



1 Ob 15/94
1 Ob 16/94

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Pimmer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Sportanglerbund V*****, vertreten durch Dr.Franz Hitzenberger und Dr. Otto Urban, Rechtsanwälte in Vöcklabruck, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, sowie der auf deren Seite beigetretenen Nebenintervenienten 1) Dr.Johann A*****, 2) Jutta F*****, vertreten durch Dr.Arnold Richter und Dr.Thomas Richter, Rechtsanwälte in Linz, 3) Dipl.Ing.Heimo H*****, vertreten durch Dr.Franz Gütlbauer, Rechtsanwalt in Wels, und 4) Dr.Edmund B*****, vertreten durch Dr.Rudolf Franzmayr, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, wegen Aufkündigung von Bestandverträgen betreffend Bojen und Entfernung von Bojen (Streitwert 80.000 S), infolge Rekurses und Revision der klagenden Partei gegen den Aufhebungsbeschluß und das Teilurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgerichts vom 24.November 1993, GZ 1 R 143/93-99, womit das Urteil des Landesgerichts Wels vom 2.April 1993, GZ 1 Cg 1/93-89, infolge Berufung der klagenden Partei teils aufgehoben und teils bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

1. Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.
2. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

In Ansehung der Bojen (Bestandnehmer) A 4252, A 4235, A 4229 (Drittnebenintervenient) und A 4256 (Erstnebenintervenient) wird das angefochtene Teilurteil als Teilurteil bestätigt.

In Ansehung der Bojen (Bestandnehmer) A 3089 (Segelclub N*****), A 306 (Günther W*****), A 3070 (Dr.Bernd K*****), A 3006 (Werner S*****), A 3015 (Viertnebenintervenient), A 3011 (Sigmar W*****), A 398 (Dkfm. Edmund R*****), A 3001 (Zweitnebenintervenientin), A 399 (Dipl.Ing.Hans U*****), A 3000 (Gundar S*****), A 3010 (Dipl.Ing.Richard S*****), A 3068 (Gertrude S*****), A 3035 (Heinz R*****), A 3069 (Franz B*****), A 3050 (Josef S*****), A 4221 (Dr.Ulf P*****) und A 4264 (Johann B*****) werden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben. Auch insoweit wird die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

4. Die klagende Partei ist schuldig, dem Erst- und Drittnebenintervenienten die mit je 5.433,60 S bestimmten Kosten ihrer Rekurs- und Revisionsbeantwortung (darin je 905,60 S USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen. Im übrigen sind die Kosten des Rekurs- und Revisionsverfahrens weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der klagende Verein erwarb mit Kaufverträgen vom 15. Dezember 1965 und 5. Juli 1979 die unter PZ 39 und 40 mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 19. Juli 1965, GZ Agrar 81/1965, eingetragenen Fischereirechte des Fischwassers am Attersee für die Kleinfischereiparzellen (Seegrundstücke) 807 (Steuergemeinde A*****), 2677 (Steuergemeinde P*****), 1914 (Steuergemeinde A*****) und 2755 (Steuergemeinde N*****) mit der Begrenzung vom N***** Landungssteg bis zum S***** und betreibt dort die Sportfischerei. Die beklagte

Partei ist Eigentümerin des Attersees und verpachtet an Interessenten Standplätze für Bojen (stationäre Schiffsanker).

