

# TE OGH 1966/2/17 5Ob347/65

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.02.1966

## Norm

EO §390 (2)

EO §391 (1)

## Kopf

SZ 39/32

## Spruch

Auferlegung einer Sicherheit gemäß § 390 (2) EO. und Festsetzung eines Befreiungsbetrages gemäß § 391 (1) zweiter Satz EO. erst im Laufe des Verfahrens

Entscheidung vom 17. Februar 1966, 5 Ob 347/65

I. Instanz: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien; II. Instanz:

Oberlandesgericht Wien

## Text

Die klagende Partei begehrte die Feststellung, daß die von der beklagten Partei geplante Bauführung auf dem Grundstück Nr. 870/56 Acker, inneliegend in EZ. 1861 KG. O., den Bestimmungen der in dieser Einlage unter ON. 2 des Lastenblattes einverleibten Cottage-Servitut widerspreche; ferner begehrte sie, den Beklagten schuldig zu erkennen, diese Bauführung sofort zu unterlassen und, soweit der Bau in diesem Umfang bereits errichtet worden sei, ihn wieder abzutragen. Zur Begründung ihres Begehrens brachte die klagende Partei vor, die genannte Servitut habe zum Inhalt, daß auf je einer der Realitäten in O. nur je ein Gebäude im Cottagestil mit nicht mehr als zwei Stockwerken aufgeführt werden dürfe, daß nicht mehr als zwei Häuser aneinandergebaut werden dürfen, daß jedes dieser Häuser samt den Nebenbaulichkeiten von der Nachbargrenze wenigstens 2 m entfernt sein müsse, welche Entfernung auch bei Um-, Zu- oder Neubauten einzuhalten sei, daß jedes dieser Häuser einen unverbauten Vorgarten haben müsse, daß auf keiner dieser Realitäten und in keinem der darauf zu erbauenden Häuser ein durch üblichen Geruch, Lärm oder Feuersgefahr die Nachbarn belästigendes Gewerbe je betrieben werden dürfe. Nunmehr beabsichtige aber die beklagte Partei an dieser Stelle die Errichtung zweier Wohnblöcke; dieser Plan verstöße gegen die Bestimmung, daß nur ein Familienhaus im Cottagestil erbaut werden dürfe. Auch bezüglich der Gebäudehöhe entspreche das projektierte Objekt nicht den Bestimmungen der Servitut.

Im Zuge des Verfahrens beantragte die klagende Partei am 24. Februar 1965 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Beklagten die Fortsetzung der Bauführung auf der gegenständlichen Liegenschaft verboten werden sollte.

Das Erstgericht bewilligte mit seinem Beschuß vom 31. März 1965 die von der klagenden und gefährdeten Partei - in der Folge kurz klagende Partei genannt - beantragte einstweilige Verfügung, indem es dem Beklagten und Gegner der

gefährdeten Partei - in der Folge kurz beklagte Partei genannt - die Fortsetzung der Bauführung ob der Liegenschaft EZ. 1861 KG. O., verbot und der beklagten Partei im Falle des Zuwiderhandelns eine Geldstrafe androhte.

Nach der Ansicht des Erstgerichtes ist durch den Wortlaut der Servitutsbestellungsurkunde dargetan, daß auf einem Grundstück nicht mehr als ein Haus im Cottagestil gebaut werden und das Haus nicht mehr als zwei Stockwerke enthalten dürfe. Auf Grund des Bescheides der Baubehörde sei festgestellt, daß auf der Parzelle zwei Häuser errichtet werden sollen, in denen außer zwei Stockwerken auch noch ein ausgebautes Dachgeschoß vorgesehen sei. Die Fortsetzung des Baues der beiden Gebäude würde die Durchsetzung des Anspruches auf Unterlassung der Erbauung eines servitutswidrigen Hauses vereiteln.

