Titel:

Schadensersatz, Patent, Rentenversicherung, Rente, Berufung, Versicherungspflicht, Mitverschulden, Ermessen, Revision, Altersdiskriminierung, Erteilung, Ablehnung, Antragstellung, Anspruch, Ermessen des Gerichts, kein Anspruch, Kosten des Rechtsstreits

Schlagworte:

Schadensersatz, Patent, Rentenversicherung, Rente, Berufung, Versicherungspflicht, Mitverschulden, Ermessen, Revision, Altersdiskriminierung, Erteilung, Ablehnung, Antragstellung, Anspruch, Ermessen des Gerichts, kein Anspruch, Kosten des Rechtsstreits

Vorinstanz:

LG Kempten, Endurteil vom 08.03.2019 – 13 O 61/18

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 29.07.2021 – III ZR 163/20

Fundstelle:

BeckRS 2020, 50362

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Kempten (Allgäu) vom 08.03.2019, Az. 13 O 61/18, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Das in Ziffer 1. genannte Urteil des Landgerichts Kempten (Allgäu) ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

I.

1
Der Kläger begehrt vom Beklagten die Erteilung eines sog. Hochseepatents, das ihm die Berufsfischerei auf dem Bodensee gestatten würde.

2
Die Bodenseefischerei wurde in der zwischen den (damaligen) Anrainerstaaten des Bodensees - Baden, Bayern, Liechtenstein, Österreich, Schweiz und Württemberg - geschlossenen Bregenzer Übereinkunft vom 05.07.1893 grundlegend geregelt. Laut der Präambel der Übereinkunft bestand ihr Ziel darin, „die wertvollen Fischarten im Bodensee zu erhalten und zu vermehren“. Auf der Grundlage der Übereinkunft fasst die regelmäßig zusammenkommende Internationale Bevollmächtigtenkonferenz für die Bodenseefischerei (IBKF) Beschlüsse zur Verfolgung des o.g. Zieles.

3
Der am ... 1945 geborene Kläger war ca. seit 1963 als Berufsfischer am Bodensee tätig. Er besitzt zwei Boote. Die zur Ausübung der Berufsfischerei auf dem Bodensee erforderlichen Hochseepatente wurden ihm jährlich jeweils zu Beginn der Fischereisaison durch das zuständige Landratsamt Lindau erteilt, ohne dass er einen erneuten Antrag hätte stellen müssen.

4
Mit Beschluss vom 24.06.2015 regelte die IBKF die Zahl der von den Anrainerstaaten zu erteilenden Hochseepatente, die zur Ausübung der Berufsfischerei auf dem Bodensee berechtigen, neu. Vorgesehen wurde eine bis spätestens 01.01.2020 vorzunehmende Begrenzung auf insgesamt 80 Patente, von denen

der Beklagte acht erteilen durfte. Jedes Patent verfüge (wie bisher) über vier, ab 01.01.2020 einheitlich über mindestens fünf Schwebnetze. Weiter wurde geregelt, dass Fischer, die das 70. Lebensjahr vollendet hätten und daher Altersgeld, Rente oder Pension bezögen, nur noch ein zur Verwendung eines Schwebnetzes auf dem hohen See berechtigendes Alterspatent erhielten.

5
Aufgrund einer Weisung des Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten teilte das Landratsamt Lindau dem Kläger mit Schreiben vom 17.07.2017 mit, dass ab dem 01.01. 2020 über die Patentvergabe neu entschieden werden müsse, und forderte ihn auf, die Erteilung des jeweils gewünschten Hochsee- oder Alterspatents jährlich bis spätestens 31.10. schriftlich zu beantragen.

6
Der Kläger beantragte bei dem zuständigen Landratsamt L. mit Schreiben des Klägervertreters vom 29.12.2017 (Anlage K 3), ihm für 2018, idealerweise auch für 2019 und 2020 ein Hochseepatent zu erteilen. Das Landratsamt Lindau teilte ihm daraufhin mit, ihm könne nur noch ein Alterspatent erteilt werden.

7
In der Konferenz vom 20.06.2018 beschloss die IBKF, dass der Beklagte übergangsweise bis 2025 maximal 43 Schwebnetze lizensieren dürfe. Diese Zahl entsprach den zum damaligen Zeitpunkt seitens des Beklagten erteilten zehn Hochsee- und drei Alterspatenten.

8
Mit Schreiben vom 12.07.2018 (Anlage K 7) beantragte der Kläger die Erteilung eines „Rentnerpatents“ unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Entscheidung zum Erhalt des Hochseepatents.

9
Der Kläger trägt vor, der Beklagte habe durch strenge Gewässerreinhaltungsmaßnahmen die negative Entwicklung des Fischbestandes im Bodensee selbst verursacht. Im Zeitraum vom 01.07.2014 bis 30.06.2017 habe der Kläger mit seinem Fischereibetrieb - jeweils bezogen auf das Wirtschaftsjahr vom 01.07. bis 30.06. - durchschnittlich Umsatzerlöse i.H.v. 18.435,96 € erzielt.

10
Er ist der Ansicht, da er durch seine berufliche Tätigkeit niemanden gefährde, sei die Verweigerung der Erteilung eines Hochseepatents unverhältnismäßig und rechtswidrig und verletze ihn in seinen Grundrechten aus Art. 2, 3, 12 GG.

11
Der Kläger hat mit der Klageschrift des Klägervertreters vom 11.01.2018 zunächst beantragt:

12
Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger auch für das Jahr 2018 ein Hochseepatent zu erteilen.

13
Mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 05.12.2018 hat der Kläger folgende Anträge gestellt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Jahre 2019 und 2020 ein Hochseepatent zu erteilen.

2. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für das Jahr 2018 Schadensersatz in Höhe von 18.435,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen sowie jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden ist oder noch dadurch entsteht, dass die beantragten Hochseepatente vom Beklagten dem Kläger nicht erteilt worden sind.

3. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für jedes Jahr der Verweigerung eines Hochseepatents eine angemessene Entschädigung in Geld zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

14
Der Beklagte bestreitet den vom Kläger behaupteten Schaden mit Nichtwissen.

15
Er trägt vor, Ende der 1990er Jahre habe der jährliche Fangertrag im Bodensee noch bei über 1.000 t gelegen. Bis 2014 habe er sich auf 441 t, bis 2017 auf 298 t verringert. Daher hätte, um die Existenz der einzelnen verbliebenen Fischerfamilien zu sichern, die Zahl der ausgegebenen Patente reduziert werden

müssen. Alternativ wäre eine Verringerung des Umfangs der einzelnen Patente denkbar gewesen, die aber die Existenz aller Fischereibetriebe am Bodensee gefährdet bzw. zerstört hätte.

