

TE OGH 2015/3/19 1Ob119/14b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.03.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der außerstreitigen Rechtssache der Antragsteller 1. Ing. A***** P*****, 2. C***** M*****, 3. M***** L*****, 4. C***** M*****, 5. M***** M*****, 6. DI M***** S*****, 7. T***** A*****, 8. M***** T*****, 9. I***** S*****, 10. G***** M*****, 11. E***** F*****, 12. F***** A*****, 13. M***** A*****, 14. R***** K*****, 15. H***** G*****, 16. C***** G*****, 17. DI C***** A*****, 18. Prim. Univ.-Prof. Dr. M***** C*****, 19. E***** A*****-S*****, 20. A***** R*****, 21. E***** Kefer, Ebensee, Neudorf 17, 22. Mag. J***** L*****, 23. J***** S*****, 24. A***** S*****, 25. J***** T*****, vertreten durch die Abwesenheitskuratorin (6 P 59/06s BG Gmunden) K***** T*****, 26. M***** H*****, 27. Dr. U***** C*****, 28. F***** N*****, 29. K***** N*****, 30. P***** H*****, 31. G***** H*****, 32. W***** K*****, 33. S***** S*****, und 34. DI G***** S*****, alle vertreten durch Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH, Linz, gegen die Antragsgegner 1. Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1, Singerstraße 17-19, 2. Dr. G***** S*****, 3. F***** L*****, 4. S***** GmbH, *****, 5. Ing. P***** L*****, 6. M***** S*****, 7. J***** K*****, 8. M***** R*****, Zweit- bis Achtantragsgegner vertreten durch Hengstschläger Lindner und Partner Rechtsanwälte GmbH, Linz, und 9. F***** L*****, wegen Feststellung und Duldung, über den Revisionsrekurs der Antragsteller gegen den Beschluss des Landesgerichts Wels vom 29. Jänner 2014, GZ 22 R 205/13y-66, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Gmunden vom 2. April 2013, GZ 2 Nc 2/11s-54, mit der Maßgabe bestätigt wurde, dass soweit Feststellungsanträge gestellt wurden, diese insgesamt abgewiesen wurden und die Kostenentscheidung teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden im Umfang der Anfechtung (Bestehen eines originären Rechts und eines Rechts zur ausschließlichen Lizenzvergabe) dahin abgeändert, dass sie insgesamt einschließlich des bereits in Rechtskraft erwachsenen Teilzuspruchs lauten:

„1. Es wird festgestellt, dass der Erstantragsgegnerin kein übergeordnetes und uneingeschränktes Fischereirecht am ganzen Traunsee zusteht und diese daher nicht berechtigt ist, ausschließlich Sportfischereilizenzen auszugeben und/oder von den Koppelfischereiberechtigten am Traunsee Beschränkungen bei der Ausübung der Fischerei mit Netzen, insbesondere solcher Art zu fordern, dass die Fischerei mit Netzen ab 7. Dezember 2007 nur mehr in der Zeit von zwei Stunden vor Sonnenuntergang bis zwei Stunden nach Sonnenaufgang durchgeführt werden dürfe, wobei die weiteren Antragsgegner dies zu dulden haben.

2. Das Mehrbegehren, es möge festgestellt werden, dass der Erstantragsgegnerin auch kein originäres Fischereirecht am ganzen Traunsee zustehe, wird abgewiesen.“

Die Erstantragsgegnerin ist schuldig, den Antragstellern 1.303,34 EUR (darin enthalten 139,89 EUR USt und 464 EUR Pauschalgebühr) an Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Die Kostenaussprüche der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Dem Rekursgericht wird die Fällung einer neuen Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz aufgetragen.

Text

Begründung:

Die Parteien des mit Klage zu 5 Cg 84/07p beim LG Wels anhängig gemachten, nach dem bindenden (vgl 5 Ob 456/97p; 3 Ob 119/02z) Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 20. Oktober 2010, 1 Ob 117/10b, aber gemäß dem mit BGBl I 2004/58 geschaffenen § 838a ABGB nach dem Außerstreitgesetz weitergeführten Verfahrens sind die Koppelfischereiberechtigten am Traunsee. Koppelfischereirechte liegen vor, wenn an einem Fischwasser mehrere selbständige Fischereirechte bestehen. Die Parteien des mit Klage zu 5 Cg 84/07p beim LG Wels anhängig gemachten, nach dem bindenden vergleiche 5 Ob 456/97p; 3 Ob 119/02z) Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 20. Oktober 2010, 1 Ob 117/10b, aber gemäß dem mit BGBl I 2004/58 geschaffenen Paragraph 838 a, ABGB nach dem Außerstreitgesetz weitergeführten Verfahrens sind die Koppelfischereiberechtigten am Traunsee. Koppelfischereirechte liegen vor, wenn an einem Fischwasser mehrere selbständige Fischereirechte bestehen.

Der Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens ist (nur noch) der Antrag auf Feststellung, dass der Republik Österreich kein übergeordnetes, originäres, uneingeschränktes Fischereirecht am ganzen Traunsee zustehe und ein solches diese jedenfalls nicht ausschließlich ermächtige, Sportfischereilizenzen auszugeben.

Das Erstgericht ging unter dem Titel Feststellungen im Wesentlichen von folgenden Grundlagen aus:

Der Traunsee ist ein öffentliches Gewässer und steht im Eigentum der Republik Österreich. Er war früher auf mehrere Einlagezahlen der Oö Landtafel aufgeteilt. Die im Jahr 1989 vorgenommene Übertragung der Eintragungen aus diesen Einlagezahlen der Oö Landtafel führte dazu, dass nun Teile des Traunsees als Parzellen mit der Bezeichnung „Gewässer“ (See) in Einlagezahlen verschiedener Katastralgemeinden aufscheinen. Im C-Blatt der betreffenden Einlagezahlen ist jeweils keine Dienstbarkeit eines Fischereirechts einverleibt.

Zur Zeit der Verfassung des Orther Urbars im Jahr 1699 war die Grafschaft Orth Eigentümerin und Obrigkeit des Traunsees. Sie übte in allen Angelegenheiten der Fischerei am See die Gerichtsbarkeit aus. Die Herrschaft Orth war allein berechtigt, so viel Fischhuben (Anwesen mit Fischereirechten), als ihr beliebte, zu erlauben und zu erteilen, ferner lag es in ihrer Macht, wem sie dieses Recht erteilte. Diese Befugnis war nur dahingehend beschränkt, dass die erbnutznießlichen Seefischer nicht übermäßig vermehrt werden durften, damit sie sich ernähren und der Herrschaft Orth die Forderungen entrichten konnten. Für die Ausübung der Fischereirechte, die den Fischern in Erbpacht gegeben waren, mussten die Berechtigten, die nur nach Ausweis des Fischtaidings im See fischen durften, an die Grafschaft Orth als Grundherrschaft jährlich bestimmte Sach- und Dienstleistungen erbringen. Wenn ein Fischer sein Fischereirecht übergab oder verkaufte, hatte er kein Recht mehr zu fischen, außer er hatte eine besondere Bewilligung der Herrschaft Orth. Alle Fische, die im See gefangen wurden und einen gewissen Wert überstiegen, mussten der Herrschaft Orth angezeigt werden. Einige besondere Vorbehalte bezüglich des Fischfanges bestanden zugunsten der Herrschaft Orth.

Schon seit jeher wurde die Fischerei am Traunsee von den Berufsfischern als eigener Erwerbszweig betrieben; sie bildeten dazu eine Genossenschaft und unterhielten als Genossenschaft ihre besonderen „Fischtaidinge“ in autonomer Weise. Das Fischtaiding wurde an bestimmten Tagen abgehalten, wobei der Pfleger der Herrschaft Orth als Seerichter den Vorsitz führte. Die Herrschaft Orth konnte aus besonderen Anlässen auch an anderen Tagen das Taiding zusammenrufen. Die Fragen wurden vom Vorsitzenden an die Schranne gestellt und der von der Genossenschaft bestellte Vorsprecher erteilte die Antwort im Namen der ganzen als „Ring“ oder „Umstand“ versammelten Genossenschaft. Fanden diese Antworten keinen Widerspruch, so galten sie als Urteile. Das im Orther Urbar enthaltene Fischtaiding von 1699, das mit dem im älteren Forst-Urbar der Herrschaft Orth enthaltenen Fischtaiding von 1589 fast gleichlautend ist, wurde bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts auf dem alljährlich in

Altmünster stattfindenden Fischertag verlesen.

Bis zum Jahr 1825 wurden die der Herrschaft Orth speziell reservierten Fischereirechte im Traunsee in Eigenregie ausgeübt. Nach der Auflassung des eigenen Fischereibetriebs wurden diese Fischereirechte verpachtet. Nach 1825 legte das k.k. Forst-Aerar als Rechtsnachfolger der Grafschaft Orth das Augenmerk primär darauf, dass die Pächter der Fischereirechte das Fischereirecht gemäß dem Fischtaiding und den Pachtverträgen ausüben, wozu ein Fischwasseraufseher bestellt war. Im Zuge der Grundentlastung wurden dann die von den Fischereiberechtigten zu leistenden „Giebigkeiten“ in Kapital abgelöst und von den Besitzern der Realitäten, mit denen die Fischfangrechte verbunden waren, Entschädigungsbeiträge geleistet. Im Jahr 1879 wurde von der k.k. Bezirkshauptmannschaft Gmunden eine Fischereiordnung für den Traunsee erlassen, die in der Folge bei dem jährlichen Fischertag der Fischereigenossenschaft Altmünster verlesen wurde. Es war (auch) im Jahr 1892 [richtig 1882] evident, dass die Herrschaft Orth alleine das Recht hatte, „Fischhuben“ zu errichten und Übertragungen zu bewilligen, und dieses Recht auf das k.k. Forst-Aerar übergegangen war, dem allein das Recht zustand, Fischereirechte zu verleihen.

Die Grundentlastung änderte insoweit nichts an den tatsächlichen Fischereirechtsverhältnissen, als die bisherigen Berechtigungen aufrecht erhalten und nur die darauf haftenden Lasten - teils mit Entschädigung - beseitigt wurden.

Aufgrund des Landesfischereigesetzes mussten Fischereireviere gebildet werden. Zu diesem Zweck wurden die Fischereiberechtigten des Traunseegebiets aufgefordert, ihre Fischereirechte bei der k.k. Bezirkshauptmannschaft Gmunden bei sonstigem Verlust des Rechtes zur Teilnahme an der nächsten Wahl des Revierausschusses anzumelden, was die Berechtigten unter Angabe des Umfangs ihrer Rechte taten, ohne dass jedoch einer der Berechtigten das Recht zur Ausgabe von Sportfischereilizenzen im Speziellen anmeldete. Die k.k. Oö Stadthalterei errichtete aufgrund der von der k.k. Bezirkshauptmannschaft Gmunden vorgelegten Anmeldungen nach Einvernehmung des Oö Landesfischereivereins das Fischereirevier Traunsee-Traun-Traunfall und erkannte als Fischereiberechtigte und Reviergenossen neben dem k.k. Forst-Aerar auch eine Reihe anderer Personen an. Das Fischereigesetz von 1895 sah die Möglichkeit zur Erlassung einer Fischereiordnung durch die politische Landesbehörde vor, sofern es die volkswirtschaftliche Bedeutung der Fischerei oder die besonderen Fischereiverhältnisse in einem Gewässer geboten.

Am 14. 7. 1902 wurde der Entwurf einer Fischereiordnung für die Ausübung der Fischerei auf dem Traunsee mit den Mitgliedern des Vorstands der Fischereigenossenschaft durchberaten, wobei sich diese mit dem Entwurf einverstanden erklärten. Dies wurde auch in einem bei der k.k. Forst- und Domänenndirektion aufgenommenen Protokoll sinngemäß festgehalten. Dieser Entwurf wurde neuerlich im Jahr 1906 vom Fischereirevierausschuss durchberaten, überprüft und mit Abänderungen und Zusätzen versehen. Dieser überarbeitete Entwurf spricht in seinen §§ 1 und 3 bei der Abgrenzung des Fischereigebiets von „dem im aerarischen Privateigentum stehenden Traunsee“. § 5 E des Entwurfs spricht davon, dass dem k.k. Aerar als Eigentümer des Fischwassers das Recht zur beliebigen Ausübung der Fischerei und zur allfälligen Verleihung neuer Fischereirechte zustehe, doch sei hiebei auf die Erwerbsverhältnisse der Besitzer der bereits bestehenden Fischereirechte Rücksicht zu nehmen. Dieser - berichtigte/ergänzte - Entwurf fand die Zustimmung des Fischereirevierausschusses, dies wurde auch in einem über die Beratung aufgenommenen Protokoll festgehalten, der Entwurf wurde jedoch nie Inhalt einer in Kraft gesetzten Fischereiordnung. Das Oö Fischereigesetz von 1895 sah vor, dass Personen, die außerhalb eingefriedeter Örtlichkeiten den Fischfang ausüben, mit einer Bescheinigung ihrer Befugnis zum Fischfang in dem betreffenden Fischwasser versehen sein mussten. Als Bescheinigung für den Besitzer oder Pächter des Fischwassers sowie für deren Hilfspersonal war eine sogenannte „Fischerkarte“ vorgesehen, die für den Besitzer oder Pächter des Fischwassers von der politischen Bezirksbehörde, für das Hilfspersonal von dem Besitzer oder Pächter selbst auszustellen war. Dritte Personen mussten sich mit dem auf Namen lautenden „Fischerbüchel“ versehen, worin die Besitzer oder Pächter der Fischwässer die Zulassung zum Fischfang und deren Dauer bescheinigten. Nach der Durchführungsverordnung zum Fischereigesetz von 1895 wurden die „Fischerbüchel“ vom Fischereirevierausschuss gegen eine bei Ausstellung des Fischerbüchels im Vorhinein zu entrichtende und jenem Revierausschuss, bei welchem das Fischerbüchel behoben wurde, zukommende Gebühr sowie gegen Beibringung einer Stempelgebühr ausgestellt. Entsprechend dem Fischereigesetz 1895 wurden ab zwischen 1900 und 1905 erfolgter Konstituierung des Fischereirevierausschusses Traunsee-Traun-Traunfall von diesem Fischereirevierausschuss die „Fischerbüchel“ ausgestellt und die vorgesehene Gebühr für den Fischereirevierausschuss eingehoben. Am 14. 7. 1902 wurde der Entwurf einer Fischereiordnung für die Ausübung der Fischerei auf dem Traunsee mit den Mitgliedern des Vorstands der Fischereigenossenschaft durchberaten, wobei sich diese mit dem Entwurf einverstanden erklärten. Dies wurde auch in einem bei der k.k. Forst- und Domänenndirektion