Die oberösterreichische Landesregierung begann 1983 mit Grundlagenerhebungen, um im Verordnungsweg auf der Grundlage des oö. NaturschutzG einen Bojenplan zu erlassen und so das unkontrollierte Setzen von Bojen in den Attersee zu unterbinden. 1983 zählte die Gendarmerie im gesamten Attersee 1.845 Bojen. Bis zur Erlassung des Bojenplans tolerierte die beklagte Partei das Setzen von Bojen; es war lediglich eine naturschutzbehördliche Genehmigung erforderlich. Am 1. Oktober 1984 wurde die AtterseebojenVO, OÖ LGBl 1984/76, erlassen und die Höchstzahl von Bojen im gesamten Attersee mit 1.600 festgelegt. Die überwiegende Anzahl der nunmehr im Attersee eingebrachten Bojen war bei Inkrafttreten des Bojenplans bereits vorhanden. Mit 30. Mai 1985 beauftragte die oberösterreichische Landesregierung die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck mit der Entfernung nicht bewilligter Bojen. Die meisten Bestandverträge über die vorhandenen Bojen wurden bis 1985 und nur ein geringer Teil danach abgeschlossen. Auch in den Fällen, in denen erst nach 1985 ein Bojen-Bestandvertrag abgeschlossen wurde, war zuvor bereits eine Boje vorhanden, der Bestandvertrag war nur mit einer anderen Person abgeschlossen worden. Der Abschluß der Bojen-Bestandverträge wurde bis etwa 1990 derart gehandhabt, daß die Gültigkeit des abgeschlossenen Bestandvertrags von der naturschutzbehördlichen Genehmigung abhängig war. Seit 1990 wird der Bestandvertrag in der Regel erst nach der naturschutzbehördlichen Genehmigung einer Boje abgeschlossen.

Der Erstnebenintervenient schloß in Ansehung der Boje A 4256 mit Vertragsbeginn 1.Jänner 1989 einen Bestandvertrag mit der beklagten Partei ab, hatte aber bereits 1978 an dieser Stelle eine Boje im Attersee eingebracht und diese bis zur über behördliche Aufforderung erfolgten Entfernung im Herbst 1988 belassen, um im Frühjahr 1989 an der gleichen Stelle eine neue Boje zu verankern. Der Drittnebenintervenient stellte am 6.April 1987 einen Antrag auf Genehmigung einer Boje und schloß mit Vertragsbeginn 15.Mai 1987 einen Bestandvertrag mit der beklagten Partei betreffend die Boje A 4229 ab. Er setzte einen neuen Bojenstein und brachte eine neue Boje an. An etwa dieser Stelle war bereits seit etwa 1959 eine Boje vorhanden, die allerdings nur bis 1972 benutzt und in der Folge unbenutzt an der Stelle belassen wurde, bis der Drittnebenintervenient die neue Boje setzte. In Ansehung der Bojen A 4252 und A 4235 besteht kein aufrechtes Bestandverhältnis (mehr) zur beklagten Partei.

Die Flachwasserzone, in der sich die Bojen befinden, ist für den Fischbestand sehr bedeutend, sie ist Substrat für die Fischnährtiere und Laichplatz für zahlreiche Fische. Im genannten Bereich des Attersees nehmen die Bojenzonen und -felder etwa 11 % des Fischereirechts der klagenden Partei und über 50 % des Litorals ein. Die Bojen sind mit Ketten oder Seilen verankert, die rund um die Verankerung einen Kreis am Seeboden freischieben und das Aufkommen von Wasserpflanzen behindern oder verhindern und demgemäß Störfaktoren im Litoralbereich sind. Je mehr Bojen das Litoral abdecken, desto weniger können die Fischereiberechtigten ihr Recht ausüben. Der Angelfischer kann Bojen ausweichen, muß aber im Schwenkbereich der

Bojen damit rechnen, daß der Beutefisch sich in den Bojenseilen verfängt, Fanggerät und Beute verlorengelassen, der Fisch mit einem Teil der Fangvorrichtung entkommt und nach längeren Qualen verendet. Ist das Bojenfeld voll belegt, kann der Angler vom Ufer aus nicht mehr fischen, weil das Risiko des Verlusts von Beute und Fanggerät zu groß ist. Mit Zunahme der Bojen vermindert sich der Wert der Wasserfläche für den Angelsport in Form einer konvex fallenden Kurve, was sich in einer Ertragsminderung zeigt, die durch stärkeres Befischen an anderen Teilen des Sees nicht ausgeglichen werden kann.

