

# TE OGH 2017/6/7 3Ob26/17w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.06.2017

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hoch als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin Dr. Lovrek, die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch und die Hofrätin Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*, vertreten durch Dr. Alexander Klaus Rechtsanwalts GmbH in Klagenfurt, wider die beklagte Partei S\* KG, \*, vertreten durch Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwalts GmbH & Co KG in Graz, wegen Feststellung, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Berufungsgericht vom 7. Dezember 2016, GZ 4 R 291/16k-70, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Klagenfurt vom 30. September 2016, GZ 15 C 1234/14y-65, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der außerordentlichen Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Berufungsurteil zum Hauptbegehren wird dahin abgeändert, dass das klageabweisende Ersturteil wiederhergestellt wird.

Das Ersturteil zum Eventualbegehren wird dahin abgeändert, dass es zu lauten hat:

„Es wird zwischen dem Kläger und der Beklagten festgestellt, dass dem Kläger als Eigentümer des Grundstücks \* sowie seinen Rechtsnachfolgern im Eigentum dieses Grundstückes gegenüber der Beklagten als Eigentümerin des Grundstückes \* sowie ihren Rechtsnachfolgern im Eigentum dieses Grundstückes das Recht des Gehens und Fahrens über den Weg, der im Vermessungsplan Beilage ./D, der einen integrierenden Bestandteil dieses Urteils darstellt, mit Weg bezeichnet ist, so lange zusteht, bis der neue, in der Skizze Beilage ./A zu Beilage ./E, welche einen integrierenden Bestandteil dieses Urteils darstellt, schwarz eingezeichnete Weg tatsächlich errichtet und für den Kläger nutzbar ist.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 6.726,41 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz (darin enthalten 100 EUR an Barauslagen und 1.104,40 EUR an USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 272 EUR an Barauslagen bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 340,50 EUR an Barauslagen bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Eigentümer der EZ \*, bestehend aus dem Grundstück \* (in Hinkunft: GSt K). Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft EZ \*, bestehend aus dem Grundstück \* (in Hinkunft: GSt B), die östlich an das GSt K angrenzt. Westlich des GSt K befindet sich die EZ \*, bestehend aus den Grundstücken \* Wald, \* Baufläche (begrünt),

\* Garten (Erholungsfläche) und

\* Baufläche (Gebäude), Baufläche (befestigt) mit einem Haus (in Hinkunft: EZ R). Der Kläger ist Eigentümer der EZ \*, bestehend aus dem Grundstück \* (in Hinkunft: GSt K). Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft EZ \*, bestehend aus dem Grundstück \* (in Hinkunft: GSt B), die östlich an das GSt K angrenzt. Westlich des GSt K befindet sich die EZ \*, bestehend aus den Grundstücken \* Wald, \* Baufläche (bezugnehmend), \* Garten (Erholungsfläche) und, \* Baufläche (Gebäude), Baufläche (befestigt) mit einem Haus (in Hinkunft: EZ R).

Die GSt B und K sowie EZ R liegen südlich einer Seeuferstraße und weisen ein zum Teil sehr starkes Gefälle Richtung Norden (zur Seeuferstraße) auf. Von der Seeuferstraße führt zunächst über öffentliches Gut, sodann (an dessen nordöstlichem Eck geringfügig) über GSt K und weiter über GSt B (vorerst Richtung Osten, dann nach einer Kurve mit einem Winkel von etwas weniger als 90° weiter in Richtung Südsüdwesten) ein zur EZ R verlaufender Weg (= der hier strittige Weg), der sich in der Natur im Wesentlichen immer so darstellte, wie das auch noch während dieses Verfahrens in der Natur der Fall war. Zunächst war dieser Weg ein Waldweg, der mit dem Ausbau der Seeuferstraße ebenfalls ausgebaut wurde. Zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt wurde der Weg auch asphaltiert; zunächst nur im nördlichen Bereich bis zu der bereits beschriebenen Kurve. Noch vor September 2005 wurde vom damaligen Eigentümer der EZ K veranlasst, dass der Weg weiter Richtung Süden asphaltiert wird. Der strittige Weg ist der einzige Weg zum GSt K, der mit PKW befahren werden kann. Wegen des Kurvenradiuses ist es für LKW schwierig, den strittigen Weg zu befahren.

Der Kläger erwarb das GSt K mit Kaufvertrag vom 13. September 2005. Der Verkäufer (in Hinkunft: Rechtsvorgänger [RV] des Klägers) hatte mit Kaufvertrag vom 7. November 2000 das GSt von einer Frau (im Weiteren: Übernehmerin) erworben, die es ihrerseits mit Übergabevertrag vom 23. Mai 1997 von ihrer Mutter (in Hinkunft: Übergeberin) erworben hatte. (b) Auf dem GSt K war seit jeher Wald, ohne dass es zu einer forstwirtschaftlichen Nutzung gekommen war. Einige Jahre nach 1986 wurde für das GSt K eine Punktwidmung bewilligt. Auch nach dieser Punktwidmung bestand das GSt aus Wald. Auf dem GSt K war bis zur Bautätigkeit des Klägers nie ein Haus errichtet gewesen, wovon der Kläger wusste. Noch vor Unterfertigung des Kaufvertrags nahm der Kläger Einsicht in das Grundbuch, aber nur zum GSt K, nicht auch zum GSt B. Er wunderte sich dabei nicht, dass bei dem GSt K kein Wegerecht bei den Berechtigungen aufschien, obwohl ihm der Verkäufer erklärt hatte, dass ein Wegeservitut bestehe und dieses auch eingetragen sei.

Zum GSt K wurde immer über den strittigen Weg zugefahren, der auch als Zufahrt zur EZ R diene. Mit Fahrzeugen befahren wurde dieser Weg zum Aufsuchen des GSt K aber nur zu Zwecken des Besuchs der benachbarten Familie des RV des Klägers, zum Parken wenn die Übergeberin keinen Abstellplatz für ihren PKW beim Badeplatz nördlich des GSt K fand, oder wenn sie am GSt K „nach dem Rechten schaute“. (c) Darüber hinaus wurde zum GSt K über den strittigen Weg nicht zugefahren. Der strittige Weg diene nämlich der Zufahrt zur EZ R und dem dort errichteten (Wohn-)Haus. Zum GSt K gelangt/gelangte man auch zu Fuß über eine Stiege, die bei der Seeuferstraße beginnt. Das GSt K und die EZ R waren nie durch Zäune oder dergleichen getrennt. Während der Zeit, als der RV des Klägers Eigentümer sowohl der EZ R als auch des GSt K war, wurden diese Liegenschaften gemeinsam genutzt. Der nördliche Bereich des GSt K diente seinen Kindern als Spielplatz. Zum GSt K wurde immer über den strittigen Weg zugefahren, der auch als Zufahrt zur EZ R diene. Mit Fahrzeugen befahren wurde dieser Weg zum Aufsuchen des GSt K aber nur zu Zwecken des Besuchs der benachbarten Familie des Regierungsvorgängers des Klägers, zum Parken wenn die Übergeberin keinen Abstellplatz für ihren PKW beim Badeplatz nördlich des GSt K fand, oder wenn sie am GSt K „nach dem Rechten schaute“. (c) Darüber hinaus wurde zum GSt K über den strittigen Weg nicht zugefahren. Der strittige Weg diene nämlich der Zufahrt zur EZ R und dem dort errichteten (Wohn-)Haus. Zum GSt K gelangt/gelangte man auch zu Fuß über eine Stiege, die bei der Seeuferstraße beginnt. Das GSt K und die EZ R waren nie durch Zäune oder dergleichen getrennt. Während der Zeit, als der Regierungsvorgänger des Klägers Eigentümer sowohl der EZ R als auch des GSt K war, wurden diese Liegenschaften gemeinsam genutzt. Der nördliche Bereich des GSt K diente seinen Kindern als Spielplatz.

Im März 2006 stellte der RV des Klägers für eine Teilfläche des GSt K einen Antrag auf Rodungsbewilligung zum Zwecke der Schaffung von Bauland, der in der Folge ausgedehnt wurde. Mit Bescheid vom 7. April 2006 wurde die Rodungsbewilligung für Flächen von 725 m<sup>2</sup>, 150 m<sup>2</sup> und 1.270 m<sup>2</sup> erteilt, die am GSt K überwiegend nördlich des damals bestehenden Wegs und nur geringfügig südlich davon lagen und zur Gänze die Fläche der Punktwidmung von 150 m<sup>2</sup> erfasste. Das aufgrund der Rodungsbewilligung vom RV des Klägers geschlagene Holz wurde über den

strittigen Weg abtransportiert. Wann geschla?gert wurde, kann nicht festgestellt werden. Im Ma?rz 2006 stellte der Regierungsvorlage des Klägers fu?r eine Teilfla?che des GSt K einen Antrag auf Rodungsbewilligung zum Zwecke der Schaffung von Bauland, der in der Folge ausgedehnt wurde. Mit Bescheid vom 7. April 2006 wurde die Rodungsbewilligung für Flächen von 725 m<sup>2</sup>, 150 m<sup>2</sup> und 1.270 m<sup>2</sup> erteilt, die am GSt K überwiegend no?rdlich des damals bestehenden Wegs und nur gerin fu?gig su?dlich davon lagen und zur Gänze die Flä?che der Punktwidmung von 150 m<sup>2</sup> erfasste. Das aufgrund der Rodungsbewilligung vom Regierungsvorlage des Klägers geschla?gerte Holz wurde u?ber den strittigen Weg abtransportiert. Wann geschla?gert wurde, kann nicht festgestellt werden.

Die Beklagte kaufte das GSt B mit Kaufvertrag vom 7. Oktober 2002, abgeschlossen mit dem Nachlass nach dem verstorbenen Eigentümer (in Hinkunft: Rechtsvorgänger [RV] der Beklagten). Darin übernahm die Beklagte Dienstbarkeiten zur weiteren Duldung, und zwar ua „die [...] eingetragene Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens [...] zugunsten der Grundstu?cke [...]“ der EZ R. Der RV der Beklagten verpflichtete sich im Übrigen, fu?r die Freiheit der kaufgegensta?ndlichen Liegenschaft von bu?cherlichen und au?erbu?cherlichen Lasten zu sorgen, insbesondere die Lo?schung von Pfandrechten zu bewirken, und haftet dafu?r, dass die kaufgegensta?ndliche Liegenschaft und die weiters u?bertragenen Rechte vollkommen lastenfrei auf die Beklagte u?bergehen. Die Beklagte erklärte ua, Kenntnis von der im Kaufvertrag vom 12. Dezember 2000 geregelten Dienstbarkeit zu haben und dieser Vereinbarung auf Seiten des RV der Beklagten beizutreten. Die Beklagte kaufte das GSt B mit Kaufvertrag vom 7. Oktober 2002, abgeschlossen mit dem Nachlass nach dem verstorbenen Eigentümer (in Hinkunft: Rechtsvorgänger [RV] der Beklagten). Darin übernahm die Beklagte Dienstbarkeiten zur weiteren Duldung, und zwar ua „die [...] eingetragene Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens [...] zugunsten der Grundstu?cke [...]“ der EZ R. Der Regierungsvorlage der Beklagten verpflichtete sich im Übrigen, fu?r die Freiheit der kaufgegensta?ndlichen Liegenschaft von bu?cherlichen und au?erbu?cherlichen Lasten zu sorgen, insbesondere die Lo?schung von Pfandrechten zu bewirken, und haftet dafu?r, dass die kaufgegensta?ndliche Liegenschaft und die weiters u?bertragenen Rechte vollkommen lastenfrei auf die Beklagte u?bergehen. Die Beklagte erklärte ua, Kenntnis von der im Kaufvertrag vom 12. Dezember 2000 geregelten Dienstbarkeit zu haben und dieser Vereinbarung auf Seiten des Regierungsvorlage der Beklagten beizutreten.

Schon mit dem RV des Klä?gers, der damals schon Alleineigentü?mer der EZ R und des GSt K war, hatte die Beklagte besprochen, den strittigen Weg zu verlegen, weil sie auf GSt B ein Bauwerk plante. Damals hatte man sich darauf geeinigt, dass der Weg Richtung Westen an die Grundstu?cksgrenze verlegt werden soll und zwar so, dass die Wegachse auf der Grenze zwischen GSt B und GSt K liegt. Von dieser Vereinbarung hatte der Klä?ger beim Kauf des GSt K keine Kenntnis. Schon mit dem Regierungsvorlage des Klä?gers, der damals schon Alleineigentü?mer der EZ R und des GSt K war, hatte die Beklagte besprochen, den strittigen Weg zu verlegen, weil sie auf GSt B ein Bauwerk plante. Damals hatte man sich darauf geeinigt, dass der Weg Richtung Westen an die Grundstu?cksgrenze verlegt werden soll und zwar so, dass die Wegachse auf der Grenze zwischen GSt B und GSt K liegt. Von dieser Vereinbarung hatte der Klä?ger beim Kauf des GSt K keine Kenntnis.

Im Kaufvertrag vom 12. Dezember 2000, abgeschlossen zwischen dem RV der Beklagten als Verkäufer und dem RV des Klägers als Käufer über einen Ha?lfteanteil der EZ R (die 2. Hälfte stand bereits im Eigentum des RV des Klägers), ra?umte der RV der Beklagten für sich und seine jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum des GSt B dem RV des Klägers und dessen jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum von Grundstücken der EZ R auf immerwa?hrende Zeiten und unentgeltlich das Recht ein, u?ber den in der beigehefteten Lageskizze mit braunem Farbstift eingezeichneten Bereich des GSt B (bereits errichtete Weganlage = strittiger Weg) zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren. Diese Dienstbarkeit wurde fu?r jeden beliebigen Zweck des Gebrauchs und auch fu?r alle zuku?nftigen Trennstu?cke des herrschenden Guts vereinbart. Dem jeweiligen Eigentü?mer des GSt B wurde es gestattet, den Dienstbarkeitsbereich auch zu verlegen, sofern sich dadurch fu?r den Dienstbarkeitsberechtigten keine wesentliche Erschwernis in der Ausu?bung der Dienstbarkeitsrechte ergibt. Im Kaufvertrag vom 12. Dezember 2000, abgeschlossen zwischen dem Regierungsvorlage der Beklagten als Verkäufer und dem Regierungsvorlage des Klägers als Käufer über einen Ha?lfteanteil der EZ R (die 2. Hälfte stand bereits im Eigentum des Regierungsvorlage des Klägers), ra?umte der Regierungsvorlage der Beklagten für sich und seine jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum des GSt B dem Regierungsvorlage des Klägers und dessen jeweiligen Rechtsnachfolger im Eigentum von Grundstücken der EZ R auf immerwa?hrende Zeiten und unentgeltlich das Recht ein, u?ber den in der beigehefteten Lageskizze mit braunem Farbstift eingezeichneten Bereich des GSt B (bereits errichtete Weganlage = strittiger Weg) zu gehen und mit

Fahrzeugen aller Art zu fahren. Diese Dienstbarkeit wurde für jeden beliebigen Zweck des Gebrauchs und auch für alle zukünftigen Trennstücke des herrschenden Guts vereinbart. Dem jeweiligen Eigentümer des GSt B wurde es gestattet, den Dienstbarkeitsbereich auch zu verlegen, sofern sich dadurch für den Dienstbarkeitsberechtigten keine wesentliche Erschwerung in der Ausübung der Dienstbarkeitsrechte ergibt.

(a) Nicht festgestellt werden kann, dass es eine mündliche Absprache zwischen den jeweiligen Eigentümern der GSt K und B sowie EZ R gab, dass – ohne zeitliche und zweckmäßige Beschränkung – über jene Grundstücke zum jeweils eigenen Zufahren werden kann, die im fremden Eigentum stehen.

Am 21. Februar 2006, vor der Bauverhandlung im Zusammenhang mit der Errichtung eines Hauses auf dem GSt K durch den Kläger, kam es zu einem Treffen, an dem einerseits der Kläger und andererseits die Vertreterin der Beklagten sowie deren beide Söhne und für diese ein Rechtsanwalt teilnahmen. Thema dieser Besprechung war der hier strittige Weg zum GSt K des Klägers. Schon davor war dem Kläger ein E-Mail übermittelt worden, in dem er auf den mit dem RV des Klägers festgelegten Wegverlauf zur Neuanlage des Zufahrtswegs sowie die wechselseitige Einräumung der erforderlichen Wegrechte hingewiesen wurde. Am 21. Februar 2006, vor der Bauverhandlung im Zusammenhang mit der Errichtung eines Hauses auf dem GSt K durch den Kläger, kam es zu einem Treffen, an dem einerseits der Kläger und andererseits die Vertreterin der Beklagten sowie deren beide Söhne und für diese ein Rechtsanwalt teilnahmen. Thema dieser Besprechung war der hier strittige Weg zum GSt K des Klägers. Schon davor war dem Kläger ein E-Mail übermittelt worden, in dem er auf den mit dem Regierungsvorlage des Klägers festgelegten Wegverlauf zur Neuanlage des Zufahrtswegs sowie die wechselseitige Einräumung der erforderlichen Wegrechte hingewiesen wurde.

(d) Bei der Besprechung vom 21. Februar 2006 wurde – wie bereits bei früheren Telefongesprächen zwischen dem Kläger und der Vertreterin der Beklagten – thematisiert, dass der strittige Weg vom Kläger für das geplante Wohnhaus nicht benutzt werden dürfte, da er keine entsprechende Servitut habe. Der Kläger verwies seinerseits darauf, dass die Beklagte, um auf ihr Grundstück zu gelangen, nicht über den nördlichen Teil des GSt K fahren dürfte.

Der Kläger erklärte damals nach Erörterung der von der Beklagten vorgeschlagenen Wegvarianten sein grundsätzliches Einverständnis zu dem Verlauf des Wegs, wie er sich aus der Beilage .A zur später schriftlich getroffenen Vereinbarung ergibt, er behielt sich aber die Prüfung des Grenzverlaufs und der Einbindung in den Weg auf seinem GSt K vor. Diese am 21. Februar 2006 letztlich besprochene Variante des Wegverlaufs weicht von jenem ab, für den eine Einigung der Beklagten mit dem RV des Klägers erfolgt war, weil sie einen Wegverlauf entlang der Grenze zwischen dem GSt B und dem GSt K vorsieht, bei dem die Trasse des Wegs zur Gänze auf dem GSt B verläuft. Die Besprechung vom 21. Februar 2006 endete mit dem Verfassen eines Schriftstücks, nämlich der Beilage .E, das einschließlich der als Blatt 3 angeschlossenen und als „Beilage .A“ bezeichneten Skizze einen integrierenden Bestandteil dieses Urteils bildet. Die vom Kläger handschriftlich geschriebene und verfasste Vereinbarung, aus der er auf Ersuchen des Rechtsanwalts der Beklagten das Wort „bestehende“ im Punkt 5. der Vereinbarung herausstrich, lautet: Der Kläger erklärte damals nach Erörterung der von der Beklagten vorgeschlagenen Wegvarianten sein grundsätzliches Einverständnis zu dem Verlauf des Wegs, wie er sich aus der Beilage .A zur später schriftlich getroffenen Vereinbarung ergibt, er behielt sich aber die Prüfung des Grenzverlaufs und der Einbindung in den Weg auf seinem GSt K vor. Diese am 21. Februar 2006 letztlich besprochene Variante des Wegverlaufs weicht von jenem ab, für den eine Einigung der Beklagten mit dem Regierungsvorlage des Klägers erfolgt war, weil sie einen Wegverlauf entlang der Grenze zwischen dem GSt B und dem GSt K vorsieht, bei dem die Trasse des Wegs zur Gänze auf dem GSt B verläuft. Die Besprechung vom 21. Februar 2006 endete mit dem Verfassen eines Schriftstücks, nämlich der Beilage .E, das einschließlich der als Blatt 3 angeschlossenen und als „Beilage .A“ bezeichneten Skizze einen integrierenden Bestandteil dieses Urteils bildet. Die vom Kläger handschriftlich geschriebene und verfasste Vereinbarung, aus der er auf Ersuchen des Rechtsanwalts der Beklagten das Wort „bestehende“ im Punkt 5. der Vereinbarung herausstrich, lautet:

„Servitut – Reifnitz 21. 2. 06

Vereinbarung zwischen [Beklagter] als Eigent. d. Liegenschaft [GSt B] und [dem Kläger] als außerbüch. Eigent. d. Liegenschaft [GSt K] wie folgt:

1. [Die Beklagte] verpflichtet sich keinen Einwand bei der Bauverhandlung am 21. 2. 06, betreffend das BV auf GSt[K] gem. dem eingereichten Projekt zu erheben.
2. [Der Kläger] verpflichtet sich einen pauschalierten Kostenersatz für die Verlegung der Zufahrtsstraße von € 5.000,-- (in Worten: fünftausend) zzgl. Ust. gegen Rechnungslegung zu übernehmen.
3. Die Zufahrtsstraße wird auf der Liegenschaft [GSt B] errichtet (gem. Beilage .A; Skizze Nr. 06801-02 v. 21. 2. 06).
4. [Der Kläger] verpflichtet sich keinen Einwand gegen ein allfälliges BV auf der Liegenschaft GSt[B] zu erheben.
5. Die [das Wort 'bestehende' ist hier dreifach durchgestrichen] Dienstbarkeit für das GSt [K] ([GSt B] = dienendes GSt; [GSt K] = herrschendes GSt) wird entsprechend intabuliert, sowie für das 'Zipferl' unten:

Unterschrieben wurde die Urkunde vom Kläger und der Vertreterin der Beklagten. Die „Beilage .A“ zeigt einen gegenüber dem in der Natur bestehenden Weg geänderten Verlauf, weil er von der Kurve weg vorerst Richtung Westsüdwest und vor Erreichen der Grundgrenze zum GSt K durch eine ca 90o-ige Kurve entlang der Grundgrenze am GSt B Richtung Südsüdosten führt, um auf Höhe des Eintritts des bestehenden Wegs in das GSt K in diesen Weg einzumünden.

(e) Am 21. Februar 2006 wurde mit dem Kläger auch besprochen, dass die Verlegung des Wegs entsprechend der Skizze Beilage .A im Rahmen der Errichtung des Wohnhauses auf dem GSt K erfolgen solle.

Im Vertrauen auf die Erfüllung des am 21. Februar 2006 Besprochenen durch den Kläger, erklärte die Beklagte, vertreten durch den Rechtsanwalt, bei der Bauverhandlung am selben Tag, im Hinblick auf eine vor der Verhandlung erfolgte privatrechtliche Vereinbarung keinen Einwand zu erheben.

Nach den Bauarbeiten im Zusammenhang mit der Errichtung des Wohnhauses auf GSt K wurde die Asphaltierung des strittigen Weges vom Kläger erneuert. Über den strittigen Weg waren die Baufahrzeuge zum GSt K gefahren, ohne dass dies die Beklagte oder deren Vertreter verboten hatten.

Bis Juni 2007 wurde entgegen dem Inhalt der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 der Beklagten vom Kläger keine verbuchungsfähige Urkunde übermittelt.

In einem Schreiben vom Juni 2007 forderte die Beklagte den Kläger ua zur alsbaldigen Übersendung eines Vertragsentwurfs für die wechselseitige Verbuchung auf.

Auf dieses Schreiben antwortete der damalige Vertreter des Klägers mit Schreiben vom 23. Juli 2007: Da sich die Straße bereits vor Durchführung der Bauarbeiten des Klägers in einem desolaten Zustand befunden habe und durch die Arbeiten in Mitleidenschaft gezogen worden sei, habe der Kläger die gesamte Straße auf seine Kosten saniert und in neuwertigen Zustand gebracht, ohne sie zu verändern, zu verschmälern oder zu vergrößern. Zur Vereinbarung vom 21. Februar 2006 wies er darauf hin, dass es sich dabei um ein grundsätzliches Einverständnis des Klägers handle, der Grenzverlauf und die Einmündung in die bestehende Straße auf dem GSt K zu prüfen sei. Da der bestehende Weg vielmehr dem in der angeschlossenen Planbeilage entspreche, übermittelte der Vertreter des Klägers der Beklagten einen Entwurf eines Servitutsvertrags mit einem von der Skizze „Beilage .A“ nicht unerheblich abweichenden Wegverlauf.

In dem folgenden Brief des Vertreters der Beklagten vom 13. September 2007 wies dieser darauf hin, dass dem Kläger hinsichtlich des in der Natur vorhandenen (= strittigen) Weges auf dem GSt B zugunsten des GSt K keine Dienstbarkeit zustehe, dem Kläger aber mit der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 eine Dienstbarkeit auf einem noch anzulegenden Weg, dessen Verlauf in der Skizze Beilage .A wiedergegeben sei, eingeräumt wurde. Weiters verwies er darauf, dass die Benutzung des strittigen Wegs durch den Kläger „lediglich auf einer vorläufigen Gestattung beruhe“, die keine weitergehende Einräumung von Rechten, vor allem nicht eines auf Dauer angelegten Rechts umfasse.

Weil ein der Besprechung vom 21. Februar 2006 entsprechender Dienstbarkeitsvertrag vom Kläger nicht übermittelt wurde, erhob die Beklagte im Jahr 2014 gegen ein weiteres Bauvorhaben des Klägers auf dem GSt K Einwendungen, womit sie darauf verwies, dass für diese Liegenschaft keine Dienstbarkeit und damit keine Verbindung zum öffentlichen Straßennetz bestehe.

Seit der Errichtung des Wohnhauses hat sich der Kläger dort mit seiner Familie während eines Jahres jeweils von

Mitte Juni bis Ende September, im Fruhjahr und Herbst jeweils etwa jedes zweite Wochenende sowie fallweise u ber die Weihnachtsfeiertage und wa rend anderer Ferien auf. Die vorla ufige Benutzung des strittigen Wegs durch den Kla ger als Zufahrt zum GSt K mit Wohnhaus wurde diesem von der Beklagten nie untersagt.

Der Kla ger stellte zun chst ein Hauptbegehren auf Feststellung eines Geh- und Fahrrechts am bestehenden strittigen Weg und Verpflichtung der Beklagten zur Einwilligung zu dessen Einverleibung. Der strittige Weg bestehe seit mehr als 30 Jahren und sei auch von den Rechtsvorga ngern des Kla gers im Eigentum des GSt K als Zugang und Zufahrt mit Fahrzeugen aller Art verwendet worden. Es habe niemals eine andere Zufahrt bestanden, eine solche sei aufgrund der Gela ndeverha ltnisse auch nicht mo glich. Die vom Kla ger behauptete Dienstbarkeit sei daher zwingend ersessen worden, was von seinen Vorbesitzern besta tigt worden sei. Wegen der Offenkundigkeit der Dienstbarkeit in der Natur sei ein gutgl ubiger lastenfreier Erwerb des GSt B durch die Beklagte ausgeschlossen.

Nach dem Erwerb habe der Kla ger die Errichtung eines Einfamilienhauses geplant und eingereicht. Vor der Bauverhandlung am 21. Februar 2006 habe der Kla ger mit der Beklagten auf Basis des damals von allen Beteiligten als selbstverst ndlich vorausgesetzten Wegerechts eine Vereinbarung abgeschlossen. Das Geh- und Fahrrecht des Kl gers sei von der Beklagten nie bestritten worden. Vereinbart sei damals auch worden, dass die Beklagte gegen das Bauvorhaben des Kla gers keine Einwendungen erheben werde. Ohne die Beklagte zu verpflichten, sei die Verlegung des Servitutswegs an den Rand der Liegenschaft der Beklagten nur in Aussicht genommen worden.

Da die Beklagte im Bauverfahren keine Einwendungen gegen das Bauvorhaben des Kla gers erhoben habe, sei die Baubewilligung erteilt worden. In der Unterlassung der Erhebung von Einwendungen gegen die Baubewilligung zur Errichtung eines Wohnhauses, das nur unter Nutzung des strittigen Wegs errichtet habe werden k nnen, sei eine schlu ssige Einra umung der Dienstbarkeit und ein Anerkenntnis zu erblicken. Auch in der Duldung der Asphaltierung des strittigen Wegs durch den Kla ger sei eine schlu ssige Zustimmung zur Dienstbarkeit zu erblicken.

Die Verlegung des Weges im Sinne der Vereinbarung vom 21. Februar 2006, zu der er weiter stehe, habe der Kla ger weder verhindert noch erschwert. Es m sse aber – wie vereinbart – sichergestellt sein, dass damit keine Verschlechterung der Benutzbarkeit des Wegs fu r den Kla ger verbunden sei.

Die Vereinbarung vom 21. Februar 2006 und das Verhalten der Beklagten im Bauverfahren sei rechtlich dahin zu werten, dass dem Kla ger zumindestens bis zur Errichtung des neuen Wegs ein Recht zur Nutzung des derzeit in der Natur bestehenden Wegs zustehe, weshalb das (zuletzt gestellte) Eventualbegehren auf Feststellung idS berechtigt sei.

Die Beklagte bestritt und wendete im Wesentlichen ein, das GSt K habe noch im Jahr 2000 die der Natur entsprechende Kulturgattung „Wald“ aufgewiesen und sei erst zwischen 2002 und 2005 gerodet worden. Der strittige Weg werde erst seit dem Hausbau des Kl gers im Jahr 2006 auf GSt K als Zufahrt zu einem Wohnhaus verwendet, habe aber seit jeher der Aufschlie ung der benachbarten EZ R gedient, zu deren Gunsten eine Dienstbarkeit zu Lasten des GSt B verbu chert sei. Die Beklagte habe das GSt B im Vertrauen auf den Grundbuchstand – mit Ausnahme der verbu cherten – frei von Lasten erworben.

Nach der Vereinbarung zwischen dem RV der Beklagten und dem RV des Kl gers als Eigent mer der EZ R sei die Beklagte berechtigt, den Weg auf GSt B zu verlegen. In der im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben des Kla gers auf GSt K gefu hrten Besprechung vom 21. Februar 2006 habe es die Beklagte fu r die Einra umung eines Servitutsrechts zugunsten des GSt K zur Bedingung gemacht, dass der Weg so gefu hrt werde, wie dies im damals vorliegenden Plan vorgesehen gewesen sei. Damals sei nicht nur die Beteiligung des Kla gers auch an den Kosten der Verlegung des Wegs vereinbart worden, sondern auch die erstmalige Einra umung einer Dienstbarkeit u ber den noch zu errichtenden Weg. Nach der Vereinbarung zwischen dem Regierungsvorlage der Beklagten und dem Regierungsvorlage des Kl gers als Eigent mer der EZ R sei die Beklagte berechtigt, den Weg auf GSt B zu verlegen. In der im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben des Kla gers auf GSt K gefu hrten Besprechung vom 21. Februar 2006 habe es die Beklagte fu r die Einra umung eines Servitutsrechts zugunsten des GSt K zur Bedingung gemacht, dass der Weg so gefu hrt werde, wie dies im damals vorliegenden Plan vorgesehen gewesen sei. Damals sei nicht nur die Beteiligung des Kla gers auch an den Kosten der Verlegung des Wegs vereinbart worden, sondern auch die erstmalige Einra umung einer Dienstbarkeit u ber den noch zu errichtenden Weg.

Im Vertrauen auf die Vertragstreue des Kla gers habe die Beklagte im Bauverfahren keine Einwendungen erhoben; dies unter Hinweis auf die im Vorfeld geschlossene Vereinbarung vom selben Tag, die die Verlegung des Wegs enthalte. Ohne Zustimmung der Beklagten habe der Kla ger den Weg asphaltieren lassen. Da der vom Rechtsanwalt

des Klägers verfasste Dienstbarkeitsvertrag nicht der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 entsprochen habe, sei dieser von der Beklagten abgelehnt und dem Kläger die Benützung des Wegs vorläufig als Provisorium und ohne die Einräumung eines Rechts gestattet worden.

Zwischen den Streitteilen bestehe ein Dienstbarkeitsvertrag über einen bestimmten Wegverlauf, der nicht dem vom Kläger mit seiner Klage begehrten Verlauf entspreche. Eine konkludente Einräumung eines Wegerechts am bestehenden Weg sei ausgeschlossen, weil dem Bestand eines Wegerechts des Klägers daran ausdrücklich widersprochen worden sei. Zur Ausführung des neuen Wegs sei es nicht gekommen, weil der Kläger ohne Rücksprache mit der Beklagten den alten Weg benütze.

Das Erstgericht wies Haupt- und Eventualbegehren ab.

Es ging vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt aus, der vom Kläger in seiner Berufung zu den unterstrichen wiedergegebenen Feststellungen (a bis e) bekämpft wurde.

Im Rahmen der Beweiswürdigung findet sich noch folgende dislozierte Feststellung: Die erkennende Richterin gelangte zu der Überzeugung, dass dem Kläger am 21. Februar 2006 für die Zufahrt zum GSt K, auf dem der Kläger ein Wohnhaus errichten wollte, erstmals eine Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens (auch im Umfang der Aufschließung des GSt K mit Wohnhaus) am GSt B entsprechend dem Verlauf auf der Skizze Beilage .A zugunsten des GSt K eingeräumt werden sollte, nicht jedoch eine Grundlage für die Einverleibung einer bereits bestehenden Dienstbarkeit am strittigen Weg über GSt B geschaffen werden sollte.

Rechtlich verneinte das Erstgericht eine mündliche Servitutsvereinbarung zwischen Rechtsvorgängern der Streitteile mangels Feststellung einer solchen, ebenso eine konkludente Einräumung einer Servitut durch Unterlassung von Einwänden im Bauverfahren, weil dies nach dem Inhalt der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 mit neuem Wegverlauf auszuschließen sei. Auch ein Anerkenntnis einer bestehenden Dienstbarkeit sei zu verneinen, weil eine neue begründet werden sollte. Wenn überhaupt, könne eine Wegeservitut nur im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des GSt K als Wald bis 2006 ersessen worden sein. Die Errichtung eines Wohnhauses darauf führe zu einer Mehrbelastung, die jedenfalls unberechtigt sei. Das Klagebegehren sei im gesamten Umfang nicht berechtigt, weil die Dienstbarkeit zu Gunsten des GSt K zu Lasten des GSt B im Umfang der Bewirtschaftung Wald nie bestritten worden sei. Eine allfällig zugunsten der EZ R ersessene, später vertraglich eingeräumte Dienstbarkeit könne nicht auf GSt K erweitert werden, weil dies eine unzulässige Ausdehnung bedeuten würde. Auch das Eventualbegehren sei abzuweisen, weil aus der zehnjährigen Duldung der Nutzung des Wegs als Zufahrt zum Haus kein Recht des Klägers auf diese Benützung abgeleitet werden könne.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge und änderte das Ersturteil in eine Stattgebung des Hauptbegehrens ab. Es bewertete den Entscheidungsgegenstand 30.000 EUR übersteigend und ließ die ordentliche Revision nicht zu.

Auf die Beweis- und Tatsachenrüge des Klägers ging es nicht ein, weil er durch die bekämpften Feststellungen nicht beschwert sei. Aus den Feststellungen folge, dass zugunsten des GSt K von den Rechtsvorgängern des Klägers das Geh- und Fahrrecht auf dem strittigen Weg in jenem Umfang ersessen worden sei, als es zur Nutzung und Bewirtschaftung dieser Waldparzelle erforderlich gewesen sei. Weil es in der Vergangenheit niemals eine andere Möglichkeit gegeben habe, diese Waldparzelle mit Kraftfahrzeugen zu erreichen, sei die Dienstbarkeit angesichts der vorhandenen asphaltierten Straße auch offenkundig. Deshalb sei die Beklagte vor dem Liegenschaftserwerb verpflichtet gewesen, naheliegende Erhebungen, vor allem die Befragung des RV des Klägers, vorzunehmen, und könne sie sich wegen dieser Unterlassung nicht auf den Grundbuchsstand berufen. Aus der Unterlassung von Einwendungen in der Bauverhandlung ergebe sich bei der gebotenen objektiven Sicht der Dinge der Schluss, dass die Beklagte die bereits bestehende Dienstbarkeit des Klägers in keiner Weise bestritten, sondern anerkannt und deren Ausdehnung dahingehend, dass das Fahrrecht in Zukunft nicht nur der Bewirtschaftung einer Waldparzelle, sondern der Nutzung eines Wohnhauses dienen sollte, nichts entgegengesetzt habe. Dem Rechtsstandpunkt, die Vereinbarung vom 21. Februar 2006 sei als erstmalige Einräumung einer Dienstbarkeit auf einem erst zu errichtenden Weg zu verstehen, vermöge das Berufungsgericht nichts abzugewinnen; dies einerseits deshalb, weil diese Vereinbarung nicht als Vereinbarung zur Bestellung einer Dienstbarkeit gewertet werden könne (es fehle jedweder Hinweis auf den berechtigten Personenkreis, den Umfang des eingeräumten Rechts und zu Punkt 3. vor allem eine Festlegung dahingehend, wer wann diese Straßenverlegung laut Beilage .A durchzuführen habe); andererseits deshalb, weil

sonst alle Nutzungshandlungen der Rechtsvorgänger des Klägers unberücksichtigt blieben. Diese Rechtsauffassung stehe auch im Einklang mit der Judikatur, wonach die Begründung (hier: Erweiterung) einer Dienstbarkeit auch konkludent erfolgen könne, wobei derjenige, der kostenintensive Maßnahmen des Nachbarn unwidersprochen dulde, diese Konkludenz gegen sich gelten lassen müsse. Daran könne auch die vom Erstgericht getroffene Feststellung nichts ändern, am 21. Februar 2006 sei im Vorfeld der Vereinbarung mit dem Kläger besprochen worden, die Wegverlegung solle im Rahmen der Errichtung seines Wohnhauses erfolgen, weil die „Besprechung dieses Zeitpunkts“ bzw deren Ergebnis nicht Eingang in die schriftliche Vereinbarung gefunden habe. Auf die Beweis- und Tatsachenrüge des Klägers ging es nicht ein, weil er durch die bekämpften Feststellungen nicht beschwert sei. Aus den Feststellungen folge, dass zugunsten des GSt K von den Rechtsvorgängern des Klägers das Geh- und Fahrrecht auf dem strittigen Weg in jenem Umfang ersessen worden sei, als es zur Nutzung und Bewirtschaftung dieser Waldparzelle erforderlich gewesen sei. Weil es in der Vergangenheit niemals eine andere Möglichkeit gegeben habe, diese Waldparzelle mit Kraftfahrzeugen zu erreichen, sei die Dienstbarkeit angesichts der vorhandenen asphaltierten Straße auch offenkundig. Deshalb sei die Beklagte vor dem Liegenschaftserwerb verpflichtet gewesen, naheliegende Erhebungen, vor allem die Befragung des Regierungsvorlages des Klägers, vorzunehmen, und könne sie sich wegen dieser Unterlassung nicht auf den Grundbuchsstand berufen. Aus der Unterlassung von Einwendungen in der Bauverhandlung ergebe sich bei der gebotenen objektiven Sicht der Dinge der Schluss, dass die Beklagte die bereits bestehende Dienstbarkeit des Klägers in keiner Weise bestritten, sondern anerkannt und deren Ausdehnung dahingehend, dass das Fahrrecht in Zukunft nicht nur der Bewirtschaftung einer Waldparzelle, sondern der Nutzung eines Wohnhauses dienen sollte, nichts entgegengesetzt habe. Dem Rechtsstandpunkt, die Vereinbarung vom 21. Februar 2006 sei als erstmalige Einräumung einer Dienstbarkeit auf einem erst zu errichtenden Weg zu verstehen, vermöge das Berufungsgericht nichts abzugewinnen; dies einerseits deshalb, weil diese Vereinbarung nicht als Vereinbarung zur Bestellung einer Dienstbarkeit gewertet werden könne (es fehle jedweder Hinweis auf den berechtigten Personenkreis, den Umfang des eingeräumten Rechts und zu Punkt 3. vor allem eine Festlegung dahingehend, wer wann diese Straßenverlegung laut Beilage .A durchzuführen habe); andererseits deshalb, weil sonst alle Nutzungshandlungen der Rechtsvorgänger des Klägers unberücksichtigt blieben. Diese Rechtsauffassung stehe auch im Einklang mit der Judikatur, wonach die Begründung (hier: Erweiterung) einer Dienstbarkeit auch konkludent erfolgen könne, wobei derjenige, der kostenintensive Maßnahmen des Nachbarn unwidersprochen dulde, diese Konkludenz gegen sich gelten lassen müsse. Daran könne auch die vom Erstgericht getroffene Feststellung nichts ändern, am 21. Februar 2006 sei im Vorfeld der Vereinbarung mit dem Kläger besprochen worden, die Wegverlegung solle im Rahmen der Errichtung seines Wohnhauses erfolgen, weil die „Besprechung dieses Zeitpunkts“ bzw deren Ergebnis nicht Eingang in die schriftliche Vereinbarung gefunden habe.

Weil vom Berufungsgericht Rechtsfragen von der Bedeutung und Tragweite des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu lösen gewesen seien, sei die ordentliche Revision nicht zulässig. Weil vom Berufungsgericht Rechtsfragen von der Bedeutung und Tragweite des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zu lösen gewesen seien, sei die ordentliche Revision nicht zulässig.

Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung iSd Wiederherstellung des Ersturteils; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Beklagte macht mit dem mehrfach wiederholten Argument, das Berufungsgericht sei nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgegangen, im Kern geltend, es habe die Vereinbarung vom 21. Februar 2006 grob unrichtig nicht als Servitutbestellungsvertrag ausgelegt und die Unterlassung von Einwendungen gegen das Bauvorhaben des Klägers falsch beurteilt. Eine allenfalls ersessene Dienstbarkeit am bestehenden Weg – in welchem Umfang wisse man nicht – zum fallweisen Besuch des GSt K oder zum Abtransport von Holz sei nie Gegenstand der Auseinandersetzung zwischen den Streitparteien gewesen; auch das Eventualbegehren bestehe nicht zu Recht, weil aus dem Umstand, dass die Beklagte dem Kläger beinahe zehn Jahre lang nicht untersagte, den bestehenden Weg vorläufig als Zufahrt zu nutzen, kein Recht des Klägers dazu abgeleitet werden könne.

Der Kläger erstattete die ihm freigestellte Revisionsbeantwortung, in der er die Unzulässigkeit der Revision geltend macht und ihr auch inhaltlich entgegen tritt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und zum Teil berechtigt, weil die der Stattgebung des Hauptbegehrens zugrundeliegende Rechtsansicht des Berufungsgerichts



– ungeachtet der Abhängigkeit von Umständen des Einzelfalls – unhaltbar ist und deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit einer Korrektur bedarf. Die Revision ist zulässig und zum Teil berechtigt, weil die der Stattgebung des Hauptbegehrens zugrundeliegende Rechtsansicht des Berufungsgerichts, – ungeachtet der Abhängigkeit von Umständen des Einzelfalls – unhaltbar ist und deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit einer Korrektur bedarf.

1. Das Berufungsgericht ging davon aus, der Kläger sei durch die von ihm bekämpften Feststellungen rechtlich nicht beschwert und übernahm deshalb – ohne inhaltliche Erledigung der Beweisrügen – den gesamten vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt, ohne diesen allerdings in seiner Entscheidung wiederzugeben. Es wollte somit keine vom Erstgericht abweichenden Feststellungen treffen, sondern „nur“ den pauschal vom Erstgericht übernommenen Sachverhalt (anders) rechtlich beurteilen. Eine in der Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bestehende Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor (2 Ob 74/94 = RIS-Justiz RS0042898). Selbst wenn einzelne Formulierungen bei der Behandlung der Rechtsrüge als aktenwidrige Darstellung von Feststellungen des Erstgerichts angesehen werden könnten, hätte dies zu Folge, dass dies dadurch zu bereinigen wäre, dass der Oberste Gerichtshof seiner rechtlichen Beurteilung die Feststellungen des Erstgerichts zugrunde legt (RIS-Justiz RS0110055; RS0116014; 9 ObA 20/16f).

Aufgrund der zulässig ausgeführten Rechtsrüge in der Revision hat eine grundsätzlich allseitige rechtliche Prüfung der bekämpften Beurteilung zu erfolgen (RIS-Justiz RS0043326; RS0043352; jüngst 3 Ob 141/16f).

2. Der Kläger stützt das Bestehen eines Geh- und Fahrrechts zugunsten seines GSt K zunächst auf eine Ersitzung durch seine Vorgänger im Eigentum sowie auf eine mündliche Vereinbarung zwischen den Voreigentümern der GSt K und B sowie EZ R aus dem Jahr 1968 oder davor; beide Titel haben keinen Eingang ins Grundbuch gefunden.

2.1. Eine nicht verbücherte Dienstbarkeit, die nicht offenkundig ist, erlischt durch den gutgläubigen Erwerb des belasteten Grundstücks (RIS-Justiz RS0012151). Um den Liegenschaftserwerber des Schutzes des § 1500 ABGB teilhaftig werden zu lassen, ist es erforderlich, dass diesem sowohl im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs als auch in jenem der Antragstellung auf Einverleibung seines Eigentumsrechts eine allenfalls vom Grundbuchstand abweichende wahre Sachlage unbekannt war (RIS-Justiz RS0034776 [T1]). Der redliche Erwerber wird jedoch nicht geschützt, wenn seine irrije Vorstellung über den Umfang eines fremden Rechts auf – auch nur leichter – Fahrlässigkeit beruht (RIS-Justiz RS0034776 [T4, T6, T11, T23]). Die Sorgfaltsanforderungen an den Erwerber dürfen zwar nicht überspannt werden, weil sonst das Grundbuch entwertet würde (RIS-Justiz RS0034776 [T3]), er muss allerdings Nachforschungen anstellen, wenn der indizierte Verdacht besteht, dass die tatsächlichen Besitzverhältnisse nicht dem Grundbuchstand entsprechen, wenn sich also nach den Umständen des Einzelfalls konkrete Bedenken ergeben (RIS-Justiz RS0034776 [T13, T22]). Eine solche Nachforschungspflicht ist etwa dann anzunehmen, wenn sichtbare Anlagen auf dem Grund oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen (= offenkundige Dienstbarkeit; RIS-Justiz RS0011633, RS0034803). Allerdings ist beispielsweise der Frage nach der Erreichbarkeit von Nachbargrundstücken – und damit nach einem allfälligen Wegerecht – in der Regel nicht nachzugehen, weil der Erwerber das Bestehen nicht verbüchelter Benützungsrechte nicht geradezu vermuten muss (1 Ob 566/89 = SZ 62/62; 10 Ob 5/14d; RIS-Justiz RS0034801). Für den mangelnden guten Glauben des Erwerbers einer Liegenschaft hinsichtlich der Freiheit von Dienstbarkeiten ist der angebliche Dienstbarkeitsberechtigte beweispflichtig (RIS-Justiz RS0013489, RS0034837; RS0034870). Der Erwerb im Vertrauen auf das Grundbuch macht eine vollendete Ersitzung wirkungslos (RIS-Justiz RS0012151 [T2]). Ob Gründe vorliegen, die den guten Glauben an den Grundbuchstand ausschließen, ist in der Regel eine Frage der Umstände des Einzelfalls (RIS-Justiz RS0034870 [T2], RS0107329, RS0113777).

2.1. Eine nicht verbücherte Dienstbarkeit, die nicht offenkundig ist, erlischt durch den gutgläubigen Erwerb des belasteten Grundstücks (RIS-Justiz RS0012151). Um den Liegenschaftserwerber des Schutzes des Paragraph 1500, ABGB teilhaftig werden zu lassen, ist es erforderlich, dass diesem sowohl im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs als auch in jenem der Antragstellung auf Einverleibung seines Eigentumsrechts eine allenfalls vom Grundbuchstand abweichende wahre Sachlage unbekannt war (RIS-Justiz RS0034776 [T1]). Der redliche Erwerber wird jedoch nicht geschützt, wenn seine irrije Vorstellung über den Umfang eines fremden Rechts auf – auch nur leichter – Fahrlässigkeit beruht (RIS-Justiz RS0034776 [T4, T6, T11, T23]). Die Sorgfaltsanforderungen an den Erwerber dürfen zwar nicht überspannt werden, weil sonst das Grundbuch entwertet würde (RIS-Justiz RS0034776 [T3]), er muss allerdings Nachforschungen anstellen, wenn der indizierte Verdacht besteht, dass die tatsächlichen Besitzverhältnisse nicht dem Grundbuchstand entsprechen, wenn sich also nach den Umständen des Einzelfalls konkrete Bedenken ergeben (RIS-Justiz RS0034776 [T13, T22]). Eine solche

Nachforschungspflicht ist etwa dann anzunehmen, wenn sichtbare Anlagen auf dem Grund oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen (= offenkundige Dienstbarkeit; RIS-Justiz RS0011633, RS0034803). Allerdings ist beispielsweise der Frage nach der Erreichbarkeit von Nachbargrundstücken – und damit nach einem allfälligen Wegerecht – in der Regel nicht nachzugehen, weil der Erwerber das Bestehen nicht verbüchelter Benützungsrechte nicht geradezu vermuten muss (1 Ob 566/89 = SZ 62/62; 10 Ob 5/14d; RIS-Justiz RS0034801). Für den mangelnden guten Glauben des Erwerbers einer Liegenschaft hinsichtlich der Freiheit von Dienstbarkeiten ist der angebliche Dienstbarkeitsberechtigte beweispflichtig (RIS-Justiz RS0013489, RS0034837; RS0034870). Der Erwerb im Vertrauen auf das Grundbuch macht eine vollendete Ersitzung wirkungslos (RIS-Justiz RS0012151 [T2]). Ob Gründe vorliegen, die den guten Glauben an den Grundbuchsstand ausschließen, ist in der Regel eine Frage der Umstände des Einzelfalls (RIS-Justiz RS0034870 [T2], RS0107329, RS0113777).

2.2. Der für die Schlechtgläubigkeit der Erwerberin (hier der Beklagten) behauptungs- und beweispflichtige Kläger brachte (nur) vor, wegen der Offenkundigkeit der Dienstbarkeit in der Natur sei ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des GSt B durch die Beklagte ausgeschlossen. Dem erwiderte die Beklagte, beim Erwerb im Jahr 2002 sei erkennbar gewesen, dass der strittige Weg der Aufschließung jener Grundstücke diene, zu deren Gunsten eine Dienstbarkeit einverleibt sei; damals sei das GSt K noch mit Wald bestockt und unverbaut gewesen.

2.3. Dazu ergibt sich aus den Feststellungen, dass der über das GSt B verlaufende Weg zur EZ R führte und dabei das dazwischen liegende GSt K durchquert (vgl Lage- und Höhenplan vom 15. Juli 2005 [also noch vor dem Bau des Klägers], Beilage ./K), also zunächst in das GSt K mündet, was grundsätzlich der klassischen Situation einer offenkundigen Dienstbarkeit für GSt K entspricht. 2.3. Dazu ergibt sich aus den Feststellungen, dass der über das GSt B verlaufende Weg zur EZ R führte und dabei das dazwischen liegende GSt K durchquert vergleiche Lage- und Höhenplan vom 15. Juli 2005 [also noch vor dem Bau des Klägers], Beilage ./K), also zunächst in das GSt K mündet, was grundsätzlich der klassischen Situation einer offenkundigen Dienstbarkeit für GSt K entspricht.

Allerdings sind auch folgende weitere Umstände zu bedenken: Im relevanten Zeitpunkt des Erwerbs der Beklagten (mit Kaufvertrag vom 7. Oktober 2002; laut Grundbuchsatzug zu TZ 4781/2003 im Rang TZ 9559/2002, also) 2002/2003 befand sich auf der EZ R ein Wohnhaus, sodass der bestehende Weg ganz offensichtlich der Aufschließung der Wohnliegenschaft EZ R diene; das dabei zu überquerende GSt K bildete zwar einen selbständigen Grundbuchskörper, stand aber ebenso wie die EZ R im Eigentum des RV des Klägers; das GSt K und die EZ R waren nicht durch Zäune oder dergleichen getrennt und wurden gemeinsam genutzt (so das GSt K als Spielplatz der Kinder des RV des Klägers). Zur Nutzung des GSt K stellte das Erstgericht fest, dass auf dem GSt K damals noch kein Haus errichtet war, sondern seit jeher Wald bestand, ohne dass es zu einer forstwirtschaftlichen Nutzung gekommen war. Nur die Feststellung (b) zum Waldbestand bekämpfte der Kläger in der Berufung und begehrte als Ersatzfeststellung, das GSt K sei nördlich des Wegverlaufs nicht bewaldet gewesen, hilfsweise dass dies nicht festgestellt werden könne. Allerdings sind auch folgende weitere Umstände zu bedenken: Im relevanten Zeitpunkt des Erwerbs der Beklagten (mit Kaufvertrag vom 7. Oktober 2002; laut Grundbuchsatzug zu TZ 4781 aus 2003, im Rang TZ 9559 aus 2002,, also) 2002 aus 2003, befand sich auf der EZ R ein Wohnhaus, sodass der bestehende Weg ganz offensichtlich der Aufschließung der Wohnliegenschaft EZ R diene; das dabei zu überquerende GSt K bildete zwar einen selbständigen Grundbuchskörper, stand aber ebenso wie die EZ R im Eigentum des Regierungsvorlages des Klägers; das GSt K und die EZ R waren nicht durch Zäune oder dergleichen getrennt und wurden gemeinsam genutzt (so das GSt K als Spielplatz der Kinder des Regierungsvorlages des Klägers). Zur Nutzung des GSt K stellte das Erstgericht fest, dass auf dem GSt K damals noch kein Haus errichtet war, sondern seit jeher Wald bestand, ohne dass es zu einer forstwirtschaftlichen Nutzung gekommen war. Nur die Feststellung (b) zum Waldbestand bekämpfte der Kläger in der Berufung und begehrte als Ersatzfeststellung, das GSt K sei nördlich des Wegverlaufs nicht bewaldet gewesen, hilfsweise dass dies nicht festgestellt werden könne.

Der Nichterledigung dieser Beweisrüge durch das Berufungsgericht kommt somit keine Bedeutung zu, weil die für die Nutzung des GSt K wesentliche Annahme des Erstgerichts, dass es zu einer forstwirtschaftlichen Nutzung nie gekommen war, unbeanstandet blieb. Ob das GSt K teilweise unbewaldet war, ist für die Beurteilung der Gutgläubigkeit der Beklagten irrelevant. Die Negativfeststellung zum Zeitpunkt der Rodung auf GSt K geht zu Lasten des beweispflichtigen Klägers, weshalb zu unterstellen ist, dass beim Erwerb der Beklagten diese noch nicht erfolgt war

und daher auch noch nicht der Abtransport des geschlägerten Holzes. Die Beklagte konnte daher von einer einheitlichen Nutzung sowohl des GSt K als auch der EZ R zu Wohnzwecken ausgehen, was auch dem Tatsachenvorbringen des Klägers entspricht.

2.4. Der Umstand, dass trotz des Wegverlaufs über GSt K für dieses im Grundbuch kein Wegerecht als Belastung des GSt B aufschien, sondern nur die (uneingeschränkte) Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens für die EZ R, schaffte daher angesichts dieser besonderen Verhältnisse keine Unklarheiten. Denn zum Befahren des eigenen GSt K bedurfte der RV des Klägers kein Fahrrecht und im Befahren des GSt B mit dem Zweck, unter Überfahren des GSt K zur EZ R zu gelangen, ist – auch angesichts des festgestellten Umfangs des Wegerechts zugunsten der EZ R – keine unzulässige Erweiterung dieser Servitut zu erblicken. Da eine selbständige Nutzung des GSt K zu anderen als Wohnzwecken damals aber nicht erkennbar war, durfte sich die Beklagte mit der vertraglichen Zusicherung ihres RV, es bestünden keine weiteren außerbücherlichen Lasten, begnügen. 2.4. Der Umstand, dass trotz des Wegverlaufs über GSt K für dieses im Grundbuch kein Wegerecht als Belastung des GSt B aufschien, sondern nur die (uneingeschränkte) Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens für die EZ R, schaffte daher angesichts dieser besonderen Verhältnisse keine Unklarheiten. Denn zum Befahren des eigenen GSt K bedurfte der Regierungsvorlage des Klägers kein Fahrrecht und im Befahren des GSt B mit dem Zweck, unter Überfahren des GSt K zur EZ R zu gelangen, ist – auch angesichts des festgestellten Umfangs des Wegerechts zugunsten der EZ R – keine unzulässige Erweiterung dieser Servitut zu erblicken. Da eine selbständige Nutzung des GSt K zu anderen als Wohnzwecken damals aber nicht erkennbar war, durfte sich die Beklagte mit der vertraglichen Zusicherung ihres RV, es bestünden keine weiteren außerbücherlichen Lasten, begnügen.

Daher stellt die Unterlassung weiterer Nachforschungen zur Frage, ob zugunsten des GSt K ein nicht verbüchertes Wegerecht bestehe, im vorliegenden Einzelfall keine als fahrlässig vorzuwerfende Nachlässigkeit der Beklagten dar. Wollte man nämlich von ihr die Prüfung der Rechtslage auch für den bloß theoretisch in der Zukunft denkbaren Fall verlangen, dass das Eigentum am GSt K und an der EZ R nicht mehr in einer Hand liege oder es zu einer Nutzungsänderung des GSt K komme, stellte dies eine Überspannung ihrer Sorgfaltspflichten als Erwerber einer Liegenschaft dar, weil die selbständige Erreichbarkeit eines Nachbargrundstücks grundsätzlich nicht in die Erwägungen eines Kaufinteressierten einbezogen werden muss (vgl. RIS-Justiz RS0034801). Das gilt jedenfalls auch in der hier gegebenen Konstellation. Daher stellt die Unterlassung weiterer Nachforschungen zur Frage, ob zugunsten des GSt K ein nicht verbüchertes Wegerecht bestehe, im vorliegenden Einzelfall keine als fahrlässig vorzuwerfende Nachlässigkeit der Beklagten dar. Wollte man nämlich von ihr die Prüfung der Rechtslage auch für den bloß theoretisch in der Zukunft denkbaren Fall verlangen, dass das Eigentum am GSt K und an der EZ R nicht mehr in einer Hand liege oder es zu einer Nutzungsänderung des GSt K komme, stellte dies eine Überspannung ihrer Sorgfaltspflichten als Erwerber einer Liegenschaft dar, weil die selbständige Erreichbarkeit eines Nachbargrundstücks grundsätzlich nicht in die Erwägungen eines Kaufinteressierten einbezogen werden muss (vergleiche RIS-Justiz RS0034801). Das gilt jedenfalls auch in der hier gegebenen Konstellation.

2.5. Die gegenteilige Beurteilung des Berufungsgerichts, die eine Auseinandersetzung mit der besonderen Situation vor Ort vermissen lässt, ist daher nicht aufrecht zu erhalten. Allenfalls ersessene oder vertraglich eingeräumte Wegerechte zugunsten des GSt K sind daher durch den gutgläubigen, also grundbücherlich lastenfreien Erwerb der Beklagten jedenfalls erloschen, sodass ihr Bestand nicht weiter zu prüfen ist.

2.6. Das hat zur Folge, dass weder der vom Kläger bekämpften Negativfeststellung zu einer mündlichen Absprache zwischen den jeweiligen Eigentümern der GSt K und B sowie EZ R mit dem Inhalt der wechselseitigen Einräumung von Wegerechten (a) noch seiner gewünschten Ersatzfeststellung, solche Vereinbarungen seien im Jahr 1968 oder davor geschlossen worden, rechtliche Bedeutung zukommt. Das gilt – wie bereits erwähnt – auch für die bekämpfte Feststellung zum Waldbestand (b).

Der Kläger beanstandete in der Berufung auch eine weitere, im Zusammenhang mit der Nutzung des GSt K stehende Feststellung, und zwar (c): „Darüber hinaus wurde zum GSt K über den strittigen Weg nicht zugefahren“, deren ersatzlosen Entfall er verlangt. Damit erhob der Kläger allerdings keine gesetzmäßige Beweisrüge (RIS-Justiz RS0041835 [T3]).

Das Berufungsgericht hat somit – im Ergebnis – zu Recht eine Behandlung dieser Beweisrügen unterlassen.

3. Unzutreffend ist jedoch die für die Beurteilung des Hauptbegehrens zentrale Auslegung der am 21. Februar 2006 knapp vor der Bauverhandlung abgeschlossenen Vereinbarung.

3.1. Nach § 914 ABGB ist bei der Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Es ist also nicht das, was schriftlich geäußert wurde, allein entscheidend (RIS-Justiz RS0017797). Die Auslegung, die immer nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen kann, hat sich nicht auf den bloßen Wortlaut zu beschränken, sondern muss den Gesamtzusammenhang der Vereinbarung, aber auch die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden (das Erklärungsverhalten), berücksichtigen (RIS-Justiz RS0017902; RS0017817 [T3]; Heiss in Kletečka/Schauer ABGB-ON1.01 § 914 Rz 65). Die maßgeblichen Auslegungskriterien müssen immer dem Vertrag selbst oder den ihn begleitenden maßgeblichen Umständen zu entnehmen sein (RIS-Justiz RS0113932 [T2 und T5]; RS0014160 ua). Es ist dabei das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift sowie aus sonstigem Tun oder Nichttun zusammensetzen kann, zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0017915 [T29]; 3 Ob 90/15d). Bei der Erforschung des wahren Parteiwillens handelt es sich um eine gemischte Frage (quaestio mixta), bei der zwischen der Sammlung von Indizien für den Parteiwillen als Tatsachenfeststellung und deren rechtlicher Bewertung zu unterscheiden ist (RIS-Justiz RS0017797 [T11]; Rummel in Rummel/Lukas4 § 914 ABGB Rz 43 mwN; vgl RIS-Justiz RS0043419; RS0017911; RS0017830).

3.1. Nach Paragraph 914, ABGB ist bei der Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Es ist also nicht das, was schriftlich geäußert wurde, allein entscheidend (RIS-Justiz RS0017797). Die Auslegung, die immer nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen kann, hat sich nicht auf den bloßen Wortlaut zu beschränken, sondern muss den Gesamtzusammenhang der Vereinbarung, aber auch die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden (das Erklärungsverhalten), berücksichtigen (RIS-Justiz RS0017902; RS0017817 [T3]; Heiss in Kletečka/Schauer ABGB-ON1.01 Paragraph 914, Rz 65). Die maßgeblichen Auslegungskriterien müssen immer dem Vertrag selbst oder den ihn begleitenden maßgeblichen Umständen zu entnehmen sein (RIS-Justiz RS0113932 [T2 und T5]; RS0014160 ua). Es ist dabei das gesamte Verhalten der Vertragsteile, das sich aus Äußerungen in Wort und Schrift sowie aus sonstigem Tun oder Nichttun zusammensetzen kann, zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0017915 [T29]; 3 Ob 90/15d). Bei der Erforschung des wahren Parteiwillens handelt es sich um eine gemischte Frage (quaestio mixta), bei der zwischen der Sammlung von Indizien für den Parteiwillen als Tatsachenfeststellung und deren rechtlicher Bewertung zu unterscheiden ist (RIS-Justiz RS0017797 [T11]; Rummel in Rummel/Lukas4 Paragraph 914, ABGB Rz 43 mwN; vergleiche RIS-Justiz RS0043419; RS0017911; RS0017830).

3.2. Zur Ausgangslage vor der Besprechung vom 21. Oktober 2006 ergibt sich aus dem in dritter Instanz unstrittigen Sachverhalt – also unter Außerachtlassung der bekämpften Feststellung (d) – die Forderung der Beklagten an den Kläger, einen Dienstbarkeitsbestellungsvertrag zur neuen, bereits mit dem RV des Klägers vereinbarten Trasse zu unterschreiben. Es ging ihr daher für den Kläger erkennbar nicht nur um seine Zustimmung zur Verlegung des zu „seinen“ Gunsten bestehenden Servitutswegs, sondern von vornherein um die Schaffung eines neuen Titels.

3.2. Zur Ausgangslage vor der Besprechung vom 21. Oktober 2006 ergibt sich aus dem in dritter Instanz unstrittigen Sachverhalt – also unter Außerachtlassung der bekämpften Feststellung (d) – die Forderung der Beklagten an den Kläger, einen Dienstbarkeitsbestellungsvertrag zur neuen, bereits mit dem Regierungsvorlage des Klägers vereinbarten Trasse zu unterschreiben. Es ging ihr daher für den Kläger erkennbar nicht nur um seine Zustimmung zur Verlegung des zu „seinen“ Gunsten bestehenden Servitutswegs, sondern von vornherein um die Schaffung eines neuen Titels.

Damit übereinstimmend stellte das Erstgericht zur (mangels Einschränkung auf eine Vertragsseite) beiderseitigen Parteienabsicht – wenn auch disloziert, so doch eindeutig dem Tatsachenbereich zuordenbar (RIS-Justiz RS0043110) – vom Kläger unbekämpft fest, dass ihm am 21. Februar 2006 für die Zufahrt zum GSt K, auf dem der Kläger ein Wohnhaus errichten wollte, erstmals eine Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens (auch im Umfang der Aufschließung des GSt K mit Wohnhaus) am GSt B entsprechend dem Verlauf auf der Skizze Beilage A zugunsten des GSt K eingeräumt, nicht jedoch eine Grundlage für die Einverleibung einer bereits bestehenden Dienstbarkeit am strittigen Weg unter GSt B geschaffen werden sollte. Bestätigt wird dies durch die ebenso unbekämpft feststehende Streichung des Worts „bestehende“ im Punkt 5. der handschriftlichen Vereinbarung Beilage E auf Ersuchen des Rechtsanwalts der Beklagten. Damit wurde nämlich auch für den Kläger als redlichen Erklärungsempfänger klargestellt, dass die Beklagte (und die für sie Anwesenden) nicht bereit waren, ein aus der Vergangenheit allenfalls bestehendes Wegerecht des Klägers welchen Inhalts auch immer am bestehenden Weg zu akzeptieren, aufrechtzuerhalten oder abzuändern, sondern beabsichtigen, ihm (nur) eine neue, ein allenfalls existierendes Wegerecht ersetzende Dienstbarkeit an einer

erst zu schaffenden Trasse einzuräumen. Für diese lag auch schon das Einverständnis des grundbücherlich sichergestellten Servitutsberechtigten (des RV des Klägers) vor. Da ein Widerspruch des Klägers dagegen nicht erkennbar ist, er vielmehr die Streichung des Worts „bestehende“ offenbar hinnahm, akzeptierte er diese klare Absicht der Beklagten, weshalb sie zum Inhalt der am 21. Februar 2006 geschlossenen Vereinbarung wurde. Damit übereinstimmend stellte das Erstgericht zur (mangels Einschränkung auf eine Vertragsseite) beiderseitigen Parteienabsicht – wenn auch disloziert, so doch eindeutig dem Tatsachenbereich zuordenbar (RIS-Justiz RS0043110) – vom Kläger unbekämpft fest, dass ihm am 21. Februar 2006 für die Zufahrt zum GSt K, auf dem der Kläger ein Wohnhaus errichten wollte, erstmals eine Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens (auch im Umfang der Aufschließung des GSt K mit Wohnhaus) am GSt B entsprechend dem Verlauf auf der Skizze Beilage ./A zugunsten des GSt K eingeräumt, nicht jedoch eine Grundlage für die Einverleibung einer bereits bestehenden Dienstbarkeit am strittigen Weg über GSt B geschaffen werden sollte. Bestätigt wird dies durch die ebenso unbekämpft feststehende Streichung des Worts „bestehende“ im Punkt 5. der handschriftlichen Vereinbarung Beilage ./E auf Ersuchen des Rechtsanwalts der Beklagten. Damit wurde nämlich auch für den Kläger als redlichen Erklärungsempfänger klargestellt, dass die Beklagte (und die für sie Anwesenden) nicht bereit waren, ein aus der Vergangenheit allenfalls bestehendes Wegerecht des Klägers welchen Inhalts auch immer am bestehenden Weg zu akzeptieren, aufrechtzuerhalten oder abzuändern, sondern beabsichtigen, ihm (nur) eine neue, ein allenfalls existierendes Wegerecht ersetzende Dienstbarkeit an einer erst zu schaffenden Trasse einzuräumen. Für diese lag auch schon das Einverständnis des grundbücherlich sichergestellten Servitutsberechtigten (des Regierungsvorlage des Klägers) vor. Da ein Widerspruch des Klägers dagegen nicht erkennbar ist, er vielmehr die Streichung des Worts „bestehende“ offenbar hinnahm, akzeptierte er diese klare Absicht der Beklagten, weshalb sie zum Inhalt der am 21. Februar 2006 geschlossenen Vereinbarung wurde.

3.3. Daran vermag die Verwendung der Worte „Verlegung der Zufahrtsstraße“ in der Beilage ./E nichts zu ändern. Der noch immer in der Natur bestehende Weg stellt ja die Zufahrt auch für das GSt K dar, sodass die Wortwahl schon deshalb inhaltlich zutreffend ist. Aus der Verwendung dieser Formulierung kann daher nicht abgeleitet werden, es wären damit Rechte des Eigentümers des GSt K anerkannt worden. Das ist nämlich schon deshalb ausgeschlossen, weil eine andere Parteienabsicht feststeht.

Für eine Auslegung (iSd Klagevorbringens) mit dem Ergebnis, damit sei der Beklagten vom Kläger nur die Möglichkeit eingeräumt worden, sie könne den auch für den Kläger bestehenden (und gleichzeitig bestätigten) Servitutsweg verlegen, bleibt somit kein Raum. Darauf, ob die Beklagte dazu nicht ohnehin nach dem Gesetz berechtigt gewesen wäre (vgl. RIS-Justiz RS0011695), sodass eine Vereinbarung mit diesem Inhalt wenig Sinn hätte, kommt es daher gar nicht an. Für eine Auslegung (iSd Klagevorbringens) mit dem Ergebnis, damit sei der Beklagten vom Kläger nur die Möglichkeit eingeräumt worden, sie könne den auch für den Kläger bestehenden (und gleichzeitig bestätigten) Servitutsweg verlegen, bleibt somit kein Raum. Darauf, ob die Beklagte dazu nicht ohnehin nach dem Gesetz berechtigt gewesen wäre (vergleiche RIS-Justiz RS0011695), sodass eine Vereinbarung mit diesem Inhalt wenig Sinn hätte, kommt es daher gar nicht an.

Ebenso wenig kann in der Vereinbarung (auch nicht in Verbindung mit der Unterlassung von Einwendungen im Bauverfahren) das vom Berufungsgericht erblickte Anerkennen eines aus der Vergangenheit bestehenden (eingeschränkten) Wegerechts und dessen Ausdehnung auf den Zweck der Nutzung eines Wohnhauses liegen, weil die festgestellte und zum Inhalt gewordene Intention damit unvereinbar ist.

3.4. Das zu Punkt 3.2. erzielte Auslegungsergebnis gilt umso mehr, wenn man die bekämpfte Feststellung(d) berücksichtigt, wonach schon vor dem 21. Februar 2006 und auch bei der damaligen Besprechung zwischen den beiden Seiten strittig war, ob der fragliche Weg vom Kläger für das geplante Wohnhaus nicht benutzt werden dürfte, da er keine entsprechende Servitut habe. Denn damit ist die fehlende Bereitschaft der Beklagten, ein aus der Vergangenheit allenfalls bestehendes Wegerecht des Klägers welchen Inhalts auch immer am bestehenden Weg zu akzeptieren, aufrechtzuerhalten oder abzuändern, noch deutlicher dokumentiert.

Das Berufungsgericht unterließ allerdings eine Behandlung der Beweistrüge des Klägers dazu, weshalb zu prüfen ist, ob die begehrte Ersatzfeststellung das Auslegungsergebnis verändern würde. Das ist zu verneinen, weil der Kläger die Negativfeststellung dazu anstrebt, die Beklagte habe den Standpunkt eingenommen, dass der Kläger den Weg nicht benutzen dürfe. Geht man also davon aus, eine ausdrückliche Bestreitung eines Wegerechts des Klägers am bestehenden Weg sei im Zuge der Gespräche und davor unterblieben, kommt es zu keiner Änderung des bereits zu

Punkt 3.2. beurteilten Sachverhalts, weshalb auch die Auslegung kein anderes Ergebnis haben kann. Abgesehen davon gesteht der Kläger in seiner Revisionsbeantwortung nunmehr doch zu, dass „insgesamt die Situation strittig war“ (S 7).

Einer Aufhebung des Berufungsurteils zwecks Nachholung der Erledigung dieser Beweisrüge bedarf es daher aus materiell-rechtlichen Erwägungen nicht.

3.5. Auch die weitere Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die Vereinbarung Beilage ./E könne nicht als Dienstbarkeitsbestellungsvereinbarung gewertet werden, ist nämlich nicht aufrecht zu erhalten.

3.5.1. Den Bindungswillen beider Seiten, an dem angesichts der mehrfach eingegangenen beiderseitigen „Verpflichtungen“, die im Austausch des Interesses des Klägers, durch sofortige Vereinbarung eines bisher nicht sichergestellten Zufahrtsrechts zu seinem künftigen Wohnhaus andernfalls unmittelbar bevorstehende Einwendungen im Bauverfahren zu vermeiden, mit jenem der Beklagten, den bestehenden Servitutsweg durch Neubegründung eines Wegerechts für den Kläger auf einer anderen Trasse auflassen zu können, bei redlichen Vertragspartnern ohnehin nicht zu zweifeln ist, bestreitet auch der Kläger nicht. Er vertrat auch weder den Standpunkt, die von ihm vorbehaltene Prüfung des Grenzverlaufs (gemeint wohl, ob der neue Weg wirklich nur auf dem Grund der Beklagten verläuft) und der Einbindung der neuen Trasse in den bestehenden Weg auf GSt K (gemeint wohl, ob dies machbar ist) stelle eine aufschiebende oder auflösende Bedingung dar, noch behauptete er, der Grenzverlauf und/oder Einbindung stehe einer Realisierung der vereinbarten neuen Trasse entgegen, sodass sich eine Prüfung eines allfälligen Bedingungseintritts erübrigt.

3.5.2. Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs der geschlossenen Vereinbarung mit dem beabsichtigten Hausbau des Klägers war es für beide Seiten offenkundig, also Vertragsinhalt, dass es um die Einräumung eines Wegerechts ging, das die Nutzung des Wegs auf geänderter Trasse als Zufahrt zu einer – anders als bisher – nunmehr selbständig genutzten und mit einem Wohnhaus bebauten Liegenschaft (dem GSt K) erlaubt; damit ist der (nach Ansicht der zweiten Instanz ungeklärte) Umfang des eingeräumten Rechts ausreichend geregelt, wenn auch als sog ungemessene Servitut. Angesichts der gesetzlichen Qualifizierung einer Wegedienstbarkeit als Grunddienstbarkeit (§§ 474 und 477 Z 1 ABGB) und der Nennung des dienenden und herrschenden Grundstücks im Punkt 5. der Vereinbarung, bedarf es auch des – vom Berufungsgericht ebenso vermissten – Hinweises auf einen berechtigten Personenkreis nicht.

3.5.2. Wegen des unmittelbaren Zusammenhangs der geschlossenen Vereinbarung mit dem beabsichtigten Hausbau des Klägers war es für beide Seiten offenkundig, also Vertragsinhalt, dass es um die Einräumung eines Wegerechts ging, das die Nutzung des Wegs auf geänderter Trasse als Zufahrt zu einer – anders als bisher – nunmehr selbständig genutzten und mit einem Wohnhaus bebauten Liegenschaft (dem GSt K) erlaubt; damit ist der (nach Ansicht der zweiten Instanz ungeklärte) Umfang des eingeräumten Rechts ausreichend geregelt, wenn auch als sog ungemessene Servitut. Angesichts der gesetzlichen Qualifizierung einer Wegedienstbarkeit als Grunddienstbarkeit (Paragraphen 474 und 477 Ziffer eins, ABGB) und der Nennung des dienenden und herrschenden Grundstücks im Punkt 5. der Vereinbarung, bedarf es auch des – vom Berufungsgericht ebenso vermissten – Hinweises auf einen berechtigten Personenkreis nicht.

3.5.3. Schließlich lässt auch die Verpflichtung des Klägers, einen pauschalierten Kostenersatz für die Wegverlegung zu übernehmen, keinen Zweifel daran, dass deren Durchführung, dh der dafür notwendigen Baumaßnahmen, (dem klägerischen Standpunkt entsprechend) der Beklagten auf ihre Kosten oblag, was in der Revision auch von der Beklagten zugestanden wird. Vom Fehlen einer Regelung, wer die Straßenverlegung durchzuführen gehabt habe, (so aber das Berufungsgericht) kann daher keine Rede sein.

Zum Zeitpunkt dieser Baumaßnahme stellte das Erstgericht – allerdings vom Kläger bekämpft(e) – fest, es sei damals auch besprochen worden, dass die Verlegung im Rahmen der Errichtung des Wohnhauses des Klägers erfolgen solle. Der Kläger fordert dazu keine andere Feststellung, sondern deren ersatzlosen Entfall. Nach der Rechtsprechung genügt es aber für die ordnungsgemäße Ausführung der Beweisrüge nicht, die ersatzlose Streichung einer Feststellung anzustreben (RIS-Justiz RS0041835 [T3]), sodass dem Berufungsgericht im Ergebnis die Unterlassung der Behandlung dieser Beweisrüge nicht vorzuwerfen ist und es auch dazu keiner Aufhebung des Berufungsurteils bedarf.

Die somit zu berücksichtigende Feststellung zu diesem mündlichen Übereinkommen lässt angesichts ihrer Formulierung („... erfolgen solle“), die sich wesentlich von den mehrfach in der schriftlichen Vereinbarung Beilage ./E übernommenen „Verpflichtungen“ unterscheidet, erkennen, dass es sich dabei nicht um die durchsetzbare Festlegung

eines Termins handelte, sondern um eine unverbindliche Absichtserklärung. Diese offenbart die Erwartung beider Seiten, dass es rasch zu einer Neutrassierung kommen wird, die bereits die Abwicklung des Baustellenverkehrs über den neuen Weg ermöglicht.

3.6. Den (unbekämpften) Feststellungen des Erstgerichts („Bis Juni 2007 wurde entgegen dem Inhalt der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 der Beklagten vom Kläger keine verbücherungsfähige Urkunde übermittelt.“) ist auch die Verpflichtung des Klägers zu entnehmen, über den Inhalt der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 einen verbücherungsfähigen Vertrag errichten zu lassen, die in die schriftliche Einigung keinen Eingang gefunden hat und auch nicht erkennen lässt, ob diese vor der Umsetzung der Wegverlegung oder erst danach zu erfüllen ist. Darauf muss hier nicht weiter eingegangen werden, weil die Beklagte keine Konsequenz aus der (allfälligen) Nichterfüllung zog. Sie begründete die (bisher) unterbliebene Ausführung des neuen Wegs nämlich – nicht nachvollziehbar – damit, der Kläger habe ohne Rücksprache mit der Beklagten den alten Weg benutzt, um sein Bauvorhaben umzusetzen, und er habe die Beklagte vor vollendete Tatsachen gestellt.

3.7. Die schon angesprochene Erwartung einer raschen Umsetzung der Vereinbarung könnte eine Erklärung dafür sein, dass weder in der Vereinbarung noch in den festgestellten mündlichen Absprachen dazu eine Regelung der Frage zu finden ist, wo und auf welcher rechtlichen Basis die Zufahrt zum GSt K durch den Kläger erfolgen soll, wenn sich die Umsetzung hinauszögern oder aus technischen oder rechtlichen Gründen gar nicht ausführen lassen sollte. Ob es sich dabei um einen nach Abschluss des Geschäfts auftretenden Konfliktfall handelt, der von den Streitparteien nicht bedacht und daher auch nicht ausdrücklich geregelt wurde, ob also eine ergänzende Vertragsauslegung in Frage käme (RIS-Justiz RS0017558), ist hier ebenfalls nicht zu prüfen, weil sich der Kläger darauf in erster Instanz nie berief und kein Vorbringen erstattete, was redliche Vertragsparteien vereinbart hätten.

Die Vereinbarung vom 21. Februar 2006 kann deshalb auch nicht dahin interpretiert werden, bis zur Nutzbarkeit der neuen Trasse sei dem Kläger ein befristetes Wegerecht (sei es als bloß obligatorisches Recht, sei es als Servitut) am bestehenden Weg eingeräumt worden.

3.8. Zusammenfassend ist daher zur Auslegung der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 festzuhalten: Die Parteien schlossen – bezogen auf die hier relevante Frage eines Wegerechts – einen Servitutsbestellungsvertrag in nicht verbücherungsfähiger Form, mit dem dem Kläger ein Geh- und Fahrrecht über das GSt B der Beklagten auf einer erst zu errichtenden Trasse neu und erstmalig mit dem Zweck eingeräumt wurde, in Zukunft zu seinem mit einem Wohnhaus bebauten GSt K sowohl zu Fuß als auch mit Fahrzeugen zu gelangen. Der Vertrag enthält keine Regelung, wo und auf welcher rechtlichen Basis die Zufahrt zum GSt K durch den Kläger erfolgen soll, bis die Nutzbarkeit der neuen Trasse eintritt, sodass er keinen Titel für eine bis dahin befristete Nutzung des bestehenden Wegs darstellt.

4. Hält man sich den soeben zusammengefassten Inhalt der am 21. Februar 2006 getroffenen Einigung vor Augen, dann durfte der Kläger die während der unmittelbar darauf abgehaltenen Bauverhandlung abgegebene Erklärung der Beklagten, „im Hinblick auf eine vor der Verhandlung erfolgte privatrechtliche Vereinbarung“ keinen Einwand zu erheben, einzig und allein dahin verstehen, dass sich die Beklagte vertragsgemäß verhält und daher auch dem entsprechend von einer gesicherten Zufahrt im Sinne der Vereinbarung ausgeht, dh über die neue Trasse, die schon im Rahmen des Bauvorhabens des Klägers hergestellt werden soll. Aus diesem Blickwinkel stellt sich die Frage, wie der Kläger sein GSt K sonst erreichen soll, gar nicht. Von diesem Verständnis der Erklärung in der Bauverhandlung musste der Kläger auch dann ausgehen, wenn in seinem Bauprojekt (noch) die Zufahrt über den bestehenden Weg vorgesehen sein sollte, weil diese Variante durch die Einigung unmittelbar vor der Bauverhandlung überholt war.

Es ist für den erkennenden Senat daher nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Kläger als redlicher Erklärungsempfänger in der Erklärung der Beklagten in der Bauverhandlung eine schlüssige Einräumung einer Wedienstbarkeit am bestehenden Weg erkennen hätte dürfen.

5. Der Kläger machte in erster Instanz auch geltend, in der Duldung der Asphaltierung des strittigen Wegs durch den Kläger sei eine schlüssige Zustimmung zur Dienstbarkeit zu erblicken.

Dazu ist dem unstrittigen Inhalt des Schreibens des damaligen Vertreters des Klägers vom 23. Juli 2007 zu entnehmen, dass die Straße durch die Bauarbeiten des Klägers in Mitleidenschaft gezogen worden sei, weshalb er die gesamte Straße auf seine Kosten saniert und in neuwertigen Zustand gebracht habe, ohne sie zu verändern, zu verschmälern oder zu vergrößern. Diese Aktion des Klägers kann daher nicht als Ausübung eines Fahrrechts verstanden werden, sondern nur als Beseitigung der vom Kläger zu vertretenden Beschädigung des Eigentums der Beklagten. Selbst aus

einer widerspruchsfreien Hinnahme dieser Maßnahme der Schadensbeseitigung durfte der Kläger daher nicht den Schluss ziehen, die Beklagte wolle ihm damit eine Dienstbarkeit am bestehenden Weg (für die Zukunft) einräumen.

Abgesehen davon reagierte die Beklagte mit Brief vom 13. September 2007, in dem sie ausdrücklich darauf hinwies, dass dem Kläger für den strittigen Weg keine Dienstbarkeit zustehe, ihm aber mit der Vereinbarung vom 21. Februar 2006 eine Dienstbarkeit auf einem noch anzulegenden Weg eingeräumt worden sei, und auch darauf, dass die Benutzung des strittigen Wegs durch den Kläger lediglich auf einer vorläufigen Gestattung beruhe, die keine weitergehende Einräumung von Rechten, vor allem nicht eines auf Dauer angelegten Rechts umfasse. Damit war dem Kläger die Annahme einer schlüssigen Einräumung einer Wegeservitut jedenfalls verwehrt. Es soll an dieser Stelle auch nicht unerwähnt bleiben, dass der Kläger eine Reaktion auf diesen Brief nie behauptete, was einen Hinweis auf die Richtigkeit des darin von der Beklagten vertretenen Standpunkts darstellt. Dieser entspricht auch dem eben dargelegten Ergebnis der Auslegung der Vereinbarung vom 21. Februar 2006.

6. Für das Hauptbegehren ist daher zusammenzufassen, dass der Kläger derzeit über keinen Titel für eine Servitut am bestehenden, strittigen Weg über das GSt B verfügt, sodass sein Hauptbegehren vom Erstgericht zu Recht abgewiesen wurde. Das Ersturteil ist daher in diesem Umfang wiederherzustellen.

7. Das Eventualbegehren ist hingegen berechtigt.

7.1. Es ist (erkennbar) auf Feststellung eines befristeten obligatorischen Rechts gerichtet, was sich schon daraus ableiten lässt, dass der Kläger – anders als beim Hauptbegehren – dessen grundbücherliche Einverleibung nicht anstrebt. Die Beklagte bestritt es zwar (was allein das rechtliche Interesse des Klägers iSd § 228 ZPO rechtfertigt), erhob aber keine substantiierten Einwände. Solche sind auch kaum denkbar, behauptete sie doch an anderer Stelle selbst (ON 2 S 8), mit ihrem Schreiben vom 13. September 2007 ua die Benutzung des bestehenden Wegs durch den Kläger nur als Provisorium vorläufig und ohne Einräumung eines Rechts gestattet zu haben. 7.1. Es ist (erkennbar) auf Feststellung eines befristeten obligatorischen Rechts gerichtet, was sich schon daraus ableiten lässt, dass der Kläger – anders als beim Hauptbegehren – dessen grundbücherliche Einverleibung nicht anstrebt. Die Beklagte bestritt es zwar (was allein das rechtliche Interesse des Klägers iSd Paragraph 228, ZPO rechtfertigt), erhob aber keine substantiierten Einwände. Solche sind auch kaum denkbar, behauptete sie doch an anderer Stelle selbst (ON 2 S 8), mit ihrem Schreiben vom 13. September 2007 ua die Benutzung des bestehenden Wegs durch den Kläger nur als Provisorium vorläufig und ohne Einräumung eines Rechts gestattet zu haben.

7.2. Bei der Auslegung dieser Erklärung ist zunächst zu bedenken, dass die Ausführung der Wegverlegung der Beklagten oblag, sie diese aber noch nicht in Angriff genommen hatte. Das hatte zur Folge, dass der Kläger damals über keine rechtlich abgesicherte Zufahrt verfügte, weil er für die Nutzung des bestehenden Wegs keinen Titel hatte; während er seinen Titel für eine andere Wegtrasse noch nicht nutzen konnte, weil diese noch nicht geschaffen war. In dieser Situation kann der Beklagten als redliche Vertragspartnerin des Klägers ungeachtet des Wortlauts des Schreibens vom 13. September 2006 („ohne Einräumung eines Rechts“) nicht unterstellt werden, sie habe dem Kläger damit nur eine bloß prekarietische und deshalb jederzeit widerrufbare Nutzung des bestehenden Wegs gestatten wollen. Auf ein solches Prekarium berief sie sich auch im Prozess nie. Vielmehr durfte der Kläger als redlicher Erklärungsempfänger darin die Einräumung eines nur obligatorischen, mit der Möglichkeit der Nutzung des vereinbarten neuen Wegverlaufs (laut Skizze Beilage .A zu Beilage .E) befristeten Wegerechts am bestehenden Weg verstehen. Da einerseits ein Eigentümer des GSt K ohne die Wegverlegung auf den bestehenden Weg angewiesen war (und ist), andererseits aber ungewiss war (und ist), wann es zur Wegverlegung kommen wird, sodass auch ein – dann tatsächlich vergangener – sehr langer Zeitraum in Betracht zu ziehen war, ist es als geradezu selbstverständlich zu unterstellen, dass das eingeräumte Wegerecht den Rechtsnachfolgern der Beklagten zu überbinden ist und auch den Rechtsnachfolgern des Klägers als Eigentümer des GSt K zustehen soll. Die (schlüssige) Annahme dieser Rechtseinräumung ist in der folgenden jahrelangen Nutzung des bestehenden Wegs durch den Kläger zu erblicken, die auch von der Beklagten unbeanstandet blieb.

7.3. Dem entspricht grundsätzlich jenes Recht, dass der Kläger mit seinem Eventualbegehren festgestellt haben will, sodass ihm – mit geringfügigen sprachlichen Modifizierungen – stattzugeben ist.

8. Zur Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren ist auszuführen, dass das Eventualbegehren erst (erkennbar) am Beginn der letzten Streitverhandlung erhoben wurde. Im bis dahin zu bildenden 1. Abschnitt des erstinstanzlichen Verfahrens ist der Kläger als voll unterliegend anzusehen. Gemäß § 41 ZPO hat er der Beklagten die



Kosten dieses Abschnitts zu ersetzen.8. Zur Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren ist auszuführen, dass das Eventualbegehren erst (erkennbar) am Beginn der letzten Streitverhandlung erhoben wurde. Im bis dahin zu bildenden 1. Abschnitt des erstinstanzlichen Verfahrens ist der Kläger als voll unterliegend anzusehen. Gemäß Paragraph 41, ZPO hat er der Beklagten die Kosten dieses Abschnitts zu ersetzen.

Im 2. Verfahrensabschnitt der Streitverhandlung vom 8. Juni 2016 ist von einem Obsiegen und Unterliegen der Streitteile in gleichem Ausmaß auszugehen. Der Erfolg des Klägers nur mit dem Eventualbegehren, das ihm nur ein obligatorisches Recht gewährt, bedeutet gegenüber der mit dem Hauptbegehren angestrebten Servitut nämlich ein Minus, das nicht exakt quantifizierbar ist; gleiches gilt auch für die Abgrenzung jenes Verfahrensaufwands, der auch für das Eventualbegehren verwertbar war. Daher ist für die Tagsatzung vom 8. Juni 2016 nach § 43 Abs 1 ZPO mit Kostenaufhebung vorzugehen.Im 2. Verfahrensabschnitt der Streitverhandlung vom 8. Juni 2016 ist von einem Obsiegen und Unterliegen der Streitteile in gleichem Ausmaß auszugehen. Der Erfolg des Klägers nur mit dem Eventualbegehren, das ihm nur ein obligatorisches Recht gewährt, bedeutet gegenüber der mit dem Hauptbegehren angestrebten Servitut nämlich ein Minus, das nicht exakt quantifizierbar ist; gleiches gilt auch für die Abgrenzung jenes Verfahrensaufwands, der auch für das Eventualbegehren verwertbar war. Daher ist für die Tagsatzung vom 8. Juni 2016 nach Paragraph 43, Absatz eins, ZPO mit Kostenaufhebung vorzugehen.

Auch hinsichtlich der Rechtsmittelverfahren hat eine Kostenaufhebung zu erfolgen, und es sind die halben Pauschalgebühren daher wechselseitig zu ersetzen (§§ 43 und 50 ZPO).Auch hinsichtlich der Rechtsmittelverfahren hat eine Kostenaufhebung zu erfolgen, und es sind die halben Pauschalgebühren daher wechselseitig zu ersetzen (Paragraphen 43 und 50 ZPO).

#### **Schlagworte**

1 Generalabonnement

#### **Textnummer**

E118699

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

ECLI:AT:OGH0002:2017:E118699

#### **Im RIS seit**

24.07.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

30.08.2022

**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)