16
Der Beklagte meint, er sei nach § 28 BoFiV berechtigt und verpflichtet, Hochseepatente nur in dem Umfang zu erteilen, wie dies aus Gründen der Fischhege möglich sei. Der Kläger könne sich nicht auf Vertrauensschutz berufen, da die streitgegenständlichen Hochseepatente stets nur auf (höchstens) ein Jahr erteilt worden seien. Soweit der Kläger Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Entschädigung für das Jahr 2018 geltend mache, trage er jedenfalls ein erhebliches Mitverschulden, da er erst mit Schreiben vom 12.07.2018 ein Alterspatent, das er bei rechtzeitiger Antragstellung ohne weiteres erhalten hätte, beantragt habe.

17
Der Kläger erwidert, insgesamt seien von den Anrainerstaaten lediglich 73 Hochseepatente ausgegeben, obwohl ihre Zahl lediglich auf 80 habe reduziert werden sollen. Auch bei einer Reduzierung der Patente könne die wirtschaftliche Existenz aus dem Fischfang für die einzelnen verbliebenen Fischereifamilien nicht sichergestellt werden.

18
Er ist der Ansicht, da die niedrigen Fangerträge von den Anrainerstaaten - einschließlich des Beklagten - mitverursacht worden seien, sei das Ermessen des Beklagten auf Null reduziert. Das Verhalten des Beklagten verstoße gegen das Verbot des venire contra factum proprium, nachdem der Beklagte dem Kläger auch über die Altershöchstgrenze hinaus die entsprechende Erlaubnis erteilt und ihn bis einschließlich 2017, d.h. noch in seinem 72. Lebensjahr habe fischen lassen.

19
Das Landgericht Kempten (Allgäu) hat am 06.12.2018 mündlich verhandelt und den Kläger angehört.

20
Mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 07.02.2019 hat der Kläger die Abgabe des Rechtsstreits an das Verwaltungsgericht Augsburg beantragt.

21
Das Landgericht Kempten (Allgäu) hat mit Endurteil vom 08.03.2019 entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

22
Das Gericht hat zur Begründung ausgeführt, die zulässige Klage sei unbegründet.

I.

23
Die Klage sei zulässig.

24
1. Insbesondere sei der Zivilrechtsweg zulässig, da hier zivilrechtliche Ansprüche denkbar seien. Das Patent gem. Art. 29 BayFiG sei ein privatrechtliches Legitimationspapier (vgl. BGH, NJW 1960, 1453 zum preußischen FischereiG). Die Vereinbarung sei inhaltlich einem Pachtvertrag nachgebildet. Die Erteilung eines Erlaubnisscheins sei jedem Fischereiberechtigten möglich. Der Beklagte sei grundsätzlich an die Grundrechte gebunden und verfolge, solange er nicht fiskalisch handele, öffentliche Belange. Der Kläger stütze seine Ansprüche auch auf zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen, insbesondere auf das AGG.

25
2. Über den Verweisungsantrag des Klägers vom 07.02.2019, den dieser erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt habe, sei nicht gemäß § 17 a GVG vorab zu entscheiden gewesen.

II.

26
Die Klage sei unbegründet.

27
1. Grundlage für die Ausstellung des Erlaubnisscheins als Erfüllungsgeschäft sei ein Erlaubnisvertrag als Verpflichtungsgeschäft. Dieser sei nicht hinreichend dargelegt worden. Die Annahme eines Gewohnheitsrechts greife angesichts der zeitlichen Komponente (Erteilung auf maximal drei Jahre, Art. 29 Abs. 2 Satz 1 BayFiG) nicht. Eine zeitliche Verfestigung solle vermieden werden, um dem Fischereiberechtigten zu ermöglichen, auf Veränderungen zu reagieren und die Intensität der Befischung dem Hegeziel (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BayFiG) anzupassen. Soweit die Erteilung der Erlaubnisscheine in der Vergangenheit gefälligkeitshalber erfolgt sei, ergebe sich daraus auch kein Anspruch auf eine erneute Erteilung.

28
2. Auch bestehe kein Anspruch auf Abschluss einer vertraglichen Vereinbarung, die einen Anspruch auf Erteilung eines Erlaubnisscheines begründen würde.

29
a) Allein aus der langjährigen Praxis könne ein solcher Anspruch nicht abgeleitet werden (s.o. unter Punkt 1.).

30
b) Aus § 242 BGB könne ein Kontrahierungszwang nicht abgeleitet werden. Die Ablehnung des Vertragsschlusses bzw. der Erteilung des Patents sei jedenfalls nicht willkürlich, sondern zur Verfolgung legitimer Zwecke, insbesondere der Fischhege gem. Art. 1 Abs. 2 BayFiG, erfolgt. Dass nach dem Vortrag des Klägers die Notwendigkeit der Beschränkung auf dem früheren Vorgehen des Beklagten beruhe, hindere nicht, dass die Ziele der Fischhege verfolgt werden könnten.

31
c) Ein Kontrahierungszwang folge auch nicht aus der Bindung des Beklagten an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG.

32
(1) Ein Eingriff in Art. 12 GG sei unabhängig von der Zuordnung als Eingriff der 1. oder 2. Stufe gerechtfertigt.

33
Die Freiheit der Berufsausübung könne beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen ließen. Die Freiheit der Berufswahl dürfe nur eingeschränkt werden, soweit es der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordere. Für subjektive Voraussetzungen (insbesondere Vor- und Ausbildung) gelte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, objektive Voraussetzungen müssten der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen. Der Eingriff müsse stets auf der geringstmöglichen Stufe erfolgen.

34
Im Hinblick auf die Möglichkeit, ein Alterspatent zu erhalten, liege ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nahe. Gesetzliche Altersgrenzen seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts subjektive Zulassungsbeschränkungen. Sie müssten zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Berufs oder zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts, das der Freiheit des Einzelnen vorgehe, erforderlich sein und dürften zum angestrebten Zweck nicht außer Verhältnis stehen und keine unzumutbaren Belastungen enthalten. Auch ein Eingriff der 2. Stufe sei gerechtfertigt.

35
Dem Beklagten kämen ein Prognosespielraum und eine Einschätzungsprärogative zu. Die Reduzierung der Patentzahlen sei geeignet, die legitimen Ziele zu fördern. Weiter denkbare Möglichkeiten der Förderung der Fischerei stellten keine tatsächlichen Alternativen dar. Dass andere Berufsfischer durch Nichterteilung der Hochseepatente weniger hart getroffen würden, sei nicht vorgetragen oder ersichtlich.