Die klagende Partei begehrt mit ihrer am 5. April 1990 eingebrachten Klage idF der Modifizierungen ON 53 und ON 80 betreffend die obgenannten vier Atterseegrundstücke, die beklagte Partei zu verpflichten, näher bezeichnete Bestandverträge für Bojen mit insgesamt 47 Bojenpächtern zum nächsten Termin aufzukündigen und nach dem Kündigungstermin die Entfernung der Bojen zu veranlassen. Dazu brachte sie vor, ihr Fischereirecht werde durch das Setzen von Bojen beeinträchtigt.

Die beklagte Partei wendet im wesentlichen ein, die Dienstbarkeit des Fischereirechts sei verjährt, weil die Bojen-Bestandverträge schon vor mehr als drei Jahren vor Klageeinbringung abgeschlossen worden seien, außerdem werde das Fischereirecht durch die Bojen nicht eingeschränkt. Die Erst-, Zweit- und Drittnebenintervenienten wenden als Pächter von Bojen-Standplätzen im wesentlichen ein, ihre Bojen seien schon seit vielen Jahren angebracht, die Dienstbarkeit sei verjährt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren im wesentlichen mit der Begründung ab, die Dienstbarkeit (des

Fischereirechts) sei verjährt. 1984 seien 1.845 Bojen im Attersee eingebracht gewesen, seither habe sich deren Anzahl sogar verringert. Anhaltspunkte, daß dies für den Bereich des Fischereirechts der klagenden Partei nicht gelte, fehlten. Auf das Datum des Abschlusses einzelner Bestandverträge komme es nicht an, weil das Fischereirecht schon durch die Tatsache, daß sich überhaupt Bojen im Attersee befänden, beeinträchtigt werde.

Das Berufungsgericht hat 1) beschlußmäßig ausgesprochen, das Ersturteil sei in Ansehung der Bojen A 4248 und A 4266 wegen Klagsrückziehung ohne Anspruchsverzicht mit Zustimmung der beklagten Partei in der mündlichen Berufungsverhandlung wirkungslos, und 2) die klagsabweisende Entscheidung des Erstgerichts a) in Ansehung der Bojen A 3089, A 306, A 3070, A 3006, A 3015, A 3011, A 398, A 3001, A 399, A 3000, A 3010, A 3068, A 3035, A 3069, A 3050, A 4252, A 4221, A 4235, A 4229, A 4264 und A 4256 mit Teilurteil bestätigt sowie b) in Ansehung der Bojen A 3093, A 3980, A 3084, A 3081, A 3079, A 3078, A 3092, A 4230, A 4262, A 4241, A 4242, A 4249, A 4254, A 4257, A 4258, A 4231, A 4232, A 4233, A 4261, A 4255, A 4269, A 4236, A 4263 und A 4268 aufgehoben und dem Erstgericht insoweit eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Der Entscheidungsgegenstand übersteige 50.000 S, die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof seien zulässig, weil zur Frage der Beeinträchtigung des Fischereirechts durch Bojen in einem öffentlichen Gewässer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle.

In rechtlicher Hinsicht ging die zweite Instanz im wesentlichen davon aus, grundsätzlich werde durch das Setzen

von Bojen das Fischereirecht der klagenden Partei erheblich beeinträchtigt und erschwert. Maßgeblich sei nicht, ob im gesamten Attersee seit 1984 die Anzahl der Bojen geringer geworden sei, sondern ob durch die im Klagebegehren angeführten Bojen konkret die Dienstbarkeit der klagenden Partei ernstlich erschwert oder gefährdet werde. Das Dienstbarkeitsrecht beziehe sich aber nur auf die damit belasteten Parzellen des Attersees. Dadurch, daß die jeweils Berechtigten das Setzen von Bojen jahre- wenn nicht sogar jahrzehntelang geduldet hätten, hätten sie zumindest schlüssig ihre Zustimmung zur Einschränkung der Dienstbarkeit gegeben. Allerdings stehe nicht fest, welche Bojen bereits über einen längeren Zeitraum im See verankert worden seien. Soweit Bojen erst in jüngster Zeit gesetzt worden seien und darüber ein Bestandvertrag geschlossen worden sei, werde es darauf ankommen, ob dadurch die Ausübung des Fischereirechts durch die klagende Partei ernstlich erschwert worden sei; sei nämlich eine Boje zusätzlich in einen Bereich gesetzt worden, in dem das Fischen durch die bereits vorhandenen Bojen ohnedies nahezu unmöglich sei, werde dadurch die Dienstbarkeit nicht beeinträchtigt.