Das Rekursgericht bestätigte mit seiner Entscheidung vom 23. April 1965 den erstgerichtlichen Beschuß über die Erlassung der einstweiligen Verfügung. Es erachtete ebenso wie das Erstgericht den Anspruch für bescheinigt und bejahte auch die Gefährdung. Denn durch die Fortsetzung der Bauten würde der Bau so weit vorwärtsgetrieben, daß auch im Falle eines Obsiegens der klagenden Partei für lange Zeit eine vertragswidrige Belästigung der Servitutsberechtigten eintreten würde. Außerdem sei offenbar der Abverkauf im Wohnungseigentum beabsichtigt. Die klagende Partei würde aber dann einer Mehrzahl von Beklagten gegenüberstehen, gegen die die Durchsetzung eines Titels viel schwieriger und im Kostenpunkt zweifelhafter wäre als gegen den jetzigen Beklagten allein.

Die beklagte Partei beantragte in der Folge und zwar am 30. Oktober 1965 die Aufhebung der vom Erstgericht am 31. März 1965 bewilligten einstweiligen Verfügung, da sie gegenstandslos geworden sei. Denn inzwischen sei die bereits vor Bewilligung der einstweiligen Verfügung geplante Teilung der Liegenschaft in zwei selbständige Grundbuchkörper, die wirtschaftlich vollständig getrennt seien, durchgeführt worden, und zwar sei das Grundstück Nr. 870/56 in die Grundstücke 870/56 neu und 870/235 unterteilt worden. Letzteres Grundstück sei durch Zukauf eines Grundstreifens vom Grundstück Nr. 870/62 Garten, inneliegend in der EZ. 975, KG. O., vergrößert worden. Nach dem im Grundbuch bereits durchgeführten Grundbuchsbeschuß vom 19. Oktober 1965, sei die Liegenschaftsteilung durchgeführt, das Grundstück Nr. 870/235 vom Gutsbestand der EZ. 1861 abgeschrieben und hiefür die EZ. 2220 desselben Grundbuchs eröffnet worden. Jedes der beiden neugeschaffenen Grundstücke sei nach der Bauordnung für Wien als selbständiger Bauplatz ersichtlich gemacht worden. Damit seien zwei wirtschaftlich voneinander unabhängige selbständige Grundbuchkörper, also Realitäten im Sinne der Servitut, geschaffen worden und auf jeder dieser beiden Realitäten sei nur ein Gebäude errichtet. Weiters sei durch das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Dipl.-Kfm. Dipl.-Ing. Dr. techn. E. vom Oktober 1965 bescheinigt, daß das Dachgeschoß in seinen Ausmessungen ein Nebengeschoß, also kein Stockwerk im Sinne der Bestimmungen der Bauordnung für Wien darstelle, weil es den dort enthaltenen strengen Bestimmungen über die Qualifikation von Stockwerken nicht entspreche, und überdies sämtliche Häuser, die auf mit der Cottageservitut belasteten Liegenschaften errichtet seien, Wohnräume in der Dachkonstruktion aufweisen, sodaß hier von einem dritten Stockwerk nicht gesprochen werden könne.

Hierauf hob das Erstgericht mit seiner Entscheidung vom 23. November 1965, die mit Beschuß vom 31. März 1965 bewilligte einstweilige Verfügung auf und begründete seine nunmehrige Entscheidung im wesentlichen folgendermaßen:

Auf Grund des Gutachtens des Bausachverständigen Dipl.-Kfm. Dipl.-Ing. Dr.techn. E. stehe fest, daß die beiden vom Beklagten auf der einen Realität EZ. 1861, KG. O., errichteten Gebäude in bezug auf die den übrigen mit der Cottageservitut belasteten Liegenschaften errichteten Gebäude keine Überhöhe aufweisen und daß dem zweiten Stockwerk ein Dachgeschoß folge. Ein Dachgeschoß stelle aber kein Stockwerk dar. Es sei und bleibe ein Dach, einzig mit dem Unterschied, daß die Dachfläche für den Ausbau von Wohnungen benutzt werde, wie dies bei den sogenannten Mansardenwohnungen gleichfalls zutreffe. Sohin handle es sich um kein Stockwerk, sondern um ein Dachgeschoß, und es folge nach diesem Dachgeschoß keine weitere Dachfläche.

