

# TE OGH 2004/3/18 1Ob230/03k

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.03.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Brigitte H\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hans Günther Medwed, Mag. Heinz Kupferschmid und Mag. Michael Medwed, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei Rudolf K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Willibald Rath, Dr. Manfred Rath, Mag. Gerhard Stingl und Mag. Georg Dieter, Rechtsanwälte in Graz, wegen Feststellung, Einverleibung, Entfernung und Unterlassung (Gesamtstreitwert 12.354,38 EUR) sA infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 19. Mai 2003, GZ 2 R 60/03s-67, womit das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 8. Februar 2003, GZ 21 Cg 98/01f-63, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 749,70 EUR (darin 124,95 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu zahlen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Streitteile sind jeweils Eigentümer einer in derselben Katastralgemeinde gelegenen Liegenschaft.

Die Klägerin begehrte die Feststellung, dass ihr als Eigentümerin bestimmter (herrschender) Grundstücke und ihren Rechtsnachfolgern im Eigentum dieser Grundstücke gegenüber dem Beklagten als Eigentümer eines (dienenden) Grundstücks und dessen Rechtsnachfolgern im Eigentum dieses Grundstücks die Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens auf einem in der Natur bereits vorhandenen Weg von der Abzweigung einer Landesstraße bis zur Zufahrt zur Liegenschaft der Klägerin, die zwischen deren Wohnhaus und ihrem Wirtschaftsgebäude liege, "und zurück" zustehe, wobei der Umfang der Dienstbarkeit unter anderem auch dahingehend determiniert sei, dass Besucher des Hauses, die Postzusteller, der Hausarzt der im Haus wohnenden Personen, Lieferanten von Heizöl und von Gebrauchsgütern und die Müllabfuhr den Weg nützen könnten (Punkt 1 des Klagebegehrens). Weiters begehrte sie, der Beklagte sei schuldig, in die Einverleibung dieser Dienstbarkeit einzuwilligen (Punkt 2 des Klagebegehrens), die im Einmündungsbereich des Weges von der Landesstraße her angebrachte Absperrkette zu beseitigen (Punkt 3 des Begehrens) und "jedes Absperrnen" des Servitutswegs und jede ähnliche Störung der zuvor genannten Dienstbarkeit zu unterlassen (Punkt 4 des Begehrens).

Sie brachte vor, auf dem Grundstück des Beklagten befinden sich ein von der Landesstraße in nordwestliche Richtung abzweigender Privatweg, der die Zufahrt zur Liegenschaft der Klägerin, insbesondere zum Wohnhaus und

Wirtschaftsgebäude, darstelle. Seit Ende des 19. Jahrhunderts erfolge die Zufahrt zu diesem Haus über den Weg des Beklagten. Der Weg sei seit jeher nicht nur von den Hausbewohnern, sondern auch von Besuchern, Postzustellern, dem Hausarzt, der Müllabfuhr und zur Lieferung von Heizöl und Gebrauchsgütern verwendet worden. Auch die Zufahrt zu dem zwischen Haus und Wirtschaftsgebäude gelegenen Parkplatz sei nur über den Weg des Beklagten möglich gewesen. Es existierten zwar von der Landesstraße her noch zwei Gartenwege, die als Zufahrt aber nicht geeignet seien und nicht zum Haupteingang des Hauses führten. Der Beklagte und seine Rechtsvorgänger hätten die zuvor geschilderte Nutzung des Weges stets geduldet. Demnach habe die Klägerin die Grunddienstbarkeit des Gehens und Fahrens über den Privatweg des Beklagten ersessen bzw sei ihr eine solche Dienstbarkeit konkludent eingeräumt worden. Im Herbst 2000 habe der Beklagte im Einmündungsbereich seines Weges von der Landesstraße her eine Absperrkette angebracht. Es sei der 90-jährigen Tante der Klägerin, die deren Haus bewohne, nicht zumutbar, in jedem Benützungsfall die Absperrung zu entfernen; diese greife unzulässig in die ersessene Servitut ein. Es bestehne Wiederholungsgefahr, weil der Beklagte die Ansprüche der Klägerin bestreite. Die Absperrkette könne der Beklagte auch "nach der Liegenschaft der Klägerin" anbringen und so das Befahren des Weges durch Unberechtigte hintanhalten. Auf einen lastenfreien, gutgläubigen Erwerb seiner Liegenschaft könne sich der Beklagte nicht berufen, zumal die Servitut offenkundig und der Beklagte Universalrechtsnachfolger nach seinem Rechtsvorgänger sei.

Der Beklagte bestritt die Behauptung, dass zum Haus der Klägerin über den Weg bereits seit mehr als 30 Jahren zugefahren werde. Es existiere eine befestigte Zufahrt von der Landesstraße zum Haus der Klägerin mit einem für Kraftfahrzeuge geeigneten Einfahrtstor. Der Weg des Beklagten werde seit einiger Zeit gegen dessen Willen und auf Veranlassung der Bewohnerin des Hauses der Klägerin befahren. Bis zumindest 1974 habe sich auf dem Weg im Bereich der Einmündung in die Landesstraße ein stets verschlossenes Tor befunden, das keinen Fahrzeugverkehr zugelassen habe. Die Absperrkette solle das unberechtigte Befahren des Weges verhindern. Die Möglichkeit, den Weg zu Fuß zu benützen, werde durch die nicht versperrte, sondern lose eingehängte Kette nicht gehindert. Das Entfernungs- und Unterlassungsbegehrten sei jedenfalls unberechtigt, weil der Beklagte die unversperrte Kette nur angelegt habe, um das unbefugte Befahren des Weges als Zufahrt zu nördlich davon befindlichen Waldgebieten zu verhindern. Ein Interesse an der begehrten Feststellung bestehe nicht, weil ohnehin ein Einverleibungsbegehrten erhoben worden sei. Es bestehne keine Notwendigkeit für die Klägerin, den Weg des Beklagten zu benutzen. Durch eine entsprechende Beschilderung sei erkennbar und allen Beteiligten bekannt gewesen, dass der Beklagte die Wegbenützung lediglich prekaristisch eingeräumt habe. Die Ersitzung des Wegerechts durch die Klägerin sei demnach ausgeschlossen. Selbst im Falle einer Ersitzung durch Rechtsvorgänger der Klägerin habe der Beklagte das Grundstück lastenfrei erworben, weil er das Bestehen einer Servitut nicht habe erkennen können. Die Absperrkette könne nicht weiter entfernt von der Landesstraße angebracht werden, weil sie das Einfahren Unberechtigter von Anfang an verhindern solle.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehrten im zweiten Rechtsgang vollinhaltlich statt. Es stellte - wenngleich unter teilweisem Verweis auf die Feststellungen des im ersten Rechtsgang gefällten Urteils - fest, dass der Zugang und die Zufahrt zur Liegenschaft der Klägerin regelmäßig über den Weg des Beklagten erfolgt seien; der Weg sei seit jeher auch von Bewohnern, Besuchern, Zustellern und der Müllabfuhr benutzt worden. Die Rechtsvorgänger des Beklagten hätten nie Einwände gegen diese Nutzung erhoben. Im Herbst 2000 habe der Beklagte auf seinem Weg in einer Entfernung von 8 m zum Asphaltstrand der Landesstraße eine unversperrte Absperrkette angebracht, um das Befahren des Weges zu verhindern. Das Begehen des Weges werde durch die Kette nicht beeinträchtigt. In den Weg einfahrende LKW stünden auf Grund der Kette bei einer möglichen Gesamtlänge von 12 m zumindest 4 m in die unübersichtliche Kurvenführung der Landesstraße hinein. Ein "Absperrbalken" hinter dem Grundstück der Klägerin könnte bereits aus der Sicht eines in den Weg Einfahrenden ebenso erkannt werden wie, dass es im weiteren Verlauf des Weges keine Umkehrmöglichkeit gebe. Ein Fahrzeug könne auf dem Grundstück der Klägerin außerhalb des Weggrundstücks parken. Das in der Zeit des Zweiten Weltkriegs auf dem Weg errichtete Holzlattentor habe sich 3 bis 4 m weiter vom Asphaltstrand der Landesstraße entfernt befunden als die derzeitige Absperrung mittels Kette. Die Einfahrt (von der Landesstraße) in den Weg des Beklagten liege am Ausgang einer "vergleichsweise scharfen" Rechtskurve, und die Sicht auf den Wegbeginn sei durch mehr als 2 m hohen Heckenbewuchs stark eingeschränkt. Eine Feststellung dahin, dass der Klägerin eine "schöne Zufahrt" zugesichert worden sei, könne nicht getroffen werden. Weder bei den alten Holztoren noch bei den nunmehr neuen Metalltoren, die einen Zugang zur Liegenschaft der Klägerin von der Landesstraße her eröffnen, seien jemals Klingeln angebracht gewesen. Der asphaltierte Weg des Beklagten weise eine Breite von etwa 1,8 m auf.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass durch die "jahrhundertlange Nutzung" des Weges die Dienstbarkeit des Gehens und Fahrens ersessen worden sei. Es verwies auf die "überbundene Rechtsmeinung" des Berufungsgerichts im ersten Rechtsgang zum Einverleibungs- und Feststellungsbegehren, das Feststellungsbegehren könne mit dem Begehren auf Verbücherung verbunden werden. Die Unredlichkeit oder Unechtheit des Besitzes der Klägerin habe der Beklagte nicht beweisen können. Ob dieser berechtigt sei, im Rahmen einer möglichen Freiheitsersitzung eine Absperrung im Bereich des ursprünglichen Holzlattentors anzubringen, sei nicht in diesem Verfahren zu beantworten, weshalb im Punkt 4 des Urteilsspruchs die Worte "an dieser Stelle" einzufügen gewesen seien. Unter Bedachtnahme auf die Situierung der Hausklingel, des Briefkastens und der Parkmöglichkeit zwischen den Gebäuden bzw. hinter dem Wohnhaus der Klägerin könne ein Eigentumserwerb des Beklagten im Vertrauen auf den reinen Grundbuchsstand ausgeschlossen werden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt 4.000, nicht aber 20.000 EUR übersteige; es erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Es wiederholte seine Rechtsansicht, das Feststellungsbegehren könne mit dem Begehren auf Verbücherung verbunden werden. Der Verlust einer Dienstbarkeit als Auswirkung des grundbürgerlichen Publizitätsprinzips sei ausgeschlossen, wenn diese offenkundig sei. Wesentlich sei, ob sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen und Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen könne, das Bestehen einer Servitut vermuten ließen. Dies sei hier eindeutig der Fall gewesen. Schon die Gebäudesituierung an sich habe für das Bestehen eines Wegerechts zugunsten der Eigentümer des Grundstücks der Klägerin gesprochen, dazu käme die konkrete, vom Weg aus leicht erkennbare Situierung des Postkastens, der Klingel, der Parkmöglichkeit etc. Der Zugang und die Zufahrt seien regelmäßig über den Weg des Beklagten erfolgt, sodass zumindest objektiv die Servitut erkennbar gewesen sei. Der Beklagte müsse die bestehende Servitut ihrem Umfang nach hinnehmen. Dieser Umfang richte sich nach ihrem Zweck, der in der verkehrsmäßigen Erschließung des Grundstücks der Klägerin über den Weg des Beklagten zu sehen sei. Das ursprüngliche Holzlattentor sei erheblich hinter der Absperrkette gelegen gewesen, weshalb sich die mögliche teilweise Freiheitsersitzung durch den Beklagten nicht auf die jetzige - der unübersichtlichen Landesstraße für LKW gefährlich nahe - Situierung der Kette beziehen könne. Das Entfernungsbegehren der Klägerin erweise sich demnach als berechtigt. Aus der vom Erstgericht vorgenommenen Einschränkung des Unterlassungsbegehrens - "an dieser Stelle" - in Verbindung mit seiner rechtlichen Beurteilung ergebe sich deutlich, dass es die Frage, ob eine Absperrkette "weiter hinten" angebracht werden dürfe, nicht entschieden habe. Mangels Bekämpfung dieser nur teilweisen Stattgebung des Unterlassungsbegehrens durch die Klägerin sei es dem Berufungsgericht verwehrt, diese Frage zu entscheiden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Beklagten ist zulässig, aber nicht berechtigt.

#### 1. Zum Einverleibungsbegehren:

Der Beklagte vertritt die Ansicht, die örtlichen Gegebenheiten hätten bei ihm nicht die begründete Vermutung entstehen lassen müssen, dass zugunsten der Klägerin ein Servitutsrecht bestehe. Dem kann nicht beigepflichtet werden:

Nach den Feststellungen erfolgten Zugang und Zufahrt zur Liegenschaft der Klägerin regelmäßig über den Weg des Beklagten und dieser wurde seit jeher auch von den Bewohnern, Besuchern und Zustellern sowie von der Müllabfuhr benutzt. Die Lage des Postkastens, der Klingel und die festgestellten Parkmöglichkeiten sind Hinweise darauf, dass diese Umstände (Zugang und Zufahrt) dem Beklagten bzw. seinen Rechtsvorgängern bekannt gewesen sein mussten. Die Einwände des Revisionswerbers, es bestehe keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass über seinen Weg zugefahren worden sei, scheitern somit schon an den im Revisionsverfahren nicht mehr bekämpfbaren Feststellungen der Vorinstanzen. Die Ausführungen des Beklagten, mit Fahrzeugen sei immer über die Landesstraße auf die Liegenschaft der Klägerin zugefahren worden, widersprechen den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen. Soweit diese die Offenkundigkeit der von der Klägerin beanspruchten Dienstbarkeit bejahten, ist darin keine Fehlbeurteilung zu erblicken. Aus den besonderen Umständen hätten sich für den Beklagten gegen die Vollständigkeit des Grundbuchs jedenfalls Bedenken ergeben müssen, weil er das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten konnte (7 Ob 95/03a; NZ

2003, 52; SZ 74/33; NZ 1999, 214). Dass die Eigentümerin des herrschenden Gutes (= Klägerin) auch auf einem anderen Weg zu ihrem Wohnhaus gelangen könnte, hat auf die von ihr ersessene Dienstbarkeit keinen Einfluss (MietSlg 50.231). Dem Einverleibungsbegehrten wurde sohin zu Recht stattgegeben.

## 2. Zum Feststellungsbegehrten:

Nach ständiger und nahezu einhelliger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs müssen bei einer gegen den Eigentümer des dienenden Gutes gerichteten Dienstbarkeitsfeststellungsklage die sonst für Feststellungsklagen erforderlichen Voraussetzungen (§ 228 ZPO) nicht gegeben sein (NZ 2001, 472 mwN; MietSlg 50.040; MietSlg 38.038; MietSlg 34.063; SZ 39/21; EvBl 1960/19; SZ 24/267; SZ 13/54). Auch die Lehre verneint großteils bei dieser "materiellrechtlichen Feststellungsklage" die Anwendbarkeit des § 228 ZPO und fordert daher die Überprüfung des Feststellungsinteresses nicht, weil bereits der materiellrechtliche Tatbestand alle Voraussetzungen des § 228 ZPO erfülle (Fasching LB2 Rz 1104; derselbe, Kommentar III 52; Klang in Klang II 601). Ergibt sich das Feststellungsinteresse aber schon aus § 523 ABGB und wird dadurch die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung des Bestehens einer Servitut eröffnet (vgl MietSlg 50.040), dann ist nicht einzusehen, warum mit dieser Feststellungsklage, die der sonstigen Voraussetzungen des § 228 ZPO nicht bedarf, nicht auch das Begehrten auf Einverleibung der Dienstbarkeit verbunden werden könnte. Gegen eine solche Kumulierung bestehen keine Bedenken (EvBl 1960/19; SZ 24/267; vgl SZ 13/54; Fasching III 70 f). Nach ständiger und nahezu einhelliger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs müssen bei einer gegen den Eigentümer des dienenden Gutes gerichteten Dienstbarkeitsfeststellungsklage die sonst für Feststellungsklagen erforderlichen Voraussetzungen (§ 228 ZPO) nicht gegeben sein (NZ 2001, 472 mwN; MietSlg 50.040; MietSlg 38.038; MietSlg 34.063; SZ 39/21; EvBl 1960/19; SZ 24/267; SZ 13/54). Auch die Lehre verneint großteils bei dieser "materiellrechtlichen Feststellungsklage" die Anwendbarkeit des § 228 ZPO und fordert daher die Überprüfung des Feststellungsinteresses nicht, weil bereits der materiellrechtliche Tatbestand alle Voraussetzungen des § 228 ZPO erfülle (Fasching LB2 Rz 1104; derselbe, Kommentar römisch III 52; Klang in Klang II 601). Ergibt sich das Feststellungsinteresse aber schon aus § 523 ABGB und wird dadurch die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung des Bestehens einer Servitut eröffnet vergleiche MietSlg 50.040), dann ist nicht einzusehen, warum mit dieser Feststellungsklage, die der sonstigen Voraussetzungen des § 228 ZPO nicht bedarf, nicht auch das Begehrten auf Einverleibung der Dienstbarkeit verbunden werden könnte. Gegen eine solche Kumulierung bestehen keine Bedenken (EvBl 1960/19; SZ 24/267; vergleiche SZ 13/54; Fasching römisch III 70 f).

Auch in der Entscheidung 2 Ob 36/03p wurde ausgeführt, die Verknüpfung eines Feststellungs- und eines Einverleibungsbegehrten sei "nicht zu beanstanden". Die Entscheidung 5 Ob 10/96 nahm zu der von den Vorinstanzen gebilligten Möglichkeit der Erhebung eines Feststellungs- und eines Einverleibungsbegehrten nicht Stellung. In 8 Ob 546/86 war die Behandlung der Frage, ob ein Einverleibungsbegehrten statt eines Feststellungsbegehrten oder neben diesem gestellt werden könne, entbehrlich. Das in RZ 1991/41 veröffentlichte Erkenntnis betrifft eine Hauptinterventionsklage, zu der nur ausgeführt wurde, dass bei möglicher Leistungsklage in der Regel dann kein rechtliches Interesse an der Einbringung einer Feststellungsklage bestehe, wenn das mögliche Leistungsbegehrten alles biete, was mit dem Feststellungsbegehrten angestrebt werde. Dieser Fall ist mit dem hier vorliegenden, in dem die gesetzliche Möglichkeit (§ 523 ABGB) zur Erhebung einer Feststellungsklage eröffnet wurde, nicht vergleichbar.

Lediglich die Entscheidung 2 Ob 104/98b spricht für den Standpunkt des Beklagten. Sie fordert in Abkehr von der ständigen Rechtsprechung, dass die Voraussetzungen des § 228 ZPO auch bei einer Servitutsklage nach § 523 ABGB zu beachten seien. Dieses Erkenntnis ist indes vereinzelt geblieben und wird vom erkennenden Senat deshalb abgelehnt, zumal auf das zuvor schon zitierte Urteil des 2. Senats zu 2 Ob 36/03p verwiesen werden kann: Aus dieser Entscheidung geht schlüssig hervor, dass die in 2 Ob 104/98b vertretene Rechtsansicht nicht aufrecht erhalten wurde.

Im Lichte dieser Ausführungen erweist sich - geht man von der Berechtigung des Einverleibungsbegehrten aus - auch das Feststellungsbegehrten als berechtigt.

## 3. Zum Entfernungsbegehrten:

Der Revisionswerber zitiert aus dem vom Berufungsgericht aufgehobenen Urteil des Erstgerichts vom 7. 5. 2002 (ON 46) den Satz, dass das ursprüngliche Holzlattentor in einer Entfernung von etwa 8 bis 9 m "nach der Landesstraße" auf dem Weg des Beklagten errichtet gewesen sei. Er übersieht dabei jedoch, dass im Urteil des Erstgerichts im zweiten Rechtsgang vom 8. 2. 2003 (ON 63) die Feststellungen des Ersturteils nur insoweit übernommen wurden, als sie nicht den "nunmehrigen Ergebnissen des Lokalaugenscheins und der angefertigten

"Lichtbilder" widersprechen. Wenngleich es wünschenswert gewesen wäre, die Feststellungen insgesamt neu zu fassen und damit keine Zweifel aufkommen zu lassen, so ist den ergänzenden Feststellungen des Erstgerichts in dessen Zweiturteil eindeutig zu entnehmen, dass das Holzlattentor 3 bis 4 m "weiter innerhalb des" Servitutswegs "als die derzeitige Absperrung" errichtet war (S 4 des Ersturteils, was die Feststellungen zu Lichtbild III betrifft, bzw insbesondere S 7). Damit erweisen sich die Ausführungen des Revisionswerbers, die beiden Absperrungen hätten sich exakt an demselben Ort befunden, als nicht den Feststellungen entsprechend, weshalb die Argumente dafür, dass das Entfernungsbegehren - infolge teilweiser Freiheitsersitzung - abzuweisen sei, ins Leere gehen.

Zur Stattgebung des Unterlassungsbegehrens werden keine Revisionsausführungen erstattet. Erweist sich die Absperrung als rechtswidrig und ist demnach dem Entfernungsbegehren statzugeben, dann ergibt sich in logischer Konsequenz auch die Berechtigung des Unterlassungsbegehrens.

Der Revision ist sohin insgesamt ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

**Textnummer**

E72729

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:0010OB00230.03K.0318.000

**Im RIS seit**

17.04.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

09.02.2011

**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)