In der Verjährungsfrage sei das Datum des Abschlusses jedes einzelnen Bestandvertrags entscheidend. Liege der Abschluß vor dem 5. April 1987 (Klagseinbringung 5. April 1990), dann könne die klagende Partei die Kündigung dieser Bestandverträge nicht mehr durchsetzen (§ 1488 ABGB), weil das Servitutsrecht verjährt sei. In Ansehung der übrigen Bojen komme es darauf an, ob das Fischereirecht der klagenden Partei durch sie ernstlich erschwert werde. Dies sei im weiteren Verfahren vom Erstgericht festzustellen. Bei der Boje A 4229 (Drittnebenintervenient) stehe fest, daß sie zwar

seit 15. Mai 1987 gepachtet, jedoch an der gleichen Stelle bereits seit 1959 eine Boje vorhanden gewesen sei. Es sei daher davon auszugehen, daß die beklagte Partei dem Drittnebenintervenienten das Gebrauchsrecht an ihrem Eigentum teilweise überlassen habe, weil der Landeshauptmann bzw die ihm unterstellten Behörden als Verwalter des öffentlichen Wasserguts spätestens mit der Erfassung aller Bojen im Attersee 1983 auch Kenntnis vom Gebrauch gehabt und diesen nicht widerrufen hätten. Dieses Rechtsverhältnis zwischen der beklagten Partei und dem Drittnebenintervenienten vor Abschluß des Bestandvertrags sei als Prekarium zu werten. Prekaristischer Besitz schließe Rechtsbesitz gegenüber Dritten nicht aus. Gegenüber der klagenden Partei sei daher der Drittnebenintervenient als Besitzer anzusehen, die Verjährungsfrist laufe somit nicht erst ab Abschluß seines Bestandvertrags, sondern bereits während der Dauer der prekaristischen Gestattung der Verankerung im See. Das Setzen von Bojen sei vom Gemeingebrauch nicht umfaßt. Auch der Erstnebenintervenient sei in Ansehung der Boje A 4256 vor Abschluß des am 1. Jänner 1989 wirksam gewordenen Bestandvertrags als Prekarist anzusehen. Daß die beklagte Partei den Gebrauch ihres Eigentums 1988 widerrufen habe, der Erstnebenintervenient dieser Aufforderung nachgekommen sei und erst im Frühjahr 1989 nach Abschluß des Bestandvertrages die Boje wieder eingebracht habe, ändere nichts am bereits eingetretenen teilweisen Rechtsverlust der klagenden Partei.

Der Rekurs der klagenden Partei gegen den Aufhebungsbeschluß ist nicht berechtigt, ihre Revision gegen das Teilurteil ist zulässig und zum Teil berechtigt.

Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des

Berufungsverfahrens, liegt, wie der Oberste Gerichtshof geprüft hat, nicht vor (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).