aufgenommenen Protokoll sinngemäß festgehalten. Dieser Entwurf wurde neuerlich im Jahr 1906 vom Fischereirevierausschuss durchberaten, überprüft und mit Abänderungen und Zusätzen versehen. Dieser überarbeitete Entwurf spricht in seinen Paragraphen eins und 3 bei der Abgrenzung des Fischereigebiets von „dem im aerarischen Privateigentum stehenden Traunsee“. Paragraph 5, E des Entwurfs spricht davon, dass dem k.k. Aerar als Eigentümer des Fischwassers das Recht zur beliebigen Ausübung der Fischerei und zur allfälligen Verleihung neuer Fischereirechte zustehe, doch sei hiebei auf die Erwerbsverhältnisse der Besitzer der bereits bestehenden Fischereirechte Rücksicht zu nehmen. Dieser - berichtigte/ergänzte - Entwurf fand die Zustimmung des Fischereirevierausschusses, dies wurde auch in einem über die Beratung aufgenommenen Protokoll festgehalten, der Entwurf wurde jedoch nie Inhalt einer in Kraft gesetzten Fischereiordnung. Das Oö Fischereigesetz von 1895 sah vor, dass Personen, die außerhalb eingefriedeter Örtlichkeiten den Fischfang ausüben, mit einer Bescheinigung ihrer Befugnis zum Fischfang in dem betreffenden Fischwasser versehen sein mussten. Als Bescheinigung für den Besitzer oder Pächter des Fischwassers sowie für deren Hilfspersonal war eine sogenannte „Fischerkarte“ vorgesehen, die für den Besitzer oder Pächter des Fischwassers von der politischen Bezirksbehörde, für das Hilfspersonal von dem Besitzer oder Pächter selbst auszustellen war. Dritte Personen mussten sich mit dem auf Namen lautenden „Fischerbüchel“ versehen, worin die Besitzer oder Pächter der Fischwässer die Zulassung zum Fischfang und deren Dauer bescheinigten. Nach der Durchführungsverordnung zum Fischereigesetz von 1895 wurden die „Fischerbüchel“ vom Fischereirevierausschuss gegen eine bei Ausstellung des Fischerbüchels im Vorhinein zu entrichtende und jenem Revierausschuss, bei welchem das Fischerbüchel behoben wurde, zukommende Gebühr sowie gegen Beibringung einer Stempelgebühr ausgestellt. Entsprechend dem Fischereigesetz 1895 wurden ab zwischen 1900 und 1905 erfolgter Konstituierung des Fischereirevierausschusses Traunsee-Traun-Traunfall von diesem Fischereirevierausschuss die „Fischerbüchel“ ausgestellt und die vorgesehene Gebühr für den Fischereirevierausschuss eingehoben.

Bis zum Ende des zweiten Weltkriegs erteilte ausschließlich die Republik Österreich (Österreichische Bundesforste) Sportfischereilizenzen für den Traunsee, wobei die Lizenzen in den Forstverwaltungen Traunstein und Ebensee sowie bei allfälligen sonstigen Ausgabestellen der Erstantragsgegnerin ausgegeben wurden. Über die erteilten Sportfischereilizenzen machte die Erstantragsgegnerin seit 1922 Aufzeichnungen. Bis 1945 wurden von den Berufsfischern keine Sportfischereilizenzen ausgestellt. Allerdings statteten einzelne Berufsfischer fallweise Sportfischer mit Fischerkarten aus, die sie als ihre Gehilfen auswiesen, obwohl die damit ausgestatteten Personen in Wahrheit keine Gehilfen des ausstellenden Fischereiberechtigten, sondern eben Sportfischer waren. Von 1945 bis 1967 gab der Fischereirevierausschuss Traunsee-Traun-Traunfall Sportfischerlizenzen für den Traunsee aus.

Mit Urteil des Kreisgerichts Wels vom 27. 11. 1967 wurde über Klage der Erstantragsgegnerin gegenüber dem Fischereirevierausschuss Traunsee-Traun-Traunfall festgestellt, dass jener das ausschließliche Recht zur Ausgabe von Sportfischereiberechtigungen (Lizenzen) für den Traunsee zusteht, und der Fischereirevierausschuss Traunsee-Traun-Traunfall schuldig erkannt, die Erteilung von Sportfischereiberechtigungen für den Traunsee zu unterlassen. In Befolgung des am 3. 9. 1968, 1 Ob 146/68, dazu ergangenen höchstgerichtlichen Erkenntnisses [Anm: worin die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, der beklagte Fischereiausschuss könne die Rechte der einzelnen Fischereiberechtigten nicht im eigenen Namen wahrnehmen, als richtig erkannt wurde] gab der Fischereirevierausschuss Traunsee-Traun-Traunfall ab diesem Zeitpunkt keine Fischereiberechtigungen mehr aus.

Mit vom Oberlandesgericht Linz (OLG) zu 3 R 169, 170/94 als Berufungsgericht bestätigtem Urteil stellte das Landesgericht (LG) Wels in den verbundenen Rechtssachen zu 2 Cg 105/93f und 2 Cg 119/93i gegenüber (den damaligen Beklagten und nunmehrigen Antragstellern) C***** M***** und G***** M***** fest, dass der klagenden Partei Republik Österreich - Österreichische Bundesforste das ausschließliche Recht zur Ausgabe von Sportfischereiberechtigungen (Lizenzen) für den Traunsee zusteht, und erkannte sie schuldig, die Erteilung von Sportfischereiberechtigungen (Lizenzen) für den Traunsee zu unterlassen. Die außerordentliche Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen (1 Ob 1018, 1019/95); Wiederaufnahmsklagen scheiterten.

Mit einem identischen Feststellungs- und Unterlassungsklagebegehren drang die Erstantragsgegnerin gegen W***** F***** (LG Wels 20. 6. 1996, 5 Cg 103/93h; OLG Linz 18. 9. 1997, 4 R 52/97p; OGH 28. 4. 1998, 1 Ob 39/98m) durch, wobei wiederum die außerordentliche Revision zurückgewiesen wurde; (der damalige Beklagte und nunmehrige Antragsteller) J***** S***** anerkannte ein solches Begehren außergerichtlich. Die Klage mehrerer teilweise vormaliger, teilweise auch noch derzeitiger Koppelfischereiberechtigten gegen die Erstantragsgegnerin auf

Feststellung, dass das von der Beklagten in Anspruch genommene, mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft (BH) Gmunden vom 19. 6. 1986 im Fischereibuch für den Bezirk Gmunden zu ON 21/61/56 mit dem Rechtstitel „Ursprungsrecht mit LT EZ 1121 BG Linz, Bescheid der BH Gmunden vom 2. 12. 1952, Agrar-315/51“ zu Gunsten der Beklagten eingetragene Fischereirecht nicht bestehe (samt Eventualbegehren, von denen eines darauf gerichtet war, dass das von ihr in Anspruch genommene Fischereirecht insbesondere beinhaltend das ausschließliche Recht zur Ausgabe von Sportfischereiberechtigungen [Lizenzen] nicht bestehe), wurde abgewiesen (LG Wels 20. 11. 2000, 4 Cg 217/99z), der Berufung wurde nicht Folge gegeben (OLG Linz 26. 4. 2001, 6 R 51/01i; [Anm: mangels aktiver Klagslegitimation]) und die außerordentliche Revision wies der Oberste Gerichtshof zurück (1 Ob 174/01x).

Im Verzeichnis der Koppelfischereirechte Traunsee (ganzer See mit Ausnahme des Scherrer-Fischwassers und Hoffischer-Ort) ON 21/61 waren mit Stand 16. 1. 2008 55 Koppelfischereirechte eingetragen, wobei die Subzahlen 1, 40, 46 bis 49 und 52 die Republik Österreich (überwiegend mit Beifügung: Österreichische Bundesforste) als Fischereiberechtigte auswiesen. Laut Fischereibuchbescheid der BH Gmunden vom 19. 6. 1986 war für die Erstantragsgegnerin zu ON 21/61 Subzahl 56 ein weiteres Koppelfischereirecht betreffend den Traunsee, ganzer See vom Trauneinfluss in Ebensee bis zum Traunaufluss in Gmunden mit Ausnahme des Scherrer-Fischwassers und Hoffischer-Ort, Rechtstitel der Fischereiberechtigung: Ursprungsrecht mit Landtafel EZ 1121, BG Linz, Bescheid der BH Gmunden vom 2. 12. 1952, Agrar-315/51, eingetragen, das vor der Neuanlegung des Fischereibuchs im Jahr 1984 unter der Katastralnummer 68 des Fischereireviere B („Traun-Traunsee-Traunfall“) im Fischereikataster der BH Gmunden eingetragen gewesen war.

Diesen Bescheid vom 19. 6. 1986 hob die Oberösterreichische Landesregierung mit Bescheid vom 26. 2. 1996 über die Berufung der mitbeteiligten Parteien (wiederum teilweise ehemalige und teilweise noch aktuelle Koppelfischereiberechtigte) auf und verwies die Angelegenheit zur Klärung des strittigen Fischereirechts auf den Zivilrechtsweg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies der Verwaltungsgerichtshof ab (VwGH 26. 5. 1999, ZI 97/03/0066). Mit Bescheid vom 27. 7. 1999 sprach die BH Gmunden aus, dass ihr Bescheid vom 1. 7. 1996 behoben und der Antrag der Österreichischen Bundesforste AG vom 20. 3. 1996 (Wiedereintragung der Fischereirechte ON 21/61/56) im Traunsee in das Fischereibuch wegen entschiedener Rechtssache zurückgewiesen werde.

Mit Fischereipachtvertrag vom 3. 5./9. 5. 2007 verpachtete die Österreichische Bundesforste AG dem Fischerverein Traunsee das originäre uneingeschränkte Fischereirecht am Traunsee, welches sich aus dem seit Alters her bestehenden Eigentumsrecht der Republik Österreich bzw nunmehr dessen Rechtsnachfolgerin (Verpächterin) am Traunsee ableitete, für die Dauer vom 1. 1. 2007 bis 31. 12. 2020 um ein Mindestentgelt von 6.000 EUR jährlich. Die BH Gmunden lehnte die Genehmigung des Pachtvertrags mit der Begründung ab, das „originäre Fischereirecht der Bundesforste im Fischereibuch sei gelöscht“.

Das Erstgericht stellte fest, dass das übergeordnete, originäre, uneingeschränkte Fischereirecht der Erstantragsgegnerin am gesamten Traunsee diese nicht berechtige, von den Koppelfischereiberechtigten am Traunsee Beschränkungen bei der Ausübung der Fischerei mit Netzen, insbesondere solcher Art zu fordern, dass die Fischerei mit Netzen ab 7. Dezember nur mehr in der Zeit von zwei Stunden vor Sonnenuntergang bis zwei Stunden nach Sonnenaufgang durchgeführt werden dürfe.

Den in dritter Instanz noch strittigen Antrag, festzustellen, dass der Erstantragsgegnerin kein übergeordnetes, originäres, uneingeschränktes Fischereirecht am ganzen Traunsee zustehe, welches ausschließlich diese ermächtige, Sportfischereilizenzen auszugeben, wies es zum Teil ab und (in Ansehung von zwölf Antragstellern) zum Teil - von einer Bindungswirkung der in den Verfahren 2 Cg 119/93i, 5 Cg 103/93h, 6 Cg 214/93i und 4 Cg 217/99z je des LG Wels ergangenen positiven bzw negativen Feststellungsurteile bezüglich dieser Antragsteller (bzw ihrer Rechtsnachfolger als Fischereiberechtigte) ausgehend - zurück.

Das Erstgericht bejahte das Bestehen eines originären, übergeordneten Fischereirechts (Ursprungsrecht) der Erstantragsgegnerin als Rechtsnachfolgerin der Grafschaft Orth. Dieses berechtige ausschließlich die Erstantragsgegnerin, Lizenzen auszugeben, sei sie doch unstrittig Eigentümerin jener Grundstücke, die in ihrer Gesamtheit den Traunsee bildeten. Es sei nicht einsichtig, warum die Antragsteller hier eine Unterscheidung machen wollten zwischen der Seegrundfläche und dem „Recht auf Wasser“. Die Eintragung von Fischereirechten im

Fischereikataster diene nur der Erfassung und Offenlegung der Fischereirechte, sie sei jedoch nicht konstitutiv. Dass die Erstantragsgegnerin neben dem hier (zur Subzahl 56) in Frage stehenden Recht auch andere Koppelfischereirechte später (käuflich) erworben habe, ändere daran nichts.

Das Rekursgericht änderte die Kostenentscheidung ab, bestätigte aber im Übrigen den Beschluss des Erstgerichts, zur Lizenzvergabe auf Basis des Ursprungsrechts allerdings mit der Maßgabe, dass die Feststellungsanträge nicht teilweise zurück-, sondern allesamt abgewiesen wurden.

Es führte aus, dass dann, wenn gekoppelt Fischereiberechtigte mittels negativer Feststellungsklage einen Dritten auf Feststellung des Nichtbestehens des von ihm behaupteten Fischereirechts am selben Fischwasser belangten, alle Koppelfischereiberechtigten als notwendige Streitgenossen (§ 14 ZPO) auftreten müssten, um der bei isolierter Entscheidung über solche von einzelnen gestellten Begehren drohenden Gefahr unlösbarer Verwicklungen vorzubeugen. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu 5 Ob 15/00t stehe ein nur gegen zwei Streitgenossen einer aus drei Parteien bestehenden einheitlichen Streitpartei ergangenes rechtskräftiges Gestaltungsurteil der neuerlichen Erhebung einer Klage gegen alle drei Streitgenossen nicht als Prozesshindernis entgegen. Gerade für den vorliegenden Rechtsstreit habe der Oberste Gerichtshof in seinem Aufhebungs- und Verweisungsbeschluss vom 20. 10. 2010, 1 Ob 117/10b, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich nach den Regeln des materiellen Rechts die Entscheidung zwangsläufig auf alle Fischereiberechtigten erstrecken müsse und die Entscheidung nur allen gegenüber einheitlich rechtskräftig werden könne. Es führte aus, dass dann, wenn gekoppelt Fischereiberechtigte mittels negativer Feststellungsklage einen Dritten auf Feststellung des Nichtbestehens des von ihm behaupteten Fischereirechts am selben Fischwasser belangten, alle Koppelfischereiberechtigten als notwendige Streitgenossen (Paragraph 14, ZPO) auftreten müssten, um der bei isolierter Entscheidung über solche von einzelnen gestellten Begehren drohenden Gefahr unlösbarer Verwicklungen vorzubeugen. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu 5 Ob 15/00t stehe ein nur gegen zwei Streitgenossen einer aus drei Parteien bestehenden einheitlichen Streitpartei ergangenes rechtskräftiges Gestaltungsurteil der neuerlichen Erhebung einer Klage gegen alle drei Streitgenossen nicht als Prozesshindernis entgegen. Gerade für den vorliegenden Rechtsstreit habe der Oberste Gerichtshof in seinem Aufhebungs- und Verweisungsbeschluss vom 20. 10. 2010, 1 Ob 117/10b, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich nach den Regeln des materiellen Rechts die Entscheidung zwangsläufig auf alle Fischereiberechtigten erstrecken müsse und die Entscheidung nur allen gegenüber einheitlich rechtskräftig werden könne.

