

# TE OGH 1989/9/6 1Ob19/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Hofmann, Dr. Schlosser und Dr. Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Alexander F\*\*\*-C\*\*\*, 2.) Anton Wolfgang F\*\*\*-C\*\*\*, beide Haibach, Kritzling 13, beide vertreten durch Dr. Karl Wagner, Rechtsanwalt in Schärding am Inn, wider die beklagte Partei V\*\*\* DER AUF DER S\*\*\* PASSAU-J\*\*\* F\*\*\* e.V. Passau,

vertreten durch Dr. Michael Neumann, Rechtsanwalt in Schärding am Inn, wegen Unterlassung (Streitwert S 80.000,-) infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 25. April 1989, GZ 4 R 318/88-77, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Endurteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis vom 28. August 1988, GZ 1 Cg 492/87-71, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagenden Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der beklagten Partei die mit S 5.092,56 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 848,76 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Partei ist in das Vereinsregister des Amtsgerichtes Passau eingetragen. Nach § 2 der Satzungen ist Aufgabe des Vereines die Förderung und Pflege einer waidgerechten und gedeihlichen Ausübung der Fischerei durch die Fischereiberechtigten der im Grundbuch eingetragenen Inn- bzw. Donaustrecke zwischen Passau und Jochenstein. Mitglieder des Vereines können alle diejenigen sein, welche ein in der dortigen Strecke in das Grundbuch eingetragenes Fischereirecht besitzen. Im Grundbuch Passau-Neumarkt des Amtsgerichtes Passau, Band 23, Blatt 109, ist ein in 43 Anteile aufgeteiltes Fischereirecht eingetragen. Die ursprüngliche Eintragung lautete, daß sich das Fischereirecht in der Donau auf die ganze Strombreite vom rechten bis zum linken Ufer erstreckt. Sämtliche Fischereiberechtigten sind Mitglieder des beklagten Vereines. Die beklagte Partei stellt Fischereikarten aus. Da ausschließlich bayerische Staatsangehörige, die in Bayern wohnhaft waren, das Fischereirecht besaßen, wurde die österreichische Donaustrecke von der Grenze bis zur Grenze der Gemeinde Engelhartzell auf Grund der Statthalterkundmachung Nr. 2500/I vom 26. Mai 1899, Amtsblatt der Linzer Zeitung Nr. 62, von der Fischereirevierbildung im Sinne der Verordnung der

k. k. Statthalterei für Oberösterreich vom 19. Dezember 1896, LGuVBl. Nr. 34, ausgenommen.

Die Kläger begehren, die beklagte Partei sei schuldig, das Betreten der Grundstücke 3710/6 der EZ 244 KG Hinding, 3710/24 und 3710/5 der EZ 245 KG Hinding sowie 3773/2 der EZ 28 KG Hinding und das Fischen in den auf diesen

Grundstücken befindlichen Gewässern zu unterlassen. Die Kläger seien lastenfreie Eigentümer dieser Grundstücke im Ausmaß von 7,7689 ha. Mitglieder der beklagten Partei aber auch Inhaber von Fischereikarten, die von der beklagten Partei ausgestellt worden seien, hielten sich unbefugt in der Schildorfer Au auf und fischten unbefugt in diesen Weihern.

Die beklagte Partei wendete ein, sie (richtig ihre Mitglieder) seien an diesen Altarmen der Donau fischereiberechtigt. Die Fischereiberechtigung an der Donaustrücke sei zu einer Zeit entstanden, als die Donau beidseitig zu Bayern gehört habe. Nach dem Staatsvertrag aus dem Jahr 1851 sollten die Privatrechte bayerischer Staatsangehöriger auf der damals unter österreichischer Staatshoheit gekommenen Donaustrücke aufrecht erhalten bleiben.

Im ersten Rechtsgang wiesen beide Vorinstanzen das Klagebegehren ab.

Der Oberste Gerichtshof gab mit seiner Entscheidung vom 23.9.1887, 1 Ob 25,26/87, auf deren nähere Begründung verwiesen wird, der Revision der Kläger Folge. Er hob die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache an das Prozeßgericht erster Instanz zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurück. Der erkennende Senat führte aus, ob sich das Fischereirecht der im Grundbuch des Amtsgerichtes Passau eingetragenen Berechtigten auch auf die strittigen Gewässer bezieht, könne noch nicht abschließend beurteilt werden. Die beklagte Partei gehe davon aus, das nunmehr ihren Mitgliedern zustehende Fischereirecht sei bereits zu einem Zeitpunkt entstanden gewesen, als die Donau (oder deren Ufer) zwischen Kräutelsstein und dem Einfluß des Dandlbaches nicht zum Hoheitsgebiet Österreichs gehörten. Durch den Staatsvertrag aus dem Jahr 1851 seien diese Fischereirechte ausdrücklich aufrechterhalten worden. Durch diesen Staatsvertrag wurden zwar bestehende Privatrechte nicht berührt, aber es wurde keineswegs vereinbart, daß sich diese Rechte nunmehr auch auf Gebietsteile erstrecken sollten, die schon vorher unter österreichischer Gebietshoheit gestanden waren. Behauptungen, die Fischereirechte hätten sich schon vor dem Jahre 1851 bereits auf österreichisches Gebiet erstreckt oder hätten nach dem Jahr 1851 eine umfangmäßige Erweiterung erfahren, seien von der beklagten Partei nicht aufgestellt worden. Es sei daher nach der derzeitigen Aktenlage, die nur durch abweichendes ergänzendes Vorbringen geändert werden könnte, entscheidungswesentlich, ob die strittigen Gewässer der Schildorfer Au in der Zeit nach dem Abschluß des Teschener Friedens 1779 bis zum Jahre 1851 auf dem Hoheitsgebiet Österreichs oder dem Bayerns lagen. In dieser Richtung sei das Verfahren ergänzungsbedürftig. Hätten Fischereirechte sich nicht auf österreichisches Gebiet erstreckt, wäre mangels Behauptung eines anderen geeigneten Entstehungstitels dem Begehren der Klage stattzugeben. Nur wenn zum Zeitpunkt der Änderung der Staatsgrenze im Jahre 1851 auch die strittigen Gewässer erstmals unter österreichische Gebietshoheit gekommen wären, wäre die Ausdehnung des Fischereirechtes auf die Gewässer der Schildorfer Au nach den Grundsätzen des öö Fischereigesetzes zu bejahen.

Im zweiten Rechtsgang brachten die Kläger ergänzend vor, die Schildorfer Au, in der die strittigen Gewässer liegen, sei bereits 1779 unter österreichisches Hoheitsgebiet gestellt worden und auch nach 1851 immer unter österreichischer Gebietsherrschaft gestanden. Jedenfalls sei durch den Friedensvertrag von München 1784 ein allenfalls bestandenes Condominium derart geteilt worden, daß die Donau rechts des Haupttalweges zu Österreich gehört habe. Die Gewässer lägen außerhalb des Verlaufes des Haupttalweges und hätten daher nach 1779 bereits zu Österreich gehört. Zwischen 1779 und 1851 sei eine Ersitzung des Fischereirechtes schon wegen der bestehenden Kriegswirren (Kriegsfehde) nicht möglich gewesen. Allfällige schon früher bestandene Rechte hätten sich nach 1779 nicht auf österreichisches Gebiet erstreckt.

Die beklagte Partei erwiderte, zwischen 1779 und 1851 sei die Staatsgrenze am rechten Donauufer verlaufen. Die Schildorfer Altwässer hätten 1828 die Hauptlinie des Stromes gebildet. Bis 1851 sei die Donau in ihrer gesamten Breite auf dem Hoheitsgebiet des Königreiches Bayern gelegen; allenfalls sei die Donau ein Condominium zwischen Österreich und Bayern gewesen. Der 1779 vereinbarte Grenzverlauf sei bis 1851 nicht verändert worden.

Nachstehende geschichtliche Tatsachen sind unbestritten:

Der den 4. und 5. Artikeln des Vertrages vom 13. Mai 1779, abgeschlossen zwischen Ihrer Majestät der Kaiserin, apostolischen Königin zu Ungarn und Böhmen und Ihrer Kurfürstlichen Durchlaucht zu Pfalz mit Beiziehung des Herrn Herzogs von Zweibrücken lauten in deutscher Übersetzung: 4. Art. Dagegen aber, und um diesen Merkmalen der Zuneigung Ihrer k.k. apostolischen Majestät zu entsprechen, überläßt der Herr Kurfürst zu Pfalz für sich, seine Erben und Nachfolger der Kaiserin Königin Majestät für Sie, Ihre Erben und Nachfolger die Ämter Wildshut, Braunau samt der Stadt dieses Namens, Mauerkirchen, Fridburg, Mattighofen, Ried, Schärding, und überhaupt den ganzen Anteil

Bayerns, welcher zwischen der Donau, dem Inn und der Salza liegt, und einen Teil der burghausischen Regierung ausmacht, in dem Stande, in welchem sich dieser Bezirk gegenwärtig befindet. 5.Art. Die in dem vorhergehenden Artikel benannten Flüsse werden dem Hause Österreich und dem Kurfürsten von der Pfalz insoweit gemein sein, als sie die abgetretenen Länder berühren. Keiner der beiden kontrahierenden Teile wird in denenselben den natürlichen Lauf der Flüsse hemmen, oder verändern, noch die freie Schifffahrt und den freien Durchzug der Untertanen, Waren und was immer für Produkten und Fahrnisse des anderen Teiles hindern können; und keinem dieser beiden Teile soll erlaubt sein, auf diesen Flüssen neue Maute, oder was immer für Namen habende Zölle anzulegen. Welches alles auch für jenen Teil des Inns zu verstehen ist, der zwischen dem Amte Schärding und der dem Hause Österreich gehörigen Grafschaft Neuburg durchfließt. Dieser Vertrag ist gemäß Art.VII des Friedensschlusses zu Teschen Teil des Friedenstraktates. Im Art.I des zwischen Josef II. und dem Hochstift Passau am 27.6.1782 abgeschlossenen Vertrages über die Ablösung der reichsunmittelbaren Herrschaften Vichtenstein und Oberberg - zweier Passauischer Enklaven im Innviertel - wurde ausdrücklich davon ausgegangen, daß die Grenze zwischen Österreich und dem Hochstift Passau am rechten Ufer der Donau verlaufe und daher dem Hochstift an der gesamten Breite der Donau weiterhin die Landeshoheit zustehe. Am 31.8.1784 schlossen seine k.k. apostolische Majestät und seine Kurfürstliche Durchlaucht zu Pfalz in Durchführung des Teschener Friedens eine Konvention mit folgendem Wortlaut: "Art.I. Sollen in Gemäßheit des Teschner Friedensschluß die Donau-Inn-und Salzachflüsse die Grenzen des an das Erzhaus abgeteilten bayerischen Anteils ausmachen, somit Art.II die Ufer, Inseln und Auen samt den Anlagen und Landeshoheiten darüber nach dem Hauptrinnal dieser Flüsse ihre Bestimmung erhalten, so, daß die derselben rechtsgelegene zum Innviertel und die links befindliche zu Bayern gehören sollen... Da auch Art.X die Frage entstanden ist, wie es der Fischerei wegen sowohl in Ansehen der Untertanen als der Herrschaft selbst in künftige zu halten sein möge, ist für recht erklärt worden, daß selbe außer dem Fall, wo jemand eine besondere Gerechtsame darauf hergebracht hat, jedem Teil auf seiner Seite ganz gebühre....."

Nach dem Reichsdeputationshauptschluß von Regensburg 1803 setzte im strittigen Bereich der Erzherzog-Großherzog von Toscana die Herrschaft des Hochstiftes Passau fort. Im Frieden zu Schönbrunn (14.10.1809) fiel das Innviertel an den Rheinbund, mit dem Pariser Vertrag vom 28.2.1810 wiederum an Bayern.

Eine endgültige Grenzfestsetzung wurde mit Vertrag zwischen Bayern und Österreich vom 14.4.1816 erreicht. Nach Art.I des Traktates trat der König von Bayern unter anderem die Teile des Hausruckviertels und das Innviertel, wie solche im Jahre 1809 von Österreich abgetreten wurden, an den Kaiser von Österreich ab. Nach Art.IX werden in Ansehung der Schifffahrt auf den Flüssen, welche durch die Staaten beider Souveräne fließen oder deren Grenzen ausmachen, von beiden Seiten die Stipulationen des Teschner Friedens beibehalten und auch auf die Salzach und die Saal, insoweit sie die beiden Staaten trennen, ausgedehnt, bis man die von dem Wiener Kongresse festgesetzten allgemeinen Grundsätze hierauf wird anwenden können.

Durch den Vertrag zwischen Österreich und Bayern über die Territorial- und Grenzverhältnisse vom 2.Dezember 1851, RGBl.1852/130, wurde die Staatsgrenze zwischen Kräutelsstein und dem Einfluß des Dandlbaches in die Mitte der Talschiffahrtsrinne verlegt. Nach Art.3 dieses Vertrages sollte den Privatpersonen der freie Genuß des liegenden Eigentums oder sonstigen Rechte, welche infolge des Vertrages unter österreichischer Hoheit stehen werden, ohne Ausnahme oder Hindernis gestattet werden. Nunmehr ist der Grenzverlauf im Grenzabschnitt Donau durch den Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über die gemeinsame Staatsgrenze vom 29.Februar 1972, BGBl.1975/490, bestimmt. Der Verlauf der Staatsgrenze wird nach Art.2 Abs 1 Z 1 dieses Vertrages durch die Beschreibung der Staatsgrenze mit Koordinatenverzeichnis und die Grenzkarten im Maßstab von 1 : 2500 bestimmt. Nach Art.4 Abs 1 des Vertrages handelt es sich um eine unbewegliche Grenze, die ohne Rücksicht auf spätere Veränderungen der Gewässer endgültig bestimmt ist (so auch § 2 des Bundesverfassungsgesetzes vom 25.Jänner 1973, BGBl.1975/491). Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte fest, es habe seit jeher kein österreichischer Fischer oberhalb Jochenstein fischen dürfen, die Donau habe ein einheitliches Fischwasser gebildet, das Fischereirecht sei den Passauer und Obernzeller Fischern auf Grund der Urkunden der Fürstbischöfe Sebastian und Leopold vom 19.3.1684 und 21.7.1780 auf Grund hergebrachter Rechte und Gewohnheiten zugestanden.

Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, daß die strittigen Gewässer erstmals im Jahre 1851 unter österreichische Gebietshoheit gekommen seien. Die Berechtigung der beklagten Partei, fischen zu dürfen, ergebe sich indirekt aus den Urkunden des 17. und 18. Jahrhunderts, die sowohl von den bayerischen Behörden als auch von den österreichischen anerkannt worden seien. Abgesehen davon hätte die beklagte Partei sowohl nach bayerischem bürgerlichen Recht als

auch nach dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ihre Fischereirechte über die ganze Breite der Donau jedenfalls ersessen; es wäre daher als Privatrecht nach sämtlichen vorhandenen Verträgen nie dem Staate Österreich als Gebietskörperschaft zugefallen, was stets schlüssig zugestanden worden sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger nicht Folge. Es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes S 300.000 übersteigt. Es führte aus, das Verfahren im zweiten Rechtsgang habe sich auf den zur Behebung von Feststellungsmängeln betroffenen Teil zu beschränken gehabt. Abschließend erledigte Streitpunkte könnten nicht neu aufgerollt werden. Der Oberste Gerichtshof sei in seiner Entscheidung vom 23.9.1987, 1 Ob 25,26/87, wegen eines unvollständig erhobenen Sachverhaltes davon ausgegangen, daß der Fischereiinnung Passau-Obernzell erst 1851 die Wahrung ihrer Rechte auch auf österreichischem Hoheitsgebiet zugestanden worden seien. Damit hätte sich die beklagte Partei nur das auf bayerischem Hoheitsgebiet ausgeübte Fischereirecht erhalten können, weil Österreich zur Respektierung eines derartigen Privatrechtes auf seinem durch den Friedensvertrag von Teschen 1779 erworbenen Hoheitsgebiet ohne besondere Vereinbarung nicht verpflichtet gewesen sei. Tatsächlich enthalte jedoch schon der Vertrag zwischen Josef II. und dem Kurfürsten zu Pfalz aus dem Jahre 1784 eine Regelung über die Respektierung wohlervorbener Privatrechte. Die beklagte Partei könnte sich daher auch auf vor 1779 erworbene Fischereirechte der Fischereiinnung Passau-Obernzell stützen. Die Behauptung der beklagten Partei, das Fischereirecht sei zu einer Zeit entstanden, als die Donau noch beidseitig zu Bayern gehört habe und sei außerdem schon 1684 urkundlich bestätigt worden, sei im Licht der neuen Erkenntnisse auf die Zeit vor 1779 zu beziehen und stelle sich insoweit als entscheidende Änderung der Aktenlage dar. Die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung könne daher das rechtshistorische Problem der Grenzziehung im strittigen Bereich zwischen 1779 und 1851 beiseitelassen und sich auf die Tatfrage beschränken, ob die Fischereiinnung Passau-Obernzell bereits im Jahre 1779 in der Donau zwischen Passau und Jochenstein fischereiberechtigt gewesen sei. Das Erstgericht habe dazu festgestellt, daß die Fischereiinnung Passau-Obernzell auf den jetzt österreichischen Teil der Donau zwischen Passau und Jochenstein seit unvordenklichen Zeiten zumindest seit dem 17. Jahrhundert ihr Fischereirecht ausgeübt habe und daß dies auch seit altersher anerkannt worden sei. Die dagegen von den Klägern erhobene Beweisrüge sei unbegründet. Die Urkunde vom 19.5.1684, mit der Fürstbischof Sebastian die Fischereizünfte Passau-Obernzell in ihren hergebrachten Rechten und Gewohnheiten bestätigt habe, liege dem Gericht zwar nicht vor, sie sei aber im Auszug aus dem Fischwassersteuerekataster vom 10.7.1890 erwähnt. Zu Recht habe das Erstgericht diesem Hinweis auf ein unvordenkliches Fischereirecht Beweiswert zuerkannt, da nach so langer Zeit der Nachweis eines ersessenen Rechtes gar nicht anders geführt werden könne. Für dieses althergebrachte Fischereirecht der Innung Passau-Obernzell spreche im übrigen auch, daß die bayrischen und österreichischen Fischereibehörden nie an seinem Bestande gezweifelt hätten. Der Rechtserwerb sei nach bayerischem Landrecht zu beurteilen. Das bayerische Landrecht zähle das Fischereirecht zu den *regalia minora*. Derartige Rechte könnten nach der gemeinen Rechtslehre "mittels unfürdenklicher Zeit" auch gegen den Landesherrn verjährt, also ersessen werden. Privatleuten sei das "*ius piscandi publicam per concessionem principis expressam vel tacitam*" zuteil geworden. Auch unter dieser stillschweigenden Rechtsgewährung sei nichts anderes als die Ersitzung zu verstehen. Gewohnheitsmäßige Ausübung der Fischerei habe also auch einer Privatperson die entsprechende "Gerechtsame" (Dienstbarkeit) verschaffen können. Dafür habe es mehrere Ersitzungsarten gegeben. Neben der bereits erwähnten Unvordenklichkeitseritzung z.B. die *praescriptio longissima* durch zumindest 30-jährige Gewohnheit (Kreittmayr, Anmerkungen über den *Codicem Maximilianum Bavarium Civilem* 2. Teil 954 f, 986 f, 1084 f und 1097 f). Im vorliegenden Fall habe sich die beklagte Partei auf die Unvordenklichkeitseritzung berufen. Eine solche *praescriptio temporis immemoralis* habe einen Besitz erfordert, der seit "unfürdenklicher Zeit" anhalte. Das habe nach gemeiner Lehre bedeutet, daß niemand mehr lebe, der die Sache in einem anderem Stand als sie sei, entweder selbst oder durch andere erfahren habe. Dadurch habe sich die *praescriptio immemoralis* in sehr kurzer Zeit ergeben können, etwa dann, "wann alle Leut", welchen der Anfang oder Ursprung des Inhabers bekannt gewest, durch Pest, Krieg und dgl. Zufall geschwind weggerafft werden" (Kreittmayr aaO. 1121 f.). Hier habe die Fischereiinnung Passau-Obernzell, wenn man nicht ohenhin die Verleihung des Fischereirechts durch den Landesfürsten im 17. Jahrhundert unterstelle, rund 100 Jahre, vielleicht sogar bedeutend länger in der Donau unterhalb von Passau, und zwar von Ufer zu Ufer, gefischt. Alle Grenzen und Staatsverträge bis 1851 hätten Versprechungen enthalten, die Privatrechte von Untertanen des anderen Staats zu wahren. Nach 1851 sei, wie schon im ersten Rechtsgang bindend festgestellt worden sei, dieses Fischereirecht nicht untergegangen. Es habe sich auch auf die strittigen Gewässer erstreckt.

#### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der Kläger ist nicht berechtigt.

Die beklagte Partei brachte ausdrücklich vor, daß die Grenze zu Österreich vor 1851 am rechten Donauufer gelegen gewesen sei. In diesem Sinne ist im ergänzten Verfahren neu hervorgekommen, daß im strittigen Bereich der Donau vor der Säkularisierung nicht Bayern, sondern die Bischöfe von Passau, denen Landeshoheit zustand (O. Brunner, Land und Herrschaft, Darmstadt 1984, 221, 223), Nachbarn Österreichs waren. Es kommt dann aber weder darauf an, ob und welche Vereinbarungen Österreich mit dem Kurfürsten zu Pfalz bzw Bayern vor 1803 bzw. 1810 traf noch ob zwischen Bayern und Österreich eine Kriegsgrenze bestand. Mit dem Hochstift Passau war nach dem Vertrag vom 27.6.1782 von Österreich ausdrücklich das rechte Donauufer als Grenze anerkannt worden. Die gesamte Donau stand damit unter der Hoheit des Hochstiftes Passau. Daß sich dies mit der Säkularisierung geändert hätte, hat das Verfahren nicht ergeben. Im Vertrag vom 21.12.1851, RGBl.1852/130, wurde vielmehr die Grenze nicht in der Mitte der Talschiffahrtsrinne festgestellt, sondern dorthin verlegt, verlief also zuvor anders. Der beklagten Partei gelang damit der Nachweis, daß jener Teil der Donau, in dem nun die Fischereirechte strittig sind, 1851 erstmals unter die Gebietshoheit Österreichs fiel. Im ehemals bayerischen Teil bestandene Fischereirechte blieben aber aufrecht.

Damit ist aber dem Unterlassungsanspruch der Kläger die rechtliche Grundlage entzogen.

Der Revision ist der Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18482

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1989:0010OB00019.89.0906.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890906\_OGH0002\_0010OB00019\_8900000\_000

**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](http://www.jusline.at)