Auch seien nach dem derzeitigen Grundbuchstand die beiden vom Beklagten errichteten Wohnbauten nicht auf einer, sondern nunmehr auf zwei verschiedenen Liegenschaften mit verschiedenen Einlagezahlen, nämlich mit der EZ. 1861 und der EZ. 2220, gesondert erbaut, wobei auf beiden Realitäten die Cottageservitut einverleibt aufscheine.

Es haben sich sohin seit Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965 die Verhältnisse, in Anbetracht deren die einstweilige Verfügung bewilligt worden sei, derart geändert, daß es des Fortbestandes dieser Verfügung zur Sicherung der Partei, auf deren Antrag sie bewilligt worden sei, nicht mehr bedürfe (§ 399 (1) Z. 2 EO.). Weiters sei in

der Cottageservitut nicht das Verbot der Teilung der Realität ausgesprochen worden, sodaß ein Rechtsschutzbedürfnis zur Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung nicht mehr bestehe.

Im Sinne des Antrages der beklagten Partei sei daher die einstweilige Verfügung vom 31. März 1965 aufzuheben gewesen.

Dem gegen diese Entscheidung des Erstgerichtes erhobenen Rekurs der klagenden Partei gab das Rekursgericht mit seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1965 Folge, hob den Beschuß des Erstgerichtes auf und trug diesem Gericht - unter Rechtskraftvorbehalt im Sinne des § 527

(2) ZPO. - eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Nach der Ansicht des Rekursgerichtes ist es "unzweifelhaft", daß auf dem Grundstück Nr. 870/56 nur ein Gebäude errichtet werden dürfe; denn dieses Grundstück bilde jetzt den Gutsbestand der EZ. 1861 im Eigentum der beklagten Partei und sei mit der mehrfach erwähnten Cottageservitut belastet. Es sei allerdings mit dem vom Erstgericht angeführten Beschuß des Grundbuchsgerichtes das Grundstück Nr. 870/56 in die Grundstücke Nr. 870/235 und Nr. 870/56 geteilt und das erstgenannte Grundstück in eine neu eröffnete Einlage übertragen worden. Damit habe dieses Grundstück wohl Selbständigkeit erlangt, es habe aber seinen Ursprung aus dem Grundstück Nr. 870/56, das mit der sogenannten Cottageservitut belastet sei, nicht verloren. Es könne durch diese Maßnahme nicht die Verpflichtung umgangen werden, nur ein Gebäude zu errichten. Die Vereinbarung der Dienstbarkeit wäre sonst vollkommen sinnlos gewesen.

Aus dem Vorhandensein zweier Gebäude ergebe sich aber nunmehr ein anderes Problem, das zur Zeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung noch nicht bestanden habe. Nach den Klagsangaben seien erst Vorbereitungsarbeiten für den Bau im Gange gewesen. Im Vorbringen zum seinerzeitigen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei von einer Wiederaufnahme der Bautätigkeit die Rede gewesen. Jetzt seien aber die Gebäude entgegen dem Verbot der einstweiligen Verfügung im weiten Maße fertiggestellt. Nach Ansicht des Rekursgerichtes sei es der beklagten Partei trotz Abteilung im Sinne des § 13 Wiener Bauordnung nicht gestattet, auf den jetzt bestehenden zwei Grundstücken je ein Gebäude zu errichten. Es bestehe aber das Recht, ein Gebäude aufzubauen, denn die Servitut enthalte kein Bauverbot. Es werde also, bevor über die Sache endgültig abgesprochen werden könne, geklärt werden müssen, welches der beiden Gebäude entgegen den Bestimmungen der Servitut errichtet worden sei. Durch das Sachverständigengutachten sei wohl hinreichend bescheinigt, daß die Höhe und der Baustil der Gebäude nicht gegen die Bestimmungen der Servitut verstöße. Zur weiteren Klärung des Stoffes im aufgezeigten Sinne habe jedoch die Sache an das Erstgericht zurückverwiesen werden müssen.

Diese Entscheidung des Rekursgerichtes wurde von beiden Parteien mit ihren fristgerecht eingebrachten Rekursen bekämpft.

Die beklagte Partei beantragte in ihrem Rekurs die Abänderung des angefochtenen Beschlusses des Rekursgerichtes dahingehend, daß der erstgerichtliche Beschuß vom 23. November 1965 vollinhaltlich wiederhergestellt werde. Allenfalls wurde der Antrag auf Aufhebung und Rückverweisung der Sache an das Rekursgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung gestellt.

Die klagende Partei beantragte in ihrem Rekurs die Abänderung des angefochtenen Beschlusses des Rekursgerichtes dahingehend, daß in Stattgebung des von der klagenden Partei gegen den erstinstanzlichen Beschuß vom 23. November 1965 eingebrachten Rekurses diese Entscheidung behoben und sohin die einstweilige Verfügung vom 31. März 1965 im vollen Umfang wiederhergestellt werde.

Der Oberste Gerichtshof gab beiden Rekursen teilweise Folge und änderte den angefochtenen Beschuß des Rekursgerichtes dahin ab, daß der Antrag der Beklagten und Gegnerin der gefährdeten Partei auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965 abgewiesen wurde. Doch wurde gemäß § 390 (2) EO. der weitere Vollzug der einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965 davon abhängig gemacht, daß die klagende und gefährdete Partei eine Sicherheitsleistung in der Höhe von 2.000.000 S leiste. Mit dem weiteren Vollzug dieser einstweiligen Verfügung dürfe nicht vor Nachweis des gerichtlichen Erlages dieser Sicherheit begonnen werden.

Schließlich wurde gemäß § 391 (1) zweiter Satz EO. festgestellt, daß die weitere Vollziehung der einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965 dadurch gehemmt und der Beklagte und Gegner der gefährdeten Partei dadurch zu dem Antrag auf Aufhebung der allenfalls bereits vollzogenen einstweiligen Verfügung berechtigt werde, daß von dem

Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei ein Geldbetrag in der Höhe von 2.000.000 S bei Gericht hinterlegt werde.

## **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Beiden Rekursen kommt insofern Berechtigung zu, als die Sache aus den in der Folge zur Darstellung kommenden Erwägungen spruchreif ist; mit Rücksicht darauf, daß es sich um ein Rekurs- und nicht um ein Revisionsverfahren handelt und das Rechtsmittelgericht nicht mit Urteil, sondern nur mit Beschuß zu entscheiden hätte, konnte der Oberste Gerichtshof in der Sache selbst sofort entscheiden, obwohl nur ein Aufhebungsbeschuß der zweiten Instanz vorliegt (SZ. XXV 51, 5 Ob 609/59, 5 Ob 169/62 u. a.).

Auszugehen ist hiebei davon, daß die Bewilligung der seinerzeitigen einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965 rechtskräftig wurde, sodaß die Bescheinigung des geltend gemachten Anspruches und der behaupteten Anspruchsgefährdung nicht mehr zu untersuchen ist.

Daß deshalb allein, weil inzwischen das Grundstück Nr. 870/56 unterteilt und aus einem seiner Teile gemeinsam mit Teilen eines anderen Grundstückes eine zweite Grundbuchseilage geschaffen wurde, bereits eine derartige Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist, die im Sinne des vom Erstgericht herangezogenen § 399 (1) Z. 2 EO. den Fortbestand der seinerzeit rechtskräftig bewilligten einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruches der klagenden Partei überflüssig erscheinen lassen könnte, kann nicht angenommen werden; denn es kann bei der Entscheidung über die Tragweite der gegenständlichen unregelmäßigen Servitut keineswegs bloß darauf ankommen, ob formal eine oder zwei Grundbuchkörper entstehen. Ob aber die sonstigen Voraussetzungen des seinerzeit geltend gemachten Anspruches auf Untersagung der Bauführung des bereits errichteten Baues gegeben waren und ob eine Gefährdung des Anspruches gegeben war, ist mit Rücksicht auf die Rechtskraft der seinerzeit erlassenen einstweiligen Verfügung, wie bereits oben gesagt wurde, nicht mehr zu untersuchen.

Es war also dem Rekurs des Klägers dahin stattzugeben, daß der Antrag des Beklagten auf Aufhebung der mit dem Beschuß des Erstgerichtes vom 31. März 1965 bewilligten und infolge Bestätigung durch die zweite Instanz rechtskräftig gewordenen einstweiligen Verfügung abzuweisen war.

Jedoch war aus dem Antrag der beklagten Partei vom 30. Oktober 1965 auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965, das Begehr auf Auferlegung einer entsprechenden Sicherheitsleistung an die klagende Partei im Sinne des § 390 (2) EO. abzuleiten, zumal von der beklagten Partei in ihrem Antrag ausdrücklich auf den Mangel der Auferlegung einer Sicherheitsleistung in entsprechender Höhe für den Fall, als sich der geltend gemachte Anspruch der klagenden Partei als nicht bestehend herausstellen sollte, zwecks Deckung für den dadurch verursachten Schaden hingewiesen wurde.

Ebenso wie eine solche Sicherheitsleistung - die gemäß § 390 (2) EO. "nach Lage der Umstände" aufgetragen werden kann, wenngleich die Anspruchsbescheinigung und die Gefährdung als solche zu bejahen sind, wovon diesfalls infolge Rechtskraft der seinerzeitigen einstweiligen Verfügung auszugehen ist - auch im Laufe des Verfahrens unter Umständen erhöht werden kann (1 Ob 261/54 u. a.), so kann sie, falls die Umstände es angezeigt erscheinen lassen, auch erst im Laufe des Verfahrens überhaupt auferlegt werden (s. hiezu Neumann - Lichtblau[3] II S. 1242, die dort auch auf § 398 (2) EO. verweisen, in dem gleichfalls auch erst nach der Bewilligung einer einstweiligen Verfügung eine Sicherheit auferlegt werden kann).

Dem Obersten Gerichtshof erscheint diesfalls mit Rücksicht darauf, daß es sich nach der derzeitigen Lage der Umstände um die Abtragung bereits bestehender Bauten handelt, eine Sicherheitsleistung in der Höhe von 2.000.000 S angemessen.

Es war aber auch - und zwar gleichfalls im Hinblick auf den Antrag des Beklagten vom 30. Oktober 1965, auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung - in Ergänzung der seinerzeit erlassenen und rechtskräftig gewordenen einstweiligen Verfügung vom 31. März 1965, gemäß § 391

(1) zweiter Satz EO. ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen gerichtliche Hinterlegung die Vollziehung der bewilligten Verfügung gehemmt und der Gegner der gefährdeten Partei auch zu einem Antrag auf Aufhebung der Verfügung berechtigt würde. Denn wenn in irgendeinem Falle die Festsetzung eines Befreiungsbetrages im Sinne des § 391 (1) zweiter Satz EO. im Beschuß über die Bewilligung der einstweiligen Verfügung unterblieben ist, so kann der Gegner auch in der Folge die Festsetzung eines solchen Geldbetrages anstreben und das Gericht kann in sinngemäßer

Anwendung des § 398 (2) EO. in einem solchen Fall mit der Bestimmung eines Befreiungsbetrages vorgehen (s. Neumann - Lichtblau[3] II S. 1249). Dem Obersten Gerichtshof erscheint auch in dieser Hinsicht ein Geldbetrag von 2.000.000 S mit Rücksicht auf die allfälligen Kosten einer Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Abtragung der Bauten zwecks Durchsetzung des Anspruches der klagenden Partei im Falle ihres Obsiegens angemessen.

**Anmerkung**

Z39032

**Schlagworte**

Befreiungsbetrag nach § 391 (1) EO., Festsetzung erst im Laufe des, Verfahrens, Einstweilige Verfügung, Sicherheitsleistung nach § 390 (2) EO. und, Befreiungsbetrag nach § 391 (1) EO., Sicherheitsleistung nach § 390 (2) EO., Auferlegung erst im Laufe des, Verfahrens

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1966:0050OB00347.65.0217.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19660217\_OGH0002\_0050OB00347\_6500000\_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)