

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz-Christian B*****, vertreten durch Dr. Walter Brunner, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen Feststellung einer Dienstbarkeit (Streitwert 130.000 S) infolge der Rekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Berufungsgericht vom 21. Juli 2000, GZ 1 R 84/00y-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Hermagor vom 17. Jänner 2000, GZ 1 C 133/98t-17, aufgehoben wurde, folgenden

B e s c h l u s s

gefasst:

Keinem der beiden Rekurse wird Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz.

B e g r ü n d u n g :

Der Kläger und der Bund sind Eigentümer Kärntner Liegenschaften. Zum Gutsbestand der Liegenschaft des Bundes gehört eine Reihe von Gewässergrundstücken. Weitere Grundstücke sind Ödland bzw landwirtschaftlich genutzt. Auf den nunmehrigen Grundstücken des Bundes wurde das Fischereirecht an einem Bach samt den Zwischengewässern seit Jahrhunderten als Zugehör bestimmter Grundherrschaften vom Ursprung bis zur Einmündung in die Gail ausgeübt. Diese Herrschaftskomplexe waren zusammen mit anderen seit 1667 in einem fürstlichen Realfideikommiss vereinigt, zu dem auch das streitverfangene Fischereirecht als unselbständiger Bestandteil gehörte. Fischereirechte wurden von der Grundentlastung 1848 nicht berührt. Die Verfügungsgewalt über das Wassergut war allerdings zufolge des Wegfalls feudaler Hoheitsrechte auf den Staat übergegangen. Am 22. 4. 1918 wurde die "Herrschaft" des Realfideikommisses samt dem streitverfangenen Fischereirecht "mit allem rechtlichen An- und Zubehör" verkauft. In § 5 Pkt. 3 dieses - dem Wortlaut nach - nicht strittigen Vertrags wurde festgehalten, "dass die die Fischereirechte der Fideikommissherrschaften betreffenden Fischerkarten auf Namen" der Käufer "übertragen werden". Die Käufer teilten das Grundvermögen mit Vertrag vom 16. 4. 1919. Das Eigentum an den Grundstücken, mit denen das streitverfangene Fischereirecht verbunden war, fiel an einen der Vertragspartner, der diese "Herrschaft" mit Kaufvertrag vom 14. 9. 1929, in dem Fischereirechte als Bestandteil des Kaufobjekts ausdrücklich erwähnt wurden, an insgesamt vier Käufer veräußerte. Kraft eines Nachtrags zu diesem Kaufvertrag vom 5. 12. 1929

teilten die Erwerber das Grundvermögen konkret unter sich auf. Ein Rechtsvorgänger des Klägers erwarb jene Liegenschaft, mit der das streitverfangene Fischereirecht verbunden war. Dieses Recht wurde jedoch in der für die Liegenschaft eröffneten Einlage der Kärntner Landtafel nicht ersichtlich gemacht, weil das belastete öffentliche Wassergut nur in einem Verzeichnis geführt wurde. Kraft der Einantwortungen 1952 und 1956 erwarben sodann Rechtsvorgänger des Klägers das Eigentum an dieser Liegenschaft im Erbweg. Aufgrund der Einantwortung 1969 erwarb schließlich der Kläger diese Liegenschaft. Im Vormerkblatt für den Fischereikataster des Landes Kärnten ist der hier bedeutsame Bach vom Ursprung bis zur Einmündung in die Gail als Eigenrevier des Klägers eingetragen. Das Fischereirecht wurde ausschließlich vom Kläger und seinen Rechtsvorgängern bzw deren Beauftragten ausgeübt. Im Zuge der Wildbachverbauung waren die Rechtsvorgänger des Klägers am wasserbehördlichen Verfahren beteiligt. Eine gerichtliche Urkundenhinterlegung, die sich auf das in den Jahren 1918, 1919 und 1929 rechtsgeschäftlich mitveräußerte streitverfangene Fischereirecht bezogen hätte, fand nicht statt.

Der Kläger begehrte die Feststellung der Grunddienstbarkeit des Fischereirechts - hilfsweise der persönlichen Dienstbarkeit des Fischereirechts - und die Verurteilung der beklagten Partei, in deren Verbücherung einzuwilligen. Das Fischereirecht sei jedermann bekannt und im Vormerkblatt für den Fischereikataster des Landes Kärnten eingetragen. Dieses Recht sei durch seine Rechtsvorgänger und ihn seit dem späten Mittelalter ohne Widerspruch Dritter ausgeübt worden. Die Bestreitung dieses offenkundigen Rechts durch den Bund sei als Schikane gegenüber seinen

Bürgern sittenwidrig. Das Recht sei auch jedenfalls ersessen worden. Das Klagebegehren habe ferner in § 22 GBG eine Stütze und sei auch als "publizianische Servitutenklage" berechtigt. Der Bund habe das Fischereirecht wiederholt anerkannt. Die Urkunden über die rechtsgeschäftlichen Erwerbsvorgänge seien "bei den zuständigen Gerichten und Behörden hinterlegt worden", sie seien "jedoch nicht mehr auffindbar". "Deren Unauffindbarkeit" sei "vom Staat zu verantworten". Bei Verneinung einer Grunddienstbarkeit stehe dem Kläger das Fischereirecht zumindest "als unregelmäßige, frei veräußerliche und vererbliche persönliche Dienstbarkeit" zu.