36

Die Entscheidung des Beklagten sei angemessen. Es sei zu berücksichtigen gewesen, dass der Beklagte sich trotz der im IBKF-Beschluss von 2015 festgelegten starren Altersgrenze von 70 Jahren nicht ausschließlich hiervon habe leiten lassen, sondern dem Kläger auch nach Vollendung des 70. Lebensjahres zumindest für zwei Jahre ein Patent erteilt habe und sich von dem Umstand habe leiten lassen, dass der Kläger 55 Jahre Gelegenheit zum Fischfang gehabt habe und entsprechende Rücklagen habe bilden können.

37
(2) Aus Subsidiaritätsgründen könne eine Prüfung des Art. 2 GG zu keinem anderen Ergebnis führen.

38
(3) Die Grundsätze des Art. 3 GG seien aus den dargestellten Gründen gewahrt.

39
(4) Anderes ergebe sich auch nicht aus Art. 153 BV.

40
d) Unter Abwägung aller zu beachtenden Umstände ergebe sich auch aus § 242 BGB kein Anspruch.

41
3. Weitere Anspruchsgrundlagen seien nicht vorgetragen bzw. ersichtlich.

42
4. Damit habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Schadensersatz für die unterbliebene Erteilung eines Hochseepatents für 2018.

43
Des Weiteren lägen damit die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG nicht vor. Außerdem wäre die Ausschlussfrist nach § 21 Abs. 5 Satz 1 AGG abgelaufen, da auf die Verweigerung der Erteilung des Patents abzustellen wäre. Darauf komme es aber nicht an, da eine Benachteiligung wegen des Alters i.S.d. § 19 AGG gerade nicht vorliege.

44
Gegen das dem Klägervertreter am 14.03.2019 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 26.03.2019, eingegangen beim Oberlandesgericht München am 28.03. 2019, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz des Klägervertreters vom 14.06.2019, eingegangen beim Oberlandesgericht München am selben Tag, begründet.

45
Der Kläger trägt vor, aufgrund einer Übergangsregelung der IBKF vom 20.06.2018 dürfe der Beklagte bis 2025 weiterhin - entsprechend dem 1934 gefassten Beschluss - bis zu zwölf Hochseepatente erteilen. 2019 seien zehn Hochseepatente und drei Alterspatente erteilt worden. Da fünf Alterspatente einem Hochseepatent entsprächen, habe der Beklagte rechnerisch nur 10,6 Hochseepatente erteilt, so dass er auch im Falle der Erteilung eines Hochseepatents an den Kläger die nach dem Regelwerk der IBKF maßgebliche Obergrenze einhalten würde.

46
Zudem habe die IBKF im Rahmen ihrer Konferenz vom 19.06.2019 (nur) beschlossen, dass Hochseepatente „grundsätzlich“ längstens bis zum Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Patentinhaber das 70. Lebensjahr vollende, erteilt würden.

47
Der Kläger rügt,

I.

es sei der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.

48
Da das Landgericht verfahrensfehlerhaft entgegen § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG nicht vorab durch Beschluss, sondern erst im angefochtenen Urteil entschieden habe, habe das Berufungsgericht trotz § 17 a Abs. 5 GVG zu prüfen, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig sei.

49
Der streitgegenständliche Sachverhalt sei öffentlich-rechtlicher Natur. Die Erteilung des Hochseepatents erfolge durch einen „Erlaubnisschein“, für den die Berufsfischer eine - einseitig vom Beklagten festgesetzte - Gebühr entrichten müssten. Im vorliegenden Fall liege auch kein originärer Pachtvertrag vor. Die Ausübung der Fischerei werde vielmehr als Ausfluss eines Staatsvertrages durch Beschlüsse der IBKF geregelt. Damit sei kein Gleichordnungsverhältnis anzunehmen. Ein regulärer Pachtvertrag hätte zudem nach Art. 25 BayFiG eine festgeschriebene Laufzeit von mindestens zehn Jahren. Die Erlaubnisscheine des Beklagten hätten eine Gültigkeit von einem Jahr.

50
Auch sei die Erteilung eines solchen Erlaubnisscheins nicht jeder natürlichen Person möglich. Der Bodensee sei ein internationales Gewässer sei. Die Fischereiberechtigten seien die Vertragsstaaten der Bregenzer Übereinkunft. Im Fall des Klägers sei dies (für sein Hoheitsgebiet) der Beklagte.

II.

51
Die Verweigerung des Beklagten, dem Kläger das begehrte Hochseepatent zu erteilen, sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Grundrechten.

52
1. Sie verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Im vorliegenden Fall gebe es objektive Zulassungsschranken in Form der Kontingentierung der auszugebenden Patente und einzusetzenden Schwebenetze. Zudem gebe es eine subjektive Berufswahlregelung in Gestalt der Altersgrenze. Das Bundesverfassungsgericht verorte das Alter eines Berufsbewerbers bei der persönlichen Qualifikation, auch wenn es nicht beeinflusst werden könne (BVerfGE 7, 377, 406).

53
2. Das Grundrecht auf Berufsfreiheit stehe gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG unter einem Gesetzesvorbehalt. Dieser betreffe sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung (vgl. etwa BVerfGE 54, 224, 234; 54, 237, 246; 102, 197, 213).

54
Da sich im bayerischen Fischereirecht weder zur Kontingentierung der auszugebenden Patente bzw. Schwebnetze, noch zur Altersgrenze eine gesetzliche Regelung oder eine Verordnungsermächtigung fänden, verstoße die Versagung der Erteilung eines Patents an den Kläger durch das für den Beklagten handelnde Landratsamt Lindau schon aus diesem Grund gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.

55
3. Im Übrigen sei im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Unterscheidung zwischen objektiven Zulassungsbeschränkungen, subjektiven Zulassungsbeschränkungen und Ausübungsregelungen zu beachten. Ausübungsregelungen seien bereits durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Subjektive Zulassungsvoraussetzungen dürften zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit zusätzlich nicht außer Verhältnis stehen. Objektive Zulassungsvoraussetzungen seien ausschließlich zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig. Außerdem dürfe der Gesetzgeber Regelungen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur auf der Stufe treffen, die den geringsten Freiheitseingriff mit sich bringe, aber dennoch Erfolg bei der Verwirklichung des angestrebten Zwecks verspreche (so grundsätzlich BVerfGE 7, 377, 404 ff.).