Gemäß § 1 Abs 3 OÖ FischereiG, LGBl 1983/60, unterliegen das Eigentum an einem Fischereirecht und dessen Übertragung den Vorschriften des Privatrechts, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist; im Streitfall sind die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Nach österr. Recht ist das Fischereirecht dort, wo es vom Eigentum abgesondert in Erscheinung tritt, als selbständiges dingliches Recht gleich einer Dienstbarkeit anzusehen (SZ 59/200, SZ 56/11; 1 Ob 34/92, 1 Ob 25, 26/87 uva; *Klang* in *Klang*² II 251; *Spielbühler* in *Rummel*², Rz 4 zu § 383 ABGB; *Pimmer* in *Schwimann* Rz 5 zu § 477 ABGB, Rz 4 zu § 383 ABGB). Das Ausmaß einer Servitut und der Umfang der dem Berechtigten zustehenden Befugnisse richtet sich nach dem Inhalt des Titels und bei dessen Auslegung insbesondere nach Natur und Zweck der Dienstbarkeit zum Zeitpunkt ihrer Einräumung (NZ 1990, 101; RZ 1985/27; SZ 53/149 uva). Nach den jeweiligen Verhältnissen soll dem Berechtigten der angestrebte Vorteil ermöglicht, dem Belasteten aber so wenig wie nur möglich geschadet werden (RZ 1985/27 mwN). Daher hat die klagende Partei die Bojen, die bereits beim Erwerb ihrer Fischereirechte gesetzt waren, zu dulden. Entgegen der Auffassung der Zweitnebenintervenientin hält der erkennende Senat an seiner in der Entscheidung SZ 59/142 vertretenen Rechtsansicht, daß das Setzen einer an einer im Seegrund angebrachten Betonverankerung befestigten Boje durch den Gemeingebrauch am Gewässer nicht erfaßt wird, fest. Aus § 484 ABGB folgt weiters, daß sich der Dienstbarkeitsberechtigte jene Einschränkungen des Belasteten gefallen lassen muß, welche die Ausübung der

Dienstbarkeit nicht ernstlich erschweren oder gefährden (NZ 1990, 101; ZVR 1990/5 uva). Klagegrund der Servitutenklage (*actio confessoria*; § 523 ABGB) ist jede Störung des Servitutsrechts, auch wenn sie nur geringfügig ist, aber dauernd wirkt, oder wenn Wiederholung droht (*Pimmer* aaO Rz 1 zu § 523 ABGB). Sie kann auf die Beseitigung des Hindernisses oder der Beeinträchtigung und gegen jeden gerichtet werden, der den Servitutsberechtigten an der Ausübung seines Rechts hindert oder ihn darin stört. Abzustellen ist entgegen der Auffassung der beklagten Partei in ihrer Rechtsmittelbeantwortung nicht auf die Verhältnisse im gesamten Attersee, sondern auf die Verhältnisse in den vier Kleinfischereiparzellen, in denen der klagenden Partei die Ausübung der Servitut zukommt.

Gemäß § 1488 ABGB - welche Bestimmung auch für das Fischereirecht gilt (RZ 1983/8; 1 Ob 34/92; *Mader* in *Schwimann*, Rz 2 zu § 1488 ABGB) - verjährt das Recht der Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch, wenn sich der verpflichtete Teil bei Ausübung der Servitut widersetzt, und der Berechtigte durch drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat. Es handelt sich bei dieser sogenannten Freiheitsersitzung (*usucapio libertatis*; MietSlg 38.245 mwN) um einen Fall der Verjährung des bereits bestehenden Rechts der Dienstbarkeit. Der Belastete erwirbt kein neues Recht, es wird nur sein Eigentum von einer Beschränkung befreit (NZ 1986, 188 = MietSlg 38.246; RZ 1983/8; SZ 48/74 = JBl 1976, 266 = EvBl 1976/64; 1 Ob 34/92; *Schubert* in *Rummel*², Rz 1 zu § 1488 ABGB; *Klang* aaO VI 631). Die sogenannte Freiheitsersitzung erfolgt durch die Inanspruchnahme des Vollrechts durch den Eigentümer (oder Besitzer) der belasteten Liegenschaft in

