

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

GVG § 13; VerwaltungsgerichtsO (VwGO) § 40; BGB § 1004;
WasserhaushaltsG v. 12. August 1957, BGBl. I 1110,
§§ 22, 24 Abs. 1; NRWGO § 18.

Der ordentliche Rechtsweg ist für die Klage auf Herstellung von Schutzeinrichtungen gegen Störungen, die von der Abwassereinleitung aus der Kanalisationsanlage einer Gemeinde verursacht werden, nur insoweit gegeben, als keine wesentliche Änderung der Anlage im einzelnen oder im Rahmen ihrer Gesamtplanung begehrt wird. Diese Voraussetzung hat der Kläger darzulegen.

BGH, Urt. v. 13. November 1964 - V ZR 106/62 OLG Hamm/Westf.

V ZR 106/62

Verkündet

am 13. November 1964
Symalla, Justizhauptschretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- zu
- 4.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter
Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das
Teilurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Hamm (Westf.) vom 2. März 1962 insoweit aufgehoben,

- 1a -

als über den Klagantrag Nr. 3a entschieden worden ist (Herstellung geeigneter Maßnahmen zum Ausschluß der Geflügelgefährdung infolge Wasserverunreinigung), und auch in diesem Umfang die Berufung der Kläger gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts in Bielefeld vom 1. Dezember 1960 zurückgewiesen.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den zum Antrag Nr. 3a gestellten Hilfsantrag (Schadensersatzpflicht wegen Verunreinigung des Wasserlaufs) an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer eines unterhalb der Gemeinde E [REDACTED] gelegenen Wiesengrundstücks, das vom Wiesenbach (Wasserlauf III. Ordnung), einem Zulauf des Brandbachs durchflossen wird. Im Jahre 1953 hat die Beklagte in der etwa 1 km oberhalb des Grundstücks gelegenen Siedlung ein Kanalnetz gelegt und die darin gesammelten Abwässer ohne Verleihung über einen Schacht ungekürzt in den Wiesenbach geleitet. Die Bitte des Klägers zu 2, der im Jahre 1951/52 auf dem Grundstück der Kläger eine Hühnerfarm angelegt hatte, zur Verhütung einer Hühnerverseuchung und einer Abschwemmung der Wiesenufer den verunreinigten Bach durch sein Grundstück zu verrohren, lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 3. April 1954 ab. Zur Begründung ihrer Ablehnung berief sie sich auf die Unterhaltungspflicht der Anlieger und auf die Tatsache, daß Abwässer von jeher in den Wasserlauf eingeleitet worden seien. Die Kontrollen des Viehbestands des Klägers zu 2 durch das Tiergesundheitsamt der Landwirtschaftskammer im Oktober 1954 und 1955 ergaben jeweils zwei pulloruminfizierte Tiere (*salmonella pullorum* = Erreger der weißen Kükenruhr); die Gesamtbeurteilung des Viehbestands lautete jedoch "gut" und dem Kläger zu 2 wurde bescheinigt, daß "der Betrieb in gesundheitlicher und hygienischer Hinsicht als Bruteierlieferant zugelassen" werden könne.

Anfangs des Jahres 1956 verendete ein Teil der Tiere, der Rest wurde notgeschlachtet, ohne daß der Kläger zu 2 die Todesursache tierärztlich oder bakteriologisch hätte untersuchen lassen. Die von Zeugen geschilderten allgemeinen und uncharakteristischen Krankheitserscheinungen lassen kein spezifisches Krankheitsbild erkennen. Die Kläger führen die Erkrankung der Hühner auf Seuchenerreger zurück, die die Hühner beim Trinken des Bachwassers zu sich genommen und

nach der Infektion mit dem Kot über das ganze Grundstück verbreitet haben. Die Kläger legten die Gutachten des Tiergesundheitsamts der Landwirtschaftskammer W [REDACTED] [REDACTED] vom 12. Mai 1954 und des J [REDACTED]-K [REDACTED]-Instituts der landwirtschaftlichen Untersuchungs- und Forschungsanstalt der Landwirtschaftskammer W [REDACTED] vom 28. August 1957 vor. Nach Abschachtung der Hühner nahm der Kläger zu 2 wegen der weiter von ihm befürchteten Seuchengefahr die Hühnerzucht nicht wieder auf.

Ab Oktober 1956 klärte die Beklagte das Abwasser vor der Einleitung in zwei Emscherbrunnen; am 1. Juni 1957 beantragte sie die Verleihung eines Rechts auf Einleitung des geklärten Schmutzabwassers. Die unter Auflagen vom Regierungspräsidenten in D [REDACTED] am 21. April 1960 erteilte Bewilligung wurde vom Kläger durch Verwaltungsklage, die noch nicht rechtskräftig entschieden ist, angefochten.