56
Im vorliegenden Fall fehle es an einer Rechtfertigung für die Kontingentierung der Fischereipatente bzw. Schwebnetzzahlen. Es gehe um eine Reaktion auf die Rückläufigkeit der Fischbestände im Bodensee. Dies sei nicht auf eine Überfischung, sondern auf den gesunkenen Phosphorgesamtgehalt im Bodenseewasser zurückzuführen. Die Reduzierung der Zahl der Patente bzw. Schwebnetze habe in der Vergangenheit nicht zu einem Anstieg der Fischzahlen im Bodensee geführt. Dies werde auch weiter nicht der Fall sein. Sie werde nur dazu führen, dass die verbliebenen Patentinhaber Aussicht auf höhere Fangzahlen haben. Die Fangzahlen der Berufsfischer am Bodensee seien aber kein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Die Festlegung einer Höchstzahl von Patenten bzw. Schwebnetzen sei also unverhältnismäßig.

57
Auch die Altersgrenze als subjektive Zulassungsvoraussetzung sei unverhältnismäßig. Dahinter stehe wahrscheinlich die Vorstellung, dass ein Berufsfischer im Alter von 70 Jahren sein Berufsleben beenden und von einer bis dahin erworbenen Altersversorgung leben könne. Dies treffe auf Berufsfischer im Allgemeinen und den Kläger im Besonderen jedoch nicht zu. Die Berufsfischerei sei ein freier Beruf. Eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung gebe es nicht. Es sei der Regelfall, dass Berufsfischer, soweit sie gesundheitlich dazu noch in der Lage seien, ihren Altersbedarf weiterhin mit einer (evtl. reduzierten) Tätigkeit als Berufsfischer bestritten. Auch fehle jeder Anhaltspunkt, weshalb die Altersgrenze auf 70 Jahre festgesetzt worden sei. Dies entspreche keinem der Leitbilder von gesetzlichen Regelungen, in denen kraft Gesetzes in den Ruhestand eingetreten werde, und verkenne, dass es bei freien Berufen gerade keine Regelaltersgrenze geben könne. Eine faktisch zum Ausschluss vom Beruf führende Altersgrenze setze regelmäßig schonende Übergangslösungen voraus (vgl. BVerfGE 25, 236, 248; 55, 185, 201 ff.; 64, 72, 83 f.; 75, 246, 278 ff.; 98, 265, 309 f.). Eine solche fehle im vorliegenden Fall.

58
4. Aufgrund Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzten sowohl die Kontingente als auch die Altersgrenze daher den Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

59
5. Auch verstoße die Entscheidung des Landgerichts, die eine Altersdiskriminierung darstelle, gegen Europarecht, insbesondere RL 2000/78 und Art. 21 EU-GrCh.

60
Das Landgericht hätte daher die entgegenstehenden Maßnahmen des Beklagten und die Bestimmungen, in deren Umsetzung sich der Beklagte auf die Altersbegrenzung beziehe (hier die Beschlüsse der IBKF aus 2015) unangewendet lassen müssen (vgl. EuGH, EuZW 2019, 480).

IV.

61
Zudem habe das Landgericht, nachdem der Kläger seit mehr als 55 Jahren Berufsfischer sei und jährlich sein Hochseepatent erteilt worden sei, den dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestand missachtet.

V.

62
Auch die Frage des Schadensersatzes und der Entschädigung habe das Landgericht rechtsfehlerhaft zum Nachteil des Klägers entschieden.

63
Es übersehe, dass Anspruchsgrundlage nicht nur das AGG sein könne, sondern sich aus dem streitgegenständlichen Sachverhalt ein verfassungsrechtlicher Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch ergebe. Private Fischereirechte fielen unter Art. 14 GG (vgl. BVerfG, 70, 191, 199). Der Beklagte greife in rechtswidrig geschützte Rechte des Klägers ein und sei zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Die Verpflichtung zur Entschädigung ergebe sich unmittelbar aus der Altersdiskriminierung.

64
Die Höhe des Schadensersatzes sei pro Jahr der rechtswidrigen Versagung der Berufsfischerei mit dem zuletzt durchschnittlich erzielten Jahresertrag von 18.435,96 € zutreffend angesetzt. Die Höhe der Entschädigung wegen der rechtswidrigen Altersdiskriminierung werde in das Ermessen des Gerichts gestellt.

65
Der Kläger hat im Rahmen der Berufungsbegründung zunächst beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Kempten vom 08.03.2019 - Az. 13 O 61/18 - wird aufgehoben.

2. Der Rechtsstreit wird an das sachlich zuständige Verwaltungsgericht Augsburg abgegeben.

Hilfsweise zu 2.:

3. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für die Jahre 2019 und 2020 ein Hochseepatent zu erteilen.

4. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für das Jahr 2018 Schadensersatz in Höhe von 18.435,96 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen sowie jeden weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist oder noch dadurch entsteht, dass dem Kläger vom Beklagten ein Hochseepatent nicht erteilt worden ist.

5. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für jedes Jahr der Nichterteilung eines Hochseepatents eine angemessene Entschädigung in Geld zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

66
Der Beklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

67
Er führt aus,

I.

der Senat habe die Rechtswegzuständigkeit nach § 17 a Abs. 5 GVG nicht zu prüfen. Im Übrigen sei der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet.

II.

68
Da die Erteilung des Fischereischeins ein privatrechtliches Rechtsverhältnis betreffe, hätte der Beklagte aufgrund seiner Dispositionsfreiheit das Recht, dem Kläger überhaupt kein Patent mehr zu erteilen. Zudem habe er nicht willkürlich gehandelt. Alle Berufsfischer würden gleich behandelt. Der Kläger, dem jahrzehntelang ein Vollpatent erteilt worden sei, hätte seine Altersvorsorge bewerkstelligen können.

69
Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG bzw. eines Entschädigungsanspruchs aus § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG seien nicht erfüllt. Die Erteilung von Fischereischeinen sei kein Massengeschäft i.S.d. § 19 AGG, da das Ansehen der Person insoweit von wesentlicher Bedeutung sei. Zudem lägen sachliche Gründe vor, dem Kläger kein Hochseepatent mehr zu erteilen. Der Beklagte sei an die Beschlusslage der IBKF gebunden und dürfe nur acht Hochseepatente ausgeben. Übergangsweise sei ihm gestattet worden, bis 2025 die derzeit ausgegebenen zehn Hochseepatente und drei Alterspatente weiter auszugeben. Würden mehr Patente ausgegeben, könnten die Hochseefischer aufgrund des seit 2015 weiter zurückgegangenen Fischbestandes ihre Existenz nicht mehr sichern. Es sei auch sachgerecht, den Kläger auf die Möglichkeit eines Alterspatents zu verweisen, da er im Gegensatz zu jüngeren Fischern mehrere Jahrzehnte Zeit gehabt habe, sich eine Altersvorsorge aufzubauen, und aufgrund der erfolgten Einzahlungen in die landwirtschaftliche Alterskasse auch für das Jahr 2018 Altersrente erhalten habe. Dass der Kläger ein Alterspatent für 2018 erst mit Schreiben vom 12.07.2018 und somit verspätet beantragt habe, begründe im Übrigen ein erhebliches Mitverschulden i.S.d. § 21 Abs. 2 AGG.

