

# TE OGH 1992/4/9 8Ob622/91

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.04.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Huber, Dr.Graf, Dr.Jelinek und Dr.Schinko als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Anton Mikosch, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wider die beklagten Parteien 1. A\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\* und 2. F\*\*\*\*\* W\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr.Franz Unterasinger, Rechtsanwalt in Graz, wegen Unterlassung (Streitwert S 100.000), infolge der Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 5.Juni 1991, GZ 2 R 69/91-20, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 4.Jänner 1991, GZ 24 Cg 74/90-15, abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

In Abänderung der angefochtenen Entscheidung wird das Ersturteil wiederhergestellt.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit S 19.431,68 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin S 2405,28 Umsatzsteuer und S 5000 Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist seit 1989 Alleineigentümer einer Liegenschaft in Kärnten. Diese liegt zwischen dem Fluß und dem ehemaligen Mühlgang und besteht aus dem Gartengrundstück 698/3 und der Bauparzelle 25/2, auf der sich das Haus Nr 3, eine ehemalige Mühle, befindet. Zwischen diesem Haus Nr 3 und dem auf der Bauparzelle 75 errichteten Haus Nr 5, einem ehemaligen Sägehaus, liegt zu beiden Seiten an diese Häuser angebaut, ein der Erstbeklagten gehöriges Superädifikat, das sie aus der Konkursmasse der Verlassenschaft nach H\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* 1987 erworben hat. Dieses Superädifikat ist in der EZ 180 ersichtlich gemacht. Es handelt sich um das schon dem vorigen Jahrhundert an die Mühle (Haus Nr 3) angebaute, über dem ehemaligen Mühlgang gelegene ehemalige Turbinenhaus. Der Vater des H\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* V\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* hatte es 1949 erworben und in der Folge über den Mühlgang hinaus zum Sägehaus (Haus Nr 5), das ihm allein gehörte, ausgebaut.

V\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* und Dkfm.H\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* waren ab 1949 je zur Hälfte Eigentümer der nun dem Kläger allein gehörenden Liegenschaft EZ 532. 1951 schlossen sie miteinander einen "Bestandsvertrag" (Beilage ./8). In diesem wurde im Punkt III ua festgehalten, daß der Vertrag für sie und ihre Rechtsnachfolger gegenseitig unkündbar ist, und bezüglich der Gartenparzelle 698/3 vereinbart, daß sie von Dkfm.K\*\*\*\*\* genutzt werde, dieser sich jedoch verpflichte, R\*\*\*\*\* freien Zugang und Zufahrt durch den Garten zu dem Superädifikat in einer bestimmten Breite zu gewähren. Nach Punkt IX des Vertrages verpflichteten sich beide Teile Urkunden für die Verbücherung der sich gegenseitig unter

Punkt III eingeräumten Rechte in einverleibungsfähiger Form zu fertigen.

A\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* kaufte 1985 den im Verlassenschaftskonkurs nach H\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* versteigerten Hälftenanteil und verkaufte ihn in der Folge an den Kläger weiter. Der Verkäufer des anderen Hälftenanteils, Dkfm.H\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, übernahm im Kaufvertrag gegenüber dem Kläger die Haftung für die Freiheit des Eigentums von bucherlichen und außerbücherlichen Lasten.

Der Zweitbeklagte, der sein Benützungsrecht von seiner Gattin, der Erstbeklagten, ableitet, nutzte schon ab 1985 - bei "ungeklärten Rechtsverhältnissen" - im Einverständnis mit dem Masseverwalter im Verlassenschaftskonkurs das Superädifikat. Seit 1988 lagert er dort Fette in Dosen. Er fährt unregelmäßig, manchmal zweimal täglich, dann 14 Tage nicht, mit Klein-LKW über die Liegenschaft des Klägers zum Superädifikat, drei- bis viermal jährlich auch mit Groß-LKW; eine solche Zufahrt war erst ab der Zuschüttung des Mühlganges möglich. Von außen zugänglich war das Superädifikat seit jeher nur entlang des Mühlganges an der Ostfront des Hauses Nr 3 auf dem dort gelegenen begehbarer Ufersteig. Auch heute besteht von der anderen Seite her noch kein Zugang zum Superädifikat, obgleich der Mühlgang Anfang der achtziger Jahre zugeschüttet wurde. Die durch die Zuschüttung des Mühlganges entstandene Grünfläche gehört dem Wasserverband.

Dem Kläger wurde anlässlich des Kaufs zwar nichts von einem Fahrrecht und einer Nutzungsvereinbarung mitgeteilt, doch erfuhr er im Zuge der Einreichung der Baubewilligung, Anfang August 1989, schon vor Überreichung des Grundbuchsgesuchs, "von Schwierigkeiten, die Zufahrt betreffend", und nahm insbesondere wahr, daß der Zweitbeklagte die Zufahrt benützte.

Der Kläger begehrte die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung des Gehens und Fahrens über seine Liegenschaft sowie jeder weiteren störenden Maßnahme. Er habe die Liegenschaft gutgläubig lastenfrei erworben, die Beklagten maßten sich jedoch Benützungsrechte an der Liegenschaft an, die ihnen nicht zustünden.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens und wendeten ein, der Zugang und die Zufahrt über den Grund des Klägers - andere Möglichkeiten gebe es nicht - seien zumindest seit dem Jahr 1949 im Bewußtsein der Ausübung eines Servitutrechts ausgeübt worden und daher längst ersessen, zumal zwischen den ehemaliugen Miteigentümern der belasteten Liegenschaft die Benützung auch "entsprechend geregelt" gewesen sei. Dem Kläger hätte dies beim Kauf (aufgrund diverser Umstände) auffallen müssen, sodaß er sich nicht auf gutgläubigen lastenfreien Erwerb berufen könne.

Das Erstgericht wies das Klagebegehr zur Gänze ab. V\*\*\*\*\* und H\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* hätten die strittige Fläche "im Zuge ihres Miteigentums und der in diesem Zusammenhang erfolgten Nutzungsvereinbarung" befahren. Diese Vereinbarung stelle einen gültigen Titel für die Benutzung dar; Ersitzung komme daher nicht in Betracht. Die Nutzungsvereinbarung von 1951 sei für beide Eigentümer und ihre Rechtsnachfolger gegenseitig unkündbar. K\*\*\*\*\* sei danach gehalten, R\*\*\*\*\* freien Zugang und Zufahrt durch seinen Gartenanteil zu gewähren. Diese Verpflichtung sei nicht erloschen, der Kläger sei ja gleichzeitig Rechtsnachfolger von K\*\*\*\*\* und R\*\*\*\*\*, und die Verpflichtung aus der Nutzungsvereinbarung sei daher auch für ihn nach wie vor aufrecht. Auf gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb könne sich der Kläger nicht berufen, weil er im Zeitpunkt der Überreichung des Grundbuchsgesuchs bereits schlechtgläubig gewesen sei.

Das Berufungsgericht gab dem Unterlassungsbegehr (unter Einschränkung auf den strittigen Punkt: Benützung der Liegenschaft des Klägers als Zugang und Zufahrt zu dem auf einem anderen Grund errichteten Superädifikat der Beklagten) statt. Es meinte, das von dem Beklagten in Anspruch genommene Recht wäre eine Wegerecht im Sinn des § 477 Z 1 ABGB. Beim dinglichen, dh gegen jeden Eigentümer der damit belasteten Liegenschaft wirkenden Wegerecht handle es sich in der Regel um eine Grunddienstbarkeit, welche gemäß § 474 ABGB zwei Grundbesitzer voraussetze. Superädifikate würden aber als bewegliche Sachen angesehen. Werden Dienstbarkeiten, die an sich Grunddienstbarkeiten seien, einer Person allein zugestanden, so entstehe eine unregelmäßige Dienstbarkeit im Sinn des § 479 erster Halbsatz ABGB. Eine solche könne ebenfalls einverleibt und auch ersessen werden; sie könne sogar "für jedermann", also zugunsten der Allgemeinheit eingeräumt und einverleibt werden. Die Ersitzung einer unregelmäßigen Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Superädifikats, also einer beweglichen Sache, sei aber nicht denkbar; ein solches Recht könnte auch, falls es vertraglich eingeräumt werde, nicht einverleibt werden.

Werde ein inhaltlich einer Dienstbarkeit entsprechendes Recht mit einem "Nutzungsvertrag" bloß obligatorisch

eingeraumt, so entstehe ein Forderungsrecht. Die dingliche Wirkung einer vertraglich eingeräumten (echten) Dienstbarkeit erfordere hingegen, daß der Wille der Vertragspartner auch auf Einverleibung gerichtet sei. Es lägen aber keine ausreichenden Gründe für die Annahme vor, daß die Parteien des 1951 abgeschlossenen Vertrages eine derartige Absicht gehabt hätten. Forderungsrechte könnten nicht ersessen werden. Auch schließe die rechtsgeschäftliche Überlassung eines Wegerechts eine Besitzausübung, die zu einer Ersitzung dieses Rechtes führen könnte, aus, weil es an der erforderlichen Redlichkeit fehle. Im übrigen fehle den Beklagten die für die Ersitzung einer persönlichen (unregelmäßigen) Dienstbarkeit erforderliche Ersitzungszeit von 30 Jahren, weil ja eine Anrechnung der Besitzzeiten der Voreigentümer des Superädifikats nicht in Betracht käme.

Es sei zwar allgemein anerkannt, daß nicht verbücherte Grunddienstbarkeiten bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen offenkundig sein und deshalb einen gutgläubigen Eigentumserwerb gemäß § 1500 ABGB ausschließen könnten. Die Frage, ob auch unregelmäßige (persönliche) Dienstbarkeiten offenkundig sein könnten, brauche nicht beantwortet zu werden, weil kein dingliches Recht bestanden habe, als der Kläger 1988 die beiden Miteigentumsanteile der angeblich mit dem Wegerecht belasteten Liegenschaft erworben habe. Der Kläger habe ein bestehendes Forderungsrecht nicht vertraglich übernommen. Selbst bei Kenntnis dieser Benützungsvereinbarung wäre er nicht an sie gebunden. Die Bedachtnahme auf eine "offenkundige obligatorische Dienstbarkeit" würde zu einer gesetzlich nicht gedeckten Kombination von Rechtsgrundsätzen des Sachenrechtes und des Schuldrechtes führen. Daraus folge, daß der Kläger den Zugang und die Zufahrt der Beklagten nicht dulden müsse.

Die Revision sei zuzulassen, weil die Frage einer Wegeservitut als Zugang zu einem Superädifikat am Nachbargrund weder von Lehre noch Rechtsprechung bisher behandelt worden sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Entscheidung im Sinn der Wiederherstellung des Ersturteils abzuändern; hilfsweise stellen sie einen Aufhebungsantrag.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Zu Recht meint der Revisionswerber, das Berufungsgericht habe offensichtlich übersehen, daß die Partner des "Bestandvertrages" die vertraglich eingeräumte Dienstbarkeit verbüchern lassen wollten. Sie verpflichteten sich nämlich im Punkt IX des genannten Vertrages ausdrücklich, entsprechende Urkunden in einverleibungsfähiger Form zu fertigen. Die Ansicht des Berufungsgerichtes, es lägen keine ausreichenden Gründe für die Annahme vor, daß die Partner des Bestandvertrages eine derartige Absicht gehabt hätten, ist daher verfehlt.

Aufgrund der ordnungsgemäß ausgeführten Rechtsrüge hat der Oberste Gerichtshof aufgrund seiner allseitigen rechtlichen Prüfungspflicht erwogen:

Im "Bestandvertrag" von 1951 wurde dem damaligen Eigentümer des Superädifikats und seinen Rechtsnachfolgern ein "unkündbares" Weg- und Fahrrecht, dessen Verbücherung beabsichtigt war, zum Superädifikat über die nunmehrige Liegenschaft des Klägers eingeräumt. Es handelt sich hiebei um eine unregelmäßige Dienstbarkeit iS des § 479 ABGB, nämlich um eine Dienstbarkeit, die an sich der Sache nach eine Grunddienstbarkeit ist, aber nicht dem Eigentümer eines anderen (des herrschenden) Grundstücks (§ 474 ABGB), sondern einer bestimmten Personengruppe, nämlich den jeweiligen Eigentümern (und Benützern) des am Nachbargrundstück errichteten Superädifikats zusteht.

Solche Servituten sind zulässig, werden doch sogar unregelmäßige Servituten zugunsten "Jedermanns" anerkannt (SZ 41/29; 50/53 ua); umso mehr sind solche zugunsten einer bestimmten Person oder deren Rechtsnachfolger möglich (vgl EvBl 1959/179). Solche Dienstbarkeiten können durch Rechtsgeschäft oder durch Ersitzung erworben werden, wobei allerdings bei vertraglicher Einräumung Ersitzung ausscheidet (vgl NZ 1977, 44). Sie können auch ins Grundbuch eingetragen werden (SZ 43/117).

Zwar können mit dem Inhalt von Dienstbarkeiten auch bloß obligatorische Rechte eingeräumt werden, wenn die Absicht der Verdinglichung fehlt (EvBl 1970/190; 1977/68). Steht - wie hier - fest, daß keine echte, sondern eine unregelmäßige Grunddienstbarkeit vorliegt (was gemäß § 479 ABGB nicht zu vermuten ist), muß der Berechtigte die

Absicht der Verdinglichkeit und damit seinen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts unter Beweis stellen; diese Absicht ergibt sich - wie bereits eingangs festgehalten - unzweifelhaft aus Punkt IX des "Bestandvertrages".

Das dingliche Recht der Dienstbarkeit wird grundsätzlich durch Eintragung im Grundbuch erworben § 481 Abs 1 ABGB). Vertragliche, nicht verbücherte Servituten binden nur die Vertragsparteien (SZ 44/41), sind auch gegen deren Gesamtrechtsnachfolger und bei Übernahme durch den Einzelrechtsnachfolger (EvBl 1977/68) auch diesem gegenüber wirksam; sie geben dem Berechtigten in diesen Fällen einen Anspruch auf Verbücherung. Durchbrochen wird das Eintragungsprinzip nach herrschender Ansicht (aA Koziol-Welser8 II 157 f und Apathy, Die publizianische Klage 55) bei den "offenkundigen" Dienstbarkeiten. Wer einen gültigen Titel besitzt, ist trotz Nichtverbücherung geschützt, wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige Einrichtungen oder Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen einer Servitut vermuten lassen (SZ 28/30; 47/29; 56/105). Eine solche Offenkundigkeit kommt aber nur bei solchen unregelmäßigen Dienstbarkeiten in Frage, die - wie hier - ihrer Natur nach Grunddienstbarkeiten sind, nicht aber bei persönlichen Dienstbarkeiten, wie das Recht des Fruchtgenusses, des Gebrauches oder des Wohnrechts, weil von außen her das Bestehen einer solchen Dienstbarkeit gar nicht wahrgenommen werden kann (zu allem Petrasch in Rummel I2 ABGB §§ 472 ff).

Im vorliegenden Fall mußte dem Kläger die unregelmäßige Grunddienstbarkeit jedenfalls noch vor Verbücherung seines Eigentumsrechts offenbar werden: Er hörte "von Schwierigkeiten, die Zufahrt betreffend" und nahm insbesondere wahr, daß der Zweitbeklagte die Zufahrt benützte. Diese offenkundige Servitut muß er gegen sich gelten lassen, auch wenn ihm einer seiner beiden Rechtsvorgänger ausdrücklich Lastenfreiheit zugesichert hatte (SZ 57/38); daraus ergibt sich, daß sein Unterlassungsbegehrungen unberechtigt ist.

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Behandlung der vorliegenden Dienstbarkeit als unregelmäßige Grunddienstbarkeit zwingend ist, oder ob bei Einräumung einer Servitut zugunsten des jeweiligen Superädifikatseigentümers eines Nachbargrundstücks nicht doch die analoge Anwendung der Vorschriften über echte Grunddienstbarkeiten angezeigt wäre: Superädifikate werden nämlich nicht grundsätzlich als bewegliche Sachen behandelt. In zahlreichen gesetzlichen Vorschriften wurden sie als unbeweglich behandelt; nach hLuRsp gilt dies insbesondere hinsichtlich der langen Gewährleistungsfrist und in bezug auf Mietverträge (Anwendung des Bestandverfahrens). Nach dem Zweck der Norm und der "Natur der Sache" kann auch in anderen Fällen die Behandlung als unbewegliche Sache in Betracht kommen (Bydlinski, Das Recht der Superädifikate, 30 ff, insbes 36). Bejaht man dies, könnten sich die Beklagten die Benützungszeit ihrer Rechtsvorgänger zurechnen, sodaß sie die Servitut ersessen hätten, selbst wenn dem Rechtsvorgänger die Servitut nicht vertraglich eingeräumt worden wäre; in diesem Fall gibt nicht der Vertrag, sondern das "Gesetz" den Titel ab (Koziol-Welser II9 165).

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E29356

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

ECLI:AT:OGH0002:1992:0080OB00622.91.0409.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920409\_OGH0002\_0080OB00622\_9100000\_000

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