

TE OGH 2013/5/29 2Ob173/12y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.05.2013

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M***** V*****, vertreten durch Dr. Edgar Veith, Rechtsanwalt in Götzis, gegen die beklagte Partei Gemeinde D*****, vertreten durch Dr. Dietmar Fritz, Rechtsanwalt in Bezau, wegen Unterlassung (Streitinteresse: 36.000 EUR) und Zwischenantrag auf Feststellung (Streitinteresse: 5.100 EUR), über die außerordentliche Revision und den darin enthaltenen Rekurs der klagenden Partei gegen das Urteil und den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 6. August 2012, GZ 1 R 99/12m-36, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 27. März 2012, GZ 6 Cg 169/10f-27, bestätigt und der von der klagenden Partei gestellte Zwischenantrag auf Feststellung zurückgewiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I. Der an den Obersten Gerichtshof adressierte Schriftsatz der klagenden Partei vom 20. 3. 2013 wird zurückgewiesen.römisch eins. Der an den Obersten Gerichtshof adressierte Schriftsatz der klagenden Partei vom 20. 3. 2013 wird zurückgewiesen.

II. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.römisch zwei. Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung zu lauten hat:

Die beklagte Partei ist schuldig, die Präparierung der Schiabfahrtspiste des P*****-Schleppliftes in D***** im Bereich der Kreuzungsstelle Abfahrtspiste-H***** (Gst-Nr 43/6, Grundbuch *****) mit der Zufahrtsstraße zum Anwesen der klagenden Partei (Gst-Nr 2235, Grundbuch *****) insoweit zu unterlassen, als die betreffende Kreuzungsstelle breiter als 15 m präpariert wird und diese Kreuzungsstelle durch Präparierung nicht mehr von einem durchschnittlichen Kraftfahrzeug (zB VW Golf) oder auch von einem Einsatzfahrzeug (Feuerwehr, Rettung etc) jederzeit überquert werden kann, sofern und sobald dem Kläger eine Ausnahme von dem verordneten Fahrverbot auf der Zufahrtsstraße bewilligt wird oder die Verordnung des Bürgermeisters über die Erlassung eines Fahrverbots auf dem Güterweg „D*****“ vom 2. 9. 2010 als gesetzwidrig aufgehoben wird.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei uneingeschränkt „ab sofort“ zur Unterlassung des vorstehend beschriebenen Verhaltens verpflichtet und sie sei auch schuldig, die Präparierung der betreffenden Kreuzungsstelle insoweit zu unterlassen, als die „gesamte gefestigte Schneedecke stärker als 5 cm ist“, wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 16.607,89 EUR (darin 1.782,69 EUR USt und 3.966,75 EUR Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III. Dem Rekurs gegen die Zurückweisung des Zwischenantrags auf Feststellung wird nicht Folge gegeben.römisch drei. Dem Rekurs gegen die Zurückweisung des Zwischenantrags auf Feststellung wird nicht Folge gegeben.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Eigentümer einer aus drei Grundstücken bestehenden Liegenschaft in D*****, Vorarlberg, mit einem Haus, das er mit seiner Familie ganzjährig bewohnt. Die Liegenschaft ist durch einen Güterweg mit dem öffentlichen Wegenetz verbunden. Dieser Güterweg wird von einer Schiabfahrt („H*****) und der Trasse eines seit 1955 bestehenden Schlepplifts („P*****) gekreuzt. Der Schlepplift wird von der beklagten Partei betrieben. Im Zentrum des Rechtsstreits steht die Frage, ob der Kläger auch während der Wintersaison zur Benützung des Güterwegs berechtigt ist.

Im Jahr 1985 hatte der Kläger mit anderen Anliegern in „freier Übereinkunft“ eine Güterwegegenossenschaft gegründet, die mit Bescheid der Agrarbezirksbehörde (ABB) Bregenz vom 24. 7. 1985 anerkannt wurde. Anlässlich der diesem Bescheid vorangegangenen kommissionellen Verhandlung vom 5. 3. 1985 hatte der Kläger erklärt, den für die Weganlage erforderlichen Grund kostenlos zur Verfügung zu stellen und den Mitgliedern der Genossenschaft das erforderliche land- und forstwirtschaftliche Bringungsrecht einzuräumen.

Laut Gründungsbescheid kommt der Genossenschaft Rechtspersönlichkeit zu (I.1.). In Punkt II. wurde ua die neue Trassierung des geplanten Güterwegs, einer landwirtschaftlichen Bringungsanlage iSd §§ 1, 2 und 13 des vorarlbergischen Güter- und Seilwegegesetzes, festgelegt. Der Bescheid enthält in Punkt III. mehrere Auflagen betreffend die Kreuzungsstelle des Güterwegs mit der Trasse des Schlepplifts „P*****)“. Laut Gründungsbescheid kommt der Genossenschaft Rechtspersönlichkeit zu (römisch eins.1.). In Punkt römisch zwei. wurde ua die neue Trassierung des geplanten Güterwegs, einer landwirtschaftlichen Bringungsanlage iSd Paragraphen eins, 2 und 13 des vorarlbergischen Güter- und Seilwegegesetzes, festgelegt. Der Bescheid enthält in Punkt römisch drei. mehrere Auflagen betreffend die Kreuzungsstelle des Güterwegs mit der Trasse des Schlepplifts „P*****)“:

„1.1.1. Die Kreuzungsstelle ist im Einvernehmen mit dem seilbahntechnischen Amtssachverständigen beim Amt der Vorarlberger Landesregierung zu planen und auszuführen.

[...]

1.1.3. Der durch den Wegebau vergrößerte Hangeinschnitt ist während der Wintersaison mit Schnee so auszufüllen, dass ein einwandfreies Befahren der Schleppliftstrasse durch die Liftbenützer gegeben ist.

1.1.4. Während der Wintersaison ist der Güterweg für Kraftfahrzeuge zu sperren. Der Güterweg darf im Bereich der Kreuzungsstelle nicht von Schnee geräumt werden. Eine händische Räumung als Fußweg ist im Einvernehmen mit der Liftgesellschaft durchführbar.

[...]

1.6. Ab dem ganzjährig bewohnten Hof V*****) darf der Güterweg nur für land- und forstwirtschaftliche Zwecke verwendet werden.

[...]“

Punkt IV. enthält die mit dem Bescheid genehmigte Satzung der Genossenschaft, Punkt V. den Wegkataster, in dem auch die einbezogenen Grundstücke des Klägers angeführt sind. In Punkt VI. („Allgemeine Bestimmungen“) findet sich ua folgende Regelung: Punkt römisch vier. enthält die mit dem Bescheid genehmigte Satzung der Genossenschaft, Punkt römisch fünf. den Wegkataster, in dem auch die einbezogenen Grundstücke des Klägers angeführt sind. In Punkt römisch sechs. („Allgemeine Bestimmungen“) findet sich ua folgende Regelung:

„1. Am Beginn des Güterweges ist eine Fahrverbotstafel mit der Zusatztafel 'Ausgenommen Genossenschaftsmitglieder/Berechtigte' anzubringen.

[...]“

Die Güterwegegenossenschaft ist grundbücherliche Alleineigentümerin des Güterwegs. Der Kläger steht auf dem Standpunkt, dass er den Güterweg ganzjährig mit seinem Pkw benützen darf, um zu seinem Haus zu gelangen. Da er wegen der Präparierung der Schipiste häufig stecken blieb, kam es immer wieder zu Unstimmigkeiten mit der beklagten Partei.

Am 10. 2. 2006 erließ die ABB Bregenz einen Bescheid, mit dem während der Wintersaison die Entfernung der im

Gründungsbescheid unter VI.1. erwähnten Zusatztafel angeordnet wurde. In der Begründung dieses Bescheids wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass Voraussetzung für die Errichtung des Güterwegs der ausdrücklich erklärte Verzicht der Genossenschaftsmitglieder auf die Benützung des Wegs im Winter gewesen sei. Die strikte Beachtung dieser Auflage sei weiterhin aktuell. Die Zusatztafel könnte dahin verstanden werden, dass der Güterweg während des ganzen Jahres mit Kraftfahrzeugen benützt werden dürfe. Am 10. 2. 2006 erließ die ABB Bregenz einen Bescheid, mit dem während der Wintersaison die Entfernung der im Gründungsbescheid unter römisch sechs.1. erwähnten Zusatztafel angeordnet wurde. In der Begründung dieses Bescheids wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass Voraussetzung für die Errichtung des Güterwegs der ausdrücklich erklärte Verzicht der Genossenschaftsmitglieder auf die Benützung des Wegs im Winter gewesen sei. Die strikte Beachtung dieser Auflage sei weiterhin aktuell. Die Zusatztafel könnte dahin verstanden werden, dass der Güterweg während des ganzen Jahres mit Kraftfahrzeugen benützt werden dürfe.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung des Klägers blieb erfolglos. Der zuletzt angerufene Verwaltungsgerichtshof wies mit Erkenntnis vom 17. 9. 2009, 2007/07/0164, die Beschwerde des Klägers als unbegründet ab (vgl dazu auch schon 2 Ob 87/11z). Nach Auslegung des Gründungsbescheids gelangte er zu dem Ergebnis, dass dieser die Zufahrtsmöglichkeiten (auch des Klägers) abschließend und umfassend geregelt habe; auch das Fahrverbot für Kraftfahrzeuge in der Wintersaison sei darin bereits vorgesehen gewesen. Der nunmehr verfügte Ergänzung der Auflage VI.1. komme kein neuer materieller, sondern lediglich klarstellender Charakter zu. Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung des Klägers blieb erfolglos. Der zuletzt angerufene Verwaltungsgerichtshof wies mit Erkenntnis vom 17. 9. 2009, 2007/07/0164, die Beschwerde des Klägers als unbegründet ab (vergleiche dazu auch schon 2 Ob 87/11z). Nach Auslegung des Gründungsbescheids gelangte er zu dem Ergebnis, dass dieser die Zufahrtsmöglichkeiten (auch des Klägers) abschließend und umfassend geregelt habe; auch das Fahrverbot für Kraftfahrzeuge in der Wintersaison sei darin bereits vorgesehen gewesen. Der nunmehr verfügte Ergänzung der Auflage römisch sechs.1. komme kein neuer materieller, sondern lediglich klarstellender Charakter zu.

Der Klagevertreter und der Bürgermeister der beklagten Partei hatten sich vor diesem Erkenntnis noch um eine Streitbeilegung bemüht. Am 20. 1. 2008 richtete der Bürgermeister ein Schreiben an den Klagevertreter, dessen Inhalt auszugsweise lautete:

„[...]

Der Gemeindevorstand D***** hat sich in seiner 30. Sitzung vom 22. 11. 2007 ausführlich mit deinen Schreiben vom 4. 11. 2007 und vom 18. 11. 2007 auseinander gesetzt. Bezug nehmend auf die im Schreiben vom 4. 11. 2007 genannten Bedingungen kann der Gemeindevorstand D***** mit Ausnahme der Punkte 3., 6. und 7. allen zustimmen.

Der Gemeindevorstand D***** hat beschlossen folgende Punkte während des Betriebes des P*****liftes zu berücksichtigen bzw wahrzunehmen:

1. Die Zufahrtsstraße muss jederzeit - gerade auch für Notfälle - von einem durchschnittlichen Kraftfahrzeug (zB VW Golf) benützt werden können.
2. Die Gemeinde D***** (der Bürgermeister) wird uns schriftlich über die jeweiligen Betriebszeiten und etwaige Veranstaltungen bzw auch diesbezügliche Abweichungen informieren.
3. Die Kreuzungsstelle Lift-Zufahrtsstraße wird künftig so gestaltet, wie dies am 13. 1. 2006 festgehalten wurde (Fotos liegen vor).
4. Die Kreuzungsstelle H***** wird auf ein Mindestmaß von 15 Metern reduziert und entsprechend gestaltet (Schreiben vom 8. 7. 2006).

5. [...]

6. [...]

Betreffend den Punkt 4. wird die Gestaltung des Zufahrtsweges am 17. 11. 2007 (welche auch du in deinem Schreiben vom 18. 11. 2007 als „gut gestaltet“ angesehen hast) als genauere Definition herangezogen.

[...]

Abschließend darf ich mich bei dir für das offene Gesprächsklima in dieser Angelegenheit bedanken und bestätige dir meine, in deinen Schreiben vom 4. 11. 2007 und vom 18. 11. 2007 genannten, ernsthaften Bemühungen um eine

Gesamtlösung.

[...]"

In der Folge erstellte der Klagevertreter den Entwurf einer „Vereinbarung“ zwischen der „Familie M***** und E***** V*****“ und der beklagten Partei, dessen Regelungsinhalt dem im Schreiben vom 20. 1. 2008 erwähnten Beschluss des Gemeindevorstands entsprach. Statt der Formulierung „berücksichtigen bzw wahrzunehmen“ enthielt der Entwurf allerdings den Passus, dass die beklagte Partei die geregelten Punkte „garantiert bzw gewährleistet“.