70
Die Versagung des Hochseepatents verstoße auch nicht gegen Art. 12 GG. Es gebe bereits keine Berufsgruppe der „Bodenseefischer“. Die Kontingentierung der Patente betreffe nicht die Berufsausübung, sondern - vergleichbar der Zulassung von Messeständen - lediglich den Zugang zu einem bestimmten Markt. Ein Vertrauenstatbestand sei nicht geschaffen worden, nachdem die Patente jeweils nur für ein Jahr vergeben worden seien. Ferner müssten zum einen die veränderten ökologischen Gegebenheiten, zum anderen auch die Beschlusslage der IBKF beachtet werden. Dass aufgrund letzterer weniger Erlaubnisscheine ausgegeben werden dürften, sei zunächst ein Eingriff in die Rechte des Beklagten als Eigentümer und Inhaber des Fischereirechts, nicht jedoch in Rechte des Klägers.

III.

71
Soweit der Beschluss der IBKF hinsichtlich der Altersgrenze das Wort „grundsätzlich“ verwende, sei lediglich - der bereits zuvor geltenden Rechtslage entsprechend - klargestellt worden, dass ausnahmsweise

auch nach Vollendung des 70. Lebensjahres ein Hochseepatent erteilt werden könnte, wenn die Beschränkung auf ein Alterspatent für den Antragsteller eine unzumutbare Härte darstellen würde. Dies sei hier jedoch nicht der Fall.

72
Auch könne der Beklagte nicht weiterhin zwölf Hochseepatente ausgeben, da dem seine Hegepflicht nach Art. 1 Abs. 2 i.V.m. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG entgegenstünde.

73
Der Senat hat am 18.06.2020 mündlich verhandelt und den Kläger angehört.

74
Der Kläger hat zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Das Urteil des Landgerichts Kempten vom 08.03.2019 - Az. 13 O 61/18 - wird aufgehoben.

2. Der Rechtsstreit wird an das sachlich zuständige Verwaltungsgericht Augsburg abgegeben.

Hilfsweise zu 2. hat er beantragt:

3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger gegenüber eine Willenserklärung folgenden Inhalts abzugeben:

„Dem Kläger wird der Abschluss eines Patentvertrages für die Berufsfischerei im Bodensee (Obersee einschließlich des Überlinger Sees) über ein Hochseepatent zur Fischerei auf dem hohen See und auf der bayerischen Halde für das Jahr 2020 angeboten."

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte für jedes Jahr der Verweigerung des vom Kläger beantragten Hochseepatents zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 18.435,96 € sowie zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, verpflichtet ist.

5. Höchsthilfsweise: Die Revision wird zugelassen.

75
Hinsichtlich des weiteren Vortrags der Parteien wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze und den sonstigen Akteninhalt.

II.

76
Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet und hat damit im Ergebnis keinen Erfolg.

77
1. Die Berufung ist zulässig. Bedenken hiergegen werden weder vom Beklagten erhoben, noch bestehen sie aus Sicht des Senats.

78
2. Die Berufung hat jedoch keinen Erfolg.

79
a) Gegenstand des Rechtsstreits sind zuletzt (neben dem als Hauptantrag gestellten Prozessantrag auf Abgabe (bzw. Verweisung) des Rechtsstreits an das Verwaltungsgericht Augsburg) noch die Sachanträge auf Verurteilung des Beklagten zur Abgabe einer auf den Abschluss eines Patentvertrages für das Jahr 2020 gerichteten Willenserklärung des Beklagten und auf Feststellung einer Zahlungspflicht des Beklagten, die - jeweils für jedes Jahr, in dem dem Kläger das beantragte Hochseepatent verweigert wurde bzw. wird - auf Zahlung eines Schadensersatzes i.H.v. 18.435,96 € sowie einer angemessenen, in das Ermessen des Senats gestellten Entschädigung gerichtet ist.

80
(1) Soweit der zuletzt gestellte klägerische Antrag zu 3. in Abweichung von dem im Rahmen der Berufungsbegründung gestellten Antrag zu 3. nicht mehr die Erteilung eines Hochseepatents für das Jahr 2019 betrifft, handelt es sich um eine Beschränkung des Antrags in der Hauptsache, die gemäß § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässig ist und nicht den Voraussetzungen des § 533 ZPO unterfällt (vgl. BeckOK ZPO/Wulf, § 533 ZPO, Rdnr. 4).

81
Soweit der Antrag zu 3. die Erteilung eines Hochseepatents für das Jahr 2020 betrifft, stellt die zuletzt gewählte Formulierung des Antrags lediglich eine Präzisierung der im Rahmen der Berufungsbegründung verwendeten Formulierung dar, die nicht mit einer inhaltlichen Änderung des Antrags verbunden ist.

82
(2) Der zuletzt gestellte Antrag zu 4. fasst die im Rahmen der Berufungsbegründung gestellten Anträge zu 4. und 5. in einem Antrag zusammen. Inhaltlich liegt zum einen insoweit eine Änderung vor, als die im Rahmen der Berufungsbegründung gestellten Anträge auf Leistung gerichtet waren und der zuletzt gestellte Antrag auf Feststellung gerichtet ist. Zum anderen hat der Kläger nunmehr auch, soweit andere Zeiträume als das Jahr 2018 betroffen sind, den geltend gemachten Schadensersatz auf 18.435,96 € pro Jahr beziffert. Beide Aspekte der Neuformulierung fallen unter § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. zur Umstellung des Antrags von Feststellung auf Zahlung BeckOK ZPO/Bacher, § 264 ZPO, Rdnr. 5.1).

83
b) Die Voraussetzungen einer Verweisung des Rechtsstreits an das Verwaltungsgericht Augsburg sind nicht erfüllt.

84
(1) Der Antrag auf „Abgabe“ des Rechtsstreits an das Verwaltungsgericht Augsburg ist dahin auszulegen, dass er auf eine Verweisung nach § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG gerichtet ist.

85
(2) Der Senat ist nicht nach § 17 a Abs. 5 GVG an der Prüfung der Rechtswegzuständigkeit gehindert.

