

# TE OGH 2013/3/7 1Ob25/13b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.03.2013

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr.

Sailer als Vorsitzenden und die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Dr. Grohmann, Mag. Wurzer und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Klaus P. Pichler, Rechtsanwalt in Dornbirn, gegen die beklagten Parteien 1. J\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, 2. T\*\*\*\*\* J\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Mai Scherbantie, Rechtsanwältin in Dornbirn, wegen Feststellung, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 7. November 2012, GZ 1 R 273/12y-15, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Bezirksgerichts Bregenz vom 30. August 2012, GZ 4 C 1213/11h-10, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 614,84 EUR (darin 102,47 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstbeklagte ist zu 139/294 Anteilen und der Zweitbeklagte zu 155/294 Anteilen Eigentümer(in) der EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* mit dem Grundstück Nr 1227/1. An dieses Grundstück grenzt die Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* mit dem Grundstück Nr 1225, das landwirtschaftlich genutzt wird. Die Rechtsvorgängerin des Klägers übertrug diesem mit Aufhebungsvertrag vom 29. 11. 2011 das Eigentumsrecht an dieser Liegenschaft.

Der Kläger begehrte zuletzt die Feststellung, dass zu Gunsten der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* GB \*\*\*\*\* ein Geh- und Fahrrecht über das Grundstück Nr 1227/1 der Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* in einer Breite von 3 m bestehe, wobei er den Verlauf des Weges am Grundstück der Beklagten näher darlegte. Das Grundstück Nr 1225 werde seit dem 19. Jahrhundert über die Liegenschaft der Beklagten erschlossen, indem über die Zufahrtsstraße mit der Grundstücksbezeichnung Nr 1295/3 und in deren Verlängerung über das Grundstück Nr 1227/1 entlang von dessen Grenze zum Grundstück Nr 1227/2 gegangen und zugefahren werde. Es bestehe daher ein ersessenes Recht. Darüber hinaus habe der Vater des Klägers ungefähr im Jahr 1970 mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten ein Zufahrtsrecht in der Breite von 4 m schriftlich vereinbart.

Die Beklagten bestritten das Bestehen eines Fahrrechts und wendeten ein, zur Bewirtschaftung des Ackers mit der Bezeichnung Grundstück Nr 1225 bestehe lediglich die Dienstbarkeit des Fußsteigs. Nicht richtig sei daher, dass zum Zwecke der Bewirtschaftung des Grundstück Nr 1225 über ihre Liegenschaft zugefahren worden sei. Ein solches Zufahrtsrecht sei zwischen den Rechtsvorgängern der Streitparteien auch nie vereinbart worden. Dort wo der Kläger einen

Zufahrtsweg behauptete, befänden sich Bäume. Diese seien bereits vom Rechtsvorgänger der Beklagten etwa im Jahr 1977 gepflanzt worden und machen eine Ausübung des behaupteten Fahrrechts unmöglich. Ein allenfalls bestehendes Fahrrecht sei daher jedenfalls verjährt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt und stellte das Bestehen eines Geh- und Fahrrechts zu Gunsten der Liegenschaft Nr 1225 in einer Breite von 3 m fest. Dazu führte es aus, dass die Rechtsvorgänger des Klägers über Jahrzehnte hinweg das Grundstück Nr 1225 derart bewirtschaftet hätten, dass sie über das Grundstück der Beklagten gegangen seien. Fallweise sei dabei auch ein Schubkarren verwendet worden. Zudem habe der Rechtsvorgänger der Beklagten gegenüber der Gemeinde mit (einem von ihm verfassten) Schreiben vom 10. 1. 1974 bestätigt, dass er das grundbücherliche Recht auf Benutzung des Zufahrtswegs über sein Grundstück zur Grundparzelle 1225 zur Verfügung stelle, wobei der Zufahrtsweg eine maximale Breite von 4 m nicht überschreiten dürfe und das Recht der Zufahrt in das Grundbuch eingetragen werde. Aus diesem Schreiben gehe der Wille des (damaligen) Eigentümers auf Einräumung der Dienstbarkeit des Fahrrechts eindeutig hervor. Dieses sei auch nicht verjährt, weil zumindest eine Teilausübung des Rechts vorliege, indem das Gehrecht regelmäßig ausgeübt worden sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise Folge, stellte das Bestehen der Dienstbarkeit des Fußsteigs zur Bewirtschaftung des auf dem Grundstück Nr 1225 gelegenen Ackers fest und wies das Mehrbegehren auf Feststellung eines Geh- und Fahrrechts über die Liegenschaft Nr 1227/1 ab. In rechtlicher Hinsicht verneinte es das Bestehen einer vertraglichen Servitut. Das vom Rechtsvorgänger der Beklagten im Schreiben vom 10. 1. 1974 erwähnte Geh- und Fahrrecht zu Gunsten des Grundstücks Nr 1225 sei nur unter der Bedingung eingeräumt worden, dass diesem der Auftrag für einen Hausbau auf dem Grundstück Nr 1225 erteilt werde. Da das damals geplante Wohnhaus nicht errichtet worden sei, sei die Bedingung nicht eingetreten. Dass sich die Beklagten erstmals in ihrem Rechtsmittel auf eine Bedingung berufen hätten, stelle keine unzulässige Neuerung dar, weil die Beklagten ein vertraglich eingeräumtes Recht in Abrede gestellt hätten und damit für diese keine Veranlassung bestanden habe, ein Eventualvorbringen zu erstatten. Gegen das Vorliegen einer Bedingung spreche auch nicht, dass sie in den Text des Schreibens vom 10. 1. 1974 nicht eingeflossen sei, weil dieses Schreiben vom Rechtsvorgänger des Klägers verfasst und vom Rechtsvorgänger der Beklagten lediglich unterschrieben worden sei.

Nach den Feststellungen habe die Bewirtschaftung des Grundstücks Nr 1225 ausschließlich über einen Fußsteig, fallweise unter Verwendung eines Karrens, stattgefunden, sodass ein Fahrrecht auch nicht ersessen worden sei.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht über Antrag nach § 508 ZPO zu, weil es entgegen der Feststellungen des Erstgerichts davon ausgegangen sei, dass der Rechtsvorgänger des Klägers und nicht jener der Beklagten das Schreiben vom 10. 1. 1974 verfasst habe. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht über Antrag nach Paragraph 508, ZPO zu, weil es entgegen der Feststellungen des Erstgerichts davon ausgegangen sei, dass der Rechtsvorgänger des Klägers und nicht jener der Beklagten das Schreiben vom 10. 1. 1974 verfasst habe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil die Begründung des Berufungsgerichts einer Klarstellung bedarf; sie ist im Ergebnis aber nicht berechtigt.

1.1 Der Revisionswerber rügt als Mangelhaftigkeit des Verfahrens, dass das Berufungsgericht entgegen den Feststellungen des Erstgerichts davon ausgegangen sei, der Rechtsvorgänger der Beklagten hätte das Schreiben vom 10. 1. 1974 nicht verfasst, und macht damit einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz geltend, weil das Berufungsgericht ohne Beweiswiederholung von den Feststellungen abgewichen sei. In Verbindung mit der Verletzung des Neuerungsverbots (dazu Pkt 2.) würden die Verstöße des Berufungsgerichts eine Nichtigkeit gemäß § 477 ZPO begründen. 1.1 Der Revisionswerber rügt als Mangelhaftigkeit des Verfahrens, dass das Berufungsgericht entgegen den Feststellungen des Erstgerichts davon ausgegangen sei, der Rechtsvorgänger der Beklagten hätte das Schreiben vom 10. 1. 1974 nicht verfasst, und macht damit einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz geltend, weil das Berufungsgericht ohne Beweiswiederholung von den Feststellungen abgewichen sei. In Verbindung mit der Verletzung des Neuerungsverbots (dazu Pkt 2.) würden die Verstöße des Berufungsgerichts eine Nichtigkeit gemäß Paragraph 477, ZPO begründen.

1.2 Nur die Auslegung einer Urkunde ist rechtliche Beurteilung. Die Erforschung der wahren Absicht der Parteien ist dagegen eine Beweisfrage (RIS-Justiz RS0017911). Diejenigen Tatsachen, die das Umfeld, die Voraussetzungen und den Wortlaut rechtlich relevanter Willenserklärungen umschreiben, bilden die Tatfrage. Feststellungen zur Absicht der

Parteien eines Vertrags, die nicht nur durch Urkundenauslegung ermittelt wurden, fallen daher in den Tatsachenbereich (3 Ob 105/08z mwN; ähnlich RIS-JustizRS0017911 [T6]; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 215). 1.2 Nur die Auslegung einer Urkunde ist rechtliche Beurteilung. Die Erforschung der wahren Absicht der Parteien ist dagegen eine Beweisfrage (RIS-JustizRS0017911). Diejenigen Tatsachen, die das Umfeld, die Voraussetzungen und den Wortlaut rechtlich relevanter Willenserklärungen umschreiben, bilden die Tatfrage. Feststellungen zur Absicht der Parteien eines Vertrags, die nicht nur durch Urkundenauslegung ermittelt wurden, fallen daher in den Tatsachenbereich (3 Ob 105/08z mwN; ähnlich RIS-JustizRS0017911 [T6]; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> Paragraph 503, ZPO Rz 215).

1.3 Das Erstgericht hat festgestellt, dass den Rechtsvorgängern des Klägers für die von diesen angestrebte Umwidmung des Grundstücks Nr 1225 in Bauland eine schriftliche Zusage [offenbar gemeint: seitens der Gemeinde] über einen Zufahrtsweg abverlangt worden sei. Den Auftrag zur Errichtung des Wohnhauses am Grundstück Nr 1225 hätte der Rechtsvorgänger der Beklagten bekommen sollen. Im Gegenzug dazu hätten die Rechtsvorgänger des Klägers die Zufahrt über das Grundstück Nr 1227/1 verlangt. Daraufhin habe der Rechtsvorgänger der Beklagten am 10. 1. 1974 ein Schreiben an die Gemeinde verfasst, in welchem er bestätigte, das grundbücherliche Recht auf Benutzung des Zufahrtswegs über sein Grundstück zur Verfügung zu stellen.

Erkennbar ausgehend von der Annahme, dieser Bestätigung liege eine Vereinbarung der Rechtsvorgänger der Streitteile über die Einräumung einer Servitut zugrunde, gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt.

1.4 Auch das Berufungsgericht teilte offenkundig diese Annahme. Anders als das Erstgericht sah es diese Zusage jedoch an die Bedingung geknüpft, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten den Auftrag zur Errichtung des auf dem Grundstück Nr 1225 geplanten Wohnhauses bekomme. Dass eine solche Bedingung schriftlich nicht festgehalten worden sei, begründete das Berufungsgericht unter anderem damit, dass das Schreiben vom 10. 1. 1974 vom Rechtsvorgänger des Klägers und nicht von dem der Beklagten, wie vom Erstgericht festgestellt, verfasst worden sei. Damit hat das Berufungsgericht ohne Beweiswiederholung eine von dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt abweichende Tatsache zur Urkundenauslegung herangezogen. Das begründet einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und damit zwar - auch nicht in Verbindung mit der Verletzung des Neuerungsverbots (dazu gleich unten) - keine Nichtigkeit, aber eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens (RIS-Justiz RS0043057; vgl auch RS0043461), weil das Berufungsgericht gerade nicht aus rein rechtlichen Überlegungen zu einer abweichenden Vertragsauslegung gelangte. Das führt hier nur deshalb nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht (vgl dazu RIS-Justiz RS0043461 [T1]), weil dessen Fehler für den Verfahrensausgang im Ergebnis ohne Bedeutung bleibt. 1.4 Auch das Berufungsgericht teilte offenkundig diese Annahme. Anders als das Erstgericht sah es diese Zusage jedoch an die Bedingung geknüpft, dass der Rechtsvorgänger der Beklagten den Auftrag zur Errichtung des auf dem Grundstück Nr 1225 geplanten Wohnhauses bekomme. Dass eine solche Bedingung schriftlich nicht festgehalten worden sei, begründete das Berufungsgericht unter anderem damit, dass das Schreiben vom 10. 1. 1974 vom Rechtsvorgänger des Klägers und nicht von dem der Beklagten, wie vom Erstgericht festgestellt, verfasst worden sei. Damit hat das Berufungsgericht ohne Beweiswiederholung eine von dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt abweichende Tatsache zur Urkundenauslegung herangezogen. Das begründet einen Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und damit zwar - auch nicht in Verbindung mit der Verletzung des Neuerungsverbots (dazu gleich unten) - keine Nichtigkeit, aber eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens (RIS-Justiz RS0043057; vergleiche auch RS0043461), weil das Berufungsgericht gerade nicht aus rein rechtlichen Überlegungen zu einer abweichenden Vertragsauslegung gelangte. Das führt hier nur deshalb nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht vergleiche dazu RIS-Justiz RS0043461 [T1]), weil dessen Fehler für den Verfahrensausgang im Ergebnis ohne Bedeutung bleibt.

2.1 Nicht zu teilen vermag der Oberste Gerichtshof auch die Ansicht des Berufungsgerichts, dass das von den Beklagten erstmals in ihrer Berufung gegen das Ersturteil erhobene Vorbringen, die dem Schreiben vom 10. 1. 1974 zugrundeliegende Vereinbarung sei unter der Bedingung gestanden, dass an ihren Rechtsvorgänger der Auftrag zur Errichtung eines Wohnhauses auf dem umzuwidmenden Grundstück Nr 1225 erteilt werde, keine Neuerung darstelle.

2.2 Im Verfahren erster Instanz haben die Beklagten, nachdem sich der Kläger ganz zuletzt auf eine Vereinbarung als Rechtsgrundlage der von ihm behaupteten Servitut berufen hatte, lediglich geltend gemacht, das vorgelegte Schreiben vom 10. 1. 1974 sei nur ein Schreiben an die Gemeinde, jedoch kein Dienstbarkeitsvertrag. Die davon abweichende Behauptung, eine Vereinbarung über eine Servitut sei zwar zustandegekommen, aber unter einer (aufschiebenden)

Bedingung gestanden, bezieht sich auf Umstände, die nicht von Amts wegen wahrzunehmen sind, sondern der Parteiendisposition unterliegen. Damit haben die Beklagten im Berufungsverfahren eine neue Einrede im Sinne des § 482 Abs 1 ZPO erhoben, worauf der Revisionswerber in der Berufungsbeantwortung zu Recht hingewiesen hat. Das Berufungsgericht hätte diese Behauptung daher richtigerweise unbeachtet lassen müssen.<sup>2.2</sup> Im Verfahren erster Instanz haben die Beklagten, nachdem sich der Kläger ganz zuletzt auf eine Vereinbarung als Rechtsgrundlage der von ihm behaupteten Servitut berufen hatte, lediglich geltend gemacht, das vorgelegte Schreiben vom 10. 1. 1974 sei nur ein Schreiben an die Gemeinde, jedoch kein Dienstbarkeitsvertrag. Die davon abweichende Behauptung, eine Vereinbarung über eine Servitut sei zwar zustandegekommen, aber unter einer (aufschiebenden) Bedingung gestanden, bezieht sich auf Umstände, die nicht von Amts wegen wahrzunehmen sind, sondern der Parteiendisposition unterliegen. Damit haben die Beklagten im Berufungsverfahren eine neue Einrede im Sinne des Paragraph 482, Absatz eins, ZPO erhoben, worauf der Revisionswerber in der Berufungsbeantwortung zu Recht hingewiesen hat. Das Berufungsgericht hätte diese Behauptung daher richtigerweise unbeachtet lassen müssen.

2.3 In der jüngeren Rechtsprechung vertritt der Oberste Gerichtshof einhellig die Ansicht, dass die Berücksichtigung (hier:) einer neuen Einwendung durch das Berufungsgericht einen Verstoß gegen § 482 Abs 1 ZPO bildet. Anders als im Fall der Ergänzung des Verfahrens durch Aufnahme neuer Beweismittel oder durch die Feststellung neu behaupteter Tatsachen im Zug einer Beweisergänzung wird durch die Berücksichtigung einer neu geltend gemachten Einrede die gründliche, das heißt die richtige Beurteilung der „Streitsache“ im Sinn des § 503 Z 2 ZPO gehindert. „Streitsache“ ist der durch das Vorbringen der Parteien in erster Instanz abgegrenzte Streitgegenstand. Die Verletzung des Neuerungsverbots durch das Berufungsgericht ist daher vom Obersten Gerichtshof aufzugreifen, wenn sie zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Streitsache durch das Berufungsgericht geführt hat, weil dieses neue Einreden berücksichtigte (8 Ob 26/03m; 5 Ob 43/06v = ZVR 2006/76, 128; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 8; E. Kodek in Rechberger, ZPO3 § 482 ZPO Rz 6 je mwN; vgl RIS-JustizRS0112215; 1 Ob 30/98p = MietSlg 50.119).<sup>2.3</sup> In der jüngeren Rechtsprechung vertritt der Oberste Gerichtshof einhellig die Ansicht, dass die Berücksichtigung (hier:) einer neuen Einwendung durch das Berufungsgericht einen Verstoß gegen Paragraph 482, Absatz eins, ZPO bildet. Anders als im Fall der Ergänzung des Verfahrens durch Aufnahme neuer Beweismittel oder durch die Feststellung neu behaupteter Tatsachen im Zug einer Beweisergänzung wird durch die Berücksichtigung einer neu geltend gemachten Einrede die gründliche, das heißt die richtige Beurteilung der „Streitsache“ im Sinn des Paragraph 503, Ziffer 2, ZPO gehindert. „Streitsache“ ist der durch das Vorbringen der Parteien in erster Instanz abgegrenzte Streitgegenstand. Die Verletzung des Neuerungsverbots durch das Berufungsgericht ist daher vom Obersten Gerichtshof aufzugreifen, wenn sie zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Streitsache durch das Berufungsgericht geführt hat, weil dieses neue Einreden berücksichtigte (8 Ob 26/03m; 5 Ob 43/06v = ZVR 2006/76, 128; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 Paragraph 503, ZPO Rz 8; E. Kodek in Rechberger, ZPO3 Paragraph 482, ZPO Rz 6 je mwN; vergleiche RIS-Justiz RS0112215; 1 Ob 30/98p = MietSlg 50.119).

2.4 Das Berufungsgericht hat sich über die durch das Parteienvorbringen im Verfahren erster Instanz gezogenen Grenzen des Gegenstands der Streitsache hinweggesetzt, indem es sich auf eine erstmals in der Berufung erhobene Einwendung stützte. Das bedeutet wie dargelegt eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die vom Obersten Gerichtshof wahrzunehmen ist. Den Ausführungen des Berufungsgerichts, das ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft annahm und wegen des fehlenden Bedingungseintritts einen vertraglichen Anspruch des Klägers verneinte, ist damit selbst dann der Boden entzogen, wenn man davon ausgehen wollte, die (allenfalls überschießenden) Feststellungen des Erstgerichts könnten eine derartige rechtliche Beurteilung überhaupt ermöglichen. Dem Verstoß des Berufungsgerichts gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz (siehe dazu 1.4) fehlt es daher an der für einen wesentlichen Verfahrensmangel erforderlichen Eignung, eine unrichtige Entscheidung der Sache herbeizuführen (vgl RIS-Justiz RS0043027). Eine Aufhebung unter Zurückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht ist damit entbehrlich.<sup>2.4</sup> Das Berufungsgericht hat sich über die durch das Parteienvorbringen im Verfahren erster Instanz gezogenen Grenzen des Gegenstands der Streitsache hinweggesetzt, indem es sich auf eine erstmals in der Berufung erhobene Einwendung stützte. Das bedeutet wie dargelegt eine unrichtige rechtliche Beurteilung, die vom Obersten Gerichtshof wahrzunehmen ist. Den Ausführungen des Berufungsgerichts, das ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft annahm und wegen des fehlenden Bedingungseintritts einen vertraglichen Anspruch des Klägers verneinte, ist damit selbst dann der Boden entzogen, wenn man davon ausgehen wollte, die (allenfalls überschießenden) Feststellungen des Erstgerichts könnten eine derartige rechtliche Beurteilung überhaupt ermöglichen. Dem Verstoß des Berufungsgerichts gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz (siehe dazu 1.4) fehlt es daher

an der für einen wesentlichen Verfahrensmangel erforderlichen Eignung, eine unrichtige Entscheidung der Sache herbeizuführen vergleiche RIS-Justiz RS0043027). Eine Aufhebung unter Zurückverweisung der Rechtssache an das Berufungsgericht ist damit entbehrlich.

3. Auch im Übrigen ist die Revision nicht berechtigt:

4. Das dingliche Recht der Dienstbarkeit an Gegenständen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, kann gemäß § 481 Abs 1 ABGB grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erworben werden. Grundlage für die Einverleibung einer Dienstbarkeit im Grundbuch ist ein gültiger Titel (Spath in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 481 Rz 1). Als solcher kommt für das Recht zu fahren im Revisionsverfahren nur noch ein Vertrag zwischen den Rechtsvorgängern der Streitteile in Betracht, der auch formfrei zustandekommen kann (vgl Koch in KBB<sup>3</sup> § 480 ABGB Rz 1). Anhaltspunkte für das vom Kläger in erster Instanz noch behauptete Ersitzen eines Fahrrechts hat das Beweisverfahren nämlich nicht ergeben. Darauf kommt der Kläger im Revisionsverfahren zu Recht nicht mehr zurück.

4. Das dingliche Recht der Dienstbarkeit an Gegenständen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, kann gemäß Paragraph 481, Absatz eins, ABGB grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erworben werden. Grundlage für die Einverleibung einer Dienstbarkeit im Grundbuch ist ein gültiger Titel (Spath in Schwimann/Kodek, ABGB4 Paragraph 481, Rz 1). Als solcher kommt für das Recht zu fahren im Revisionsverfahren nur noch ein Vertrag zwischen den Rechtsvorgängern der Streitteile in Betracht, der auch formfrei zustandekommen kann vergleiche Koch in KBB<sup>3</sup> Paragraph 480, ABGB Rz 1). Anhaltspunkte für das vom Kläger in erster Instanz noch behauptete Ersitzen eines Fahrrechts hat das Beweisverfahren nämlich nicht ergeben. Darauf kommt der Kläger im Revisionsverfahren zu Recht nicht mehr zurück.

5.1 Die Beklagten haben Verjährung eines allenfalls vertraglich vereinbarten Fahrrechts eingewendet und dazu geltend gemacht, dass bereits durch ihren Rechtsvorgänger - zeitlich nach dem Schreiben vom 1. 10. 1974 und damit nach einer diesem allenfalls zugrundeliegenden Vereinbarung - dort, wo vom Kläger das Bestehen eines Servitutswegs behauptet wird, Bäume angepflanzt worden seien, die ein Befahren unmöglich machten. Der Sache nach haben die Beklagten damit ein Vorbringen im Sinn des § 1488 ABGB erstattet, das sie in ihrer Berufung gegen das Ersturteil inhaltlich auch aufrecht erhalten haben. Das Erstgericht stellte die Vornahme der entsprechenden Bepflanzung Anfang der 1980er Jahre fest. Dass zur Liegenschaft zugefahren worden sei, um diese zu bewirtschaften, konnte es demgegenüber nicht feststellen.

5.1 Die Beklagten haben Verjährung eines allenfalls vertraglich vereinbarten Fahrrechts eingewendet und dazu geltend gemacht, dass bereits durch ihren Rechtsvorgänger - zeitlich nach dem Schreiben vom 1. 10. 1974 und damit nach einer diesem allenfalls zugrundeliegenden Vereinbarung - dort, wo vom Kläger das Bestehen eines Servitutswegs behauptet wird, Bäume angepflanzt worden seien, die ein Befahren unmöglich machten. Der Sache nach haben die Beklagten damit ein Vorbringen im Sinn des Paragraph 1488, ABGB erstattet, das sie in ihrer Berufung gegen das Ersturteil inhaltlich auch aufrecht erhalten haben. Das Erstgericht stellte die Vornahme der entsprechenden Bepflanzung Anfang der 1980er Jahre fest. Dass zur Liegenschaft zugefahren worden sei, um diese zu bewirtschaften, konnte es demgegenüber nicht feststellen.

5.2 Nach § 1488 ABGB verjährt das Recht der Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch, wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte durch drei aufeinander folgende Jahre sein Recht nicht geltend macht (Freiheitsersitzung, usucapio libertatis). Dabei handelt es sich um einen Sonderfall der Verjährung, die, je nach dem Umfang der Nichtausübung, auch bloß eine Einschränkung der Servitut bewirken kann (1 Ob 96/75 = SZ 48/74 uva; RIS-Justiz RS0034281; Klang in Klang<sup>2</sup> VI, 632; Dehn in KBB<sup>3</sup> § 1488 Rz 1 und § 1482 Rz 1; Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 1488 Rz 18). Auch die Einschränkung von einem Fahrrecht auf ein Gehrecht ist möglich (1 Ob 622/95 = NZ 1997, 213).

5.2 Nach Paragraph 1488, ABGB verjährt das Recht der Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch, wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte durch drei aufeinander folgende Jahre sein Recht nicht geltend macht (Freiheitsersitzung, usucapio libertatis). Dabei handelt es sich um einen Sonderfall der Verjährung, die, je nach dem Umfang der Nichtausübung, auch bloß eine Einschränkung der Servitut bewirken kann (1 Ob 96/75 = SZ 48/74 uva; RIS-Justiz RS0034281; Klang in Klang<sup>2</sup> römisch sechs, 632; Dehn in KBB<sup>3</sup> Paragraph 1488, Rz 1 und Paragraph 1482, Rz 1; Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> Paragraph 1488, Rz 18). Auch die Einschränkung von einem Fahrrecht auf ein Gehrecht ist möglich (1 Ob 622/95 = NZ 1997, 213).

5.3 In der älteren Rechtsprechung wurde die tatsächliche Servitutsausübung durch den Berechtigten als Voraussetzung für die Freiheitsersitzung gefordert (RIS-Justiz RS0034271; siehe dazu auch Dehn aaO, Vollmaier aaO Rz 7 und 16 und Mader/Janisch in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1488 Rz 5). Die in diesem Sinne ergangene Judikatur wurde in

der jüngeren Rechtsprechung dahin modifiziert, dass die Kenntnis oder die auf Sorglosigkeit beruhende Unkenntnis des Berechtigten von der Errichtung eines der Ausübung der - wenn auch bisher nicht ausgeübten - Servitut entgegenstehenden Hindernisses bereits eine Widersetzlichkeit gemäß des § 1488 ABGB begründet (vgl 10 Ob 118/05h = immolex 2006/60, 127 mwN). Für den Beginn der Verjährung nach § 1488 ABGB kommt es dann nach nunmehr herrschender Ansicht nur noch auf die (objektive) Möglichkeit der Rechtsausübung an (RIS-Justiz RS0034236; in diesem Sinn auch M. Bydlinski in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1488 Rz 2 mit Judikaturnachweisen). Es genügt die manifeste Beeinträchtigung des Servitutsrechts (RIS-Justiz RS0037141). Erforderlich ist, dass der Dienstbarkeitsberechtigte das Hindernis, das die Ausübung seiner Dienstbarkeit unmöglich macht oder doch beeinträchtigt, bei gewöhnlicher Sorgfalt hätte wahrnehmen können (3 Ob 47/07v = immolex 2007, 159, 315; 4 Ob 84/05i = MietSlg 57.223; 10 Ob 118/05h ua). Der Entscheidung 3 Ob 149/09x (krit Madl, ÖJZ 2010/62, 572), in der unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0034271) erneut die tatsächliche Ausübung des Servitutsrechts gefordert wurde, schließt sich der erkennende Senat ausdrücklich nicht an, wenn - wie hier - ein für den Berechtigten erkennbares Widersetzen vorliegt.

5.3 In der älteren Rechtsprechung wurde die tatsächliche Servitutsausübung durch den Berechtigten als Voraussetzung für die Freiheitssitzung gefordert (RIS-Justiz RS0034271; siehe dazu auch Dehn aaO, Vollmaier aaO Rz 7 und 16 und Mader/Janisch in Schwimann ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1488, Rz 5). Die in diesem Sinne ergangene Judikatur wurde in der jüngeren Rechtsprechung dahin modifiziert, dass die Kenntnis oder die auf Sorglosigkeit beruhende Unkenntnis des Berechtigten von der Errichtung eines der Ausübung der - wenn auch bisher nicht ausgeübten - Servitut entgegenstehenden Hindernisses bereits eine Widersetzlichkeit gemäß des Paragraph 1488, ABGB begründet (vergleiche 10 Ob 118/05h = immolex 2006/60, 127 mwN). Für den Beginn der Verjährung nach Paragraph 1488, ABGB kommt es dann nach nunmehr herrschender Ansicht nur noch auf die (objektive) Möglichkeit der Rechtsausübung an (RIS-Justiz RS0034236; in diesem Sinn auch M. Bydlinski in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1488, Rz 2 mit Judikaturnachweisen). Es genügt die manifeste Beeinträchtigung des Servitutsrechts (RIS-Justiz RS0037141). Erforderlich ist, dass der Dienstbarkeitsberechtigte das Hindernis, das die Ausübung seiner Dienstbarkeit unmöglich macht oder doch beeinträchtigt, bei gewöhnlicher Sorgfalt hätte wahrnehmen können (3 Ob 47/07v = immolex 2007, 159, 315; 4 Ob 84/05i = MietSlg 57.223; 10 Ob 118/05h ua). Der Entscheidung 3 Ob 149/09x (krit Madl, ÖJZ 2010/62, 572), in der unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0034271) erneut die tatsächliche Ausübung des Servitutsrechts gefordert wurde, schließt sich der erkennende Senat ausdrücklich nicht an, wenn - wie hier - ein für den Berechtigten erkennbares Widersetzen vorliegt.

5.4 Anhaltspunkte dafür, dass für die Rechtsvorgänger des Klägers die Ausübung der Dienstbarkeit des Fahrens vor Pflanzung der Bäume objektiv nicht möglich gewesen wäre, fehlen. Ob dieses Recht tatsächlich ausgeübt wurde, ist für den Beginn des Fristenlaufs unerheblich, sofern Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Berechtigten von einem Widersetzen im Sinne des § 1488 ABGB durch den Eigentümer der belasteten Liegenschaft bestand. Aus der Feststellung, dass sich die Rechtsvorgänger des Klägers über die 1980 oder 1981 erfolgte Bepflanzung nicht beschwerten und ab Ende der 1980er Jahre den Weg (zu Fuß) benutzten, um Beeren am Grundstück Nr 1225 zu pflücken oder zu ihrem Grundstück zu spazieren, ergibt sich, dass sie die Bepflanzung des Teils des Grundstücks der Beklagten, auf dem nach Ansicht des Klägers der Zufahrtsweg verlaufen sollte, mit Bäumen, und damit das der Ausübung des Fahrrechts entgegenstehende Hindernis, wahrgenommen haben mussten. Damit folgt aus den Feststellungen des Erstgerichts zweifelsfrei, dass sich noch der Rechtsvorgänger der Beklagten der Servitutsausübung im nunmehr noch relevanten Umfang durch einen Zeitraum von mehr als drei Jahren widersetzt hat, sodass die Verjährung des Rechts im nicht ausgeübten Umfang eingetreten ist (vgl Vollmaier aaO § 1482 Rz 3). Entsprechend der tatsächlichen Ausübung verbleibt damit das vom Berufungsgericht festgestellte und von den Beklagten nie bestrittene Recht eines Fußsteigs. Ein Fall der (freiwilligen) bloßen Teilausübung, der die Servitut nach § 1482 erster Satz ABGB zur Gänze bestehen ließe, liegt somit bei den gegebenen Umständen entgegen der Auffassung des Erstgerichts nicht vor (vgl Dehn in KBB<sup>3</sup> § 1482 ABGB Rz 1; Vollmaier aaO § 1482 Rz 2 f mwN).

5.4 Anhaltspunkte dafür, dass für die Rechtsvorgänger des Klägers die Ausübung der Dienstbarkeit des Fahrens vor Pflanzung der Bäume objektiv nicht möglich gewesen wäre, fehlen. Ob dieses Recht tatsächlich ausgeübt wurde, ist für den Beginn des Fristenlaufs unerheblich, sofern Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Berechtigten von einem Widersetzen im Sinne des Paragraph 1488, ABGB durch den Eigentümer der belasteten Liegenschaft bestand. Aus der Feststellung, dass sich die Rechtsvorgänger des Klägers über die 1980 oder 1981 erfolgte Bepflanzung nicht beschwerten und ab Ende der 1980er Jahre den Weg (zu Fuß) benutzten, um Beeren am Grundstück Nr 1225 zu pflücken oder zu ihrem Grundstück zu spazieren, ergibt sich, dass sie die Bepflanzung des Teils des Grundstücks der Beklagten, auf dem nach Ansicht des

Klägers der Zufahrtsweg verlaufen sollte, mit Bäumen, und damit das der Ausübung des Fahrrechts entgegenstehende Hindernis, wahrgenommen haben mussten. Damit folgt aus den Feststellungen des Erstgerichts zweifelsfrei, dass sich noch der Rechtsvorgänger der Beklagten der Servitutsausübung im nunmehr noch relevanten Umfang durch einen Zeitraum von mehr als drei Jahren widersetzt hat, sodass die Verjährung des Rechts im nicht ausgeübten Umfang eingetreten ist vergleiche Vollmaier aaO Paragraph 1482, Rz 3). Entsprechend der tatsächlichen Ausübung verbleibt damit das vom Berufungsgericht festgestellte und von den Beklagten nie bestrittene Recht eines Fußsteigs. Ein Fall der (freiwilligen) bloßen Teilausübung, der die Servitut nach Paragraph 1482, erster Satz ABGB zur Gänze bestehen ließe, liegt somit bei den gegebenen Umständen entgegen der Auffassung des Erstgerichts nicht vor vergleiche Dehn in KBB3 Paragraph 1482, ABGB Rz 1; Vollmaier aaO Paragraph 1482, Rz 2 f mwN).

6. Im Ergebnis erweist sich die Abweisung des Klagemehrbegehrens durch das Berufungsgericht als berechtigt. Damit erübrigt sich auch eine Erörterung, ob die Feststellungen des Erstgerichts eine abschließende Beurteilung der Bindung der Beklagten als Rechtsnachfolger einer der Vertragsparteien an eine im Grundbuch nicht eingetragene Servitut des Fahrens überhaupt zulassen (vgl dazu etwa 1 Ob 300/01a = NZ 2003/17, 52; 1 Ob 259/02y = SZ 2002/169; 1 Ob 181/04f). Die Ansicht des Erstgerichts, die Beklagten hätten von einer Vereinbarung Kenntnis gehabt, findet in den Feststellungen jedenfalls keine Deckung. 6. Im Ergebnis erweist sich die Abweisung des Klagemehrbegehrens durch das Berufungsgericht als berechtigt. Damit erübrigt sich auch eine Erörterung, ob die Feststellungen des Erstgerichts eine abschließende Beurteilung der Bindung der Beklagten als Rechtsnachfolger einer der Vertragsparteien an eine im Grundbuch nicht eingetragene Servitut des Fahrens überhaupt zulassen vergleiche dazu etwa 1 Ob 300/01a = NZ 2003/17, 52; 1 Ob 259/02y = SZ 2002/169; 1 Ob 181/04f). Die Ansicht des Erstgerichts, die Beklagten hätten von einer Vereinbarung Kenntnis gehabt, findet in den Feststellungen jedenfalls keine Deckung.

Der Revision des Klägers ist damit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1 und 50 Abs 1 ZPO Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraphen 41, Absatz eins und 50 Absatz eins, ZPO.

### **Schlagworte**

Zivilverfahrensrecht

### **Textnummer**

E103623

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

ECLI:AT:OGH0002:2013:0010OB00025.13B.0307.000

### **Im RIS seit**

12.04.2013

### **Zuletzt aktualisiert am**

02.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

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