

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ nein

2029 084

ZPO § 3

Der Wert des Streitgegenstandes ist bei einer Klage auf Verbot des Fischens mit der Begründung, das Fischereirecht stehe dem Kläger und nicht dem Beklagten zu, nach § 3 ZPO zu schätzen.

Anhaltspunkte für diese Schätzung bieten der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielbare Kaufpreis für das Fischereirecht, ferner die bei einer Trennung des Fischereirechts vom Grundeigentum etwa eintretende Wertminderung des Grundstücks sowie schließlich der Betrag, der dem 20fachen Jahresbetrag entspricht, der sich durch eine Verpachtung des Fischereirechts nachhaltig erzielen läßt.

PrFischereiG v. 11. Mai 1916, GS 55, § 19 Abs. 2

Wird ein mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenes Fischereirecht ohne das Grundstückseigentum übertragen, dann müssen Gläubiger der auf dem Grundstück ruhenden Hypotheken zustimmen, ohne daß es darauf ankommt, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Gefährdung oder Benachteiligung der Hypotheken eintritt.

Das Fehlen der Zustimmung macht das Geschäft bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam. Dieser Schwebezustand endet, so daß der Vertrag endgültig nichtig wird, wenn die für die Erlangung einer Genehmigung erforderliche angemessene Zeit verstreicht, ohne daß die Genehmigung nachgesucht wird.

BGH, Urt.v. 9. Juni 1969 - III ZR 231/65 - OLG Celle

LG Göttingen

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 231/65

URTEIL

Verkündet am

9. Juni 1969

Schorm,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fleischermeisters Gerhard K [REDACTED] in Gi [REDACTED]
[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Gast- und Landwirt Hans B [REDACTED] in Wo [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 4. März 1965 aufgehoben und das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Göttingen vom 6. Oktober 1964 geändert.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in der R[REDACTED] auf der rechten Seite in der Gemeinder- und Gu[REDACTED] Wo[REDACTED] von der Lü[REDACTED] bis zur El[REDACTED] Feldmarkgrenze (Br[REDACTED]) sowie im Mü[REDACTED] in Wo[REDACTED] auf beiden Seiten mit Ausnahme der Böden der beiden zur Wo[REDACTED] Mühle gehörigen Wehre, selbst zu fischen oder für dieses Gebiet Fischereierlaubnisscheine auszustellen.

Der Beklagte hat alle Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Inhaberschaft eines Fischereirechts im Harzvorland.

Die streitige Fischereiberechtigung ist seit 1922 im Wasserbuch des Bezirksausschusses Hi [REDACTED] über die R [REDACTED] in Abteilung [REDACTED] Nr. [REDACTED] wie folgt eingetragen:

"Seit altersher bestehendes uneingeschränktes Fischereirecht des Besitzers des Rittergutes Wo [REDACTED] in der R [REDACTED] auf der rechten Seite in der Gemeinde- und Gu [REDACTED] Wo [REDACTED] ... sowie im Mü [REDACTED] in Wo [REDACTED] auf beiden Seiten ..."

Das so beschriebene Recht umfaßt eine Uferlänge von über 2 km mit rd. 1 1/2 ha Wasserfläche. Das Fischereirecht war allerdings im Grundbuch des Gutes Wo [REDACTED] nicht im Verzeichnis der mit dem Eigentum verbundenen Rechte aufgeführt.

Durch notariellen Vertrag vom 28. Januar 1931 verkaufte und übertrug der damalige Eigentümer des Gutes, Freiherr von Mi [REDACTED], diese Fischereiberechtigung auf den Beklagten. Dieser ist 1911 geboren und wurde bei Abschluß des Vertrages wegen seiner Minderjährigkeit durch seinen Vater, den Land- und Gastwirt Johannes Bertram, vertreten. Die im Vertrage vorgesehene Eintragung des Berechtigten im Wasserbuch ist seinerzeit zwar beantragt, aber nicht durchgeführt worden.

Der Eigentümer Fröiherr von Mi [REDACTED] veräußerte sein Gut durch notariellen Vertrag vom 24. April 1934 an den Sohn des Ölmühlenbesitzers N [REDACTED] aus Ei [REDACTED], wobei

es in § 1 des Vertrages heißt: "Zu dem Rittergut Wo [REDACTED] gehört eine Fischereigerechtsame, die mitverkauft wird".