Verbindung mit einer manifesten Beeinträchtigung des Servitutsrechts (NZ 1986, 188). Es ist nicht erforderlich, daß der Verpflichtete die Absicht hat, die Rechtsausübung durch den Berechtigten unmöglich zu machen oder zu beeinträchtigen. Es genügt vielmehr, daß der Belastete ein Hindernis errichtet, das die Ausübung des Rechts für den Berechtigten wahrnehmbar unmöglich macht oder beeinträchtigt (SZ 58/98 ua). Wird ein Hindernis errichtet, das die Ausübung der Servitut nur beschränkt, so führt die sogenannte Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB zu einer Einschränkung der Dienstbarkeit (SZ 48/74; 2 Ob 529/90 ua; *Klang* aaO VI 632; *Mader* aaO Rz 4 zu § 1488 ABGB). Voraussetzung für den Eintritt der sogenannten Freiheitsersitzung ist es, daß der Verpflichtete - wozu auch der Besitzer gehört, dem das Setzen einer Boje und deren Nutzung vom Grundeigentümer (RZ 1983/8; SZ 48/74; 1 Ob 34/92; Schubert aaO Rz 3 zu § 1488 ABGB) oder prekaristisch gestattet ist - sich fortwährend der Ausübung der Dienstbarkeit widersetzt und der Berechtigte deshalb deren Ausübung drei Jahre lang, ohne richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, unterlassen hat (7 Ob 513/85). Insoweit bleibt dann dem Grundeigentümer oder Besitzer die Einwendung vorbehalten, daß eine Belastung des dienenden Gutes wegen Verjährung der Servitut nicht mehr bestehe und er deshalb zur Verweigerung der Anerkennung der Servitutsrechte (bzw der Rechte in dem Umfang, in dem sie in Anspruch genommen werden) berechtigt sei (SZ 48/74; 1 Ob 34/92).

Der Lauf der Verjährungsfrist gemäß § 1488 ABGB beginnt grundsätzlich mit der Möglichkeit der Rechtsausübung (SZ 58/98; MietSlg 37.215). Es genügt die manifeste Beeinträchtigung des Servitutsrechts (MietSlg

38.246; Schubert aaO Rz 2 zu § 1488 ABGB). Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt aber frühestens zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem der Servitutsberechtigte das Hindernis wahrnimmt oder zumindest bei gehöriger Aufmerksamkeit wahrnehmen konnte (SZ 58/98 mwN; JBl 1982, 32 mit Anm von *Iro*; 2 Ob 632/87 ua; *Schubert* aaO Rz 2 zu § 1488 ABGB). Liegt ein Verjährungstatbestand - wie hier - vor, hat der verpflichtete Teil die Verjährung nicht nur ausdrücklich einzuwenden (SZ 48/84; *Schubert* aaO Rz 1 zu § 1488 ABGB), sondern es trifft den Anspruchsgegner die Beweislast für rechtsvernichtende und rechtshemmende Umstände gemäß den allgemeinen Beweislastregeln, daß jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen hat (NZ 1986, 188 mwN; *Fasching* III 234). Der Beklagte hat somit auch einen Sachverhalt zu behaupten und zu beweisen, aus dem der rechtliche Schluß zu ziehen ist, daß die Verjährungsfrist des § 1488 ABGB zum Zeitpunkt der Geltendmachung des behaupteten Anspruchs durch Klage bereits abgelaufen war (NZ 1986, 188; *Schubert* aaO Rz 1 zu § 1488 ABGB). Hier hat die beklagte Partei die Verjährung der Servitut bereits in der Klagebeantwortung ON 2 eingewendet und den Verjährungseinwand im vorbereitenden Schriftsatz ON 60 aufrechterhalten. Die dreijährige Frist des § 1488 ABGB ist gewahrt, wenn innerhalb des genannten Zeitraums Klage eingebracht wurde (§ 1497 ABGB). Da die Klage am 5. April 1990 eingebracht wurde, ist darauf abzustellen, ob die klagende Partei vor dem 5. April 1987 den Eingriff in ihr Fischereirecht durch die zum Gegenstand des Klagebegehrens gemachten Bojen erkannt hat bzw., wenn sie den Eingriff nicht erkannt hat, ob sie ihn bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte. Dieser für die