Der Kläger zu 2, der die Neuaufnahme der Hühnerfarm auch unter den nunmehr gegebenen Verhältnissen für aussichtslos hält, begehrt Schadensersatz von der Beklagten wegen des Verlustes der Hühner (1 075 DM) und wegen des Verdienstausfalls in den Jahren 1956 bis 1958 (je 1 000 DM). Er hat Anfang 1955 vorliegende Klage erhoben mit den Anträgen:

1. die Beklagte zur Zahlung von 4 075 DM nebst Zinsen zu verurteilen,
2. festzustellen, daß die Beklagte zum Ersatz des weiteren bis Oktober 1956 entstandenen Schadens verpflichtet sei und
3. die Beklagte zu verurteilen, geeignete Maßnahmen herzustellen, welche die Beeinträchtigung des Grundstücks der Kläger durch

- a) Gefährdung von Geflügel infolge Verunreinigung des Wassers,
- b) Unterspülung und Zerstörung der Bachufer im Bereich des Grundstücks der Kläger auszuschließen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie legte ein im Verleihungsverfahren erstelltes Gutachten des Hygienisch-bakteriologischen Instituts, Medizinaluntersuchungsstelle für den Regierungsbezirk D■■■■■, vom 26. Februar 1959 vor.

Das Landgericht hat nach Erhebung zweier Gutachten, darunter das Gutachten des Direktors des Tierärztlichen Instituts der Universität G■■■■■, Prof. Dr. Mitscherlich, vom 10. August 1960 und Vernehmung von Zeugen die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstantz haben die Kläger hilfsweise zum Klagantrag Nr. 3 beantragt,

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, den Klägern den gesamten weiteren Schaden zu ersetzen, der als Folge der von der Beklagten eingeführten Klärabwässer durch die Verunreinigung des Wasserlaufs und die Überbelastung desselben entsteht, befristet bis zu dem Zeitpunkt, an welchem nach Rechtskraft eines wasserrechtlichen Verleihungsbeschlusses über die Abwässeranlage der Beklagten eine weitere rechtskräftige Entscheidung vor Verwaltungsbehörden oder Gerichten dahin ergeht, daß die Beklagte zur Herstellung von Sicherungseinrichtungen in bestimmter Form verpflichtet

ist, oder den Klägern durch den Verleihungsbescheid eine Entschädigung wegen der behandelten nachteiligen Folgen zugebilligt wird.

Die Beklagte erblickt in diesem Hilfsantrag eine Klagänderung, der sie widersprochen hat (Bl. 37^f GA).

Das Berufungsgericht hat durch das angefochtene Teilurteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Kosten den Antrag zu 1 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, den Antrag zu 2 mangels Feststellungsinteresses abgewiesen und dem Klagantrag 3 a stattgegeben. Über den Antrag Nr. 3 b hat das Oberlandesgericht noch nicht entschieden.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte auch die Abweisung der Klaganträge Nr. 1 und 3 a, den letzteren mangels Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges als unzulässig; hilfsweise beantragt sie, diesen Antrag an das Landesverwaltungsgericht Minden zu verweisen. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

A) Zahlungsanspruch

Den Schadensersatzanspruch wegen der Anfang 1956 verendeten Hühner (1 075 DM) hält das Berufungsgericht dem Grunde nach gemäß § 24 PrWassG für gerechtfertigt. Es führt dazu aus: Im Hinblick darauf, daß das Bachwasser zumindest gelegentlich Krankheitserreger mitgeführt habe (Gutachten Prof. Dr. Mitscherlich), und zwar infolge der rechtswidrigen