Die beklagte Partei wendete ein, Grundstücke des Bundes seien mit dem vom Kläger behaupteten Fischereirecht nicht belastet. Die Eintragung eines Fischereirechts im Fischereikataster wirke nicht konstitutiv. Ein solches Recht könne nach dem Kärntner Fischereigesetz nur mit dem in § 481 ABGB beschriebenen Modus erworben werden. Ein derartiger Erwerbsakt habe nicht stattgefunden. Durch andere Arten der Übergabe könne ein dingliches Fischereirecht nach einem obligatorischen Erwerbsgeschäft seit dem Inkrafttreten der 3. TN zum ABGB im Jahr 1916 nicht mehr erworben werden. Nur die Rechtsnachfolger des ursprünglich dinglich Berechtigten könnten "gegenüber dem Grundeigentümer die Verbücherung oder Hinterlegung der Erwerbsurkunde begehren", seien doch die dingliche und die obligatorische Berechtigung zufolge der rechtsgeschäftlichen Veräußerungen auseinandergefallen. Das geltend gemachte Fischereirecht sei auch verjährt, weil es der seinerzeit allenfalls dinglich Berechtigte durch mehr als dreißig Jahre nicht mehr ausgeübt habe. Seit Inkrafttreten der 3. TN zum ABGB seien auch "mehrere Gelegenheiten" zur gerichtlichen Hinterlegung von

Erwerbssurkunden versäumt worden. Ein verjährtes Recht könne gegen das öffentliche Wassergut jedenfalls nicht ersessen worden sein. Die publizianische Klage sei gegen den "wahren Eigentümer" einer lastenfreien Liegenschaft unzulässig. Ein allfälliges obligatorisches Fischereirecht könne gegen den Bund nicht in ein Sachenrecht "verwandelt" werden. Der für das öffentliche Wassergut zuständige Verwalter habe von einem dieses Gut angeblich belastenden Fischereirecht nichts gewusst. Erst durch die vorliegende Klage habe der Bund vom behaupteten Recht Kenntnis erlangt. Der Kläger habe ein Fischereirecht nicht gutgläubig ausgeübt, habe es doch am erforderlichen Erwerbsakt gemangelt. Ein allfälliges Fischereirecht beziehe sich auch nicht auf die in der Klage als dienend und herrschend bezeichneten Grundstücke.

Das Erstgericht wies das Haupt- und das Eventualklagebegehren ab. Das mit dem Grundeigentum verbundene Fischereirecht an Gewässern, die nicht Privatgewässer des Fischereiberechtigten seien, sei gemäß § 2 Abs 1 Krnt FischereiG 1951 eine Grunddienstbarkeit. Seit dessen Inkrafttreten könne es an fremden Gewässern gemäß seinem § 2 Abs 2 nur auf die in § 481 ABGB geregelte Art erworben werden. Das betreffe auch die Übertragung eines schon bestehenden Rechts. Das vom Kläger behauptete Recht sei weder im Lastenblatt des dienenden Guts eingetragen, noch sei je eine Urkundenhinterlegung über Erwerbsgeschäfte gerichtlich bewilligt worden. Seit dem 1. 11. 1934 könne am öffentlichen Wassergut "Eigentum" durch Ersitzung nicht mehr erworben werden. Somit scheidet auch der Erwerb eines Fischereirechts kraft Ersitzung aus. Rechtsvorgänger des Klägers mögen das streitverfangene Recht vor Inkrafttreten der 3. TN zum ABGB am 15. 4. 1916 als

dingliches Recht ausgeübt haben. Danach sei es jedoch zu rechtsgeschäftlichen Veräußerungen gekommen. Mangels gerichtlicher Hinterlegung der Erwerbssurkunden sei ein das öffentliche Wassergut seinerzeit allenfalls belastendes Fischereirecht nicht wirksam übertragen worden. Ein vor dem 1. 11. 1934 allenfalls ersessenes Recht wäre überdies verjährt, weil es nicht mehr durch den letzten dinglich Berechtigten ausgeübt worden sei.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf und verwies die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Nach seiner Ansicht kann eine Grunddienstbarkeit an einer nicht verbücherten Liegenschaft seit dem Inkrafttreten des § 481 ABGB idF der 3. TN am 15. 4. 1916 nur mehr durch die gerichtliche Hinterlegung der Urkunde über das Titelgeschäft erworben werden. Das sei auch gemäß § 1 Abs 1 Z 1 lit a UHG ausdrücklich vorgesehen. Das streitverfangene Fischereirecht sei als Grunddienstbarkeit zu qualifizieren. Den weiteren Erwägungen lägen daher soweit die Bestimmungen des 1951 wiederverlautbarten Kärntner Fischereigesetzes, das am 1. 1. 1932 in Kraft getreten sei, zugrunde, weil vorherige landesgesetzliche Regelungen über das Fischereiwesen die Rechtsnatur des Fischereirechts nicht behandelten. In Kärnten habe auch das Reichsfischereigesetz nicht gegolten. Der Oberste Gerichtshof habe in der Entscheidung 1 Ob 203/99f - Veräußerungen nach dem Inkrafttreten des Kärntner Fischereigesetzes betreffend - klargestellt, dass § 2 Abs 2 Krnt FischereiG sowohl auf den ersten Erwerb als auch auf die Übertragung eines schon