Das Rekursgericht leitete aus dem alleinigen Recht der Grafschaft Orth als Grundeigentümerin und Obrigkeit des Traunsees, so viele Fischhuben, als es ihr beliebte, und wem immer zu erteilen, während ein Fischer, der sein Fischereirecht übergab oder verkaufte, selbst kein Recht mehr hatte, zu fischen, für die Erstantragsgegnerin als Rechtsnachfolgerin der Grundeigentümerin ab, dass nur dieser die Lizenzvergabe zustehe. Die den (anderen) Fischereiberechtigten eingeräumte Befugnis, im Traunsee mit Ausnahme bestimmter Bereiche des Sees bestimmte Fischarten auf bestimmte Weise zu fangen, habe somit nicht das Recht umfasst, anderen Personen das Fischen zu gestatten. Daran hätten das Inkrafttreten des ABGB, die Grundentlastung und die politischen Fischereigesetze nichts geändert. Die jeweiligen Landesfischereigesetze regelten ua die Ausübung des Fischfangs und der Fischhege in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht, das dem Privatrecht zugehörige Fischereirecht an sich werde durch die hierzu erforderlichen öffentlich-rechtlichen Akte nicht berührt. Da bei Inkrafttreten der betreffenden Landesfischereigesetze den Antragstellern bzw deren Rechtsvorgängern von den Grundeigentümern (als Rechtsnachfolger der Herrschaft Orth) zu keinem Zeitpunkt das Recht eingeräumt worden sei, Personen, die nicht Angehörige oder Gehilfen des jeweiligen Fischereiberechtigten waren, den Fischfang im Traunsee zu gestatten, und dies auch in weiterer Folge zu keinem Zeitpunkt der Fall gewesen sei, sei daher ungeachtet der Bestimmungen des § 1 Abs 1 des Oö FischereiG und der §§ 4a, 5a der Traunseefischereiordnung auch weiterhin davon auszugehen, dass der Erstantragsgegnerin das alleinige Recht zustehe, Sportfischereilizenzen für den Traunsee auszugeben. Dazu komme, dass die fehlende Berechtigung jener Fischereiberechtigten, die ab Beginn der 1990er Jahre selbst Fischereilizenzen ausgeben hätten, gerichtlich festgestellt worden sei und andere Fischereiberechtigte nie selbst durch eigene Vergabe von Sportfischereilizenzen dieses Recht beansprucht hätten, sodass insoweit auch von einer schlüssig zustande gekommenen (Benützungs-)Vereinbarung in diesem Sinne auszugehen sei. Das Rekursgericht leitete aus dem alleinigen Recht der Grafschaft Orth als Grundeigentümerin und Obrigkeit des Traunsees, so viele Fischhuben, als es ihr beliebte, und wem immer zu erteilen, während ein Fischer, der sein Fischereirecht übergab oder verkaufte, selbst

kein Recht mehr hatte, zu fischen, für die Erstantragsgegnerin als Rechtsnachfolgerin der Grundeigentümerin ab, dass nur dieser die Lizenzvergabe zustehe. Die den (anderen) Fischereiberechtigten eingeräumte Befugnis, im Traunsee mit Ausnahme bestimmter Bereiche des Sees bestimmte Fischarten auf bestimmte Weise zu fangen, habe somit nicht das Recht umfasst, anderen Personen das Fischen zu gestatten. Daran hätten das Inkrafttreten des ABGB, die Grundentlastung und die politischen Fischereigesetze nichts geändert. Die jeweiligen Landesfischereigesetze regelten ua die Ausübung des Fischfangs und der Fischhege in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht, das dem Privatrecht zugehörige Fischereirecht an sich werde durch die hierzu erforderlichen öffentlich-rechtlichen Akte nicht berührt. Da bei Inkrafttreten der betreffenden Landesfischereigesetze den Antragstellern bzw deren Rechtsvorgängern von den Grundeigentümern (als Rechtsnachfolger der Herrschaft Orth) zu keinem Zeitpunkt das Recht eingeräumt worden sei, Personen, die nicht Angehörige oder Gehilfen des jeweiligen Fischereiberechtigten waren, den Fischfang im Traunsee zu gestatten, und dies auch in weiterer Folge zu keinem Zeitpunkt der Fall gewesen sei, sei daher ungeachtet der Bestimmungen des Paragraph eins, Absatz eins, des Oö FischereiG und der Paragraphen 4 a., 5a der Traunseefischereiordnung auch weiterhin davon auszugehen, dass der Erstantragsgegnerin das alleinige Recht zustehe, Sportfischereilizenzen für den Traunsee auszugeben. Dazu komme, dass die fehlende Berechtigung jener Fischereiberechtigten, die ab Beginn der 1990er Jahre selbst Fischereilizenzen ausgegeben hätten, gerichtlich festgestellt worden sei und andere Fischereiberechtigte nie selbst durch eigene Vergabe von Sportfischereilizenzen dieses Recht beansprucht hätten, sodass insoweit auch von einer schlüssig zustande gekommenen (Benützungs-)Vereinbarung in diesem Sinne auszugehen sei.

Den ordentlichen Revisionrekurs erklärte das Rekursgericht für zulässig, weil zur Frage, inwieweit dem Landesgesetzgeber die verfassungsmäßige Kompetenz zukomme, im Rahmen der Fischereiverwaltung generelle Normen über die Befugnis der einzelnen Fischereiberechtigten zur Vergabe von Lizenzen aufzustellen, ob es sich dabei um eine Frage des „Bestandes“ von Fischereirechten handelt und wo bei Fischereirechten die Grenze zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht (Regelung der Ausübung der Fischerei) zu ziehen sei, keine höchstgerichtliche Judikatur vorliege.

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Antragsteller mit ihrem Revisionsrekurs, womit sie deren Abänderung im Sinne einer gänzlichen Stattgabe ihrer Feststellungsanträge anstreben; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Revisionsrekurswerber stehen auf dem Standpunkt, der Erstantragsgegnerin seien nach der Grundentlastung neben den von ihr käuflich erworbenen Koppelfischereirechten nur örtlich (Traunsee Hoffischer-Ort, Scherrerrischwasser Traunsee - Teil I, Scherrerrischwasser Traunsee - Teil II) und nach der Ausübungsart (Traunsee-Schwebfischen und Archfischfang) definierte Sonderrechte (wie sie unter den Subzahlen 50 bis 53 im Fischereibuch eingetragen seien), die auf historische Wurzeln zurückgingen, verblieben. Es bestehe kein von der Republik Österreich behauptetes „Sonderrecht“ am ganzen Traunsee, welches als ein „aliud“ den Koppelfischereirechten übergeordnet sei, so insbesondere keines, das aus dem Eigentum an den Seeparzellen des Traunsees (Wasserbett) abzuleiten wäre. Weil den (historischen) Berufsfischern am Traunsee, auf die sich die Rechte der Antragsteller zurückführen ließen, die Ausübung der Fischereirechte in Erbpacht gegeben worden sei, hätte für die Herrschaft Ort (nur) das Obereigentum bestanden, das mit der Grundentlastung weggefallen sei. Der Obereigentümer habe die Sache nicht unmittelbar nutzen dürfen. Die Grafschaft Orth habe ihre Fischereirechte nicht aus dem Grundeigentum oder dem Eigentum am Wasser abgeleitet, sondern aus verliehenen Regalien. Sie argumentieren zusammengefasst, die Ausgabe von (Sportfischerei-)Lizenzen stehe auch ihnen zu, weil ihr dingliches Recht dies nach dem sachenrechtlichen Typenzwang untrennbar beinhalte. Der Umfang des Fischereirechts sei schon seit dem Fischereigesetz vom 2. 5. 1895 gültig für das Erzherzogthum Österreich ob der Enns, LGVBl 1896/32 idF Oö LGBl 1921/125 (Oö FischereiG [richtig] 1895) „legaldefiniert“. Nunmehr ergebe sich dessen Inhalt aus § 1 Abs 1 Oö Fischereigesetz (LGBl 1983/60 idF LGBl 2008/64). Somit stehe jedem Fischereiberechtigten - auch den Antragstellern - die Befugnis Lizenzen auszustellen zu. Die Revisionsrekurswerber stehen auf dem Standpunkt, der Erstantragsgegnerin seien nach der Grundentlastung neben den von ihr käuflich erworbenen Koppelfischereirechten nur örtlich (Traunsee Hoffischer-Ort, Scherrerrischwasser Traunsee - Teil römisch eins, Scherrerrischwasser Traunsee - Teil römisch zwei) und nach der Ausübungsart (Traunsee-Schwebfischen und Archfischfang) definierte Sonderrechte (wie sie unter den Subzahlen 50 bis 53 im Fischereibuch eingetragen seien), die auf historische Wurzeln zurückgingen, verblieben. Es bestehe kein von der Republik Österreich behauptetes „Sonderrecht“ am ganzen Traunsee, welches als ein „aliud“ den Koppelfischereirechten übergeordnet sei, so insbesondere keines, das aus dem Eigentum an den Seeparzellen des Traunsees (Wasserbett) abzuleiten wäre. Weil

den (historischen) Berufsfischern am Traunsee, auf die sich die Rechte der Antragsteller zurückführen ließen, die Ausübung der Fischereirechte in Erbpacht gegeben worden sei, hätte für die Herrschaft Ort (nur) das Obereigentum bestanden, das mit der Grundentlastung weggefallen sei. Der Obereigentümer habe die Sache nicht unmittelbar nutzen dürfen. Die Grafschaft Orth habe ihre Fischereirechte nicht aus dem Grundeigentum oder dem Eigentum am Wasser abgeleitet, sondern aus verliehenen Regalien. Sie argumentieren zusammengefasst, die Ausgabe von (Sportfischerei-)Lizenzen stehe auch ihnen zu, weil ihr dingliches Recht dies nach dem sachenrechtlichen Typenzwang untrennbar beinhalte. Der Umfang des Fischereirechts sei schon seit dem Fischereigesetz vom 2. 5. 1895 gültig für das Erzherzogthum Österreich ob der Enns, LGVBl 1896/32 in der Fassung Oö LGBl 1921/125 (Oö FischereiG [richtig] 1895) „legaldefiniert“. Nunmehr ergebe sich dessen Inhalt aus Paragraph eins, Absatz eins, Oö Fischereigesetz (LGBl 1983/60 in der Fassung LGBl 2008/64). Somit stehe jedem Fischereiberechtigten - auch den Antragstellern - die Befugnis Lizenzen auszustellen zu.

Die Erstantragsgegnerin beantragt, den Revisionrekurs als unzulässig zurückzuweisen; in eventu ihm nicht Folge zu geben. Sie legt dar, ihr mit dem Grundeigentum verbundenes Fischereirecht sei anders und weitreichender als jene der Koppelfischereiberechtigten. Die Grundentlastung und die politischen Gesetze hätten ihr Recht unberührt gelassen. Die entgeltliche Vergabe von Lizenzen an Sportfischer stelle eine unzulässige Erweiterung der Dienstbarkeiten dar. Ihre besondere Rechtsstellung sei ersessen und durch die Genehmigung des Entwurfs der Fischereiordnung anerkannt.

Die übrigen Antragsgegner haben sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zur Berechtigung, Lizenzen zum Fischfang zu vergeben, zulässig und insoweit - daher teilweise - auch berechtigt.

1. Die von den Revisionsrekurswerbern geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens wurde geprüft. Sie liegt nicht vor (§ 71 Abs 3 AußStrG). Die hier vorliegende Gemengelage und enge Verquickung von historischen Tatsachen und historischer Rechtslage erschwert verständlicherweise die Zuordnung zu den Rechtsmittelgründen. Auf von den Revisionsrekurswerbern gewünschte „Feststellungen“ (so etwa, dass an den aus den Regalien abgeleiteten Fischereirechten Obereigentum der Grafschaft Orth und Untereigentum der Fischer bestanden habe) wird ohnehin im Rahmen der Rechtsrüge einzugehen sein.¹ Die von den Revisionsrekurswerbern geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens wurde geprüft. Sie liegt nicht vor (Paragraph 71, Absatz 3, AußStrG). Die hier vorliegende Gemengelage und enge Verquickung von historischen Tatsachen und historischer Rechtslage erschwert verständlicherweise die Zuordnung zu den Rechtsmittelgründen. Auf von den Revisionsrekurswerbern gewünschte „Feststellungen“ (so etwa, dass an den aus den Regalien abgeleiteten Fischereirechten Obereigentum der Grafschaft Orth und Untereigentum der Fischer bestanden habe) wird ohnehin im Rahmen der Rechtsrüge einzugehen sein.

2. Vorauszuschicken ist, dass das Rekursgericht zutreffend erläuterte, dass zufolge des Umstands, dass alle Koppelfischereiberechtigten als notwendige „Streitgenossen“ dem Verfahren beizuziehen sind und die Entscheidung nur allen gegenüber einheitlich rechtskräftig werden kann (1 Ob 117/10b), eine bereits ergangene Entscheidung, an der nicht alle Fischereiberechtigten beteiligt waren, mangels Parteienidentität (vgl RIS-Justiz RS0041572; RS0041118) kein Verfahrenshindernis begründet und die Gemeinschaft nicht bindet (vgl 5 Ob 15/00t; 7 Ob 109/02h).² Vorauszuschicken ist, dass das Rekursgericht zutreffend erläuterte, dass zufolge des Umstands, dass alle Koppelfischereiberechtigten als notwendige „Streitgenossen“ dem Verfahren beizuziehen sind und die Entscheidung nur allen gegenüber einheitlich rechtskräftig werden kann (1 Ob 117/10b), eine bereits ergangene Entscheidung, an der nicht alle Fischereiberechtigten beteiligt waren, mangels Parteienidentität vergleiche RIS-Justiz RS0041572; RS0041118) kein Verfahrenshindernis begründet und die Gemeinschaft nicht bindet vergleiche 5 Ob 15/00t; 7 Ob 109/02h).

3. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich beim Fischereirecht um ein Privatrecht (1 Ob 68/74 = SZ 47/59 uva; RIS-Justiz RS0010987; zum „vermögenswerten Privatrecht“ iSd Art 5 StGG vgl VwGH Zl90/07/0034 [mit Verweis auf VfSlg 5709/1968, 7292/1974]), das Ausfluss des Eigentumsrechts an einem gutseigenen Gewässer (RIS-JustizRS0110447) oder Privatgewässer (RIS-Justiz RS0103910) oder ein selbständiges dingliches Recht an einem fremden Gewässer (1 Ob 68/74 = SZ 47/59; 6 Ob 119/74 = SZ 47/88; 1 Ob 32/78 = SZ 51/160 ua; RIS JustizRS0011675) gleich einer Dienstbarkeit (1 Ob 30/94 = SZ 68/41 mwN) sein kann. Ist es in letzterem Fall mit dem Eigentum an einer Liegenschaft verbunden, so ist es eine Grunddienstbarkeit (RIS-Justiz RS0010970; 1 Ob 19/01b), ansonsten - auch in

Oberösterreich - eine frei veräußerliche und vererbare unregelmäßige persönliche Dienstbarkeit (6 Ob 111/63 = SZ 36/82 ua; RIS-Justiz RS0011000; 1 Ob 136/73 = SZ 46/82; 1 Ob 13/84; 1 Ob 29/93; 1 Ob 117/10b; Klang in Klang² II 251). 3. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich beim Fischereirecht um ein Privatrecht (1 Ob 68/74 = SZ 47/59 uva; RIS-Justiz RS0010987; zum „vermögenswerten Privatrecht“ iSd Artikel 5, StGG vergleiche VwGH Z190/07/0034 [mit Verweis auf VfSlg 5709 aus 1968, 7292/1974]), das Ausfluss des Eigentumsrechts an einem gutseigenen Gewässer (RIS-Justiz RS0110447) oder Privatgewässer (RIS-Justiz RS0103910) oder ein selbständiges dingliches Recht an einem fremden Gewässer (1 Ob 68/74 = SZ 47/59; 6 Ob 119/74 = SZ 47/88; 1 Ob 32/78 = SZ 51/160 ua; RIS Justiz RS0011675) gleich einer Dienstbarkeit (1 Ob 30/94 = SZ 68/41 mwN) sein kann. Ist es in letzterem Fall mit dem Eigentum an einer Liegenschaft verbunden, so ist es eine Grunddienstbarkeit (RIS-Justiz RS0010970; 1 Ob 19/01b), ansonsten - auch in Oberösterreich - eine frei veräußerliche und vererbare unregelmäßige persönliche Dienstbarkeit (6 Ob 111/63 = SZ 36/82 ua; RIS-Justiz RS0011000; 1 Ob 136/73 = SZ 46/82; 1 Ob 13/84; 1 Ob 29/93; 1 Ob 117/10b; Klang in Klang² römisch zwei 251).

4. Die historische Entwicklung der Fischereirechte verlief unterschiedlich und zeigte mitunter deutliche regionale Unterschiede (Marchetti in Mischler/Ulbrich, Österreichisches Staatswörterbuch II² [1906] 105; Randa, Das Österreichische Wasserrecht mit Bezug auf die ungarische und ausländische Wassergesetzgebungen³ [1891] 47 ff; Schiff, Grundriß des Agrarrechts mit Einschluß des Jagd- und Fischereirechts [1903] 139, 141 ff).

Ursprünglich wurde das Fischereirecht als Ausfluss des Grundeigentums oder als Gemeinderecht ausgeübt (auch in Oberösterreich: Randa aaO 15 unter Verweis auf Peyrer, Fischereibetrieb und Fischereirecht in Österreich [1874] 100 f). Allmählich entwickelten sich in den Ländern (auch) Regale oder Dominicalrechte der Obrigkeiten. Das Recht zu fischen war an die besonders zustehende „Gerechtsame“ gebunden; nur wenn niemand ein Aneignungsvorrecht hatte, war freier Fischfang iSd §§ 382 f ABGB gestattet (Ob I 167/25 = SZ 7/157; 1 Ob 35/86 = SZ 59/200; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² [1957] I/2 171). Ursprünglich wurde das Fischereirecht als Ausfluss des Grundeigentums oder als Gemeinderecht ausgeübt (auch in Oberösterreich: Randa aaO 15 unter Verweis auf Peyrer, Fischereibetrieb und Fischereirecht in Österreich [1874] 100 f). Allmählich entwickelten sich in den Ländern (auch) Regale oder Dominicalrechte der Obrigkeiten. Das Recht zu fischen war an die besonders zustehende „Gerechtsame“ gebunden; nur wenn niemand ein Aneignungsvorrecht hatte, war freier Fischfang iSd Paragraphen 382, f ABGB gestattet (Ob I 167/25 = SZ 7/157; 1 Ob 35/86 = SZ 59/200; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² [1957] I/2 171).

Die Revisionrekurswerber leiten unter Berufung auf die Entscheidung 1 Ob 35/86 = SZ 59/200 und der von ihnen zutreffend als gerichtsbekannt bezeichneten Tatsache, dass die Traun und der Traunsee seit Jahrhunderten schiffbar sind, ab, dass das Fischereirecht an diesem, wie auch sonst an öffentlichen (schiffbaren) Gewässern ab dem 14. Jahrhundert (immer) ein vom Landesherrn beanspruchtes niederes Regal gewesen sei. Die vorgenannte Entscheidung bezog sich jedoch auf ein fließendes Gewässer. Für die rechtliche Behandlung sind aber - historisch bedingt - fließende von stehenden Gewässern zu unterscheiden, wie dies auch das Reichswasserrechtsgesetz (RWRG) 1869 (RGBl 1869/93) zeigt. So umfasste das „Stromregal“ auch das Fischereiregal (Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte II [1966] 138). Gießel (in Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts I/2 [1911] 793) führt aus, man unterscheide nach der Örtlichkeit Flussfischerei (in fließenden Gewässern), Binnenseefischerei und Teichfischerei, andererseits Fischerei in geschlossenen und nichtgeschlossenen Gewässern. Die Revisionrekurswerber leiten unter Berufung auf die Entscheidung 1 Ob 35/86 = SZ 59/200 und der von ihnen zutreffend als gerichtsbekannt bezeichneten Tatsache, dass die Traun und der Traunsee seit Jahrhunderten schiffbar sind, ab, dass das Fischereirecht an diesem, wie auch sonst an öffentlichen (schiffbaren) Gewässern ab dem 14. Jahrhundert (immer) ein vom Landesherrn beanspruchtes niederes Regal gewesen sei. Die vorgenannte Entscheidung bezog sich jedoch auf ein fließendes Gewässer. Für die rechtliche Behandlung sind aber - historisch bedingt - fließende von stehenden Gewässern zu unterscheiden, wie dies auch das Reichswasserrechtsgesetz (RWRG) 1869 (RGBl 1869/93) zeigt. So umfasste das „Stromregal“ auch das Fischereiregal (Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte römisch zwei [1966] 138). Gießel (in Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts I/2 [1911] 793) führt aus, man unterscheide nach der Örtlichkeit Flussfischerei (in fließenden Gewässern), Binnenseefischerei und Teichfischerei, andererseits Fischerei in geschlossenen und nichtgeschlossenen Gewässern.

In der historischen Entwicklung lässt sich das Fischereirecht weder eindeutig dem Regalitätsgedanken zuordnen, noch war es jeweils Ausfluss des privaten Eigentums an einem Gewässergrund. Prinzipiell beanspruchten zwar die

Landesherrn an immer mehr Privatgewässern das ausschließliche Nutzungsrecht in Form eines Fischereiregals für sich, daneben gab es aber nach wie vor Privatgewässer, an denen der Eigentümer das Fischereirecht als Ausfluss seines Eigentums geltend machte. Generell herrschte eine regional sehr unterschiedliche Ausprägung der Berechtigungen vor und es gab lokal bedingte historische Sonderberechtigungen, die sich entweder unmittelbar aus dem Fischereiregal, auf aus Verleihung des Regals beruhenden grund- und gutsherrlichen Berechtigungen, auf Lehensverhältnisse, auf Privileg, auf Ersitzung oder auf gewohnheitliche Übung stützten (vgl. ua Gießel aaO 794; zu den historisch vielfältigen Erscheinungsformen der Berechtigung auch Cancrin, Abhandlungen von dem Wasserrechte III [1800] Zwölfte Abhandlung § 20, 66 f.). In der historischen Entwicklung lässt sich das Fischereirecht weder eindeutig dem Regalitätsgedanken zuordnen, noch war es jeweils Ausfluss des privaten Eigentums an einem Gewässergrund. Prinzipiell beanspruchten zwar die Landesherrn an immer mehr Privatgewässern das ausschließliche Nutzungsrecht in Form eines Fischereiregals für sich, daneben gab es aber nach wie vor Privatgewässer, an denen der Eigentümer das Fischereirecht als Ausfluss seines Eigentums geltend machte. Generell herrschte eine regional sehr unterschiedliche Ausprägung der Berechtigungen vor und es gab lokal bedingte historische Sonderberechtigungen, die sich entweder unmittelbar aus dem Fischereiregal, auf aus Verleihung des Regals beruhenden grund- und gutsherrlichen Berechtigungen, auf Lehensverhältnisse, auf Privileg, auf Ersitzung oder auf gewohnheitliche Übung stützten (vergleiche ua Gießel aaO 794; zu den historisch vielfältigen Erscheinungsformen der Berechtigung auch Cancrin, Abhandlungen von dem Wasserrechte römisch drei [1800] Zwölfte Abhandlung Paragraph 20, 66, f.).

Randa führt aus, es sei das Fischereirecht „bald als Vorrecht der oberen politischen Stände (insbes. der sog. Grundobrigkeiten - als Dominicalrecht), bald als Regal des Landesherrn [erschieden]; nebenher“ sei „es bald als Ausfluss des vollen (echten) Grundeigentums erhalten, bald wieder“ werde „es von Gemeinden auf Grund alter Weistümer oder von Städten, Klöstern und Pfründen auf Grund von Privilegien oder speciellen Widmungen, bald wieder von Anrainern auf Grund des Herkommens, von Müllern auf Grund alter Übung (Müllerrecht) ausgeübt, schliesslich in öffentlichen Gewässern nicht selten als freies Occupationsrecht in Anspruch genommen“ und zieht den Schluss, noch heute [Anm.: 1891] sei der Rechtszustand ebenso buntscheckig (Randa aaO 47, 15 f.). Es liege auf der Hand, dass bei der Unbestimmtheit der Rechtslage der tatsächliche Zustand der Rechtsausübung für die Behauptung des Fischereirechts von eminenter Bedeutung sei (Randa aaO 20).

Auch Cahn (Das Recht der Binnenfischerei [1956] 73) verweist für die Beurteilung der Gestaltung des Fischereirechts bei Binnenseen im Mittelalter auf Traditionsurkunden, Urbare und Weistümer.

Das konkrete, an einem bestimmten Gewässer bestehende Fischereirecht wurde im Mittelalter und in der Neuzeit vielfach in Weistümern festgehalten. Unter Weistümern sind Rechtsquellen unterschiedlichen Inhalts zu verstehen, die durch die gleiche Form des Zustandekommens gekennzeichnet waren: durch Weisung, die Auskunft rechtskundiger Personen über einen Rechtszustand oder geltendes Gewohnheitsrecht, die in einer hierzu einberufenen Versammlung erteilt wurde. Weistümer wurden unterschiedlich bezeichnet, in Österreich etwa als Taiding und Banntaiding (Werkmüller in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V [1998] 1240 f.). In diesen Weistümern (Taidingbüchern) fanden sich zahlreiche Bestimmungen zum Fischereirecht und die Art der Ausübung der Fischerei (Marchet aaO 105). Das konkrete, an einem bestimmten Gewässer bestehende Fischereirecht wurde im Mittelalter und in der Neuzeit vielfach in Weistümern festgehalten. Unter Weistümern sind Rechtsquellen unterschiedlichen Inhalts zu verstehen, die durch die gleiche Form des Zustandekommens gekennzeichnet waren: durch Weisung, die Auskunft rechtskundiger Personen über einen Rechtszustand oder geltendes Gewohnheitsrecht, die in einer hierzu einberufenen Versammlung erteilt wurde. Weistümer wurden unterschiedlich bezeichnet, in Österreich etwa als Taiding und Banntaiding (Werkmüller in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte römisch fünf [1998] 1240 f.). In diesen Weistümern (Taidingbüchern) fanden sich zahlreiche Bestimmungen zum Fischereirecht und die Art der Ausübung der Fischerei (Marchet aaO 105).

Die (jeweiligen) Grundlagen des Fischereirechts wurden bei Einführung des ABGB, das die Frage nicht löst, wer fischereiberechtigt ist (Randa aaO 47), nicht verändert. § 383 ABGB verwies für den freien Fischfang (dieser bestand aber nur, soweit niemand ein Aneignungsvorrecht hatte [1 Ob 35/86 = SZ 59/200; Ob I 167/25 = SZ 7/157; Ehrenzweig aaO, 171]) auf die politischen Gesetze. Die (jeweiligen) Grundlagen des Fischereirechts wurden bei Einführung des ABGB, das die Frage nicht löst, wer fischereiberechtigt ist (Randa aaO 47), nicht verändert. Paragraph 383, ABGB verwies für den freien Fischfang (dieser bestand aber nur, soweit niemand ein Aneignungsvorrecht hatte [1 Ob 35/86 = SZ 59/200; Ob I 167/25 = SZ 7/157; Ehrenzweig aaO, 171]) auf die politischen Gesetze.

5. Die Revisionsrekurswerber meinen, seit der Grundentlastung bzw spätestens seit der Aufhebung der Bestimmungen über Erbpacht sowie Ober- und Untereigentum mit BGBl I 2006/113 habe ein originäres Fischereirecht der Erstantragsgegnerin nicht mehr bestanden. 5. Die Revisionsrekurswerber meinen, seit der Grundentlastung bzw spätestens seit der Aufhebung der Bestimmungen über Erbpacht sowie Ober- und Untereigentum mit BGBl römisch eins 2006/113 habe ein originäres Fischereirecht der Erstantragsgegnerin nicht mehr bestanden.

Sie erkennen selbst, dass es sich, wenn das Erstgericht festhält, den Fischern sei die Ausübung der Fischereirechte in „Erbpacht“ gegeben worden (wozu sie bemängeln, damit habe sich das Rekursgericht nicht ausreichend befasst), nicht um eine Feststellung von Tatsachen handelt, sondern dass darin eine rechtliche Einordnung zum Ausdruck kommt (hier von den Vorinstanzen im Sinne von vererbbaaren Rechten, mit denen Pachtzahlungen verbunden waren). Sie begehren daher die zusätzlichen „Feststellungen“, dass die Fischereirechte „vererbrechtet“ gewesen seien und in „geteiltem Eigentum“ gestanden seien. Auch dabei handelt es sich aber um Rechtsbegriffe (vgl zu Erbpacht, Erbzins- oder ähnlichen Verhältnissen Ehrenzweig aaO 370 ff). Sie erkennen selbst, dass es sich, wenn das Erstgericht festhält, den Fischern sei die Ausübung der Fischereirechte in „Erbpacht“ gegeben worden (wozu sie bemängeln, damit habe sich das Rekursgericht nicht ausreichend befasst), nicht um eine Feststellung von Tatsachen handelt, sondern dass darin eine rechtliche Einordnung zum Ausdruck kommt (hier von den Vorinstanzen im Sinne von vererbbaaren Rechten, mit denen Pachtzahlungen verbunden waren). Sie begehren daher die zusätzlichen „Feststellungen“, dass die Fischereirechte „vererbrechtet“ gewesen seien und in „geteiltem Eigentum“ gestanden seien. Auch dabei handelt es sich aber um Rechtsbegriffe vergleiche zu Erbpacht, Erbzins- oder ähnlichen Verhältnissen Ehrenzweig aaO 370 ff).

Erbpacht- und Erbzinsverträge waren in den §§ 1122-1150 ABGB geregelt. Sachenrechtlich wurden die Regeln über Erbzinsverträge durch die (ebenfalls mit BGBl I 2006/113 aufgehobenen) §§ 357, 359, 360 ABGB ergänzt, die eine Teilung des Eigentums in Ober- und Untereigentum bzw Nutzungseigentum ausdrücklich anerkannten. Der Hintergrund für die gesonderte Regelung dieses Vertragstyps lag nach Zeiller in der unterschiedlichen Natur der zu nutzenden Gegenstände begründet: eigneten sich für einen Pachtvertrag in erster Linie bereits fruchtbare Böden, die laufenden Ertrag einbrachten und somit zu einer zeitlich befristeten Bewirtschaftung übergeben werden konnten (mit der Hoffnung nach Ablauf dieser Zeitspanne bei guten Erträgen den Pachtzins entsprechend anpassen zu können), waren Erbpachtverträge ihrem Zwecke nach dazu geeignet, eine lange Bindung zwischen Nutzungsberechtigtem und Erbpachtgeber herzustellen. Durch diese Gestaltung war es möglich Anreize für den Erbpachtberechtigten zu schaffen, sich auf eine langfristige Bewirtschaftung eines noch wenig ertragreichen Bodens einzulassen. Dies wurde durch die Schaffung eines vererblichen, dinglichen Nutzungseigentums gegen ein geringeres unveränderliches Entgelt erreicht. Obgleich es zwar auch Privatpersonen möglich war, als Erbpachtgeber in Erscheinung zu treten, kamen als Obereigentümer in erster Linie aber der Staat, die Kirche, andere Gemeinden oder aber Grundherrschaften in Betracht und die überwiegende Anzahl der Erbpachtverträge waren daher historisch gesehen „mit dem Bande der Grundunterthänigkeit verknüpft“ (Zeiller, Kommentar III/2, 456 ff). Erbpacht- und Erbzinsverträge waren in den Paragraphen 1122 -, 1150, ABGB geregelt. Sachenrechtlich wurden die Regeln über Erbzinsverträge durch die (ebenfalls mit BGBl I 2006/113 aufgehobenen) Paragraphen 357, 359, 360, ABGB ergänzt, die eine Teilung des Eigentums in Ober- und Untereigentum bzw Nutzungseigentum ausdrücklich anerkannten. Der Hintergrund für die gesonderte Regelung dieses Vertragstyps lag nach Zeiller in der unterschiedlichen Natur der zu nutzenden Gegenstände begründet: eigneten sich für einen Pachtvertrag in erster Linie bereits fruchtbare Böden, die laufenden Ertrag einbrachten und somit zu einer zeitlich befristeten Bewirtschaftung übergeben werden konnten (mit der Hoffnung nach Ablauf dieser Zeitspanne bei guten Erträgen den Pachtzins entsprechend anpassen zu können), waren Erbpachtverträge ihrem Zwecke nach dazu geeignet, eine lange Bindung zwischen Nutzungsberechtigtem und Erbpachtgeber herzustellen. Durch diese Gestaltung war es möglich Anreize für den Erbpachtberechtigten zu schaffen, sich auf eine langfristige Bewirtschaftung eines noch wenig ertragreichen Bodens einzulassen. Dies wurde durch die Schaffung eines vererblichen, dinglichen Nutzungseigentums gegen ein geringeres unveränderliches Entgelt erreicht. Obgleich es zwar auch Privatpersonen möglich war, als Erbpachtgeber in Erscheinung zu treten, kamen als Obereigentümer in erster Linie aber der Staat, die Kirche, andere Gemeinden oder aber Grundherrschaften in Betracht und die überwiegende Anzahl der Erbpachtverträge waren daher historisch gesehen „mit dem Bande der Grundunterthänigkeit verknüpft“ (Zeiller, Kommentar III/2, 456 ff).

Beim Ober- und Untereigentum war das Eigentum nach Befugnissen geteilt, dem Obereigentümer stand nach § 357 ABGB das Recht auf die Substanz, dem Untereigentümer das auf die Substanz und außerdem (nur ihm allein) auf die

Nutzung zu (Ehrenzweig aaO 156). Der Obereigentümer konnte gemäß § 1130 erster Satz ABGB „also verlangen, daß der Nutzungseigentümer, für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge trage“. Es oblag daher prinzipiell dem Nutzungseigentümer für die Bestellung der Grundstücke zu sorgen und auch alle mit dem Grundstück verbundenen Lasten zu tragen (§ 1130 erster Satz, § 1144 erster Satz ABGB). Wenn der Nutzungseigentümer nicht mehr in der Lage war, eine dieser beiden Aufgaben zu erfüllen, konnte der Obereigentümer darauf dringen, dass das Gut einem anderen Nutzungseigentümer überlassen wird (§ 1130 zweiter Satz ABGB), der zu Erfüllung dieser Verpflichtungen in der Lage wäre (Winiwarter, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch IV² [1844] 347). Dafür musste der Obereigentümer bei Vereinigung von Substanz und Nutzungsrecht dem Untereigentümer die „getroffenen Verbesserungen“ wie einem anderen redlichen Besitzer vergüten (§ 1137 ABGB). Beim Ober- und Untereigentum war das Eigentum nach Befugnissen geteilt, dem Obereigentümer stand nach Paragraph 357, ABGB das Recht auf die Substanz, dem Untereigentümer das auf die Substanz und außerdem (nur ihm allein) auf die Nutzung zu (Ehrenzweig aaO 156). Der Obereigentümer konnte gemäß Paragraph 1130, erster Satz ABGB „also verlangen, daß der Nutzungseigentümer, für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge trage“. Es oblag daher prinzipiell dem Nutzungseigentümer für die Bestellung der Grundstücke zu sorgen und auch alle mit dem Grundstück verbundenen Lasten zu tragen (Paragraph 1130, erster Satz, Paragraph 1144, erster Satz ABGB). Wenn der Nutzungseigentümer nicht mehr in der Lage war, eine dieser beiden Aufgaben zu erfüllen, konnte der Obereigentümer darauf dringen, dass das Gut einem anderen Nutzungseigentümer überlassen wird (Paragraph 1130, zweiter Satz ABGB), der zu Erfüllung dieser Verpflichtungen in der Lage wäre (Winiwarter, Das persönliche Sachenrecht nach dem Österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch IV² [1844] 347). Dafür musste der Obereigentümer bei Vereinigung von Substanz und Nutzungsrecht dem Untereigentümer die „getroffenen Verbesserungen“ wie einem anderen redlichen Besitzer vergüten (Paragraph 1137, ABGB).

Im Zuge der Grundentlastung wurden die bäuerlichen Erbpachtverhältnisse abgeschafft und die Eigentumsverhältnisse auf die Nutzungseigentümer übertragen sowie deren Verpflichtungen zur Leistung des Erbzinses abgeschafft. Die Untereigentümer erhielten damit das vollständige Eigentum, mussten dafür aber eine Ablöse entrichten, die der Obereigentümer als Gegenleistung für die Aufgabe seiner Rechte erhielt (Ehrenzweig aaO 157; vgl. auch Klang in Klang² V 137). Im Zuge der Grundentlastung wurden die bäuerlichen Erbpachtverhältnisse abgeschafft und die Eigentumsverhältnisse auf die Nutzungseigentümer übertragen sowie deren Verpflichtungen zur Leistung des Erbzinses abgeschafft. Die Untereigentümer erhielten damit das vollständige Eigentum, mussten dafür aber eine Ablöse entrichten, die der Obereigentümer als Gegenleistung für die Aufgabe seiner Rechte erhielt (Ehrenzweig aaO 157; vergleiche auch Klang in Klang² römisch fünf 137).

Gegen eine Einordnung von Fischereirechten als Erbpachtverhältnisse mit geteiltem Eigentum spricht schon, dass das ABGB seit seiner Einführung das Fischereirecht ausdrücklich als Grunddienstbarkeit (Feldservitut; § 477 Z 5 ABGB) bezeichnet, während es den Gegenstand des geteilten Eigentums eine „Sache“ und jenen der Erpachtverträge „Gut“ (bzw. „Erbpachtgut: §§ 359, 1124, 1136 ABGB) nannte. Den schon in 1 Ob 1/80 (in diesem Verfahren hatte die Beklagte dem Anspruch des [in allen Instanzen] obsiegenden Klägers auf Feststellung, ihm stehe das Fischereirecht an einem bestimmten Fischwasser zu, weil er es käuflich vom ehemaligen Gutsherrn erworben habe, entgegengehalten, ihr sei dieses Fischereirecht rechtsgeschäftlich von der Gemeinde übertragen worden, dieser sei es zugestanden, die Grundentlastung habe deren Recht in ein unbeschränktes umgewandelt) angeführten Erwägungen, es müsse nach den einschlägigen Bestimmungen angenommen werden, dass diese Rechtsverhältnisse für bäuerlichen Besitz vor der Grundentlastung kennzeichnend und auf die Nutzung von Liegenschaften und anderen unbeweglichen Sachen zugeschnitten gewesen seien, ist zu folgen. Während gleichzeitiges Fischen mehrerer Berechtigter am See als Fischwasser möglich ist, ergibt sich die bei Erbpachtverhältnissen angenommene Teilung der Berechtigung in der Weise, dass die Nutzung nur dem Untereigentümer zusteht, schon aus der sachlichen Einschränkung, dass dieselbe Bodenfläche landwirtschaftlich nicht von mehreren sinnvoll gleichzeitig bearbeitet werden kann. Gegen eine Einordnung von Fischereirechten als Erbpachtverhältnisse mit geteiltem Eigentum spricht schon, dass das ABGB seit seiner Einführung das Fischereirecht ausdrücklich als Grunddienstbarkeit (Feldservitut; Paragraph 477, Ziffer 5, ABGB) bezeichnet, während es den Gegenstand des geteilten Eigentums eine „Sache“ und jenen der Erpachtverträge „Gut“ (bzw. „Erbpachtgut: Paragraphen 359, 1124, 1136, ABGB) nannte. Den schon in 1 Ob 1/80 (in diesem Verfahren hatte die Beklagte dem Anspruch des [in allen Instanzen] obsiegenden Klägers auf Feststellung, ihm stehe das Fischereirecht an einem bestimmten Fischwasser zu, weil er es käuflich vom ehemaligen Gutsherrn erworben habe, entgegengehalten, ihr sei dieses Fischereirecht rechtsgeschäftlich von der Gemeinde übertragen worden, dieser sei es

„erbpachtweise“ zugestanden, die Grundentlastung habe deren Recht in ein unbeschränktes umgewandelt) angeführten Erwägungen, es müsse nach den einschlägigen Bestimmungen angenommen werden, dass diese Rechtsverhältnisse für bäuerlichen Besitz vor der Grundentlastung kennzeichnend und auf die Nutzung von Liegenschaften und anderen unbeweglichen Sachen zugeschnitten gewesen seien, ist zu folgen. Während gleichzeitiges Fischen mehrerer Berechtigter am See als Fischwasser möglich ist, ergibt sich die bei Erbpachtverhältnissen angenommene Teilung der Berechtigung in der Weise, dass die Nutzung nur dem Untereigentümer zusteht, schon aus der sachlichen Einschränkung, dass dieselbe Bodenfläche landwirtschaftlich nicht von mehreren sinnvoll gleichzeitig bearbeitet werden kann.

Ausgehend von den auf dem Orther Urbar basierenden Nutzungsrechten lassen die zu beurteilenden Fischereirechte keine Einordnung in das zum Erbpachtvertrag für bäuerliche Güter geschaffenen System des Ober- und Untereigentums zu: Es steht fest, dass gerade keine ausschließliche Nutzungsberechtigung der Koppelfischer bestand, vielmehr durfte die Herrschaft Orth so viel Fischhuben, als ihr beliebte und wem sie wollte, erteilen. Ihr Recht war nur insoweit beschränkt, als die Seefischer nicht so übermäßig vermehrt werden durften, dass ihre Versorgung und die Entrichtung der Forderungen der Herrschaft Orth gefährdet gewesen wäre. Nach Verkauf oder Übergabe seines Fischereirechts, konnte ein Fischer nur noch mit besonderer Bewilligung der Herrschaft Orth fischen. Zudem bestanden einige besondere Vorbehalte bezüglich des Fischfangs zugunsten der Herrschaft Orth, die auch in Eigenregie ausgeübt wurden; damit steht gerade die - für die Annahme eines Obereigentums aber notwendige - Voraussetzung nicht fest, dass die Erstantragsgegnerin oder ihre Rechtsvorgänger nicht berechtigt gewesen wäre, selbst zu fischen und vielmehr dies nur der bereits bestehenden Anzahl von Fischern alleine (dann systemwidrig also mehreren anstelle einem Untereigentümer) eingeräumt gewesen wäre.

Nach herrschender Ansicht zeitigte das Kaiserliche Patent vom 7. 9. 1848 (Grundentlastungspatent) in Österreich - im Unterschied zu Böhmen, Mähren und Schlesien, wo das Fischen auf fremden Grund aufgehoben wurde - ausdrücklich keine Auswirkungen auf Fischereirechte (Klang aaO II 250; Marchet aaO 106; Schiff aaO 141; Ehrenzweig aaO 171 f; 1 Ob 1/80; 1 Ob 35/86 = SZ 59/200; RIS-Justiz RS0010974; 1 Ob 277/00t = SZ 74/33), lediglich die Verpflichtung zur Zinsleistung der Berechtigten wurde aufgehoben. Auch die Fischereirechte der ehemaligen Grundherrschaften wurden nicht aufgehoben (Randa aaO 19). Eine solche Aufhebung des Fischereirechts unterblieb, weil die Regierung „bei Inangriffnahme der Grundentlastung aus dem Resultate der in Ansehung der Fischereirechte gepflogenen, eingehenden Erhebungen zur Überzeugung gelangte, dass mit Rücksicht auf die Erwerbungsstittel zahlreicher solcher Rechte und mit Rücksicht auf deren Besitzstand, wie er sich im Laufe der Zeit entwickelt hat, die privatrechtliche Eigenschaft dieser Rechte vorwalte“ (Bartsch, Die Landtafel in ihrer gegenwärtigen Gestalt [1890] 74). Nach dem Zusammenbruch der Monarchie wurden sämtliche Jagd- und Fischereirechte des Kaisers und der Mitglieder des kaiserlichen Hauses auf Staatsgütern und vom Staat verwalteten Fondsgütern aufgehoben (Gesetz vom 25. 1. 1919, StGBI 43) sofern sie nicht auf Pachtverträgen beruhten (Klang aaO 245). Der allgemeinen Nutzung iSd des Wasserrechtsgesetzes blieb das Fischereirecht im Übrigen auch nach dem RWRG 1869 weiterhin entzogen (Randa aaO 45). Nach herrschender Ansicht zeitigte das Kaiserliche Patent vom 7. 9. 1848 (Grundentlastungspatent) in Österreich - im Unterschied zu Böhmen, Mähren und Schlesien, wo das Fischen auf fremden Grund aufgehoben wurde - ausdrücklich keine Auswirkungen auf Fischereirechte (Klang aaO römisch zwei 250; Marchet aaO 106; Schiff aaO 141; Ehrenzweig aaO 171 f; 1 Ob 1/80; 1 Ob 35/86 = SZ 59/200; RIS-Justiz RS0010974; 1 Ob 277/00t = SZ 74/33), lediglich die Verpflichtung zur Zinsleistung der Berechtigten wurde aufgehoben. Auch die Fischereirechte der ehemaligen Grundherrschaften wurden nicht aufgehoben (Randa aaO 19). Eine solche Aufhebung des Fischereirechts unterblieb, weil die Regierung „bei Inangriffnahme der Grundentlastung aus dem Resultate der in Ansehung der Fischereirechte gepflogenen, eingehenden Erhebungen zur Überzeugung gelangte, dass mit Rücksicht auf die Erwerbungsstittel zahlreicher solcher Rechte und mit Rücksicht auf deren Besitzstand, wie er sich im Laufe der Zeit entwickelt hat, die privatrechtliche Eigenschaft dieser Rechte vorwalte“ (Bartsch, Die Landtafel in ihrer gegenwärtigen Gestalt [1890] 74). Nach dem Zusammenbruch der Monarchie wurden sämtliche Jagd- und Fischereirechte des Kaisers und der Mitglieder des kaiserlichen Hauses auf Staatsgütern und vom Staat verwalteten Fondsgütern aufgehoben (Gesetz vom 25. 1. 1919, StGBI 43) sofern sie nicht auf Pachtverträgen beruhten (Klang aaO 245). Der allgemeinen Nutzung iSd des Wasserrechtsgesetzes blieb das Fischereirecht im Übrigen auch nach dem RWRG 1869 weiterhin entzogen (Randa aaO 45).

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass der Grafschaft Orth ein Ursprungsrecht zustand, das sie

auf ihre Rechtsnachfolger übertragen hat. Dieses originäre Recht wurde weder durch die Grundentlastung noch durch die erst 2006 (zur Deregulierung überholter, gegenstandsloser Vorschriften [ErläutRV 1410 BlgNR XXII. GP 1, 13; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 358 ABGB Rz 2; § 363 Rz 1]) erfolgte Aufhebung der Bestimmungen über das Ober- und Untereigentum und die Erbpachtverträge in seinem Bestand berührt. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass der Grafschaft Orth ein Ursprungsrecht zustand, das sie auf ihre Rechtsnachfolger übertragen hat. Dieses originäre Recht wurde weder durch die Grundentlastung noch durch die erst 2006 (zur Deregulierung überholter, gegenstandsloser Vorschriften [ErläutRV 1410 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 1, 13; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ Paragraph 358, ABGB Rz 2; Paragraph 363, Rz 1]) erfolgte Aufhebung der Bestimmungen über das Ober- und Untereigentum und die Erbpachtverträge in seinem Bestand berührt.

Die „Vererbrectung“ der Koppelfischereirechte am Traunsee lässt sich im System des ABGB zwanglos als Verdinglichung iS der Einräumung einer Felddienstbarkeit (s oben 3.) auffassen, die eben nach § 485 ABGB gemeinsam mit dem herrschenden Gut auf den jeweiligen Rechtsnachfolger übertragen wird. Dass es wie hier mehrere herrschende Grundstücke geben kann, ist nach § 486 ABGB im Dienstbarkeitsrecht durchaus gesetzlich vorgesehen. Die „Vererbrectung“ der Koppelfischereirechte am Traunsee lässt sich im System des ABGB zwanglos als Verdinglichung iS der Einräumung einer Felddienstbarkeit (s oben 3.) auffassen, die eben nach Paragraph 485, ABGB gemeinsam mit dem herrschenden Gut auf den jeweiligen Rechtsnachfolger übertragen wird. Dass es wie hier mehrere herrschende Grundstücke geben kann, ist nach Paragraph 486, ABGB im Dienstbarkeitsrecht durchaus gesetzlich vorgesehen.

Für den vorliegenden Fall lässt sich nicht eindeutig klären, ob sich das von der Erstantragsgegnerin in Anspruch genommene Fischereirecht aus ihrem Grundeigentum oder allein aus einem früheren Herrschaftsrecht ableitet. Dies spielt - wie noch zu zeigen sein wird - für die Lösung der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Fragen letztlich aber keine Rolle.

6. Die Revisionsrekurswerber meinen, weil die Fischerei in der Folge durch Fischereigesetze neu geregelt worden sei, seien nunmehr diese Regelungen „einschlägig“. Diese räumten den Antragstellern das Recht zur Lizenzvergabe ein. Insofern damit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass durch die politischen Gesetze ein (davor nicht bestehender) Umfang des Privatrechts Fischereirecht mittels landesgesetzlicher Vorschriften geschaffen worden wäre, trifft dies nicht zu:

Das Gesetz vom 7. 11. 1880 betreffend einige provisorische Maßregeln zu Hebung der Fischerei in den Binnengewässern (LGVB für das Erzherzogthum ob der Enns 1881/4) versuchte, dem Rückgang des Fischbestands durch Überfischung zu begegnen (19. Sitzung v 7. 7. 1880, Sten Prot Oö LT 1880, VI. LT-Periode, II. Session 436), setzte aber den im Gesetz genannten Fischerereiberechtigten bereits voraus. Das Gesetz vom 7. 11. 1880 betreffend einige provisorische Maßregeln zu Hebung der Fischerei in den Binnengewässern (LGVB für das Erzherzogthum ob der Enns 1881/4) versuchte, dem Rückgang des Fischbestands durch Überfischung zu begegnen (19. Sitzung v 7. 7. 1880, Sten Prot Oö LT 1880, römisch sechs. LT-Periode, römisch zwei. Session 436), setzte aber den im Gesetz genannten Fischerereiberechtigten bereits voraus.

Mit dem Reichsgesetz vom 25. 4. 1885 (RGBl 1885/58) betreffend die Regelung der Fischerei in den Binnengewässern wurde (nur) die auf § 382 ABGB beruhende Befugnis zum freien Fischfang aufgehoben und (nur) insoweit dessen Zuweisung dem Landesgesetzgeber vorbehalten (7 Ob 154/72 = EvBl 1973/2; Kaserer, Das Gesetz vom 25. April 1885 betreffend die Fischerei in Binnengewässern [1885] 35; Randa aaO 48 f). Die Materialien dazu erläutern, dass mit dem Entwurf die Regelung des Fischereirechts selbst ins Auge gefasst wurde, und zwar in demjenigen Umfang, in welchem überhaupt im Hinblick auf die bestehenden Rechtsverhältnisse eine Regelung des Fischereirechts noch geboten erschienen sei. Die privatrechtliche Eigenschaft dieser Rechte walte vor; daraus müssten folgende Konsequenzen gezogen werden: Mit dem Reichsgesetz vom 25. 4. 1885 (RGBl 1885/58) betreffend die Regelung der Fischerei in den Binnengewässern wurde (nur) die auf Paragraph 382, ABGB beruhende Befugnis zum freien Fischfang aufgehoben und (nur) insoweit dessen Zuweisung dem Landesgesetzgeber vorbehalten (7 Ob 154/72 = EvBl 1973/2; Kaserer, Das Gesetz vom 25. April 1885 betreffend die Fischerei in Binnengewässern [1885] 35; Randa aaO 48 f). Die Materialien dazu erläutern, dass mit dem Entwurf die Regelung des Fischereirechts selbst ins Auge gefasst wurde, und zwar in demjenigen Umfang, in welchem überhaupt im Hinblick auf die bestehenden Rechtsverhältnisse eine Regelung des Fischereirechts noch geboten erschienen sei. Die privatrechtliche Eigenschaft dieser Rechte walte vor; daraus müssten

folgende Konsequenzen gezogen werden:

„1. daß es nicht angehe, auf eine Untersuchung und Constatierung der bestehenden Fischerei von amtswegen einzugehen, als es für die Regelung der Fischereiausübung [Hervorhebung nicht im Original] unbedingt nothwendig ist; 2. daß eine Regelung des Fischereirechts [Hervorhebung nicht im Original] selbst nur insoweit stattfinden könne, als durch die aus volkswirtschaftlichen Gründen angezeigte Aufhebung der freien oder wilden Fischerei solche Fischwässer entstehen, hinsichtlich deren die Fischereiberechtigten eben erst bestimmt werden müssen.“ Die in einzelnen Landesteilen herrschende „Verworrenheit“ der verschiedenseitigen Ansprüche auf dieselben Fischereirechte lasse sich offenbar nicht durch neue materielle Normen über das Recht zum Fischfange, welche Normen ja selbst wieder bestehende Rechte anerkennen müssten, lösen (zit in Kaserer aaO 13 ff; MTA, Gesetze betreffend Jagd, Vogelschutz und Fischerei³ [1898] 357 ff).

Dem auf Basis des Reichsgesetzes 1885 erlassenen Fischereigesetz vom 2. 5. 1895 gültig für das Erzherzogthum Österreich ob der Enns, LGVBl 1896/32 idF Oö LGBI 1921/125 (Oö FischereiG 1895) mit seiner im Reichsgesetz genannten eingeschränkten Zielsetzung in Bezug auf die Regelung des Fischereirechts bloß außerhalb des freien Fischfangs kann weder eine Neuregelung der bereits bestehenden Fischereirechte (in privatrechtlicher Hinsicht) noch eine Erweiterung ihres Umfangs entnommen werden. Vielmehr wies es das aus dem bis dahin freien Fischfang zugekommene Recht für künstliche Gewässer den Besitzern dieser Anlagen, für natürliche Gewässer aber der jeweiligen Gemeinde zu (§ 4 Z 2 Oö FischereiG 1895) und normierte in seinem § 9, dass das Fischereirecht außer solchen Gewässern mit bisher freiem Fischfang vorbehaltlich der darin genannten Ablösungsfälle in ihrem Rechtsbestande nicht berührt würden; die Ausübung des Fischereirechts bleibe jedem Berechtigten gewahrt, unterliege jedoch ohne Unterschied des Titels der Rechtserwerbung den in diesem Gesetz enthaltenen oder auf Grund desselben getroffenen Bestimmungen und der hiernach eintretenden Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden. Dem auf Basis des Reichsgesetzes 1885 erlassenen Fischereigesetz vom 2. 5. 1895 gültig für das Erzherzogthum Österreich ob der Enns, LGVBl 1896/32 in der Fassung Oö LGBI 1921/125 (Oö FischereiG 1895) mit seiner im Reichsgesetz genannten eingeschränkten Zielsetzung in Bezug auf die Regelung des Fischereirechts bloß außerhalb des freien Fischfangs kann weder eine Neuregelung der bereits bestehenden Fischereirechte (in privatrechtlicher Hinsicht) noch eine Erweiterung ihres Umfangs entnommen werden. Vielmehr wies es das aus dem bis dahin freien Fischfang zugekommene Recht für künstliche Gewässer den Besitzern dieser Anlagen, für natürliche Gewässer aber der jeweiligen Gemeinde zu (Paragraph 4, Ziffer 2, Oö FischereiG 1895) und normierte in seinem Paragraph 9, „dass das Fischereirecht außer solchen Gewässern mit bisher freiem Fischfang vorbehaltlich der darin genannten Ablösungsfälle in ihrem Rechtsbestande nicht berührt würden; die Ausübung des Fischereirechts bleibe jedem Berechtigten gewahrt, unterliege jedoch ohne Unterschied des Titels der Rechtserwerbung den in diesem Gesetz enthaltenen oder auf Grund desselben getroffenen Bestimmungen und der hiernach eintretenden Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden.

Soweit Regelungen dafür vorgesehen waren, dass Personen, die in einem oder mehreren Fischwässern entgeltlich oder unentgeltlich zugelassen wurden, sich mit dem auf Namen lautenden „Fischerbüchel“ versehen mussten, worin die Besitzer oder Pächter der Fischwässer die Zulassung bescheinigten (§ 49 Oö FischereiG 1895), ist zu bedenken, dass dieses Gesetz für das gesamte Erzherzogtum ob der Enns erlassen wurde und damit nicht auf die einzelnen Fischereirechte unterschiedlichen Inhalts und verschiedener Herkunft eingehen konnte. Soweit Regelungen dafür vorgesehen waren, dass Personen, die in einem oder mehreren Fischwässern entgeltlich oder unentgeltlich zugelassen wurden, sich mit dem auf Namen lautenden „Fischerbüchel“ versehen mussten, worin die Besitzer oder Pächter der Fischwässer die Zulassung bescheinigten (Paragraph 49, Oö FischereiG 1895), ist zu bedenken, dass dieses Gesetz für das gesamte Erzherzogtum ob der Enns erlassen wurde und damit nicht auf die einzelnen Fischereirechte unterschiedlichen Inhalts und verschiedener Herkunft eingehen konnte.

Ebensowenig schuf das Gesetz vom 19. 5. 1983 über die Regelung des Fischereiwesens in Oberösterreich (Oö FischereiG 1983, LGBI 1983/60) einen neuen Umfang des Privatrechts Fischereirecht, sollten doch wie schon 1896 nach seinem § 50 Z 1 die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Fischereirechte durch das Gesetz in ihrem Bestand und ihrem räumlichen Umfang nicht berührt werden. Ebensowenig schuf das Gesetz vom 19. 5. 1983 über die Regelung des Fischereiwesens in Oberösterreich (Oö FischereiG 1983, LGBI 1983/60) einen neuen Umfang des Privatrechts Fischereirecht, sollten doch wie schon 1896 nach seinem Paragraph 50, Ziffer eins, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Fischereirechte durch das Gesetz in ihrem Bestand und ihrem räumlichen Umfang nicht berührt werden.

Der in § 1 Abs 1 Oö Fischereigesetz 1983 in seiner Stammfassung enthaltenen Definition „Das Fischereirecht ist die ausschließliche Berechtigung, in jenem Gewässer, auf das sich das Recht räumlich erstreckt, Wassertiere, das sind Fische, Neunaugen, Krustentiere und Muscheln, zu hegen, zu fangen (Fischfang) und sich anzueignen“ wurde erst mit LGBI 2008/64 die Wendung „sowie durch Berechtigte deren Fang und Aneignung an Dritte zu gestatten“ hinzugefügt. Der in Paragraph eins, Absatz eins, Oö Fischereigesetz 1983 in seiner Stammfassung enthaltenen Definition „Das Fischereirecht ist die ausschließliche Berechtigung, in jenem Gewässer, auf das sich das Recht räumlich erstreckt, Wassertiere, das sind Fische, Neunaugen, Krustentiere und Muscheln, zu hegen, zu fangen (Fischfang) und sich anzueignen“ wurde erst mit LGBI 2008/64 die Wendung „sowie durch Berechtigte deren Fang und Aneignung an Dritte zu gestatten“ hinzugefügt.

Wenn bei dieser Novellierung einerseits der Ausdruck „Berechtigte“ verwendet wurde und die Materialien dazu erläutern, es handle sich dabei um eine Klarstellung im Sinne eines programmatischen Grundsatzes; das Eigentumsrecht an sich bzw bestehende Berechtigungen, insbesondere deren Umfang [Hervorhebung nicht im Original], würden dadurch nicht berührt; die Anführung der Befugnis zur Überlassung diene auch im Hinblick auf § 382 ABGB in Verbindung mit § 383 ABGB der Klarstellung (Bericht des Ausschusses für volkswirtschaftliche Angelegenheiten Blg 1488/2008 XXVI. Gesetzgebungsperiode des Oö Landtags zu § 1 Abs 1), kann der Bestimmung insbesondere unter Beachtung der (weiterhin aufrechten) Geltung des § 50 Z 1 Oö FischereiG 1983 die Absicht einer Veränderung im Sinne einer Erweiterung eines privatrechtlich nicht schon davor bestehenden Umfangs eines Fischereirechts nicht unterstellt werden. Deswegen stellt sich auch die vom Rekursgericht aufgeworfene Frage nach der kompetenzrechtlichen Grundlage und ihrer Übereinstimmung mit der Verfassung für diese Bestimmung nicht. Wenn bei dieser Novellierung einerseits der Ausdruck „Berechtigte“ verwendet wurde und die Materialien dazu erläutern, es handle sich dabei um eine Klarstellung im Sinne eines programmatischen Grundsatzes; das Eigentumsrecht an sich bzw bestehende Berechtigungen, insbesondere deren Umfang [Hervorhebung nicht im Original], würden dadurch nicht berührt; die Anführung der Befugnis zur Überlassung diene auch im Hinblick auf Paragraph 382, ABGB in Verbindung mit Paragraph 383, ABGB der Klarstellung (Bericht des Ausschusses für volkswirtschaftliche Angelegenheiten Blg 1488 aus 2008, römisch 26 . Gesetzgebungsperiode des Oö Landtags zu Paragraph eins, Absatz eins,), kann der Bestimmung insbesondere unter Beachtung der (weiterhin aufrechten) Geltung des Paragraph 50, Ziffer eins, Oö FischereiG 1983 die Absicht einer Veränderung im Sinne einer Erweiterung eines privatrechtlich nicht schon davor bestehenden Umfangs eines Fischereirechts nicht unterstellt werden. Deswegen stellt sich auch die vom Rekursgericht aufgeworfene Frage nach der kompetenzrechtlichen Grundlage und ihrer Übereinstimmung mit der Verfassung für diese Bestimmung nicht.

Der Standpunkt der Antragsteller, § 1 Abs 1 Oö Fischereigesetz 1983 idgF sei „zivilrechtliche Definition“ jeden Fischereirechts (bzw habe dessen Umfang geschaffen), wäre im Übrigen nach dem strengen Wortlaut schon mit dem Koppelfischereirecht selbst unvereinbar. Müssen sich mehrere Fischer so wie die Koppelfischereiberechtigten ein Fischwasser teilen, dann liegt für jeden einzelnen von ihnen eben keine „ausschließliche“ Berechtigung vor (vgl § 833 erster Satz ABGB). Der Standpunkt der Antragsteller, Paragraph eins, Absatz eins, Oö Fischereigesetz 1983 idgF sei „zivilrechtliche Definition“ jeden Fischereirechts (bzw habe dessen Umfang geschaffen), wäre im Übrigen nach dem strengen Wortlaut schon mit dem Koppelfischereirecht selbst unvereinbar. Müssen sich mehrere Fischer so wie die Koppelfischereiberechtigten ein Fischwasser teilen, dann liegt für jeden einzelnen von ihnen eben keine „ausschließliche“ Berechtigung vor (vergleiche Paragraph 833, erster Satz ABGB).

Schon zu 1 Ob 68/74 = SZ 47/59 hat der Oberste Gerichtshof dargelegt, dass das privatrechtliche Fischereirecht an sich durch die hiezu erforderlichen öffentlich-rechtlichen Akte nicht berührt wird (ebenso 1 Ob 44/95 = SZ 69/144; RIS-Justiz RS0103914). Landesfischereigesetze regeln unter anderem die Ausübung des Fischfangs und der Fischhege in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht. Der Landesgesetzgeber entbehrt der verfassungsrechtlichen Kompetenz, den Vorschriften über den Besitz und Erwerb von Privatrechten zu derogieren. Er darf jedoch auf dem Boden des allgemeinen Privatrechts einen bestimmten Erwerbsmodus für das Fischereirecht als Grund- und als Personaldienstbarkeit vorsehen (RIS-Justiz RS0103914 [T1]). Auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erläutern, dass das Fischereirecht ein Privatrecht sei, dessen Ausübung in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht gemäß Art 15 Abs 1 B-VG durch Landesgesetz geregelt werden könne (VfGH VFSlg 9118 mwN; VfGH ZI90/07/0034 mwN; zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Regelung, ob und wie der Fischereiberechtigte sein Recht ausüben kann, vgl zuletzt 1 Ob 221/14b mwN). Schon zu 1 Ob 68/74 = SZ 47/59 hat der Oberste Gerichtshof dargelegt,

dass das privatrechtliche Fischereirecht an sich durch die hierzu erforderlichen öffentlich-rechtlichen Akte nicht berührt wird (ebenso 1 Ob 44/95 = SZ 69/144; RIS-Justiz RS0103914). Landesfischereigesetze regeln unter anderem die Ausübung des Fischfangs und der Fischhege in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht. Der Landesgesetzgeber entbehrt der verfassungsrechtlichen Kompetenz, den Vorschriften über den Besitz und Erwerb von Privatrechten zu derogieren. Er darf jedoch auf dem Boden des allgemeinen Privatrechts einen bestimmten Erwerbsmodus für das Fischereirecht als Grund- und als Personaldienstbarkeit vorsehen (RIS-Justiz RS0103914 [T1]). Auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts erläutern, dass das Fischereirecht ein Privatrecht sei, dessen Ausübung in fischereiwirtschaftlicher und -polizeilicher Hinsicht gemäß Artikel 15, Absatz eins, B-VG durch Landesgesetz geregelt werden könne (VfGH VfSlg 9118 mwN; VwGH ZI 90/07/0034 mwN; zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Regelung, ob und wie der Fischereiberechtigte sein Recht ausüben kann, vergleiche zuletzt 1 Ob 221/14b mwN).

7. Mit den landesgesetzlichen Bestimmungen wurde daher keine Erweiterung der bestehenden Fischereirechte vorgenommen, im Gegenteil wurde die Erstantragsgegnerin in der Ausübung ihres originären Rechts stark eingeschränkt, bestand doch der Kern ihres historisch „besseren“ Rechts darin, Fischereirechte verleihen zu können.

Schon nach § 7 Oö FischereiG 1895 durften Fischereirechte nicht ohne vorläufige Bewilligung der politischen Landesbehörde weiter zerlegt werden, als sie bei Eintritt der Wirksamkeit dieses Gesetzes bereits zerlegt waren. Das Oö FischereiG 1983 untersagt die Begründung neuer Koppelfischereirechte (mit Ausnahme nach § 4 Abs 6 letzter Satz leg cit [diese Bestimmung setzt ua zumindest eine Verdoppelung der Wasserfläche voraus]). Fischereirechte dürfen auch nur ungeteilt verpachtet werden; dem Pächter kommt während der Pacht das Fischereirecht wie dem Fischereiberechtigten zu (§ 6 Abs 1 u 5 leg cit). Schon nach Paragraph 7, Oö FischereiG 1895 durften Fischereirechte nicht ohne vorläufige Bewilligung der politischen Landesbehörde weiter zerlegt werden, als sie bei Eintritt der Wirksamkeit dieses Gesetzes bereits zerlegt waren. Das Oö FischereiG 1983 untersagt die Begründung neuer Koppelfischereirechte (mit Ausnahme nach Paragraph 4, Absatz 6, letzter Satz leg cit [diese Bestimmung setzt ua zumindest eine Verdoppelung der Wasserfläche voraus]). Fischereirechte dürfen auch nur ungeteilt verpachtet werden; dem Pächter kommt während der Pacht das Fischereirecht wie dem Fischereiberechtigten zu (Paragraph 6, Absatz eins, u 5 leg cit).

Damit wurde das besondere Fischereirecht der Erstantragsgegnerin in seiner Ausübung so eingeschränkt, dass es nach seinem Ausübungsgehalt im Ergebnis einem Koppelfischereirecht gleichgestellt ist.

8. Das Recht, neue Fischereirechte zu erteilen, ist von dem zur Lizenzvergabe als nicht wesensgleich abzugrenzen. Als zutreffend erachtet der erkennende Senat die Ausführungen der Antragsteller, dass § 1 Abs 1 Oö FischereiG 1983 idF LGBI 2008/64 zur Lizenzvergabe lediglich den privatrechtlich ohnehin bestehenden Inhalt jeden Fischereirechts umschreibt. 8. Das Recht, neue Fischereirechte zu erteilen, ist von dem zur Lizenzvergabe als nicht wesensgleich abzugrenzen. Als zutreffend erachtet der erkennende Senat die Ausführungen der Antragsteller, dass Paragraph eins, Absatz eins, Oö FischereiG 1983 in der Fassung LGBI 2008/64 zur Lizenzvergabe lediglich den privatrechtlich ohnehin bestehenden Inhalt jeden Fischereirechts umschreibt.

Die Erstantragsgegnerin argumentiert, der Fischer habe - historisch gesehen - sein Recht nicht übertragen dürfen, während ihre Rechtsvorgängerin die Rechte habe verleihen dürfen, nur ihr stehe demnach die Befugnis zu, Dritten das Fischen zu erlauben.

Der Fischer durfte aber schon zur Zeit des Orther Urbars Gehilfen beiziehen. In gewissem Umfang war daher auch ihm schon damals eingeräumt, Dritte zum Fischen zuzulassen. Dass es den Fischern heute nicht freistünde, ihr Fischereirecht zu verpachten (wie dies als gelebte Praxis im Übrigen auch aus dem Fischereibuch hervorgeht), hat die Erstantragsgegnerin gar nicht behauptet.

Unter Lizenz versteht man die privatrechtliche Einräumung einer Nutzungserlaubnis (vgl 1 Ob 13/80 = RIS-Justiz RS0010967 zu Fischfanglizenzen). Im Fischereirecht wird damit die einem nicht Fischereiberechtigten auf Basis einer durch den Inhaber, Pächter oder Verwalter erteilten Genehmigung aus dem Privatrecht erfließende Erlaubnis gegenüber der Behörde bezeichnet, fischen zu dürfen, sodass derjenige die Fischerei ausüben darf, soweit er die sonstigen fischereigesetzlich vorgesehene Vorschriften einhält (vgl §§ 16 ff Oö FischereiG 1983). Eine solche Erlaubnis kann nur soweit erteilt werden, als das Recht selbst seiner Art nach und in seiner räumlichen Ausdehnung reicht; so berechtigt das Recht des Archfischfangs nur zur Lizenzvergabe dafür, wie der Fischereiberechtigte des Rechts des Schwebfischfangs eine Lizenz nur dafür ausstellen kann. Unter Lizenz versteht man die privatrechtliche Einräumung

einer Nutzungserlaubnis vergleiche 1 Ob 13/80 = RIS-Justiz RS0010967 zu Fischfanglizenzen). Im Fischereirecht wird damit die einem nicht Fischereiberechtigten auf Basis einer durch den Inhaber, Pächter oder Verwalter erteilten Genehmigung aus dem Privatrecht erfließende Erlaubnis gegenüber der Behörde bezeichnet, fischen zu dürfen, sodass derjenige die Fischerei ausüben darf, soweit er die sonstigen fischereigesetzlich vorgesehene Vorschriften einhält (vergleiche Paragraphen 16, ff Oö FischereiG 1983). Eine solche Erlaubnis kann nur soweit erteilt werden, als das Recht selbst seiner Art nach und in seiner räumlichen Ausdehnung reicht; so berechtigt das Recht des Archfischfangs nur zur Lizenzvergabe dafür, wie der Fischereiberechtigte des Rechts des Schwebfischfangs eine Lizenz nur dafür ausstellen kann.

Durch die Lizenzvergabe tritt nach modernem Rechtsverständnis kein Rechtsverlust des Fischereiberechtigten ein. Wer Lizenz erteilt, dem geht weder das Recht verloren, noch überträgt er das Recht selbst. Er erteilt „bloß“ die Befugnis, das Recht soweit die Lizenz gewährt wird, zu nutzen. Damit wird bloß der Gebrauch des Fischereirechts entgeltlich oder unentgeltlich für eine bestimmte Zeit oder das Fangen einer bestimmten Anzahl an Fischen überlassen.

Das Fischereirecht hat sich insgesamt, auch wenn es als dingliches Recht eingeordnet wird, vom Grundeigentum überwiegend abgelöst und hängt vielerorts auch mit einem herrschenden Grundstück nicht mehr zusammen (s oben 3.). Die aus Sicht des dienenden Grundstücks (der Erstantragsgegnerin) angestellten Überlegungen zur einschränkenden Auslegung bei Dienstbarkeiten sind nicht nachvollziehbar. Selbst wenn man das originäre Fischereirecht der Erstantragsgegnerin allein aus ihrem Grundeigentum ableitete, wäre nicht ersichtlich, inwieweit sie als Grundeigentümerin - des Wasserbetts eines öffentlichen Gewässers - in der Nutzung dieses Grundeigentums durch die Vergabe von Lizenzen durch Fischereiberechtigte berücksichtigungswert beschränkt wäre.

Während früher der Fischfang im Allgemeinen zum Broterwerb betrieben wurde, hat sich die Fischerei, wie allgemein bekannt ist, vielfach zu einem Zeitvertreib mit dem Zweck der Erholung, zu Sport und Hobby, entwickelt. Insofern hat eine gesellschaftliche Veränderung, die bei der Auslegung des Inhalts des Fischereirechts zu berücksichtigen ist, stattgefunden. Bei ungemessenen Servituten sind im Rahmen der ursprünglichen oder der vorhersehbaren Art der Ausübung die jeweiligen Bedürfnisse des Berechtigten maßgebend (RIS-Justiz RS0097856). Angesichts der jahrhundertelangen Entwicklung vom Broterwerb zum Sportfischen ist bei der Lizenzvergabe von einer aus heutiger Sicht gegebenen vorhersehbaren Art der Ausübung des Bedürfnisses des Berechtigten auszugehen, wie auch die Änderung in § 1 Oö Fischereigesetz zeigt. Auf Grundlage einer zeitgemäßen Bewirtschaftung des Fischereirechts überwiegen bei Abwägung der Interessen jene des Fischers im Vergleich zur Nutzbarkeit des öffentlichen Wasserguts durch die Erstantragsgegnerin in ihrer Eigenschaft als Grundeigentümerin (vgl RIS-Justiz RS0011711 [T2, T4]). Während früher der Fischfang im Allgemeinen zum Broterwerb betrieben wurde, hat sich die Fischerei, wie allgemein bekannt ist, vielfach zu einem Zeitvertreib mit dem Zweck der Erholung, zu Sport und Hobby, entwickelt. Insofern hat eine gesellschaftliche Veränderung, die bei der Auslegung des Inhalts des Fischereirechts zu berücksichtigen ist, stattgefunden. Bei ungemessenen Servituten sind im Rahmen der ursprünglichen oder der vorhersehbaren Art der Ausübung die jeweiligen Bedürfnisse des Berechtigten maßgebend (RIS-Justiz RS0097856). Angesichts der jahrhundertelangen Entwicklung vom Broterwerb zum Sportfischen ist bei der Lizenzvergabe von einer aus heutiger Sicht gegebenen vorhersehbaren Art der Ausübung des Bedürfnisses des Berechtigten auszugehen, wie auch die Änderung in Paragraph eins, Oö Fischereigesetz zeigt. Auf Grundlage einer zeitgemäßen Bewirtschaftung des Fischereirechts überwiegen bei Abwägung der Interessen jene des Fischers im Vergleich zur Nutzbarkeit des öffentlichen Wasserguts durch die Erstantragsgegnerin in ihrer Eigenschaft als Grundeigentümerin (vergleiche RIS-Justiz RS0011711 [T2, T4]).

Es bestünde kein Zweifel, dass mit der Einräumung des (alleinigen) Fischereirechts durch einen Grundeigentümer (etwa durch Verkauf des Fischereirechts) der Fischereiberechtigte auch die Befugnis hätte, Lizenzen zu vergeben, gehört dies doch mittlerweile zur üblich gewordenen Nutzung des Fischereirechts.

Die Erstantragsgegnerin vermag nicht darzustellen, inwieweit sie als Grundeigentümerin durch die Lizenzvergabe der Servitutsberechtigten in der Nutzung des Wasserbetts eingeschränkt wäre, und begründet ihr ausschließliches Recht zur Vergabe von Lizenzen aus ihrem eigenen Fischereirecht, das ein „besseres“ sei. Warum sich zwei Fischereirechte (das originäre der Erstantragsgegnerin und jenes der Koppelfischereiberechtigten) angesichts der gesellschaftlichen Veränderungen unterschiedlich entwickelt haben sollten, sodass das eine Recht einschränkend ausgelegt, das andere aber als weiterentwickelt verstanden werden sollte, ist nicht schlüssig. Die ursprünglich der Herrschaft Orth zukommende Befugnis, weitere Fischereirechte auszugeben, wurde durch die Landesgesetze eingeschränkt; insoweit

„verlor“ die Erstantragsgegnerin ihr besseres Recht, darf sie es doch wegen der auf fischereipolizeilichen und -wirtschaftlichen Interessen (etwa der Hege des Fischbestands) beruhenden einschränkenden Vorschriften (derzeit) nicht mehr ausüben.

Gesteht man demjenigen, dem der Grundeigentümer das Fischereirecht übertrage hat, die Lizenzvergabe als aus heutiger Sicht üblichen Nutzung zu, dann spielt es auch keine Rolle mehr, wieviele Fischereirechte am selben Fischwasser diesbezüglich ausgegeben wurden, weil jedem dieser Fischereiberechtigten die Lizenzvergabe nur eingeschränkt unter Beachtung auch der Fischereirechte der anderen zukommen kann. Das Zustandekommen der dazu von den Bewirtschaftern der Koppelfischereirechte zu beschließenden Benützungsregelung ist in § 4a der Traunseefischereiordnung (LGBl 1984/43 idF LGBl 1991/27) geregelt (zur Beschlussfassung durch den Fischereiausschuss bei nicht rechtzeitiger Beschlussfassung nach deren § 4a Abs 2 und Abs 3 vgl § 5a Traunseefischereiordnung). Gesteht man demjenigen, dem der Grundeigentümer das Fischereirecht übertrage hat, die Lizenzvergabe als aus heutiger Sicht üblichen Nutzung zu, dann spielt es auch keine Rolle mehr, wieviele Fischereirechte am selben Fischwasser diesbezüglich ausgegeben wurden, weil jedem dieser Fischereiberechtigten die Lizenzvergabe nur eingeschränkt unter Beachtung auch der Fischereirechte der anderen zukommen kann. Das Zustandekommen der dazu von den Bewirtschaftern der Koppelfischereirechte zu beschließenden Benützungsregelung ist in Paragraph 4 a, der Traunseefischereiordnung (LGBl 1984/43 in der Fassung LGBl 1991/27) geregelt (zur Beschlussfassung durch den Fischereiausschuss bei nicht rechtzeitiger Beschlussfassung nach deren Paragraph 4 a, Absatz 2 und Absatz 3, vergleiche Paragraph 5 a, Traunseefischereiordnung).

Die in früherer Zeit der Herrschaft Orth überlassene Aufgabe, darüber zu wachen, dass sich der Bestand der Fischer nicht übermäßig vermehre, und in diesem Sinne einer Überfischung entgegenzuwirken, kommt schon seit Langem dem Landesgesetzgeber zu. Dieser nimmt die im allgemeinen Interesse liegende Sorge für die Hege des heimischen Fischbestands und die sonstigen Allgemeininteressen der Fischereiwirtschaft und -polizei wahr. Weil die Lizenzvergabe letztlich der Kontrolle durch die Behörden und der Einhaltung von Fischereiordnungen unterliegt, führt sie auch bei Ausübung durch mehrere Fischer nicht an sich zu einer übermäßigen Vermehrung von Fischfang.

Ist die Lizenzvergabe aber Teil des (heutigen) Fischereirechts, dann kann sie nach dem sachenrechtlichen Typenzwang von den Befugnissen, die dem Fischereiberechtigten persönlich zustehen, nicht mit dinglicher Wirkung abgespalten werden (so schon 1 Ob 13/80). Die Lizenzvergabe kann daher auch nicht (gesondert) ersessen worden sein.

9. Das von der Erstantragsgegnerin aus der Genehmigung eines Entwurfs einer Fischereiordnung durch die Fischereigenossenschaft und den Fischereiausschuss abgeleitete Anerkenntnis eines Rechts zur alleinigen Ausgabe von Lizenzen für alle Fischereiberechtigten und alle Zeit, lässt sich aus einer solchen Genehmigung, weil eben die Fischereiordnung nie in Kraft getreten ist, nicht ableiten. Eine vom Rekursgericht angenommene (von der Erstantragsgegnerin auch gar nicht behauptete) schlüssige Benützungsvereinbarung scheitert schon daran, dass die vorerwähnten Gerichtsverfahren gerade mangels Willensübereinstimmung notwendig waren.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Erstantragsgegnerin ein aus dem Grundeigentum und/oder der Obrigkeitsstellung ihrer Rechtsvorgängerin historisch gewachsenes originäres Fischereirecht am ganzen Traunsee zukommt. Die diesem Fischereirecht historisch innewohnende Befugnis, Koppelfischereirechte weitgehend nach eigenem Willen zu vermehren, darf jedoch aufgrund der durch die Landesgesetze erlassenen einschränkenden Bestimmungen nicht mehr ausgeübt werden. Es kommt der Erstantragsgegnerin auf Basis der geltenden Gesetze kein „besseres“ Recht zu; vielmehr stellt es sich heute als ein auf ein weiteres Koppelfischereirecht beschränktes Recht dar.

Jedes Fischereirecht, auch das Koppelfischereirecht nach § 5 Abs 1 Oö FischereiG, umfasst die Befugnis Sportfischerlizenzen zu vergeben. Diese Befugnis kann weder mit dinglicher Wirkung abgetreten, noch ersessen werden. Jedes Fischereirecht, auch das Koppelfischereirecht nach Paragraph 5, Absatz eins, Oö FischereiG, umfasst die Befugnis Sportfischerlizenzen zu vergeben. Diese Befugnis kann weder mit dinglicher Wirkung abgetreten, noch ersessen werden.

11. Dem Revisionsrekurs der Antragstellerin ist demnach teilweise - im Umfang der Feststellung, dass der Erstantragsgegnerin nicht das Recht zusteht, ausschließlich Lizenzen zu vergeben und ihr Recht kein übergeordnetes, uneingeschränktes ist - berechtigt; nicht jedoch insoweit, als ihr das originäre Fischereirecht überhaupt abzuerkennen sei.

12. Die Kostenentscheidung gründet sich für das Revisionsrekursverfahren auf § 78 Abs 2 erster Satz AußStrG. Der

Erfolg der Parteien ist dabei so zu gewichten, dass die Antragsteller als mit zwei Drittel obsiegend (kein übergeordnetes, uneingeschränktes Recht zur ausschließlichen Lizenzvergabe) und einem Drittel unterliegend (Bestehen des originären Rechts der Erstantragsgegnerin) anzusehen sind. Die Erstantragsgegnerin hat daher den Antragstellern ein Drittel des Verdienstes und zwei Drittel der Pauschalgebühr zu ersetzen.¹² Die Kostenentscheidung gründet sich für das Revisionsrekursverfahren auf Paragraph 78, Absatz 2, erster Satz AußStrG. Der Erfolg der Parteien ist dabei so zu gewichten, dass die Antragsteller als mit zwei Drittel obsiegend (kein übergeordnetes, uneingeschränktes Recht zur ausschließlichen Lizenzvergabe) und einem Drittel unterliegend (Bestehen des originären Rechts der Erstantragsgegnerin) anzusehen sind. Die Erstantragsgegnerin hat daher den Antragstellern ein Drittel des Verdienstes und zwei Drittel der Pauschalgebühr zu ersetzen.

Die Aufhebung der Kostenentscheidungen der Vorinstanzen gründet sich auf einen Größenschluss aus § 70 Abs 3 letzter Satz AußStrG. Nach den zu dem fast wortgleichen § 510 Abs 1 letzter Satz ZPO angestellten Überlegungen kann das Revisionsgericht das Urteil des Berufungsgerichts aufheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung an dieses zurückverweisen, wenn sich zur abschließenden Entscheidung über den strittigen Anspruch die Notwendigkeit [einer näheren Prüfung einzelner Anspruchsgrundlagen oder] eingehender Berechnungen ergibt. Dem liegt der Gedanke des Gesetzgebers (JAB zur WGN 1989, 991 BlgNR 17. GP 11) zugrunde, dass sich der Oberste Gerichtshof grundsätzlich auf die Lösung erheblicher Rechtsfragen beschränken können soll (Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 510 ZPO Rz 12). Von dieser Bestimmung sind Berechnungen erfasst, für deren Erledigung die Entscheidungsgrundlagen bereits vollständig vorliegen, die dem Obersten Gerichtshof jedoch wegen des nach Lösung aller erheblichen Rechtsfragen noch erforderlichen Zeitaufwands erspart bleiben sollen (8 ObA 10/02g; 10 ObS 130/09d ua; RIS-JustizRS0117056; Kodek in Rechberger⁴ § 510 ZPO Rz 3). Wenn nun der Oberste Gerichtshof sogar die Entscheidung in der Hauptsache dem Berufungsgericht übertragen kann, sofern die dafür erforderlichen eingehenden Berechnungen einen Zeitaufwand erfordern, der dem Höchstgericht nicht zugemutet werden soll, muss dies umso mehr für die Kostenfrage gelten, zumal sich auch aus den Rechtsmittelbeschränkungen der ZPO (§ 519 Abs 1, § 528 Abs 2 Z 3) ergibt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Kostenfragen belastet werden soll (1 Ob 1/09t ua; RIS-JustizRS0124588). Diese Überlegungen treffen auch für das Außerstreitverfahren zu. Die Aufhebung der Kostenentscheidungen der Vorinstanzen gründet sich auf einen Größenschluss aus Paragraph 70, Absatz 3, letzter Satz AußStrG. Nach den zu dem fast wortgleichen Paragraph 510, Absatz eins, letzter Satz ZPO angestellten Überlegungen kann das Revisionsgericht das Urteil des Berufungsgerichts aufheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung an dieses zurückverweisen, wenn sich zur abschließenden Entscheidung über den strittigen Anspruch die Notwendigkeit [einer näheren Prüfung einzelner Anspruchsgrundlagen oder] eingehender Berechnungen ergibt. Dem liegt der Gedanke des Gesetzgebers (JAB zur WGN 1989, 991 BlgNR 17. Gesetzgebungsperiode 11,) zugrunde, dass sich der Oberste Gerichtshof grundsätzlich auf die Lösung erheblicher Rechtsfragen beschränken können soll (Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 Paragraph 510, ZPO Rz 12). Von dieser Bestimmung sind Berechnungen erfasst, für deren Erledigung die Entscheidungsgrundlagen bereits vollständig vorliegen, die dem Obersten Gerichtshof jedoch wegen des nach Lösung aller erheblichen Rechtsfragen noch erforderlichen Zeitaufwands erspart bleiben sollen (8 ObA 10/02g; 10 ObS 130/09d ua; RIS-JustizRS0117056; Kodek in Rechberger⁴ Paragraph 510, ZPO Rz 3). Wenn nun der Oberste Gerichtshof sogar die Entscheidung in der Hauptsache dem Berufungsgericht übertragen kann, sofern die dafür erforderlichen eingehenden Berechnungen einen Zeitaufwand erfordern, der dem Höchstgericht nicht zugemutet werden soll, muss dies umso mehr für die Kostenfrage gelten, zumal sich auch aus den Rechtsmittelbeschränkungen der ZPO (Paragraph 519, Absatz eins,, Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 3,) ergibt, dass der Oberste Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Kostenfragen belastet werden soll (1 Ob 1/09t ua; RIS-JustizRS0124588). Diese Überlegungen treffen auch für das Außerstreitverfahren zu.

Schlagworte

Zivilverfahrensrecht

Textnummer

E110706

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2015:0010OB00119.14B.0319.000

Im RIS seit

15.05.2015

Zuletzt aktualisiert am

02.03.2017

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at