Der Erwerber N [REDACTED] verkaufte das Gut im Jahre 1938 an die Ha [REDACTED] Siedlungsgesellschaft, wobei das Fischereirecht wieder ausdrücklich als mitverkauft erwähnt wurde. Die Siedlungsgesellschaft parzellierte das Gut und verkaufte die Fischereigerechtigkeit allein durch Vertrag vom 8. Juli 1939 an den Hofbaurat Wilhelm Ma [REDACTED] in Ha [REDACTED]; der Rechtsübergang wurde am 12. Dezember 1939 im Wasserbuch vermerkt. Die Erben des Hofbaurats Ma [REDACTED] veräußerten das Fischereirecht an den Kläger durch notariellen Vertrag vom 19. Juni/28. August 1962.

Der Kläger hält sich für den Inhaber des Fischereirechts und hat die Verurteilung des Beklagten dahin begehrt, daß dieser es unterlasse, in dem erwähnten Fischereigebiet selbst zu fischen oder dafür Fischereierlaubnis-scheine auszustellen. Zur Begründung hat er vorgetragen:

Der Vertrag vom 28. Januar 1931 sei rechtsunwirksam, weil die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und die notwendige Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsbekanntmachung gefehlt hätten. Es habe auch die nach dem Fischereigesetz erforderliche Zustimmung der Hypothekengläubiger nicht vorgelegen. Mindestens habe der Beklagte auf die Rechte aus dem Vertrag später verzichtet, die Rechte verwirkt oder die Vertragsparteien hätten den Vertrag wieder aufgehoben. Der Beklagte habe deshalb auch den Kaufpreis von 4.000 DM zurückgefordert und zurückerhalten. Der Vater des Beklagten habe an den damaligen

Eigentümer N. 150 RM jährlich Pacht für diese Fischerei für die Jahre 1934 bis 1938 bezahlt. Erst seit 1961 übe der Beklagte das Fischereirecht wieder aus.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und ausgeführt: Der Vertrag von 1931 habe keiner Genehmigung bedurft und sei niemals aufgehoben worden. Die Gemeinde und der Landrat hätten allerdings seinem Vater Schwierigkeiten aus politischen Gründen gemacht, so daß es nicht zur Umschreibung des Rechts im Wasserbuch gekommen sei; deshalb habe auch sein Vater vorsorglich gewisse Leistungen an den Eigentümer N. entrichtet, um Schwierigkeiten für seine Gastwirtschaft zu entgehen und das Recht für den Beklagten zu sichern. Er habe das Recht bis 1939 und wieder von 1949 an selbst ausgeübt oder durch Dritte ausüben lassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Beklagte das Fischereirecht erworben und nicht wieder verloren habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten im wesentlichen mit folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

Der Eigentümer habe durch den Vertrag vom 28. Januar 1931 das zu seinem Grundbesitz gehörige selbständige Fischereirecht an den Beklagten verkauft und übertragen. Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und einer Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsbekanntmachung habe es nicht bedurft. Auch die Zustimmung des einzigen Hypotheken-

gläubigers sei nicht erforderlich gewesen, weil dessen Recht durch die Übertragung des Fischereirechtes bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht beeinträchtigt worden sei. Eine Vertragsaufhebung habe nur durch Rückübertragung geschehen können; die dafür vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sei nicht gewahrt. Ein gutgläubiger Erwerb durch den Kläger sei nicht möglich gewesen, weil Eintragungen im Wasserbuch keinen öffentlichen Glauben genössen.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er seinen Unterlassungsanspruch weiterverfolgt, jedoch den unvollständigen Antrag auf gleichzeitige Strafandrohung fallen läßt. Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen.

I.

Die Revision ist zulässig, denn der Beschwerdewert übersteigt den dafür vorgeschriebenen Betrag von 15.000 DM (§ 546 ZPO).

1. Die Parteien streiten über die Inhaberschaft eines Fischereirechts an der R. in der Gemarkung Wo, und zwar auf eine Uferstrecke von über

2 km mit einer Wasserfläche von rd. 1 1/2 ha. Der Kläger macht Abwehr- und Unterlassungsansprüche gegen den Beklagten mit der Begründung geltend, ihm und nicht dem Beklagten stehe das Recht zu. Der Wert des Streitgegenstandes bestimmt sich für diesen Streit nach § 3 ZPO, weil andere Bestimmungen mit Sonderregelungen nicht eingreifen (so RG HRR 1938, 832 = Warn 1938 Nr. 108 = JW 1938, 1841; Baumbach-Lauterbach ZPO 28. Aufl. § 3 Anhang; Gerold Streitwert 1959 S. 154 und 325; Lauterbach Kosten-gesetze 15. Aufl. GKG § 11 Anhang; Wleczorek ZPO § 9 A I c 1; § 3 B III bb). Insbesondere ist für diese Fälle § 9 ZPO nicht anwendbar. § 9 ZPO betrifft Rechte auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen; ihr Wert wird nach dem einjährigen Bezug berechnet, und zwar mit dem 12 1/2fachen Jahresbetrag, wenn der künftige Wegfall des Rechts gewiß, aber die Zeit des Wegfalls ungewiß ist, auf den 25fachen Jahresbetrag bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer, allerdings bei bestimmter Dauer auf den etwaigen geringeren Gesamtbetrag aller künftigen Bezüge. § 9 ZPO setzt aber ein Recht voraus, das auf ständig wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gerichtet ist; es müssen Leistungen aus einem Stammrecht folgen, die sich in gleichen oder nahezu gleichen Zwischenräumen, wenn auch nicht jährlich wiederholen. Darunter fällt aber nicht das Stammrecht selbst, das eine ununterbrochene, fortdauernde oder dauernde Nutzung und Nutznießung ermöglicht wie etwa ein Nießbrauchsrecht (OLG München - OLG 33, 147; Gerold, Streitwert 1959 S. 324; Stein-Jonas ZPO 19. Aufl. § 9 I 9). Das Fischereirecht als solches kann zwar verpachtet werden

und erbringt dann wiederkehrende Leistungen für den Inhaber des Rechts, aber im Verhältnis zum Eigentümer oder zu einem störenden Dritten wie hier ist das Stammrecht etwas anderes als die Summe der bei einer Verpachtung möglichen Leistungen. - Auch § 6 ZPO ist nicht anwendbar, weil der Streit hier weder um eine Sache noch um die Sicherstellung einer Forderung geht. Der Wert von Ansprüchen und Rechten, die nicht auf einen Geldbetrag gehen, ist nach § 3 ZPO zu ermitteln (Stein-Jonas ZPO 19. Aufl. § 3 III 3, § 6 II).

Für die dann nach § 3 ZPO notwendige Schätzung ist entscheidend, wie sich der Wert eines Grundstücks durch ein solches verselbständigtes Recht ändert (RG JW 1902, 418 ²; RG Warn 1938 Nr. 108 = JW 1938, 1841; BayObLG DJZ 1911, 1223; Gerold, Streitwert 1959 S. 154). Der im normalen Geschäftsverkehr erzielte Kaufpreis eines solchen Rechts gibt den Geschäftswert regelmäßig deutlich wieder und kann der Schätzung ebenfalls zugrundegelegt werden. Ausgangspunkt ist also zunächst der Wert des Fischereirechts, also des eigentlichen Stammrechts. Allerdings darf der bei Anwendung des § 9 ZPO sich ergebende Wert als weiterer Anhaltspunkt für die Schätzung berücksichtigt werden, denn das Stammrecht darf sicherlich höher bewertet werden als eine nur auf beschränkte Zeit aus diesem Recht gezogene Nutzung. Auch ist das Stammrecht nicht ohne weiteres wie ein Dauerrecht oder Dauerpachtrecht also nach der gezogenen Nutzung zu bewerten, weil der Inhaber des Stammrechts vielfach das Recht nur für seine Liebhaberei mäßig benutzt, so daß

