

# TE OGH 1982/3/3 1Ob4/82

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.1982

## Norm

ABGB §364

ABGB §477

ABGB §1460

## Kopf

SZ 55/30

## Spruch

Bei Rechten, die auf Dulden eines anderen gehen, muß die Besitzausübung so erfolgen, daß derjenige, in dessen Besitz eingegriffen wird, die Ausübung dieses Rechtes erkennen kann. Die bloße, weder dem Oberlieger noch dem Unterlieger bekannte Tatsache, daß künstlich auf die Liegenschaft des Oberliegers zugeführtes Wasser auf die Liegenschaft des Unterliegers abrinnt, kann mangels Ausübung eines Rechtsbesitzes nicht zur Ersitzung einer Wasserableitungsdienstbarkeit führen

OGH 3. März 1982, 1 Ob 4/82 (LGZ Graz 5 R 408/81; BG Hartberg 2 C 25/81)

## Text

Die Kläger sind je zur Hälfte Eigentümer der Liegenschaft EZ 136 KG S, zu der die Grundstücke 1141/4, 190 und 1141/3 gehören. Der Beklagte ist Eigentümer der etwa 120 bis 150 m vom Anwesen der Kläger hangaufwärts gelegenen Liegenschaft EZ 34 KG S, zu der ua. das Grundstück 1141/1 gehört. Der Beklagte bezieht als Servitutsberechtigter von einem nördlich wohnenden Nachbarn, dem Landwirt B Wasser. Die Kläger errichteten etwa an der Grenze zwischen den Grundstücken 1141/4 und 1141/1 eine Natursteinmauer.

Die Kläger begehren, den Beklagten schuldig zu erkennen, jegliche Ableitung von Wasser, insbesondere des ihm zustehenden Servitutswassers, über sein Grundstück 1141/1 auf die Liegenschaft der Kläger, insbesondere die Grundstücke 1141/4, 1141/3 und 190, zu unterlassen. Sie behaupten, daß der Kläger auf seiner Liegenschaft das bezogene Servitutswasser sammle und von Zeit zu Zeit über sein Grundstück 1141/1 auf die Grundstücke der Kläger ableite. Das Wasser rinne insbesondere über die Natursteinmauer der Kläger, wo es im Winter schädliche Vereisungen verursache.

Der Beklagte beantragt Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, daß er früher Wasser von einem anderen Nachbarn bezogen habe. Dieses habe für seine Wasserversorgung nicht ausgereicht, so daß er sich ein Wasserbezugsrecht von der Quelle des Nachbarn B gesichert habe. Schon seit Jahrzehnten habe er in seinem Hof einen Bottich, in den dieses Wasser in Form eines "Ewigbrunnens" geleitet werde. Das überschüssige Wasser rinne frei und unverrohrt ab. Ein Absperren des Wasserzuflusses sei ihm wegen der Gefahr des Einfrierens nicht zumutbar. Der geschilderte Zustand bestehe seit jeher und sei den Klägern bekannt. Die abfließenden relativ geringen Wassermengen erreichten die Grundstücke der Kläger gar nicht. Der Beklagte nehme sohin keine unmittelbare Zuleitung von Wasser

auf Nachbargrund vor.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und stellte im wesentlichen fest:

Auf dem Anwesen des Beklagten bestehe seit unvordenklichen Zeiten ein "Ewigbrunnen". Das Wasser hiefür habe der Beklagte früher von einer auf dem Grundstück des Franz R entspringenden Quelle bezogen. Es sei in einen vor dem Stallgebäude des Beklagten aufgestellten Holzbottich im Ausmaß von 2 x 1 x 0.25 m geflossen. In den trockenen fünfziger Jahren habe diese Quelle immer weniger Wasser geliefert. Der Beklagte sei daher gezwungen gewesen, vom Landwirt B eine andere Quelle zu erwerben. Seit 1968 werde der "Ewigbrunnen" des Beklagten mit dem etwa 600 m weit hergeleiteten Wasser aus dieser Quelle gespeist. Die ehemalige Quelle auf dem Grundstück des Franz R sei versiegt und von diesem vor 10 bis 15 Jahren zugeschüttet worden. Das Überlaufen des "Ewigbrunnens" werde in einen Naturgraben und von diesem durch ein zirka 5 m langes Betonrohr unter dem Misthaufen und einem kleinen Gemüsegarten in einen Steinkanal abgeleitet. Auf dem hangabwärts liegenden Wiesengrundstück 1141/1 des Beklagten gelange es in einen zirka 4 m langen Naturgraben, der sich später gable und nach zirka 30 m deltaförmig in der Wiese, die in diesem Bereich versumpft sei, verlaufe.

Diese Stelle sei von der Steinmauer der Kläger zirka 60 bis 70 m entfernt. Der östliche Ast des Naturgrabens sei morastig, aber ohne Wasserführung. Die Menge des Wasserzuflusses zum "Ewigbrunnen" sei seit jeher wetterbedingt verschieden. Durch den Bezug des Wassers aus der B-Quelle habe der Beklagte nunmehr die gleiche Wasserschüttung wie in den Jahren 1946 oder 1947. Infolge Zufrierens der natürlichen Ableitungsgräben gelange das unter der Eisschicht nachrinnende Überwasser über den Grabenrand auf die zum Anwesen der Kläger abfallende Wiese bis zu der - 1977 errichteten - Steinmauer und vereise diese. Teilweise werde die Vereisung auch durch Schmelzwasser verursacht. Schon vor dem Bau der Mauer sei Wasser über die Liegenschaft des Beklagten auf das Grundstück der Kläger gelangt. Der Kläger sammle das Überschußwasser des "Ewigbrunnens" nicht und besitze dazu auch keinerlei Vorrichtungen. Er habe nie absichtlich Wasser auf das Grundstück der Kläger geleitet.

Das Erstgericht war der Ansicht, daß die festgestellte Wasserableitung als ortsüblich anzusehen sei. Eine unmittelbare Immission liege nicht vor, da der Beklagte keine auf einen Schaden auf dem Grundstück der Kläger gerichtete Tätigkeit entwickelt habe. Er führe keine unmittelbare Zuleitung durch. Die Art der seit unvordenklichen Zeiten bestehenden Wasserableitung sei als ein vom Beklagten ersessenes Recht zu betrachten. Daran könne auch nichts ändern, daß in den fünfziger Jahren ein geringerer bzw. überhaupt kein Wasserabfluß vorhanden gewesen sei, da die nunmehrige Schüttung jener wie vor unvordenklichen Zeiten entspreche, weshalb durch den Zukauf der Quelle B keine Ausweitung des ersessenen Wasserableitungsrechtes eingetreten sei. Dem Kläger stehe somit das Recht auf Ableitung des Überwassers seines "Ewigbrunnens" auf die Liegenschaft der Kläger zu.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger Folge und änderte das angefochtene Urteil dahin ab, daß es dem Klagebegehren stattgab. Es sprach aus, daß der von der Abänderung betroffene Wert des Streitgegenstandes 2000 S übersteige. Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweismwürdigung und führte in rechtlicher Hinsicht aus: Die Klage auf Abstellung von Immissionen, die das ortsübliche Ausmaß überschritten, sei ein Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage. Den Klägern obliege der Beweis ihres Eigentums und des erfolgten Eingriffes. Der Beklagte hingegen habe zu beweisen, daß der Eingriff die vom Gesetz gezogenen Grenzen nicht überschritten habe oder in Ausübung eines Eingriffsrechtes erfolgt sei. Der Beklagte habe den Erwerb oder Besitz eines Dienstbarkeitsrechtes nicht behauptet, sondern sogar die eine solche Annahme ausschließende Behauptung aufgestellt, daß das Überwasser gar nicht bis zur Liegenschaft der Kläger gelange. Eine Benützung von Beweisergebnissen, die über das Parteivorbringen hinausgingen, sei nur im Rahmen der geltend gemachten Anspruchsverzichtgründe möglich. Der Beklagte habe auch nicht vorgebracht, daß die von seiner Liegenschaft ausgehenden Einwirkungen durch Abfließen des Überwassers das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Ausmaß nicht übersteigen und die ortsübliche Benützung der Liegenschaft der Kläger nicht beeinträchtigten. Die Beschränkung auf die Einwendung, daß eine Immission überhaupt nicht vorliege, schließe aus, daß das Gericht von Amts wegen diese Fragen (nämlich der Ortsüblichkeit der Einwirkung und der Ersitzung eines Eingriffsrechtes) aufwerfe und zum Inhalt seiner Sachverhaltsfeststellung und rechtlichen Beurteilung mache. Die überschießenden Beweisergebnisse seien daher nicht zu berücksichtigen. Die Kläger hätten sowohl ihr Eigentum als auch den erfolgten Eingriff bewiesen. Die Verpflichtung, den natürlichen Wasserablauf vom Nachbargrund her zu dulden, beziehe sich nur auf Wasser, die auf natürliche Weise aus Grundstücken zutage träten, nicht aber auf Wasser, die einer bergwärts gelegenen Liegenschaft zugeleitet worden seien. Da auch Wiederholungsfahr gegeben sei, sei

der Klagsanspruch berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision des Beklagten nicht Folge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, ist die auf Unterlassung vom Immissionen gerichtete Klage ein Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage. Der Kläger hat sein Eigentum und den Eingriff zu beweisen. Der Beklagte hingegen hat zu beweisen, daß der Eingriff die vom Gesetz gezogenen Grenzen (Ortsüblichkeit der Einwirkung und nur unwesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung des Grundstückes; vgl. dazu Ehrenzweig[2] I/2, 132 f.) nicht überschritten habe (MietSlg. 29 040; SZ 45/7; SZ 44/140; EvBl. 1970/18 ua.; Klang in seinem Komm.[2] II 173) oder daß der Eingriff auf einem besonderen Rechtstitel (Eingriffsrecht) beruhe.

Unmittelbare Zuleitung (insbesondere von Flüssigkeiten) ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig (§ 364 Abs. 2 Satz 2 ABGB; JBl. 1976, 655; SZ 48/4; Klang aaO 167; Ehrenzweig aaO 132; Gschnitzer, Sachenrecht 59). Hiefür gibt es auch keine Ortsüblichkeit (1 Ob 38/79). Eine unmittelbare Zuleitung (Einwirkung) auf das Nachbargrundstück liegt dann vor, wenn die Tätigkeit des einen Eigentümers unmittelbar auf die Einwirkung gerichtet ist (SZ 45/7; Klang aaO 167), wenn diese also durch eine Veranstaltung bewirkt wird, die für eine Einwirkung gerade in der Richtung auf das Nachbargrundstück hin ursächlich ist (SZ 50/84; SZ 48/4; SZ 35/28; EvBl. 1963/23 ua.).

Im Gegensatz zur Ansicht des Revisionswerbers handelt es sich hier um eine unmittelbare Zuleitung iS des § 364 Abs. 2 Satz 2 ABGB, die ohne besonderen Rechtstitel unzulässig ist. Entscheidend hiefür ist nicht, daß der Beklagte derzeit zum Eintritt der schädlichen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück nichts beiträgt. Er (oder seine Rechtsvorgänger) haben jedoch zur Versorgung des Anwesens Quellen von fremden Grundstücken abgeleitet und damit auch den natürlichen Abfluß dieses Wassers geändert. Sie haben das hiebei anfallende Überwasser, teils in offenen Gräben, teils in Rohren so über das Grundstück 1141/1 abgeleitet, daß es nicht auf diesem versickert, sondern - jedenfalls im Winter - auf die Liegenschaft der Kläger gelangen kann und dort schädliche Vereisungen hervorruft.

Damit kann aber nicht gesagt werden, daß die Einwirkung auf das Grundstück der Kläger ohne Zutun des Beklagten (vgl. Ehrenzweig aaO 132) eingetreten und auf ein von ihm nicht zu verantwortendes "Elementarereignis" zurückzuführen sei. Es liegt daher eine unmittelbare Zuleitung vor, die Ortsüblichkeit nicht zulässig machen kann.

Der Beklagte mußte daher einen Rechtstitel für die unmittelbare Zuleitung haben. Einen solchen Rechtstitel hat er aber, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannte, nicht einmal behauptet. Es ist zwar richtig, daß sich der Beklagte nicht auf das Vorbringen beschränkte, das von seiner Liegenschaft abfließende Überwasser löse keine Einwirkungen auf die Grundstücke der Kläger aus, sondern auch behauptete, daß auf seiner Liegenschaft seit Jahrzehnten ein Brunnen bestehe, dessen Überwasser er auf sein Grundstück 1141/1 ableite und daß dieser Zustand schon seit jeher bestehe und den Klägern auch bekannt sei. Er behauptete jedoch nicht, daß dieses Überwasser seit jeher auf die Grundstücke der Kläger gelangt und ihnen auch diese Tatsache bekannt gewesen sei. Damit hat aber der Beklagte die für den Erwerb einer Dienstbarkeit notwendigen Voraussetzungen nicht dargetan.

Die Ersitzung setzt nämlich Besitz eines Rechts voraus, das seinem Inhalt nach dem zu erwerbenden Recht entsprechen muß. Es ist notwendig, daß die Ausübung des Rechtsinhaltes als Recht in Anspruch genommen wird (SZ 45/45; Klang in seinem Komm.[2] VI 577), weshalb etwa die Benützung einer fremden Sache im Rahmen einer örtlichen Übung (1 Ob 502/82) oder eines Gemeingebrauches nicht zur Ersitzung führt (EvBl. 1973/113; SZ 41/86; SZ 31/71 ua.; vgl. auch Klang aaO II 76; Koziol - Welser[5] II 7, 9). Der zu einer Ersitzung erforderliche Rechtsbesitz wird dadurch erworben, daß man ein - wirkliches oder angebliches - Recht gegen jemand gebraucht und dieser sich fügt. Bei Rechten, die (wie etwa bejahende Dienstbarkeiten) auf ein Dulden eines anderen gehen, ist die Vornahme der zu duldenden Handlung als eines Rechts, also mit dem ersichtlichen Willen, dadurch ein dem Handelnden zustehendes Recht auszuüben, und die "Gestattung" des Gegners erforderlich (§ 313 ABGB; Ehrenzweig aaO 79). Die Besitzausübung muß so beschaffen sein, daß derjenige, in dessen Besitz eingegriffen wird, die Ausübung eines bestimmten Rechtes erkennen kann (EvBl. 1961/296; SZ 31/71 ua.).

Der Beklagte behauptete weder, daß er oder seine Rechtsvorgänger bewußt Überwasser des "Ewigbrunnens" auf die Liegenschaft der Kläger abgeleitet hätten oder zumindest in Kenntnis der Tatsache gewesen seien, daß Wasser bis dahin gelange, noch daß von den Klägern ein solcher Zustand trotz Kenntnis hingenommen worden sei. Der

Prozeßstandpunkt des Beklagten geht vielmehr dahin, daß er nichts unternommen habe und daß das abgeleitete Überwasser gar nicht das Grundstück der Kläger erreichte, weshalb er keine unmittelbare Zuleitung vorgenommen habe. Es wurde auch festgestellt, daß er nie absichtlich Wasser auf das Grundstück der Kläger leitete. Der bloße, zur Einwirkung auf das Grundstück der Kläger führende Zustand, der beiden Parteien offenbar erst nach dem Bau der Stützmauer erkennbar wurde, reicht aber zum Erwerb des Besitzes an einem Ableitungsrecht nicht aus. Es fehlt somit schon an einem zur Ersitzung tauglichen Rechtsbesitz. Die bloße, weder dem Oberlieger noch dem Unterlieger bekannte Tatsache, daß künstlich auf die Liegenschaft des Oberliegers zugeführtes Wasser auf die Liegenschaft des Unterliegers abrinnt, kann mangels Ausübung eines Rechtsbesitzes durch den Oberlieger nicht zur Ersitzung einer Wasserableitungsdienstbarkeit führen.

Anlaß zur Erhebung einer Unterlassungsklage besteht nach § 364 Abs. 2 ABGB nur dann, wenn eine Wiederholung der unzulässigen Immissionen zu erwarten ist (MietSlg. 29 040; EvBl. 1972/20; SZ 38/16 ua.; Koziol - Welser[5] I 179; vgl. Klang aaO II 602). Bei der Prüfung der Wiederholungsgefahr darf aber nicht engherzig vorgegangen werden. Diese liegt schon im Fortbestehen eines Zustandes, der keine Sicherung gegen weitere Rechtsverletzungen bietet. Sie ist auch dann anzunehmen, wenn der Beklagte sein Unrecht nicht einsieht und den Fortbestand der beanstandeten Einwirkung verteidigt (MietSlg. 19 040). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, so daß das Berufungsgericht auch mit Recht Wiederholungsgefahr angenommen hat.

Das Unterlassungsbegehren der Kläger muß im übrigen keineswegs dazu führen, daß dem Beklagten die Benützung seines "Ewigbrunnens" unmöglich gemacht wird. Es ist vielmehr wahrscheinlich, daß der Revisionswerber durch entsprechende Vorrichtungen auf eigenem Grund ein Eindringen von Überwasser in die Liegenschaft der Kläger verhindern kann, zumal die Entfernung zwischen seinem Anwesen und den in Mitleidenschaft gezogenen Grundstücken der Kläger groß ist.

#### **Anmerkung**

Z55030

#### **Schlagworte**

Besitzausübung, Beschaffenheit bei Rechten auf Duldung, Dienstbarkeit der Wasserableitung, s. Wasserableitungsdienstbarkeit, Wasserableitungsdienstbarkeit, keine Ersitzung mangels erkennbarer, Ausübung des Rechtsbesitzes

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0010OB00004.82.0303.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19820303\_OGH0002\_0010OB00004\_8200000\_000

**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)