bestehenden Fischereirechts anzuwenden sei. Ein solches Recht könne demnach - mangels einer Verbücherung des dienenden Guts - nur durch die Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung der Urkunde über das Titelgeschäft erworben werden. Nach der Entscheidung 1 Ob 72/00w dürfe der Landesgesetzgeber auf dem Boden des allgemeinen Privatrechts einen bestimmten Erwerbsmodus für das Fischereirecht als Grund- bzw Personaldienstbarkeit regeln. Hier seien rechtsgeschäftliche Veräußerungen in den Jahren 1918 und 1929 zu beurteilen, weil jede spätere Rechtsnachfolge im Erbweg geschehen sei. Damals habe es noch an der Regelung des § 2 Abs 2 Krnt FischereiG 1951 gefehlt. Die Urkundenhinterlegung gemäß § 481 ABGB sei durch § 24 der 3. TN sowie durch die Verordnung vom 26. 3. 1916 RGBI 87 und schließlich durch die Verordnung vom 18. 11. 1927 BGBl 326 geregelt worden. Klärungsbedürftig sei daher, ob § 481 ABGB auch auf den Erwerb eines dinglichen Fischereirechts anwendbar sei. Das sei zu bejahen. In der Entscheidung 1 Ob 72/00w habe der Oberste Gerichtshof allerdings nur auf den zeitlichen Geltungsbereich des § 2 Abs 2 Krnt FischereiG abgestellt, was "im Falle der Festschreibung des Erwerbsaktes durch § 481 ABGB" unterbleiben hätte können. Da das Fischereirecht nach herrschender Ansicht schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens der 3. TN als Grunddienstbarkeit zu beurteilen gewesen sei, habe es seit dem 15. 4. 1916 nur mehr durch einen in § 481 ABGB geregelten Modus übertragen werden können. Gemäß § 4 Abs 6 WRG sei gegen das öffentliche Wassergut seit dem 1. 11. 1934 weder das Eigentum noch ein anderes dingliches Recht ersitzbar. Diese Bestimmung schließe nach Ansicht eines Rechtshistorikers als Gutachter (des Klägers) nur die Ersitzung zu Lasten des

Bundes aus. Eine solche komme jedoch dann nicht in Betracht, wenn ein Fischereirecht an einem öffentlichen Gewässer schon vorher bestanden habe und rechtsgeschäftlich gültig übertragen worden sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb der bisher dinglich Berechtigte sein Recht durch Verjährung verlieren, es mangels Einhaltung des gesetzlichen Modus aber auch nicht wirksam rechtsgeschäftlich an einen Erwerber übertragen könne. Ein allfälliger Rechtsverlust würde sich auch nicht zugunsten des Bundes auswirken, weil das Fischereirecht dann kraft einer Legalservitut dem Land Kärnten zufiele. Dieser Auslegung des § 4 Abs 6 WRG sei nicht beizutreten, weil Ersitzungsgegner nur der Eigentümer der durch die Dienstbarkeit der Fischerei belasteten Sache sein könne. Gemäß § 485 ABGB lasse sich eine Dienstbarkeit nicht eigenmächtig vom dienenden Gut absondern. Deshalb sei die Schlussfolgerung unzutreffend, der Käufer des herrschenden Guts erwerbe eine nicht verbücherte Grunddienstbarkeit des Fischereirechts zufolge Zeitablaufs durch Ersitzung im Verhältnis zum Verkäufer als Ersitzungsgegner. Das Klagebegehren finde auch in § 22 GBG keine Stütze. Diese Bestimmung erlaube nur dem letzten Erwerber die Verbücherung seines Erwerbstitels, wenn sich die Veräußerungskette bis zum bürgerlich Berechtigten unter Vorlage verbücherungsfähiger Urkunden zurückverfolgen lasse. Daraus sei ein Anspruch auf Einwilligung in die (erstmalige) Einverleibung eines dinglichen Rechts nicht ableitbar. Den vom Kläger vorgelegten Urkunden mangle es an deren seinerzeitige gerichtliche Hinterlegung rechtfertigenden Aufsandungserklärungen. Ersessene Dienstbarkeiten müsse der Eigentümer des dienenden Guts und jeder spätere Erwerber gegen sich gelten lassen. Eine noch nicht ersessene Dienstbarkeit, deren Einverleibung der

