

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

Pr.FischereiG v. 11.5.1916 (GS S. 55 - PrFiG -)
§§ 7, 8 Abs. 2, 11; BGB §§ 1004, 1024

1. a) Ein nach § 8 Abs. 2 PrFiG vermutetes (selbständiges) Fischereirecht verdrängt ein Eigentümerfischereirecht nicht, wenn als Erwerbstitel nur Ersitzung oder unvordenkliche Verjährung, nicht aber Verleihung durch den früheren Landesherrn in Betracht kommen.
 - b) Ob ein nach dem Übergang der Reichswasserstraßen auf das Deutsche Reich beim früheren Gewässereigentümer verbliebenes Fischereirecht zu seiner Erhaltung der Eintragung in das Wasserbuch bedurfte, bleibt offen. Es erlosch jedenfalls nicht, wenn das Deutsche Reich den bisherigen Eigentümer nicht auf die (etwaigen) Folgen einer Nichteintragung hinwies.
2. Fischereirechte, die an demselben Gewässer bestehen, sind so auszuüben, daß ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Berechtigten möglich ist.

BGH, Urt. v. 28. Mai 1979 - III ZR 76/77 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 76/77

URTEIL

Verkündet am
28. Mai 1979
Schorm,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Beamten Busso S [REDACTED],
G [REDACTED], B [REDACTED],
2. des Fischers Gerhard K [REDACTED]
als Mitglied der Erbengemeinschaft nach dem am 26. Januar 1926
verstorbenen Fischer Wilhelm [REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED]
3. der medizinisch-technischen Angestellten Edith C [REDACTED],
[REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED]

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

B [REDACTED], vertreten durch den Senator für Finanzen,
[REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1979 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Lohmann und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. April 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob der Beklagte (Berlin) durch die Verpachtung des von ihm als "Hauptfischerei" bezeichneten Rechts seit dem Jahre 1974 in die Berechtigung der Kläger zur Kleinfischerei auf dem zu Berlin (West) gehörenden Teil der Unterhavel von der Spandauer Schleuse bis zur Stadtgrenze nach Potsdam eingreift. Die Kläger, die nicht in Abrede stellen, daß der Beklagte zur großen und kleinen Garnfischerei sowie zum Aalpuppenwerfen berechtigt ist, und nur eine weitergehende Fischereiberechtigung des Beklagten bestreiten, leiten ihr Recht zur



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kleinfischerei, das im Wasserbuch eingetragen ist, aus landesherrlicher Verleihung, Ersitzung und mindestens 30jähriger Ausübung vor dem Inkrafttreten des preußischen Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916 (GS S. 55 - PrFiG) her. Der Beklagte nimmt das Recht zur Hauptfischerei als Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers der Havel, des früheren Bundesstaats und späteren Landes Preußen für sich in Anspruch; weder er noch Preußen sind oder waren ins Wasserbuch eingetragen.

Die Kläger haben beantragt,

den Beklagten unter Androhung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu verurteilen, es zu unterlassen, die Fischerei im Bereich der Unterhavel von der Spandauer Schleuse bis zur Stadtgrenze gegen Potsdam auszuüben oder ausüben zu lassen, soweit sie nicht die große und kleine Garnfischerei sowie das Aalpuppenwerfen mit sechs Kähnen von der Spandauer Schleuse bis zum "Roten Stein" bei Kladow und die auf dem Gebiete Berlins verbliebenen Sommergarnzüge in der Havel unterhalb des "Roten Steins" betrifft,

hinsichtlich des Klägers zu 1) jedoch nur für die Strecke vom "Roten Stein" bei Kladow bis zur Stadtgrenze gegen Potsdam einschließlich des Großen Wannsees, des Kleinen Wannsees und des Pohlesees.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Landgericht und Kammergericht haben die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Kläger.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hat zwar das Fischereirecht der Kläger gemäß § 8 Abs. 2 PrFiG vermutet, jedoch die Klage auf Unterlassung der "Hauptfischerei" abgewiesen, weil ihre Fischereiberechtigungen nicht ausschließlich seien. Das Recht des Beklagten als Rechtsnachfolger Preußens sei weder dadurch erloschen, daß es nach dem Übergang des Eigentums an der Havel auf das Deutsche Reich durch den Staatsvertrag von 1921 nicht in das Wasserbuch eingetragen wurde, noch sei es durch Nichtausübung verwirkt.

Hiergegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

2. Die Kläger haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Nachweis eines ihren Rechtsvorgängern verliehenen, d.h. durch Privileg des Landesherrn begründeten Fischereirechts nicht geführt. Diese Würdigung wird von der Revision nicht angegriffen. Bei der danach sich ergebenden Rechtslage streitet für die Kläger nicht die - dem Regalieninhaber oder dem Staat sonst entgegensetzbare - Vermutung der Ausschließlichkeit der Fischereiberechtigung (Bergmann, in v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze Band VI Ergänzungsband, Fischereirecht 4.4.8.2; Havenstein, Fischereirecht der Mark Brandenburg S. 8).

3. Das Berufungsgericht hat das von den Klägern in Anspruch ~~genommene~~ Recht als bestehend vermutet, weil nach seinen Feststellungen die Rechtsvorgänger der Kläger ihr Fischereirecht bis zum 1. Mai 1914 mindestens dreißig Jahre lang als ihr eigenes ausgeübt haben (§ 8 Abs. 2 Satz 1 PrFiG i.V.mit §§ 937 Abs. 2, 943 BGB).

a) Die so festgestellte Berechtigung der Kläger entfällt nicht durch die in den Wasserbüchern eingetragenen Widersprüche, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt. Denn dies entkräftet die aus § 8 Abs. 2 PrFiG sich ergebende Vermutung nicht (Holtz/Kreutz/Schlegelberger, Das preußische Wassergesetz 3. und 4. Aufl. Bd. 1 § 190 Anm. 2)

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, das nach § 8 Abs. 2 PrFiG vermutete Recht sei nicht ausschließlicher Natur, wird von der Revision ohne Erfolg angegriffen.

Die Vermutung des § 8 Abs. 2 PrFiG bildet keinen eigenen Erwerbsgrund (Bergmann aaO 4.4.8.5 VI). Da hier, wie ausgeführt, ein Privileg (als öffentlich-rechtlicher Titel) nicht bewiesen ist, kommen im Rahmen des § 8 Abs. 2 PrFiG zugunsten der Kläger nur die Rechtstitel der Ersitzung (gegen den Regalieninhaber) und der unvordenklichen Verjährung in Betracht (Bergmann aaO 4.4.8.7 VI). Hierdurch erworbene Fischereirechte schlossen jedoch den Fiskus von der Mitausübung der Fischerei nicht aus, sofern nicht ein weitergehendes Untersagungsrecht (§§ 506, 507 I 9 ALR) miteressen

war (Havenstein aaO S. 8, 9; Bergmann aaO 4.4.8.5 III). Diesen Nachweis haben die Kläger nicht geführt.

c) Die Revision vermag das gewünschte Ergebnis auch nicht daraus herzuleiten, daß das Preußische Fischereigesetz, wie die Materialien ergeben, "alle auf besonderen Titeln beruhenden Rechte unberührt" ließ (Drucks. des PrAbgHauses Bd. 4 Nr. 260 S. 2468). Hierdurch sind ältere Rechte nur mit ihrem bisherigen Inhalt aufrechterhalten worden. Hat daher ein Fischereirecht nur neben dem Recht des Regalieninhabers bestanden, so ist das Recht auch nur mit diesem (nicht ausschließlichen) Inhalt in den Geltungsbereich des Preußischen Fischereigesetzes übernommen worden (Delius PrFiG § 8 Anm. 1 B Abs. 4; Bergmann aaO 4.4.8.5 I).

d) Bei Konkurrenz zwischen einem selbständigen Fischereirecht (vgl. § 11 Abs. 1 PrFiG) und einem Eigentümerfischereirecht (§ 7 PrFiG) war zwar für den Regelfall von dem besseren Recht des Nutzungsberechtigten auszugehen (vgl. RGZ 105, 186, 191). Das gilt jedoch nicht, wenn - wie hier - nur ein Erwerbstitel in Betracht kommt, der diese bessere Rechtsposition nicht vermittelt. In diesem Fall scheidet eine Verurteilung nach § 1004 BGB aus, wenn der andere Teil sein Mitfischereirecht dartut (Bergmann aaO 4.4.8.5 VI). Im Ergebnis liegen dann, bezogen auf dieselbe Gewässerstrecke, sog. Koppelfischereirechte vor (vgl. Delius aaO Vorbem. II 13; § 31 Abs. 2 PrFiG).

II.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß dem Beklagten noch das vom Gewässereigentum abgespaltene (vgl. § 9 PrFiG) Fischereirecht (§ 7 PrFiG) zusteht.

1. Da die Havel mit den seenartigen Ausbuchtungen, soweit sie hier interessant sind, schiffbar ist und damit nach § 21 II 14, § 38 II 15 ALR ein öffentliches Gewässer bildete, gehörte das Recht zur Fischerei als niederes Regal dem Staate (§§ 73, 38 II 15 ALR; Delius aaO § 8 Anm. 1 A, a).

2. Mit Inkrafttreten des Preußischen Fischereigesetzes (15. April 1917, § 135 PrFiG) verwandelten sich diese Regalien an Gewässern erster Ordnung in Eigentümerfischereirechte (§ 7 PrWG; § 7 PrFiG).

Die streitgegenständlichen Wasserflächen sind Gewässer erster Ordnung. Zwar fehlen in der Liste dieser Gewässer der Pohle- und der Kleine Wannsee, auf die sich die Rechte der Kläger auch erstrecken, jedoch bilden beide Seen, mit noch einigen weiteren, sämtlich untereinander verbundenen Gewässern, lediglich einen Seitenarm der Havel. Dieser Wasserlauf, der auf natürliche Weise mit der Havel verbunden ist, stellt sich als organischer Bestandteil des Hauptwasserlaufes dar und teilt dessen rechtliche Qualität (vgl. Holtz/Kreutz/Schlegelberger aaO § 2 PrWG Anm. 2 d). Für die Zugehörigkeit spricht auch die Anlage I, 2 zu § 2 des Berliner Wassergesetzes (vgl. Sievers, in v. Brauchitsch Band VI, 1. Halbband, Wasserrecht S. 898).

Als Eigentümerfischereirecht war das Recht nicht eintragungsfähig (vgl. § 11 PrWG). Seine Entstehung war auch nicht dadurch gehindert, daß bereits ein Fischereirecht der Kläger an den Gewässern bestand. Das Preußische Fischereigesetz verbot (grundsätzlich) nur die Belastung der Gewässer mit neuen selbständigen Fischereirechten (§ 17 PrFiG), worunter nur neue Dienstbarkeiten fielen (Görcke PrFiG Anm. zu § 17).

3. Mit dem Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 31. März/26. September 1921 (GS S. 519) gelangte die Havel in das Eigentum des Reiches. Nach § 2 b des Vertrages blieb das Fischereirecht aber bei Preußen, war also von da ab nicht mehr mit dem Eigentum verbunden (§§ 7, 9 Satz 1 PrWG). Mit diesem Inhalt ist das Recht auf den Beklagten übergegangen.

4. Die Revision meint, das beim Übergang der Havel in das Eigentum des Reichs bei Preußen verbliebene Fischereirecht habe zu seiner Erhaltung der Eintragung in das Wasserbuch bedurft (§ 11 Abs. 2 PrFiG). Dem kann nicht zugestimmt werden.

Das Preußische Oberverwaltungsgericht hat für diesen Fall die Zulässigkeit der Eintragung bejaht (ZAgrR 1925, 231, 233; 234, 235), ohne aber zu der Frage Stellung zu nehmen, ob das Unterlassen der Eintragung nach § 11 Abs. 2 PrFiG schadet. Dagegen hat das Kammergericht mit Urteil vom 9. April 1929 (JFG Erg. Bd. 9 /1930/ Nr. 29) ausgesprochen, das dem Staat "verbliebene" Recht bedürfe zu seiner Erhaltung nicht eines An-