86
aa) Zwar hat der Kläger die Rüge der fehlenden Rechtswegzuständigkeit erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben. Auch war die Rüge nicht von der ihm vom Landgericht mit Beschluss vom 06.12.2018 (Bl. 87 d.A.) gewährten Schriftsatzfrist umfasst. Diese diente lediglich der Erwiderung auf das Vorbringen im Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 30.11.2018 (Bl. 73-77 d.A.). Die Frage der Rechtswegzuständigkeit war aber nicht Gegenstand dieses Schriftsatzes.

87
bb) § 17 a Abs. 5 GVG steht der Prüfung der Rechtswegzuständigkeit durch den Senat aber nicht entgegen, weil das Landgericht verfahrensfehlerhaft nicht vorab durch Beschluss gemäß § 17 a Abs. 3 GVG, sondern erst im Urteil über seine Rechtswegzuständigkeit entschieden hat (vgl. Musielak/Voit/Wittschier, § 17 a GVG, Rdnr. 21). Bei der Rüge der fehlenden Rechtswegzuständigkeit handelt es sich zum einen nicht um eine verzichtbare Rüge i.S.d. § 296 Abs. 3 ZPO (vgl. dazu BeckOK ZPO/Bacher, § 296 ZPO, Rdnr. 64 ff.), zum anderen betrifft die Vorschrift den - hier nicht vorliegenden - Fall, dass die Rüge vom Beklagten erhoben wird. Damit blieb die verspätete Rüge zulässig, so dass das Landgericht im Wege des Vorabbeschlusses darüber hätte entscheiden müssen (vgl. Brückner, NJW 2006, 13, 14 f.).

88
(3) Das Landgericht hat jedoch den ordentlichen Rechtsweg zutreffend bejaht.

89
Die Erteilung des Erlaubnisscheins nach Art. 29 BayFiG stellt ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft dar. Fischereiberechtigter i.S.d. Art. 29 BayFiG ist nach Art. 3 Satz 1 BayFiG grds. der Eigentümer des Gewässers. Dies kann auch ein Privater sein. Dass im konkreten Fall der Beklagte Fischereiberechtigter ist, ändert insoweit nichts, da auch öffentlich-rechtliche Körperschaften zivilrechtliche Rechtsgeschäfte abschließen können und ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft nicht allein dadurch in den Bereich des öffentlichen Rechts fällt, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft daran beteiligt ist. Auch die Tatsache, dass die „Gebühr“, die ein Bodenseefischer zu zahlen hat, faktisch einseitig vom Beklagten vorgegeben wird, führt nicht dazu, dass ein öffentlich-rechtliches Handeln des Beklagten vorläge. Insoweit handelt es sich vielmehr um den typischen Fall eines Vertragsschlusses zwischen zwei ungleich starken Parteien. In derartigen Fällen ist aber die wirtschaftlich schwächere Partei häufig auch dann gezwungen, das Angebot der Gegenseite ohne weitere Verhandlungen zu akzeptieren oder auf den Vertragsschluss zu verzichten, wenn es sich bei der anderen, wirtschaftlich stärkeren Partei ebenfalls um eine private Partei handelt.

90

c) Die Klage ist zulässig.

91
Insbesondere steht dem hinsichtlich des Antrags zu 4. erforderlichen Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO nicht der grundsätzlich bestehende Vorrang der Leistungsklage entgegen, da vom Beklagten als öffentlich-rechtlicher Körperschaft zu erwarten ist, dass er sich einem Feststellungsurteil beugen würde (vgl. BeckOK ZPO/Bacher, § 256 ZPO, Rdnr. 26, 30).

92
d) Die Klage ist jedoch nicht begründet.

93
(1) Dem Kläger steht kein Anspruch auf Abgabe einer auf Erteilung eines Hochseepatents für das Jahr 2020 gerichteten Willenserklärung des Beklagten zu.

94
aa) Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass ein Verpflichtungsvertrag, der einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Erteilung eines Hochseepatents begründen würde, zwischen den Parteien nicht geschlossen wurde. Diese Feststellung wird auch von der Berufung nicht angegriffen.

95
bb) Aus der gesetzlichen Regelung des Art. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG ergibt sich der streitgegenständliche Anspruch jedenfalls nicht unmittelbar. Zum einen steht es dem Beklagten grundsätzlich frei, ob er überhaupt Erlaubnisscheine ausstellt, zum anderen steht es ihm - im Falle, dass er Erlaubnisscheine ausstellt - grundsätzlich auch zu, zu entscheiden, wem er die Erlaubnisscheine ausstellt. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch würde einen Kontrahierungszwang voraussetzen, der sich aus Art. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG jedoch nicht ergibt.

- Die Argumentation des Klägers, dass die Ablehnung der Ausstellung des gewünschten Hochseepatents bereits deshalb gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG verstoße, weil das bayerische Fischereirecht entgegen dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG weder eine gesetzliche Regelung, noch eine Verordnungsermächtigung zu einer Altersgrenze oder einer Beschränkung der auszugebenden Patente bzw. Schwebnetze enthalte, geht fehl.

- Die unter Zugrundelegung des Art. 29 BayFiG erfolgte Ablehnung der Ausstellung eines Hochseepatents stellt keinen Eingriff in das Grundrecht des Klägers aus Art. 12 GG dar, weil die Rechtsposition des Klägers dadurch nicht geschmälert wird. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn der Kläger ohne die o.g. Regelung ein Recht auf die Erteilung eines Erlaubnisscheines hätte. Dies würde voraussetzen, dass der Beklagte insoweit einem Kontrahierungszwang unterläge. Eine Grundlage dafür ist aber nicht ersichtlich. Der einzelne Bürger hat auch in anderen Bereichen grundsätzlich keine gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften gerichteten Ansprüche auf den Abschluss von - seiner beruflichen Tätigkeit förderlichen - Verträgen.

- Im Übrigen liefe die Argumentation des Klägers, mangels gesetzlicher Regelungen zur Kontingentierung der Erlaubnisscheine könne ein Patent nicht versagt werden, im Ergebnis darauf hinaus, dass der Beklagte verpflichtet wäre, jedem Interessenten einen Erlaubnisschein zu erteilen. Dies wäre bereits deshalb nicht möglich, weil eine zu große Zahl von Erlaubnisinhabern eine Überfischung des Fischwassers befürchten ließe, was im Hinblick auf die Hegepflicht des Beklagten gemäß Art. 1 Abs. 2 BayFiG wiederum nach Art. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG die Erteilung von Erlaubnisscheinen ausschlösse.

