abzustellen ist, auch nicht so sehr auf die tatsächlichen Fangergebnisse an, sondern darauf, welche Fangergebnisse hätten erzielt werden können; so wird z.B. der Ertragswert eines Miethauses nicht notwendig dadurch geschmälert, daß der Hauseigentümer Wohnungen nicht vermietet. Würden die Fangerträge die laufenden Aufwendungen nicht decken, so würden doch, wie die Revision zutreffend bemerkt, je höhere Fänge anfielen, die Mitglieder im Ergebnis eine geringere Vermögensseinbuße erleiden.

Maßgebend ist jedoch vor allem:

Die Pachtfläche ist nach dem Berufungsurteil etwa 8 km lang und nach dem Ersturteil im Durchschnitt 18 m breit.

Zum Jahresfangausfall und zum Wert der Fänge wie zur Höhe der Schädigung hat der Kläger unter Beweisaustritt nähere Angaben gemacht, wie sie des näheren aus dem Tatbestand des Berufungsurteils, im übrigen aus den Schriftsätzen des Klägers vom 25. Mai 1962 Bl. 11 ff und vom 21. August 1963 Bl. 1 f zu ersichen sind. Er hat ferner, worauf die Revision ebenfalls verweist, in dem letztgenannten Schriftsatz auf Bl. 3 Beweis dafür angeboten: Auf der Pachtstrecke hätten zwei Gastangler in ihrem 14-tägigen Urlaub im Jahre 1959 weit über 1 Zentner Fische gefangen, zwei weitere Zeugen könnten sich besonders lobend über den guten Fischbesatz der Fischreviere äußern.

Wenn auch der im Vortrag des Klägers erwähnte Einsatz von Fischen nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ersetzt verlangt wird, so könnte der Vortrag, falls die Ansicht des Berufungsgerichts zuträfe (was im Revisionsrechtszug nicht entschieden zu werden braucht), doch mit für die Bemessung des auf andere Umstände abgestellten Schadensbetrages dienen.

Nimmt man hinzu, daß der Sachverständige zu einer Schadensschätzung gelangen konnte, so ist die Auffassung des Berufungsgerichts, es lasse sich im vorliegenden Fall überhaupt kein Schaden ermitteln, mit den dem Tatrichter durch § 287 ZPO eröffneten Möglichkeiten nicht vereinbar und damit rechtsfehlerhaft. Wie im einzelnen die Schadenshöhe zu bemessen ist, braucht gegenwärtig nicht abschließend entschieden zu werden.

3. Ebensowenig kann der weiteren Begründung des Berufungsgerichts gefolgt werden, mit der es dem Feststellungsbegehren der Klage den Erfolg versagt hat. Der Kläger hat zwar, so wie sich der Sachverhalt dem Revisionsgericht anbietet, nicht vorgetragen, daß die Beklagte nach den Fischsterben vom März 1960, November 1961 und 29./30. Mai 1963 noch Abwässer mit der Wirkung in die Lauter eingeleitet habe, daß es auf der Pachtstrecke zu weiteren Fischsterben gekommen sei. Er hat aber bereits in der Klageschrift behauptet, als Folge des ersten Fischsterbens vom Jahre 1960 sei auch für die Jahre 1964

und 1965 ein beträchtlicher Zuwachsausfall eingetreten. Das Feststellungsbegehren ist daher auf den Schaden zu beziehen, der als Folge der zu den genannten Fischsterben führenden Einleitungen von Abwässern in der Zeit nach der Erhebung der Klage bis zu dem Erlaß des Urteils entstehen und nicht durch den Leistungsantrag der Klage umfaßt werde. Dabei ist unter dem Tag des Erlasses des Urteils der 8. Juli 1964 zu begreifen, als der Tag der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht, der im erstgerichtlichen Urteil als Endzeitpunkt für die künftig entstehenden Schäden festgesetzt und als solcher vom Kläger nicht mehr bekämpft worden ist. So geschen begegnet der Feststellungsantrag keinen verfahrensrechtlichen Bedenken.

4. Aus dem vorstehend unter 1) bis 3) Gesagten folgt: Die Revision ist im vollen Umfang begründet und die Sache muß, da das angefochtene Urteil weder mit der ihm gegebenen noch mit einer anderen Begründung gehalten werden kann, zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird sich bei seiner erneuten Entscheidung mit dem bereits erwähnten Urteil des V. Zivilsenats in LM BGB § 823 (F) Nr. 10 zu befassen haben, das sich

mit der Bemessung des Schadensersatzanspruches eines Jagdpächters gegen einen Wilderer beschäftigt -
s. hierzu auch Koch in VersR 1969, 93, 94 -. Dem Berufungsgericht ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die von dem endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Keßler