für ihn die Fangergebnisse und Erträge nicht ohne weiteres wie bei einer Verpachtung bestimmend sind. Er trägt andererseits aber auch die Gefahr von Veränderungen und Wertminderungen, die für die Dauer eines nach § 9 ZPO zu bewertenden Pachtrechts regelmäßig ohne Bedeutung für die Höhe des Pachtzinses und damit für die Streitwertbemessung sind. Immerhin erscheint es sachgemäß, den Wert des Stammrechts höher zu bewerten als den Wert einer Verpachtung auf eine wenn auch unbestimmte Dauer, also höher zu bewerten als den 12 1/2fachen Jahresertrag bei einer Verpachtung, so daß der 20fache Jahresbetrag im Falle einer Verpachtung einen guten Anhaltspunkt für die Bewertung des Stammrechts geben dürfte. Endlich ist die Abwehrklage - ähnlich einer Feststellungsklage - nicht so hoch zu bewerten wie etwa der Anspruch auf Abtretung oder Übertragung des Rechts.

2. Für diese Berechnung haben die Parteien im vorliegenden Fall folgende tatsächlichen Anhaltspunkte vorgetragen und glaubhaft gemacht:

Es handelt sich um ein besonders gutes Forellengewässer. Nach dem Vertrag aus dem Jahre 1931 betrug der Kaufpreis 4.000 RM. Der Kläger hat das Recht von dem Grundstückseigentümer im Jahre 1962 für 5.000 DM gekauft. Der Sachverständige Professor Sch[REDACTED] hatte im Jahre 1956 den Ertragswert auf jährlich 720 DM geschätzt. Der Kläger hat vorgetragen, daß die Pachten für derartige Fischereien seit 1957 sich fast um das Zehnfache erhöht hätten. Die Pacht für die gegenüberliegende Strecke beträgt allerdings nur jährlich 100 DM, doch handelt es sich um einen älteren Vertrag. Der Oberfischmeister Dr. Schm[REDACTED] hat für das

Jahr 1965 den jährlichen Ertrag auf 1.600 DM und den Wert des Fischereirechts auf sicherlich 15.000 DM geschätzt.

Von besonderer Bedeutung ist für den Senat der jetzt vorgelegte neue Pachtvertrag des Klägers mit einem Angelsportverein aus dem Jahre 1966. Er ist zwar erst nach Einlegung der Revision abgeschlossen, läßt aber, da nur kurze Zeit nach Revisionseinlegung geschlossen, gewisse Rückschlüsse auf die zur Zeit der Revisionseinlegung erzielbaren Pachtbeträge zu. Die Jahrespacht beträgt nach diesem Vertrag 1.300 DM und erhöht sich um weitere 300 DM, wenn die bisherige laufende Entschädigung des Kraftwerks für die Wassererwärmung entfällt.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände hält der Senat die Festsetzung des Streitwertes auf 25.000 DM durch den Beschluß des bisher zuständigen V. Zivilsenats vom 11. Juli 1968 weiterhin für angemessen und schließt sich dieser Festsetzung an.

II.

In der Sache hat die Revision Erfolg. Das angefochtene Urteil muß schon deshalb aufgehoben werden, weil der Vertrag von 1931, durch den der Beklagte das Fischereirecht erworben haben will, nichtig ist, da die nach § 19 Abs. 2 des Preussischen Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916 (GS 55) erforderliche Zustimmung des Hypothekengläubigers fehlt.

Nach dem Inhalt der Eintragung im Wasserbuch handelt es sich bei dem streitigen Fischereirecht um eine sogenannte selbständige Fischereigerechtigkeit, die nicht aus dem Inhalt des Eigentums am Gut Wo [REDACTED] folgte, sondern sich auch auf Gewässer im Eigentum der Gemeinde erstreckte. Die Berechtigung zum Fischen ergab sich also nicht vollen Umfangs aus dem Eigentum am Gut. Derartige selbständige Fischereigerechtigkeiten sind nach dem Preussischen Fischereigesetz bestehen geblieben und jetzt frei übertragbar (§§ 18 - 22). Dagegen sind die Fischereirechte, die sich als Ausfluß des Eigentums am Gewässer darstellen, entsprechend dem Grundsatz des § 24 des Preussischen Fischereigesetzes mit Inkrafttreten dieses Gesetzes erloschen; dem Eigentümer steht insoweit die sogenannte Eigentumsfischereibefugnis zu (BGH MDR 1964, 998).

Nach § 19 des Preussischen Fischereigesetzes kann ein nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehendes Fischereirecht jetzt stets übertragen werden; Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. § 19 Abs. 2 bestimmt dann weiter folgendes:

"Ist das Fischereirecht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden, das mit dem Recht eines anderen belastet ist, so kann es nur übertragen werden, wenn dieser in öffentlich beglaubigter Form zustimmt, es sei denn, daß sein Recht nicht durch die Übertragung berührt wird."

Um ein solches Recht handelt es sich hier, denn nach der Eintragung im Wasserbuch war das Fischereirecht zu seinem größten Teil ein solches "des Besitzers des Rüttergutes

Wo [REDACTED]", also mit dem Eigentum am Gut verbunden und damit ein subjektiv dingliches selbständiges Fischereirecht. Das Fischereirecht war damit unwesentlicher Bestandteil des Gutes im Sinne des § 96 BGB. Das Gut war bei Abschluß des Vertrages von 1931, durch den der Beklagte das Fischereirecht erworben haben will, nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts mit einer in Höhe von 87.700 Goldmark valuierten Darlehenshypothek für die Ha [REDACTED] Landeskreditanstalt belastet. Diese Gläubigerin hat unstreitig ihre Zustimmung zur Übertragung des Fischereirechtes nicht gegeben.

Das Berufungsgericht hält das Fehlen dieser Zustimmung aus folgenden Gründen für unerheblich: Der Grundbesitz habe damals einen Verkehrswert von 130.000 RM gehabt, so daß die Hypothek voll gesichert gewesen und durch die Übertragung des Fischereirechts im Werte von 4.000 RM nicht "berührt" worden sei. Denn dieser Begriff der "Berührung" sei wirtschaftlich und nicht rechtlich zu verstehen.

Diese Auslegung kann, wie die Revision zutreffend ausführt, nicht gebilligt werden. § 876 BGB enthält den gleichen Gedanken und fast den gleichen Wortlaut; danach ist zur Aufhebung eines mit dem Recht eines Dritten belasteten Rechts an einem Grundstück die Zustimmung des Dritten nötig; weiter heißt es dann: "Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu, so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Recht eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß dessen Recht durch

die Aufhebung nicht berührt wird". Das gilt nach § 877 BGB auch bei bloßen Inhaltsänderungen des Rechts. Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist einleuchtend: Ein Recht darf nicht ohne Zustimmung seines Inhabers verändert werden, wobei eine solche Veränderung schon darin liegt, daß der Gegenstand, auf den sich das Recht erstreckt, verändert wird. Alle diese Bestimmungen haben wirtschaftliche Bedeutung, setzen aber trotzdem nach ihrem Wortlaut nicht die Feststellung einer wirtschaftlichen Benachteiligung voraus und sprechen nicht von einer Gefährdung oder Verschlechterung des Rechts oder des Grundstücks, sondern von einer bloßen "Berührung". Dieser Begriff ist daher rechtlich und nicht wirtschaftlich zu verstehen. Nach der von der Revision zutreffend dargestellten Entstehungsgeschichte des § 876 BGB sollte dieser Ausdruck "Berührung" besagen, daß nur dann die Zustimmung nicht erforderlich sei, wenn der Fortbestand des Rechtes für den Dritten ohne jede Bedeutung ist.

Im Schrifttum findet sich als Beispiel für die Entbehrlichkeit der Zustimmung etwa ein Nießbrauchsrecht, das durch die Aufhebung eines dem Eigentümer zustehenden Vorkaufsrechts nicht berührt wird (Staudinger BGB 11. Aufl. § 876, Nr. 5). Dagegen ist die Zustimmung des Hypothekengläubigers stets notwendig, wenn die der Hypothek haftenden Werte verändert, etwa als Bestandteile geltende Rechte oder subjektiv-dingliche Rechte aufgehoben werden, wobei

das Fischereirecht im Schrifttum ausdrücklich erwähnt wird (Bergmann, Fischereirecht, S. 142; Palandt BGB 24. Aufl. 3 vor § 113; § 96, 2). Auch bei § 19 des Preussischen Fischereirechts vertritt das Schrifttum die Auffassung, daß § 19 Abs. 2 gerade eine Schutzbestimmung für Hypothekengläubiger sei (Born, Preussisches Fischereirechtgesetz 1928, § 19 Anm. 2). Das ist richtig, denn die Hypothek erstreckt sich auf das ganze Grundstück mit allen seinen Bestandteilen, und zwar den wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen, so daß hier der Hypothekengläubiger im Falle einer Verpachtung des Fischereirechts auf den Pachtzins im Wege der Zwangsverwaltung hätte zugreifen können (§§ 148, 21 Abs. 2 ZVG). Daraus ergibt sich, daß die Veräußerung des Fischereirechts das Recht des Hypothekengläubigers nicht nur berührte, sondern auch beeinträchtigte. Denn ohne das Zustimmungserfordernis des § 19 Abs. 2 des Fischereigesetzes würde die Trennung dieses Bestandteils möglich und wirksam gewesen sein, solange die Beschlagnahme des Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht erfolgt war.

Gerade deshalb sieht das Landesrecht vielfach sogenannte Unschädlichkeitszeugnisse vor, wonach bei Veräußerungen von Teilen eines Grundstücks diese Teile von den Belastungen des ganzen Grundstücks befreit werden, wenn die zuständige Behörde feststellt, daß die Rechtsänderung (Teilveräußerung) für die Beteiligten unschädlich ist. Diese landesrechtlichen Vorschriften sind durch Art. 120 EG BGB aufrecht erhalten. Sie lockern die starre Vorschrift des § 876 BGB, der grundsätzlich nach seinem

Wortlaut auch in solchen Fällen eine Zustimmung aller Pfandgläubiger verlangt. Es bedarf keiner Prüfung, ob ein solches Unschädlichkeitszeugnis auch für den hier streitigen Fall vorgesehen war, bei dem es sich nicht um die Veräußerung von Teilgrundstücken sondern von unwesentlichen Grundstücksbestandteilen handelt. Denn unstreitig ist ein solches Unschädlichkeitszeugnis weder beantragt noch erteilt worden.

Diese Lösung ist auch aus praktischen Gesichtspunkten vorzuziehen, während die Auffassung des Berufungsgerichts zu Schwierigkeiten bei der Feststellung führt, ob unter Betrachtung aller Umstände eine wirtschaftliche, vermögensrechtliche Beeinträchtigung vorliegt. Das zeigt besonders dieser Fall, bei dem nach über 30 Jahren geprüft werden müßte, welchen Wert das Grundstück und das Fischereirecht damals hatten und ob die Befriedigungsmöglichkeit des Hypothekengläubigers unter Beachtung der sonstigen der Hypothekenhaftung unterliegenden Vermögensstücke auch nur teilweise beeinträchtigt war. Dagegen ermöglicht die hier vertretene, zwar etwas starr und formal wirkende, aber der Rechtssicherheit dienende Auslegung jederzeit eine eindeutige Lösung, weil jeder Hypothekengläubiger gehört werden und zustimmen muß oder das Unschädlichkeitszeugnis von dafür zuständigen Verwaltungsbehörden erteilt werden muß.

Die fehlende Zustimmung des Hypothekengläubigers bewirkte, daß der Vertrag vom 28. Januar 1931 über die Veräußerung des Fischereirechts an den Beklagten zunächst nicht wirksam wurde. Es wird zwar die Auffassung vertreten

(Born, Fischereigesetz, § 19 Nr. 3), damit wäre ein solcher Vertrag nichtig und endgültig unwirksam, doch kann der Senat dem nicht zustimmen. Es müssen hier die allgemeinen Regeln für Rechtsgeschäfte gelten, die auch für die gleichlautenden Vorschriften der §§ 876, 877 BGB angewendet werden: Die Zustimmung kann als Einwilligung vorher erteilt oder als Genehmigung nachträglich ausgesprochen werden. Die Genehmigung hat nach § 184 BGB rückwirkende Kraft. Daraus folgt, daß bis zur Erteilung der Genehmigung sich das Rechtsgeschäft in einem Zustand schwebender Unwirksamkeit befindet. Die Parteien sind an das Rechtsgeschäft gebunden und können es nicht einseitig widerrufen; sie können zwar noch nicht aus dem Geschäft auf Erfüllung klagen, müssen aber gegenseitig zur Erlangung der Genehmigung mitwirken. Der Vertrag vom 28. Januar 1931 war also zunächst schwebend unwirksam. - Dieser Zustand hat inzwischen ein Ende gefunden, so daß der Vertrag voll nichtig ist. Der Schwebezustand endet in solchen Fällen grundsätzlich mit Erteilung oder Versagung der Genehmigung; er endet außerdem aber nach Ablauf einer gewissen Wartezeit. In Schrifttum und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, daß bei Abschluß eines von einer Genehmigung abhängigen Vertrages der vor der Entscheidung über die Genehmigung entstandene Schwebezustand nicht auf längere Zeit erstreckt werden darf, als für die Erreichung der Entschließung des Zustimmungsberechtigten unbedingt erforderlich ist (RGKomm BGB 11. Aufl. § 184 Anm. 7; Palandt BGB 27. Aufl. Anm. 4 vor § 182). Denn schon im Interesse der Rechtssicherheit kann als Parteiwille bei verständiger Auslegung angenommen werden, daß die durch den Schwebezustand einstweilen eingetretene Ge-

bundenheit der Parteien nach einer angemessenen Zeit sein Ende findet. Hier ist das Ende des Schwebezustandes inzwischen zweifelsfrei eingetreten, da seit Abschluß des Vertrages über 30 Jahre verstrichen sind und sich die Verhältnisse an dem Gut, zu dem das Fischereirecht ursprünglich gehörte, nach mehrfachen Veräußerungen und späterer Parzellierung vollständig geändert haben, ohne daß sich der Beklagte inzwischen um die Genehmigung bemüht hat. Der Vertrag von 1931, durch den der Beklagte das Fischereirecht erworben haben will, ist daher wegen der fehlenden Zustimmung der Hypothekengläubigerin endgültig nichtig geworden.

Der Beklagte hat zwar vorgetragen, dieselben Bedenken müßte sich der Kläger entgegenhalten lassen, doch enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen darüber, daß das Grundstück bei Abschluß der späteren Verträge belastet war und die damaligen Hypothekengläubiger der Veräußerung des Fischereirechts nicht zugestimmt hätten, zumal die Bestimmung des § 19 Abs. 2 nur galt, wenn das Fischereirecht für sich allein - ohne das Gut - übertragen wurde (§ 22). Der Kläger kann sich dabei weiter auf die durch die Eintragung im Wasserbuch begründete Vermutung nach § 190 des Preussischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 (GS 53) stützen. In Niedersachsen gilt zwar seit dem 15. Juli 1960 das neue Niedersächsische Wassergesetz vom 7. Juli 1960 (GVBl 105), nach dessen § 134 Abs. 2 Eintragungen im Wasserbuch keine rechtlichen Wirkungen mehr haben. Inhalt und Umfang der in das Wasserbuch eingetragenen alten Rechte bestimmen sich aber nach dieser Bestimmung noch nach den bisherigen Gesetzen. Deshalb gilt für das hier streitige alte Fische-

reirecht noch die Bestimmung des § 190 des Preussischen Wassergesetzes, wonach die Eintragungen im Wasserbuch bis zum Beweise des Gegenteils als richtig gelten. Im Wasserbuch ist zwar nur das Recht des Rechtsvorgängers des Klägers, Mackensen, eingetragen, doch galt § 19 Abs. 2 des Fischereigesetzes für den Vertrag zwischen Ma [REDACTED] und dem Kläger nicht, weil damals das Fischereirecht nicht mehr mit dem Eigentum am Grundstück verbunden war.

Damit hat der Kläger die Vermutung des Eigentums am Fischereirecht für sich, da die widerlegliche Vermutung vom Beklagten nicht entkräftet ist.

Steht somit die Klagebefugnis (Aktivlegitimation) des Klägers fest und hat der Beklagte weder Eigentum noch Nutzungsbefugnisse an dem Fischereirecht, so muß auf die Rechtsmittel des Klägers das angefochtene Urteil aufgehoben und das landgerichtliche Urteil abgeändert werden; der Klage aus § 1004 BGB und § 18 des Preussischen Fischereigesetzes ist nach dem jetzt eingeschränkten Antrag stattzugeben, ohne daß es eines Eingehens auf das weitere Parteivorbringen bedarf.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Dr. Pagendarm	Dr. Arndt	Dr. Beyer
Dr. Hußla	Keßler	