- Schließlich ist auch zu sehen, dass es sich bei den Fischereiberechtigten i.S.d. Art. 29 Abs. 1 Satz 1 nicht nur um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt. Fischereiberechtigt ist grundsätzlich der Eigentümer des Gewässers (Art. 3 Satz 1 BayFiG). Eine Verpflichtung des Fischereiberechtigten zur Erteilung von Erlaubnissscheinen würde insoweit in sein Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen. Hierfür wäre jedoch eine Rechtfertigung nicht ersichtlich.

- Soweit der Kläger die Entscheidung des Beklagten, eine bestimmte Zahl an Patenten zu erteilen, für fehlerhaft hält, gilt nichts anderes. Selbst wenn die Entscheidung des Beklagten fehlerhaft wäre, ergäbe sich daraus kein Anspruch für den Kläger, dass gerade ihm ein Patent zu erteilen wäre.

- Soweit der Kläger der Ansicht ist, der Beklagte könne auf der Grundlage einer Übergangsregelung der IBKF vom 20.06.2018 bis zu zwölf Hochseepatente erteilen, steht dem entgegen, dass in der besagten Konferenz ausdrücklich eine für den Beklagten geltende Obergrenze von maximal 43 Schwebnetzen vereinbart wurde (vgl. Anlage K 11, S. 16). Diese hat der Beklagte unstreitig ausgeschöpft. Soweit der Kläger weiter vorträgt, dass die Gesamtzahl der von den Anrainerstaaten ausgegebenen Hochseepatente mit 73 unter der vereinbarten Obergrenze von 80 liege, betrifft dies somit allenfalls freie Kontingente anderer Anrainerstaaten. Insoweit ist aber schon nicht ersichtlich, dass der Beklagte die entsprechenden Patente ohne entsprechende Nachverhandlungen ausgeben dürfte. Im Übrigen ist der Beklagte - auch innerhalb des von der IBKF beschlossenen Rahmens - an die gesetzlichen Vorgaben des § 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG gebunden. Unabhängig von der Zahl der ausgegebenen Patente ist deren Erteilung im Hinblick auf die aus Art. 1 Abs. 2 BayFiG folgende Hegepflicht des Beklagten dadurch begrenzt, dass Nachteile für das Fischwasser nicht zu befürchten sein dürfen. Im Hinblick auf den Rückgang des jährlichen Fangertrags ist es aber naheliegend, dass eine Reduzierung der Fischerei auf dem Bodensee erforderlich ist. Unabhängig davon hat der Kläger keinen Anspruch darauf, dass der Beklagte die Höchstzahl der Patente ausschöpft, weil der Beklagte in seiner Entscheidung grundsätzlich frei ist.

- Soweit der Kläger argumentiert, auch bei einer Reduzierung der Patente könne die wirtschaftliche Existenz aus dem Fischfang für die einzelnen verbliebenen Fischereifamilien nicht sichergestellt werden, kann daraus kein Argument für den von ihm geltend gemachten Anspruch abgeleitet werden. Soweit der Kläger weiter ausführt, die Reduzierung der Zahl der Patente bzw. Schwebnetze werde nur dazu führen, dass die verbliebenen Patentinhaber Aussicht auf höhere Fangzahlen hätten, stehen sich die wirtschaftlichen Interessen des Klägers und der Familien der Fischer, denen (weiterhin) Patente erteilt werden, gegenüber. Dass der Beklagte verpflichtet wäre, den Interessen des Klägers den Vorrang zu gewähren, ist nicht ersichtlich.

- Sofern - wie der Kläger weiter geltend macht - der Rückgang der Fangerträge von den Anrainerstaaten einschließlich des Beklagten verursacht sein sollte, kann dies jedenfalls nicht dazu führen, dass dem Kläger zwingend das begehrte Patent zu erteilen wäre, weil Art. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG nicht das Erwerbsinteresse der (potentiellen) Erlaubnisinhaber, sondern die Fischwasser und den Fischbestand als Teil der natürlichen Lebensgrundlagen schützen soll. Eine Pflicht, ggf. in unüberschaubarem Umfang weitere Fischereierlaubnisse zu erteilen, besteht daher nicht, zumal dies die unstreitig gegebene negative Entwicklung des Fischbestandes noch verstärken würde.

- Ob der Schutz der Fischhege ein überragend wichtiges Gemeingut betrifft - was der Kläger anzweifelt -, ist nicht entscheidungserheblich, da ein Eingriff in das Recht des Klägers aus Art. 12 GG nicht vorliegt (s.o. unter dem 1. Spiegelstrich) und sich der Rahmen, innerhalb dessen der Beklagte Erlaubnissscheine erteilen darf, unmittelbar aus § 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG ergibt

- Die Argumentation des Klägers, der Beklagte habe im Rahmen seines Auswahlermessens eine unzulässige, gegen Art. 3 GG, Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, sowie die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verstoßende Altersdiskriminierung vorgenommen, vermag dem Antrag ebenfalls nicht zum Erfolg zu verhelfen.

- Zunächst kann die Handhabung der Beklagten nicht einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung i.S.d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gleichgesetzt werden. Ungeachtet der Frage, ob hier überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG vorliegt (vgl. dazu o. unter dem 1. Spiegelstrich), beträfe dieser jedenfalls nicht die Stufe der (subjektiven) Zulassungsvoraussetzungen, sondern lediglich die Stufe der Berufsausübung. Der Kläger ist durch die Entscheidung des Beklagten, ihm den gewünschten Erlaubnisschein nicht zu erteilen, nicht dazu gezwungen, die Ausübung seines Berufes insgesamt einzustellen, da ihm die Ausübung der Berufsfischerei als solcher nicht verboten wurde. Zwar ist naheliegend, dass eine Verlagerung seiner Tätigkeit auf ein anderes Gewässer für den Beklagten mit Schwierigkeiten und Aufwand - beispielsweise was den Transport oder ggf. die Neubeschaffung der für die Ausübung der Fischerei erforderlichen Ausstattung (Boote, Maschinen etc.) betrifft - verbunden wäre. Gleichwohl kann die Situation des Klägers nicht mit der Situation einer Person gleichgestellt werden, die ihren Beruf überhaupt nicht mehr ausüben kann.

- Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hat der Beklagte sich bei seiner Entscheidung auch von dem Umstand leiten lassen, dass der Kläger während seiner langjährigen Fischereitätigkeit Gelegenheit hatte, Rücklagen zu bilden. Dies erscheint sachgerecht.