Einleitung der Beklagten, daß weiter dabei die Ansteckung eines der Hühner des Klägers zu 2 durchaus im Rahmen des Möglichen gelegen habe, und daß schließlich in der maßgeblichen Zeitspanne ähnliche Erkrankungen nicht nur beim Kläger zu 2, sondern auch bei den Nachbarn (am Bach) aufgetreten seien, sei der Beweis des ersten Anscheins dafür geführt, daß die Einleitung des Abwassers mit seinen schädlichen Bestandteilen die Erkrankung und das Eingehen der Hühner verursacht habe. Es handle sich hierbei um einen typischen Geschehensablauf, der nach den Erfahrungen des Lebens mit großer Wahrscheinlichkeit auf diesen Ursachenverlauf hinweise. Demgegenüber habe die Beklagte nicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit oder auch nur die ernsthafte Möglichkeit eines anderen, atypischen Geschehensablaufs dargotan (Verenden etwa infolge einer anderweitig übertragenen Geflügelpest oder infolge von Krankheiten, die nicht durch das Bachwasser übertragen worden sein konnten, etwa durch die aufgetretenen Ratten, oder schließlich Hinsiechen infolge falscher Behandlung oder eines ungeeigneten Standortes). Den Klägern sei die Führung des Beweises nach dem ersten Anschein auch nicht etwa deshalb genommen, weil der Kläger zu 2 die Todesursache der Hühner nicht habe feststellen lassen. Die Beklagte ihrerseits habe keine Umstände dargotan, die ihr (vermutetes, übrigens auch erwiesenes) Verschulden ausschließen könnten, insbesondere entlaste sie nicht, daß der Bau einer ausreichenden Kläranlage für sie eine erhebliche finanzielle Belastung bedeutet habe. Eine Mitverschulden des Klägers zu 2 an dem Verlust der Hühner liege nicht vor. Die Umzäunung des verseuchten Baches sei Sache der Beklagten gewesen. Eine Umzäunung habe der Kläger zu 2 vorgenommen und den Zaun 1956 erneuert. Wenn man darin, daß dieser Zaun vom Kläger zu 2 nicht einwandfrei in Ordnung

gehalten worden sei, ein gewisses Mitverschulden erblicken wolle, so wäre dies jedenfalls nur sehr gering zu bemessen und gegenüber demjenigen der Beklagten zu vernachlässigen. Dieser Schadensersatzanspruch ist nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht verjährt.

Auch den Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Kläger zu 2 durch Verdienstausschlag in den Jahren 1956 bis 1958 (je 1 000 DM pro Jahr) erlitten hat, hält das Berufungsgericht dem Grunde nach gemäß § 24 PrWassG für begründet. Der Kläger zu 2 habe wegen Fortbestandes der von der Beklagten gesetzten Gefahrenquelle bei sachgemäßer Erwägung sich gehindert fühlen können, den Betrieb wieder aufzunehmen. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob die von ihm behauptete Verschmutzung des Grundstücks infolge des Hühnersterbens solange angehalten habe, daß eine Wiederaufnahme der Zucht vor Ende 1958 durch diesen Umstand ausgeschlossen gewesen sei. Aus dem Gutachten des Sachverständigen Mitscherlich ergebe sich nämlich jedenfalls, daß selbst heute noch das Bachwasser infolge der Einleitungen der Beklagten so beschaffen ist, daß jederzeit mit Infektionen der Hühner gerechnet werden können. Angesichts dieser Sachlage sei es dem Kläger zu 2 auch in den Jahren 1956 bis 1958 nicht zuzumuten gewesen, seinen Betrieb wieder aufzunehmen.

B) Zur Durchsetzung des Klagantrags Nr. 3 a hält das Berufungsgericht den Rechtsweg vor dem ordentlichen Gericht für gegeben. Entgegen dem im Jahre 1942 erlassenen Urteil des Reichsgerichts (RGZ 170, 44) sei entsprechend dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18. Februar 1959 (BGHZ 29, 314, 317) heute wieder nach den Grundsätzen zu verfahren, die vor der Entscheidung des Reichsgerichts im

Jahre 1942 allgemein angewendet worden seien. Danach könne zwar von der Beklagten nicht die Beseitigung ihrer Abwasseranlage oder die Unterlassung der Abwässereinleitung verlangt werden, weil diese Maßnahmen für das allgemeine Wohl unentbehrlich oder doch von Bedeutung seien. Die Kläger könnten jedoch in entsprechender Anwendung der §§ 26 GewO, 50 PrWassG verlangen, daß die Beklagte durch geeignete Vorkehrungen Vorsorge dafür treffe, daß benachteiligende Einwirkungen auf ihr Grundstück nicht mehr stattfinden. Daß derartige Maßnahmen ohne wesentliche Beeinträchtigung oder Veränderung des Betriebes nicht möglich wären, habe die Beklagte selbst nicht behauptet; es könne daher dahingestellt bleiben, ob schon allein ein solches Vorbringen der Beklagten den Rechtsweg unzulässig machen würde (RG JW 1938, 2969; Gruch. 60, 859 f). Nicht durchgreifen könne auch der Einwand der Beklagten, in das vor den Verwaltungsbehörden schwebende Verfahren dürften die Kläger mit einer Klage auf Vornahme der verlangten Einrichtung nicht eingreifen. Durch das Verwaltungsverfahren würden zivilrechtliche Ansprüche nicht berührt, ganz abgesehen davon, daß die Beklagte keinen Vorteil daraus herzu-leiten berechtigt sei, daß sie den Antrag auf Rechtsver-leihung, der schon vor vielen Jahren geboten gewesen wäre, erst jetzt während dieses Rechtsstreits gestellt habe.