In der 39. Sitzung des Gemeindevorstands am 28. 10. 2008 trug der Bürgermeister den drei Vorstandsmitgliedern den - ihnen schon mit der Einladung zur Sitzung übermittelten - Text der Vereinbarung vor, ohne sich zu äußern, ob er die Vereinbarung befürworte oder nicht. Die Vorstandsmitglieder gingen aber von seiner Zustimmung aus, „da er ihnen dies im Vorfeld so vermittelt hatte“. Sie sprachen sich (ohne Stimme des Bürgermeisters) mit 2 : 1 Stimmen für die Vereinbarung aus. Anlässlich einer Gemeinderatssitzung wurde die Vereinbarung vom Kläger und vom Klagevertreter sowie vom Vizebürgermeister und einem weiteren Mitglied des Gemeindevorstands, nicht aber vom - anwesenden - Bürgermeister unterfertigt. Die Gründe für das Verhalten des Bürgermeisters konnten nicht festgestellt werden. In der 39. Sitzung des Gemeindevorstands am 28. 10. 2008 trug der Bürgermeister den drei Vorstandsmitgliedern den - ihnen schon mit der Einladung zur Sitzung übermittelten - Text der Vereinbarung vor, ohne sich zu äußern, ob er die Vereinbarung befürworte oder nicht. Die Vorstandsmitglieder gingen aber von seiner Zustimmung aus, „da er ihnen dies im Vorfeld so vermittelt hatte“. Sie sprachen sich (ohne Stimme des Bürgermeisters) mit 2 : 1 Stimmen für die Vereinbarung aus. Anlässlich einer Gemeinderatssitzung wurde die Vereinbarung vom Kläger und vom Klagevertreter sowie vom Vizebürgermeister und einem weiteren Mitglied des Gemeindevorstands, nicht aber vom, - anwesenden - Bürgermeister unterfertigt. Die Gründe für das Verhalten des Bürgermeisters konnten nicht festgestellt werden.

Mit der gemäß § 43 Abs 1 lit b (und Abs 2 lit a) StVO iVm § 1 Abs 1 der VO über den übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde in Angelegenheiten der Straßenpolizei erlassenen Verordnung des Bürgermeisters vom 2. 9. 2010, in Kraft getreten am 3. 9. 2010, wurde ua festgehalten, dass „der Güterweg während der Wintersaison zur Sicherheit der Schiliftbenützer für jegliche Kraftfahrzeuge zu sperren“ ist. Mit der gemäß Paragraph 43, Absatz eins, Litera b, (und Absatz 2, Litera a,) StVO in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, der VO über den übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinde in Angelegenheiten der Straßenpolizei erlassenen Verordnung des Bürgermeisters vom 2. 9. 2010, in Kraft getreten am 3. 9. 2010, wurde ua festgehalten, dass „der Güterweg während der Wintersaison zur Sicherheit der Schiliftbenützer für jegliche Kraftfahrzeuge zu sperren“ ist.

Der auf Art 139 B-VG gestützte, auf die Aufhebung dieser Verordnung wegen Gesetzwidrigkeit gerichtete Antrag des Klägers wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 28. 11. 2011, V 123/10, zurückgewiesen. Dem Kläger mangle es an der Antragslegitimation, weil ihm noch die Möglichkeit der Erwirkung einer Ausnahmegewilligung gemäß § 45 StVO offen stehe. Der auf Artikel 139, B-VG gestützte, auf die Aufhebung dieser Verordnung wegen Gesetzwidrigkeit gerichtete Antrag des Klägers wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 28. 11. 2011, V 123/10, zurückgewiesen. Dem Kläger mangle es an der Antragslegitimation, weil ihm noch die Möglichkeit der Erwirkung einer Ausnahmegewilligung gemäß Paragraph 45, StVO offen stehe.

Mit der am 31. 8. 2010 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrte der Kläger von der beklagten Partei zuletzt die Unterlassung der Präparierung der Kreuzungsstelle des Güterwegs mit der Abfahrtspiste „H*****“ in einer Breite von mehr als 15 m und mit einer Höhe der gefestigten Schneedecke von mehr als 5 cm sowie derart, dass die Kreuzungsstelle nicht von einem durchschnittlichen Kraftfahrzeug (zB VW Golf) oder auch von einem Einsatzfahrzeug jederzeit überquert werden kann. Des Weiteren stellte er zwei Eventualbegehren.

Er brachte im Wesentlichen vor, dass seit 1975 durch eine von seinen Eltern errichtete Zufahrtsstraße eine Anbindung seines Anwesens an das öffentliche Verkehrsnetz bestanden habe. Die entsprechenden Rechte seien vertraglich eingeräumt worden. Davor habe es einen Fuß- und Karrenweg gegeben, der auch regelmäßig mit Mopeds und Schlitten befahren worden sei. Diese Nutzung erfolge „seit Menschengedenken“, jedenfalls seit mehr als 40 Jahren. Das Fahrrecht des Klägers gründe sich daher einerseits auf Ersitzung, andererseits auf vertragliche Übereinkunft.

Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 sei auf gemeinsame Initiative des Klagevertreters und des Bürgermeisters der beklagten Partei wirksam zustande gekommen, es habe Einigkeit über die Vertragspunkte geherrscht. Es verstoße

gegen Treu und Glauben, wenn sich die beklagte Partei nachträglich auf eine fehlende Unterschrift des Bürgermeisters berufe. Mit der vor und nach der Unterzeichnung der Vereinbarung geführten Korrespondenz habe der Bürgermeister seine Einwilligung zum Ausdruck gebracht, worauf der Kläger vertrauen habe dürfen. Er habe auch darauf vertrauen dürfen, dass die Urkunde von den zeichnungsberechtigten Personen unterfertigt worden sei.

Die Berechtigung des Unterlassungsbegehrens ergebe sich aus den wiederholten, insbesondere auch nach der erwähnten Vereinbarung erfolgten Eingriffe in die privaten Rechte des Klägers durch die beklagte Partei. Diese präpariere die Piste derart, dass ein ordentliches Überqueren mit einem Kraftfahrzeug nicht möglich sei. Da sich die Kreuzungsstelle rund 400 m vom Wohnhaus des mittlerweile über 70-jährigen Klägers entfernt befinde, seien er und seine Familie genötigt, zu Fuß zu gehen.

Im Zuge des Verfahrens stellte der Kläger einen Zwischenantrag auf Feststellung des rechtswirksamen Zustandekommens der Vereinbarung vom 28. 10. 2008. Sein rechtliches Interesse begründete er damit, dass durch die begehrte Feststellung eine Häufung künftiger Rechtsstreitigkeiten vermieden oder zumindest abgekürzt werden könne. Außerdem stellte er einen Provisorialantrag.

Die beklagte Partei wandte ein, der Kläger habe keinen Anspruch darauf, dass die Trasse der Schipiste im Bereich der Kreuzung mit dem Güterweg nicht breiter als 15 m präpariert werde und die Kreuzung mit einem durchschnittlichen Kraftfahrzeug überquert werden könne. Grundlage für die Benützung der Zufahrtsstraße sei ausschließlich der Gründungsbescheid, auf darüber hinausgehende private Rechte könne sich der Kläger nicht berufen. Voraussetzung für die Genehmigungsfähigkeit des Güterwegs sei der Verzicht auf dessen Benützung während der Wintersaison gewesen, den die Genossenschafter, so auch der Kläger, geleistet hätten. Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 sei nicht rechtswirksam zustande gekommen, weil sie das Formerfordernis der Urkundenfertigung durch den Bürgermeister nicht erfülle. Ein Verhinderungsfall sei nicht vorgelegen, weshalb die Unterschrift des Vizebürgermeisters nicht ausreiche.

Mittlerweile (seit Vorliegen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs) habe die Güterwege-genossenschaft den Güterweg für die Wintersaison durch Errichtung eines Schrankens gesperrt. Dem Kläger sei die Nutzung des Güterwegs in dieser Zeit nun faktisch verwehrt. Insoweit sei auch die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 weggefallen. Sollte diese gültig zustande gekommen sein, verstoße das Beharren des Klägers auf ihrer Einhaltung überdies gegen das Schikaneverbot, weil damit lediglich Nachteile für die beklagte Partei aber keine Vorteile für den Kläger verbunden seien. Die Verordnung des Bürgermeisters vom 2. 9. 2010 beruhe auf einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, wonach von Agrarbezirksbehörden verordnete Fahrverbote auf Güterwegen nicht länger rechtswirksam seien und sich die Güterwegegenossenschaften um die Erlassung von Fahrverboten nach der StVO durch die zuständigen Behörden zu bemühen hätten.

Zum Zwischenantrag auf Feststellung beantragte die beklagte Partei primär die Zurückweisung mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, ohne über den Provisorialantrag und den Zwischenantrag auf Feststellung zu entscheiden.

Es stütze sich im Wesentlichen auf den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen (teils unstrittigen) Sachverhalt und vertrat die Ansicht, eine Ersitzung sei ausgeschlossen. Nach dem Inhalt des Gründungsbescheids und der ihm ebenfalls zugestellten Verhandlungsniederschrift vom 5. 3. 1985 habe der Kläger wissen müssen, dass der Zufahrtsweg zu seinem Wohnhaus während der Wintersaison zu sperren sei und während der Betriebszeiten des Schilifts ein Fahrverbot bestehe. Er könne daher nicht als redlicher Besitzer angesehen werden.

Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 sei mangels Unterfertigung durch den Bürgermeister nicht wirksam zustande gekommen. Zwar sei die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vertrauensgrundsätze auch gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts anerkannt. Aus § 69 Abs 4 VlbG GG ergebe sich aber eindeutig, dass die Gemeinde für den Fall der Nichteinhaltung der Formvorschrift nicht verpflichtet werde. Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 sei mangels Unterfertigung durch den Bürgermeister nicht wirksam zustande gekommen. Zwar sei die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vertrauensgrundsätze auch gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts anerkannt. Aus Paragraph 69, Absatz 4, VlbG GG ergebe sich aber eindeutig, dass die Gemeinde für den Fall der Nichteinhaltung der Formvorschrift nicht verpflichtet werde.

In der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung rügte der Kläger iSd§ 496 Abs 1 Z 1 ZPO, dass das Erstgericht weder über den Provisorialantrag noch über den Zwischenantrag auf Feststellung entschieden hatte. Nach Vorlage der Akten an das Berufungsgericht retournierte dieses die Akten an das Erstgericht zur Erledigung des Provisorialantrags. Mit Beschluss vom 8. 6. 2012 wies das Erstgericht diesen Antrag ab. Dem dagegen erhobenen Rekurs des Klägers gab das Rekursgericht nicht Folge. In der gegen diese Entscheidung erhobenen Berufung rügte der Kläger iSd Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO, dass das Erstgericht weder über den Provisorialantrag noch über den Zwischenantrag auf Feststellung entschieden hatte. Nach Vorlage der Akten an das Berufungsgericht retournierte dieses die Akten an das Erstgericht zur Erledigung des Provisorialantrags. Mit Beschluss vom 8. 6. 2012 wies das Erstgericht diesen Antrag ab. Dem dagegen erhobenen Rekurs des Klägers gab das Rekursgericht nicht Folge.

Das Berufungsgericht wies mit Beschluss den Zwischenantrag auf Feststellung zurück und bestätigte mit Urteil die erstinstanzliche Entscheidung. Es sprach ferner aus, dass der Wert des Haupt- und jedes der beiden Eventualbegehren 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das Berufungsgericht erörterte in rechtlicher Hinsicht, das Unterlassungsbegehren des Klägers, der sich auf einen rechtswidrigen Eingriff in das von ihm behauptete Fahrrecht stütze, sei als Servitutsklage (actio confessoria) zu qualifizieren. Es treffe ihn daher die Beweislast für den Erwerb der Servitut. Diesen habe der Kläger einerseits mit einer aus dem Gründungsbescheid abgeleiteten privatrechtlichen Vereinbarung, andererseits mit Ersitzung begründet.

Die Rechtskraft des Gründungsbescheids, an die das Zivilgericht gebunden sei, umfasse auch das darin geregelte Fahrrecht des Klägers bis zu seinem Hof. Doch selbst bei fehlender Bindung würde daraus nur die Unwirksamkeit des öffentlich-rechtlich begründeten Fahrrechts resultieren, nicht aber auch das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrags. Ein solcher würde übereinstimmende Willenserklärungen des Klägers und der Wegegenossenschaft (nach deren Gründung) voraussetzen, die der Kläger nicht einmal behauptet habe. Ein Fahrrecht aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung bestehe daher nicht.

Die Ersitzung eines Fahrrechts während der Wintersaison scheitere daran, dass der Kläger bis zur Übertragung des Eigentums am Weggrundstück selbst dessen Eigentümer gewesen und auch die 30-jährige Ersitzungszeit nicht abgelaufen sei. Zwischen der behaupteten Errichtung des Fahrwegs im Jahr 1975 und der Verhandlung vom 5. 3. 1985, in welcher der Verzicht auf die Benützung im Winter erklärt worden sei, seien lediglich 10 Jahre verstrichen. Ab diesem Zeitpunkt habe der Kläger nicht mehr der Meinung sein können, zur Nutzung während der Wintermonate berechtigt zu sein, weshalb es ihm an der Gutgläubigkeit fehle.

Der Servitutsklage komme daher schon deshalb keine Berechtigung zu, weil die behauptete Dienstbarkeit nicht bestehe. Deshalb komme es nicht darauf an, ob durch eine Verletzung der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 eine Störungshandlung gesetzt worden sei. Die Frage, ob diese Vereinbarung überhaupt wirksam sei, müsse aus diesem Grund nicht geprüft werden. Davon abgesehen spräche es im Sinne des Vorbringens der beklagten Partei für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, wenn eine faktische Benutzungsmöglichkeit für den Kläger ohnedies nicht mehr bestehe, weil die Güterwegegenossenschaft eine Schrankenanlage errichtet und dem Kläger keinen Schlüssel ausgefolgt habe.

Aus diesen Erwägungen mangle es auch dem Zwischenantrag auf Feststellung an einer Zulässigkeitsvoraussetzung, nämlich der Präjudizialität für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit, weshalb er zurückzuweisen sei.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mit der er die Abänderung im Sinn der Stattgebung des Klagebegehrens, hilfsweise die Aufhebung des angefochtenen Urteils begehrt.

Die beklagte Partei beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht aufgrund einer verfehlten Rechtsansicht die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 nicht prüfte. Sie ist auch teilweise berechtigt.

I. Einmaligkeit des Rechtsmittels:römisch eins. Einmaligkeit des Rechtsmittels:

Auf den beim Obersten Gerichtshof eingebrachten weiteren Schriftsatz (samt Urkundenvorlage) des Klägers ist nicht Bedacht zu nehmen. Er verstößt gegen den Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels und ist daher zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0041666).

II. Gerügte Nichtigkeiten und Verfahrensmängel:römisch zwei. Gerügte Nichtigkeiten und Verfahrensmängel:

1. Die den Provisorialantrag des Klägers abweisenden Beschlüsse der Vorinstanzen sind rechtskräftig und bilden nicht den Gegenstand des nunmehrigen Rechtsmittelverfahrens. Von einer Nichtigkeit der Berufungsentscheidung wegen einer (vermeintlichen) „Verletzung der funktionellen Zuständigkeit“ im Provisorialverfahren kann entgegen der in der Revision vertretenen Ansicht keine Rede sein.

2. Auch die gerügte Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO liegt nicht vor. Eine solche wäre nur dann zu bejahen, wenn die Fassung des angefochtenen Urteils so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann oder das Urteil mit sich selbst im Widerspruch steht (was nur den Spruch selbst betrifft; ein - vom Kläger hier behaupteter - Widerspruch in den Gründen reicht nicht aus) oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind (E. Kodek in Rechberger, ZPO³ § 477 Rz 12 mwN). Keiner dieser Tatbestände trifft auf die angefochtene Berufungsentscheidung zu. 2. Auch die gerügte Nichtigkeit nach Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO liegt nicht vor. Eine solche wäre nur dann zu bejahen, wenn die Fassung des angefochtenen Urteils so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann oder das Urteil mit sich selbst im Widerspruch steht (was nur den Spruch selbst betrifft; ein - vom Kläger hier behaupteter - Widerspruch in den Gründen reicht nicht aus) oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind (E. Kodek in Rechberger, ZPO³ Paragraph 477, Rz 12 mwN). Keiner dieser Tatbestände trifft auf die angefochtene Berufungsentscheidung zu.

3. Das Vorliegen eines primären Verfahrensmangels wegen angeblicher Verletzung des § 275 Abs 1 ZPO hat schon das Berufungsgericht verneint. Eine neuerliche Rüge in dritter Instanz ist dem Kläger verwehrt (RIS-Justiz RS0042963). 3. Das Vorliegen eines primären Verfahrensmangels wegen angeblicher Verletzung des Paragraph 275, Absatz eins, ZPO hat schon das Berufungsgericht verneint. Eine neuerliche Rüge in dritter Instanz ist dem Kläger verwehrt (RIS-Justiz RS0042963).

4. Dasselbe gilt für den Verfahrensmangel, den der Kläger in seiner „unzutreffenden erstrichterlichen Manuduktion“ zur „Umgestaltung und Umformulierung“ des ursprünglichen Klagebegehrens erblickt.

III. Rechtsrüge:römisch drei. Rechtsrüge:

Der Kläger macht geltend, das Berufungsgericht habe sein Unterlassungsbegehren zu Unrecht nur unter dem Gesichtspunkt einer actio confessoria geprüft. Tatsächlich habe er sich aber sowohl auf einen dinglichen als auch auf einen vertraglichen Rechtsgrund gestützt. Die fehlende Unterfertigung der Vertragsurkunde durch den Bürgermeister sei als dessen „Verhinderung“ anzusehen, sodass der Vizebürgermeister vertreten habe müssen. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang auch auf § 100 Abs 2 lit a VlbG GG in der damaligen Fassung, die (Un-)Anwendbarkeit des § 867 ABGB und die „Vertrauensschutzjudikatur“ des Obersten Gerichtshofs. Im Übrigen stützt er sich weiterhin auf das Bestehen eines uneingeschränkten dinglichen Fahrrechts, das nur Gegenstand privatrechtlicher Beurteilung sein könne. Dazu bedürfe es ergänzender Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen an den Grundstücken, über welche die Straßenanlage errichtet worden sei, den vor dem Jahr 1975 erworbenen Rechten und den Dienstbarkeitsverträgen aus dieser Zeit. Das Berufungsgericht habe auch zu Unrecht die Präjudizialität des Zwischenantrags auf Feststellung verneint. Der Kläger macht geltend, das Berufungsgericht habe sein Unterlassungsbegehren zu Unrecht nur unter dem Gesichtspunkt einer actio confessoria geprüft. Tatsächlich habe er sich aber sowohl auf einen dinglichen als auch auf einen vertraglichen Rechtsgrund gestützt. Die fehlende Unterfertigung der Vertragsurkunde durch den Bürgermeister sei als dessen „Verhinderung“ anzusehen, sodass der Vizebürgermeister vertreten habe müssen. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang auch auf Paragraph 100, Absatz 2, Litera a, VlbG GG in der damaligen Fassung, die (Un-)Anwendbarkeit des Paragraph 867, ABGB und die „Vertrauensschutzjudikatur“ des Obersten Gerichtshofs. Im Übrigen stützt er sich weiterhin auf das Bestehen eines uneingeschränkten dinglichen Fahrrechts, das nur Gegenstand privatrechtlicher Beurteilung sein könne. Dazu bedürfe es ergänzender Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen an den Grundstücken, über welche die Straßenanlage errichtet worden sei, den vor dem Jahr 1975 erworbenen Rechten und den Dienstbarkeitsverträgen aus dieser Zeit. Das Berufungsgericht habe auch zu Unrecht die Präjudizialität des Zwischenantrags auf Feststellung verneint.

Hierzu wurde erwogen:

1. Vorbemerkungen:

1.1 Grundsätzliche Voraussetzung für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist entweder das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Unterlassungspflicht oder ein rechtswidriger Eingriff in geschützte Rechtsgüter des Berechtigten (10 Ob 63/01i; RIS-Justiz RS0037660 [T1]; Rechberger in Rechberger, ZPO³ § 406 Rz 13). Der Kläger hat sein Unterlassungsbegehren (alternativ) auf beide Anspruchsgrundlagen gestützt: 1.1 Grundsätzliche Voraussetzung für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ist entweder das Bestehen einer rechtsgeschäftlichen Unterlassungspflicht oder ein rechtswidriger Eingriff in geschützte Rechtsgüter des Berechtigten (10 Ob 63/01i; RIS-Justiz RS0037660 [T1]; Rechberger in Rechberger, ZPO³ Paragraph 406, Rz 13). Der Kläger hat sein Unterlassungsbegehren (alternativ) auf beide Anspruchsgrundlagen gestützt:

Zum Einen behauptet er ein gegen jedermann wirkendes uneingeschränktes dingliches Fahrrecht zu seinem „Anwesen“, das ihn zur Abwehr eigenmächtiger Eingriffe durch dritte Störer (in casu: die beklagte Partei) berechtere. Zum Anderen stützt er sich auf die Vereinbarung vom 28. 10. 2008, also einen schuldrechtlichen Titel. Das Berufungsgericht hat diese beiden Anspruchsgrundlagen miteinander vermengt und nur die erste von ihnen inhaltlich geprüft. Wäre aber die behauptete Servitut zu verneinen (so das Berufungsgericht) oder bedürfte es zu ihrer Klärung noch ergänzender Beweisaufnahmen (so der Kläger in seiner Revision), muss zunächst untersucht werden, ob sich die Berechtigung des Unterlassungsbegehrens nicht schon aus der geltend gemachten vertraglichen Grundlage ergibt.

1.2 Dazu ist vorweg festzuhalten, dass die Vorinstanzen den - für die rechtliche Beurteilung durchaus relevanten - Inhalt des vom Bürgermeister der beklagten Partei an den Klagevertreter gerichteten Schreibens vom 20. 1. 2008 (Beilage ./N) zwar nicht festgestellt haben, die Echtheit der Urkunde aber zugestanden wurde und ihr Wortlaut im Hinblick auf die Urkundenerklärung der beklagten Partei (Verweisung auf das eigene Vorbringen) als zwischen den Parteien unstrittig anzusehen ist. Es ist prozessual unbedenklich, unstrittiges Parteivorbringen - und dazu gehört auch der Inhalt einer in ihrer Richtigkeit nicht bestrittenen Urkunde - ohne weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen (§§ 266 f ZPO). Dies gilt auch für das Verfahren vor dem Revisionsgericht, weshalb zum besseren Verständnis dieser Entscheidung der wesentliche Inhalt des erwähnten Schreibens eingangs wiedergegeben werden konnte (vgl 2 Ob 92/11k mwN). 1.2 Dazu ist vorweg festzuhalten, dass die Vorinstanzen den - für die rechtliche Beurteilung durchaus relevanten - Inhalt des vom Bürgermeister der beklagten Partei an den Klagevertreter gerichteten Schreibens vom 20. 1. 2008 (Beilage ./N) zwar nicht festgestellt haben, die Echtheit der Urkunde aber zugestanden wurde und ihr Wortlaut im Hinblick auf die Urkundenerklärung der beklagten Partei (Verweisung auf das eigene Vorbringen) als zwischen den Parteien unstrittig anzusehen ist. Es ist prozessual unbedenklich, unstrittiges Parteivorbringen - und dazu gehört auch der Inhalt einer in ihrer Richtigkeit nicht bestrittenen Urkunde - ohne weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen (Paragraphen 266, f ZPO). Dies gilt auch für das Verfahren vor dem Revisionsgericht, weshalb zum besseren Verständnis dieser Entscheidung der wesentliche Inhalt des erwähnten Schreibens eingangs wiedergegeben werden konnte vergleiche 2 Ob 92/11k mwN).

2. Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008:

2.1 Der Oberste Gerichtshof hält trotz Kritik der Lehre (vgl etwa Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 69 [75 ff]; Rummel in Rummel, ABGB³ § 867 Rz 8, Apathy/Riedler in Schwimann³ IV § 867 Rz 6) in ständiger Rechtsprechung an der Auffassung fest, dass die in Organisationsvorschriften von juristischen Personen öffentlichen Rechts enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe auch im Außenverhältnis wirksam sind (8 Ob 111/07t; 2 Ob 108/10m; 9 ObA 84/10h; 5 Ob 52/11z; RIS-Justiz RS0014664, RS0014699, RS0014717). 2.1 Der Oberste Gerichtshof hält trotz Kritik der Lehre vergleiche etwa Thunhart, Eigenmächtige Vertragsabschlüsse des Bürgermeisters und die Notwendigkeit von Vertrauensschutz im Gemeinderecht, JBl 2001, 69 [75 ff]; Rummel in Rummel, ABGB³ Paragraph 867, Rz 8, Apathy/Riedler in Schwimann³ römisch vier Paragraph 867, Rz 6) in ständiger Rechtsprechung an der Auffassung fest, dass die in Organisationsvorschriften von juristischen Personen öffentlichen Rechts enthaltenen Handlungsbeschränkungen der zur Vertretung berufenen Organe auch im Außenverhältnis wirksam sind (8 Ob 111/07t; 2 Ob 108/10m; 9 ObA 84/10h; 5 Ob 52/11z; RIS-Justiz RS0014664, RS0014699, RS0014717).

2.2 Das vorarlbergische Landesgesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung (Gemeindegesetz

- VlbG GG) regelt in § 50 die Aufgaben der Gemeindevertretung, in § 60 jene des Gemeindevorstands und in § 66 jene des Bürgermeisters im eigenen Wirkungsbereich. Gemäß § 60 Abs 1 VlbG GG obliegen dem Gemeindevorstand alle in

den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fallenden Angelegenheiten, soweit sie nicht ausdrücklich anderen Organen der Gemeinde vorbehalten sind. 2.2 Das vorarlbergische Landesgesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung (Gemeindengesetz, - VlbG GG) regelt in Paragraph 50, die Aufgaben der Gemeindevertretung, in Paragraph 60, jene des Gemeindevorstands und in Paragraph 66, jene des Bürgermeisters im eigenen Wirkungsbereich. Gemäß Paragraph 60, Absatz eins, VlbG GG obliegen dem Gemeindevorstand alle in den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde fallenden Angelegenheiten, soweit sie nicht ausdrücklich anderen Organen der Gemeinde vorbehalten sind.

Es ist zwischen den Streitparteien unstrittig, dass die Beschlussfassung über den Vertragsentwurf des Klägers von dieser Generalklausel erfasst war und daher in den Aufgabenbereich des Gemeindevorstands fiel. Den Feststellungen zufolge sprach sich der Gemeindevorstand für den Abschluss der Vereinbarung aus. Es oblag dem zur Vertretung der Gemeinde nach außen berufenen Bürgermeister (§ 66 Abs 1 lit a VlbG GG), den Beschluss des Gemeindevorstands durchzuführen (§ 66 Abs 1 lit d VlbG GG). Es ist zwischen den Streitparteien unstrittig, dass die Beschlussfassung über den Vertragsentwurf des Klägers von dieser Generalklausel erfasst war und daher in den Aufgabenbereich des Gemeindevorstands fiel. Den Feststellungen zufolge sprach sich der Gemeindevorstand für den Abschluss der Vereinbarung aus. Es oblag dem zur Vertretung der Gemeinde nach außen berufenen Bürgermeister (Paragraph 66, Absatz eins, Litera a, VlbG GG), den Beschluss des Gemeindevorstands durchzuführen (Paragraph 66, Absatz eins, Litera d, VlbG GG).

2.3 Gemäß § 69 Abs 1 VlbG GG bedürfen Rechtsgeschäfte, die privatrechtliche Verpflichtungen gegenüber Dritten zum Inhalt haben und der Beschlussfassung der Gemeindevertretung und des Gemeindevorstands vorbehalten sind, der Schriftform. Derartige Urkunden sind vom Bürgermeister und einem Mitglied des Gemeindevorstands zu unterfertigen. Gemäß Abs 4 dieser Bestimmung tritt eine Verpflichtung der Gemeinde nur ein, wenn diese Vorschriften eingehalten wurden. 2.3 Gemäß Paragraph 69, Absatz eins, VlbG GG bedürfen Rechtsgeschäfte, die privatrechtliche Verpflichtungen gegenüber Dritten zum Inhalt haben und der Beschlussfassung der Gemeindevertretung und des Gemeindevorstands vorbehalten sind, der Schriftform. Derartige Urkunden sind vom Bürgermeister und einem Mitglied des Gemeindevorstands zu unterfertigen. Gemäß Absatz 4, dieser Bestimmung tritt eine Verpflichtung der Gemeinde nur ein, wenn diese Vorschriften eingehalten wurden.

§ 69 Abs 4 VlbG GG regelt somit ausdrücklich, dass die Einhaltung der Schriftform und der Zeichnungsvorschriften zur Begründung einer wirksamen Verbindlichkeit der Gemeinde erforderlich ist; sie ist als Wirksamkeitsvoraussetzung konzipiert (Häusler/Müller, Das Vorarlberger Gemeindegesetz⁴ [2010] 186; vgl auch Strasser/Grillberger in Fröhler/Oberndorfer, Gemeinderecht [1983] 3.13.2.5.2 „Konstitutive Formgebote“; Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht [2000] 97). Paragraph 69, Absatz 4, VlbG GG regelt somit ausdrücklich, dass die Einhaltung der Schriftform und der Zeichnungsvorschriften zur Begründung einer wirksamen Verbindlichkeit der Gemeinde erforderlich ist; sie ist als Wirksamkeitsvoraussetzung konzipiert (Häusler/Müller, Das Vorarlberger Gemeindegesetz⁴ [2010] 186; vergleiche auch Strasser/Grillberger in Fröhler/Oberndorfer, Gemeinderecht [1983] 3.13.2.5.2 „Konstitutive Formgebote“; Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht [2000] 97).

2.4 Nach wohl überwiegender Meinung begründet die gesetzliche Anordnung der Kollektivzeichnung einen Fall der Kollektivvertretung und eine (weitere) Beschränkung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters (Apathy/Riedler aaO § 867 Rz 6; Wilhelm, JBl 1982, 204 f [Besprechung von 1 Ob 625/81]; vgl auch Rummel aaO § 867 Rz 11; Krejci in Krejci/Ruppe, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung [1992], Vertretungsprobleme kommunaler Privatwirtschaftsverwaltung, 119 [140]). Gegenteiliger Ansicht ist Thunhart (Vertretungsregeln 95; ebenso Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001, 419 [430]), der von einem bloßen Formerfordernis ausgeht. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit ist hier aber nicht erforderlich. 2.4 Nach wohl überwiegender Meinung begründet die gesetzliche Anordnung der Kollektivzeichnung einen Fall der Kollektivvertretung und eine (weitere) Beschränkung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters (Apathy/Riedler aaO Paragraph 867, Rz 6; Wilhelm, JBl 1982, 204 f [Besprechung von 1 Ob 625/81]; vergleiche auch Rummel aaO Paragraph 867, Rz 11; Krejci in Krejci/Ruppe, Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung [1992], Vertretungsprobleme kommunaler Privatwirtschaftsverwaltung, 119 [140]). Gegenteiliger Ansicht ist Thunhart (Vertretungsregeln 95; ebenso Privatrechtlicher Vertrauensschutz und Paragraph 867, ABGB, öarr 2001, 419 [430]), der von einem bloßen Formerfordernis ausgeht. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit ist hier aber nicht erforderlich.

Der Sinn der Mitfertigung durch das Mitglied des Kollegialorgans (hier also des Gemeindevorstands) liegt nämlich nach

insoweit übereinstimmender Auffassung im Wesentlichen darin, die internen Beschlussvorgänge nach außen zu dokumentieren (Thunhart aaO öarr 2001, 431; ders, aaO JBl 2001, 78; Wilhelm, Die Vertretung der Gebietskörperschaft im Privatrecht [1981] 146 ff) und sicherzustellen, dass der Bürgermeister dem Beschluss entsprechend handelt (Apathy/Riedler aaO § 867 Rz 6). Nach Thunhart (Vertretungsregeln 99, öarr 2001, 431) versuche der Gesetzgeber durch die Normierung der Unwirksamkeit bei Missachtung der Zeichnungsvorschriften eine ordnungsgemäße Beschlussfassung zu erzwingen. Tatsächlich vom Kollegialorgan beschlossene Geschäfte sollten daher selbst unter Missachtung solcher Zeichnungsvorschriften wirksam sein (ebenso Apathy/Riedler aaO § 867 Rz 6; Wilhelm, Vertretung 150). Der Sinn der Mitfertigung durch das Mitglied des Kollegialorgans (hier also des Gemeindevorstands) liegt nämlich nach insoweit übereinstimmender Auffassung im Wesentlichen darin, die internen Beschlussvorgänge nach außen zu dokumentieren (Thunhart aaO öarr 2001, 431; ders, aaO JBl 2001, 78; Wilhelm, Die Vertretung der Gebietskörperschaft im Privatrecht [1981] 146 ff) und sicherzustellen, dass der Bürgermeister dem Beschluss entsprechend handelt (Apathy/Riedler aaO Paragraph 867, Rz 6). Nach Thunhart (Vertretungsregeln 99, öarr 2001, 431) versuche der Gesetzgeber durch die Normierung der Unwirksamkeit bei Missachtung der Zeichnungsvorschriften eine ordnungsgemäße Beschlussfassung zu erzwingen. Tatsächlich vom Kollegialorgan beschlossene Geschäfte sollten daher selbst unter Missachtung solcher Zeichnungsvorschriften wirksam sein (ebenso Apathy/Riedler aaO Paragraph 867, Rz 6; Wilhelm, Vertretung 150).

Im vorliegenden Fall wurde im Gemeindevorstand ein ordnungsgemäßer Beschluss gefasst. Die Vertragsurkunde wurde auch von einem Mitglied des Gemeindevorstands (mit)unterfertigt. Damit wurde dem Zweck der gemeinderechtlichen Kollektivzeichnungsnorm jedenfalls entsprochen. Es fehlt allerdings die Fertigung der Urkunde durch den Bürgermeister; statt diesem hat der Vizebürgermeister unterschrieben.

2.5 § 62 Abs 3 VlbG GG räumt dem Stellvertreter des Bürgermeisters („Vizebürgermeister“) dieselben Kompetenzen wie dem Bürgermeister ein. Voraussetzung ist jedoch, dass der Bürgermeister verhindert oder sein Amt erloschen ist. Der Begriff der „Verhinderung“ ist im Gesetz nicht geregelt: 2.5 Paragraph 62, Absatz 3, VlbG GG räumt dem Stellvertreter des Bürgermeisters („Vizebürgermeister“) dieselben Kompetenzen wie dem Bürgermeister ein. Voraussetzung ist jedoch, dass der Bürgermeister verhindert oder sein Amt erloschen ist. Der Begriff der „Verhinderung“ ist im Gesetz nicht geregelt:

2.5.1 Häusler/Müller (aaO 167) treten in Anlehnung an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs für eine großzügige Auslegung ein. Von einer Verhinderung werde man aber nicht mehr sprechen können, wenn der Bürgermeister nur deshalb abwesend ist, weil ihm die Vornahme der anstehenden Organhandlung, aus welchem Grund immer, unangenehm ist.

2.5.2 Nach Thunhart (Vertretungsregeln 54) liegt eine „Verhinderung“ dann vor, wenn der Bürgermeister auf längere Zeit nicht erreichbar ist, wobei die Mindestdauer einer solchen Verhinderung für gewöhnlich mit einem Tag anzusetzen sei. Sinnvollerweise sei, unabhängig vom tatsächlichen Vorliegen, auch dann Verhinderung anzunehmen, wenn der Bürgermeister dem Stellvertreter seine Verhinderung mitteilt. Lägen diese Voraussetzungen nicht vor, sei der Vizebürgermeister nicht vertretungsbefugt. Insofern hänge die Wirksamkeit eines vom Vizebürgermeister abgeschlossenen Geschäfts vom objektiven Vorliegen dieser dem Dritten oft nur schwer erkennbaren Umstände ab.

2.5.3 Thunhart betont aber auch, dass sich eine „Entschärfung der Situation“ aus der Rechtsfigur der Duldungs- und Anscheinsvollmacht ergebe. Gebe der Bürgermeister vor verhindert zu sein, oder setze er andere Tatbestände, aus denen ein Außenstehender auf seine Verhinderung schließen dürfe, so sei ein Vertragspartner in seinem Vertrauen auf die Zuständigkeit des Vizebürgermeisters geschützt.

2.6 Die zuletzt referierten Ausführungen Thunharts stehen im Einklang mit jener Rechtsprechung, nach der man sich - bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit - auch einer Gemeinde gegenüber auf das Prinzip des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand berufen kann (2 Ob 182/01f; 8 Ob 117/04w; 2 Ob 108/10m; vgl zuletzt auch 2 Ob 129/12b mwN; RIS-Justiz RS0014699, RS0014726). Auch die Kollektivzeichnungsbestimmungen sind als Vertrauensschutzregeln zu verstehen (Apathy/Riedler aaO § 867 Rz 7; Wilhelm, Vertretung 146 ff). 2.6 Die zuletzt referierten Ausführungen Thunharts stehen im Einklang mit jener Rechtsprechung, nach der man sich - bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit - auch einer Gemeinde gegenüber auf das Prinzip des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand

berufen kann (2 Ob 182/01f; 8 Ob 117/04w; 2 Ob 108/10m; vergleiche zuletzt auch 2 Ob 129/12b mwN; RIS-Justiz RS0014699, RS0014726). Auch die Kollektivzeichnungsbestimmungen sind als Vertrauensschutzregeln zu verstehen (Apathy/Riedler aaO Paragraph 867, Rz 7; Wilhelm, Vertretung 146 ff).

Der gegenständliche Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass der Bürgermeister, der sich im Vorfeld der Beschlussfassung durch den Gemeindevorstand um eine Streitbeilegung mit dem Kläger bemüht und (auch) den Vorstandsmitgliedern den Eindruck seiner Zustimmung zu der vorgeschlagenen Lösung vermittelt hatte, bei der Unterzeichnung der Vertragsurkunde wohl anwesend war, aus ungeklärten Gründen die Urkunde aber nicht selbst unterfertigte, sondern ohne Einwände den Vizebürgermeister unterschreiben ließ.

Die Anwesenheit des Bürgermeisters bei der Unterzeichnung der Vereinbarung bedeutet aber nicht, dass ein Verhinderungsfall nicht in Frage kam. Ein solcher konnte etwa in einer Befangenheit des Bürgermeisters bestanden haben (Häusler/Müller aaO 167), deren Gründe möglicherweise in der - von der beklagten Partei selbst ins Treffen geführten (vgl AS 30) - „politischen Dimension“ des Falles oder in persönlichen Beziehungen liegen konnten (vgl § 28 VlbG GG). Auch die Gestaltung der Urkunde (Beilage .H) spricht dafür, dass die Unterfertigung durch den Vizebürgermeister von vornherein vorgesehen war. Selbst wenn aber der Bürgermeister nicht befangen war, durften der Kläger und sein Vertreter aufgrund des in seinem Gesamtverhalten begründeten Anscheins redlicherweise darauf vertrauen, dass ein Verhinderungsfall vorlag. Die Anwesenheit des Bürgermeisters bei der Unterzeichnung der Vereinbarung bedeutet aber nicht, dass ein Verhinderungsfall nicht in Frage kam. Ein solcher konnte etwa in einer Befangenheit des Bürgermeisters bestanden haben (Häusler/Müller aaO 167), deren Gründe möglicherweise in der - von der beklagten Partei selbst ins Treffen geführten vergleiche AS 30) - „politischen Dimension“ des Falles oder in persönlichen Beziehungen liegen konnten vergleiche Paragraph 28, VlbG GG). Auch die Gestaltung der Urkunde (Beilage .H) spricht dafür, dass die Unterfertigung durch den Vizebürgermeister von vornherein vorgesehen war. Selbst wenn aber der Bürgermeister nicht befangen war, durften der Kläger und sein Vertreter aufgrund des in seinem Gesamtverhalten begründeten Anscheins redlicherweise darauf vertrauen, dass ein Verhinderungsfall vorlag.

2.7 Demnach kam die Vereinbarung vom 20. 10. 2008 rechtswirksam zustande. Aus § 100 Abs 2 lit a VlbG GG in der damals geltenden Fassung ist kein anderes Ergebnis ableitbar. Nach dem Wortlaut dieser - mittlerweile aufgehobenen (LGBl 2012/4) - Regelung wurden die §§ 27 und 867 ABGB, soweit diese Bestimmungen in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fielen, für den Bereich des Landes Vorarlberg außer Kraft gesetzt (zu den Materialien Häusler/Müller aaO 263). Nach einhelliger Auffassung im Schrifttum war diese Bestimmung für die materielle Rechtslage im Ergebnis bedeutungslos (vgl Rummel aaO § 867 Rz 1; Thunhart, öarr 2001, 423; Wilhelm, Vertretung 42 [FN 105]; Eccher/Purtscheller, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 867 ABGB), JBl 1977, 561 [566 FN 60]). 2.7 Demnach kam die Vereinbarung vom 20. 10. 2008 rechtswirksam zustande. Aus Paragraph 100, Absatz 2, Litera a, VlbG GG in der damals geltenden Fassung ist kein anderes Ergebnis ableitbar. Nach dem Wortlaut dieser - mittlerweile aufgehobenen (LGBl 2012/4) - Regelung wurden die Paragraphen 27 und 867 ABGB, soweit diese Bestimmungen in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fielen, für den Bereich des Landes Vorarlberg außer Kraft gesetzt (zu den Materialien Häusler/Müller aaO 263). Nach einhelliger Auffassung im Schrifttum war diese Bestimmung für die materielle Rechtslage im Ergebnis bedeutungslos vergleiche Rummel aaO Paragraph 867, Rz 1; Thunhart, öarr 2001, 423; Wilhelm, Vertretung 42 [FN 105]; Eccher/Purtscheller, Zur Gültigkeit privatrechtlicher Verträge juristischer Personen des öffentlichen Rechts (Paragraph 867, ABGB), JBl 1977, 561 [566 FN 60]).

2.8 Nur am Rande ist auf die „informativen“ Angaben des Bürgermeisters (zur Wertung solcher Angaben als Parteivorbringen vgl RIS-Justiz RS0039960; Rechberger in Rechberger, ZPO³ § 371 Rz 3; Schragel in Fasching/Konecny² II/2 §§ 182, 182a Rz 15; Spenling in Fasching/Konecny² III § 371 Rz 9) in der Tagsatzung vom 11. 11. 2010 zu verweisen, wonach sich die beklagte Partei eine gewisse Zeit lang an die Vereinbarung gehalten hat. Hielte man das Rechtsgeschäft für formungültig (siehe Punkt 2.4), hätte das vertragskonforme Verhalten nach der Ansicht Thunharts (Vertretungsregeln 103 ff; öarr 2001, 429) gemäß § 1432 ABGB zur Heilung des Rechtsgeschäfts geführt. 2.8 Nur am Rande ist auf die „informativen“ Angaben des Bürgermeisters (zur Wertung solcher Angaben als Parteivorbringen vergleiche RIS-Justiz RS0039960; Rechberger in Rechberger, ZPO³ Paragraph 371, Rz 3; Schragel in Fasching/Konecny² II/2 Paragraphen 182, 182 a, Rz 15; Spenling in Fasching/Konecny² römisch drei Paragraph 371, Rz 9) in der Tagsatzung vom 11. 11. 2010 zu verweisen, wonach sich die beklagte Partei eine gewisse Zeit lang an die Vereinbarung gehalten

hat. Hielte man das Rechtsgeschäft für formungültig (siehe Punkt 2.4), hätte das vertragskonforme Verhalten nach der Ansicht Thunharts (Vertretungsregeln 103 ff; öarr 2001, 429) gemäß Paragraph 1432, ABGB zur Heilung des Rechtsgeschäfts geführt.

3. Keine absolute Nichtigkeit:

3.1 Im Folgenden ist die Frage zu klären, ob die besagte Vereinbarung nicht wegen des Verstoßes gegen ein „gesetzliches Verbot“ iSd § 879 Abs 1 ABGB mit Nichtigkeit behaftet ist. Die Nichtigkeit einer Vereinbarung zufolge § 879 ABGB ist grundsätzlich nicht von Amts wegen zu beachten. Die beklagte Partei hat sich zwar auf die Nichtigkeit der Vereinbarung nicht berufen; wirkt aber eine Nichtigkeit absolut, ist sie von Amts wegen wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0016432). Maßgeblich für diese Beurteilung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (RIS-Justiz RS0017936; Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 1), hier also der 28. 10. 2008.¹ Im Folgenden ist die Frage zu klären, ob die besagte Vereinbarung nicht wegen des Verstoßes gegen ein „gesetzliches Verbot“ iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB mit Nichtigkeit behaftet ist. Die Nichtigkeit einer Vereinbarung zufolge Paragraph 879, Absatz eins, ABGB ist grundsätzlich nicht von Amts wegen zu beachten. Die beklagte Partei hat sich zwar auf die Nichtigkeit der Vereinbarung nicht berufen; wirkt aber eine Nichtigkeit absolut, ist sie von Amts wegen wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0016432). Maßgeblich für diese Beurteilung ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (RIS-Justiz RS0017936; Bollenberger in KBB³ Paragraph 879, Rz 1), hier also der 28. 10. 2008.

3.2 Zu diesem Zeitpunkt galt die im Bescheid der ABB Bregenz vom 24. 7. 1985 („Gründungsbescheid“) in erteilte Auflage, wonach der Güterweg während der Wintersaison für Kraftfahrzeuge zu sperren ist. An der dadurch bewirkten Rechtslage hat sich, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 17. 9. 2009, 2007/07/0164, klargestellt hat, auch durch den Bescheid der ABB Bregenz vom 10. 2. 2006 (Entfernung der Zusatztafel „Ausgenommen Genossenschaftsmitglieder/ Berechtigte“) inhaltlich nichts geändert.

Adressat der Auflage war die aufgrund freier Übereinkunft gebildete Güterwegegenossenschaft (§ 13 Abs 1 des vorarlbergischen Landesgesetzes über das land- und forstwirtschaftliche Bringungsrecht [Güter- und Seilwegegesetz - GSG]), der laut Punkt I.1. des Bescheids Rechtspersönlichkeit zukommt (zur Rechtsgrundlage vgl § 11 Abs 1 iVm § 12 Abs 1 des Güter- und Seilwege-Grundsatzgesetzes - GSGG; vgl ferner 1 Ob 702/83 [Sbg GSLG]; RIS-Justiz RS0000196; auch RS0035369; 1 Ob 27/76 [Wassergenossenschaft]). Auf die gegen die Rechtspersönlichkeit der Genossenschaft dennoch geäußerten Zweifel des Klägers ist im gegebenen Zusammenhang nicht weiter einzugehen. Adressat der Auflage war die aufgrund freier Übereinkunft gebildete Güterwegegenossenschaft (Paragraph 13, Absatz eins, des vorarlbergischen Landesgesetzes über das land- und forstwirtschaftliche Bringungsrecht [Güter- und Seilwegegesetz - GSG]), der laut Punkt römisch eins.1. des Bescheids Rechtspersönlichkeit zukommt (zur Rechtsgrundlage vergleiche Paragraph 11, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 12, Absatz eins, des Güter- und Seilwege-Grundsatzgesetzes - GSGG; vergleiche ferner 1 Ob 702/83 [Sbg GSLG]; RIS-Justiz RS0000196; auch RS0035369; 1 Ob 27/76 [Wassergenossenschaft]). Auf die gegen die Rechtspersönlichkeit der Genossenschaft dennoch geäußerten Zweifel des Klägers ist im gegebenen Zusammenhang nicht weiter einzugehen.

3.3 Nach herrschender Auffassung liegt ein „gesetzliches Verbot“ iSd § 879 Abs 1 ABGB nur bei einem Verstoß gegen ein Gesetz im materiellen Sinn vor (8 Ob 259/74; 4 Ob 2329/96w; 2 Ob 11/08v; Bollenberger aaO § 879 Rz 2; Krejci in Rummel, ABGB³ § 879 Rz 19; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ IV § 879 Rz 1). Als solche werden neben Gesetzen im formellen Sinn ua auch Rechtsverordnungen (vgl 4 Ob 2329/96w) angesehen (weitere Beispiele bei Bollenberger aaO § 879 Rz 2). Es handelt sich um generelle Normen, nicht aber um solche Normen, die aus einem Akt individueller Rechtssetzung entstehen (vgl 2 Ob 11/08v mwN; Kolmasch in Schwimann, ABGB-TaKomm² § 879 Rz 2). Aus diesem Grund stellen etwa verwaltungsbehördliche Bescheide keine „gesetzlichen Verbote“ dar (Krejci aaO § 879 Rz 20). 3.3 Nach herrschender Auffassung liegt ein „gesetzliches Verbot“ iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB nur bei einem Verstoß gegen ein Gesetz im materiellen Sinn vor (8 Ob 259/74; 4 Ob 2329/96w; 2 Ob 11/08v; Bollenberger aaO Paragraph 879, Rz 2; Krejci in Rummel, ABGB³ Paragraph 879, Rz 19; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB³ römisch vier Paragraph 879, Rz 1). Als solche werden neben Gesetzen im formellen Sinn ua auch Rechtsverordnungen vergleiche 4 Ob 2329/96w) angesehen (weitere Beispiele bei Bollenberger aaO Paragraph 879, Rz 2). Es handelt sich um generelle Normen, nicht aber um solche Normen, die aus einem Akt individueller Rechtssetzung entstehen vergleiche 2 Ob 11/08v mwN; Kolmasch in Schwimann, ABGB-TaKomm² Paragraph 879, Rz 2). Aus diesem Grund stellen etwa verwaltungsbehördliche Bescheide keine „gesetzlichen Verbote“ dar (Krejci aaO Paragraph 879, Rz 20).

Auflagen im Bescheid sind Verpflichtungen der davon betroffenen Partei zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, die begünstigenden Bescheiden akzessorisch beigelegt werden und zu erfüllen sind, wenn der Bescheidadressat die Begünstigung in Anspruch nimmt (10 Ob 15/08s mwN; vgl auch RIS-JustizRS0049691). Derartige Auflagen sind daher - ungeachtet ihres allfälligen Charakters als Schutznormen iSd § 1311 ABGB (vgl RIS-JustizRS0027415, RS0118358) - keine Gesetze im materiellen Sinn. Dem Vertragsabschluss zwischen den Streitparteien konnte demnach kein „gesetzliches Verbot“ iSd § 879 Abs 1 ABGB entgegen stehen. Auflagen im Bescheid sind Verpflichtungen der davon betroffenen Partei zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, die begünstigenden Bescheiden akzessorisch beigelegt werden und zu erfüllen sind, wenn der Bescheidadressat die Begünstigung in Anspruch nimmt (10 Ob 15/08s mwN; vergleiche auch RIS-Justiz RS0049691). Derartige Auflagen sind daher - ungeachtet ihres allfälligen Charakters als Schutznormen iSd Paragraph 1311, ABGB vergleiche RIS-Justiz RS0027415, RS0118358) - keine Gesetze im materiellen Sinn. Dem Vertragsabschluss zwischen den Streitparteien konnte demnach kein „gesetzliches Verbot“ iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB entgegen stehen.

3.4 Rechtsgrundlage für die „Wintersperre“ ist mittlerweile allerdings die seit 3. 9. 2010 in Kraft befindliche „Verordnung des Bürgermeisters über die Erlassung eines Fahrverbotes“ auf dem besagten Güterweg, demnach ein Gesetz im materiellen Sinn. Richtet sich das Verbot - wie hier - gegen eine faktische Handlung (Befahren des Güterwegs), so verstößt auch ein Vertrag, der die verbotene Handlung ermöglichen soll, gegen dieses Verbot (vgl Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 5). Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 widerspricht der Verbotsnorm, soll mit ihr doch ein Benützungsrecht des Klägers gerade während der Wintersaison „garantiert bzw gewährleistet“ sein. 3.4 Rechtsgrundlage für die „Wintersperre“ ist mittlerweile allerdings die seit 3. 9. 2010 in Kraft befindliche „Verordnung des Bürgermeisters über die Erlassung eines Fahrverbotes“ auf dem besagten Güterweg, demnach ein Gesetz im materiellen Sinn. Richtet sich das Verbot - wie hier - gegen eine faktische Handlung (Befahren des Güterwegs), so verstößt auch ein Vertrag, der die verbotene Handlung ermöglichen soll, gegen dieses Verbot (vgl Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 879, Rz 5). Die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 widerspricht der Verbotsnorm, soll mit ihr doch ein Benützungsrecht des Klägers gerade während der Wintersaison „garantiert bzw gewährleistet“ sein.

3.5 War ein Rechtsgeschäft im Zeitpunkt seines Abschlusses erlaubt, hängt die Wirkung späterer Verbote davon ab, ob das spätere Verbot auch für die früher abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gilt (Krejci aaO § 879 Rz 16; vgl auch Bollenberger aaO § 879 Rz 1). Maßgeblich ist der zeitliche Anwendungsbereich der später erlassenen Verbotsnorm (Kolmasch aaO § 879 Rz 1). 3.5 War ein Rechtsgeschäft im Zeitpunkt seines Abschlusses erlaubt, hängt die Wirkung späterer Verbote davon ab, ob das spätere Verbot auch für die früher abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gilt (Krejci aaO Paragraph 879, Rz 16; vergleiche auch Bollenberger aaO Paragraph 879, Rz 1). Maßgeblich ist der zeitliche Anwendungsbereich der später erlassenen Verbotsnorm (Kolmasch aaO Paragraph 879, Rz 1).

Nach § 5 ABGB wirken Gesetze nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss. Auch diese Bestimmung bezieht sich auf Gesetze im materiellen Sinn (vgl F. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 3 Rz 1). Bei Dauertatbeständen wie Dauerrechtsverhältnissen ist aber bei einer Gesetzesänderung der in den zeitlichen Geltungsbereich der neuen Rechtslage reichende Teil des Dauertatbestands nach dem neuen Gesetz zu beurteilen, wenn für den Übergang nichts anderes vorgesehen ist (vgl 4 Ob 172/04d; RIS-Justiz RS0008732). Nach Paragraph 5, ABGB wirken Gesetze nicht zurück; sie haben daher auf vorhergegangene Handlungen und auf vorher erworbene Rechte keinen Einfluss. Auch diese Bestimmung bezieht sich auf Gesetze im materiellen Sinn (vgl F. Bydlinski in Rummel, ABGB³ Paragraph 3, Rz 1). Bei Dauertatbeständen wie Dauerrechtsverhältnissen ist aber bei einer Gesetzesänderung der in den zeitlichen Geltungsbereich der neuen Rechtslage reichende Teil des Dauertatbestands nach dem neuen Gesetz zu beurteilen, wenn für den Übergang nichts anderes vorgesehen ist (vgl 4 Ob 172/04d; RIS-Justiz RS0008732).

Die von der beklagten Partei in der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 übernommenen Pflichten begründeten ein Dauerschuldverhältnis, auf das die Verordnung vom 2. 9. 2010 ab ihrer gehörigen Kundmachung anzuwenden war. Das bedeutet, dass die Vereinbarung seitdem gegen ein „gesetzliches Verbot“ iSd § 879 Abs 1 ABGB verstößt. Die von der beklagten Partei in der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 übernommenen Pflichten begründeten ein Dauerschuldverhältnis, auf das die Verordnung vom 2. 9. 2010 ab ihrer gehörigen Kundmachung anzuwenden war. Das bedeutet, dass die Vereinbarung seitdem gegen ein „gesetzliches Verbot“ iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB verstößt.

3.6 Nicht jedes Rechtsgeschäft, das in irgendeiner Weise gegen die Rechtsordnung verstößt, ist deshalb nichtig. Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit ist nach herrschender Auffassung nämlich nur dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge entweder ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig verlangt und sich die verletzte Norm nicht mit der Verhängung anderer Rechtsfolgen, etwa mit einer Bestrafung begnügt (vgl 6 Ob 64/12y mwN; RIS-Justiz RS0016837, RS0016840; Kolmasch aaO § 879 Rz 3; Bollenberger aaO § 879 Rz 3). Der Zweck des Verbots entscheidet auch darüber, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit bzw absolute oder relative Nichtigkeit vorliegt (Kolmasch aaO § 879 Rz 3; Krejci aaO § 879 Rz 28). Absolute Nichtigkeit ist nur bei Verstößen gegen solche Gesetze anzunehmen, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen (6 Ob 240/11d; RIS-Justiz RS0016432 [T1]; Bollenberger aaO § 879 Rz 27).

3.6 Nicht jedes Rechtsgeschäft, das in irgendeiner Weise gegen die Rechtsordnung verstößt, ist deshalb nichtig. Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit ist nach herrschender Auffassung nämlich nur dann anzunehmen, wenn diese Rechtsfolge entweder ausdrücklich normiert ist oder der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig verlangt und sich die verletzte Norm nicht mit der Verhängung anderer Rechtsfolgen, etwa mit einer Bestrafung begnügt vergleiche 6 Ob 64/12y mwN; RIS-Justiz RS0016837, RS0016840; Kolmasch aaO Paragraph 879, Rz 3; Bollenberger aaO Paragraph 879, Rz 3). Der Zweck des Verbots entscheidet auch darüber, ob Gesamt- oder Teilnichtigkeit bzw absolute oder relative Nichtigkeit vorliegt (Kolmasch aaO Paragraph 879, Rz 3; Krejci aaO Paragraph 879, Rz 28). Absolute Nichtigkeit ist nur bei Verstößen gegen solche Gesetze anzunehmen, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen (6 Ob 240/11d; RIS-Justiz RS0016432 [T1]; Bollenberger aaO Paragraph 879, Rz 27).

3.7 Der Verbotszweck der Verordnung vom 2. 9. 2010 dient der Sicherheit der Schiffliftbenützer. Begegnungen zwischen Schiffahrern und Kraftfahrzeugen, die ein hohes Gefahrenpotential für die körperliche Integrität der Schiffahrer in sich bergen, sollen dadurch vermieden werden. Somit handelt es sich um eine Schutznorm zugunsten eines bestimmten Personenkreises.

Dieser Normzweck verlangt nicht die absolute Nichtigkeit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 (vgl 6 Ob 240/11d mwN; RIS-Justiz RS0016435). Deren Text lässt überdies erkennen, dass die Parteien ohnedies um eine Regelung bemüht waren, nach der ein Befahren des Güterwegs nur außerhalb der Betriebszeiten des Schlepplifts stattfinden soll. Nicht anders kann Punkt 2. der Vereinbarung gedeutet werden, wonach der Bürgermeister den Kläger über die jeweiligen Betriebszeiten des Schilifts, etwaige Veranstaltungen etc in Kenntnis setzen soll. Dieser Normzweck verlangt nicht die absolute Nichtigkeit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 vergleiche 6 Ob 240/11d mwN; RIS-Justiz RS0016435). Deren Text lässt überdies erkennen, dass die Parteien ohnedies um eine Regelung bemüht waren, nach der ein Befahren des Güterwegs nur außerhalb der Betriebszeiten des Schlepplifts stattfinden soll. Nicht anders kann Punkt 2. der Vereinbarung gedeutet werden, wonach der Bürgermeister den Kläger über die jeweiligen Betriebszeiten des Schilifts, etwaige Veranstaltungen etc in Kenntnis setzen soll.

4. Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage:

4.1 Die Auflösung eines Vertrags wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage setzt nach ständiger Rechtsprechung eine derartig grundlegende Veränderung der bei Eingehen der Verpflichtung bestehenden Verhältnisse voraus, dass im Beharren auf Verpflichtungen, deren Erfüllung dem Schuldner nicht mehr zumutbar ist, geradezu ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben erblickt werden müsste. Es müsste der von beiden Teilen anerkannte Vertragszweck nicht nur zeitweilig, sondern dauerhaft unerreichbar geworden sein (1 Ob 95/08i mwN; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0017498). Weil viele Fälle des Mangels oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ohnedies in gesetzlichen Bestimmungen erfasst sind, ohne dass die für die Geschäftsgrundlage typische Formel verwendet wird, darf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegenüber anderen Möglichkeiten, rechtsgeschäftliche Bindungen zu beseitigen, nur als letztes Mittel herangezogen werden (vgl 8 Ob 585/88; 1 Ob 95/08i; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0017454; Bollenberger aaO § 901 Rz 8; Rummel aaO § 901 Rz 6; Apathy/Riedler aaO § 901 Rz 11). Bei Dauerschuldverhältnissen ist der primäre Rechtsbehelf die in der Rechtsprechung anerkannte vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund (vgl 2 Ob 92/11k; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0018305), zu deren Rechtfertigung es im Allgemeinen nicht der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage bedarf (RIS-Justiz RS0017469; Rummel aaO § 901 Rz 6). Die Auflösung (mit Wirkung ex nunc) erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die formfrei ist und mit dem Zeitpunkt des Zugangs an den Erklärungsempfänger wirksam wird (2 Ob 92/11k mwN; RIS-Justiz RS0027780).

4.1 Die Auflösung eines Vertrags wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage setzt nach ständiger Rechtsprechung eine derartig grundlegende Veränderung der bei Eingehen der Verpflichtung bestehenden

Verhältnisse voraus, dass im Beharren auf Verpflichtungen, deren Erfüllung dem Schuldner nicht mehr zumutbar ist, geradezu ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben erblickt werden müsste. Es müsste der von beiden Teilen anerkannte Vertragszweck nicht nur zeitweilig, sondern dauerhaft unerreichbar geworden sein (1 Ob 95/08i mwN; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0017498). Weil viele Fälle des Mangels oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ohnedies in gesetzlichen Bestimmungen erfasst sind, ohne dass die für die Geschäftsgrundlage typische Formel verwendet wird, darf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegenüber anderen Möglichkeiten, rechtsgeschäftliche Bindungen zu beseitigen, nur als letztes Mittel herangezogen werden vergleiche 8 Ob 585/88; 1 Ob 95/08i; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0017454; Bollenberger aaO Paragraph 901, Rz 8; Rummel aaO Paragraph 901, Rz 6; Apathy/Riedler aaO Paragraph 901, Rz 11). Bei Dauerschuldverhältnissen ist der primäre Rechtsbehelf die in der Rechtsprechung anerkannte vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund vergleiche 2 Ob 92/11k; 7 Ob 192/12d; RIS-Justiz RS0018305), zu deren Rechtfertigung es im Allgemeinen nicht der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage bedarf (RIS-Justiz RS0017469; Rummel aaO Paragraph 901, Rz 6). Die Auflösung (mit Wirkung ex nunc) erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die formfrei ist und mit dem Zeitpunkt des Zugangs an den Erklärungsempfänger wirksam wird (2 Ob 92/11k mwN; RIS-Justiz RS0027780).

4.2 Die beklagte Partei brachte in erster Instanz vor (Feststellungen wurden zu diesem Themenkomplex nicht getroffen), dass die Güterwegegenossenschaft schon im Jahr 2006 die Errichtung einer Schrankenanlage beschlossen, zunächst aber die Benützung durch den Kläger in gewissem Ausmaß geduldet und diesem einen Schlüssel zum Schranken überlassen habe. Erst aufgrund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. 9. 2009 habe die Genossenschaft die Sperre des Zufahrtswegs für Kraftfahrzeuge während der Wintersaison „wirksam umgesetzt“. In der Tagsatzung vom 21. 2. 2012 wandte die beklagte Partei erstmals den Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen der faktischen Unbenützbarkeit des Güterwegs ein.

4.3 Nach den dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung ist die beklagte Partei grundsätzlich auf die „außerordentliche Kündigung“ des mit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 begründeten Dauerschuldverhältnisses zu verweisen (vgl 5 Ob 585/88). Auf diesen Rechtsgrund hat sich die beklagte Partei nicht gestützt. Selbst wenn man aber ihrem Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage den objektiven Erklärungswert einer Auflösungserklärung beimessen wollte (vgl 2 Ob 92/11k), könnte diese nicht zur vorzeitigen Auflösung führen.

4.3 Nach den dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung ist die beklagte Partei grundsätzlich auf die „außerordentliche Kündigung“ des mit der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 begründeten Dauerschuldverhältnisses zu verweisen vergleiche 5 Ob 585/88). Auf diesen Rechtsgrund hat sich die beklagte Partei nicht gestützt. Selbst wenn man aber ihrem Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage den objektiven Erklärungswert einer Auflösungserklärung beimessen wollte vergleiche 2 Ob 92/11k), könnte diese nicht zur vorzeitigen Auflösung führen:

4.3.1 Gründe, mit denen schon beim Eingehen des Dauerschuldverhältnisses gerechnet werden musste, rechtfertigen nämlich dessen vorzeitige Auflösung nicht (1 Ob 340/98a mwN; 2 Ob 122/05p). War dem Kläger während der Wintersaison schon bei Abschluss der Vereinbarung vom 20. 10. 2008 mit Kenntnis der beklagten Partei nur die prekäristische Nutzung des Güterwegs gestattet, wie das Vorbringen der beklagten Partei nahe legt („Duldung durch die Genossenschaft“), so musste mit einer jederzeitigen Änderung der Sachlage gerechnet werden. Es ist aber auch nicht absehbar, dass es sich bei der nunmehrigen Sachlage um eine dauerhafte und nicht bloß eine zeitweilige Hinderung der Nutzung handelt (vgl auch 5 Ob 220/09b), weil es - wie schon in der Vergangenheit - zu einer Einigung zwischen dem Kläger und der Güterwegegenossenschaft kommen könnte, auf welche die beklagte Partei keinen entscheidenden Einfluss hat. Auf den rechtlichen Aspekt dieser Möglichkeit wird noch näher einzugehen sein.

4.3.1 Gründe, mit denen schon beim Eingehen des Dauerschuldverhältnisses gerechnet werden musste, rechtfertigen nämlich dessen vorzeitige Auflösung nicht (1 Ob 340/98a mwN; 2 Ob 122/05p). War dem Kläger während der Wintersaison schon bei Abschluss der Vereinbarung vom 20. 10. 2008 mit Kenntnis der beklagten Partei nur die prekäristische Nutzung des Güterwegs gestattet, wie das Vorbringen der beklagten Partei nahe legt („Duldung durch die Genossenschaft“), so musste mit einer jederzeitigen Änderung der Sachlage gerechnet werden. Es ist aber auch nicht absehbar, dass es sich bei der nunmehrigen Sachlage um eine dauerhafte und nicht bloß eine zeitweilige Hinderung der Nutzung handelt vergleiche auch 5 Ob 220/09b), weil es - wie schon in der Vergangenheit - zu einer Einigung zwischen dem Kläger und der Güterwegegenossenschaft kommen könnte, auf welche die beklagte Partei keinen entscheidenden Einfluss hat. Auf den rechtlichen Aspekt dieser Möglichkeit wird noch näher einzugehen sein.

4.3.2 Die Berechtigung zur vorzeitigen Vertragsauflösung ist im Rahmen einer auf den Zeitpunkt der

Auflösungserklärung bezogenen Gesamtbetrachtung und umfassenden Abwägung der Bestandsinteressen des einen Vertragspartners und des Auflösungsinteresses des anderen zu beurteilen (1 Ob 340/98a; 2 Ob 122/05p mwN). Unter Berücksichtigung der für diese Abwägung maßgebenden Umstände des konkreten Falls wäre - wenn man die Richtigkeit des Tatsachenvorbringens der beklagten Partei unterstellt - das Vorliegen eines zur vorzeitigen Auflösung des Dauerschuldverhältnisses berechtigenden wichtigen Grundes zu verneinen, zumal der beklagten Partei aus dem Fortbestehen der Vereinbarung keine unzumutbare Belastung erwächst.

Die erwägenswerte Anpassung des Inhalts der Vereinbarung an die derzeitigen Verhältnisse hat die beklagte Partei nicht einmal implizit geltend gemacht.

5. Keine schikanöse Rechtsausübung:

Rechtsmissbrauch liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das unlautere Motiv einer Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt. Der Schädigungszweck muss so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (7 Ob 206/08g mwN; RIS-Justiz RS0025230 [T7, T10], RS0026265 [T8, T14]; Reischauer in Rummel, ABGB³ II/2a § 1295 Rz 61). Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, wobei selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag geben. Demjenigen, der an sich ein Recht hat, soll grundsätzlich zugestanden werden, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt (7 Ob 206/08g mwN; 8 Ob 69/12y; RIS-Justiz RS0026205 [T4]). Rechtsmissbrauch liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das unlautere Motiv einer Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt. Der Schädigungszweck muss so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (7 Ob 206/08g mwN; RIS-Justiz RS0025230 [T7, T10], RS0026265 [T8, T14]; Reischauer in Rummel, ABGB³ II/2a Paragraph 1295, Rz 61). Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, wobei selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag geben. Demjenigen, der an sich ein Recht hat, soll grundsätzlich zugestanden werden, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt (7 Ob 206/08g mwN; 8 Ob 69/12y; RIS-Justiz RS0026205 [T4]).

Die beklagte Partei stützte ihren Einwand auf die Behauptung, das Beharren des Klägers auf der Einhaltung der Vereinbarung verursache ihr nur Nachteile, während dem Kläger keine Vorteile entstünden. Andererseits betont die beklagte Partei auch noch in ihrer Revisionsbeantwortung, stets ausreichende Vorkehrungen getroffen zu haben, dass im Notfall der Schranken geöffnet werde. Gerade auf Notfälle nimmt aber die Vereinbarung ausdrücklichen Bezug. Schon unter diesem Gesichtspunkt kann von einem eindeutigen Überwiegen unlauterer Motive auf Seiten des Klägers keine Rede sein. Im Übrigen wird auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen.

6. Unterlassungsbegehren:

6.1 Die Berechtigung eines Unterlassungsbegehrens setzt sowohl eine Unterlassungspflicht als auch die Gefahr voraus, dass dieser zuwidergehandelt wird (RIS-Justiz RS0037660). Wesentlich ist das Rechtsschutzbedürfnis und die Wiederholungsgefahr (1 Ob 147/11s; RIS-Justiz RS0012064).

Die Unterlassungspflicht der beklagten Partei folgt aus der Vereinbarung vom 28. 10. 2008, die verbindliche Vorgaben für die Präparierung der Schipiste an der gegenständlichen Kreuzungsstelle enthält. Der Kläger hat in der Klage behauptet, dass sich die beklagte Partei bei der Präparierung der Piste nicht an die getroffene Vereinbarung hält. Dazu liegen zwar keine erstinstanzlichen Feststellungen vor. Die beklagte Partei hat dieses Vorbringen aber ohnedies nicht bestritten, sondern den Standpunkt vertreten, dass der Kläger aus der Vereinbarung kein Recht auf eine bestimmte Präparierung ableiten könne, weil die Vereinbarung nicht rechtswirksam sei. Die vom Kläger behaupteten Eingriffe sind demnach zwischen den Parteien nicht strittig. Im Hinblick auf den Prozessstandpunkt der beklagten Partei besteht auch ein ausreichend objektives Maß an Wahrscheinlichkeit, dass sie in Zukunft ihrer Unterlassungspflicht zuwiderhandeln wird (1 Ob 147/11s; RIS-Justiz RS0010467). Die Wiederholungsgefahr ist daher zu bejahen.

6.2 Zu prüfen bleibt das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers:

6.2.1 Nach der bei Schluss der Verhandlung erster Instanz geltenden Rechtslage ist aufgrund der Verordnung vom 2. 9. 2010 das Befahren des Güterwegs mit Kraftfahrzeugen während der Wintersaison generell, also auch dem Kläger, untersagt. Bei einem Unterlassungsbegehren kommt es aber allein darauf an, ob die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen durch den Beklagten besteht. So ist etwa einem auf das Fehlen einer rechtskräftigen Baubewilligung abstellenden Unterlassungsbegehren trotz Vorliegens der rechtskräftigen Baubewilligung bei Schluss

der Verhandlung erster Instanz stattzugeben, wenn der Beklagte nicht beweist, dass eine neuerliche Rechtsverletzung bei Aufhebung der vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts noch anfechtbaren Baubewilligung nicht äußerst unwahrscheinlich ist (vgl 4 Ob 193/00m; RIS-Justiz RS0114254). 6.2.1 Nach der bei Schluss der Verhandlung erster Instanz geltenden Rechtslage ist aufgrund der Verordnung vom 2. 9. 2010 das Befahren des Güterwegs mit Kraftfahrzeugen während der Wintersaison generell, also auch dem Kläger, untersagt. Bei einem Unterlassungsbegehren kommt es aber allein darauf an, ob die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen durch den Beklagten besteht. So ist etwa einem auf das Fehlen einer rechtskräftigen Baubewilligung abstellenden Unterlassungsbegehren trotz Vorliegens der rechtskräftigen Baubewilligung bei Schluss der Verhandlung erster Instanz stattzugeben, wenn der Beklagte nicht beweist, dass eine neuerliche Rechtsverletzung bei Aufhebung der vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts noch anfechtbaren Baubewilligung nicht äußerst unwahrscheinlich ist (vergleiche 4 Ob 193/00m; RIS-Justiz RS0114254).

6.2.2 Der Kläger hat die Verordnung des Bürgermeisters mit Individualantrag bekämpft. Der den Antrag mit Erkenntnis vom 28. 11. 2011, V 123/10, zurückweisende Verfassungsgerichtshof führte aus, für den Antragsteller (den Kläger) bestehe gemäß § 45 StVO die Möglichkeit, in einem auf seinen Antrag einzuleitenden Verwaltungsverfahren abzuklären, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vom vorliegenden Fahrverbot gegeben seien. Lügen solche vor, so habe die Behörde durch Erteilung der beantragten Bewilligung die sonst für jedermann eintretende Verkehrsbeschränkung für den Antragsteller aufzuheben. Es stehe ihm somit ein Mittel zur Verfügung, die Wirkung der Verordnung von sich abzuwenden oder aber - wenn dieser Antrag erfolglos bleiben sollte - nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzugs in einer Beschwerde nach Art 144 B-VG die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verordnung des Bürgermeisters an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen. 6.2.2 Der Kläger hat die Verordnung des Bürgermeisters mit Individualantrag bekämpft. Der den Antrag mit Erkenntnis vom 28. 11. 2011, V 123/10, zurückweisende Verfassungsgerichtshof führte aus, für den Antragsteller (den Kläger) bestehe gemäß Paragraph 45, StVO die Möglichkeit, in einem auf seinen Antrag einzuleitenden Verwaltungsverfahren abzuklären, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vom vorliegenden Fahrverbot gegeben seien. Lügen solche vor, so habe die Behörde durch Erteilung der beantragten Bewilligung die sonst für jedermann eintretende Verkehrsbeschränkung für den Antragsteller aufzuheben. Es stehe ihm somit ein Mittel zur Verfügung, die Wirkung der Verordnung von sich abzuwenden oder aber - wenn dieser Antrag erfolglos bleiben sollte - nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzugs in einer Beschwerde nach Artikel 144, B-VG die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verordnung des Bürgermeisters an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen.

6.2.3 Angesichts der schon bisher umfassenden Bemühungen des Klägers ist demnach nicht auszuschließen, dass sich die Rechtslage künftig wieder ändert und dem Kläger auch während der Wintersaison eine Zufahrtsmöglichkeit eingeräumt wird. Dass ein auf § 45 StVO gestützter Antrag des Klägers aussichtslos wäre, hat die beklagte Partei nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund bleibt das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für das gestellte Unterlassungsbegehren trotz der Verordnung des Bürgermeisters bestehen. Da es aber von der rechtlichen Erlaubtheit des Befahrens des Güterwegs abhängt, kann es nicht uneingeschränkt bejaht werden. Es ist vielmehr an die Bedingung geknüpft, dass entweder dem Kläger die Ausnahmegewilligung gemäß § 45 StVO erteilt oder die Verordnung durch den Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzeswidrigkeit aufgehoben wird. Diese Einschränkung ist im Spruch der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen (vgl 4 Ob 193/00m; 4 Ob 88/11m zu dem ähnlich gelagerten Fall, wonach die jederzeitige Änderung eines ursprünglich rechtswidrigen, bei Schluss der Verhandlung erster Instanz aber rechtmäßigen Verhaltens des Unterlassungsverpflichteten möglich ist). 6.2.3 Angesichts der schon bisher umfassenden Bemühungen des Klägers ist demnach nicht auszuschließen, dass sich die Rechtslage künftig wieder ändert und dem Kläger auch während der Wintersaison eine Zufahrtsmöglichkeit eingeräumt wird. Dass ein auf Paragraph 45, StVO gestützter Antrag des Klägers aussichtslos wäre, hat die beklagte Partei nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund bleibt das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für das gestellte Unterlassungsbegehren trotz der Verordnung des Bürgermeisters bestehen. Da es aber von der rechtlichen Erlaubtheit des Befahrens des Güterwegs abhängt, kann es nicht uneingeschränkt bejaht werden. Es ist vielmehr an die Bedingung geknüpft, dass entweder dem Kläger die Ausnahmegewilligung gemäß Paragraph 45, StVO erteilt oder die Verordnung durch den Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzeswidrigkeit aufgehoben wird. Diese Einschränkung ist im Spruch der Entscheidung zum Ausdruck zu bringen (vergleiche 4 Ob 193/00m; 4 Ob 88/11m zu dem ähnlich gelagerten Fall, wonach die jederzeitige Änderung eines ursprünglich rechtswidrigen, bei Schluss der Verhandlung erster Instanz aber rechtmäßigen Verhaltens des Unterlassungsverpflichteten möglich ist).

7. Zwischenantrag auf Feststellung:

7.1 Der Kläger wendet sich in der Rechtsrüge seiner Revision - wenn auch nur unter einem sehr eingeschränkten Aspekt - inhaltlich auch gegen die in das Berufungsurteil aufgenommene Zurückweisung des Zwischenantrags auf Feststellung, über den das Erstgericht nicht entschieden hatte, sodass die erstinstanzliche Entscheidung iSd § 496 Abs 1 Z 1 ZPO ergänzungsbedürftig war (RIS-Justiz RS0039510). Dabei handelt es sich um einen Beschluss des Berufungsgerichts, gegen den der Rekurs jedenfalls zulässig ist (§ 519 Abs 1 Z 1 ZPO; vgl 8 Ob 164/08p; RIS-Justiz RS0039705; Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO³ § 236 Rz 8). Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels hindert nicht dessen Behandlung in einer dem Gesetz entsprechenden Weise (RIS-Justiz RS0036258). Die Revision des Klägers ist demnach, soweit sie sich gegen die Zurückweisung des Zwischenfeststellungsantrags richtet, als Rekurs zu behandeln. Die Rekursfrist beträgt zwar nur 14 Tage (§ 521 Abs 1 ZPO). Enthält aber eine Ausfertigung mehrere Entscheidungen, für die verschieden lange Rechtsmittelfristen laufen, dann ist für die Anfechtung immer die längere Rechtsmittelfrist maßgeblich (RIS-Justiz RS0002105, RS0041696), weshalb der Rekurs auch rechtzeitig ist.

7.1 Der Kläger wendet sich in der Rechtsrüge seiner Revision - wenn auch nur unter einem sehr eingeschränkten Aspekt - inhaltlich auch gegen die in das Berufungsurteil aufgenommene Zurückweisung des Zwischenantrags auf Feststellung, über den das Erstgericht nicht entschieden hatte, sodass die erstinstanzliche Entscheidung iSd Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO ergänzungsbedürftig war (RIS-Justiz RS0039510). Dabei handelt es sich um einen Beschluss des Berufungsgerichts, gegen den der Rekurs jedenfalls zulässig ist (Paragraph 519, Absatz eins, Ziffer eins, ZPO; vergleiche 8 Ob 164/08p; RIS-Justiz RS0039705; Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO³ Paragraph 236, Rz 8). Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels hindert nicht dessen Behandlung in einer dem Gesetz entsprechenden Weise (RIS-Justiz RS0036258). Die Revision des Klägers ist demnach, soweit sie sich gegen die Zurückweisung des Zwischenfeststellungsantrags richtet, als Rekurs zu behandeln. Die Rekursfrist beträgt zwar nur 14 Tage (Paragraph 521, Absatz eins, ZPO). Enthält aber eine Ausfertigung mehrere Entscheidungen, für die verschieden lange Rechtsmittelfristen laufen, dann ist für die Anfechtung immer die längere Rechtsmittelfrist maßgeblich (RIS-Justiz RS0002105, RS0041696), weshalb der Rekurs auch rechtzeitig ist.

7.2 Die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass das strittige Recht oder Rechtsverhältnis für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell ist und dass die Wirkung der begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausreicht (2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039600). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (RIS-Justiz RS0039444). Fehlt auch nur eine von ihnen, ist der Zwischenantrag mit Beschluss als unzulässig zurückzuweisen (vgl 2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039709).

7.2 Die Zulässigkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass das strittige Recht oder Rechtsverhältnis für die Entscheidung in der Hauptsache präjudiziell ist und dass die Wirkung der begehrten Feststellung über den konkreten Rechtsstreit hinausreicht (2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039600). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen (RIS-Justiz RS0039444). Fehlt auch nur eine von ihnen, ist der Zwischenantrag mit Beschluss als unzulässig zurückzuweisen (vergleiche 2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039709).

7.3 Das Rechtsverhältnis oder Recht ist präjudiziell, wenn die Entscheidung des Prozesses ganz oder zum Teil von dessen Bestehen oder Nichtbestehen abhängt (RIS-Justiz RS0039539). Nach rechtskräftiger Entscheidung über das Klagebegehren fehlt dem - noch offen gebliebenen - Zwischenfeststellungsantrag daher die Präjudizialität (vgl 2 Ob 183/07m; RIS-Justiz RS0039590).

7.3 Das Rechtsverhältnis oder Recht ist präjudiziell, wenn die Entscheidung des Prozesses ganz oder zum Teil von dessen Bestehen oder Nichtbestehen abhängt (RIS-Justiz RS0039539). Nach rechtskräftiger Entscheidung über das Klagebegehren fehlt dem - noch offen gebliebenen - Zwischenfeststellungsantrag daher die Präjudizialität (vergleiche 2 Ob 183/07m; RIS-Justiz RS0039590).

Das Berufungsgericht hat die Präjudizialität aus anderen Gründen verneint und den Zwischenfeststellungsantrag zurückgewiesen. Wäre diese Beurteilung unzutreffend, müsste der Zurückweisungsbeschluss aufgehoben und dem Berufungsgericht die Sachentscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag aufgetragen werden. In der Hauptsache ist das Verfahren jedoch bereits spruchreif. Das bedeutet, dass eine Sachentscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag vor dem Eintritt der Rechtskraft über das Klagebegehren keinesfalls mehr möglich ist. Bei dieser prozessualen Lage hat es somit bei der Zurückweisung des Zwischenantrags auf Feststellung mangels Präjudizialität zu bleiben.

8. Ergebnis:

8.1 Aus den dargelegten Erwägungen ist in Abänderung der Entscheidungen der Vorinstanzen dem Unterlassungsbegehren stattzugeben, allerdings nicht uneingeschränkt. Zum Einen ist die Unterlassungsverpflichtung der beklagten Partei nicht „ab sofort“, sondern erst bei Eintritt einer der im Spruch genannten Bedingungen auszusprechen. Zum Anderen ist aus der Vereinbarung vom 28. 10. 2008 eine bestimmte Höhe der Schneedecke, die bei der Präparierung nicht überschritten werden darf, nicht ersichtlich. In diesem Umfang ist das Mehrbegehren daher abzuweisen.

8.2 Diese Ausführungen betreffen das Hauptbegehren. Das erste Eventualbegehren, das mit Ausnahme des Tatbestandselements der Höhe der Schneedecke mit dem Hauptbegehren völlig ident ist, stellt ungeachtet seiner Bezeichnung lediglich ein Minus zum Hauptbegehren dar. Dieses Begehren kann daher trotz teilweiser Abweisung des Hauptbegehrens nicht Gegenstand der Entscheidung sein (vgl 9 Ob 34/03w mwN; 7 Ob 212/06m; RIS-Justiz RS0037601). Letzteres gilt aber auch für das zweite Eventualbegehren, das nur eine (noch) allgemeinere Fassung der schon mit dem Hauptbegehren erwirkten Unterlassungsverpflichtung enthält. 8.2 Diese Ausführungen betreffen das Hauptbegehren. Das erste Eventualbegehren, das mit Ausnahme des Tatbestandselements der Höhe der Schneedecke mit dem Hauptbegehren völlig ident ist, stellt ungeachtet seiner Bezeichnung lediglich ein Minus zum Hauptbegehren dar. Dieses Begehren kann daher trotz teilweiser Abweisung des Hauptbegehrens nicht Gegenstand der Entscheidung sein vergleiche 9 Ob 34/03w mwN; 7 Ob 212/06m; RIS-Justiz RS0037601). Letzteres gilt aber auch für das zweite Eventualbegehren, das nur eine (noch) allgemeinere Fassung der schon mit dem Hauptbegehren erwirkten Unterlassungsverpflichtung enthält.

8.3 Die Teilabweisung im gegebenen Umfang wäre auch dann nicht vermeidbar, wenn das Klagebegehren letztlich erfolgreich auf die weitere Anspruchsgrundlage (behauptete Servitut) gestützt werden könnte. Auf diese muss daher nicht eingegangen werden.

8.4 Dem gegen die Zurückweisung des Zwischenfeststellungsantrags gerichteten Rekurs ist aus den in Punkt 7. dargelegten Gründen nicht Folge zu geben.

9. Kosten:

9.1 In der Hauptsache gründet sich die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller drei Instanzen auf § 50 iVm § 43 Abs 1 ZPO, wobei die Bemessung der Erfolgsquoten im Verhältnis von 3 : 1 zu Gunsten des Klägers sachgerecht erscheint (vgl RIS-Justiz RS0035831). Eine Zusammenrechnung der Streitwerte der Klage und des vom Kläger gestellten Zwischenantrags auf Feststellung findet nicht statt, weil der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wurde (2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039661 [T2]). Das gilt auch für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage, die daher im gesamten Hauptverfahren 36.000 EUR beträgt. 9.1 In der Hauptsache gründet sich die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller drei Instanzen auf Paragraph 50, in Verbindung mit Paragraph 43, Absatz eins, ZPO, wobei die Bemessung der Erfolgsquoten im Verhältnis von 3 : 1 zu Gunsten des Klägers sachgerecht erscheint vergleiche RIS-Justiz RS0035831). Eine Zusammenrechnung der Streitwerte der Klage und des vom Kläger gestellten Zwischenantrags auf Feststellung findet nicht statt, weil der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wurde (2 Ob 183/07m mwN; RIS-Justiz RS0039661 [T2]). Das gilt auch für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage, die daher im gesamten Hauptverfahren 36.000 EUR beträgt.

9.2 Den gegen das erstinstanzliche Kostenverzeichnis des Klägers erhobenen, ausreichend begründeten Einwendungen kommt teilweise Berechtigung zu:

9.2.1 Die zu berücksichtigende Pauschalgebühr beträgt lediglich 641 EUR. Die vom Kläger erhobenen Widersprüche gegen die Verhandlungsprotokolle vom 11. 11. 2010 und vom 18. 11. 2011 dienten nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und waren daher nicht zu honorieren. Für den Fortsetzungsantrag vom 22. 8. 2011 gebühren Kosten nur nach TP 1 RATG; die in diesem Schriftsatz enthaltenen Beweisanträge hatte der Kläger schon in einem früheren Verfahrensstadum gestellt. Der Schriftsatz vom 17. 11. 2011 wurde in der darauffolgenden Tagsatzung zurückgewiesen und ist deshalb nicht zu honorieren (G. Kodek in Fasching/Konecny² § 257 Rz 27). 9.2.1 Die zu berücksichtigende Pauschalgebühr beträgt lediglich 641 EUR. Die vom Kläger erhobenen Widersprüche gegen die Verhandlungsprotokolle vom 11. 11. 2010 und vom 18. 11. 2011 dienten nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und waren daher nicht zu honorieren. Für den Fortsetzungsantrag vom 22. 8. 2011 gebühren Kosten nur nach TP 1 RATG; die in diesem Schriftsatz enthaltenen Beweisanträge hatte der Kläger schon in einem früheren Verfahrensstadum gestellt. Der Schriftsatz vom 17. 11. 2011 wurde in der darauffolgenden Tagsatzung

zurückgewiesen und ist deshalb nicht zu honorieren (G. Kodek in Fasching/Konecny² Paragraph 257, Rz 27).

9.2.2 Mit dem vorbereitenden Schriftsatz vom 2. 11. 2010 replizierte der Kläger auf den rechtserheblichen Einwand des Beklagten, dass die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 nicht rechtswirksam sei. Diese Replik diene der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, weshalb dem Kläger Kostenersatz gebührt (vgl G. Kodek aaO § 257 Rz 23). Für den mit dem Schriftsatz vom 5. 1. 2011 gestellten Provisorialantrag hat der Kläger zwar keine gesonderten Kosten verzeichnet. Als „vorbereitender Schriftsatz“ war dieser Schriftsatz aber gemäß § 257 Abs 3 ZPO unzulässig. Der Kläger hat für diesen Schriftsatz keinen Ersatzanspruch (G. Kodek aaO § 257 Rz 37 f), was nach der hier bereits anzuwendenden aktuellen Fassung des § 54 Abs 1a ZPO auch ohne Einwendung als „offenbare Unrichtigkeit“ des Kostenverzeichnisses (vgl 7 Ob 111/12t) aufzugreifen ist. Das gilt auch für den überhöhten, weil von einer unrichtigen Verhandlungsdauer ausgehenden Ansatz für die Tagsatzung vom 18. 11. 2011 und die sich aus der unrichtigen Bemessungsgrundlage ergebenden (geringfügigen) Korrekturen.

9.2.2 Mit dem vorbereitenden Schriftsatz vom 2. 11. 2010 replizierte der Kläger auf den rechtserheblichen Einwand des Beklagten, dass die Vereinbarung vom 28. 10. 2008 nicht rechtswirksam sei. Diese Replik diene der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, weshalb dem Kläger Kostenersatz gebührt vergleiche G. Kodek aaO Paragraph 257, Rz 23). Für den mit dem Schriftsatz vom 5. 1. 2011 gestellten Provisorialantrag hat der Kläger zwar keine gesonderten Kosten verzeichnet. Als „vorbereitender Schriftsatz“ war dieser Schriftsatz aber gemäß Paragraph 257, Absatz 3, ZPO unzulässig. Der Kläger hat für diesen Schriftsatz keinen Ersatzanspruch (G. Kodek aaO Paragraph 257, Rz 37 f), was nach der hier bereits anzuwendenden aktuellen Fassung des Paragraph 54, Absatz eins a, ZPO auch ohne Einwendung als „offenbare Unrichtigkeit“ des Kostenverzeichnisses vergleiche 7 Ob 111/12t) aufzugreifen ist. Das gilt auch für den überhöhten, weil von einer unrichtigen Verhandlungsdauer ausgehenden Ansatz für die Tagsatzung vom 18. 11. 2011 und die sich aus der unrichtigen Bemessungsgrundlage ergebenden (geringfügigen) Korrekturen.

9.3 Der Streit um die Zulässigkeit des Zwischenantrags auf Feststellung löst einen Zwischenstreit aus, in dem abgesondert über die ihm zuzuordnenden Kosten zu entscheiden ist (vgl 10 Ob 6/07s; RIS-Justiz RS0053272; Obermaier, Kostenhandbuch² Rz 132). Die beklagte Partei hat in ihrer Revisionsbeantwortung zwar Kosten auf Basis der Summe der Streitwerte verzeichnet, jedoch ausdrücklich den (unzutreffenden) Standpunkt vertreten, dass der Kläger die Zurückweisung des Zwischenfeststellungsantrags unbekämpft ließ. Kosten für eine Rekursbeantwortung sind daher schon deshalb nicht zuzusprechen.

9.3 Der Streit um die Zulässigkeit des Zwischenantrags auf Feststellung löst einen Zwischenstreit aus, in dem abgesondert über die ihm zuzuordnenden Kosten zu entscheiden ist vergleiche 10 Ob 6/07s; RIS-Justiz RS0053272; Obermaier, Kostenhandbuch² Rz 132). Die beklagte Partei hat in ihrer Revisionsbeantwortung zwar Kosten auf Basis der Summe der Streitwerte verzeichnet, jedoch ausdrücklich den (unzutreffenden) Standpunkt vertreten, dass der Kläger die Zurückweisung des Zwischenfeststellungsantrags unbekämpft ließ. Kosten für eine Rekursbeantwortung sind daher schon deshalb nicht zuzusprechen.

Textnummer

E104239

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2013:0020OB00173.12Y.0529.000

Im RIS seit

12.06.2013

Zuletzt aktualisiert am

03.12.2015

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