- Eine generelle Bevorzugung lebensälterer Bewerber begegnete aus Sicht des Senats im Übrigen Bedenken, da dies umgekehrt eine Altersdiskriminierung jüngerer Bewerber zur Folge hätte. Aufgrund welcher altersunabhängigen Kriterien der Kläger aber den Vorzug vor anderen (jüngeren) Bewerbern hätte erhalten sollen, ist andererseits nicht ersichtlich.

- Zudem hat der Beklagte gerade keine starre Altersgrenze für die Erteilung von Erlaubnisscheinen gesetzt. Dies zeigt sich zum einen daran, dass er dem Kläger noch für das Jahr 2017, in dem der Kläger sein 72. Lebensjahr vollendete, ein Hochseepatent erteilte. Schließlich hat der Beklagte mit der - auch dem Kläger angebotenen - Erteilung von Alterspatenten eine Möglichkeit des schonenden Übergangs geschaffen.

96
cc) Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB.

- Soweit der Kläger damit argumentiert, aufgrund der langen Dauer des Zeitraums, während dessen der Beklagte ihm die Erlaubnisscheine erteilt habe, handele der Beklagte, wenn er ihm nun die Erteilung verweigere, treuwidrig, läuft seine Argumentation auf das Rechtsinstitut der Erwirkung hinaus.

- Die Erwirkung stellt das Gegenstück zur Verwirkung dar, weshalb ihre Voraussetzungen im Ausgangspunkt auch denen der Verwirkung entsprechen. Erforderlich ist demnach eine über einen längeren Zeitraum erfolgende Einräumung einer günstigen Rechtsposition unter Umständen, die ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Fortbestand der günstigen Situation begründen. Da jedoch nicht nur das Vertrauen auf einen in der Vergangenheit liegenden Tatbestand geschützt werden soll, die Rechtsfolge also weiter als in den Fällen der Verwirkung geht, gelten insoweit höhere Anforderungen. Im Hinblick auf die Rechtsfriedenfunktion ist eine Erwirkung eher bei Positionen gerechtfertigt, deren genaue Rechtslage nicht einfach zu ermitteln ist. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Anerkennung neuer Rechte die Ausnahme ist, zumal sie für den damit Belasteten regelmäßig einen gravierenden Eingriff bedeutet. Daher müssen strenge tatbestandliche Anforderungen hinsichtlich des Umstandsmoments bzw. bei der Würdigung der Interessenlage gelten (MüKo BGB/Schubert, § 242 BGB, Rdnr. 445, 447; NK-BGB/Krebs, § 242 BGB, Rdnr. 116).

- Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen einer - nur ausnahmsweise anzunehmenden - Erwirkung zu verneinen.

- Zwar ist das Tatbestandsmerkmal des längeren Zeitraums erfüllt. Es fehlt jedoch an einem schutzwürdigen Vertrauen des Klägers auf die Fortsetzung der praktizierten Handhabung, ihm jährlich die gewünschten Erlaubnisscheine zu erteilen. Zum einen ist schon nicht ersichtlich, inwieweit ein Umstandsmoment gegeben wäre, der Kläger also im Vertrauen auf die künftige Erteilung der Erlaubnisscheine Dispositionen getroffen hätte, die sich nun als für ihn nachteilig erweisen. Vor allem aber ist ein schutzwürdiges Interesse dadurch ausgeschlossen, dass die gesetzliche Regelung des Art. 29 Abs. 2 Satz 1 BayFiG eine maximale Geltungsdauer der Erlaubnisscheine von drei Jahren vorsieht und die Erlaubnisscheine im konkreten Fall tatsächlich jährlich erteilt wurden. Die gesetzliche wie auch die tatsächliche Befristung dienen vor dem Hintergrund des Art. 29 Abs. 1 Satz 1 BayFiG gerade auch dem Erfordernis, im Hinblick auf zu befürchtende Nachteile für das Fischwasser u.U. die zuvor praktizierte Handhabung der Erteilung von Erlaubnisscheinen zu überprüfen und ggf. zu ändern. Eben diese Situation ist auch für den Beklagten eingetreten.

97
(2) Dem Kläger steht auch der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz für die Jahre, in denen ihm kein Erlaubnisschein erteilt worden ist bzw. erteilt wird, nicht zu.

98
aa) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 21 Abs. 2 Satz 1 AGG sind nicht erfüllt, da die Erteilung von Erlaubnisscheinen nach Art. 29 BayFiG nicht unter § 19 Abs. 1 AGG fällt. Im Hinblick auf die geringe Zahl der Hochseepatente, die die Beklagte erteilt, fehlt es schon an der Voraussetzung eines Rechtsgeschäfts, das zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt (§ 19

Nr. 1 AGG). Zudem hat der Kläger den Vortrag des Beklagten, das Ansehen der Person sei bei der Erteilung der Erlaubnisscheine von wesentlicher Bedeutung, nicht bestritten.

99
bb) Die Voraussetzungen eines verfassungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs sind nicht erfüllt, da eine Amtspflichtverletzung i.S.d. Art. 34 GG nicht gegeben ist.

100
(3) Auch ein Entschädigungsanspruch des Klägers hinsichtlich der Jahre, in denen ihm kein Hochseepatent erteilt wurde bzw. wird, besteht nicht.

101
aa) Ein Entschädigungsanspruch aus § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG kommt nicht in Betracht, da ein Verstoß gegen ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG nicht gegeben ist (s.o. unter Punkt (2) aa)).

102
bb) Auch ein verfassungsrechtlicher Entschädigungsanspruch besteht nicht.

- Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff sind nicht erfüllt, da es an einem rechtswidrigen Handeln (vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rdnr. 793) des Beklagten fehlt.

- Auch ein Anspruch aus enteignendem Eingriff besteht nicht. Ein solcher Anspruch erfasst (unbeabsichtigte) Folgewirkungen einer an sich rechtmäßigen Hoheitstätigkeit (vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Art. 14 GG, Rdnr. 792). Hier fehlt es bereits an einer hoheitlichen Tätigkeit des Beklagten.

- Ein Aufopferungsanspruch des Klägers scheitert schließlich daran, dass dieser nur bei Eingriffen in die Rechtsgüter Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit und (Bewegungs-) Freiheit, die dem Einzelnen zum Wohle der Allgemeinheit ein Sonderopfer abverlangen, in Betracht kommt (vgl. Maunz/Dürig/Papier, Art. 34 GG, Rdnr. 56).

103
3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

104
4. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 Sätze 1 und 2, 709 Satz 2 ZPO.

105
5. Die Voraussetzungen der Revisionszulassung nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Das Verfahren betrifft einen Einzelfall, der keine grundsätzlichen Fragen aufwirft.