trags auf Eintragung in das Wasserbuch. Dem Kammergericht ist zuzugeben, daß ein Fall des § 11 Abs. 2 Nr. 1 PrFiG (betr. nur die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits bestehenden selbständigen Fischereirechte) nicht vorliegt. Dagegen kommt in Betracht, die durch den Staatsvertrag 1921 bewirkte Gesetzeslücke (Trennung von Gewässereigentum und Eigentümerfischereirecht) durch rechtsähnliche Anwendung von § 11 Abs. 2 Nr. 2 i.V.mit § 9 Satz 1 PrFiG zu schließen. In diesem Fall würde die Ausschlußfrist erst mit Zugang eines Hinweises nach § 9 Satz 2 PrFiG beginnen. Dieser Hinweis ist hier unstreitig unterblieben. Nach Auffassung des Senats hätte das Fischereirecht Preußens durch Nichteintragung, wenn überhaupt, nur auf die beschriebene Weise erlöschen können.

5. Auch eine Verwirkung des Fischereirechts des Beklagten ist vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint worden.

Geht man vom Vorbringen der Kläger aus, so haben die Rechtsvorgänger des Beklagten - wenn auch in beschränktem Umfang - das Fischereirecht stets ausgeübt (Berufungsurteil S. 19). Eine auf den nicht ausgeübten Teil (des umfassenderen Rechts) beschränkte Verwirkung ist nicht anzunehmen, da das "Recht" an sich ausgeübt wurde und ein Vertrauen darauf, daß in aller Zukunft das Recht nur wie bisher gehandhabt werden würde, allein aus dieser Praxis nicht erwachsen konnte. Im übrigen würde die (teilweise) Nichtausübung das betreffende Recht grundsätzlich nicht beseitigen, sondern es nur seine etwaige Ausschließlichkeit verlieren lassen. Dann würde das Recht der Kläger als Mitfische-

reirecht an seine Seite treten und beide würden Koppel-fischereirechte bilden (Bergmann aaO 4.4.8.5 V). Von dieser Rechtslage ist hier ohnehin auszugehen.

III.

1. Nach dem festgestellten Inhalt der beiden Seiten zustehenden Fischereirechte an demselben Gewässer ist jedoch die Abweisung der Klage in vollem Umfang nicht gerechtfertigt.

2. Die hier bestehende Interessenlage - Widerstreit mehrerer an demselben Grundstück bestehender dinglicher Nutzungsrechte - läßt es geboten erscheinen, den in § 1024 BGB enthaltenen Rechtsgedanken anzuwenden. Die Vorschrift soll zwar nicht für das Verhältnis Nutzungsberechtigter / Eigentümer anwendbar sein (so für ein durch Verleihung begründetes Fischereirecht RGZ 105, 186, 191). Indessen ist der Beklagte nicht mehr Gewässereigentümer. Sein Fischereirecht ist damit zu einem Nutzungsrecht an fremdem Grundstück geworden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 PrFiG; KG JFG Erg. 9 [1930] Nr. 29).

3. Die Kläger können hiernach nur einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herbeiführen, was darauf hinausläuft, daß jeder Teil eine gegenständliche Einschränkung bei der Ausübung seines Rechts hinzunehmen hat (BGB-RGRK 12. Aufl. § 1024 Rdn. 3). Das Recht der Kläger geht dann dahin, daß der Beklagte jede Ausübung seines Fischereirechts zu unterlassen hat, die mit der aus § 1024 BGB sich er-

gebenden, im Klageantrag bestimmt zu bezeichnenden Handhabung nicht im Einklang steht (BGB-RGRK aaO Rdn. 4).

4. Eine Verweisung der Beteiligten auf das in § 31 Abs. 2 PrFiG geregelte Verfahren verspricht keine endgültige Beilegung des Streits, weil dies nur zu vorläufigen Maßnahmen führen könnte (dazu Görcke PrFiG § 31 Anm. 2). Angesichts dieser Rechtslage erscheint es angemessen, den Klägern im laufenden Prozeß Gelegenheit zu geben, ihr Begehren der dargelegten Rechtslage anzupassen. Unter Aufhebung des Berufungsurteils war deshalb die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Nußgens

Krohn

Tidow

Lohmann

Boujong