Fristauslösung maßgebliche Zeitpunkt ist bei jeder einzelnen Boje zu prüfen. Lassen sich entsprechende Feststellungen nicht treffen, geht dies in der Verjährungsfrage zu Lasten der beweispflichtigen beklagten Partei, der insoweit auch die Behauptungslast zukommt. Dem Berufungsgericht kann nicht gefolgt werden, es sei hier auf den Zeitpunkt des Abschlusses der - ohne Zutun und wohl auch Kenntnis des klagenden Fischereiberechtigten und durch die Erteilung einer naturschutzbehördlichen Bewilligung bedingten - Bojen-Bestandverträge abzustellen. Nur wenn die klagende Partei vom Abschluß der Bojen-Bestandverträge oder von deren naturschutzbehördlichen Bewilligung Kenntnis hatte, könnte dem Bedeutung zukommen, wenn dann mit dem Setzen einer entsprechenden Boje gerechnet werden müßte. Die naturschutzbehördliche Bewilligung selbst ist entgegen den Rechtsmittelausführungen nicht fristauslösend, weil durch sie nicht in das Servitutsrecht direkt eingegriffen wird.

Im fortgesetzten Verfahren wird von den Tatsacheninstanzen festzustellen sein, wann jede einzelne, hier zum Gegenstand des Klagebegehrens gemachte Boje - mit Ausnahme der Bojen A 4229, A 4235, A 4248, A 4266, A 4252 und A 4256 - im See für die klagende Partei wahrnehmbar gesetzt wurde, das heißt, ob die klagende Partei vor dem 5. April 1987 ihr Setzen erkannt hat und, falls sie es nicht erkannt hat, ob sie es bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Ausgehend von diesem Zeitpunkt ist für die Fälle, in denen die Boje bereits vor dem 5. April 1987 gesetzt wurde, zu prüfen, ob zu diesem Zeitpunkt bereits ein - nach dem Klagebegehren aufzulösender - Bojen-Bestandvertrag mit der beklagten Partei bestand oder ob ein anderer Rechtsgrund dafür vorlag

und ob das Setzen der Boje mit Wissen und Willen der beklagten Partei erfolgte, denn als Widersetzender iS des § 1488 ABGB kann nur der Eigentümer (Besitzer) des dienenden Grundstücks gelten. Für die Berechnung der Verjährungszeit ist ein Wechsel in der Person des Berechtigten oder des Schuldners ohne Bedeutung (SZ 54/165 ua).

Wenn sich danach herausstellt, daß in Ansehung einer oder mehrerer Bojen der Klagsanspruch noch nicht verjährt ist, wird von den Tatsacheninstanzen für jede einzelne Boje zu prüfen sein, ob durch sie die Ausübung des Fischereirechts ernstlich erschwert oder gefährdet wird. Insoweit ist die klagende Partei beweispflichtig.

Dagegen ist in Ansehung von vier Bojen das Urteil zweiter Instanz zu bestätigen: Für die Bojen A 4252 und A 4235 besteht nach den Feststellungen kein - nach dem Klagebegehren aufzulösender - Bestandvertrag zwischen der beklagten Partei und den Bojenbesitzern (mehr), in Ansehung der Bojen A 4229 (Drittnebenintervenient) und A 4256 (Erstnebenintervenient) ist auf die zutreffenden Ausführungen der zweiten Instanz zu verweisen (§ 510 Abs 3 ZPO). Die Rechtsmittelausführungen der klagenden Partei, bei der Boje A 4229 sei seit 1972 nur mehr ein Bojenstein - und keine Boje mehr - vorhanden gewesen, entspricht nicht den erstrichterlichen Feststellungen. Demgemäß ist das Teilurteil des Berufungsgerichts teils zu bestätigen und teils aufzuheben sowie der Aufhebungsbeschluß zu bestätigen.

Die Kostenentscheidung beruht in Ansehung der obsiegenden Erst- und Drittnebenintervenienten auf §§ 41, 50 ZPO, im übrigen auf §§ 50, 52 Abs 2, 392 Abs 2 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 23. November 1994
Dr. S c h l o s s e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: