

# TE OGH 2009/3/30 7Ob44/09k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.03.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Erich S\*\*\*\*\*, und 2. Margret S\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Michael Battlogg, Rechtsanwalt in Schruns, gegen die beklagte Partei Lorenz S\*\*\*\*\*, vertreten durch Blum Hagen & Partner Rechtsanwälte GmbH in Feldkirch, wegen Entfernung und Unterlassung, über die Revision der Kläger gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 20. Oktober 2008, GZ 1 R 262/08z-14, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Bludenz vom 28. Juli 2008, GZ 3 C 292/08y-10, infolge Berufung des Beklagten abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Der Beklagte ist schuldig, den Klägern die mit 1.191,22 EUR (darin enthalten 198,54 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 2.100,04 EUR (darin enthalten 136,08 EUR USt und 1.284,80 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte ist gemeinsam mit seiner Ehefrau Eigentümer einer Liegenschaft in L\*\*\*\*\*. Er hat die Liegenschaft mit Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 von seinen Eltern erworben. Im Punkt V. des Kaufvertrags hat der Beklagte für sich und seine Rechtsnachfolger im Eigentum der Liegenschaft das in einer dem Kaufvertrag beigehefteten Planskizze eingezeichnete Dienstbarkeitsrecht des uneingeschränkten Geh- und Fahrtrechts in einer Breite von 2,5 m zugunsten der Nachbarliegenschaft, die damals den Verkäufern je zur Hälfte gehörte, eingeräumt. Eigentümer des herrschenden Grundstücks sind nun je zur Hälfte die Kläger.

Als der Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 abgeschlossen wurde, befand sich im Bereich der Dienstbarkeitstrasse eine Böschung. Das Dienstbarkeitsrecht wurde in dem im Kaufvertrag genannten Bereich nie ausgeübt. Die Rechtsvorgänger der Kläger führen zunächst in dem Bereich, in dem sich jetzt die Garage des Beklagten befindet. Nach dem Bau des Hauses des Beklagten im Jahr 1983 oder 1984 führen die Kläger bzw deren Rechtsvorgänger über die gepflasterte Zufahrt sowie die daran anschließende Rasenfläche mehrmals wöchentlich zu ihrem Grundstück. 1985 oder 1986 errichtete der Beklagte im Bereich der im Kaufvertrag aus dem Jahr 1982 bezeichneten Dienstbarkeitstrasse eine Böschungsmauer. Etwa drei bis vier Jahre später baute er in der Einfahrt ein Rondell und pflanzte im Bereich der ehemaligen Böschung einen Baum und Sträucher. Bei der Errichtung der Böschungsmauer half auch der Erstkläger mit. Die Kläger forderten den Beklagten nie auf, den Baum oder die Böschungssteine, die sich auf der im Kaufvertrag

vorgesehenen Wegtrasse befinden, zu entfernen. Ursprünglich waren die Kläger der Meinung, das Fahrrecht komme ihnen im Bereich der gepflasterten Einfahrt und der anschließenden Rasenfläche zu. Wann sie bemerkten, dass dies nicht den Tatsachen entsprach, konnte nicht festgestellt werden. Zwischen den Streitparteien kam es zu Auseinandersetzungen, weil im Bereich der gepflasterten Zufahrt und der anschließenden Rasenfläche Autos geparkt waren und Holz gelagert war. Die Kläger ersuchten den Beklagten bereits im Jahr 2000, eine Aufsandungserklärung für die Einverleibung des Wegerechts zu unterschreiben. Obwohl der Beklagte das Bestehen des Dienstbarkeitsrechts den Klägern gegenüber nicht bestritt, weigerte er sich zunächst, dies zu tun, weil er der Meinung war, den Klägern komme nur „ein eingeschränktes“ Geh- und Fahrrecht zu.

Mit am 21. 6. 2007 zu 4 C 716/07g des Bezirksgerichts Bludenz eingebrachter Klage begehrt die Kläger, den Beklagten und seine Ehefrau als Eigentümer des dienenden Grundstücks schuldig zu erkennen, in die Einverleibung der Dienstbarkeit des uneingeschränkten Geh- und Fahrrechts gemäß Punkt V. des Kaufvertrags vom 18. 2. 1982 einzuwilligen. Der Beklagtenvertreter wendete namens des Beklagten und dessen Ehefrau ein, diese hätten zu keinem Zeitpunkt das Bestehen des Geh- und Fahrrechts der Kläger laut Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 bestritten, weshalb kein Rechtsschutzinteresse an der Verbücherung bestehe. Dennoch wurden der Beklagte und seine Ehefrau vom Beklagtenvertreter dahin belehrt, dass die Kläger einen Anspruch auf Einverleibung des Geh- und Fahrrechts aufgrund des Kaufvertrags hätten; durch die Anerkennung dieses Rechts sei aber die Entscheidung darüber, ob das Recht tatsächlich bestehe oder nicht, noch nicht gefallen. Aufgrund dieser Beratung ließen der Beklagte und seine Ehefrau am 9. 7. 2007 ein Versäumnungsurteil gegen sich ergehen. Bereits am 5. 7. 2007 hatten sie eine entsprechende Aufsandungserklärung unterschrieben, obwohl der Beklagte aufgrund der Auskunft des Beklagtenvertreters der Meinung war, dass die Kläger ihr Fahrrecht nicht mehr ausüben dürften, da es verjährt sei. Ob der Beklagte dies auch gegenüber den Klägern zum Ausdruck brachte, konnte nicht festgestellt werden. Die Dienstbarkeit des Geh- und Fahrrechts wurde im Grundbuch eingetragen.

Die Kläger begehrt mit der Klage, den Beklagten schuldig zu erkennen 1.) den Baum, das Rondell und die Stützmauer von seiner Liegenschaft zu entfernen, soweit diese Hindernisse in die 2,5 m breite Dienstbarkeitstrasse hineinragten und 2.) es zu unterlassen, künftig Bäume und Mauern sowie ähnliche Hindernisse innerhalb der Dienstbarkeitstrasse zu errichten. Aufgrund des zu 4 C 716/07g Bezirksgerichts Bludenz ergangenen Versäumnungsurteils stehe ein uneingeschränktes Geh- und Fahrrecht in der Breite von 2,5 m fest. Mit Schreiben vom 1. 2. 2008 habe der Beklagte durch seinen Rechtsvertreter mitgeteilt, dass er auf der Dienstbarkeitsfläche einen Baum gepflanzt und Böschungssteine angebracht habe, weshalb die Nutzung des Wegs unmöglich und die Dienstbarkeit erloschen sei. Diese Behauptung sei unrichtig, da noch im Jahr 2007 das Fahrrecht anerkannt worden sei. Aufgrund des anerkannten Geh- und Fahrrechts bestehe ein Anspruch auf Entfernung sämtlicher Hindernisse auf der Dienstbarkeitstrasse. Es bestehe Wiederholungsgefahr, da der Beklagte behauptete, berechtigt zu sein, Hindernisse zu errichten. Der Beklagte beantragte Klagsabweisung. Das Geh- und Fahrrecht sei von ihm nicht anerkannt worden. Die Nutzung der Dienstbarkeitstrasse sei dadurch, dass vor etwa 20 Jahren dort ein Baum gepflanzt und Böschungssteine angebracht worden seien, faktisch unmöglich geworden und die Dienstbarkeit schon zum Zeitpunkt des Erwerbs der Liegenschaft durch die Kläger im Jahr 1995 erloschen gewesen. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Das im Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 vereinbarte Dienstbarkeitsrecht sei zum Zeitpunkt der Einbringung der Klage im Verfahren 4 C 716/07g verjährt gewesen, da sich auf der Dienstbarkeitstrasse bereits 1984 oder 1985 Hindernisse befunden hätten, die die Ausübung des Rechts unmöglich gemacht hätten. Der Beklagte habe jedoch im Verfahren 4 C 716/07g ein Versäumnungsurteil gegen sich ergehen lassen und die Aufsandungserklärung unterschrieben. Dass er dies in der Meinung getan habe, es bestehe eine Verpflichtung zur Unterfertigung der Aufsandungserklärung, auch wenn das Recht verjährt sei, sei unerheblich. Einen Rechtsanspruch auf Einverleibung des bisher nicht verbücherten Wegerechts hätten die Kläger nur dann gehabt, wenn das Recht tatsächlich noch bestanden hätte. Es wäre daher Sache des Beklagten gewesen, im Verfahren 4 C 716/07g das Bestehen des Dienstbarkeitsrechts aufgrund der Verjährung zu bestreiten. Da er dies nicht getan habe, hätten die Kläger davon ausgehen dürfen, dass er das von ihnen beanspruchte Recht anerkenne.

Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung der ersten Instanz dahin ab, dass es sowohl das Entfernungs- als auch das Unterlassungsbegehren abwies. Dem Erstgericht sei darin zuzustimmen, dass eine Freiheitsersitzung lange vor der im Jahr 2007 erhobenen Klage zu 4 C 716/07g des Bezirksgerichts Bludenz stattgefunden habe. Ob es allenfalls zu einer (konkludenten) Verlegung der Dienstbarkeitstrasse gekommen sei, sei nicht von Belang, weil Gegenstand der Klage

ausdrücklich die im Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 vereinbarte Trassenführung sei. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts habe der Beklagte das Dienstbarkeitsrecht im Verfahren zu 4 C 716/07g nicht anerkannt. Das Versäumnisurteil vom 9. 7. 2007 habe nicht zum Wiederaufleben des verjährten Dienstbarkeitsrechts geführt. Auch die offenkundig in Erfüllung des Versäumnisurteils vom 9. 7. 2007 erfolgte Unterfertigung der Aufsandungserklärung stelle kein Anerkenntnis des Geh- und Fahrrechts dar. Da die Kläger ein solches Recht nicht für sich in Anspruch nehmen könnten, fehle es an einer rechtlichen Basis, die den Beklagten verpflichtete, die Hindernisse auf der Dienstbarkeitstrasse zu entfernen und es zu unterlassen, künftig Bäume und Mauern und ähnliche Hindernisse in diesem Bereich zu errichten.

Das Berufungsgericht sprach zunächst aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es änderte diesen Ausspruch auf Antrag der Kläger nach § 508 Abs 1 ZPO aber dahin ab, dass es die Revision doch für zulässig erklärte, da keine höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu vorliege, ob durch ein (Versäumnis-)Urteil, mit dem der ehemals Dienstbarkeitsverpflichtete verpflichtet werde, in die Einverleibung der Dienstbarkeit einzuwilligen und durch Unterfertigung einer entsprechenden Aufsandungserklärung das Dienstbarkeitsrecht neu (konstitutiv) begründet werde. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Kläger, die unrichtige rechtliche Beurteilung geltend machen und beantragen, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass der Klage stattgegeben (und demnach das Ersturteil wiederhergestellt) werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Der Beklagte beantragt in der Revisionsbeantwortung, das Rechtsmittel seiner Prozessgegner als unzulässig zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat.

Mit dem Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 sollte, wie im Revisionsverfahren nicht mehr strittig ist, ein dingliches Dienstbarkeitsrecht begründet werden. Wie alle dinglichen Rechte werden auch Servituten durch Titel und Modus erworben. Als Titel kommt gemäß § 480 ABGB unter anderem ein Vertrag - wie hier der erwähnte Kaufvertrag - in Betracht. Erwerbsart (Modus) ist bei in öffentlichen Büchern eingetragenen Gegenständen - wie hier die mit dem betreffenden Kaufvertrag vom Beklagten erworbene Liegenschaft - nach § 481 Abs 1 ABGB grundsätzlich die Eintragung ins Grundbuch. Der die Dienstbarkeit begründende Akt besteht in der Eintragung im Lastenblatt der Einlage für das dienstbare Grundstück (Kiendl-Wendner in Schwimann, ABGB3 II, § 481 Rz 1; Hofmann in Rummel3, § 481 Rz 1; Koch in KBB2 § 481 Rz 2, jeweils mwN aus der Rsp). Dieser Eintragungsgrundsatz ist zwar unter anderem dadurch durchbrochen, dass auch eine nicht verbücherte (und nicht ersessene) Dienstbarkeit, deren Einverleibung der Berechtigte aufgrund eines gültigen Titels verlangen kann, nach ständiger Rechtsprechung dann gegen den Eigentümer sowie auch gegen den Erwerber der dienenden Liegenschaft wirkt, wenn sie der Belastete kannte oder sie offenkundig ist (Kiendl-Wendner aaO Rz 4; Hofmann aaO Rz 2; Koch aaO Rz 2, jeweils mwN). Von den Vorinstanzen angestellte Überlegungen, dass der Beklagte nicht mehr an die unverbücherte Dienstbarkeit gebunden gewesen sei und sich einer Verbücherung mit dem Einwand widersetzen hätte können, dass die 1982 vereinbarte Servitut inzwischen nach § 1488 ABGB längst verjährt sei, sind obsolet: Da der Beklagte sich im Jahr 2007 der von den Klägern begehrten Verbücherung nicht widersetzte, sondern diesbezüglich ein Versäumnisurteil zugelassen hat, aufgrund dessen die Verbücherung vorgenommen wurde, haben die Kläger die Dienstbarkeit im Jahr 2007 erworben. Wie das Erstgericht demnach richtig erkannt hat, kann daher von einer - einen mindestens dreijährigen Nichtgebrauch voraussetzenden - Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB keine Rede (mehr) sein.

Im Übrigen wäre, wie das Erstgericht weiter zutreffend meint, auch schon aufgrund der vom Beklagten am 5. 7. 2007 unterfertigten Aufsandungserklärung von einer (konstitutiven) Anerkennung der Servitut durch den Beklagten auszugehen. Ist doch diese Aufsandungserklärung entsprechend der herrschenden sogenannten Vertrauenslehre nach dem objektiven Erklärungswert, also danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage durch einen redlichen, verständigen Menschen zu verstehen war (8 Ob 229/83 RIS-Justiz RS0014279 [T3]; 2 Ob 586/87 JBl 1989, 37 uva). Da der Beklagte die Aufsandungserklärung „ohne Wenn und Aber“ abgegeben hat, kann sie objektiv nur als (konstitutives) Anerkenntnis der Dienstbarkeit auf der im Kaufvertrag vom 18. 5. 1982 vorgesehenen Trasse verstanden werden. Die Argumentation der Revisionsbeantwortung, die Aufsandungserklärung des Beklagten stelle bloß einen nach dem Grundbuchsrecht zur Verbücherung erforderlichen Formalakt dar, geht schon deshalb ins Leere, weil sie im Hinblick auf das von den Klägern erwirkte Versäumnisurteil zur Verbücherung der Servitut gar nicht erforderlich war. Die Einwände des Beklagten, dass er ungeachtet der Unterfertigung der Aufsandungserklärung von

der Verjährung des Dienstbarkeitsrechts ausgegangen sei und dieses nicht anerkennen wollen habe, sind als bloße Mentalreservationen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unbeachtlich (vgl. RIS-Justiz RS0014160 und RS0119373).

Ausgehend vom Bestehen der im Kaufvertrag aus dem Jahr 1982 vereinbarten Wegdienstbarkeit kommt dem Entfernungsgesuch und Unterlassungsgesuch der Kläger Berechtigung zu. Der Revision ist daher Folge zu geben und das Ersturteil wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO.

**Anmerkung**

E904827Ob44.09k

**Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht in bbl 2009,153/127 - bbl 2009/127 = NZ 2009/73 S 243 - NZ 2009,243XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0070OB00044.09K.0330.000

**Zuletzt aktualisiert am**

28.08.2009

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

© 2024 JUSLINE

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

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