

23. Zur Auslegung des § 43 des preußischen Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874. Inwieweit ist der Rechtsweg zulässig über Ansprüche auf Herstellung von Vorkehrungen zur Beseitigung schädlicher Zuführungen in Fischereigewässer?

V. Zivilsenat. Urt. v. 1. April 1911 i. S. Graf v. B. (Kl.) w. v. D. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 356/10.

- I. Landgericht Guben.  
 II. Kammergericht Berlin.

Auf dem Fideikommißgute des Klägers befinden sich umfangreiche Fischteiche. Diese werden gespeist mit Wasser aus der Malze, einem Privatflusse, der das Gut durchfließt. Etwa 20 km flussaufwärts liegt die den Beklagten gehörige Grube „Providentia“, deren Wasser in die Malze abgeleitet werden. Im März 1906 trat in den Teichen ein Fischsterben auf, das der Kläger auf die der Malze zugeleiteten Grubenwasser zurückführt. Nach der Behauptung des Klägers sollen die Zuführungen an Stoff und Menge weit über das gemeinübliche Maß hinausgegangen sein und namentlich schweflige Säuren und schwefelsaures Eisen, beides für die Fische schädliche Stoffe, enthalten haben. Der Kläger hatte beantragt:

festzustellen, daß die Beklagten zu solchen Zuführungen nicht befugt und schuldig seien, Anstalten zur Vermeidung der Wasserzuführungen zu treffen.

Die Beklagten machten geltend, daß die Zuleitungen stets und auch schon vor Erlaß des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 in die Malze stattgefunden hätten, eine Ableitung in anderer Weise auch nicht möglich sei.

Das Landgericht hat nach dem Antrage verurteilt, das Berufungsgericht aber hat die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden, aus folgenden

Gründen:

„Nach dem in der Berufungsinstanz erstatteten Gutachten des Bergrats N. wird die Grube „Providentia“ seit dem Jahre 1864 betrieben. Innerhalb der Grenzen des Bergwerks haben die Betriebsstätten mehrfach gewechselt. Der Betrieb hat sich zunächst in der Form des Tagebaues vollzogen, dann ist man im Jahre 1894 zum Tiefbau übergegangen. Die Bergwässer sind von Anfang an der Malze zugeführt worden. Die von den jeweiligen Betriebsstätten aus angelegten Ableitungsgraben verlaufen in gleicher Richtung; die frühere Einmündungsstelle liegt von der jetzigen nur 30 bis 40 m entfernt. Die Wasserzuführung hat im Laufe der Zeit eine erhebliche Steigerung nicht erfahren, indem seit dem Bestehen der Grube in normalen Zeiten immer  $1\frac{1}{2}$  bis 2 cbm in der Minute abgestossen

sind. Das Berufungsgericht hat diesen Sachverhalt als feststehend angenommen und ist dann der Ansicht des Gutachters darin beigetreten, daß die Ableitung so, wie sie in den Jahren 1905 und 1906 bestanden habe, auch bereits vor Erlaß des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 vorhanden gewesen sei. Aus diesem Grunde hat das Berufungsgericht den Antrag auf Untersagung der Zuführungen für sachlich unbegründet erklärt; bezüglich des weiteren Antrags, die Beklagten zu verurteilen, Vorkehrungen zur Beseitigung der schädlichen Zuführungen zu treffen, ist angenommen worden, daß hierfür der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben sei. Die Begründung des Berufungsurteils schließt sich an das Urteil des jetzt erkennenden Senats in den Entsch. in Zivilf. Bd. 46 S. 250 an, wo ausgeführt ist, daß mit Rücksicht auf die Vorschrift in Abs. 3 des § 43 Fisch.Ges. bei Ableitungen, die bereits vor Erlaß des Gesetzes bestanden haben, der geschädigte Fischereiberechtigte nur Abhilfemaßregeln (Vorkehrungen zur tunlichsten Abwendung der Schädigungen) in Antrag bringen könne, und auch dies nur bei der Verwaltungsbehörde.

Die Revision wendet sich, indem sie Verletzung des § 43 rügt, in erster Linie gegen die Annahme, daß die Ableitung jetzt keine andere sei als vor Erlaß des Gesetzes. Die Rüge ist, wenn auch aus andern als den von der Revision geltend gemachten Gründen, berechtigt. In der Rechtslehre wie des gemeinen so auch des preussischen Rechts gilt der Grundsatz, daß Privatflüsse zur Ableitung von Wasser und sonstigen Stoffen benützt werden dürfen; nur dürfen die Ableitungen das Maß des Gemeinüblichen nicht überschreiten (Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 16 S. 178). Das Gesetz vom 30. Mai 1874 hat dagegen Ableitungen, die der Fischerei Schaden bringen können, ohne Rücksicht auf die Gemeinüblichkeit verboten und die Übertretung des Verbots unter Strafe gestellt (§ 43 Abs. 1, § 50 Nr. 7). Dabei sind in Abs. 3 des § 43 besondere Bestimmungen für solche Ableitungen gegeben worden, die von der Verwaltungsbehörde kraft der ihr in Abs. 2 erteilten Ermächtigung gestattet sind, oder die bereits bei Erlaß des Gesetzes vorhanden waren. Das Gesetz hat für die einen wie für die andern Ableitungen in gleicher Weise das Verbot des Abs. 1 eingeschränkt. Für die Zulassung von „Gestattungen“ durch die Verwaltungsbehörde war der Gedanke leitend, daß gegenüber den vielfach höherwertigen Interessen der landwirtschaftlichen und gewerb-

lichen Betriebe die Rücksicht auf die Fischerei unter Umständen zurücktreten müsse. Die Ausnahme zugunsten der bereits vorhandenen Ableitungen wurde ebenfalls aus Gründen der Billigkeit gemacht, und es mochte auch bedenklich erscheinen, ohne weiteres in bereits bestehende Verhältnisse einzugreifen oder die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes von dem Ermessen der Verwaltungsbehörde abhängig zu machen. Diese Erwägungen konnten aber da nicht ausschlaggebend sein, wo bisher zwar Ableitungen stattgefunden hatten, aber ohne Nachteil für die Fischerei. Unschädliche Ableitungen konnten den Fischereiberechtigten nicht beschweren; schädliche Veränderungen, deren Ursachen in einem landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebe lagen, änderten den Besitzstand und ließen eine Berufung auf ihn durch den Betriebsinhaber nicht mehr zu. Das Fischereigesetz enthält Vorschriften über unschädliche Einleitungen (Ableitungen) nicht. Die Vorschriften der §§ 44 und 50 Nr. 7 zeigen, daß das Gesetz unter Einleitungen stets nur solche schädlicher Art versteht. Für Einleitungen ist die Schädlichkeit ein begriffliches Merkmal, und deshalb kann auch erst von dem Zeitpunkte ab, wo dieses Merkmal der Schädlichkeit gegeben ist, im Sinne des Gesetzes von einer Einleitung (Ableitung) gesprochen werden. Eine Einleitung, die, sei es wegen der Beschaffenheit, sei es wegen der Menge der eingeleiteten Stoffe, erst nach Erlaß des Gesetzes schädlich geworden, ist gegenüber der früheren nicht mehr dieselbe und bedarf, sofern sie nicht der Verbotsvorschrift des Abs. 1 unterliegen soll, der besonderen Gestattung. In der Begründung des Gesetzes heißt es zu § 43 (im Entw. § 40), daß das Verbot nicht in vollem Umfange zur Geltung zu bringen sei bei den „bereits bestehenden schädlichen Ableitungen“. Auch hierdurch wird bestätigt, daß die bestehenden Ableitungen damals bereits schädlich sein mußten, und daß es nicht genügen sollte, wenn sie später vielleicht schädlich wurden.

Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht, neben der Tatsache, daß die Wasser in den verschiedenen Zeiten im wesentlichen an derselben Stelle der Malze zugeführt sind, nur auf den Herkunftsort und die Menge der abgeleiteten Wasser Gewicht gelegt. Nach dem Gutachten des Sachverständigen scheinen aber den Fischen schädliche Stoffe — saure Wasser — erst 1906 der Malze zugeführt zu sein, und zwar bei Gelegenheit eines Versuchs, die in der alten Mulde III

aufgegangenen Wasser zu sämpfen. Auf diese Ausführung des Sachverständigen scheint sich die Bemerkung im Urteil des Berufungsgerichts zu beziehen, daß in den verschiedenen Zeiten die Qualität des Wassers verschieden gewesen sei. Daß schon vor Erlass des Gesetzes die Einleitungen für die Fischerei schädlich gewesen sind, ist weder festgestellt noch auch nur behauptet. Deshalb war die Aufhebung des Urteils geboten, und zwar ohne daß es der von der Revision erbetenen Nachprüfung der in der Entscheidung des erkennenden Senats in den Entsch. Bd. 46 S. 250 entwickelten Rechtsauffassung bedurfte. Hingewiesen mag noch darauf werden, daß der Kläger seine Ansprüche schon in der Klageschrift auch darauf gestützt hat, daß er Flußanlieger sei. Das Berufungsgericht hat von diesem Gesichtspunkte aus die Sache nicht gewürdigt, weil der Kläger lediglich Schutz für seine Fischerei erstrebe. Dies aber ist unerheblich. Einwirkungen der Beklagten, die über das gemeinübliche Maß hinausgehen, und für die eine besondere Berechtigung nach den Vorschriften des Fischereigesetzes nicht besteht, enthalten einen unzulässigen Eingriff in das Eigentum des Klägers und brauchen überhaupt nicht gebuldet zu werden. Das Fischereigesetz hat über die in ihm enthaltenen Vorschriften hinaus die Rechte des Eigentümers (Ufereigentümers) nicht eingeschränkt.“