Berechtigte kraft eines gültigen Titels verlangen könne, wirke dann gegen den Eigentümer und spätere Erwerber des dienenden Guts, wenn sie der Belastete gekannt habe oder eine solche Dienstbarkeit offenkundig sei. Es stelle sich daher die Frage, ob das Eigentum des Bundes an den ab 1993 verbücherten Grundstücken des öffentlichen Wasserguts mit der vom Kläger zwar nicht ersessenen, aber titulierten, offenkundigen und von ihm und seinen Rechtsvorgängern ohne Unterbrechung und Widerspruch ausgeübten Grunddienstbarkeit des Fischereirechts belastet sei. Die die Erwerbsgeschäfte der Jahre 1918 und 1929 betreffenden Urkunden enthielten keine Aufsandungserklärungen im Sinne des § 434 ABGB. Die jeweiligen Käufer wären aber berechtigt gewesen, die Unterfertigung hinterlegungsfähiger Urkunden vom jeweiligen Verkäufer zu begehren. Der letzte Erwerber in einer "Vertragskette" habe jedoch mit dem ersten Verkäufer keine unmittelbare Vertragsbeziehung. Vertragliche Rechte verjährten zwar innerhalb von dreißig Jahren, die Verjährungseinrede stehe aber nur dem Vertragspartner zu. Ein redlicher Verkäufer werde eine zur gerichtlichen Hinterlegung taugliche Urkunde auch noch nach dem Ablauf von dreißig Jahren ausstellen. Eine solche Urkunde könne der Erwerber beim Grundbuchsgericht hinterlegen und damit den Erwerbsmodus gemäß § 481 ABGB erfüllen. Gegen einen solchen Vorgang könne sich der Bund nur dann erfolgreich zur Wehr setzen, wenn das betroffene Recht seither aus einem anderen Rechtsgrund erloschen sei. Das sei zu verneinen, weil der Verkäufer und der Käufer eines Fischereirechts gegenüber dem Dienstbarkeitsbelasteten eine Einheit bildeten. Der Belastete habe die Ausübung der Dienstbarkeit - gleichviel durch wen - zu dulden. Solange "die Einheit Käufer/Verkäufer" das Fischereirecht mit Duldung des

Belasteten tatsächlich ausgeübt habe, habe ein Rechtsverlust durch Verjährung gemäß § 1479 ABGB nicht eintreten können. Die Verjährung sei also auch dann zu verneinen, wenn die Rechtsausübung durch den jeweiligen Käufer als Besitzmittler erfolgt sei. Stünde fest, dass die Rechtsnachfolger der Verkäufer in die Ausstellung tauglicher Urkunden zur Erwirkung deren gerichtlichen Hinterlegung nach § 481 eingewilligt hätten, so hätte der Kläger die Übertragung des dinglichen Fischereirechts bis zur Verbücherung des öffentlichen Wasserguts durch die Bewirkung einer gerichtlichen Urkundenhinterlegung herbeiführen können. Nach der nunmehrigen Verbücherung des öffentlichen Wasserguts müsse unter solchen Voraussetzungen auch der Bund in die begehrte Einverleibung der Dienstbarkeit des Fischereirechts einwilligen. Diese Rechtslage sei mit den Parteien im fortgesetzten Verfahren zu erörtern. Daraufhin sei zu klären, ob die Rechtsnachfolger der Verkäufer einem sachenrechtlich gültigen Erwerb des Fischereirechts durch die Käufer ausdrücklich zugestimmt hätten. Wäre das zu bejahen, wäre dem Klagebegehren stattzugeben. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zulässig, weil das Berufungsgericht in Hinsicht auf die Verjährungseinrede von der Entscheidung 1 Ob 203/99f abgewichen sei und keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Erwerbsart für die Grunddienstbarkeit des Fischereirechts im Zeitraum vom 15. 4. 1916 bis zum 1. 1. 1932, zur Person des Ersitzungsgegners nach der rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines dinglichen Fischereirechts und zu der die Verjährung hindernden Rechtsausübung durch Besitzmittler vorliege.

Die Rekurse sind zulässig; sie sind jedoch im Ergebnis nicht berechtigt.

1. Finanzprokurator als Vertreterin des Bundes:

1. 1. Der Kläger sprach sich in der mündlichen Verhandlung vom 18. 5. 1998 (ON 3 S. 1) "gegen die Vertretung des öffentlichen Wasserguts durch die Finanzprokurator aus, weil diese Vertretung dem objektiven Recht" widerspreche. Er beantragte deshalb die Erlassung eines klagestattgebenden Versäumungsurteils. In der Berufung gegen das klageabweisende Ersturteil machte der Kläger sodann die Zulassung der Finanzprokurator als Vertreterin des Bundes als einen wesentlichen Mangel des Verfahrens erster Instanz geltend, weil der Landeshauptmann von Kärnten die Verwaltung des öffentlichen Wasserguts zu besorgen habe, dafür also nicht ein Bundesminister zuständig sei.

Das Berufungsgericht verneinte den behaupteten erstinstanzlichen Verfahrensmangel. Angesichts § 2 ProkG sei nicht verständlich, weshalb die Finanzprokurator für den Bund keine Vertretungsbefugnis haben solle.

Im Rekurs gegen den Aufhebungsbeschluss hält der Kläger an seiner Ansicht über die mangelnde Vertretungsbefugnis der Finanzprokurator fest und will nach wie vor die Erlassung eines klagestattgebenden Versäumnisurteils gegen den Bund erzwingen. Er behauptet auch die Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und regt an, die in Zweifel gezogene Vertretungsbefugnis der Finanzprokurator entweder durch einen Gesetzesprüfungsantrag beim Verfassungsgerichtshof oder im Wege der Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften klären zu lassen. Der Kläger versucht, diese Anregung mit verfassungs-

und gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen rudimentär zu begründen.

1. 2. Soweit bereits das Berufungsgericht das Vorliegen eines erstinstanzlichen Verfahrensmangels verneinte, kann eine bloße Wiederholung der Behauptung einer Mangelhaftigkeit des erstgerichtlichen Verfahrens in dritter Instanz nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nicht erfolgreich sein (*Kodek in Rechberger*, ZPO2 § 503 Rz 3 mN aus der Rsp). Der Kläger ist jedoch offenkundig auch der Ansicht, die Finanzprokuratur hätte den Bund auch im Rechtsmittelverfahren nicht vertreten dürfen.

1. 3. Dass der vom Kläger behauptete Vertretungsmangel wegen einer allfälligen Verletzung der Vorschriften über den Anwaltszwang keine Nichtigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 5 ZPO bewirkt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (EvBl 1999/32; SZ 66/97 - je bezogen auf die Finanzprokuratur). Das gilt also auch für den Anwaltszwang im Rechtsmittelverfahren. Offenkundig deshalb behauptet der Kläger auch nur einen wesentlichen Verfahrensmangel. Ein Verfahrensmangel ist aber nur dann wesentlich, wenn er abstrakt geeignet ist, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache als Voraussetzung einer richtigen Sachentscheidung zu hindern. Eine solche Erheblichkeit des behaupteten Verfahrensmangels hat der Rechtsmittelwerber, wenn sie nicht offenkundig ist, darzulegen (EvBl 1999/32). Der Kläger spricht hingegen der Finanzprokuratur die Vertretungsbefugnis für den Bund im Anlassfall nur an sich ab, lässt aber jede Begründung dafür vermessen, weshalb das Einschreiten dieser Behörde als Vertreterin des Prozessgegners eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu seinen Lasten hindern könnte.

Das Vorbringen des Klägers zur Vertretungsbefugnis der Finanzprokurator erweist sich daher als belanglos, sodass auch die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens nicht vorliegt.

2. Fischereirecht als offenkundige Grunddienstbarkeit:

2. 1. Das Berufungsgericht hat in seiner gründlich erarbeiteten Entscheidung die rechtlichen Problemzonen offengelegt, die für den Erwerb der Grunddienstbarkeit des Fischereirechts aufgrund eines Rechtsgeschäfts vor dem Inkrafttreten des Kärntner Fischereigesetzes von Bedeutung sind. Der Oberste Gerichtshof kann seine Erwägungen deshalb sogleich auf die streitentscheidende Kernfrage nach der Existenz einer **offenkundigen** Grunddienstbarkeit des Fischereirechts konzentrieren, die im angefochtenen Beschluss nicht näher erörtert wurde.

2. 2. Der erkennende Senat hatte sich in der Entscheidung 1 Ob 72/00w mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Fischereirechts als Personaldienstbarkeit nach dem Inkrafttreten des Kärntner Fischereigesetzes 1951 LGBl 43 (Wiederlautbarung des Kärntner Fischereigesetzes 1931 LGBl 35) - in der Folge kurz FG - zu befassen. Er führte dort - gestützt auf § 2 Abs 1 FG - aus, dass das Fischereirecht in Gewässern, die nicht Privatgewässer des Fischereiberechtigten seien, eine Grunddienstbarkeit sei, wenn es mit dem Eigentum einer Liegenschaft verbunden sei. Sonst sei es hingegen eine unregelmäßige Dienstbarkeit (§ 479 ABGB), die mangels entgegenstehender Vereinbarung veräußerlich und ohne die Einschränkung nach § 529 ABGB auf die ersten Erben vererblich sei. Weil gemäß § 2 Abs 2 FG vom "Beginne der Wirksamkeit dieses Gesetzes

an ... das Fischereirecht in fremden Gewässern nur auf die im § 481 ABGB angeführte Art" erworben werden könne, setze eine wirksame Übertragung in Ansehung eines verbücherten dienenden Guts die Einverleibung (bzw Vormerkung) des Rechts im Lastenblatt, mangels einer solchen Verbücherung die gerichtliche Hinterlegung der Urkunde über das Titelgeschäft voraus. Rechtsbegründender Übertragungsakt sei allein die Einverleibung im Lastenblatt des dienenden Guts bzw die Urkundenhinterlegung, wobei diesem Modus sowohl der erste Erwerb als auch die Übertragung eines bestehenden Fischereirechts unterworfen sei. Dieser Modus erfasse ferner - in Ermangelung einer gesetzlichen Differenzierung - beide Dienstbarkeitstypen. Insofern sei daher nicht maßgebend, ob ein solches Recht als Grund- oder Personaldienstbarkeit eingeräumt worden sei. Es könne jedoch auch ein Fischereirecht als offenkundige Dienstbarkeit nur mehr durch Einhaltung des gesetzlichen Modus wirksam übertragen werden. Somit könne ein "Fischereirecht in fremden Gewässern", welcher Art es auch immer sein mag, im zeitlichen Geltungsbereich des § 2 Abs 2 FG nur durch die Eintragung des Berechtigten im bücherlichen Lastenblatt des dienenden Guts oder durch die gerichtliche Bewilligung der Hinterlegung der Urkunde über das Erwerbsgeschäft wirksam übertragen werden.