Der Klagantrag Nr. 3 a hätte bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 27. Juli 1957 (EGBI I S. 1110 idF des Änderungsgesetzes vom 19. Februar 1959, EGBI I S. 37) am 1. März 1960 auf § 24 PrWassG gestützt werden können; seit dem Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes stelle nunmehr § 22 Abs. 1 dieses Gesetzes die Anspruchsgrundlage

dar. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift seien ebenfalls erfüllt, und zwar schon deshalb, weil sie die Haftung im Verhältnis zu § 24 PrWassG nur verschärft, jedoch in keiner Hinsicht abgeschwächt habe. Unbegründet sei der Einwand der Beklagten, eine Gefährdung sei heute nicht mehr gegeben. Nach dem Gutachten des Prof. Dr. Mitscherlich sei noch für August 1960 die Möglichkeit gegeben, daß jederzeit infolge der Zuleitungen durch die Beklagte Krankheits-erreger in den Bach einflössen und damit eine derartige Wasserverunreinigung bewirkt würde, daß Geflügel infiziert werden könnte. Es könne zwar sein, daß der Beklagten Untersuchungsergebnisse vorlägen, die später entnommene Wasserproben betreffen und eine Verunreinigung des Wassers nicht ergäben. Da aber die Verhältnisse seit der Begutachtung durch den Sachverständigen Prof. Dr. Mitscherlich keinerlei Veränderung erfahren haben, könne daraus weiter nichts hergeleitet werden, als daß das Wasser zeitweise in besserem Zustand sein könne. Daraus, daß die als Zeugen vernommenen Nachbarn des Klägers bekundet hätten, daß seit Inbetriebnahme der mechanischen Kläranlage bei ihnen Verluste an Hühnern nicht eingetreten seien, ließe sich - abgesehen davon, daß auch dies nur auf eine Verminderung der Gefahr, nicht auf ihren Wegfall schließen ließe - schon deshalb nichts herleiten, weil diese Zeugen größtenteils oberhalb der neuen Kläranlage wohnten, von ihr also gar nicht betroffen würden.

II.

Die Revision rügt Verstöße gegen materielles Recht und Verfahrensrecht.

1. Zur Frage der Kausalität: Verkennung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins (B I 2 a, b) und über dessen Entkräftung durch Darlegung einer ernsthaften Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs (B II 1, 2 und III: Infektion durch Geflügelpest), sowie Verkennung der rechtlichen Folgen einer Vereitelung des Gegenbeweises durch den Beweisführer (B II, 3).

2. Zur Frage des Verschuldens: Verletzung des § 24 Abs. 1 Satz 2 PrWassG insofern, als der Beklagten nicht der Vorwurf schuldhaften Handelns gemacht werden könne, wenn sie - wie sich aus allgemeiner Erfahrung ergäbe - zu weiteren Sicherungsmaßnahmen außerstande gewesen sei. Mindestens hätte das Berufungsgericht in dieser Richtung das Fragerecht nach § 139 ZPO ausüben müssen. Dann hätte die Beklagte vortragen und durch behördliche Auskunft der Amtsverwaltung unter Beweis gestellt, daß sich ihr ordentlicher Haushalt in der Größenordnung von 260 000 DM bewege, daß sie aber gleichwohl schon 1953/54 für den Bau der Kanalisation der neuen Siedlung und das Absatzbecken rund 50 550 DM ausgegeben habe. Das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang auch das Schreiben des Regierungspräsidenten in D. vom 21. März 1953 beachten müssen, wonach der Beklagten eine Beihilfe für den Entwurf einer Teilkanalisation versagt und die Aufstellung eines gesamten Kanalisierungsplans verlangt worden sei. Hätte das Berufungsgericht auch nur die geringsten Zweifel gehabt, daß die Beklagte auch in den Jahren 1954/1957 das Äußerste geleistet habe, so hätte er diesen Zweifel gemäß § 139 ZPO zu erkennen geben müssen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und des auf Fragen weiteren Vortrags der Beklagten hätte das Berufungsgericht den Entlastungsbeweis gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 PrWassG als erbracht ansehen müssen (C).

3. Zur Frage des Mitverschuldens: Verletzung der §§ 24 Abs. 6 PrWassG und 254 BGB hinsichtlich beider Schadensersatzansprüche (D II; E II, 3).

4. Zum Klagantrag Nr. 3 a: Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts habe die Beklagte den Antrag auf Rechtsverleihung nicht erst während des Rechtsstreits gestellt, sondern nach beiderseitigen Parteivortrag schon am 1. Juni 1957 (F II, 1). Weiter habe das Berufungsgericht überschen, daß jedenfalls nach der Einleitung eines Bewilligungsverfahrens (§ 9 WHG), die Entscheidung über die Alternative: Herstellung von schadensabwendenden Einrichtungen oder Entschädigung gemäß § 8 Abs. 3 WHG der Verwaltungsbehörde anheimgegeben sei. Bei dieser Regelung sei es den ordentlichen Gerichten verschlossen, durch eine Verurteilung auf Herstellung schadenshindernder Einrichtungen der Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde im Bewilligungsverfahren vorzugreifen (F II, 2). Der Anspruch auf Herstellung geeigneter Maßnahmen sei aber auch sachlich nicht begründet, da bei dem derzeitigen Zustand des geklärten Wassers keinerlei Gefährdung von Hühnern mehr vorliege. Das Berufungsgericht habe bei der gegenteiligen Annahme seine Sachkenntnisse auf bakteriologisch hygienischem Gebiet überschätzt.

III.

A) Zahlungsanspruch

1. Die Revision weist darauf hin, daß nach den Feststellungen des Tatrichters mit den Fäkalien gelegentlich Krankheitserreger eingeleitet worden seien und solche Erreger möglicherweise von Hühnern aufgenommen worden seien.

Sei somit, folgert die Revision, die Häufigkeit der Erreger für die Wahrscheinlichkeit der Ansteckung maßgebend, so könne bei nur gelegentlicher Mitführung von Erregern nicht von einem typischen Verlauf gesprochen werden, wenn es je zu einer Ansteckung auf diese Art gekommen sei. Auch sei nicht typisch, was nur möglich erscheine.

Diese Rüge ist unbegründet. Ob ein Verlauf typisch ist, hängt nicht von seiner Häufigkeit ab, sondern - wie die Revision zutreffend bemerkt - davon, ob sich bei der Gesamtgestaltung des Falles nach der Lebenserfahrung ein solcher Verlauf ohne weiteres aufdrängt. Ist eine seuchenhafte Erkrankung aufgetreten und die Möglichkeit eines bestimmten Zutritts von Krankheitserregern sicher erwiesen und sind weiter seuchenhafte Erkrankungen auch anderwärts aufgetreten, wo Tiere in Zusammenhang mit dieser möglichen Erregerquelle kamen, so ist ein typischer Ablauf im Sinne der Ansteckung auf diese Weise nicht ausgeschlossen. Ob sich der Zutritt der Krankheitserreger innerhalb eines bestimmten Zeitraums absolut selten oder häufig verwirklicht, spielt für die Frage, ob sich bei ihrem Auftreten ein typischer Ablauf feststellen läßt, keine Rolle.

Die ernsthaftige Möglichkeit dafür, daß die Hühner nicht durch Erreger im Bachwasser, sondern auf andere Weise angesteckt worden sein könnten, und damit die Entkräftung des Anscheinsbeweises (BGHZ 6, 169) erblickt die Revision in dem Umstand, daß die Hühner der Geflügelpest erlegen seien und sie jedenfalls von dieser Krankheit auf jede andere Art, als durch Aufnahme verseuchten Bachwassers hätten befallen werden können. Der Beweis des ersten Anscheins entfalle schon bei der ernsthaften Möglichkeit eines solchen andersartigen

Ablaufs. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts brauche der von ihm unterstellte Ablauf (Aufnahme durch Bachwasser) nicht ausgeschlossen zu sein. Umgekehrt hätte aber die Übertragung gerade dieser Krankheit durch die festgestelltenmaßen in dieser Zeit häufig auftretenden Ratten nicht ausgeschlossen werden können, vielmehr bei Berücksichtigung seuchenmedizinischer Erfahrung ernstlich in Betracht gezogen werden müssen.

Ob diese letzten Ausführungen zutreffen, kann auf sich beruhen. Diese Rügen können die Revision im Ergebnis deshalb nicht stützen, weil das Berufungsgericht unter den obwaltenden Umständen schon die ernsthafte Möglichkeit, daß die Hühner an Hühnerpest eingegangen seien, für ausgeschlossen erachtet hat. Entgegen der Ansicht der Revision kann dieser Feststellung aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden, insbesondere kann darin nicht eine Überspannung hinsichtlich der Voraussetzungen erblickt werden, unter welchen ein Anscheinsbeweis entkräftet wird. Das Berufungsgericht stützt sich bei dieser Feststellung nicht allein auf die Aussagen des Zeugen Dr. F. [REDACTED], der bei seinen wiederholten Untersuchungen der Hühner des Klägers zu 2 keinerlei Anzeichen von Hühnerpest bemerkt hat, sondern auch auf die Ausführungen des Sachverständigen Mitscherlich, nach denen keinerlei Symptome vorlagen, die diese Krankheit irgendwie wahrscheinlich machten. Erst die Würdigung der gesamten Umstände bildet die Grundlage für die Feststellungen des Tatrichters, so daß allein der Umstand, daß Dr. F. [REDACTED] die verendeten Hühner nicht gesehen hat und auch eine Diagnose durch Laien fehlerhaft sein könnte, die tatrichterliche Würdigung, daß Hühnerpest unter diesen gegebenen Umständen nicht ernstlich in Betracht gezogen werden brauche, nicht zu Fall bringt.

Schließlich hat der Kläger zu 2 entgegen der Annahme der Revision auch den nunmehr der Beklagten obliegenden Beweis für die Möglichkeit einer anderweitigen Verursachung der Hühnerkrankheit (hier Ansteckung durch Hühnerpest außerhalb des Bachwassers) nicht schuldhaft unmöglich gemacht. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, daß sich der Kläger im vorliegenden Fall der bei der Durchführung von etwaigen Schadensersatzansprüchen auftretenden Beweisschwierigkeiten nicht bewußt sein konnte. Da er sich dieses Umstandes nicht bewußt war und gegen ihn auch nicht der Vorwurf erhoben werden kann, daß er diesen Umstand nicht bedacht hat, so ist die Annahme der Revision, er habe der Beklagten schuldhaft eine Beweisführung unmöglich gemacht, nicht gerechtfertigt.

2. Verschulden

Die Revision meint, ein Verschulden der Beklagten sei schon deswegen ausgeschlossen, weil sie zu weiteren Sicherungsmaßnahmen, als der von ihr getroffenen, aus wirtschaftlichen Gründen außerstande gewesen wäre. Sie übersieht, daß die Beklagte bei Mangel der erforderlichen Geldmittel für die Erstellung einer ausreichenden Kläranlage mangels eines geeigneten Vorfluters auch von einer Sammlung der mit Fäkalien beladenen Abwässer hätte absehen müssen. Ihr Vortrag, daß Aufsichts- oder Polizeibehörden diesen rechtswidrigen Zustand geduldet hätten, enthält keine Entschuldigung. Zur Frage, ob der Kläger zu 2 infolge mangelhafter Abwehr den Schaden dadurch mitverursacht und mitverschuldet hat, daß er keinen Schutzzaun errichtet hat, ist der Revision einzuräumen, daß die Vorpflichtung der Beklagten, die von ihr gesetzte Seuchengefahr ihrerseits durch Errichtung eines Zaunes zu

bannen, die Möglichkeit einer mitwirkenden Verursachung des Geschädigten durch eine entsprechende mangelhafte Abwehr nicht ausschließt. Dies hat das Berufungsgericht aber auch nicht verkannt; seine Ausführungen handeln davon, daß der Kläger zu 2 jedenfalls nicht etwa ausreichende Angebote der Beklagten mit der irrigen Begründung, sie seien nicht genügend, abgelehnt hat.

Unbegründet ist weiter der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe wegen Verkenntung des Rechtsgedankens des § 254 BGB (EGHZ 9, 316, 318) keine ausreichende Vorstellung über den Umfang des unterstellten Mitverschuldens des Klägers zu 2 gehabt, der nach seinem Vortrag die drohende Gefahr während der Jahre 1953 bis 1956 erkannt und die ersten Verluste wegen Wasserverseuchung schon 1955 gehabt habe und daher bei Anwendung der Sorgfalt eines "ordentlichen und verständigen Menschen" eine ausreichende und einwandfreie Umzäunung habe herstellen müssen. Der Tatrichter hat in dieser Hinsicht festgestellt, daß eine Abzäunung vorhanden war (S. 21 BU Mitte), diese aber Anspülungen durch Hochwasser nicht habe verhindern können. Eine Mitverursachung und ein Mitverschulden des Klägers zu 2 unterstellt das Berufungsgericht insoweit, als er den Zaun trotz aller Schwierigkeiten und Bedenken nicht einwandfrei in Ordnung gehalten habe. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung der beiderseitigen Verursachung läßt keinen Rechtsverstoß erkennen, da das Berufungsgericht mit Recht davon ausgeht, daß die Verschmutzung und Verseuchung der Gewässer eine ungleich wirksamere Ursache darstellt und den Täter ungleich höher zum Verschulden gereicht, als denjenigen möglicherweise ein Verschulden trifft, der bei der Abwehr dieser Gefahr nicht jede an sich gebotene Sorgfalt aufwendet.

Der letzte Angriff der Revision gegen die bezifferten Schadensersatzansprüche richtet sich gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger zu 2 habe sich ungeachtet der Verseuchungsdauer des Grundstücks wegen des Fortbestands der von der Beklagten gesetzten Gefahrenquelle bei sachgemäßer Erwägung gehindert fühlen können, den Betrieb wiederaufzunehmen. Die Revision meint, der Verdienstausfall der späteren Jahre (1956 bis 1958) könne nicht auf die Wasserverschmutzung zurückgeführt werden, weil der Kläger zu 2 bei seiner Anhörung selbst erklärt habe, er habe das Bachufer durch einen 2-m-Zaun mit Maschendraht abgezüunt; die Pfähle dieses Zauns hätten sich bis zu seiner Erneuerung Mitte des Jahre 1956 zum Teil geneigt (S. 13 BU, 4. Abs.). Jedenfalls, fährt die Revision fort, entfalle ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen Wasserverschmutzung unter dem Gesichtspunkt des § 254 Abs. 2 BGB (Pflicht zur Schadensabwendung), weil der Kläger zu 2 unterlassen habe, einen dichten Zaun zu errichten.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Die Revision übersieht, daß selbst ein dichter Zaun nach den Feststellungen des Tatrichters die Gefährdung durch Überschwemmung des fäkalienbehafteten Wassers nicht abgehalten hätte und weiter eine ausreichende Abzäunung und ihre Unterhaltung auch hohe Unkosten verursacht hätte, wobei jeder Tatsachenvortrag fehlt, ob der Kläger zu 2 zu solch hohen Aufwendungen überhaupt in der Lage gewesen wäre. Da auch im übrigen ein von Amts wegen zu beachtender materiell-rechtlicher Rechtsverstoß zum Nachteil der Beklagten nicht festgestellt werden kann, erweist sich der Klagantrag Nr. 1 dem Grunde nach für gerechtfertigt.

B) Hinsichtlich des Klagantrags Nr. 3 a geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 22 Abs. 1 WHG in Verbindung mit § 1004 BGB auf Beseitigung der Abwasseranlagen oder die Unterlassung der Abwassereinleitung an sich gegeben seien. Dieser Anspruch sei jedoch ausgeschlossen, weil diese Maßnahmen für das allgemeine Wohl unentbehrlich oder doch von Bedeutung seien. Daher könne die Klägerin in entsprechender Anwendung der §§ 26 GewO, 50 PrWassG geeignete Vorkehrungen zur Vermeidung ihrer Beeinträchtigungen verlangen.

Richtig ist, daß die Kläger durch das verseuchte Bachwasser in ihrem Grundstückseigentum und zugleich in ihrem Eigentum an dem Gewässer betroffen sind, weil sie Eigentümer des Wasserlaufs im Bereich ihres Grundstücks sind. Dies ergibt sich für die frühere Zeit aus § 8 PrWassG und seit dem Inkrafttreten des Wassergesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. Mai 1962 (NRWGVBl 1962, 235) aus § 24 dieses Gesetzes insoweit, als das Wasser von den Eigentümern nur für den eigenen Bedarf benutzt wird (vgl. Urteil des Senats vom 26. Februar 1964/V ZR 149/61). Daneben schützt § 22 Abs. 1 WHG einen jeden, dem durch die Verseuchung des Wassers ein Schaden zugefügt wird. Obwohl es sich daher nach dieser Anspruchsgrundlage an sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt, so geht die gerügte Beeinträchtigung doch unmittelbar auf Maßnahmen zurück, die die beklagte Gemeinde im Rahmen der durch die Gemeindeordnung gebotenen Betreuung ihrer Einwohner (§ 18 NRWGO) getroffen hat. Die Kanalisation ist, wie der Senat bereits in dem oben angeführten Urteil ausgeführt hat, in § 19 NRWGO als eine der Volksgesundheit dienende öffentliche Einrichtung ausdrücklich genannt, ihr kommt insbesondere seuchenverhütende

Bedeutung zu (vgl. § 12 Abs. 1 Bundesseuchengesetz vom 18. Juli 1961, BGBl I, 1012) und wird daher als "polizeiliche Gemeindeanstalt" hervorgehoben (vgl. Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht 7. Aufl. S. 123). Sammlung, Reinigung und Ableitung des Abwassers obliegen daher der Gemeinde als öffentlich-rechtliche Pflicht (vgl. Gönnerwein, Gemeinderecht S. 88) und die zur Lösung dieser Aufgabe erforderlichen Maßnahmen, wie die Kanalisation, Kläranstalt und Einleitung des geklärten Abwassers in einen Vorfluter sind daher Maßnahmen schlicht hoheitlicher Verwaltung der Gemeinde. Die Durchführung der erforderlichen Maßnahmen stellen Amtshandlungen dar. Richtet sich aber die Abwehr unmittelbar gegen eine hoheitliche Verwaltungsmaßnahme und würde damit die Vollstreckung des stattgebenden Urteils zur Aufhebung oder Änderung einer hoheitlichen Maßnahme führen, so liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (§ 40 VwGO) vor und der ordentliche Rechtsweg ist ausgeschlossen (EGHZ 4, 264, 266). Dies träfe nur dann nicht zu, wenn sich der Träger hoheitlicher Gewalt bei der Erfüllung seiner Aufgaben der allgemeinen Rechtssätze des Privatrechts bediente (Verwaltungshandeln in zivilrechtlichen Formen, EGHZ aaO). Dieser Fall ist hier nicht gegeben, da die Abwasserbeseitigung nicht nur eine öffentliche Aufgabe darstellt, sondern auch ihre Durchführung nach öffentlich-rechtlichen Bestimmungen erfolgt und die Ableitung des Abwassers - im Gegensatz etwa zum Erwerb eines Grundstücks oder Abschluß eines Werkvertrags bei der Erstellung der Kanalisation oder bei dem Bau einer Kläranlage - einen unablösbaren Teil der gesamten zusammengehörigen öffentlich-rechtlichen Planung darstellt. Ausgeschlossen ist aber der Zivilrechtsweg nicht nur für den Anspruch auf Unterlassung einer hoheitlichen Maßnahme, sondern jedenfalls dann auch für den Anspruch auf Einrichtungen zur Aufhebung oder Minderung der Beeinträchtigung.

wenn die öffentliche Anlage durch solche Einrichtungen selbst wesentlich geändert würde, insbesondere Aufwendungen erforderte, die offensichtlich außerhalb der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel stehen, oder wenn die Schutz-einrichtungen im Rahmen größerer und umfassenderer Planungen allenfalls eine kurzfristige Wirkung entfalteten, die in keinem Verhältnis zu dem Aufwand stehen.

Im vorliegenden Fall ist nicht dargelegt, auf welche Art und Weise die Beklagte, abgesehen von dem Bau einer biologischen Kläranlage oder von unverhältnismäßig aufwendigen, im Hinblick auf die Gesamtplanung aber nur kurzfristig wirksamen Abhilfemaßnahmen (Verrohrung), die Seuchengefährdung sollte vermeiden können. Da es Sache der Kläger ist, die Voraussetzungen des Zivilrechtsweges darzulegen, hätten sie vortragen müssen, welche Maßnahmen außerhalb der öffentlich-rechtlichen Planung in Betracht gekommen wären, durch welche die Seuchengefahr hätte gebannt werden können. In Ermangelung dieses Vortrags ist für den Klagantrag Nr. 3 a der Zivilrechtsweg nicht gegeben. Einen Antrag auf Verweisung an das Verwaltungsgericht haben die Kläger nicht gestellt; der Verweisungsantrag der Beklagten ist unbeachtlich. Der Antrag Nr. 3 a war daher als unzulässig abzuweisen.

Für den Fall der Unzulässigkeit des Rechtswegs haben die Kläger in der Berufungsinstanz einen Hilfsantrag auf Feststellung der Pflicht der Beklagten gestellt, den Klägern den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Schmutzwassereinleitung vom Oktober 1956 bis zum Erlass eines rechtskräftigen wasserrechtlichen Verleihungsbeschlusses entstanden ist oder entsteht. Über diesen Antrag hat das Oberlandesgericht nicht entschieden. Insoweit war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, bei dem der Klagantrag Nr. 3 b noch anhängig ist.

In Anbetracht des Umstandes, daß ein Teil des Rechtsstreites noch beim Berufungsgericht anhängig ist, war die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht im Schlußurteil vorzubehalten.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell