

TE OGH 1978/4/26 10b7/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.04.1978

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schneider als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel, Dr. Petrasch, Dr. Schubert und Dr. Winklbauer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W*, Artensgattin, *, vertreten durch Dr. Margot Boschi, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die beklagte Partei Gemeinde K*, vertreten durch den Bürgermeister G*, vertreten durch Dr. Hans Primus, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen Unterlassung (Streitwert 80.000,-- S) infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 24. November 1977, GZ 5 R 189/77-31, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 30. Juni 1977, GZ 27 Cg 110/76-26, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 4.349,28 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (hievon 233,28 S Umsatzsteuer und 1.200,-- S Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Eigentümerin der Liegenschaft EZ * KG *, zu der auch die Grundfläche des * Sees (Grundstück 805), der etwa 2 km lang und 1 km breit ist und südlich des *sees liegt, gehört. Die beklagte Gemeinde K* ist auf Grund eines Kaufvertrages vom 19. Juli 1962 Eigentümerin der Liegenschaft EZ * KG *, zu der das Ufergrundstück 683/6 auf der Halbinsel am Ostufer des Sees im Ausmaß von 18.680 m2 gehört. Seit etwa 1967 betreibt die beklagte Partei dort ein Strandbad und erlaubt dessen Gästen das Baden im * See, das von diesen auch ausgeübt wird. Die Klägerin behauptet, nicht nur Eigentümerin des Seegrundes, sondern auch des Seewassers zu sein, weil ihre Rechtsvorgänger vor 1870 einen Privatrechtstitel besessen oder durch Ersitzung erworben hätten. Die beklagte Partei mache von dem Privatgewässer weit über den zulässigen Gemeingebrauch hinaus Gebrauch. Sie begehrt das Urteil, die beklagte Partei sei schuldig, dafür Sorge zu tragen, daß Strandbadgäste, die das Privatgewässer * See (Grundstück 805 KG *) mit Wissen und Willen der beklagten Partei benützen, das Baden im * See vom Ufergrundstück 683/6 (Wiese) aus unterlassen. Die beklagte Partei behauptet, die Klägerin und ihre Rechtsvorgänger seien nie Eigentümer der Wasserwelle gewesen. Da die Klägerin der Errichtung von Toiletteanlagen für das Strandbad nicht widersprochen habe, habe sie der beklagten Partei das Baderecht stillschweigend eingeräumt. Der beklagten Partei und ihren Gästen stehe darüber hinaus auf Grund einer – allerdings noch nicht rechtskräftigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde das Baderecht im See zu.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und stellte im wesentlichen fest: Erstmalig seien die

Eigentumsverhältnisse des * Sees im Urbar des Schlosses * und * von 1554, einem Flurbuch als Vorläufer des späteren Grundbuches, erwähnt. Vermerkt seien ua die Seen, die zum Schloß * gehörten; darunter sei auch der * See (damals * See) erwähnt, auf dem niemand als die Herren des Schlosses die Berechtigung zu fischen hätten. In einer Nutzungsrechnung über die Güter der Herrschaft * aus den Jahren 1602 bis 1619 werde erwähnt, daß im * und *see ständig ein Hoffischer gegen Lohn und einige Robot leistenden Bauern und Arbeiter beschäftigt seien, um mit Zillen und Netzen zu fischen, jedoch seien in keinem Jahr über 8 Centen Fische geliefert worden. Auf Grund des aus dem 18. Jahrhundert stammenden Landtafelpatentes sei am 16. Oktober 1747 das Fideikommißinstitut des Grafen Ge* und Wov* vom Dezember 1679 in der neu angelegten * Landtafel für die Herrschaft * (EZ 599) intabuliert worden. Zahlreiche Grundstücke der KG * seien als Eigentum der jeweiligen Grafen oder Fürsten R* ausgewiesen worden, darunter auch der * See sowie Weide- und Waldparzellen am Nord- und Ostufer des Sees. Die übrigen Uferparzellen seien Rustikalbesitz der Herrschaft * gewesen, den sie durch zins- und robotpflichtige Untertanen bewirtschaften haben lassen. In einer Indikationsskizze aus dem Jahre 1827 werde bestätigt, daß der * See (*-See), Parzelle 805, Eigentum des Fürsten R* sei und die Anwesen Nr 1 (T*), Nr 2 (P*) und Nr 3 (L*) in * das Fischrecht hätten und die Steuern zahlten. In der Beschreibung der Fideikommißherrschaft * vom 30. August 1828 werde der *-See ebenfalls als Eigentum der Herrschaft * bezeichnet. Danach hätten die Fischerei in diesem See einige Fischer und Untertanen gegen eine jährliche Dominikalabgabe und einige Fischereiroboten, deren Höhe unter den Untertanen-Eindienungen vorkommen würden, genossen. Im Protokoll sämtlicher Parzellen der Steuergemeinde * vom 31. März 1828 sei F* R* ebenfalls als Eigentümer der Seeparzelle außer Kultur Nr 805 eingetragen. Die Herrschaft R* sei als Dominikalliegenschaft, dh als eine von der Herrschaft selbst bewirtschaftete, ausgewiesen, wogegen alle anderen Parzellen der im Grundherrschaftsbereich ansässigen Bauern einschließlich der Uferanrainer als Rustikalgründe bezeichnet seien, das seien von der Herrschaft an die Untertanen gegen bestimmte Abgaben und Leistungen verliehene Besitzungen. Die belehnten Bauern seien als Eigentümer, das heißt Untereigentümer im Sinne des Rechtes vor der Grundentlastung, eingetragen. Im Wege eines Grundtausches habe die Herrschaft * 1896 den in der Indikationsskizze von 1827 erwähnten Fischern L*, T* und P* das Fischereirecht am *-See abgelöst und der Herrschaft zuschreiben lassen. H* habe die Fideikommißherrschaft * ? die Bezeichnung Fideikommiß sei im Jahre 1926 gelöscht worden ? im Oktober 1925 samt allen Jagd- und Fischereirechten an D* verkauft. Dessen Erbin M* habe mit Übergabsvertrag vom 10. September 1954 einen Teil des Besitzes, darunter das Seegrundstück 805, an die Klägerin übergeben. Am 5. Jänner 1925 hätten mehrere Abgeordnete im * Landtag den Antrag gestellt, den * See für öffentlich zu erklären. Im Jahre 1926 habe D* erfolgreich dem J* mit Klage das Flößen von Holz auf dem See verwehrt. Im Februar 1927 sei das Amt der * Landesregierung neuerlich mit einem Antrag auf Öffentlicherklärung des * Sees befaßt worden, dem sich am 7. April 1927 elf Uferanrainer angeschlossen hätten; sie hätten behauptet, der See sei seit Menschengedenken als öffentliches Gewässer benützt worden; die Fideikommißverwaltung habe allerdings immer die Bezahlung von Anerkennungszinsen für die Seebenützung durchgesetzt und das Fischereirecht sei ihr immer vorbehalten gewesen. Am 7. Juni 1927 sei von der Landesregierung ein Programm für die bei einer Lokalverhandlung zu klärenden Punkte entworfen und zur Diskussion gestellt worden, ob mit einer Öffentlicherklärung des Sees viel gewonnen wäre, da der Bund Eigentümer des Sees, aber zur Ablösezahlung kaum bereit sein werde und der Seeigentümer D* ohnehin sehr um die Hebung des Fremdenverkehrs bemüht sei. Bei einer Erhebung und Verhandlung der Bezirkshauptmannschaft * am 20. September 1927 sei von niemandem bestritten gewesen, daß D* Eigentümer des Sees sei. Es habe nur Einverständnis darüber bestanden, daß den Uferanrainern und Interessenten bisher das unentgeltliche Baden, Eislaufen und Holzbringen über die Eisdecke freigestanden sei und auch frei bleiben werde. Dagegen sei immer schon das Herstellen von Einbauten in den See, die Eisgewinnung, das Holzflößen und Bootfahren von vorheriger Zustimmung und Zahlung eines Anerkennungszinses abhängig gemacht worden. In den letzten 40 Jahren sei nur zweimal von Ufereigentümern das Ersuchen um Aufstellung von Badehütten an den Seeigentümer gestellt und die Bewilligung gegen Jahreszins erteilt worden. Die Uferanrainer, die bisher allein als Interessenten in Betracht gekommen seien, hätten den Wunsch geäußert, daß der Eigentümer des Sees Eisgewinnung, Holzflößen und Bootfahren künftig unentgeltlich zugestehen möge; für Seeeinbauten wären sie bereit, eine Entschädigung zu bezahlen. Der Seeigentümer habe jedoch auch ersterem Wunsch nicht zugestimmt. Von Fremdenverkehr sei damals noch kaum gesprochen worden; vom Fremdenverkehr sei damals noch keine Beschwerde über den privaten Charakter des Sees bekannt geworden. Dieser sei auch nicht durch den privaten Charakter des Sees, sondern durch das Fehlen und von Quartieren und die sumpfige Beschaffenheit der Ufer gehemmt. Auf Grund dieses Erhebungsergebnisses habe das Amt der * Landesregierung von einer Öffentlicherklärung des * Sees abgesehen. In

der Folge sei jedoch von Abgeordneten im Landtag neuerlich die Öffentlicherklärung des Sees beantragt worden, besonders wegen der notwendigen Entsumpfung; auch der Fremdenverkehr könne nicht aufkommen, wenn nicht die Sicherheit bestehe, daß sich Investitionen amortisieren; der Privateigentümer des Sees habe bisher seine Erlaubnis zum Bootfahren oder zu Einbauten in den See nur gegen jederzeitige Widerrufsmöglichkeit gegeben. Ein Abgeordneter habe erklärt, die Angelegenheit könne nicht eher zur Ruhe kommen, bis die Enteignung durchgeführt sei; wenn man erst einmal über die Enteignung zu verhandeln beginne, werde der Eigentümer schon zum Einlenken bereit sein. Der Antrag, die Landesregierung zur Öffentlicherklärung des * Sees aufzufordern, sei vom Landtag angenommen worden. Die Landesregierung habe darauf am 4. Mai 1928 die Bezirkshauptmannschaft * mit Verhandlungen über die Vorschläge der Anrainer mit dem Seebesitzer beauftragt. Die Bezirkshauptmannschaft habe darauf zwölf Uferinteressenten, das sind alle bis auf Jo*, darunter auch den Rechtsvorgänger der beklagten Partei Pr*, und andere Personen für den 29. Juni 1929 vorgeladen und eine Verhandlung durchgeführt. Es sei hierbei zu einer schriftlich niedergelegten Vereinbarung gekommen, mit der D* als Besitzer des * Sees für sich und seine Rechtsnachfolger den großen Gemeingebrauch nach § 15 des Kärntner Wasserrechtsgesetzes mit der Einschränkung gewährte, daß die Eisgewinnung auch fernerhin von der Zahlung eines Anerkennungsziues von einer Goldkrone pro Jahr und Bewerber abhängig gemacht werde. Auch die Benützung des Sees für das Befahren mit Ruder- und Segelbooten sei gegen Zahlung eines jährlichen Anerkennungsziues von 1 S pro Boot jedem Bewerber gewährleistet worden, ebenso das Recht der Flößerei gegen vorausgehende Anmeldung unter der Bedingung, daß der Bewerber die ihm zum Schutz der Fischerei billigerweise zu machenden Vorschreibungen einhalte und 1 S pro Floß leiste. Der Seebesitzer habe sich für sich und seine Rechtsnachfolger auch bereit erklärt, allfälligen Ansuchen um Seeinbauten der Uferbesitzer bzw Uferpächter vor ihren Uferparzellen kein Hindernis in den Weg zu legen und sich bezüglich der in Anrechnung zu stellenden Pachtzinse bzw bei Anschüttung sich für die vertragsmäßig zu errechnenden Ablösebeträge an die jeweiligen ortsüblichen Preise zu halten. Bezüglich des Widerrufsrechtes bei den Seeinbauten habe sich der S?? besitzer schließlich bereit erklärt, den Pachtvertrag auf einen Zeitraum abzuschließen, der die Amortisationsfähigkeit des Einbaues gewährleiste. Die * Landesregierung habe den Bericht der Bezirkshauptmannschaft über diese Vereinbarung mit Befriedigung zur Kenntnis genommen und keine Notwendigkeit zu einer weiteren Verfügung gesehen, da nach ihrer Ansicht die Frage der Öffentlicherklärung des Sees damit wenigstens für einige Jahre aus der Welt geschafft worden sei. Den Bericht habe auch der Landtag zustimmend zur Kenntnis genommen. D* und die Mutter der Klägerin hätten sich, soweit überblickbar, an das Übereinkommen gehalten. Die Klägerin habe, mit Zustimmung des Obersten Gerichtshofes (1 Ob 105/66), das Übereinkommen nur auf die seinerzeitigen Vertragspartner, nicht aber auf Dritte und Rechtsnachfolger angewendet. Trotz Zunahme des Badebetriebes und kommerzieller Ausnützung hätten weder D* noch die Klägerin und ihre Mutter von Badenden oder Uferbesitzern, die andere baden ließen, bis ?? 1967 Entgelt gefordert. 1964 oder 1965 habe die beklagte Partei begonnen, Schotteraufschüttungen auf ihrem Grundstück 683/6 vorzunehmen und die Sumpfwiese zu einer Liegewiese zu gestalten; ihr Kostenaufwand habe 600.000,-- S betragen, was der Klägerin aber nicht bekannt gewesen sei. Ab 1967 seien Teile des Grundstückes mit Gras besät, der Grund ?ingezäunt und ein Angestellter mit der Einhebung einer Parkgebühr beauftragt worden; Badeeinrichtungen seien nicht vorhanden gewesen. Im Jahre 1968 seien 8.900,--, im Jahre 1971 30.000 Parkbons ausgegeben worden. Gegen das inoffizielle Baden habe die Klägerin keinen Einspruch erhoben. Im Jahre 1969 oder 1970 habe die Klägerin ihren damaligen Rechtsanwalt beauftragt, von allen Uferbesitzern, die den S?? gewinnbringend nutzten, die Entrichtung einer Gebühr von 1 S pro Person und Badetag zu fordern. Insgesamt 9 Anrainer hätten auch vertraglich gebunden werden können. Als die Klägerin im Februar 1971 aus der Presse erfahren habe, daß die beklagte Partei die Errichtung eines Strandbades und Architektenarbeiten ausgeschrieben habe, habe sie auch die beklagte Partei mit dem Hinweis auf ihr Privateigentum am See zur Abgeltung der Beeinträchtigung des Sees durch Baden auffordern lassen. Am 4. März 1971 habe die beklagte Partei bestätigt, daß die Realisierung des geplanten öffentlichen Bades zeitlich noch nicht fixiert sei, daß sich aber auf dem Grundstück 683/6 schon einige Jahre lang das BADELEBEN abspiele und der Klägerin für ein BADEFLOß eine Benützungsgebühr bezahlt werde; die beklagte Partei werde zu gegebener Zeit mit der Klägerin wegen einer Benützungsgebühr Kontakt aufnehmen. Im Mai 1971 habe die beklagte Partei um die Bewilligung zur Errichtung einer provisorischen Toiletteanlage für den Parkplatz angesucht. Bei der Bauverhandlung habe der Gemeindevizepräsident der beklagten Partei Verständnis und Verhandlungsbereitschaft für die Interessen der Klägerin an einer Badegebühr bekundet. Der Vertreter der Klägerin habe zur Kenntnis genommen, daß die Toiletteanlage für eine Frequenz von 500 Personen täglich vorgesehen sei, habe sich nicht gegen den Bau der Anlage ausgesprochen und gegen den

Baubewilligungsbescheid auch kein Rechtsmittel erhoben. Über die Höhe des Badezinses ? der Rechtsanwalt der beklagten Partei habe 1 S pro Person und Tag abgelehnt, aber von der Bereitschaft gesprochen, 10 g pro Tag und Person zu bezahlen ? sei bis 1975 ergebnislos verhandelt worden. Bei einer Wasserrechtsverhandlung über die Errichtung einer Wasserversorgungsanlage für die beklagte Gemeinde am 18. November 1971 habe der Rechtsanwalt der Klägerin als Eigentümerin des Privatgewässers * See und als Fischereiberechtigte am See gegen die Schmälerung der Frischwasserzufuhr zum See Einspruch erhoben; unter der Bedingung, daß die beklagte Partei eine Kanalisationsanlage um den See in Angriff nehme, sei das Ansuchen der beklagten Gemeinde genehmigt worden; die Wasserversorgungsanlage habe für 1543 Gemeindebewohner, ihr Vieh, 2629 Fremdenbetten, etwa 700 Campinggäste und etwa 2580 Tagesausflügler reichen sollen. Seit 1972 habe die beklagte Partei von den Besuchern ihres Grundstückes eine Eintrittsgebühr für die Benützung der Liegewiese eingehoben und sei ein oder zwei Jahre später, nachdem auch Umkleidekabinen und ein Erfrischungsbuffet errichtet worden waren, zur Ausgabe von Eintrittskarten für das Strandbad der Gemeinde K* übergegangen. Die Besucherzahl habe in den Jahren 1973 bis 1976 zwischen 27.011 und 38.673 geschwankt. Etwa 8 bis 10 % der Badenden hätten Schlauchboote, viele auch Luftmatratzen in Verwendung; dadurch werde der Schilfgürtel des Sees geschädigt. Durch die Badenden würden der See, in dem außerhalb des Gemeindebades täglich noch bis zu 4000 Personen badeten, merklich verschmutzt und die Lebensbedingungen der Fische nachteilig verändert. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und stellte im wesentlichen fest: Erstmalig seien die Eigentumsverhältnisse des * Sees im Urbar des Schlosses * und * von 1554, einem Flurbuch als Vorläufer des späteren Grundbuches, erwähnt. Vermerkt seien ua die Seen, die zum Schloß * gehörten; darunter sei auch der * See (damals * See) erwähnt, auf dem niemand als die Herren des Schlosses die Berechtigung zu fischen hätten. In einer Nutzungsrechnung über die Güter der Herrschaft * aus den Jahren 1602 bis 1619 werde erwähnt, daß im * und *see ständig ein Hoffischer gegen Lohn und einige Robot leistenden Bauern und Arbeiter beschäftigt seien, um mit Zillen und Netzen zu fischen, jedoch seien in keinem Jahr über 8 Centen Fische geliefert worden. Auf Grund des aus dem 18. Jahrhundert stammenden Landtafelpatentes sei am 16. Oktober 1747 das Fideikommißinstitut des Grafen Ge* und Wov* vom Dezember 1679 in der neu angelegten * Landtafel für die Herrschaft * (EZ 599) intabuliert worden. Zahlreiche Grundstücke der KG * seien als Eigentum der jeweiligen Grafen oder Fürsten R* ausgewiesen worden, darunter auch der * See sowie Weide- und Waldparzellen am Nord- und Ostufer des Sees. Die übrigen Uferparzellen seien Rustikalbesitz der Herrschaft * gewesen, den sie durch zins- und robotpflichtige Untertanen bewirtschaften haben lassen. In einer Indikationsskizze aus dem Jahre 1827 werde bestätigt, daß der * See (*-See), Parzelle 805, Eigentum des Fürsten R* sei und die Anwesen Nr 1 (T*), Nr 2 (P*) und Nr 3 (L*) in * das Fischrecht hätten und die Steuern zahlten. In der Beschreibung der Fideikommißherrschaft * vom 30. August 1828 werde der *-See ebenfalls als Eigentum der Herrschaft * bezeichnet. Danach hätten die Fischerei in diesem See einige Fischer und Untertanen gegen eine jährliche Dominikalabgabe und einige Fischereiroboten, deren Höhe unter den Untertanen-Eindienungen vorkommen würden, genossen. Im Protokoll sämtlicher Parzellen der Steuergemeinde * vom 31. März 1828 sei F* R* ebenfalls als Eigentümer der Seeparzelle außer Kultur Nr 805 eingetragen. Die Herrschaft R* sei als Dominikalliegenschaft, dh als eine von der Herrschaft selbst bewirtschaftete, ausgewiesen, wogegen alle anderen Parzellen der im Grundherrschaftsbereich ansässigen Bauern einschließlich der Uferanrainer als Rustikalgründe bezeichnet seien, das seien von der Herrschaft an die Untertanen gegen bestimmte Abgaben und Leistungen verliehene Besitzungen. Die belehnten Bauern seien als Eigentümer, das heißt Untereigentümer im Sinne des Rechtes vor der Grundentlastung, eingetragen. Im Wege eines Grundtausches habe die Herrschaft * 1896 den in der Indikationsskizze von 1827 erwähnten Fischern L*, T* und P* das Fischereirecht am *-See abgelöst und der Herrschaft zuschreiben lassen. H* habe die Fideikommißherrschaft * ? die Bezeichnung Fideikommiß sei im Jahre 1926 gelöscht worden ? im Oktober 1925 samt allen Jagd- und Fischereirechten an D* verkauft. Dessen Erbin M* habe mit Übergabsvertrag vom 10. September 1954 einen Teil des Besitzes, darunter das Seegrundstück 805, an die Klägerin übergeben. Am 5. Jänner 1925 hätten mehrere Abgeordnete im * Landtag den Antrag gestellt, den * See für öffentlich zu erklären. Im Jahre 1926 habe D* erfolgreich dem J* mit Klage das Flößen von Holz auf dem See verwehrt. Im Februar 1927 sei das Amt der * Landesregierung neuerlich mit einem Antrag auf Öffentlicherklärung des * Sees befaßt worden, dem sich am 7. April 1927 elf Uferanrainer angeschlossen hätten; sie hätten behauptet, der See sei seit Menschengedenken als öffentliches Gewässer benützt worden; die Fideikommißverwaltung habe allerdings immer die Bezahlung von Anerkennungszinsen für die Seebenützung durchgesetzt und das Fischereirecht sei ihr immer vorbehalten gewesen. Am 7. Juni 1927 sei von der Landesregierung ein Programm für die bei einer Lokalverhandlung zu klärenden Punkte entworfen und zur Diskussion gestellt worden, ob mit einer Öffentlicherklärung

des Sees viel gewonnen wäre, da der Bund Eigentümer des Sees, aber zur Ablösezahlung kaum bereit sein werde und der Seeigentümer D* ohnehin sehr um die Hebung des Fremdenverkehrs bemüht sei. Bei einer Erhebung und Verhandlung der Bezirkshauptmannschaft * am 20. September 1927 sei von niemandem bestritten gewesen, daß D* Eigentümer des Sees sei. Es habe nur Einverständnis darüber bestanden, daß den Uferanrainern und Interessenten bisher das unentgeltliche Baden, Eislaufen und Holzbringen über die Eisdecke freigestanden sei und auch frei bleiben werde. Dagegen sei immer schon das Herstellen von Einbauten in den See, die Eisgewinnung, das Holzflößen und Bootfahren von vorheriger Zustimmung und Zahlung eines Anerkennungszinses abhängig gemacht worden. In den letzten 40 Jahren sei nur zweimal von Ufereigentümern das Ersuchen um Aufstellung von Badehütten an den Seeigentümer gestellt und die Bewilligung gegen Jahreszins erteilt worden. Die Uferanrainer, die bisher allein als Interessenten in Betracht gekommen seien, hätten den Wunsch geäußert, daß der Eigentümer des Sees Eisgewinnung, Holzflößen und Bootfahren künftig unentgeltlich zugestehen möge; für Seeinbauten wären sie bereit, eine Entschädigung zu bezahlen. Der Seeigentümer habe jedoch auch ersterem Wunsch nicht zugestimmt. Von Fremdenverkehr sei damals noch kaum gesprochen worden; vom Fremdenverkehr sei damals noch keine Beschwerde über den privaten Charakter des Sees bekannt geworden. Dieser sei auch nicht durch den privaten Charakter des Sees, sondern durch das Fehlen und von Quartieren und die sumpfige Beschaffenheit der Ufer gehemmt. Auf Grund dieses Erhebungsergebnisses habe das Amt der * Landesregierung von einer Öffentlicherklärung des * Sees abgesehen. In der Folge sei jedoch von Abgeordneten im Landtag neuerlich die Öffentlicherklärung des Sees beantragt worden, besonders wegen der notwendigen Entsumpfung; auch der Fremdenverkehr könne nicht aufkommen, wenn nicht die Sicherheit bestehe, daß sich Investitionen amortisieren; der Privateigentümer des Sees habe bisher seine Erlaubnis zum Bootfahren oder zu Einbauten in den See nur gegen jederzeitige Widerrufsmöglichkeit gegeben. Ein Abgeordneter habe erklärt, die Angelegenheit könne nicht eher zur Ruhe kommen, bis die Enteignung durchgeführt sei; wenn man erst einmal über die Enteignung zu verhandeln beginne, werde der Eigentümer schon zum Einlenken bereit sein. Der Antrag, die Landesregierung zur Öffentlicherklärung des * Sees aufzufordern, sei vom Landtag angenommen worden. Die Landesregierung habe darauf am 4. Mai 1928 die Bezirkshauptmannschaft * mit Verhandlungen über die Vorschläge der Anrainer mit dem Seebesitzer beauftragt. Die Bezirkshauptmannschaft habe darauf zwölf Uferinteressenten, das sind alle bis auf Jo*, darunter auch den Rechtsvorgänger der beklagten Partei Pr*, und andere Personen für den 29. Juni 1929 vorgeladen und eine Verhandlung durchgeführt. Es sei hierbei zu einer schriftlich niedergelegten Vereinbarung gekommen, mit der D* als Besitzer des * Sees für sich und seine Rechtsnachfolger den großen Gemeindegebrauch nach Paragraph 15, des Kärntner Wasserrechtsgesetzes mit der Einschränkung gewährte, daß die Eisgewinnung auch fernerhin von der Zahlung eines Anerkennungszinses von einer Goldkrone pro Jahr und Bewerber abhängig gemacht werde. Auch die Benützung des Sees für das Befahren mit Ruder- und Segelbooten sei gegen Zahlung eines jährlichen Anerkennungszinses von 1 S pro Boot jedem Bewerber gewährleistet worden, ebenso das Recht der Flößerei gegen vorausgehende Anmeldung unter der Bedingung, daß der Bewerber die ihm zum Schutz der Fischerei billigerweise zu machenden Vorschreibungen einhalte und 1 S pro Floß leiste. Der Seebesitzer habe sich für sich und seine Rechtsnachfolger auch bereit erklärt, allfälligen Ansuchen um Seeinbauten der Uferbesitzer bzw Uferpächter vor ihren Uferparzellen kein Hindernis in den Weg zu legen und sich bezüglich der in Anrechnung zu stellenden Pachtzinse bzw bei Anschüttung sich für die vertragsmäßig zu errechnenden Ablösebeträge an die jeweiligen ortsüblichen Preise zu halten. Bezüglich des Widerrufsrechtes bei den Seeinbauten habe sich der S?? besitzer schließlich bereit erklärt, den Pachtvertrag auf einen Zeitraum abzuschließen, der die Amortisationsfähigkeit des Einbaues gewährleiste. Die * Landesregierung habe den Bericht der Bezirkshauptmannschaft über diese Vereinbarung mit Befriedigung zur Kenntnis genommen und keine Notwendigkeit zu einer weiteren Verfügung gesehen, da nach ihrer Ansicht die Frage der Öffentlicherklärung des Sees damit wenigstens für einige Jahre aus der Welt geschafft worden sei. Den Bericht habe auch der Landtag zustimmend zur Kenntnis genommen. D* und die Mutter der Klägerin hätten sich, soweit überblickbar, an das Übereinkommen gehalten. Die Klägerin habe, mit Zustimmung des Obersten Gerichtshofes (1 Ob 105/66), das Übereinkommen nur auf die seinerzeitigen Vertragspartner, nicht aber auf Dritte und Rechtsnachfolger angewendet. Trotz Zunahme des Badebetriebes und kommerzieller Ausnützung hätten weder D* noch die Klägerin und ihre Mutter von Badenden oder Uferbesitzern, die andere baden ließen, bis ?? 1967 Entgelt gefordert. 1964 oder 1965 habe die beklagte Partei begonnen, Schotteraufschüttungen auf ihrem Grundstück 683/6 vorzunehmen und die Sumpfwiese zu einer Liegewiese zu gestalten; ihr Kostenaufwand habe 600.000,-- S betragen, was der Klägerin aber nicht bekannt gewesen sei. Ab 1967 seien Teile des Grundstückes mit Gras besät, der Grund ?ingezäunt und ein Angestellter mit der Einhebung einer

Parkgebühr beauftragt worden; Badeeinrichtungen seien nicht vorhanden gewesen. Im Jahre 1968 seien 8.900.--, im Jahre 1971 30.000 Parkbons ausgegeben worden. Gegen das inoffizielle Baden habe die Klägerin keinen Einspruch erhoben. Im Jahre 1969 oder 1970 habe die Klägerin ihren damaligen Rechtsanwalt beauftragt, von allen Uferbesitzern, die den See gewinnbringend nutzten, die Entrichtung einer Gebühr von 1 S pro Person und Badetag zu fordern. Insgesamt 9 Anrainer hätten auch vertraglich gebunden werden können. Als die Klägerin im Februar 1971 aus der Presse erfahren habe, daß die beklagte Partei die Errichtung eines Strandbades und Architektenarbeiten ausgeschrieben habe, habe sie auch die beklagte Partei mit dem Hinweis auf ihr Privateigentum am See zur Abgeltung der Beeinträchtigung des Sees durch Baden auffordern lassen. Am 4. März 1971 habe die beklagte Partei bestätigt, daß die Realisierung des geplanten öffentlichen Bades zeitlich noch nicht fixiert sei, daß sich aber auf dem Grundstück 683/6 schon einige Jahre lang das Badeleben abspiele und der Klägerin für ein Badefloß eine Benützungsgebühr bezahlt werde; die beklagte Partei werde zu gegebener Zeit mit der Klägerin wegen einer Benützungsgebühr Kontakt aufnehmen. Im Mai 1971 habe die beklagte Partei um die Bewilligung zur Errichtung einer provisorischen Toiletteanlage für den Parkplatz angesucht. Bei der Bauverhandlung habe der Gemeindevorstand der beklagten Partei Verständnis und Verhandlungsbereitschaft für die Interessen der Klägerin an einer Badegebühr bekundet. Der Vertreter der Klägerin habe zur Kenntnis genommen, daß die Toiletteanlage für eine Frequenz von 500 Personen täglich vorgesehen sei, habe sich nicht gegen den Bau der Anlage ausgesprochen und gegen den Baubewilligungsbescheid auch kein Rechtsmittel erhoben. Über die Höhe des Badezinses ? der Rechtsanwalt der beklagten Partei habe 1 S pro Person und Tag abgelehnt, aber von der Bereitschaft gesprochen, 10 g pro Tag und Person zu bezahlen ? sei bis 1975 ergebnislos verhandelt worden. Bei einer Wasserrechtsverhandlung über die Errichtung einer Wasserversorgungsanlage für die beklagte Gemeinde am 18. November 1971 habe der Rechtsanwalt der Klägerin als Eigentümerin des Privatgewässers * See und als Fischereiberechtigte am See gegen die Schmälerung der Frischwasserzufuhr zum See Einspruch erhoben; unter der Bedingung, daß die beklagte Partei eine Kanalisationsanlage um den See in Angriff nehme, sei das Ansuchen der beklagten Gemeinde genehmigt worden; die Wasserversorgungsanlage habe für 1543 Gemeindebewohner, ihr Vieh, 2629 Fremdenbetten, etwa 700 Campinggäste und etwa 2580 Tagesausflügler reichen sollen. Seit 1972 habe die beklagte Partei von den Besuchern ihres Grundstückes eine Eintrittsgebühr für die Benützung der Liegewiese eingehoben und sei ein oder zwei Jahre später, nachdem auch Umkleidekabinen und ein Erfrischungsbuffet errichtet worden waren, zur Ausgabe von Eintrittskarten für das Strandbad der Gemeinde K* übergegangen. Die Besucherzahl habe in den Jahren 1973 bis 1976 zwischen 27.011 und 38.673 geschwankt. Etwa 8 bis 10 % der Badenden hätten Schlauchboote, viele auch Luftmatratzen in Verwendung; dadurch werde der Schilfgürtel des Sees geschädigt. Durch die Badenden würden der See, in dem außerhalb des Gemeindebades täglich noch bis zu 4000 Personen badeten, merklich verschmutzt und die Lebensbedingungen der Fische nachteilig verändert.

Rechtlich führte das Erstgericht im wesentlichen aus: Wasserwelle und Wasserbett müßten nicht immer das gleiche rechtliche Schicksal haben. Auch das Bett eines öffentlichen Gewässers könne im Eigentum eines Grundeigentümers stehen. Entscheidend sei, ob die Klägerin einen besonderen, vor dem Jahre 1870 entstandenen Privatrechtstitel für den * See nachweisen könne (§ 2 Abs 2 WRG). Schon im Urbar aus dem Jahre 1554 werde ua der * See als zum Schloß * gehörig beschrieben. Aus der Tatsache, daß neben dem Besitz des Sees auch eine Beschreibung, wer darauf zu fischen habe, vorkomme, zeige deutlich, daß das Fischereirecht nicht die einzige Berechtigung der Herren von * an diesem Gewässer ausgemacht habe. Auch die Nutzungsrechnung für die Jahre 1602 bis 1619 nehme auf die Fischerei Bezug. Nach den Vermerken auf der Indikationsskizze aus 1827 sei das Fischereirecht an drei Bauern gegen Steuerzahlung überlassen gewesen; auch in der Beschreibung der Fideikommißherrschaft * vom Jahre 1828 sei ua der * See als Zubehör der Herrschaft * zu finden. Im Parzellenprotokoll des gleichen Jahres sei der * See als zum Dominikalgut gehörig verzeichnet, wogegen die Besitzungen der abhängigen Bauern als Rustikalgüter vermerkt seien. Damit sei klargestellt, daß der Herrschaft K* als Voreigentümerin der Klägerin nicht nur das beschränkte Recht der Fischerei zugestanden sei, sondern daß der * See als Gewässer, worunter die Wasserwelle und das Wasserbett zu verstehen seien, der Herrschaft * zugehörig gewesen sei. Bei der Machtgestaltung in * in den erwähnten Jahrhunderten sei es auch undenkbar, daß die Vorbesitzer der heutigen Ufergrundstücke des * Sees Eigentum oder sonstige Rechte am Gewässer gehabt hätten. Auch nach der speziellen Entwicklung des Wasserrechtes spreche nichts dafür, daß ein See von so geringer Bedeutung wie der * See in jener frühen Zeit öffentliches Gut sein hätte sollen. Der Nachweis eines vor 1870 entstandenen Privatrechtsgutes am See sei daher aus den vorgelegten Urkunden im Zusammenhang mit der ? näher ausgeführten ? geschichtlichen Rückschau einwandfrei gelungen. Dieser Meinung sei

auch der Landeshauptmann als der nach dem Wasserrechtsgesetz zuständige Verwalter des öffentlichen Wassergutes bei den nach dem ersten Weltkrieg einsetzenden Bestrebungen auf Öffentlicherklärung des * Sees gewesen; sie habe auch den Erhebungen der Rechtsverhältnisse durch das Amt der * Landesregierung in den Jahren 1927 und 1929 sowie einer Information der beklagten Gemeinde im Jahre 1974 entsprochen. Da nur eine Öffentlicherklärung von privaten Gewässern stattfinden könne, hätten auch die seinerzeitigen Vorbereitungen eines Verfahrens auf Öffentlicherklärung zur Voraussetzung gehabt, daß es sich um einen Privatsee gehandelt habe. Die Speisung des Sees durch öffentliche Gewässer habe die durch Privatrechtstitel erwiesene Rechtsnatur des Sees nicht mehr verändern können. An einem Privatgewässer sei nur der kleine Gemeingebrauch im Sinne des § 8 Abs 2 WRG zulässig. Daran habe der beklagten Partei gegenüber auch die Vereinbarung des D* mit Uferanrainern im Jahre 1929 nichts geändert. Daß es sich um eine privatrechtliche gehandelt habe, habe der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung 1 Ob 105/66 ebenso ausgesprochen wie die bloße Verbindlichkeit den damaligen Vertragspartnern gegenüber. Bis zur erstmaligen Geltendmachung eines Badeschillings durch die Klägerin sei allerdings nie das Baden im See untersagt oder ein Entgelt hierfür verlangt worden. Es stelle sich also die Frage einer Ersitzung des Baderechtes durch die Allgemeinheit, die die beklagte Partei aber gar nicht behauptet habe; sie sei auch erst seit 1962 Eigentümerin des Ufergrundstückes 683/6, das zuvor nur eine landwirtschaftlich genutzte Sumpfwiese gewesen sei. Die Klägerin habe der beklagten Partei auch nicht schlüssig die Dienstbarkeit des Badens eingeräumt. Von der sehr kostspieligen Grundaufschüttung sei die Klägerin nicht verständigt worden und habe auch keinen Anlaß gehabt, gegen das „wilde“ Baden vom Grundstück der beklagten Partei aus einzuschreiten. Auch später habe die Klägerin angesichts der ausweichenden Erklärungen der beklagten Partei über ihre Absicht, tatsächlich ein Strandbad betreiben zu wollen, noch Zweifel über ihre wahre Absicht haben können, bis die zeitlich nicht genau fixierbare Bezahlung einer Gebühr für ein in den letzten Jahren errichtetes Badefloß die Absicht der Gemeinde immer deutlicher gemacht habe. Rechtlich führte das Erstgericht im wesentlichen aus: Wasserwelle und Wasserbett müßten nicht immer das gleiche rechtliche Schicksal haben. Auch das Bett eines öffentlichen Gewässers könne im Eigentum eines Grundeigentümers stehen. Entscheidend sei, ob die Klägerin einen besonderen, vor dem Jahre 1870 entstandenen Privatrechtstitel für den * See nachweisen könne (Paragraph 2, Absatz 2, WRG). Schon im Urbar aus dem Jahre 1554 werde ua der * See als zum Schloß * gehörig beschrieben. Aus der Tatsache, daß neben dem Besitz des Sees auch eine Beschreibung, wer darauf zu fischen habe, vorkomme, zeige deutlich, daß das Fischereirecht nicht die einzige Berechtigung der Herren von * an diesem Gewässer ausgemacht habe. Auch die Nutzungsrechnung für die Jahre 1602 bis 1619 nehme auf die Fischerei Bezug. Nach den Vermerken auf der Indikationsskizze aus 1827 sei das Fischereirecht an drei Bauern gegen Steuerzahlung überlassen gewesen; auch in der Beschreibung der Fideikommißherrschaft * vom Jahre 1828 sei ua der * See als Zubehör der Herrschaft * zu finden. Im Parzellenprotokoll des gleichen Jahres sei der * See als zum Dominikalgut gehörig verzeichnet, wogegen die Besitzungen der abhängigen Bauern als Rustikalgüter vermerkt seien. Damit sei klagestellt, daß der Herrschaft K* als Voreigentümerin der Klägerin nicht nur das beschränkte Recht der Fischerei zugestanden sei, sondern daß der * See als Gewässer, worunter die Wasserwelle und das Wasserbett zu verstehen seien, der Herrschaft * zugehörig gewesen sei. Bei der Machtgestaltung in * in den erwähnten Jahrhunderten sei es auch undenkbar, daß die Vorbesitzer der heutigen Ufergrundsücke des * Sees Eigentum oder sonstige Rechte am Gewässer gehabt hätten. Auch nach der speziellen Entwicklung des Wasserrechtes spreche nichts dafür, daß ein See von so geringer Bedeutung wie der * See in jener frühen Zeit öffentliches Gut sein hätte sollen. Der Nachweis eines vor 1870 entstandenen Privatrechtsgutes am See sei daher aus den vorgelegten Urkunden im Zusammenhang mit der ? näher ausgeführten ? geschichtlichen Rückschau einwandfrei gelungen. Dieser Meinung sei auch der Landeshauptmann als der nach dem Wasserrechtsgesetz zuständige Verwalter des öffentlichen Wassergutes bei den nach dem ersten Weltkrieg einsetzenden Bestrebungen auf Öffentlicherklärung des * Sees gewesen; sie habe auch den Erhebungen der Rechtsverhältnisse durch das Amt der * Landesregierung in den Jahren 1927 und 1929 sowie einer Information der beklagten Gemeinde im Jahre 1974 entsprochen. Da nur eine Öffentlicherklärung von privaten Gewässern stattfinden könne, hätten auch die seinerzeitigen Vorbereitungen eines Verfahrens auf Öffentlicherklärung zur Voraussetzung gehabt, daß es sich um einen Privatsee gehandelt habe. Die Speisung des Sees durch öffentliche Gewässer habe die durch Privatrechtstitel erwiesene Rechtsnatur des Sees nicht mehr verändern können. An einem Privatgewässer sei nur der kleine Gemeingebrauch im Sinne des Paragraph 8, Absatz 2, WRG zulässig. Daran habe der beklagten Partei gegenüber auch die Vereinbarung des D* mit Uferanrainern im Jahre 1929 nichts geändert. Daß es sich um eine privatrechtliche gehandelt habe, habe der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung 1 Ob 105/66 ebenso ausgesprochen wie die bloße Verbindlichkeit den damaligen Vertragspartnern

gegenüber. Bis zur erstmaligen Geltendmachung eines Badeschillings durch die Klägerin sei allerdings nie das Baden im See untersagt oder ein Entgelt hierfür verlangt worden. Es stelle sich also die Frage einer Ersitzung des Baderechtes durch die Allgemeinheit, die die beklagte Partei aber gar nicht behauptet habe; sie sei auch erst seit 1962 Eigentümerin des Ufergrundstückes 683/6, das zuvor nur eine landwirtschaftlich genutzte Sumpfwiese gewesen sei. Die Klägerin habe der beklagten Partei auch nicht schlüssig die Dienstbarkeit des Badens eingeräumt. Von der sehr kostspieligen Grundaufschüttung sei die Klägerin nicht verständigt worden und habe auch keinen Anlaß gehabt, gegen das „wilde“ Baden vom Grundstück der beklagten Partei aus einzuschreiten. Auch später habe die Klägerin angesichts der ausweichenden Erklärungen der beklagten Partei über ihre Absicht, tatsächlich ein Strandbad betreiben zu wollen, noch Zweifel über ihre wahre Absicht haben können, bis die zeitlich nicht genau fixierbare Bezahlung einer Gebühr für ein in den letzten Jahren errichtetes Badefloß die Absicht der Gemeinde immer deutlicher gemacht habe.

Das Berufungsgericht erachtete das erstgerichtliche Verfahren als mängelfrei, übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, bestätigte dessen Entscheidung und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, 50.000,-- S übersteige. Aus dem Wortlaut und im Zusammenhalt der Bestimmungen des § 2 Abs 2 WRG mit dem § 3 Abs 1 lit d WRG gehe klar hervor, daß bei Vorliegen eines besonderen, vor dem Jahre 1870 entstandenen Privatrechtstitels ein Gewässer, das sonst ein öffentliches wäre, ein privates sei. Das Berufungsgericht teile die Auffassung des Erstgerichtes, daß der Klägerin der Beweis für einen solchen Privatrechtstitel gelungen sei. Aus den vorgelegten Urkunden sei es offensichtlich, daß der Fideikommißherrschaft * das Gesamtrecht am See zugekommen sei und die Herrschaft nur gewisse Nutzungsrechte (Fischereirechte) anderen Personen gegen Entgelt eingeräumt habe. Daß den Bauern L*, T*, und P* mit der Übertragung der Fischereirechte nur Nutzungsrechte und nicht das Vollrecht an der Wasserwelle des Sees übertragen worden sei, zeige anschaulich die Indikationsskizze der Gemeinde K* aus dem Jahre 1827, die den Fürsten R* als den Besitzer des * Sees indiziere und gleichzeitig anmerke, daß T*, P* und L* Fischereirechte am See hätten und die Steuern zahlen. 1896 habe Fürst R* lediglich das den drei Bauern eingeräumte Fischereirecht zurückerworben, das Vollrecht am See einschließlich der Wasserwelle aber nie aufgegeben gehabt. Mit der Bezeichnung des Grundstückes 805 KG * als * See sei offensichtlich der See als solcher und nicht bloß das Wasserbett gemeint gewesen; dafür, daß das Wasser des Sees einem anderen als dem Eigentümer des Grundstückes 805 KG * eigentümlich zugehört habe, fehle in den alten Urkunden jeder Anhaltspunkt. Im Parzellenprotokoll der Gemeinde K* aus dem Jahre 1828 sei das Grundstück 805 „See außer Kultur“ nicht nur als Dominikalgrund bezeichnet, sondern auch als dessen Eigentümer F* R*, Herrschaft *, angeführt; zur Zeit dieser Eintragung sei das Eigentumsrecht bereits im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch als Privatrecht geregelt gewesen; es könne daher kein Zweifel bestehen, daß mit dieser Eintragung Graf R* als Eigentümer des * Sees im Sinne des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gemeint gewesen sei. Daß die beklagte Gemeinde als Rechtsnachfolgerin des Vorbesitzers aus der Vereinbarung vom 14. Juni 1929 keine Rechte in bezug auf den See ableiten könne, sei durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 1 Ob 105/66 klargestellt; daß es damals nicht um die Wasserwelle, sondern um eine Anschüttung des Seegrundes gegangen sei, sei für die Frage der Rechtswirkungen des Vertrages für die Rechtsnachfolger der Vertragspartner unerheblich. Die Klägerin habe der beklagten Partei auch keine unentgeltliche Badeservitut stillschweigend eingeräumt, sondern vielmehr bereits 1971 ein Entgelt gefordert. Das Berufungsgericht erachtete das erstgerichtliche Verfahren als mängelfrei, übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, bestätigte dessen Entscheidung und sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe, 50.000,-- S übersteige. Aus dem Wortlaut und im Zusammenhalt der Bestimmungen des Paragraph 2, Absatz 2, WRG mit dem Paragraph 3, Absatz eins, Litera d, WRG gehe klar hervor, daß bei Vorliegen eines besonderen, vor dem Jahre 1870 entstandenen Privatrechtstitels ein Gewässer, das sonst ein öffentliches wäre, ein privates sei. Das Berufungsgericht teile die Auffassung des Erstgerichtes, daß der Klägerin der Beweis für einen solchen Privatrechtstitel gelungen sei. Aus den vorgelegten Urkunden sei es offensichtlich, daß der Fideikommißherrschaft * das Gesamtrecht am See zugekommen sei und die Herrschaft nur gewisse Nutzungsrechte (Fischereirechte) anderen Personen gegen Entgelt eingeräumt habe. Daß den Bauern L*, T*, und P* mit der Übertragung der Fischereirechte nur Nutzungsrechte und nicht das Vollrecht an der Wasserwelle des Sees übertragen worden sei, zeige anschaulich die Indikationsskizze der Gemeinde K* aus dem Jahre 1827, die den Fürsten R* als den Besitzer des * Sees indiziere und gleichzeitig anmerke, daß T*, P* und L* Fischereirechte am See hätten und die Steuern zahlen. 1896 habe Fürst R* lediglich das den drei Bauern eingeräumte Fischereirecht zurückerworben, das Vollrecht am See einschließlich der Wasserwelle aber nie aufgegeben gehabt. Mit der Bezeichnung des Grundstückes 805 KG * als * See sei offensichtlich der See als solcher und nicht bloß das Wasserbett gemeint gewesen; dafür, daß das Wasser des Sees einem anderen als dem Eigentümer

des Grundstückes 805 KG * eigentümlich zugehört habe, fehle in den alten Urkunden jeder Anhaltspunkt. Im Parzellenprotokoll der Gemeinde K* aus dem Jahre 1828 sei das Grundstück 805 „See außer Kultur“ nicht nur als Dominikalgrund bezeichnet, sondern auch als dessen Eigentümer F* R*, Herrschaft *, angeführt; zur Zeit dieser Eintragung sei das Eigentumsrecht bereits im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch als Privatrecht geregelt gewesen; es könne daher kein Zweifel bestehen, daß mit dieser Eintragung Graf R* als Eigentümer des * Sees im Sinne des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gemeint gewesen sei. Daß die beklagte Gemeinde als Rechtsnachfolgerin des Vorbesitzers aus der Vereinbarung vom 14. Juni 1929 keine Rechte in bezug auf den See ableiten könne, sei durch die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 1 Ob 105/66 klargestellt; daß es damals nicht um die Wasserwelle, sondern um eine Anschüttung des Seegrundes gegangen sei, sei für die Frage der Rechtswirkungen des Vertrages für die Rechtsnachfolger der Vertragspartner unerheblich. Die Klägerin habe der beklagten Partei auch keine unentgeltliche Badeservitut stillschweigend eingeräumt, sondern vielmehr bereits 1971 ein Entgelt gefordert.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richtet sich die Revision der beklagten Partei, die den Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag geltend macht, das Urteil des Berufungsgerichtes dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde, bzw falls diesem Antrag nicht Folge gegeben werden sollte, das Urteil des Berufungsgerichtes aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Verhandlung und Urteilsschöpfung zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt, der Revision der beklagten Partei keine Folge zu geben und die erst- und zweitinstanzlichen Urteile zu bestätigen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist nicht berechtigt.

Gemäß § 2 Abs 1 WRG sind alle Gewässer öffentliche Gewässer, sofern sie nicht im Gesetz ausdrücklich als Privatgewässer bezeichnet sind. Privatgewässer sind gemäß § 2 Abs 2 WRG insbesondere solche, für die ein besonderer, vor dem Jahre 1870 entstandener Privatrechtstitel nachgewiesen wird. Ein solcher Privatrechtstitel wird, wie das Berufungsgericht richtig hervorhob, auch nicht dadurch beseitigt, daß ein See durch ein öffentliches Gewässer gespeist wird (§ 3 Abs 1 lit d WRG). Dies ergibt sich eindeutig aus den einleitenden Worten des § 3 Abs 1 WRG („Außer den im § 2 Abs 2 bezeichneten Gewässern....“). Dieser Hinweis stellt klar, daß alle Gewässer, für welche ein vor dem Jahre 1870 erworbener besonderer Privatrechtstitel nachgewiesen werden kann, auch dann als Privatgewässer anzusehen sind, wenn sie unter keinen der im § 3 Abs 1 WRG angeführten Tatbestände subsumiert werden können (Krzizek, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, 24; vgl auch EvBl 1971/124). Da Gewässer im Zweifel öffentliche Gewässer sind und ein Privatrechtstitel nach § 2 Abs 2 WRG nachgewiesen werden muß, obliegt die Beweislast des Bestehens eines solchen Titels demjenigen, der ihn behauptet. Mit Recht hielten es die Untergerichte daher für streitentscheidend, ob der Klägerin der ihr obliegende Beweis gelungen ist. In seinen grundlegenden Entscheidungen SZ 38/46 und EvBl 1971/124 stellte der Oberste Gerichtshof klar, daß unter den Begriff des Gewässers sowohl das Bett als auch die Wasserwelle fallen, die Eigentumsverhältnisse daran aber, wie sich schon aus § 2 Abs 2 Satz 2 WRG ergibt, verschieden sein können. Die Tatsache, daß die Klägerin bürgerliche Eigentümerin des Bettes des * Sees ist, genügt für die Erfüllung der ihr obliegenden Beweispflicht also nicht. Sie muß vielmehr nachweisen, daß der Privatrechtstitel, auf den sie sich beruft, auch auf die Wasserwelle abgestellt ist, also diese und das Bett des Gewässers erfaßt. Wie dieser Beweis zu erbringen ist, ist im Gesetz nicht näher dargelegt. Nicht genügt der bloße Beweis der Ausübung bestimmter Wasserbenützungsberechtigungen, die auch am öffentlichen Gut bestehen oder erworben werden können (Krzizek aaO 21; Haager-Vanderhaag, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, 89). Insbesondere darf aus dem Bestehen des Fischereirechtes an einem Gewässer kein Schluß auf das Eigentum an diesem gezogen werden. Bei Teichen und ähnlichen geschlossenen Gewässern waren allerdings Eigentumsrecht und Fischereirecht in der Regel verbunden, wenn die Gewässer ganz in einem geschlossenen Grundbesitz lagen (Peyer-Heimstätt, Das österreichische Wasserrecht³, 131). Auch der Grundsteuerekataster beweist weder das Eigentum noch den Besitz; so beweist das Parzellenprotokoll nur, daß die Parzellen mit dem übrigen Grundbesitz der einzelnen Insassen versteuert wurden (Haager-Vanderhaag aaO 89, Fußnote 16). Als Entstehungsart des Titels kommen vor allem Privilegien, Schenkungen und Käufe (vom Staate), vor dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch auch Ersitzung und Usurpation in Betracht (Hartig-Grabmayr, Das österreichische Wasserrecht, 39) Auch Kaufverträge, Privilegien und Verleihbriefe bedürfen allerdings grundsätzlich einer näheren Prüfung, ob dem Vorbesitzer wirklich Eigentum zustand (Peyer-Heimstätt aaO 131), weil in älteren Urkunden nicht selten nur die individuelle Auffassung einer einzelnen Person zum Ausdruck

kommt (Peyer-Heimstätt aaO 134). Anzuwenden ist jedenfalls das seinerzeit geltende Recht (EvBl 1971/124). Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, WRG sind alle Gewässer öffentliche Gewässer, sofern sie nicht im Gesetz ausdrücklich als Privatgewässer bezeichnet sind. Privatgewässer sind gemäß Paragraph 2, Absatz 2, WRG insbesondere solche, für die ein besonderer, vor dem Jahre 1870 entstandener Privatrechtstitel nachgewiesen wird. Ein solcher Privatrechtstitel wird, wie das Berufungsgericht richtig hervorhob, auch nicht dadurch beseitigt, daß ein See durch ein öffentliches Gewässer gespeist wird (Paragraph 3, Absatz eins, Litera d, WRG). Dies ergibt sich eindeutig aus den einleitenden Worten des Paragraph 3, Absatz eins, WRG („Außer den im Paragraph 2, Absatz 2, bezeichneten Gewässern....“). Dieser Hinweis stellt klar, daß alle Gewässer, für welche ein vor dem Jahre 1870 erworbener besonderer Privatrechtstitel nachgewiesen werden kann, auch dann als Privatgewässer anzusehen sind, wenn sie unter keinen der im Paragraph 3, Absatz eins, WRG angeführten Tatbestände subsumiert werden können (Krzizek, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, 24; vergleiche auch EvBl 1971/124). Da Gewässer im Zweifel öffentliche Gewässer sind und ein Privatrechtstitel nach Paragraph 2, Absatz 2, WRG nachgewiesen werden muß, obliegt die Beweislast des Bestehens eines solchen Titels demjenigen, der ihn behauptet. Mit Recht hielten es die Untergerichte daher für streitentscheidend, ob der Klägerin der ihr obliegende Beweis gelungen ist. In seinen grundlegenden Entscheidungen SZ 38/46 und EvBl 1971/124 stellte der Oberste Gerichtshof klar, daß unter den Begriff des Gewässers sowohl das Bett als auch die Wasserwelle fallen, die Eigentumsverhältnisse daran aber, wie sich schon aus Paragraph 2, Absatz 2, Satz 2 WRG ergibt, verschieden sein können. Die Tatsache, daß die Klägerin bürgerliche Eigentümerin des Bettes des * Sees ist, genügt für die Erfüllung der ihr obliegenden Beweispflicht also nicht. Sie muß vielmehr nachweisen, daß der Privatrechtstitel, auf den sie sich beruft, auch auf die Wasserwelle abgestellt ist, also diese und das Bett des Gewässers erfaßt. Wie dieser Beweis zu erbringen ist, ist im Gesetz nicht näher dargelegt. Nicht genügt der bloße Beweis der Ausübung bestimmter Wasserbenützungsrechte, die auch am öffentlichen Gut bestehen oder erworben werden können (Krzizek aaO 21; Haager-Vanderhaag, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, 89). Insbesondere darf aus dem Bestehen des Fischereirechtes an einem Gewässer kein Schluß auf das Eigentum an diesem gezogen werden. Bei Teichen und ähnlichen geschlossenen Gewässern waren allerdings Eigentumsrecht und Fischereirecht in der Regel verbunden, wenn die Gewässer ganz in einem geschlossenen Grundbesitz lagen (Peyer-Heimstätt, Das österreichische Wasserrecht³, 131). Auch der Grundsteuerekataster beweist weder das Eigentum noch den Besitz; so beweist das Parzellenprotokoll nur, daß die Parzellen mit dem übrigen Grundbesitz der einzelnen Insassen versteuert wurden (Haager-Vanderhaag aaO 89, Fußnote 16). Als Entstehungsart des Titels kommen vor allem Privilegien, Schenkungen und Käufe (vom Staate), vor dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch auch Ersitzung und Usurpation in Betracht (Hartig-Grabmayr, Das österreichische Wasserrecht, 39). Auch Kaufverträge, Privilegien und Verleihbriefe bedürfen allerdings grundsätzlich einer näheren Prüfung, ob dem Vorbesitzer wirklich Eigentum zustand (Peyer-Heimstätt aaO 131), weil in älteren Urkunden nicht selten nur die individuelle Auffassung einer einzelnen Person zum Ausdruck kommt (Peyer-Heimstätt aaO 134). Anzuwenden ist jedenfalls das seinerzeit geltende Recht (EvBl 1971/124).

Die Revision behauptet, daß die Klägerin nicht in der Lage war, einen bestimmten Titel über den Erwerb des Eigentums an der Wasserwelle des * Sees nachzuweisen. Der Klägerin ist aber der Nachweis dafür gelungen, daß durch Jahrhunderte hindurch der * See so behandelt wurde, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß die jeweiligen Eigentümer der Herrschaft * nicht nur Eigentümer des gesamten Bettes des * Sees waren, sondern auch des darüber befindlichen Gewässers. Die Klägerin kann sich daher zumindest auf den Titel der 1870 bereits abgeschlossenen Ersitzung berufen. Der * See stand immer zur Gänze im Eigentum der Herrschaft *, ohne daß Anhaltspunkte dafür bestünden, daß die damit verbundenen Rechte keine vollständigen waren und etwa nur das Bett des Sees umfaßten. Die Revision räumt selbst ein, historisch sei eindeutig erwiesen, daß das Fischereirecht von der Herrschaft zeitweise anrainenden Untertanen vergeben war. Das Fischereirecht ist nun zwar ein Privatrecht und dort, wo es vom Eigentum abgesondert in Erscheinung tritt, ein selbständiges dingliches Recht (SZ 46/82 ua). Die Fischerei kann aber nur im Gewässer ausgeübt werden. Wenn es also von der Herrschaft anderen vergeben wurde, muß ihr mehr als das bloße Eigentum am Bett zugestanden sein, nämlich mindestens auch noch das Fischereirecht. Ein Eigentumsbeweis für das Vollrecht am Gewässer ist das Bestehen des Fischereirechtes allerdings nicht. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, daß das Fischereirecht der Herrschaft * nicht ein Ausfluß des vollen Eigentumsrechtes der Herrschaft * am gesamten Gewässer war. Es ist dann aber unerheblich, daß die Herrschaft * das Fischereirecht eine Zeitlang an drei Bauern verpachtet oder sonst vergeben hatte und dieses erst 1896 von früheren Untertanen rückkaufte. Nicht viel kann nur, wie oben dargelegt wurde, aus dem Parzellenprotokoll aus dem Jahre 1829 entnommen werden, das

steuerlichen Zwecken diente und nicht juristisch einwandfrei angelegt worden sein muß. Wesentlich ist aber trotzdem, daß nicht nur in diesem, sondern in allen Urkunden der gesamte * See, wie dies auch dem grundbücherlichen Eigentum am gesamten Seebett entspricht, als zur Herrschaft * gehörig angesehen war.

Von besonderer Bedeutung ist das Urbar aus dem Jahre 1554, wonach schon damals der * See „zum Schloß“ gehörte und auf ihm niemand als die Herren des Schlosses die Berechtigung zu fischen hatten. Die so lange zurückreichenden Rechte der Herrschaft * am * See, die offensichtlich niemals bestritten waren, lassen es erklärlich erscheinen, daß ein bestimmter Titel über den Erwerb des Eigentums am Gewässer nicht mehr feststellbar ist. Jedenfalls ist auch im Fideikommißstatut der Grafen und Fürsten R* der * See (ohne jede Einschränkung) als Eigentum dieser Herren ausgewiesen. Ebenso ist der See im josefinischen Kataster aus dem Jahre 1787 (Beilage SS) als „herrschaftlicher See“ bezeichnet. Daß die Herrschaft über den See nicht nur auf Grund des damals herrschenden Untertänigkeitsrechtes ausgeübt wurde, ergibt sich nicht nur aus der Anführung, der See gehörte zum Dominikalgrund, im Parzellenprotokoll aus dem Jahre 1828, sondern auch aus der Unterscheidung im Fideikommißstatut, daß nur einige Uferparzellen Rustikalbesitz seien. Unter Dominikalgrund wurde nur grundherrlicher Besitz (Hellbling, Österr. Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte² 289), also herrschaftlicher, in der Landtafel eingetragener Grund verstanden, der vom Untertänigkeitsverhältnis nicht berührt war (vgl Hauer, Praktische Darstellung des Unterthanenwesens³, 17). Nur Rustikalgründe (Bauerngründe) waren mit grundobrigkeitlichen Schuldligkeiten belastet (vgl Barth-Barthenheim, Das politische Verhältnis verschiedener Gattungen von Obrigkeiten zum Bauernstand, 121). Auch Dominikalgüter konnten allerdings in Erbpacht gegeben werden (Barth-Barthenheim aaO 82; § 1122 ABGB), die nach herrschender Auffassung ebenfalls mit der Aufhebung des Untertänigkeitsverhältnisses durch das Grundentlastungspatent vom 7. September 1848, PGS Band 76, Nr 112, und das Kaiserliche Patent vom 4. März 1849, RGI Nr 152, beseitigt wurde (Klang in seinem Kommentar² V 137). Dafür, daß ein Erbpachtvertrag für den See bestanden hätte, besteht jedoch kein Anhaltspunkt. Von besonderer Bedeutung ist das Urbar aus dem Jahre 1554, wonach schon damals der * See „zum Schloß“ gehörte und auf ihm niemand als die Herren des Schlosses die Berechtigung zu fischen hatten. Die so lange zurückreichenden Rechte der Herrschaft * am * See, die offensichtlich niemals bestritten waren, lassen es erklärlich erscheinen, daß ein bestimmter Titel über den Erwerb des Eigentums am Gewässer nicht mehr feststellbar ist. Jedenfalls ist auch im Fideikommißstatut der Grafen und Fürsten R* der * See (ohne jede Einschränkung) als Eigentum dieser Herren ausgewiesen. Ebenso ist der See im josefinischen Kataster aus dem Jahre 1787 (Beilage SS) als „herrschaftlicher See“ bezeichnet. Daß die Herrschaft über den See nicht nur auf Grund des damals herrschenden Untertänigkeitsrechtes ausgeübt wurde, ergibt sich nicht nur aus der Anführung, der See gehörte zum Dominikalgrund, im Parzellenprotokoll aus dem Jahre 1828, sondern auch aus der Unterscheidung im Fideikommißstatut, daß nur einige Uferparzellen Rustikalbesitz seien. Unter Dominikalgrund wurde nur grundherrlicher Besitz (Hellbling, Österr. Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte² 289), also herrschaftlicher, in der Landtafel eingetragener Grund verstanden, der vom Untertänigkeitsverhältnis nicht berührt war vergleiche Hauer, Praktische Darstellung des Unterthanenwesens³, 17). Nur Rustikalgründe (Bauerngründe) waren mit grundobrigkeitlichen Schuldligkeiten belastet vergleiche Barth-Barthenheim, Das politische Verhältnis verschiedener Gattungen von Obrigkeiten zum Bauernstand, 121). Auch Dominikalgüter konnten allerdings in Erbpacht gegeben werden (Barth-Barthenheim aaO 82; Paragraph 1122, ABGB), die nach herrschender Auffassung ebenfalls mit der Aufhebung des Untertänigkeitsverhältnisses durch das Grundentlastungspatent vom 7. September 1848, PGS Band 76, Nr 112, und das Kaiserliche Patent vom 4. März 1849, RGI Nr 152, beseitigt wurde (Klang in seinem Kommentar² V 137). Dafür, daß ein Erbpachtvertrag für den See bestanden hätte, besteht jedoch kein Anhaltspunkt.

Gleich den Untergerichten hält der Oberste Gerichtshof damit die der Klägerin obliegende Beweispflicht im Sinne des § 2 Abs 2 WRG für erfüllt. Nicht unwesentlich für diesen Schluß müssen auch die amtlichen Vorgänge ab dem Jahre 1921 und insbesondere das Ergebnis der im Jahre 1927 durchgeführten Erhebungen sein. Damals war es nämlich allseits unbestritten, daß D*, der Rechtsvorgänger der Klägerin, Eigentümer des Sees war. Daß es sich dabei nicht nur um das Eigentum am Seebett, sondern auch am Gewässer handelte, ergibt sich schon daraus, daß es damals um die Öffentlicherklärung des Gewässers ging, die überhaupt nur in Betracht kam, wenn bis dahin der See Privatgewässer war. Es ging auch um Rechte wie Eisgewinnung, Holzflößen und Bootfahren, die nur in Gewässern ausgeübt werden konnten und die D* nur gegen Entgelt gestattete. Die damals übereinstimmenden Erhebungsergebnisse, die nur 57 Jahre nach dem Inkrafttreten des Reichswasserrechtsgesetz 1869, RGI Nr 93, und des auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Kärntner Landesgesetzes, LGBl 1870/46, unter Beteiligung fast aller Anrainer des Sees und auch von Vertretern der Gemeinde stattfanden, wären wohl undenkbar gewesen, wenn nicht auch nach der Überlieferung der

zumindest zum Teil seit Generationen ansässigen Bauern überhaupt kein Zweifel darüber bestanden hätte, daß nicht nur das Seebett, sondern auch das Gewässer seit unvordenklichen Zeiten im Eigentum der Herrschaft * und der Rechtsnachfolger ihrer Eigentümer stand. Die Landesbehörden akzeptierten diese Rechtslage. Auch die beklagte Partei selbst nahm, wie sich insbesondere aus der Zinszahlung für das Badefloß und die Verhandlungen über die Bezahlung eines Badeschillings ergibt, bis zuletzt das Bestehen des Eigentums der Klägerin an der Seewelle als selbstverständlich an. Das Verhalten aller maßgeblichen öffentlichen Stellen und Beteiligten bis in die jüngste Zeit ist ein klares Indiz dafür, daß das Eigentumsrecht der Klägerin und ihrer Vorgänger auch am Gewässer * See als sicher und erwiesen galt. Erst nach dem Scheitern der Verhandlungen mit der Klägerin nahm die beklagte Gemeinde ihren nunmehrigen Standpunkt ein. Die Gestattung des Badens durch Gäste des Strandbades der beklagten Partei im See der Klägerin geht über den gemäß § 8 Abs 2 WRG zu duldenden Gemeingebrauch hinaus. Mangels Einigung mit der beklagten Partei ist sie daher berechtigt, Strandbadgästen der beklagten Partei das Baden im * See zu verbieten und von der beklagten Partei die mit Klage begehrte Unterlassung zu verlangen. Gleich den Untergerichten hält der Oberste Gerichtshof damit die der Klägerin obliegende Beweispflicht im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, WRG für erfüllt. Nicht unwesentlich für diesen Schluß müssen auch die amtlichen Vorgänge ab dem Jahre 1921 und insbesondere das Ergebnis der im Jahre 1927 durchgeführten Erhebungen sein. Damals war es nämlich allseits unbestritten, daß D*, der Rechtsvorgänger der Klägerin, Eigentümer des Sees war. Daß es sich dabei nicht nur um das Eigentum am Seebett, sondern auch am Gewässer handelte, ergibt sich schon daraus, daß es damals um die Öffentlicherklärung des Gewässers ging, die überhaupt nur in Betracht kam, wenn bis dahin der See Privatgewässer war. Es ging auch um Rechte wie Eisgewinnung, Holzflößen und Bootfahren, die nur in Gewässern ausgeübt werden konnten und die D* nur gegen Entgelt gestattete. Die damals übereinstimmenden Erhebungsergebnisse, die nur 57 Jahre nach dem Inkrafttreten des Reichswasserrechtsgesetz 1869, RGBI Nr 93, und des auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Kärntner Landesgesetzes, LGBl 1870/46, unter Beteiligung fast aller Anrainer des Sees und auch von Vertretern der Gemeinde stattfanden, wären wohl undenkbar gewesen, wenn nicht auch nach der Überlieferung der zumindest zum Teil seit Generationen ansässigen Bauern überhaupt kein Zweifel darüber bestanden hätte, daß nicht nur das Seebett, sondern auch das Gewässer seit unvordenklichen Zeiten im Eigentum der Herrschaft * und der Rechtsnachfolger ihrer Eigentümer stand. Die Landesbehörden akzeptierten diese Rechtslage. Auch die beklagte Partei selbst nahm, wie sich insbesondere aus der Zinszahlung für das Badefloß und die Verhandlungen über die Bezahlung eines Badeschillings ergibt, bis zuletzt das Bestehen des Eigentums der Klägerin an der Seewelle als selbstverständlich an. Das Verhalten aller maßgeblichen öffentlichen Stellen und Beteiligten bis in die jüngste Zeit ist ein klares Indiz dafür, daß das Eigentumsrecht der Klägerin und ihrer Vorgänger auch am Gewässer * See als sicher und erwiesen galt. Erst nach dem Scheitern der Verhandlungen mit der Klägerin nahm die beklagte Gemeinde ihren nunmehrigen Standpunkt ein. Die Gestattung des Badens durch Gäste des Strandbades der beklagten Partei im See der Klägerin geht über den gemäß Paragraph 8, Absatz 2, WRG zu duldenden Gemeingebrauch hinaus. Mangels Einigung mit der beklagten Partei ist sie daher berechtigt, Strandbadgästen der beklagten Partei das Baden im * See zu verbieten und von der beklagten Partei die mit Klage begehrte Unterlassung zu verlangen.

Nicht mit der Aktenlage in Übereinstimmung steht die Behauptung der Revision, die von D* mit Anrainern getroffene Vereinbarung vom 14. Juni 1929 sei ein öffentlicher Vertrag. Es fand damals keineswegs eine Verhandlung über eine Öffentlicherklärung des Sees statt, sondern die Bezirkshauptmannschaft * war durch die Landesregierung nur beauftragt gewesen, Verhandlungen über die Vorschläge der Anrainer mit dem Seebesitzer D* zu führen. Die Vereinbarung vom 14. Juni 1929 kam als Abschluß dieser außerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens geführten Verhandlungen zustande und führte dazu, daß die Landesregierung und der Landtag diese Lösung befriedigend zur Kenntnis nahmen und keine Notwendigkeit sahen, die Öffentlicherklärung des Sees zu betreiben. Es handelte sich also nicht um ein im Zuge des Wasserrechtsverfahrens getroffenes Übereinkommen. Nach seinem Wortlaut enthielt es auch keine Bindung den Rechtsnachfolgern der damaligen Vertragspartner D* gegenüber, so daß die beklagte Partei, die nicht Vertragspartner war, daraus auch keine Rechte ableiten kann (in diesem Sinne schon 1 Ob 105/66).

Als drittes und letztes Argument führt die Revision an, die Klägerin habe dadurch, daß sie die Aufschüttungen der beklagten Partei auf ihrem Grundstück und den Badebetrieb von diesem aus seit dem Jahre 1967 widerspruchlos zur Kenntnis genommen habe, der beklagten Partei stillschweigend eine Servitut eingeräumt. Fest steht nun aber, daß zwar ab dem Jahre 1967, ohne daß Badeeinrichtungen vorhanden gewesen wären, vom Parkplatz der beklagten Partei aus inoffiziell gebadet wurde, die Klägerin aber schon in den Jahren 1969 und 1970 von den Uferbesitzern, die den See

gewinnbringend nutzen, die Entrichtung einer Gebühr verlangte und im Jahre 1971 auch die beklagte Partei hiezu aufforderte, worauf diese noch den Standpunkt vertrat, daß die Realisierung des geplanten öffentlichen Bades zeitlich noch nicht fixiert sei. Für ein Badefloß hat zudem die beklagte Partei, offenbar über Aufforderung durch die Klägerin, ohnehin ein Entgelt entrichtet. Aus welcher Handlung oder Unterlassung unter diesen Umständen eine stillschweigende Zustimmung abgeleitet werden könne, daß Badegäste der beklagten Partei von ihrem Strandbad aus unentgeltlich im See baden dürften, ist nicht zu erkennen. Die Klägerin hatte damit auf eines ihrer Rechte aus ihrem Eigentum verzichten müssen. Bei Annahme eines stillschweigenden Verzichtes ist jedoch stets besondere Vorsicht geboten; er darf nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, daß er ernstlich gewillt war und der Verpflichtete unter Bedachtnahme auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche und unter Überlegung aller Umstände den zweifelsfreien Schluß ziehen durfte, der Berechtigte hätte auf seinen Anspruch ernstlich verzichtet (JBI 1976, 98 uva). Diese Voraussetzungen liegen im vorliegenden Fall auch nicht annähernd vor.

Der Revision ist ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Die Kostenentscheidung stützt sich auf die Paragraphen 41, 50, ZPO.

Textnummer

E801012

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1978:0010OB00007.78.0426.000

Im RIS seit

10.02.2026

Zuletzt aktualisiert am

10.02.2026

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