Im Anlassfall ist nur die Frage nach dem rechtlichen Schicksal eines Fischereirechts als offenkundige Grunddienstbarkeit zu lösen. Wie in der Folge näher zu begründen sein wird, sind die unterschiedlichen Arten des Erwerbs des Eigentums am herrschenden Gut in der Rechtsnachfolge bis zum Kläger als dessen Eigentümer nicht streitentscheidend. Es kommt daher auch dem Umstand, dass der Kläger aufgrund einer geschlossenen Kette von

Einantwortungen seit dem Inkrafttreten des Kärntner Fischereigesetzes 1931 als Erbe Eigentümer des nach den Klagebehauptungen herrschenden Guts wurde, keine spezifische Bedeutung zu. Allerdings wurde schon in der Entscheidung 1 Ob 203/99f - mit Bezug auf ein Fischereirecht als Grunddienstbarkeit - betont, dass stets auch erbrechtliche Vorgänge zur Rechtsbegründung hinreichen.

2. 3. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte sich der erkennende Senat in der Entscheidung 1 Ob 72/00w nicht mit § 2 Abs 2 FG auseinandersetzen müssen, wäre der Erwerbsmodus für ein Fischereirecht als Grunddienstbarkeit bereits durch § 481 ABGB in der Fassung gemäß § 23 der 3. TN festgeschrieben worden. Dabei wird indes zweierlei übersehen: Einerseits ging es dort nicht um ein Fischereirecht als Grunddienstbarkeit, hatte doch der Beklagte behauptet, sein angebliches Fischereirecht "sei als unregelmäßige, veräußerliche und vererbliche Dienstbarkeit vom Grundeigentum unabhängig". Andererseits waren nur Titelgeschäfte innerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs des § 2 Abs 2 FG zu beurteilen. Soweit dort ausgesprochen wurde, dass wegen der Bestimmung des § 2 Abs 2 FG selbst ein **Fischereirecht als offenkundige Dienstbarkeit** nur mehr mit Hilfe des gesetzlichen Modus wirksam "übertragen" werden könne, darf gleichfalls nicht übersehen werden, dass Erörterungsgegenstand nicht die Frage nach der sachenrechtlich wirksamen Erwerbsart eines Fischereirechts als offenkundige Grunddienstbarkeit war. Mit dieser Vorentscheidung wurde also nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Erwerbsmodus für ein Fischereirecht als reguläre Grunddienstbarkeit an einem kärntnerischen Gewässer erst durch das Kärntner Fischereigesetz geregelt worden und der

sachenrechtlich wirksame Erwerb eines solchen Rechts vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht dem Regime des § 481 ABGB in der Fassung gemäß § 23 der 3. TN unterworfen gewesen wäre.

Jene Passage lässt sich aber wegen der Betonung der Existenz von Fischereirechten als offenkundige Dienstbarkeiten bereits als Andeutung verstehen, dass (auch) der Erwerb eines Fischereirechts als (reguläre) Grunddienstbarkeit an einem kärntnerischen Gewässer vor dem Inkrafttreten des Kärntner Fischereigesetzes nicht ausnahmslos an die Einhaltung des nach § 481 ABGB jeweils anwendbaren Erwerbsmodus gebunden war, sondern dass es in Durchbrechung des Eintragungs- bzw. Hinterlegungsgrundsatzes auch **offenkundige Grunddienstbarkeiten** gab und gibt. Dazu ist in rechtshistorischem Exkurs anzumerken, dass als Modus des Erwerbs eines Fischereirechts als Grunddienstbarkeit aufgrund eines gültigen Titelgeschäfts vor dem Inkrafttreten der 3. TN zum ABGB - mangels Körperlichkeit eines solchen Rechts - nur entweder Zeichen gemäß § 427 ABGB oder allenfalls auch Erklärungen gemäß § 428 ABGB in Betracht kamen. Nach der bis zum Inkrafttreten des § 481 ABGB in der Fassung der 3. TN geltenden Urfassung dieser gesetzlichen Bestimmung konnte "das dingliche Recht der Dienstbarkeit auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf Gegenstände, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben erworben werden"; "auf andere Sachen" erlangte man es dagegen "durch die oben (§§ 426-428) angegebenen Arten der Übergabe" (siehe *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch [1812] Bd IIA 301 f). Da Grundstücke des öffentlichen Wasserguts nicht verbüchert waren - auch die

Verbücherung der hier maßgebenden Grundstücke erfolgte erst ab 1993 - konnte seinerzeit das Fischereirecht an einem öffentlichen Gewässer als Grunddienstbarkeit gar nicht intabuliert werden. Es bestand ferner auch keine Möglichkeit zur gerichtlichen Hinterlegung der Titellurkunde.

In den die 3. TN erläuterten Gesetzesmaterialien wurde als Grund für die Novellierung des § 481 ABGB angeführt, es sei nunmehr die Gesetzeslücke "bezüglich des Rechtserwerbs an nicht verbücherten Liegenschaften" wegen der durch die Ereignisse des 1. Weltkriegs geschaffenen Lage zu schließen (siehe die Kaiserliche Verordnung vom 19. 3. 1916 RGBl 69 über die dritte Teilnovelle zum ABGB mit Materialien [1916] 34 f). Soweit die Grundbücher für bestimmte Kronländer vernichtet waren, kamen bis zu deren Wiederanlegung bzw bis zur Einrichtung der Urkundenhinterlegung als Erwerbsmodus - auch für den Erwerb an sich nicht verbücheter Liegenschaften - wiederum nur Zeichen gemäß § 427 ABGB oder allenfalls auch Erklärungen gemäß § 428 ABGB als sachenrechtlich wirksame Verfügung über ein rechtsgeschäftlich begründetes Fischereirecht als Grunddienstbarkeit in Betracht.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass auch Fischereirechte als reguläre Grunddienstbarkeiten im Wege der zuvor erörterten Erwerbsarten entstanden und - jedenfalls bei einer Übergabe durch Zeichen - auch gleich offenkundig geworden sein konnten.

2. 4. Der Ursprung der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass derjenige, der über einen gültigen Titel verfügt, trotz Nichtverbücherung einer offenkundigen Grunddienstbarkeit in Durchbrechung des Eintragungsgrundsatzes geschützt ist (RZ 2000/44; SZ 69/71;

Hofmann in Rummel, ABGB3 § 481 Rz 2 mwN aus der Rsp), reicht weit zurück (siehe etwa 26. 6. 1873 GIU 5019; 1. 4. 1913 GIUNF 6384 ua). Das Rechtsinstitut der offenkundigen Grunddienstbarkeit ist somit im privatrechtlichen Rechtsbewusstsein seit langem verankert. Das gilt insbesondere auch schon für den hier bedeutsamen Zeitraum vor 1919 und von 1919 bis 1929.

Eine Dienstbarkeit ist nach der Rechtsprechung dann offenkundig, wenn sichtbare Einrichtungen auf dem dienenden Gut oder sonstige Einrichtungen oder **Vorgänge**, die man bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen eines solchen Rechts vermuten lassen (RZ 2000/44; SZ 69/71 mwN).

2. 5. Im Anlassfall steht fest, dass die Fischerei am streitverfangenen Bach samt seinen Zwischengewässern durch den Kläger und seine Rechtsvorgänger schon seit Jahrhunderten aufgrund gültiger Titel ständig ausgeübt wurde. Nach den maßgebenden Feststellungen war dieses Recht aber auch immer mit dem Eigentum an bestimmten Grundstücken als herrschendes Gut verknüpft. In Bezug auf den ersten Kaufvertrag vom 22. 4. 1918 steht überdies fest, "dass die die Fischereirechte der Fideikommissherrschaften betreffenden Fischerkarten auf Namen" der Käufer - also in einem die Offenkundigkeit des Fischereirechts mitteilenden Zeichen - "übertragen werden" sollten. Das betroffene Gewässer ist von seinem Ursprung bis zur Einmündung in die Gail nunmehr auch im Vormerkblatt für den Fischereikataster des Landes Kärnten als Eigenrevier des Klägers eingetragen. Das Fischereirecht als reguläre Grunddienstbarkeit ist daher offenkundig. Die beklagte Partei zieht den Umstand der steten offenkundigen Ausübung der Fischerei durch den Kläger und seine Rechtsvorgänger auch nicht mehr in Zweifel.

2. 6. Ist aber das streitverfangene Fischereirecht nach allen bisherigen Erwägungen als offenkundige reguläre Grunddienstbarkeit zu qualifizieren, die also nach den Verfahrensergebnissen immer mit einem bestimmten herrschenden Gut verbunden war und ist, so bedurfte es zu keiner Zeit der Einhaltung eines Erwerbsmodus nach § 481 ABGB, um ein solches Recht zu Lasten des dienenden Guts sachenrechtlich wirksam zu begründen bzw zu übertragen, besteht doch das rechtliche Wesen der Offenkundigkeit eines solchen dinglichen Rechts gerade in der Durchbrechung des Eintragungs- bzw Hinterlegungsgrundsatzes.

2. 7. Gemäß § 485 ABGB lässt sich keine Dienstbarkeit eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf **auf eine andere Sache** oder Person übertragen. Das bedeutet auch, dass die Übertragung einer bestehenden Grunddienstbarkeit auf ein anderes herrschendes Gut ohne Zustimmung des Belasteten nicht möglich ist (*Kiendl-Wendner in Schwimann*, ABGB2 § 485 z 1; *Klang in Klang2 II 485*). Ohne eine solche Einwilligung kann daher die reguläre Grunddienstbarkeit als ein der Sache anhaftendes Recht nur zusammen mit dem herrschenden Gut übertragen werden (*Hofmann aaO § 485 Rz 1; Klang aaO*).

2. 8. Die voranstehende Erörterung der Rechtslage erzwingt das Ergebnis, dass die offenkundige reguläre Grunddienstbarkeit - somit auch das Fischereirecht als eine solche Servitut - schon durch die Übertragung des Eigentums am herrschenden Gut auf den Erwerber übergeht, gleichviel ob einer derartigen Übertragung nun ein gültiger schuld- oder ein solcher erbrechtlicher Erwerbstitel zugrunde liegt. Dieser Rechtsfolge stehen die Bestimmungen des § 481 ABGB und des § 2 Abs 2 FG wegen der zuvor erläuterten Durchbrechung des Eintragungs- bzw

Hinterlegungsgrundsatzes nicht entgegen. Durch die Übertragung des Eigentums am herrschenden Gut wird also das bestimmte Grundstücke berechtigende und bestimmte andere Grundstücke belastende Dienstbarkeitsband gar nicht berührt, ein solcher Eigentumsübergang vermittelt dem Erwerber des herrschenden Guts vielmehr bloß das Recht auf Ausübung des mit letzterem verknüpften dinglichen Rechts.

Wird dieses Ergebnis auf das streitverfangene Fischereirecht umgelegt, so erweist sich, dass die Rechtsvorgänger des Klägers seit 1918 und der Kläger selbst bereits mit dem Erwerb des Eigentums am herrschenden Gut die Berechtigung erlangten, das mit diesem verbundene Fischereirecht als das öffentliche Wassergut belastende offenkundige reguläre Grunddienstbarkeit auszuüben.

2. 9. Das streitverfangene Dienstbarkeitsrecht kann nach der ratio der Entscheidung 1 Ob 203/99f im Lichte der Erwägungen unter 2. 5. nicht verjährt sein, weil die Fischerei nach den Verfahrensergebnissen stets durch die dinglich Berechtigten ausgeübt wurde.

Die Frage nach einer allfälligen Ersitzung kann sich nicht stellen, weil der Kläger und dessen Rechtsvorgänger einen Bestandteil ihres eigenen Vermögens nicht hätten ersitzen können.

Nicht relevant sind aber auch die nach Ansicht des Berufungsgerichts im fortgesetzten Verfahren noch klärungsbedürftigen Tatsachen. Der Kläger ist als Eigentümer des herrschenden Guts aufgrund der unstrittigen Kette gültiger Eigentumserwerbstitel seit 1918 in der Ausübung der niemals untergegangenen offenbaren regulären Dienstbarkeit in Durchbrechung des auf das dienende Gut bezogenen Eintragungs- bzw Hinterlegungsgrundsatzes bereits geschützt. Dieses Recht entsteht nicht etwa erst durch die jetzt

angestrebte Einverleibung im Lastenblatt des dienenden Guts, durch einen solchen bücherlichen Vorgang wird vielmehr nur die Grundbuchsordnung den realen Rechtsverhältnissen angeglichen. Somit kommt es aber nicht auf die auch heute bestehende Bereitschaft der Rechtsnachfolger bestimmter Rechtsvorgänger des Klägers zur Abgabe von Aufsandungserklärungen an, die sich auf die Übertragung des streitverfangenen Fischereirechts bezögen, weil solche Erklärungen nur für den Erwerb eines bücherlichen Rechts erst durch dessen Einverleibung von Bedeutung wären. Nicht von Relevanz sind bei dieser Rechtslage auch die Ausführungen des Klägers zum angeblichen normativen Gehalt des § 22 GBG.

Den Rekursgründen des Klägers ist daher, wie zusammenzufassen ist, im Ergebnis soweit beizutreten, als er die Auffassung vertritt, mit seinem Grundeigentum könne eine das öffentliche Wassergut belastende offenkundige Dienstbarkeit verbunden sein.

3. Die von der beklagte Partei gegen den Aufhebungsbeschluss in der Rechtsrüge ins Treffen geführten Gründe scheitern an den voranstehenden Erwägungen. Der Vorwurf, das Berufungsgericht habe ohne Beweiswiederholung Feststellungen getroffen, die von jenen des Erstgerichts abwichen, ist unzutreffend. Gleiches gilt für die Behauptung einer Überschreitung des "Parteivorbringens (und -begehrens) iS des § 405 ZPO". Das bedarf gemäß § 510 Abs 3 iVm § 528a ZPO keiner weiteren Begründung.

Die beklagte Partei macht aber zutreffend geltend, dass im fortgesetzten Verfahren Feststellungen darüber zu treffen sein werden, auf welche einzelnen Grundstücke des herrschenden und des dienenden Guts sich die streitverfangene offenkundige Grunddienstbarkeit bezieht.

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die beklagte Partei in ihrem Schriftsatz vom 16. 4. 1998 (Einlangen - ON 2) einwendete, "die Fischereirechte" beträfen weder die "in der Klage genannten herrschenden Grundparzellen" noch "die in der Klage genannten dienenden Grundstücke". Unzutreffend ist der in der Rekursbeantwortung ausgeführte Gegeneinwand des Klägers, dieses Thema sei bereits durch die von der beklagten Partei in ihrer Echtheit und Richtigkeit anerkannten Urkunden Beilagen K und O geklärt.

4. Somit ist als Gesamtergebnis festzuhalten, dass dem Klagehauptbegehren in dem im zweiten Rechtsgang noch zu klärenden Umfang an Grundstücken stattzugeben sein wird. Die beklagte Partei stellt die vom Kläger behauptete Rechtsposition in Abrede, was dessen Feststellungsinteresse begründet. Im Grundsätzlichen berechtigt ist aber auch das Begehren auf Einwilligung in die Einverleibung zur Herstellung einer den realen Rechtsverhältnissen entsprechenden Grundbuchsordnung.

5. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Nach den Rekursgründen war keines der beiden Rechtsmittel soweit sie den Inhalt des fortgesetzten Verfahrens zu bestimmen suchten, gänzlich erfolglos, weshalb die Tragung der Kosten des Rekursverfahrens vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. Februar 2001
Dr. S c h l o s s e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: