



Fachhochschul-Studiengang Immobilienwirtschaft

Rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten

Verfasst von: Verena Kastenhofer

Betreut von: Prof. Dr. Katharina Kohlmaier, CIS ImmoZert

Einreichdatum: 23. Juni 2010

Ich versichere:

- dass ich die Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfe bedient habe.
- dass ich dieses Diplomarbeitsthema bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Datum

Unterschrift

Widmung

Widmen möchte ich diese Arbeit meiner Familie, die mich immer unterstützt und an mich geglaubt hat. Insbesondere meiner Mutter, Anneliese Baumgart, die für mich Unglaubliches geleistet hat, meinem Ehemann, Jürgen, und meinen Schwiegereltern, Franz und Monika Kastenhofer.

Weiters möchte ich mich für die Unterstützung von Frau Dr. Katharina Kohlmaier bedanken, die meine Diplomarbeit betreut hat. Bei den Interviewten bedanke ich mich für deren Zeit und die offenen Antworten, ohne die ein Teil diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Kurzfassung

Titel	Rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten
Inhalt	<p>Obwohl Dienstbarkeiten erst durch die Intabulation im Grundbuch ihre dingliche Wirkung erlangen, wird eine solche Eintragung in der Praxis immer wieder unterlassen. Wenn außerbücherliche Dienstbarkeiten dann erkannt und eingefordert werden, kommt es in der Folge zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.</p> <p>In diesem Sinne stellen die Auswirkungen von außerbücherlichen Dienstbarkeiten auf den Liegenschaftsverkehr sowie Lösungsvorschläge zur Vermeidung von Gerichtsverfahren den Gegenstand dieser Diplomarbeit dar.</p>
Hintergrund	<p>Dienstbarkeiten und deren Auswirkungen auf den Liegenschaftsverkehr, insbesondere auf den Liegenschaftswert, wurden bereits mehrfach in wissenschaftlichen Publikationen thematisiert. Eine genauere wissenschaftliche Untersuchung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten ist bis dato jedoch noch nicht vorgenommen worden.</p>
Hypothese	<p>Welche außerbücherlichen Dienstbarkeiten verursachen vermehrt Gerichtsverfahren? Welche Auswirkungen (z. B. Preisminderung, Rückabwicklung des Kaufvertrags) haben außerbücherliche Dienstbarkeiten in den letzten fünf Jahren nach sich gezogen? Wie bzw. wodurch könnte man diese Gerichtsverfahren schon im Vorfeld vermeiden?</p>
Methode u. Belege	<p>Anhand von OGH-Erkenntnissen der letzten fünf Jahre wird erhoben, welche außerbücherlichen Dienstbarkeiten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt und welche rechtlichen Probleme sie aufgezeigt haben.</p> <p>Experteninterviews sollen Einblicke in die Erfahrung mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten sowie praktische Vorschläge für den Umgang mit Dienstbarkeiten geben.</p>
These	<p>Vor allem Grunddienstbarkeiten führen vermehrt zu gerichtlichen Auseinandersetzungen. Auswirkungen auf den Liegenschaftsverkehr konnte aus den untersuchten OGH-Urteilen indessen nicht abgeleitet werden. Durch die Dokumentation der Dienstbarkeitsbegründung und Intabulation der Dienstbarkeiten kann das Verfahrensrisiko minimiert werden.</p>
Schlagwortkatalog	<p>Dienstbarkeit, außerbücherlich, Intabulation, Grundbuch, Grunddienstbarkeit, Ersitzung, Dienstbarkeitsbegründung</p>

Abstract

Title	Legal uncertainty in property transactions due to unregistered servitudes
Topic	<p>Although servitudes only obtain their in rem effect when they are registered in the land registry, in practice such registrations are very often omitted. If unregistered servitude rights are then recognized and claimed, this results in court proceedings.</p> <p>The effects of unregistered servitudes on property transactions and proposed solutions aimed at avoiding legal proceedings constitute the subject matter of this diploma thesis.</p>
Background	<p>Servitudes and their effects on property transactions and in particular on the value of property have already been discussed on several occasions in academic publications. However to date, there has been no detailed academic investigation dealing with unregistered servitudes.</p>
Hypothesis	<p>Which kinds of unregistered servitudes are more likely to result in legal proceedings? What have the effects been (e.g. reduction in price, rescission of contracts) of unregistered servitudes in the last five years? How and/or by what means could such legal proceedings be avoided beforehand?</p>
Method	<p>The kinds of servitude that have resulted in legal disputes and the legal problems they have revealed will be examined by referring to the findings of the Supreme Court of Justice [OGH] over the last five years.</p> <p>Expert interviews will throw light on the experience with unregistered servitudes and provide practical proposals for how to deal with servitudes.</p>
Theses	<p>Above all, land servitudes very often result in legal disputes. It was not possible to infer any effects on property transactions from the OGH Judgements examined. The risk of court proceedings can be minimized by documenting the grounds for the servitude and by registering servitudes.</p>
Keywords	<p>Servitude, unregistered, registration, land registry, land servitude, adverse possession, grounds for servitude</p>

Vorwort

Mit einer Dienstbarkeit wurde ich schon als Kind konfrontiert: mit dem Wege- bzw. Grundgebrauchsrecht, das auf dem Grundstück meiner Großeltern lastete. Wenn wir meine Großeltern besuchten, mussten wir über das Grundstück des Nachbarn fahren, und wenn ich im Hof spielte, wurde ich ermahnt, auf Autos aufzupassen, da der Nachbar bei den Großeltern umdrehen durfte. Als ich älter wurde, bekam ich erklärt, dass dies ein „Servitut“ ist, das auch im Grundbuch steht. Zu dem Zeitpunkt, als mir dann das großelterliche Grundstück übertragen wurde, war mir die rechtliche Auswirkung einer Dienstbarkeit jedoch noch nicht bewusst.

Dieses Thema begegnete mir auch immer wieder im Laufe meines Studiums Immobilienwirtschaft an der FH Wien und bei den Recherchen für mein Diplomarbeitsthema entdeckte ich einen interessanten Fall, in dem es um ein anderes Servitut ging: das Fensterrecht im Fall GZ 6Ob278/06k des OGH. Damit war mein Interesse an diesem sehr vielfältigen Thema endgültig geweckt.

Gemeinsam mit meiner Betreuerin, Frau Dr. Katharina Kohlmaier, formulierte ich das Thema für meine Diplomarbeit und las in der Folge ca. 250 OGH-Urteile. 80 von diesen analysierte ich. Ursprünglich hatte ich auch Fälle analysieren sollen, die nur in erster oder zweiter Instanz entschieden wurden, jedoch war die Schwierigkeit daran, dass die Urteile bei den Bezirks- und Landesgerichten zwar alle elektronisch erfasst und mit einem Code versehen werden, allerdings das Thema „Dienstbarkeit“ mit dem Code „Sonstiges“ abgelegt wird und somit nicht exakt abrufbar ist. Daher musste ich mich bei meiner Aufarbeitung auf die in der Datenbank des Bundeskanzleramts veröffentlichten Urteile beschränken.

Neben den Analysen der Urteile besteht der zweite große Teil dieser Diplomarbeit aus der Auswertung und den Ergebnissen der von mir geführten Experteninterviews. Dabei war ich angenehm und positiv über die Rückmeldungen auf meine Interviewanfragen überrascht und durfte somit sehr interessante Gespräche mit noch interessanteren Persönlichkeiten führen.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	1
1.1. Aufbau der Arbeit	2
2. Dienstbarkeiten	3
2.1. Allgemeine Merkmale	3
2.1.1. Definition von Dienstbarkeit	4
2.1.2. Rechte und Pflichten des Berechtigten und des Belasteten	6
2.1.3. Aufwand für die Herstellung und Erhaltung der Dienstbarkeit.....	8
2.1.4. Übertragung der Dienstbarkeit	8
2.2. Arten von Dienstbarkeiten	14
2.2.1. Grunddienstbarkeiten	15
2.2.1.1. Hausservitute	17
2.2.1.2. Feldservitute	19
2.2.2. Persönliche Dienstbarkeiten	20
2.2.2.1. Fruchtgenussrecht.....	22
2.2.2.2. Gebrauchsrechte	23
2.2.2.3. Wohnungsrecht.....	23
2.2.3. Unregelmäßige Dienstbarkeiten	24
2.3. Entstehen von Dienstbarkeiten	26
2.3.1. Titel	26
2.3.2. Erwerbungsart (Modus).....	28
2.3.3. Ersitzung	32
2.3.3.1. Intabulation ersessener Rechte	34
2.4. Erlöschen von Dienstbarkeiten	37
2.4.1. Verjährung und Freiheitsersitzung	38
2.4.2. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb	42
2.4.3. Zwangsveräußerung	43
2.5. Rechtsunsicherheit in Verbindung mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten.....	46
3. Analyse der relevanten OGH-Gerichtsurteile.....	48
3.1. Typische Sachverhalte	50
3.1.1. Wegerecht	52
3.1.1.1. Unzulässige Erweiterung – ungemessene Dienstbarkeit	54
3.1.1.2. Konkludente Dienstbarkeitsbegründung	57
3.1.1.3. Ersitzung.....	58
3.1.1.4. Offenkundige Dienstbarkeit – gutgläubiger lastenfreier Erwerb.....	59
3.1.1.5. Freiheitsersitzung	60
3.1.1.6. Trennung von Grundstücken	61
3.1.1.7. Sonstige	62
3.1.2. Sonstige Grundbenützung	66
3.1.3. Aussicht und Bebauungsbeschränkung	70
3.1.4. Bauabstandsnachsicht.....	71
3.1.5. Wasserrecht	72
3.1.6. Leitungsrecht.....	74
3.1.7. Verneinende Hausdienstbarkeit (Fensterrecht)	76

3.1.8. Wohnungsrecht.....	77
3.1.9. Fruchtgenussrecht.....	79
3.2. Vermeintliche Dienstbarkeiten	80
3.2.1. Eigentümerdienstbarkeit.....	80
3.2.2. Wohnungseigentum.....	81
3.3. Auswirkung auf den Liegenschaftsverkehr	82
4. Experteninterviews	85
4.1. Dienstbarkeiten in der Praxis	88
4.2. Umgang mit und Vermeidung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten.....	92
5. Schlussfolgerung	96
6. Ausblick und Nachwort.....	99
7. Executive Summary (deutsch)	100
8. Executive Summary (englisch)	104

Gender-Klausel

In vorliegender Diplomarbeit werden die weiblichen Formen nicht explizit angeführt. An dieser Stelle wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich alle personenbezogenen Formulierungen grundsätzlich gleichermaßen auf Frauen und Männer beziehen.

1. Einleitung

Dienstbarkeiten und deren Auswirkungen auf den Liegenschaftsverkehr, insbesondere auf den Liegenschaftswert, wurden bereits mehrfach in wissenschaftlichen Arbeiten thematisiert. Eine genauere wissenschaftliche Untersuchung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten hat bislang jedoch noch nicht stattgefunden.

Eine Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht eines Dritten durch das der Eigentümer einer Liegenschaft angehalten wird, zum Vorteil des anderen etwas zu dulden oder zu unterlassen.¹ Eine Dienstbarkeit erlangt ihre dingliche Wirkung erst durch eine Eintragung ins Grundbuch. Trotzdem finden sich in der Praxis immer wieder Fälle, in denen diese Eintragung unterlassen wird. Sollten dann außerbücherliche Dienstbarkeiten erkannt und eingefordert werden, kommt es in der Folge zu Auseinandersetzungen, die auch Gerichtsverfahren nach sich ziehen können.

Das Ziel dieser Diplomarbeit besteht darin, bestimmte außerbücherliche Dienstbarkeiten, die besonders oft zu Gerichtsverfahren führen, zu identifizieren, die Auswirkungen von Dienstbarkeiten aufzuzeigen und zu untersuchen, ob sich mit diesen im Zusammenhang stehende Konflikte vermeiden lassen würden. Dabei soll auch versucht werden, zu ergründen, ob bei den einzelnen Verfahren eine Liegenschaftstransaktion Anlass für die gerichtliche Auseinandersetzung war.

Insbesondere Vertreter der Immobilienwirtschaft, wie Liegenschaftserwerber und -verkäufer, aber auch Vertragserrichter und Makler sollen für das Thema der außerbücherlichen Dienstbarkeiten sensibilisiert werden. Zudem sollte ihnen dabei nähergebracht werden, ob bzw. wie sich gerichtliche Konfrontationen umgehen lassen.

Für die vorliegende Diplomarbeit wurden mehr als 250 OGH-Urteile aus den letzten fünf Jahre durchgesehen und 80 von diesen für eine genauere Analyse ausgewählt. Weiters wurden 16 Immobilienfachleute (Immobilienbewerter, Makler, Rechtsanwälte, Notare und Grundbuchsrechtspfleger) bezüglich deren Erfahrungen und Zugang zu außerbücherlichen Dienstbarkeiten in der Praxis befragt und um Vorschläge zum

¹ vgl. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §472

Umgang mit Dienstbarkeiten sowie zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen gebeten.

1.1. Aufbau der Arbeit

Die Grundlagen zu den Dienstbarkeiten, wie deren Merkmale und Arten, die das ABGB definiert, werden in Kapitel 2 beschrieben. Zumal aus den analysierten OGH-Urteilen hervorging, dass die Themen der Entstehung und des Erlöschens von Dienstbarkeiten immer wieder Anlass für Gerichtsverfahren geben, werden allgemein das Entstehen und das Erlöschen von Dienstbarkeiten dargestellt. Danach soll erläutert werden, weshalb es durch außerbücherliche Dienstbarkeiten zu einer Rechtsunsicherheit kommt.

Die Ergebnisse der Analyse der OGH-Urteile werden im anschließenden dritten Kapitel präsentiert. Die Gesamtheit der Urteile sowie die einzelnen Dienstbarkeitsarten werden dabei getrennt voneinander betrachtet. Da das Wegerecht bei den gerichtlichen Auseinandersetzungen zahlenmäßig am stärksten vertreten war, können Urteile, die die gleichen Rechtsgebiete betreffen, miteinander verglichen werden. Bei den anderen Arten der Dienstbarkeiten kann indes nur aufgezeigt werden, welche Rechtsgebiete betroffen waren und wie die Instanzen damit umgegangen sind. Darüber hinaus werden vermeintliche Dienstbarkeiten erörtert, bei deren Begründung davon ausgegangen wurde, dass dies Dienstbarkeiten waren, die ins Grundbuch eingetragen werden sollten. Abschließend werden die Auswirkungen von außerbücherlichen Dienstbarkeiten auf den Liegenschaftsverkehr diskutiert.

In Kapitel 4 werden die Erkenntnisse, die aus den Experteninterviews gewonnen wurden, zusammengefasst. Zunächst werden dabei die Erfahrungen der Immobilienexperten mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten in ihrem beruflichen Umfeld sowie Möglichkeiten, wie man mit Dienstbarkeiten im Allgemeinen und mit deren Begründung am besten umgeht, wiedergegeben, um dann auf die Empfehlungen der Interviewten zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen einzugehen.

In den Kapiteln 5 und 6 werden Schlussfolgerungen zu den untersuchten OGH-Urteilen sowie den Interviews gezogen und es wird ein Ausblick darauf gegeben, wie außerbücherliche Dienstbarkeiten die Immobilienwirtschaft in Zukunft beeinflussen werden.

2. Dienstbarkeiten

Schon im römischen Recht waren auf den zwölf Tafeln nachbarrechtliche Beschränkungen angeführt. Jeder Eigentümer sollte sein Grundstück beliebig nutzen und jegliche unerwünschte Einwirkung unterbinden können.

Für Fälle der Kollision gleichrangiger Eigentumsrechte, die besonders bei Grundstücksnachbarn auftraten, suchte bereits die damalige Rechtsordnung einen Ausgleich zwischen dem Recht der Eigentümer durch bestimmte Pflichten zur Rücksichtnahme und Duldung. Diese Nachbarrechte, die auch als „Legalservitute“ bezeichnet werden, dienten der besseren Nutzung des einen Grundstücks und wurden unter Nachbarn vertraglich als Dienstbarkeit vereinbart.² Der Begriff Servitut leitet sich vom lateinischen Wort „servitutis“ ab und bedeutet Dienst.³ Auch das Wegerecht über das Nachbargrundstück war gewohnheitsrechtlich anerkannt und in einem Verwaltungsverfahren durchsetzbar, wenn das eigene Grundstück anders nicht erreicht werden konnte.⁴

Die Dienstbarkeiten, auch Servitute genannt, werden in Österreich im 7. Hauptstück der ersten Abteilung des Sachenrechts des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelt und umfassen die §§ 472 bis 530.

Im Folgenden werden die allgemeinen Merkmale einer Dienstbarkeit sowie die einzelnen Arten von Dienstbarkeiten erläutert, bevor deren Entstehung und Erlöschung behandelt werden.

2.1. Allgemeine Merkmale

In diesem Abschnitt wird zuerst allgemein die Dienstbarkeit, die das ABGB vorgibt, definiert und es werden die Unterschiede zur Reallast, die häufig mit der Dienstbarkeit verwechselt wird, erläutert. Danach wird auf die Rechte und Pflichten des „dienenden

² vgl. Hausmaninger/Selb (2001): Römisches Privatrecht, S. 145

³ vgl. online Wörterbuch: <http://www.albertmartin.de/latein/>

⁴ vgl. Hausmaninger/Selb (2001): Römisches Privatrecht, S. 146

Eigentümers“ und des „herrschenden Eigentümers“ eingegangen sowie auf die Regelung, die das ABGB im Hinblick auf die Aufwände in Bezug auf die Herstellung und Erhaltung der Dienstbarkeit getroffen hat. Abschließend wird erörtert, was das ABGB für die Teilung eines berechtigten und belasteten Grundstücks vorsieht.

2.1.1. Definition von Dienstbarkeit

In § 472 ABGB wird ein Eigentümer einer Sache, auch Dienstbarkeitsbelasteter oder Eigentümer der dienenden Liegenschaft genannt, zur Duldung oder Unterlassung eines ihm zustehenden Rechts zum Vorteil eines anderen angehalten.⁵ Bei der Verpflichtung zur Duldung entsteht ein „bejahendes Servitut“ und bei der Unterlassung ein „verneinendes Servitut“.^{6 7 8} Dies ist bereits das erste Herzstück der Dienstbarkeit. Der Eigentümer der dienenden Liegenschaft ist nicht zu aktivem Tun verpflichtet. Beispielsweise kann für die Duldung von Dachlawinen kein Servitut begründet werden, da der Belastete dadurch verpflichtet werden würde, den Schnee wegzuräumen, was wiederum eine aktive Handlung darstellen würde. Ebenso kann die Pflicht der Wegerhaltung nach der StVO vom Dienstbarkeitsbelasteten im Ersitzungswege nicht auf den Dienstbarkeitsberechtigten übertragen werden. Dienstbarkeiten können aber reallastähnliche Nebenpflichten beinhalten, die der Begründung der Dienstbarkeit nicht im Wege stehen.⁹

Die positive Handlung bildet den Unterschied zwischen Dienstbarkeit und Reallast. Letztere ist eine Form der Sicherstellung, die unter anderem zur Sicherung des Ausgedinges im ländlichen Bereich Anwendung findet, heute jedoch nur mehr geringe Bedeutung hat.¹⁰ Kommt der Eigentümer der dienenden Liegenschaft seiner Verpflichtung nicht nach, kann der Berechtigte seinen Anspruch durch Betreiben einer

⁵ vgl. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §472

⁶ vgl. Höfle (2009): Notwegerecht, S. 29

⁷ vgl. Hofmann in Rummel³, §482, Rz 1

⁸ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 1

⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §482, Rz 1

¹⁰ vgl. Bydlinski, P. (2007): Grundzüge des Privatrechts, Rz 360

Zwangsvollstreckung befriedigen.¹¹ Allerdings besteht die Möglichkeit, dass Dienstbarkeiten reallastähnliche Nebenpflichten beinhalten, die den Belasteten zusätzlich zu einer positiven Leistung verpflichten. Dies darf aber nicht Hauptinhalt der Vereinbarung sein, denn dies würde der Begründung der Dienstbarkeit im Wege stehen.¹²

Dem Eigentümer des Dienstbarkeitsrechts, auch Dienstbarkeitsberechtigter oder Eigentümer der herrschenden Liegenschaft genannt, steht bei der Dienstbarkeit ein beschränktes Nutzungsrecht an der fremden Sache zu.¹³ Dies ist der zweite zentrale Aspekt der Dienstbarkeit „an der fremden Sache“. Eine Dienstbarkeit kann nicht an einer Liegenschaft begründet werden, wenn der Berechtigte und der Belastete ein und dieselbe Person sind.¹⁴ Welche Auswirkung eine Vereinigung des Berechtigten und Belasteten hat, wird in Kapitel 2.1.4 noch näher besprochen.

Grundsätzlich ist die Begründung einer Dienstbarkeit nur an einer Liegenschaft oder einem bestimmten Grundstück einer Liegenschaft und mit all ihren Miteigentümern möglich. Ein ideeller Anteil kann nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Bei Wohnungseigentum kann das einzelne Wohnungseigentumsobjekt bloß mit einem Fruchtgenussrecht oder einer Dienstbarkeit, die nur das einzelne Eigentumsobjekt betrifft, belastet werden.¹⁵

Im letzten Satz von § 472 ABGB steht: *„Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.“*¹⁶ Ein dingliches Recht kann der Berechtigte gegenüber jedem verteidigen. Im Unterschied dazu besitzt ein bloß obligatorisches Recht keine absolute Herrschaft an der Sache. Damit ein dingliches Recht entstehen kann, sind ein Titel (siehe Kapitel 2.3.1) sowie eine Erwerbungsart (siehe Kapitel 2.3.2) erforderlich.¹⁷

¹¹ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 433

¹² vgl. Hofmann in Rummel³, §482, Rz 1

¹³ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 420

¹⁴ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 421

¹⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, § 472, Rz 2

¹⁶ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §481

¹⁷ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 420

Der Berechtigte hat nicht nur das Recht, die fremde Sache zu benutzen, sondern hat damit auch Pflichten zu übernehmen. Genauso ist der Belastete nicht nur in seinem Recht eingeschränkt. Welche Rechte und Pflichten die Eigentümer der herrschenden und dienenden Liegenschaft mit der Dienstbarkeit übernehmen, wird im folgenden Abschnitt diskutiert.

2.1.2. Rechte und Pflichten des Berechtigten und des Belasteten

Die Rechte und Pflichten des Berechtigten sind allgemein im § 484 ABGB festgelegt.

§ 484 ABGB. „*Der Besitzer des herrschenden Gutes kann zwar sein Recht auf die im gefällige Art ausüben; doch dürfen Servituten nicht erweitert, sie müssen vielmehr, insoweit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden.*“¹⁸

Der **Dienstbarkeitsberechtigte** kann die Ausübung der Dienstbarkeit zwar nach beliebiger Art gestalten, jedoch darf dies nicht zu einer Schikane des Eigentümers der dienenden Liegenschaft führen. Der Zweck der Dienstbarkeit im Entstehungszeitpunkt war die Ermöglichung eines Vorteils für den Dienstbarkeitsberechtigten unter Berücksichtigung, dass dem Dienstbarkeitsverpflichteten so wenig wie möglich geschadet und er in seinen Rechten schonend eingeschränkt wird. Eine Erweiterung durch den Dienstbarkeitsberechtigten entspricht zudem eine einseitige Änderung des ihm zugestandenen Rechts. Jedoch sind unbedeutende Änderungen des Dienstbarkeitsrechts möglich, die der Belastete zu dulden hat. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn es sich um erhebliche oder gar unzumutbare Erweiterungen handelt.¹⁹

Eine unerlaubte Ausweitung der Dienstbarkeit wäre zum Beispiel die Erweiterung des Fahrrechts, das auf landwirtschaftliche Nutzung eingeschränkt ist, auf Pkw, Motor- oder Fahrräder, wenn auf der bisher landwirtschaftlich genützten herrschenden Liegenschaft ein Wohngebäude errichtet wird und damit das Fahrrecht erweitert wird. Die Anpassung an den Stand der Technik, wie zum Beispiel, dass der landwirtschaftlich genutzte Weg

¹⁸ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §484

¹⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 1

nicht mehr, wie seinerzeit vereinbart, mit dem Pferdegespann, sondern mit einem modernen landwirtschaftlichen Gerät befahren wird, ist indessen keine Erweiterung der Dienstbarkeit. Müsste dadurch der Weg verbreitert oder seine Oberfläche verändert (z. B. von Schotter auf Asphalt) werden, gilt dies wiederum als Ausweitung der Dienstbarkeit. Ein Gehrecht etwa wird nicht allein durch eine ansteigende Zahl von Benützern erweitert (besonders dann nicht, wenn der Weg bereits für den Fremdenverkehr bestimmt war), wohl aber dann, wenn bisher nur die Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Wegerecht benützt haben und nach Errichtung einer Pension deren Pensionsgäste nun den Weg benützen.²⁰

Durch den **Dienstbarkeitsbelasteten** kann der Berechtigte in der Ausübung seines Rechts nicht beschränkt werden, ausgenommen, der Berechtigte hat seine Zustimmung, wenn auch bloß eine schlüssige, dazu gegeben oder die Rechtsausübung wird nicht ernstlich erschwert oder gefährdet. Ein Beispiel dafür ist die Verlegung eines Wegerechts auf ein anderes Grundstück des Belasteten. Dies kann vorgenommen werden, wenn die Interessen des Berechtigten gewahrt bleiben und eine grundbücherliche Eintragung erfolgt. Dies gilt auch für nicht verbücherte Dienstbarkeiten. Wenn die Interessen des Berechtigten gewahrt bleiben und es ihm aufgrund der Natur und des Zwecks der Dienstbarkeit zugemutet werden kann, kann eine Verlegung auch ohne Zustimmung des Berechtigten durchgeführt werden.²¹

Wird die Dienstbarkeit unberechtigt erweitert, kann dies der Dienstbarkeitsbelastete mit einer Eigentumsfreiheitsklage abwehren. Auch die Einwirkung des Dienstbarkeitsberechtigten auf Dritte, beispielsweise einen weiteren Dienstbarkeitsberechtigten, kann dadurch erzwungen werden. Allerdings erlischt die Dienstbarkeit nicht durch die bloße Ausweitung der Benützung oder durch Änderung des Verwendungszwecks des herrschenden Guts, soweit das Servitut nicht unmöglich oder zwecklos geworden ist.²²

²⁰ vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 2

²¹ vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 5

²² vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 4

Die Pflichten des Belasteten wurden, da diese die Grundlagen einer Dienstbarkeit darstellen, bereits in Kapitel 2.1.1 umfassend erläutert.

2.1.3. Aufwand für die Herstellung und Erhaltung der Dienstbarkeit

Grundsätzlich hat der Berechtigte nach § 483 ABGB den Herstellungs- (auch für die erste Herstellung) und Erhaltungsaufwand zu tragen, auch wenn das Servitut unentgeltlich gewährt wurde. Wird die Sache auch vom Verpflichteten und Eigentümer der belasteten Liegenschaft benützt, wird die Verpflichtung der Kostentragung auf den Liegenschaftseigentümer übertragen. Dieser ist jedoch nur verpflichtet, den Herstellungs- und Erhaltungsaufwand so weit zu tragen, wie er die Sache auch benützt. Anteilmäßig hat den Aufwand auch der Berechtigte mitzutragen.²³

In der Praxis zeigt sich allerdings, dass die Regelung nach § 483 ABGB zu ungenau für den einzelnen Fall ist und daher diesem Punkt bei der Dienstbarkeitsbegründung und insbesondere bei der Erstellung des Dienstbarkeitsvertrags besonderes Augenmerk geschenkt werden sollte, damit spätere Auseinandersetzungen vermieden werden (siehe Kapitel 4.2).

Doch nicht nur § 483 ABGB birgt Potenzial für Auseinandersetzungen in sich. Auch im Fall der Grundstücksteilung oder Übertragung der Eigentumsrechte kann es zu Schwierigkeiten kommen.

2.1.4. Übertragung der Dienstbarkeit

Wenn eine Liegenschaft geteilt werden soll oder aus mehreren Grundstücken besteht und eines oder mehrere von diesen abgesondert werden sollen, stellt sich bei einem dienstbarkeitsbelasteten Grundstück die Frage, was mit der Dienstbarkeit geschieht und ob eine Dienstbarkeit übertragbar ist. Bei der Teilung des herrschenden Grundstücks wird darauf zu achten sein, ob die dienende Liegenschaft durch die Teilung beeinträchtigt wird.

²³ vlg. Hofmann in Rummel³, §483, Rz 1

Der Gesetzgeber hat mit der Grundbuchs-Novelle 2008 die Teilung von dienstbarkeitsbelasteten Grundstücken genauer geregelt. Dazu findet man im § 13 Liegenschaftsteilungsgesetz folgende Regelung:

§ 13 (1) LiegTeilG.: *„Wenn ein Trennstück oder mehrere Trennstücke lastenfrei oder unter Mitübertragung von Grunddienstbarkeiten abgeschrieben werden sollen und die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Abschreibung nach den Abs. 3 oder 4 offenbar gegeben sind, kann die Vermessungsbehörde den Antrag auf bücherliche Durchführung, die Zustimmung der Buchberechtigten zur lastenfreien Abschreibung und den Titel des Eigentumserwerbs beurkunden.*

(2) Auf Grund dieser Beurkundung und des dem Anmeldungsbogen zugrundeliegenden Planes ist, sofern die in den Abs. 3 oder 4 genannten Voraussetzungen vorliegen, die Ab- und Zuschreibung zu bewilligen. Hierzu bedarf es unbeschadet sonstiger Voraussetzungen weder der Vorlage einer Urkunde noch der Zustimmung oder Aufforderung (§ 4) der Buchberechtigten. Doch sind diese von der Abschreibung zu verständigen.

(3) Die Abschreibung von einem Grundbuchskörper ist zulässig, wenn sich der Wert der bei dem Grundbuchskörper verbleibenden Grundstücke infolge der Abschreibung jedes einzelnen Trennstücks offenbar um nicht mehr als je 2 000 Euro verringert.

(4) Die Abschreibung von einem belasteten Grundbuchskörper ist überdies nur zulässig,

- 1. wenn sich der Wert der bei dem Grundbuchskörper verbleibenden Grundstücke zuzüglich des Werts der gleichzeitig zugeschriebenen Trennstücke infolge der Abschreibung insgesamt offenbar um nicht mehr als 2 000 Euro verringert,*
- 2. wenn die Summe der Flächeninhalte der Trennstücke 5 vom Hundert des Flächeninhalts des Grundbuchskörpers nicht übersteigt,*
- 3. wenn innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor der Bewilligung der Abschreibung keine lastenfreie Abschreibung auf Grund dieses Absatzes vorgenommen worden ist und*
- 4. wenn durch die begehrte Abschreibung die Ausübung einer Dienstbarkeit nicht unmöglich gemacht oder behindert wird.*

(5) Die folgenden bürgerlichen Rechte gelten nicht als Belastung im Sinn des Abs. 4:

- 1. Dienstbarkeiten, die auf bestimmte räumliche Grenzen beschränkt sind (§ 12 Abs. 2 GBG) und die sich nicht auf die abzuschreibenden Trennstücke beziehen (§ 3 Abs. 2),*
- 2. Grunddienstbarkeiten, die mitübertragen (sic!) werden (§ 3 Abs. 1), und*
- 3. Lasten, bei denen die Buchberechtigten der lastenfreien Abschreibung zugestimmt haben.²⁴*

Ein Buchberechtigter kann unter der Behauptung, dass die Voraussetzungen gemäß § 13 (4) LiegTeilG nicht vorliegt und er seine Zustimmung zur lastenfreien Abschreibung nicht gewährt hat, innerhalb von 30 Tagen ab Zustellung des bewilligten Beschlusses Einspruch erheben.²⁵

Weiters können die Dienstbarkeitsbeteiligten vor der Situation stehen, dass eine Übertragung an einen anderen Belasteten oder Berechtigten, zum Beispiel durch die Veräußerung einer Liegenschaft, vorgenommen werden soll. Die grundlegenden Regelungen finden sich dazu in den §§ 485, 844 und 847 ABGB. Überdies ist zu hinterfragen, ob das Dienstbarkeitsrecht auch mehreren Personen übertragen werden kann und welche Auswirkung die Vereinigung des Dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten in einer Person hat.

Grundsätzlich kann jede Dienstbarkeit, vorausgesetzt, die Dienstbarkeitsparteien vereinbaren dies, übertragen werden. Jedoch schließt § 485 ABGB ein eigenmächtiges Handeln sowohl für den Dienstbarkeitsberechtigten als auch für den -belasteten aus. Das bedeutet zum Beispiel, dass ein Dienstbarkeitsbelasteter nicht ohne Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten den Verlauf eines Wegerechts verändern kann. Dies gilt vice versa natürlich auch für den Dienstbarkeitsberechtigten.²⁶ Das bedeutet aber nicht, dass die Dienstbarkeit im Falle der Liegenschaftsveräußerung den Eigentümer des dienenden oder herrschenden Guts in seiner Disposition durch die Zustimmung des

²⁴ Liegenschaftsteilungsgesetz, §13

²⁵ vgl. §14 LiegTeilG

²⁶ vgl. Hofmann in Rummel³, §485, Rz 1

Berechtigten oder Belasteten behindert wird. Vielmehr hat der nachfolgende Eigentümer die Dienstbarkeit, die davor schon bestanden hat, zu übernehmen.²⁷

Von einer Übertragung sind die persönlichen Dienstbarkeiten teilweise ausgenommen. Dies wird in Kapitel 2.2.2 jedoch noch näher erläutert.

Wird die **dienende Liegenschaft** geteilt, bleibt die Dienstbarkeit, unabhängig von einer grundbücherlichen Übertragung, bestehen.²⁸ In § 485 ABGB ist festgehalten, dass die Dienstbarkeit nicht durch eine Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückelung der dienenden Liegenschaft geteilt werden kann.²⁹ Eine Teilung des dienenden Grundstücks darf dem Berechtigten nicht zum Nachteil gereichen. Allerdings besteht die Möglichkeit für den Belasteten, wenn einzelne Grundstücke von einer Liegenschaft abgeteilt werden, die dem Berechtigten nicht dienen, dass diese mit Zustimmung des Berechtigten lastenfrei abgeschrieben werden. Dies bedarf jedoch einer grundbücherlichen Eintragung.³⁰ Kann der Dienstbarkeitsberechtigte sein Recht in unveränderter Art ausüben und verweigert er seine Zustimmung zur lastenfreien Abtrennung bloß mutwillig, kann der Dienstbarkeitsbelastete nach § 847 leg cit die rechtsmissbräuchlich nicht erteilte Zustimmung erzwingen.³¹

Im Falle einer Teilung der **herrschenden Liegenschaft** gilt grundsätzlich, wie bereits erwähnt, dass mit der Zustimmung des Dienstbarkeitsbelasteten die Teilung immer vorgenommen werden kann.³² Sollte keine Zustimmung erteilt werden, kommt § 844 ABGB zur Anwendung.

§ 844 leg cit. *„Die Grunddienstbarkeiten bestehen mangels Vereinbarung zugunsten aller Teile fort; jedoch darf die Dienstbarkeit dadurch nicht erweitert oder für das*

²⁷ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 421f

²⁸ vgl. Gamerith in Rummel³, §844, Rz 7

²⁹ vgl. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §485

³⁰ vgl. Hofmann in Rummel³, §485, Rz 2

³¹ vgl. Gamerith in Rummel³, §847, Rz 2

³² vgl. Hofmann in Rummel³, §485, Rz 1

*dienstbare Gut beschwerlicher werden. Kommt die Ausübung der Dienstbarkeit nur einzelnen Teile zugute, so erlischt das Recht hinsichtlich der übrigen Teile.*³³

Im Teilungsfall der herrschenden Liegenschaft ist darauf zu achten, dass die Dienstbarkeit nicht erweitert oder beschwerlicher für die dienende Liegenschaft gemacht wird. Eine Mehrbelastung ist nur im Falle einer „ungemessenen Dienstbarkeit“ zulässig, wenn dadurch eine Anpassung der Bedürfnisse an die Dienstbarkeit für die herrschende Liegenschaft notwendig wird. Dies muss jedoch bei der Begründung der Dienstbarkeit bereits festgestanden haben bzw. vom Anlass der Begründung abgeleitet werden können. Anderenfalls gilt auch hier, dass die Teilung keine erheblichen oder unzumutbaren Erschwernisse zur Folge haben darf. Unbedeutende Veränderungen müssen hingegen geduldet werden.³⁴

Führt die Teilung dazu, dass die Dienstbarkeit vom abgetrennten Stück nicht ausgeübt werden kann, weil zum Beispiel das Wegerecht diesen Teil nicht berührt und sie bloß aufgrund des Buchstands vorhanden ist, erlischt die Dienstbarkeit auf dem nicht betroffenen Teilstück kraft Gesetz.³⁵ Für den Fall, dass durch die Teilung der dienenden oder herrschenden Liegenschaft eine Regelung der Ausübung der Dienstbarkeit notwendig wird, kann der Dienstbarkeitsberechtigte eine gerichtliche Regelung begehren.³⁶

Ob eine Dienstbarkeit an einer Liegenschaft auch an **mehrere Personen** übertragen werden kann, ist eine Frage, die § 486 ABGB beantwortet.

§ 486 ABGB. *„Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar sein, wenn anders die älteren Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.*“³⁷

Dabei gilt es, zu unterscheiden, um welche Dienstbarkeit es sich handelt. Gleichartige Dienstbarkeiten, zum Beispiel um ein Wegerecht, können nebeneinander gelten, wenn sie einander nicht gegenseitig behindern. Dies gilt auch für ungleichartige

³³ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §844

³⁴ vgl. Gamerith in Rummel³, §844, Rz 10

³⁵ vgl. Gamerith in Rummel³, §844, Rz 11

³⁶ vgl. Gamerith in Rummel³, §848a, Rz 1

³⁷ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §486

Dienstbarkeiten. Ein Leitungs- und ein Wegerecht können etwa auf einem Grundstück lasten, solange es zu keinem Interessenkonflikt kommt. Sollten sie nicht nebeneinander vereinbar sein, hat das zeitlich zuerst erworbene Recht den Vorrang gegenüber dem nachfolgenden Recht.³⁸ Entsteht eine Mehrbelastung für die dienende Liegenschaft durch einen der Dienstbarkeitsberechtigten, kann nur der Belastete, das heißt der Grundstückseigentümer, gegen eine unzulässige Erweiterung vorgehen, jedoch nicht ein in seinen Rechten eingeschränkter Berechtigter.³⁹

Da nach den allgemeinen Regeln eine Dienstbarkeit nur an fremden Sachen begründet werden kann, ruht die Dienstbarkeit, wenn der Dienstbarkeitsbelastete und -berechtigte **in einer Person vereint** wird. Ein Beispiel dafür ist die Übergabe der dienenden Liegenschaft durch den Dienstbarkeitsbelasteten aufgrund einer letztwilligen Verfügung an den Dienstbarkeitsberechtigten. Solange Berechtigter und Belasteter ein und dieselbe Person sind, „ruht“ die Dienstbarkeit. Haben die Liegenschaften wieder unterschiedliche Eigentümer, lebt die Dienstbarkeit wieder auf.⁴⁰

Wird eine Liegenschaft geteilt, bei der ein Grundstück **offenkundig dem anderen vor Abtrennung gedient** hat und es ihm weiterhin dienen soll, entsteht nach herrschender Rechtsprechung eine Dienstbarkeit auch ohne Vereinbarung und Verbücherung, da angenommen wird, dass der durch den Übertragungsakt geschaffene Zustand dem einer Dienstbarkeit entspricht. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die ursprüngliche Situation, in der ein Grundstück dem anderen gedient hat, beibehalten werden soll.⁴¹

Welche Arten von Dienstbarkeiten vom Gesetzgeber vorgesehen sind, wird im nächsten Abschnitt dargelegt.

³⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §486, Rz 1

³⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §486, Rz 1

⁴⁰ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 421

⁴¹ vgl. u.a. OGH 4Ob219/06v und 5Ob273/07v

2.2. Arten von Dienstbarkeiten

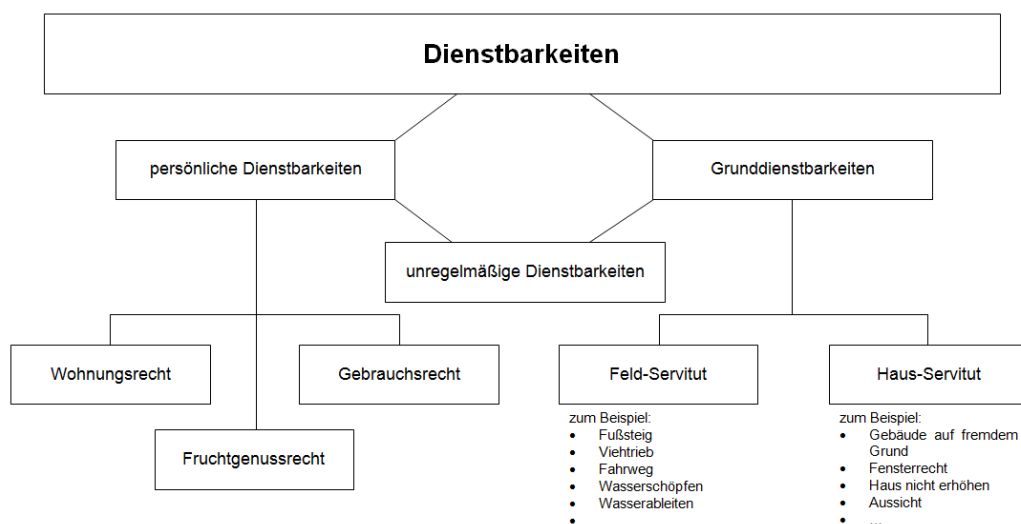
Neben den allgemeinen Regelungen der Dienstbarkeit führt das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch einige Dienstbarkeitsarten an und unterscheidet dabei zwischen Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten.

Die Grunddienstbarkeit ist eine von der Person unabhängige Dienstbarkeit, die zum Vorteil der einen Liegenschaft (herrschend) durch den Gebrauch der anderen Liegenschaft (dienend) führt. Mit einer Grunddienstbarkeit werden die Rechte des Belasteten vermindert und die des Berechtigten vermehrt. Grunddienstbarkeiten gehen zumeist auch auf den Rechtsnachfolger über. Die persönlichen Dienstbarkeiten verschaffen dagegen nur einer bestimmten Person einen Vorteil, zum Beispiel ein Wohnungsrecht.⁴²

Eine Besonderheit bei den Dienstbarkeitsarten ist die unregelmäßige Dienstbarkeit, die in Kapitel 2.2.3 erläutert wird.

Die folgende Abbildung gibt einen Überblick über die Dienstbarkeitsarten.

Abb. 1: Dienstbarkeiten – Übersicht



Quelle: eigene Darstellung

⁴² vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, S. 22, Rz 7

Die „Legalservitute“ wirken zwar wie Dienstbarkeiten, sind im österreichischen Rechtssystem jedoch keine echten Dienstbarkeiten, sondern bloße Eigentumsbeschränkungen, die aus Rücksicht auf die Nachbarschaft und aufgrund des objektiven Rechts bestehen.⁴³

Die Grunddienstbarkeit, die auch als Realservitut bezeichnet wird, tritt mit all ihren Variationen häufiger als die persönlichen Dienstbarkeiten auf und wird im folgenden Abschnitt beschrieben.

2.2.1. Grunddienstbarkeiten

§ 473 ABGB. „Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vorteilhafteren oder bequemerem Benützung verknüpft, so entsteht eine Grunddienstbarkeit; außer dem (sic!) ist die Dienstbarkeit persönlich.“⁴⁴

Grunddienstbarkeiten ermöglichen dem Eigentümer der herrschenden Liegenschaft eine vorteilhaftere oder bequemere Benützung. Der bloße Verzicht auf eine rechtliche Verfügung, wie zum Beispiel die Begründung von Wohnungseigentum, ist für die Begründung einer Grunddienstbarkeit nicht ausreichend. Indessen ist der Verzicht auf ein Abwehrrecht für die Begründung einer Dienstbarkeit ausreichend. Da Bequemlichkeit und Nützlichkeit gleichgestellt sind, wird an dieses Utilitätserfordernis kein strenger Maßstab angelegt. Einzig ein zweckloses oder völlig unwirtschaftliches Recht kann keine Dienstbarkeit begründen. An die Ersitzung werden hingegen strengere Anforderungen gestellt. Die bloße Nützlichkeit oder Bequemlichkeit des Rechts genügt nicht.⁴⁵

Die Grundvoraussetzung für eine Grunddienstbarkeit sind zwei Grundbesitzer, von denen einer die dienende und der andere die herrschende Liegenschaft besitzt.⁴⁶ Zudem

⁴³ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 432f

⁴⁴ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §473

⁴⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, §473, Rz 2

⁴⁶ vgl. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §474

können Grunddienstbarkeiten nur an der Gesamtheit eines Grundstücks erworben werden. An Bruchteilen eines dienenden Grundstücks oder des herrschenden Grundstücks kann keine Dienstbarkeit begründet werden.⁴⁷

Abb. 2: Grunddienstbarkeiten – Übersicht



Quelle: eigene Darstellung

Wie die oben dargestellte Abbildung zeigt, werden die Grunddienstbarkeiten nach § 474 ABGB in Haus- und Feldservitute unterteilt. Diese Einteilung stellt jedoch nicht auf die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks im Einzelfall ab. Entscheidend ist vielmehr, ob die Dienstbarkeit regelmäßig für ein landwirtschaftlich oder für ein anders genutztes Grundstück bestellt wurde.⁴⁸ Die einzige Bedeutung für diese Unterscheidung ist nur mehr durch eine Sonderregelung der Verbücherung in Tirol und Vorarlberg gegeben. (Auf diese Sonderregelung wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.)⁴⁹

Das ABGB regelt in den §§ 475 und 476 die Haus- und in § 477 die Feldservitute. Deshalb werden zunächst die Hausservitute erörtert.

⁴⁷ vgl. Gamerith in Rummel³, § 844, Rz 2

⁴⁸ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, S. 11, Rz 2

⁴⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, § 474, Rz 1

2.2.1.1. Hausservitute

§ 475 (1) ABGB. „Die Haus-Servituten sind gewöhnlich:

1. Das Recht, eine Last eines Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen;
2. Einen Balken oder Sparren in eine fremde Wand einzufügen;
3. Ein Fenster in der fremden Wand zu öffnen; es sei des Lichtes oder der Aussicht wegen;
4. Ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Luftraum zu bauen;
5. Den Rauch durch des Nachbars Schornstein zu führen;
6. Die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten;
7. Flüssigkeiten auf des Nachbars Grund zu gießen oder durchzuführen.“

§ 475 (2) leg cit. „Durch diese und ähnliche Haus-Servituten wird ein Hausbesitzer befugt, etwas auf dem Grunde seines Nachbars vorzunehmen, was dieser dulden muß.“⁵⁰

Die in § 475 ABGB aufgezählten Hausservitute sind nicht erschöpfend. Indessen werden nur einige Hausdienstbarkeiten angeführt, die einen Hausbesitzer dazu berechtigen, etwas auf dem Grund seines Nachbarn vorzunehmen, das dieser dulden muss.⁵¹

Die §§ 487 bis 491 ABGB führen die in § 475 leg cit genannten Servitute im Detail aus.

§ 476 leg cit enthält einige verneinende Bestimmungen der Hausservitute,⁵² durch die der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet wird, eine ihm sonst freistehende Verfügung zu unterlassen. Auch diese Aufzählung ist nicht taxativ.⁵³

⁵⁰ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §475

⁵¹ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 2.1

⁵² vgl. Hofmann in Rummel³, §476, Rz 1

⁵³ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 2.1

§ 476 ABGB. *„Durch andere Haus-Servituten wird der Besitzer des dienstbaren Grundes verpflichtet, etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu tun frei stand (sic!). Dergleichen sind:*

8. Sein Haus nicht zu erhöhen;

9. Es nicht niedriger zu machen;

10. Dem herrschenden Gebäude Licht und Luft

11. Oder Aussicht nicht zu benehmen;

12. Die Dachtraufe seines Hauses von dem Grunde des Nachbars, dem sie zur Bewässerung seines Gartens oder zur Füllung seiner Zisterne, oder auf eine andere Art nützlich sein kann, nicht abzuleiten.“⁵⁴

Die im oben stehenden Paragraphen angeführten Dienstbarkeiten werden auch Cottage-Servitut genannt. Dieses verpflichtet die Eigentümer wechselseitig zur Einhaltung einer bestimmten Verbauung eines Ortsteils. Selbst Maßnahmen der Baubehörde werden mit diesen Dienstbarkeiten außer Kraft gesetzt. Ein Verbauungsverbot kann aber nicht zur Verpflichtung führen, höher gewachsene Bäume zu entfernen. Das regelt Ziffer 10, die dem Dienstbarkeitsberechtigten zugesteht, dass ihm der Anblick des Himmels aus dem ungeöffneten Fenster des untersten Stockwerks nicht geschmälert werden darf, sei es durch Gebäude oder Pflanzen. Im Gegensatz dazu geht Ziffer 11 noch weiter. Es darf auf dem dienenden Grundstück nichts unternommen werden, wodurch die freie Aussicht auf das Gesamtpanorama nach Maßgabe des Zwecks des Servituts entzogen wird.⁵⁵

„Eine ungehinderte Sicht auf einzelne Bauwerke muss nur dann gewährt werden, wenn sich dies aufgrund ihrer Bedeutung zum Zeitpunkt der Einräumung der Dienstbarkeit oder einer besonderen Vereinbarung ergibt.“⁵⁶

⁵⁴ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §476

⁵⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, §746, Rz 1

⁵⁶ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 2.1

2.2.1.2. Feldservitute

§ 477 ABGB. „Die vorzüglichen Feld-Servituten sind:

1. *das Recht einen Fußsteig, Viehtrieb oder Fahrweg auf fremden Grunde und Boden zu halten;*
2. *das Wasser zu schöpfen, das Vieh zu tränken, das Wasser ab- und herzuleiten;*
3. *das Vieh zu hüten und zu weiden;*
4. *Holz zu fällen, verdorrte Äste und Reiser zu sammeln, Eicheln zu lesen, Laub zu rechen;*
5. *zu jagen, zu fischen, Vögel zu fangen;*
6. *Steine zu brechen, Sand zu graben, Kalk zu brennen.*“⁵⁷

Die Aufzählung des § 477 ABGB ist nicht vollständig, bestimmt aber den Charakter der Dienstbarkeit.⁵⁸ Die §§ 492 bis 503 ABGB führen die in § 477 leg cit aufgezählten Dienstbarkeiten im Detail aus.

Die in Österreich bekannteste Dienstbarkeit, das Wegerecht, ist in § 492 ABGB geregelt und gehört zu den Feldservituten, beschränkt sich aber nicht auf landwirtschaftlich genutzte Liegenschaften, sondern ist unabhängig vom tatsächlichen Gebrauch des herrschenden Guts.⁵⁹

§ 492 ABGB. „Das Recht des Fußsteiges begreift das Recht in sich, auf diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen, oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen. Mit dem Viehtriebe ist das Recht, einen Schiebkarren zu gebrauchen; und mit dem Fahrwege das Recht, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, verbunden.“⁶⁰

⁵⁷ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §477

⁵⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §477, Rz 1

⁵⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §492, Rz 1

⁶⁰ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §492

Das Wegerecht wird wiederum in das Geh- und Fahrrecht unterteilt. Diese Unterscheidung ist für den Inhalt des auszuübenden Dienstbarkeitsrechtes wesentlich. Zum Beispiel ist bei einem Gehrecht zwar das Schieben eines Kinderwagens oder Rollstuhls erlaubt, jedoch nicht das Schieben oder gar das Befahren mit einem Fahrrad. Dies wird dem Fahrrecht zugeordnet und darf nicht bei einer Dienstbarkeit, die bloß das Gehrecht erlaubt, ausgeführt werden. Beim unbeschränkten Fahrrecht sind indes das Gehen und auch das Reiten erlaubt. Das Wegerecht kommt nicht nur dem Eigentümer der herrschenden Liegenschaft zu, sondern auch seinen Gästen, solange es sich nicht um einen nachträglich errichteten Pensionsbetrieb handelt. Jedoch ein Parken oder das Ausführen von Ladetätigkeiten auf dem Dienstbarkeitsweg wäre bereits eine Überschreitung und somit eine Mehrbelastung der Dienstbarkeit.⁶¹

An die Abgrenzung der Grunddienstbarkeiten schließt die Beschreibung der persönlichen Dienstbarkeiten an.

2.2.2. Persönliche Dienstbarkeiten

In § 478 ABGB werden die persönlichen Dienstbarkeiten genannt.

§ 478 leg cit. *„Die persönlichen Servituten sind: der nötige Gebrauch einer Sache; die Fruchtnießung; und die Wohnung.“*⁶²

Das ABGB kennt drei Arten von Personalservituten, die in § 478 taxativ aufgezählt werden:⁶³

- Fruchtgenussrecht
- Gebrauchsrecht
- Wohnungsrecht

⁶¹ vgl. Hofmann in Rummel³, §492, Rz 1

⁶² Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §478

⁶³ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 7

Abb. 3: Persönliche Dienstbarkeiten – Übersicht



Quelle: eigene Darstellung

Ein besonderes Merkmal der persönlichen Dienstbarkeit ist ihr Erlöschen mit dem Tod der dienstbarkeitsberechtigten Person. Vom Gesetzgeber wird der Tod einer physischen Person dem Erlöschen einer juristischen Person gleichgestellt.⁶⁴

Ein Servitutsberechtigter kann eine persönliche Dienstbarkeit nicht an jemanden übertragen. Dies ist neben § 485 (siehe Kapitel 2.1.4) in § 507 geregelt.

§ 507 ABGB. „Der Berechtigte darf die Substanz der ihm zum Gebrauche bewilligten Sache nicht verändern; er darf auch das Recht an keinen anderen übertragen.“⁶⁵

Eine Übertragung ist auch nicht in Form einer Verpachtung, Vermietung oder sonstigen Überlassung möglich, selbst dann nicht, wenn der Berechtigte selbst das Recht vorübergehend nicht ausübt oder ausüben kann.⁶⁶ Ausgenommen davon ist das Fruchtgenussrecht, das den Fruchtnießer dazu berechtigt, die Sache zu vermieten oder zu verpachten.⁶⁷

Das umfangreichste Recht ist das Fruchtgenussrecht, gefolgt vom Gebrauchsrecht. Das Wohnrecht hat den geringsten Umfang.

⁶⁴ vgl. Hofmann in Rummel³, §529, Rz 1

⁶⁵ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §507

⁶⁶ vgl. Hofmann in Rummel³, §507, Rz 1

⁶⁷ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 425f

2.2.2.1. Fruchtgenussrecht

Das Fruchtgenussrecht wird in § 509 ABGB geregelt.

§ 509 ABGB. „Die Fruchtnießung ist das Recht, eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen.“⁶⁸

Die Fruchtnießung, auch Fruchtgenuss oder Fruchtgenussrecht, ist das dingliche Recht, eine fremde Sache unter Schonung der Substanz ohne jede Einschränkung zu nutzen.⁶⁹

⁷⁰ Dieses Recht verleiht dem Berechtigten eine eigentümerähnliche Stellung zu der Sache. Der Unterschied zum Eigentumsrecht besteht nur darin, dass der Fruchtnießer die Substanz nicht angreifen darf. Zur Begründung eines Fruchtgenussrechts ist es erforderlich, dass die Absicht der Parteien auf die Begründung eines dinglichen Rechts gerichtet ist. Daher ist eine Eintragung des Fruchtgenussrechts ins Grundbuch notwendig. Fehlt diese Absicht, kann das begründete Recht dem Inhalt nach zwar dem Fruchtgenuss ähnlich sein, hat aber bloß obligatorische Wirkung.⁷¹

Der Fruchtnießer ist dazu verpflichtet, die dienstbare Sache instand zu halten. Das bedeutet, er muss den Wert der Sache erhalten. Sollte sich dieser ohne sein Verschulden verringern, muss er dies nicht verantworten. Gefährdet der Fruchtnießer die Substanz, kann der Eigentümer der Sache von ihm eine Sicherheitsleistung für die Rückstellung verlangen.^{72 73}

Der Unterschied zwischen Gebrauchsrecht und Fruchtgenussrecht ist die Beschränkung auf die Bedürfnisse des Berechtigten beim Gebrauchsrecht.⁷⁴

⁶⁸ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §509

⁶⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §509, Rz 1

⁷⁰ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 8

⁷¹ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 8

⁷² vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 426

⁷³ vgl. Hofmann in Rummel³, § 520, Rz 1

⁷⁴ vgl. Hofmann in Rummel³, §509, Rz 1

2.2.2.2. Gebrauchsrechte

Das Gebrauchsrecht „... gewährt den Gebrauch einer fremden Sache ohne Verletzung der Substanz mit der Beschränkung auf die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, ...“.⁷⁵ Der Unterschied zum Fruchtgenussrecht liegt dabei lediglich im Umfang. Der Berechtigte (Usuar) ist zur Nutzung unter Schonung der Substanz berechtigt, damit er alleinig seine persönlichen Bedürfnisse befriedigt. Der Usuar ist jedoch nicht berechtigt, die Sache zu übertragen. Das heißt, er kann sie nicht vermieten oder verpachten und sie kann kein Gegenstand einer Zwangsvollstreckung des Berechtigten sein.^{76 77} Gegenstand des Gebrauchsrechts sind alle unverbrauchbaren Teile einer Sache.⁷⁸

Ohne grundbücherliche Eintragung besteht nicht die Rechtsvermutung, dass ein Gebrauchsrecht begründet wurde. Hat der Rechtsnachfolger der dienenden Liegenschaft vom Gebrauchsrecht jedoch gewusst oder war es offenkundig für ihn, hat er dieses Gebrauchsrecht gegen sich gelten zu lassen.⁷⁹ Auch eine Wohnungsdienstbarkeit kann, unter der Voraussetzung, dass es neben dem neutralen Gebrauch ein weiteres rechtserhebliches Moment gibt, nach neuerer Rechtsprechung offenkundig sein.⁸⁰

Die letzte der drei persönlichen Dienstbarkeiten, die in § 478 ABGB aufgezählt sind, ist das Wohnungsrecht, das im folgenden Abschnitt skizziert wird.

2.2.2.3. Wohnungsrecht

§ 521 ABGB. „Die Servitut der Wohnung ist das Recht, die bewohnbaren Teile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen. Sie ist also eine Servitut des Gebrauchs von dem Wohngebäude. Werden aber jemandem alle bewohnbaren Teile des Hauses, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen überlassen; so ist es eine Fruchtnießung des Wohngebäudes. Hiernach sind die oben gegebenen Vorschriften auf

⁷⁵ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 9

⁷⁶ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 9

⁷⁷ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 426f

⁷⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, § 504, Rz 2

⁷⁹ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 9

⁸⁰ vgl. Hofmann in Rummel³, §504, Rz 1

das rechtliche Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Eigentümer anzuwenden.“⁸¹

Das Wohnrecht ist zwar als dritte persönliche Dienstbarkeit in § 478 leg cit angeführt, stellt in seiner Art jedoch entweder ein Gebrauchs- oder ein Fruchtgenussrecht dar – je nachdem, ob die Wohnung für den persönlichen Bedarf (Gebrauchsrecht) oder ohne diese Einschränkung (Fruchtgenussrecht) benutzt werden darf. Das Servitut kann das gesamte Gebäude oder bestimmte bewohnbare Teile eines Gebäudes, Nebenräume und auch den Hausgarten umfassen. Ob ein Wohnungsgebrauchs- oder -fruchtgenussrecht vorliegt, ist Vertragsauslegung. Bei der Überlassung eines ganzen Gebäudes oder mehrerer Wohnungen ist normalerweise ein Fruchtgenuss anzunehmen. Wird nur eine Wohnung, wobei die Größe dieser nicht ausschlaggebend ist, überlassen, ist hingegen von einem Wohnungsgebrauchsrecht auszugehen.⁸² Eine Entgeltlichkeit ist hier zwar möglich, doch wird bei ansonsten mietengeschützten Objekten eine Umgehungsabsicht vermutet.⁸³

§ 522 leg cit. *„In jedem Falle behält der Eigentümer das Recht, über alle Teile des Hauses, die nicht zur eigentlichen Wohnung gehören, zu verfügen; auch darf ihm die nötige Aufsicht über sein Haus nicht erschwert werden.*“⁸⁴

Nachdem die Grunddienstbarkeit und die persönliche Dienstbarkeit nun voneinander abgegrenzt wurden, stellt die unregelmäßige Dienstbarkeit wieder eine Verbindung zwischen diesen beiden Arten von Dienstbarkeiten her.

2.2.3. Unregelmäßige Dienstbarkeiten

Eine unregelmäßige Dienstbarkeit ist dem Typ nach eine Grunddienstbarkeit, die aber nicht zugunsten eines Grundstücks, sondern einer bestimmten Person (auch einer juristischen Person und jedermann oder dem Eigentümer eines bestimmten

⁸¹ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §521

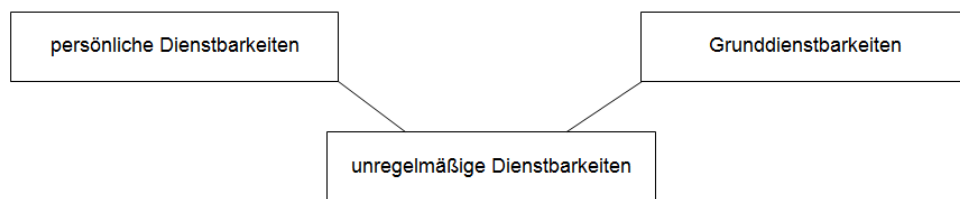
⁸² vgl. Hofmann in Rummel³, §521, Rz 1

⁸³ vgl. Hofmann in Rummel³, §521, Rz 2

⁸⁴ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch: §522

Superädifikats) eingeräumt wird.⁸⁵ Ebenso ist eine persönliche Dienstbarkeit, die als Grunddienstbarkeit begründet wird, eine unregelmäßige Dienstbarkeit.⁸⁶ Beispiele für unregelmäßige Dienstbarkeiten sind ein Holzschlägerungsrecht oder eine Parkbenützung und eine Gemeinde kann etwa zugunsten der Allgemeinheit einen Touristenweg oder ein Skiservitut als unregelmäßige Dienstbarkeit begründen.⁸⁷

Abb. 4: Unregelmäßige Dienstbarkeiten



Quelle: eigene Darstellung

Wie bei den persönlichen Dienstbarkeiten führt der Tod des Berechtigten zum Erlöschen der Dienstbarkeit. Wenn diese im Grundbuch eingetragen ist, kann der Belastete nach dem Tod des Berechtigten die Löschung im Grundbuch veranlassen.⁸⁸

Eine unregelmäßige Dienstbarkeit wird meist durch Vereinbarung begründet, obwohl auch eine Ersitzung – wobei hier keine Besitzzeiten eines Vormanns angerechnet werden können – möglich ist, was von Mayer-Maly in StaatsB 1969, 11 jedoch bezweifelt wird.^{89 90}

Eine unregelmäßige Dienstbarkeit und damit eine Abweichung von der Grunddienstbarkeit oder persönlichen Dienstbarkeit werden primär nicht vermutet. Derjenige, der eine unregelmäßige Dienstbarkeit behauptet, muss beweisen, dass mit

⁸⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, §479, Rz 1

⁸⁶ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 427f

⁸⁷ vgl. Hofmann in Rummel³, § 479, Rz 1

⁸⁸ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 4

⁸⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, § 479, Rz 1

⁹⁰ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 4

der Begründung der Dienstbarkeit nur der Vorteil einer einzelnen Person bezweckt wurde.⁹¹

2.3. Entstehen von Dienstbarkeiten

Für die Entstehung einer Dienstbarkeit ist grundsätzlich nur eine Willensübereinstimmung der Parteien notwendig, die dann meist zu einem Vertrag führt. Wenn diese Dienstbarkeit nicht verbüchert wird, ist sie bloß zwischen den Parteien (inter partes) bindend. Auch wenn es die Absicht der Parteien war, ein einverleibungsfähiges Recht zu begründen, hat der Berechtigte noch keine Sicherheit, dass sein Recht anerkannt wird. Ein gutgläubiger Erwerber oder eine Exekution kann dieses Recht untergehen lassen. Die einzige Ausnahme ist die sogenannte „offenkundige“ Dienstbarkeit, die man bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann oder bei der das Bestehen vermutet wird. Diese erlischt nicht.⁹² Nur verbücherte Dienstbarkeiten haben indes eine dingliche Wirkung und sind gegenüber jedermann durchsetzbar.⁹³

Eine rechtssichere Dienstbarkeit wird nach dem sachenrechtlichen Verfügungsrecht nur aufgrund eines gültigen Titels und einer gesetzlich anerkannten Erwerbungsart entstehen. In den folgenden Abschnitten werden Titel und Modus erörtert.

2.3.1. Titel

Verträge kommen grundsätzlich durch die übereinstimmende Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen zustande („Konsensualvertrag“). Der Gesetzgeber sieht keine bestimmte Form (mündlich, schriftlich, beglaubigt, ...) für den Abschluss von Geschäften vor.⁹⁴ Zur Begründung einer dinglich wirksamen Dienstbarkeit ist ein Titel

⁹¹ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 4

⁹² vgl. Hofmann in Rummel³, §481, Rz 2

⁹³ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeit, Rz 1

⁹⁴ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 184f

notwendig. All jene Titel, die gültig eine Dienstbarkeit begründen, sind in § 480 ABGB aufgelistet.

§ 480 ABGB. *„Der Titel zu einer Servitut ist auf einem Verträge; auf einer letzten Willenserklärung; auf einem bei der Teilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche; oder endlich, auf Verjährung gegründet.“*⁹⁵

Eine Dienstbarkeit kann mittels **Vertrag** geschlossen werden. Dieser Vertrag muss jedoch nicht als Urkunde vorliegen, sondern kann nach § 863 ABGB auch konkludent geschlossen werden. Einzelne Dienstbarkeiten erfordern jedoch eine bestimmte Form bzw. können nur mit der Zustimmung einer Behörde rechtsgeschäftlich begründet werden. So können zum Beispiel ein Fruchtgenuss- und Gebrauchsrecht an land- und forstwirtschaftlichen Liegenschaften nur mit Zustimmung der Grundverkehrsbehörde begründet werden.⁹⁶

Fehlt der Rechtsgrund bei einer erstellten Dienstbarkeitsvertragsurkunde, kann diese nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Der OGH hat dazu entschieden: *„Es muss vielmehr aus der Vertragsurkunde zu entnehmen sein, warum die Dienstbarkeit eingeräumt wurde, sei es durch Kauf, Schenkung etc oder in Erfüllung einer bereits bestehenden (zB beim Verkauf eines Grundstücks übernommenen) Verpflichtung.“*⁹⁷

Bei einer **letztwilligen Erklärung** ist der Fall eines Erblassers gemeint, der zum Beispiel seinem Kind eine Liegenschaft vermacht und seiner Ehefrau gleichzeitig ein Wohnrecht in dem auf der Liegenschaft befindlichen Haus einräumt.⁹⁸

Bei der Teilung gemeinschaftlicher Grundstücke wird mittels **Schiedsspruch** von einem Schiedsmann oder Richter über die allfällige Einräumung des Servituts entschieden. Unmittelbar durch den Übertragungsakt entstehen die offenkundigen Dienstbarkeiten bei Teilung oder Auseinanderfallen des bisher gleichen Eigentums in zwei Liegenschaften, wenn ein Grundstück offenbar dem anderen dient. Eine

⁹⁵ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §480

⁹⁶ vgl. Hofmann in Rummel³, §480, Rz 1

⁹⁷ vgl. OGH 5Ob339/99k

⁹⁸ vgl. Koziol/Welser (2006): Bürgerliches Recht¹³ I, S. 428

Servitutsbegründung durch Rechtsspruch kommt auch bei der Enteignung oder beim Notwegerecht vor.⁹⁹

Durch Verjährung, richtigerweise **Ersitzung**, werden Dienstbarkeiten außerbücherlich erworben, wenn sie nicht durch das ABGB selbst oder durch Sondervorschriften (z. B. JagdG) ausgeschlossen sind.¹⁰⁰

Der zweite Schritt zum Entstehen einer rechtssicheren Dienstbarkeit ist die Erwerbungsart, die im Folgenden dargestellt wird.

2.3.2. Erwerbungsart (Modus)

Der Modus ist in § 481 (1) ABGB eindeutig durch die Eintragung ins Grundbuch vorgesehen. Eine bloße körperliche Übergabe reicht für die Übertragung von verbücherten Rechten nicht aus.¹⁰¹

Nicht jeder, der einen Dienstbarkeitsvertrag mit seinem Nachbarn abschließt, lässt diesen auch verbüchern. Dies kann früher oder später jedoch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen.

Oft scheitert die Eintragung ins Grundbuch an den dafür entstehenden Kosten für den Notar und die Eingabegebühr. Stellt man die Verfahrenskosten, die durchschnittlich EUR 2.445,34 (siehe nächste Abbildung) bei den analysierten OGH-Entscheidungen betrugen, der Eingabegebühr in der Höhe von EUR 45,00¹⁰² und den Kosten für den Notar gegenüber, kann dies allerdings kein vernünftiges Argument für die nicht durchgeführte Grundbucheintragung sein.

⁹⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §480, Rz 2

¹⁰⁰ vgl. Hofmann in Rummel³, §480, Rz 2

¹⁰¹ vgl. Feil (1965): Angewandtes Grundbuchsrecht, S. 287

¹⁰² <http://www.help.gv.at/Content.Node/20/Seite.20060.html>, am 29. Mai 2010

Abb. 5: Kostenübersicht der OGH-Urteile

Geschäftszahl	Datum	Verfahrenskosten		Geschäftszahl ohne Angabe von Verfahrenskosten		
10Ob118/05h	08.11.2005	€ 732,23		10b106/05b	27.09.2005	
10Ob54/05x	28.06.2005	€ 732,23		10b192/04y	10.05.2005	
10b11/05g	24.05.2005	€ 1.192,97		10b76/05s	12.04.2005	
10b241/05f	20.12.2005	€ 4.297,96		50b175/05d	29.11.2005	
10b38/05b	24.06.2005	€ 755,56		60b353/04m	21.04.2005	
20b252/05f	03.11.2005	€ 5.578,74		60b95/04w	23.06.2005	
80b60/04p	30.05.2005	€ 366,34		50b200/05f	10.01.2006	
10b102/06s	16.05.2006	€ 499,40		50b203/06y	29.12.2006	
10b103/06p	16.05.2006	€ 499,40		50b239/06t	28.11.2006	
10b50/06v	16.05.2006	€ 3.172,68		50b94/06v	27.06.2006	
40b104/06g	20.06.2006	€ 732,23		90b135/06b	20.12.2006	
40b219/06v	19.12.2006	€ 399,74		10b48/07a	27.03.2007	
60b212/05b	21.12.2006	€ 499,39		30b134/07p	16.08.2007	
70b256/05f	08.03.2006	€ 549,33		30b203/07k	23.10.2007	
10Ob83/07i	09.10.2007	€ 665,66		50b118/07z	13.07.2007	
40b74/07x	22.05.2007	€ 574,30		50b16/07z	08.05.2007	
90b92/06d	02.03.2007	€ 574,30		50b234/07h	06.11.2007	
10b18/08s	03.04.2008	€ 686,88		50b32/07b	04.06.2007	
10b41/08y	06.05.2008	€ 5.682,50		60b278/06k	12.12.2007	
40b129/08m	23.09.2008	€ 668,39		70b66/07t	18.04.2007	
40b65/08z	20.05.2008	€ 2.587,56		90b43/07z	25.06.2007	
40b94/08i	08.07.2008	€ 742,27		10b229/07v	06.05.2008	
50b152/08a	26.08.2008	€ 820,81		10b234/08f	16.12.2008	
50b273/07v	19.02.2008	€ 10.194,04		10b7/08y	10.06.2008	
60b109/08k	01.10.2008	€ 556,99		40b216/08f	15.12.2008	
60b208/08v	06.11.2008	€ 556,99		50b114/08p	03.06.2008	
60b56/08s	08.05.2008	€ 333,12		50b157/08m	25.11.2008	
80b130/08p	13.11.2008	€ 556,99		50b161/08z	25.11.2008	
80b44/08s	27.05.2008	€ 3.472,04		50b227/08f	21.10.2008	
10b122/08k	26.02.2009	€ 8.610,38		50b82/08g	14.07.2008	
20b238/08a	29.04.2009	€ 1.651,55		10b116/09d	06.07.2009	
30b132/09x	30.09.2009	€ 537,14		30b154/09g	22.10.2009	
40b102/09t	14.07.2009	€ 373,68		30b279/08p	21.01.2009	
40b153/09t	20.10.2009	€ 556,99		30b93/09m	22.07.2009	
50b281/08x	10.02.2009	€ 9.012,43		40b58/09x	09.06.2009	
50b58/09d	09.06.2009	€ 1.005,70		40b83/09y	14.07.2009	
60b2/09a	16.10.2009	€ 346,74		50b117/09f	13.10.2009	
70b241/08d	29.04.2009	€ 640,54		50b136/09z	07.07.2009	
70b267/08b	08.07.2009	€ 855,77		50b37/09s	28.04.2009	
70b44/09k	30.03.2009	€ 3.291,26		50b94/09y	09.06.2009	
		€ 2.445,34				

Quelle: eigene Darstellung

Selbst der OGH vertritt die folgende Meinung: „In Bezug auf Dienstbarkeiten hat das Grundbuch aber von vornherein eine geringere Aussagekraft, weil sich ihre Verbücherung nicht immer lückenlos durchführen lässt. Der Erwerber einer Liegenschaft ist allerdings nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu Nachforschungen über die Richtigkeit des Grundbuchsstandes (sic!) nur dann verpflichtet, wenn sich aus den besonderen Umständen Bedenken gegen die Vollständigkeit des Grundbuchs ergeben. Nur dann also, wenn vom dienenden Grundstück aus bei einiger Aufmerksamkeit Einrichtungen oder Vorgänge wahrgenommen werden können, die das Bestehen einer Dienstbarkeit vermuten lassen,

wird ein Vertrauen auf den Grundbuchstand oder die Zusage der Lastenfreiheit durch den Voreigentümer nicht geschützt.“¹⁰³

Trotzdem verlangt der Gesetzgeber, dass neben dem gültigen Titel eine Erwerbungsart für die Begründung des dinglichen Rechts notwendig ist. Fehlt die Absicht bei verbücherten Liegenschaften, die Dienstbarkeit zu intabulieren, kann kein dingliches Recht entstehen, sondern nur eine „obligatorisch wirksame Dienstbarkeit“.¹⁰⁴

Eine Eintragung ins Grundbuch kann nur aufgrund einer Urkunde bewilligt werden, die in einer vorgeschriebenen Form ausgefertigt sein muss und die einen gültigen Rechtsgrund enthält.¹⁰⁵ Wie eine solche eintragungsfähige Urkunde auszusehen hat und welchen Inhalt diese enthalten muss, findet sich in den §§ 27 und 31 GBG.

§ 27 (1) leg cit. *„Die Urkunden, auf Grund deren eine bücherliche Eintragung geschehen soll, müssen frei von solchen sichtbaren Mängeln sein, durch die ihre Glaubwürdigkeit geschwächt wird, und, wenn sie aus mehreren Bogen bestehen, so geheftet sein, daß kein Bogen unterschoben werden kann.*“¹⁰⁶

§ 27 (2) GBG. *„Sie müssen auch eine solche Bezeichnung der an dem Rechtsgeschäft beteiligten Personen enthalten, dass diese nicht mit anderen verwechselt werden können; bei natürlichen Personen muss das Geburtsdatum angegeben werden, bei Rechtsträgern, die im Firmenbuch eingetragen sind, die Firmenbuchnummer, und bei inländischen Vereinen die Vereinsregisterzahl (ZVR-Zahl).*“¹⁰⁷

§ 27 (3) leg cit. *„Diese Urkunden müssen überdies die Angabe des Ortes, Tages, Monates und Jahres der Ausfertigung der Urkunde enthalten.*“¹⁰⁸

In § 31 (1) leg cit. wird schließlich eine gerichtlich oder notariell beglaubigte Unterschrift der Parteien samt Beglaubigungsvermerk auf der Urkunde verlangt.

¹⁰³ OGH 9Ob252/02b

¹⁰⁴ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 1

¹⁰⁵ vgl. Allgemeines Grundbuchgesetz 1955, § 26

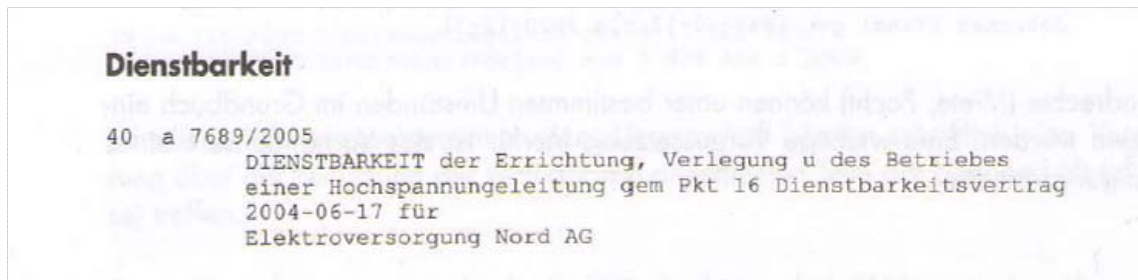
¹⁰⁶ Allgemeines Grundbuchgesetz 1955, §27 (1)

¹⁰⁷ Allgemeines Grundbuchgesetz 1955, §27 (2)

¹⁰⁸ Allgemeines Grundbuchgesetz 1955, §27 (3)

Wenn alle Voraussetzungen für die eintragungsfähige Urkunde erfüllt sind, wird bei der dienenden Liegenschaft die Dienstbarkeit ins Lastenblatt (C-Blatt) eingetragen. In das C-Blatt werden neben Dienstbarkeiten auch Pfandrechte, Wiederkaufsrechte, Vorkaufsrechte usw. eingetragen Die bloße Evidenz ist für die Erwerbungsart nicht relevant.¹⁰⁹

Abb. 6: Eintragung im C-Blatt



Quelle: Jauk (2006), Das Grundbuch in der Praxis, S. 70

Die Ersichtlichmachung erfolgt bei der herrschenden Liegenschaft im Gutbestandsblatt, zweite Abteilung (A2-Blatt), in das neben Dienstbarkeiten in herrschender Stellung unter anderem auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen, Enteignungsverfahren und Anmerkungen, wie Naturschutz, Naturdenkmal usw., eingetragen werden.¹¹⁰

Abb. 7: Eintragung im A2-Blatt



Quelle: Jauk (2006), Das Grundbuch in der Praxis, S. 37

¹⁰⁹ vgl. Jauk (2006), Das Grundbuch in der Praxis, S. 9

¹¹⁰ vgl. Jauk (2006), Das Grundbuch in der Praxis, S. 9

2.3.3. Ersitzung

Große Bedeutung bei außerbücherlichen Dienstbarkeiten kommt der Ersitzung zu, die im vierten Hauptstück des dritten Teils („Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte“) des ABGB in den §§ 1451 bis 1502 geregelt ist. In diesem wird auch das Thema der Verjährung abgehandelt, was zu vielen Missverständnissen geführt hat.¹¹¹

Nach herrschender Meinung ist die Ersitzung Gegenstand des Sachenrechts und wird auf eine abschließende Aufzählung ersitzungsfähiger Rechte angewendet. Dies sind dingliche Rechte: Eigentum, Dienstbarkeiten und Reallasten.¹¹²

*„Die Ersitzung scheint eines der wenigen Rechtsinstitute unserer Rechtsordnung zu sein, das ohne Formalakt, ohne Erklärung, nur durch das bloße Sein unter bestimmten Voraussetzungen eine entscheidende Änderung der Rechtslage bewirkt, nämlich deren Anpassung an die faktischen Verhältnisse. Demjenigen, der gutgläubig ein nur scheinbar zustehende Recht ausübt, wird der Vorzug gegenüber einer Person eingeräumt, die ihre wahre Legitimation sogar nachweisen vermag.“*¹¹³

Da die Ersitzung immer die Neuordnung von Rechten bewirkt, sind immer Rechte, nie aber Sachen, unmittelbarer Gegenstand der Ersitzung¹¹⁴ und haben dingliche Wirkung. Das ersessene Recht wirkt sofort gegen jedermann.¹¹⁵ Es kann nach § 1453 ABGB von jedem erworben werden, der dazu fähig ist, Eigentum zu erwerben.¹¹⁶

Neben natürlichen Personen können auch juristische Personen durch ihre Organe Besitz erwerben und somit auch ersitzen.¹¹⁷ Die Ersitzung kann auch durch Besitzmittler, die für den Besitzwerber die für die Ersitzung erforderlichen Handlungen vornehmen, erwirkt werden. So kann beispielsweise ein Mieter für den Hauseigentümer

¹¹¹ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 85

¹¹² vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 86

¹¹³ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 31

¹¹⁴ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 177

¹¹⁵ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 90

¹¹⁶ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, § 1453

¹¹⁷ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, § 1453, Rz 1

Besitzmittler sein. Auch wenn die Ersitzung mittels Besitzmittler erfolgt, müssen die Besitzergreifungshandlungen dem zu ersitzenden Recht entsprechen.¹¹⁸

Derjenige, der ein ersessenes Recht behauptet, muss dieses nach Inhalt und Umfang sowie die Vollendung der Ersitzungszeit beweisen. Der Liegenschaftseigentümer hat zur Abwehr der Ersitzung dagegen zu belegen, dass die der Ersitzung zugrunde liegende Besitzausübung nicht während der gesamten Ersitzungszeit ausgeübt wurde.¹¹⁹

Die Ersitzung ist keinesfalls ein „gerechtes“ Rechtsinstitut, dient jedoch der Schaffung von Rechtssicherheit durch die Vermeidung von Rechtsstreiten.¹²⁰

Eine Voraussetzung für die Ersitzung ist der Besitz bzw. Besitzwille. Die Besitzausübung muss so gestaltet sein, dass für denjenigen, in dessen Recht eingegriffen wird, dies erkennbar ist und sie muss dem zu erwerbenden Recht in Inhalt und Umfang entsprechen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass keine bloße prekäristische Duldung vorliegt.¹²¹ Die Besitzausübung muss außerdem kontinuierlich während der gesamten Ersitzungszeit erfolgt sein.

Im Zusammenhang mit unregelmäßig ausgeübten Dienstbarkeiten hat der Gesetzgeber keine spezielle Regelung zur Ersitzung erstellt, sondern diese muss im Einzelfall nach den vorliegenden Umständen beurteilt werden.¹²²

Die Ersitzung an öffentlichem Gut ist nur dann möglich, wenn diese nicht von vornherein ausgeschlossen ist¹²³, die Benützung außerhalb des Gemeingebrauchs erfolgt und für den Liegenschaftseigentümer erkennbar ist.¹²⁴ Doch auch der umgekehrte Fall ist möglich, dass eine Gemeinde eine Dienstbarkeit ersitzt. Dabei genügt es, wenn die Allgemeinheit, darunter sind sowohl Gemeindebürger als auch Touristen oder Gäste zu verstehen, den Weg wie einen öffentlichen Weg benützt und dies auch notwendig ist. Eine Notwendigkeit ist zum Beispiel dann gegeben, wenn der Weg, abseits einer durch

¹¹⁸ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 3

¹¹⁹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 8

¹²⁰ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 31

¹²¹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 2

¹²² vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 7

¹²³ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 4

¹²⁴ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 3

Kraftfahrzeuge befahrenen Straße, als Wanderweg genutzt wird. In diesem Fall ist eine bloße prekaristische Duldung nicht anzunehmen.¹²⁵ Für die Duldung ist ausschlaggebend, dass der Duldende die Ausübung des Rechts erkennen konnte und diese nicht weiter beachtet hat.¹²⁶

Eine ersessene Dienstbarkeit hat im Entstehungszeitpunkt keinen bestimmten Umfang, wie dies meist bei vereinbarten Dienstbarkeiten der Fall ist. Diese sogenannten „ungemessenen Dienstbarkeiten“ orientieren sich an deren Nutzen zum Entstehungszeitpunkt. Weitere Ausführungen dazu folgen in Kapitel 3.1.1.1.¹²⁷

Aufgrund verschiedener Gesetze ist eine Ersitzung ausgeschlossen, wie etwa aufgrund des Wald- und Weidenservituten-Grundsatzgesetzes oder des Landesjagdgesetzes.¹²⁸ Selbst das ABGB schließt die Ersitzung von Rechten aus. Diese Rechte, die sich in den §§ 1456 bis 1459 leg cit finden, kommen dem Staat allein zu, wie zum Beispiel das Recht, Steuern auszuschreiben oder Münzen zu prägen. Dies betrifft aber auch Rechte, die zwar dem Staat zukommen, aber nicht ausschließlich, wie das Familienrecht sowie die Rechte eines Menschen über seine Handlungen und sein Eigentum.¹²⁹

2.3.3.1. Intabulation ersessener Rechte

Ein ersessenes Recht wie auch eine ersessene Dienstbarkeit werden erst gegen jedermann verbindlich, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Die Eintragung des ersessenen Rechts bedarf, wie auch jede andere Eintragung, einer intabulationsfähigen Urkunde, die entweder einvernehmlich mit dem bürgerlichen Eigentümer oder durch ein behördliches Verfahren geschaffen wird.¹³⁰ In Form einer Anerkennungsurkunde halten die Parteien einvernehmlich gegenseitig fest, dass eine Ersitzung stattgefunden hat. Weiters muss der Ersitzer seinen „Übereignungsanspruch“ geltend machen und der

¹²⁵ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 5

¹²⁶ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1460, Rz 3

¹²⁷ vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 1

¹²⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §477, Rz 1

¹²⁹ vgl. Gusenleitner (2004): Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand, S. 97

¹³⁰ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 651f

bücherliche Eigentümer muss diesen ausdrücklich anerkennen und einer Einverleibung zustimmen.¹³¹

Hier sei angemerkt, dass die zuvor beschriebene Vorgehensweise einer Lehrmeinung nach eine „Leerformel“ darstellt, da der Eigentümer eine Erklärung über ein nicht mehr ihm gehörendes Recht zwecks Formerfüllung abgibt, denn mit dem Ende der Ersitzungszeit hat der Ersitzer bereits das Recht erworben, dass ihm der Eigentümer urkundlich überträgt. Somit erwirbt der Ersitzer nicht nur das ersessene Recht, sondern auch einen dinglichen „... Anspruch auf Herstellung des seinem Recht entsprechenden Buchstands.“ Dieser Lehrmeinung nach besteht ein „Umschreibungsanspruch“, mit dem das Grundbuch richtigzustellen ist, und nicht ein Anerkenntnis des bücherlichen Eigentümers.¹³²

Die rechtliche Beurteilung der eingebrachten Urkunde obliegt dem Grundbuchgericht. Die Parteien können daher nur Tatsachen liefern, aus denen das Gericht rechtliche Folgerungen schließt. Indessen ist es nicht die Aufgabe der Parteien, eine Urkunde zu errichten, in der festgehalten ist, dass der Grundbuchstand unrichtig ist. *„Das bestimmte Begehren (§85 Abs 2 GBG 1955) des Grundbuchs-Berichtigungsantrags gem § 136 GBG 1955 zwecks deklarativer Nachführung des Buchstands an die wahre Rechtslage ist im hier ggstl Fall der Ersitzung des Eigentums an einer verbücherten Liegenschaft auf die Einverleibung des Eigentumsrechts des außerbücherlichen Erwerbers ob der ersessenen Liegenschaft zu richten.“*¹³³ Wenn eine einvernehmliche Schaffung einer intabulationsfähigen Urkunde nicht möglich ist, kann der Ersitzungseigentümer die Intabulation nur auf streitigem Rechtsweg erlangen.¹³⁴

Die Lehrmeinungen gehen bei der Frage auseinander, unter welchem Titel der Rechtsweg beschritten werden soll: die Klage auf Berichtigung des Grundbuchs

¹³¹ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 652

¹³² vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 653

¹³³ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 653f

¹³⁴ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 623f

(Ehrenzweig, Holzhammer/Roth und Koziol), die Feststellungsklage auf ersessenes Eigentum (Klang), die Feststellungsklage mit zusätzlichem Begehren auf Eintragung (Gschnitzer) oder ein Feststellungsbegehren, um dann aufgrund des Urteils die Einverleibung zu begehren (Rechberger/Bittner), um nur einige anzuführen.¹³⁵ Die Problematik, die von den verschiedenen Lehrmeinungen unterschiedlich vertreten wird, ist die, dass eine bloße Feststellung keine exekutierbare Handlung beinhaltet, wohingegen ein Leistungsbegehren eine exekutive Durchsetzung impliziert.¹³⁶

Der OGH vertritt einerseits die Meinung, dass nach vollendeter Ersitzung das Klagebegehren auf Feststellung des Bestehens einer Dienstbarkeit zu richten ist und damit auch die Intabulation ins Grundbuch ermöglicht wird, schränkt aber in einem Urteil ein, dass man durch eine Feststellungsklage eine Leistung nicht schlüssig beehrt.¹³⁷ Andererseits vertritt der OGH auch die Meinung, dass eine Ersitzung an Eigentumsrechten an einem Grundstück nur mit einem Urteil, das auch gemäß § 305 EO exekutierbar ist, geltend gemacht werden kann.¹³⁸

Die Kumulierung von Feststellungs- und Leistungsbegehren erkennt der OGH auch als zulässig an, „... *da das Leistungsbegehren nicht ungesetzlich, sondern vielmehr ein Ausfluss des gegen die die Servitut bestreitenden Beklagten gelten gemachten Rechts (§ 523 ABGB) sei.*“ Ebenso wird die der Feststellungsklage nachfolgende Leistungsklage anerkannt.¹³⁹

Derjenige, der durch Ersitzung ein Recht erworben hat und dieses auch, mit welchem Begehren auch immer, einklagt, sollte zu seiner Rechtssicherheit die Möglichkeit der Klageanmerkung nach § 70 GBG im Grundbuch nutzen, denn diese schützt ihn vor dem

¹³⁵ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 624ff

¹³⁶ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 626

¹³⁷ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 626f

¹³⁸ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 627

¹³⁹ vgl. Sprung/Köllensperger (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), S. 628

gutgläubigen Erwerb eines Nachmanns, solange sein Recht noch nicht im Grundbuch eingetragen ist.¹⁴⁰

2.4. Erlöschen von Dienstbarkeiten

Eine Dienstbarkeit kann auf eine bestimmte Zeit befristet sein und nach dieser Frist erlöschen. Dies ist jedoch nur eine von vielen Möglichkeiten, wie eine Dienstbarkeit erlischt.

Im Folgenden wird aufgezeigt, welche Arten des Erlöschens es für die Dienstbarkeit gibt:

- a) Verzicht des Berechtigten¹⁴¹
- b) Verjährung (§§ 1479, 1484) und Freiheisersitzung (§ 1488), jedoch nicht durch bloßen Nichtgebrauch¹⁴²
- c) Vorzeitige Auflösung aus besonders wichtigen Gründen¹⁴³
- d) Gutgläubiger Erwerb der belasteten Sache bei nicht eingetragener Dienstbarkeit¹⁴⁴
- e) Enteignung des belasteten Grundstücks oder der Dienstbarkeit¹⁴⁵
- f) Abtrennung eines von einer Grunddienstbarkeit nicht betroffenen Grundstücksteils¹⁴⁶
- g) Völlige Zwecklosigkeit oder gänzliche Unwirtschaftlichkeit der Dienstbarkeit¹⁴⁷

¹⁴⁰ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1498, Rz 1

¹⁴¹ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 2

¹⁴² vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 2

¹⁴³ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 2

¹⁴⁴ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 2

¹⁴⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 3

¹⁴⁶ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 3

¹⁴⁷ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 4

- h) Zwangsveräußerung, soweit der Käufer die Dienstbarkeit nicht zu übernehmen hat¹⁴⁸
- i) Untergang des dienstbaren oder herrschenden Grundes¹⁴⁹
- j) Vereinigung des dienstbaren und des herrschenden Grundes¹⁵⁰
- k) Zeitablauf bei zeitlich begrenzten Servituten¹⁵¹
- l) Bis zum Erreichen einer bestimmten Zeit¹⁵²
- m) Mit dem Tod bei persönlichen Servituten¹⁵³

Die Punkte b) Verjährung und Freiheitsersitzung, d) gutgläubiger lastenfreier Erwerb und h) Zwangsveräußerung werden im Folgenden noch genauer betrachtet, da diese häufig zur rechtlichen Beurteilung bei den untersuchten Urteilen herangezogen wurden. Daraus wurde zudem der Schluss gezogen, dass diese immer wieder Auslöser für gerichtliche Auseinandersetzungen sind.

2.4.1. Verjährung und Freiheitsersitzung

Dienstbarkeiten können durch Ablauf einer bestimmten Frist erlöschen – einerseits durch den schlichten Nichtgebrauch, der in § 1479 ABGB geregelt ist, und andererseits durch die Freiheitsersitzung („usucapio liberatis“).¹⁵⁴

§ 1479 ABGB. *„Alle Rechte gegen einen Dritten, sie mögen den öffentlichen Büchern einverleibt sein oder nicht, erlöschen also in der Regel längstens durch den*

¹⁴⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §524, Rz 5

¹⁴⁹ vgl. Hofmann in Rummel³, §525, Rz 1

¹⁵⁰ vgl. Hofmann in Rummel³, §526, Rz 1

¹⁵¹ vgl. Hofmann in Rummel³, §527, Rz 1

¹⁵² vgl. Hofmann in Rummel³, §528

¹⁵³ vgl. Hofmann in Rummel³, §529, Rz 1

¹⁵⁴ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 1

*dreißigjährigen Nichtgebrauch, oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen.*¹⁵⁵

Eine Ausnahme zu oben angeführten Paragraphen bilden beispielsweise das Eigentums- und Notwegerecht, das durch Nichtgebrauch nicht verjährt.¹⁵⁶

Nicht nur außerbücherliche, sondern auch intabulierte Dienstbarkeiten können verjähren. Die Verjährung eines Rechts hängt davon ab, ob es auch ohne Eintragung ins Grundbuch verjähren hätte können. Der Nichtgebrauch setzt keine positive Handlung voraus. Beispielsweise gibt es keine aktive Handlung eines Leitungsberechtigten, der nur eine Wasserleitung über den Grund des Belasteten führt. Die Verjährungsfrist für den Nichtgebrauch beginnt mit dem Unterlassen der möglichen Rechtsausübung. Das bedeutet, für eine nicht ununterbrochen ausgeübte Dienstbarkeit, zum Beispiel die Dienstbarkeit einer Skiabfahrt, beginnt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, mit dem die Dienstbarkeit wieder hätte ausgeübt werden können.¹⁵⁷

Für das Thema der außerbücherlichen Dienstbarkeiten ist die Verjährung nachrangig. Viel häufiger beziehen sich mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten belastete Liegenschaftseigentümer auf die Freiheitsersitzung nach § 1488 ABGB.

§ 1488 ABGB. *„Das Recht der Dienstbarkeit wird durch den Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt, (sic!) und der Berechtigte durch drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat.*“¹⁵⁸

Freiheitsersitzung bedeutet, dass sich der Eigentümer der belasteten Liegenschaft dem Gebrauch durch den Berechtigten widersetzt und dieser die Hinderung hinnimmt.¹⁵⁹ Das Hindernis kann dabei nicht nur vom Eigentümer, sondern auch vom Besitzer des Grundstücks zum Zwecke der Freiheitsersitzung errichtet werden. Allerdings hat es keine Wirkung, wenn ein Dritter, wie zum Beispiel ein weiterer

¹⁵⁵ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §1479

¹⁵⁶ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1479, Rz 1

¹⁵⁷ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1479, Rz 2

¹⁵⁸ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §1488

¹⁵⁹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 1

Dienstbarkeitsberechtigter, das Hindernis errichtet. Wenn etwa zwei Wegeberechtigte ein Grundstück benützen und einer der beiden einen Schranken errichtet, der mit einem Schloss versperrt ist, reicht dies nicht für den Beginn der Verjährungsfrist für eine Freiheitsersitzung aus.¹⁶⁰

„... wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt, ...“¹⁶¹ besagt nur, dass der Dienstbarkeitsbelastete eine Handlung setzt, die als „Akt der Widersetzlichkeit“ gedeutet werden kann. Die tatsächliche Absicht, dass der Belastete die Handlung nur gesetzt hat, um den Berechtigten an der Ausübung zu hindern, ist nicht erforderlich.¹⁶²

Für den Beginn des Verjährungslaufs ist es auch nicht ausreichend, wenn das Hindernis nur durch einen Dritten wahrgenommen wird. Auch nur eine teilweise Widersetzung ist möglich, wenn zum Beispiel die Ausübung des Wegerechts an bestimmten Tagen nicht möglich ist.¹⁶³

Die Verjährungsfrist für die Freiheitsersitzung dauert nicht so wie bei Nichtgebrauch 30, sondern nur drei Jahre.¹⁶⁴

Die wichtigste Frage lautet, wann der Fristenlauf beginnt und wann damit das Recht verjährt ist. Wie bereits beim schlichten Nichtgebrauch gilt auch hier, dass grundsätzlich der Fristenlauf mit der Möglichkeit der Rechtsausübung beginnt.¹⁶⁵ Nach jüngerer Rechtsprechung genügt es jedoch, dass der Dienstbarkeitsberechtigte das Hindernis, das ihn an der Ausübung seines Dienstbarkeitsrechts hindert, hätte wahrnehmen können. Ausschlaggebend ist daher einzig, ob er Kenntnis von dem Hindernis erlangen hätte können, wenn er sein Dienstbarkeitsrecht mit gewöhnlicher Sorgfalt ausgeübt hätte. Ob der Dienstbarkeitsberechtigte anwesend war, ist dafür nicht relevant. Der Begriff „gewöhnliche Sorgfalt“ wird in diesem Zusammenhang auch oft

¹⁶⁰ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 2

¹⁶¹ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §1488

¹⁶² vgl. OGH 4Ob84/05i

¹⁶³ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 2

¹⁶⁴ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 1

¹⁶⁵ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 2

durch „gehörige Aufmerksamkeit“ ersetzt.¹⁶⁶ Es müssen lediglich Vorkehrungen getroffen werden, die die normale Ausübung der Dienstbarkeit, zu einer Zeit, zu der der Berechtigte normalerweise sein Dienstbarkeitsrecht ausübt, unmöglich machen oder erschweren. Wenn beispielsweise ein Wegeberechtigter, der sein Recht nur im Sommer ausübt, durch einen in den Wintermonaten aufgestellten Schranken behindert wird, beginnt der Fristenlauf erst mit dem nächsten Sommer, d. h. dem Zeitpunkt, zu dem der Wegberechtigte erstmalig sein Recht wieder ausüben hätte wollen. Ebenso ist es nicht notwendig, die Ausübung gänzlich unmöglich zu machen, zum Beispiel durch die Errichtung einer Mauer. Ausreichend ist hierbei bereits eine Erschwerung bei der Rechtsausübung, wie etwa das Aussprechen eines Verbots oder einer Drohung. Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Berechtigte Kenntnis davon hat, beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Sollte ein Hindernis bereits bei Dienstbarkeitsbegründung bestanden haben, ist dies noch kein Widersetzen im Sinne der Verjährung. Sobald der Dienstbarkeitsberechtigte die Entfernung fordert und der Belastete sich dem widersetzt, läuft die Verjährungsfrist.¹⁶⁷

Die Widersetzlichkeit gegenüber dem Dienstbarkeitsberechtigten muss im Einzelfall beurteilt werden.¹⁶⁸ *„Die Behauptungs- und Beweislast für die Freiheitsersitzung trifft den Eigentümer, der auch ausdrücklich den Verjährungseinwand erheben muss, sofern er belangt wird. Die gerichtliche Geltendmachung des Rechts durch den Servitutsberechtigten unterbricht die Verjährungsfrist.“*¹⁶⁹

Die Verjährungsfrist wird durch den gutgläubigen Erwerb eines Dritten¹⁷⁰ oder durch den Beginn von Vergleichsverhandlungen unterbrochen. Scheitern die Verhandlungen, muss innerhalb einer angemessenen Frist, die mit bis zu drei Monaten angeführt wird, Klage eingebracht werden.¹⁷¹

¹⁶⁶ vgl. u.a. OGH 4Ob84/05i

¹⁶⁷ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 2

¹⁶⁸ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 2

¹⁶⁹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 5

¹⁷⁰ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 4

¹⁷¹ vgl. OGH 4Ob74/07x

2.4.2. Gutgläubiger lastenfreier Erwerb

Der gutgläubige lastenfreie Erwerb stützt sich auf den Grundbuchstand. Derjenige, der im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchstands Rechtshandlungen vornimmt, wird durch das Publizitätsprinzip des Grundbuchs geschützt.¹⁷² Die Problematik liegt nun jedoch darin, dass die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuches bloße Fiktion sein können, da die tatsächliche rechtliche Situation vom Grundbuchstand nicht unbedingt wiedergegeben werden muss – etwa aufgrund einer fehlerhaften Rechtsakte, mangelhafter Eintragungen oder einer außerbücherlich entstandenen Rechtslage, für die ein nicht intabuliertes ersessenes Dienstbarkeitsrecht ein Beispiel wäre.¹⁷³

Der Gutglaubensschutz des Grundbuchs ist nicht gegeben, wenn bei gehöriger Sorgfalt hätte auffallen müssen, dass die tatsächliche Rechtslage im Widerspruch zum Grundbuchstand steht.¹⁷⁴ Auch wer aufgrund einer bloß leichten Fahrlässigkeit den Widerspruch nicht erkannt hat, wird dabei nicht geschützt.¹⁷⁵ Andererseits ist ein Erwerber nicht zu eigenen Nachforschungen verpflichtet, um die Richtigkeit des Grundbuchstands zu prüfen. Sollte er jedoch konkrete Bedenken haben, dass es Unstimmigkeiten zwischen der tatsächlichen Rechtslage und dem Grundbuchstand gibt, muss er diesen nachgehen. Die alleinige Erklärung des Grundeigentümers ist dabei nicht ausreichend. Hier müssten Erkundigungen bei Nachbarn oder bei der jeweiligen Gemeinde eingeholt werden. Wer dies unterlässt, kann sich nicht erfolgreich auf den Grundbuchstand berufen.¹⁷⁶

Bei offenen Dienstbarkeiten ist der gute Glaube ausgeschlossen.¹⁷⁷

„Wer einen gültigen Titel, ..., besitzt, ..., ist trotz Nichtverbücherung geschützt (8 Ob 622/91), wenn sichtbare Anlagen auf dem dienenden Grund oder sonstige

¹⁷² vgl. Feil (1965): Angewandtes Grundbuchsrecht, S. 309

¹⁷³ vgl. Feil (1965): Angewandtes Grundbuchsrecht, S. 310ff

¹⁷⁴ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 1

¹⁷⁵ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 3

¹⁷⁶ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 3

¹⁷⁷ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 3

*Einrichtungen oder Vorgänge, die man von dort aus bei einiger Aufmerksamkeit wahrnehmen kann, das Bestehen einer D[ienstbarkeit]. vermuten lassen, ...*¹⁷⁸

Nicht nur Grunddienstbarkeiten, auch persönliche Dienstbarkeiten können indes eine offenkundige Dienstbarkeit darstellen. Bei offenkundigen persönlichen Dienstbarkeiten gilt auch, dass der Erwerber diese gegen sich gelten lassen muss, wenn er diese gekannt hat.¹⁷⁹

Ein Erwerber, der im Vertrauen auf das Grundbuch gutgläubig erworben hat, macht eine vollendete Ersitzung wirkungslos. Zugleich wird eine noch laufende Ersitzung dadurch unterbrochen und hindert den, der eine Dienstbarkeit behauptet, an der Besizanzrechnung. Der gute Glaube kommt einem Erwerber jedoch nur dann zugute, wenn er sofort nach Kenntnis des außerbücherlichen Rechts Klage einbringt, um nicht durch Duldung des Rechts seinen guten Glauben zu verlieren.¹⁸⁰

Ausschlaggebend für den gutgläubigen lastenfreien Erwerb ist der gute Glaube nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern er muss auch bei Einbringung des Ansuchens um Einverleibung aufrecht sein. Die nachträgliche Kenntnis eines außerbücherlichen Rechts ist dann bedeutungslos.¹⁸¹ Die Schlechtgläubigkeit des Erwerbers muss der vermeintlich Rechtsberechtigte beweisen, der sich auf die mangelnde Gutgläubigkeit beruft. Der Erwerber hat hingegen zu belegen, dass er durch Nachprüfung bei offenen Dienstbarkeiten seine Gutgläubigkeit aufrechterhalten hat.¹⁸²

2.4.3. Zwangsveräußerung

Da die Zwangsversteigerung immer wieder als Übertragung von Rechten bei den analysierten Urteilen vorgekommen ist und somit auch in diesem Bereich des Öfteren unklare Rechtssituationen entstehen, soll auch die Zwangsversteigerung im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten betrachtet werden.

¹⁷⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §481, Rz 2

¹⁷⁹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 3

¹⁸⁰ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 4

¹⁸¹ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 4

¹⁸² vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 5

Ein Gläubiger, der gegen einen Schuldner Exekution führt, hat im Normalfall drei Möglichkeiten, sich zu befriedigen: die zwangsweise Pfandrechtsbegründung, die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung. Der erste Fall wird einem Gläubiger im Falle einer Liegenschaftsexekution keine Befriedigung verschaffen und auch die Zwangsverwaltung wird der Gläubiger nur dann anstreben, wenn der Schuldner aus der Liegenschaft Einkünfte bezieht. Allein aus dem Verkaufserlös einer Zwangsversteigerung kann sich der Gläubiger zumeist befriedigen.¹⁸³

§ 150 Exekutionsordnung regelt die Übernahme von Lasten.

§ 150 EO. *„(1) Dienstbarkeiten, Ausgedinge und andere Reallasten, denen der Vorrang vor dem Befriedigungsrecht eines betreibenden Gläubigers oder einem eingetragenen Pfandrecht zukommt, sind vom Ersterer ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen. Nachfolgende Lasten sind nur insoweit zu übernehmen, als sie nach der ihnen zukommenden Rangordnung in der Verteilungsmasse Deckung finden.*

(1a) Dienstbarkeiten, die der leitungsgebundenen Energieversorgung dienen, sind auch dann ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen, wenn der aus der Dienstbarkeit Berechtigte unwiderruflich erklärt hat, den vom Sachverständigen ermittelten Wert der Dienstbarkeit zu zahlen.“

(2) Nicht rechtzeitig ausgeübte Wiederkaufsrechte sind nach Durchführung des Versteigerungsverfahrens ohne Anspruch auf Entschädigung aus dem Meistbote zu löschen.“

(3) Für bücherlich eingetragene Bestandrechte bleiben die Vorschriften des § 1121 ABGB. maßgebend.“¹⁸⁴

Ob eine Dienstbarkeit oder sonstige Last vom Erwerber übernommen werden muss oder nicht, hängt vom Rang ab, den diese einnimmt. Ist sie im Rang vor dem des betreibenden Gläubigers, hat sie der Erwerber „ohne Anrechnung auf das Meistbot zu

¹⁸³ vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 21

¹⁸⁴ Exekutionsordnung (2008), §150

übernehmen“. Ist sie nachrangig oder in der gleichen Rangordnung, muss sie nur soweit übernommen werden, wie sie in der Verteilungsmasse Deckung findet.¹⁸⁵

Wenn der Erwerber die Dienstbarkeit zu übernehmen hat, wirkt sich das auf den Verkehrswert aus, der dadurch gemindert wird, denn es wird nur der Schätzwert der Liegenschaft mit aufrechter Dienstbarkeit oder sonstiger Last ermittelt.¹⁸⁶ Wenn der Berechtigte zustimmt, muss die Dienstbarkeit vom Erwerber nicht oder nur unter Anrechnung auf das Meistbot übernommen werden. Dies bewirkt jedoch eine Änderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen und muss beantragt werden.¹⁸⁷

Im Fall einer offenkundigen, nicht verbücherten Dienstbarkeit herrschen zwei Meinungen vor: Die eine Meinung besagt, dass solche Dienstbarkeiten bei einer Versteigerung erlöschen. Die häufiger vertretene Meinung ist jedoch die, dass eine offenkundige, nicht verbücherte Dienstbarkeit vom Erwerber zu übernehmen ist, wenn sie durch den Zeitpunkt ihrer Begründung (zum Beispiel Ersitzung) dem Rang des betreibenden Gläubigers vorgeht oder im Meistbot Deckung findet. Bei einer offenkundigen Dienstbarkeit fehlt dem Erwerber der gute Glaube, sodass er die Liegenschaft nicht lastenfrei erwerben kann.^{188 189}

Die Behauptungs- und Beweislast liegt beim Servitutsberechtigten, wenn er diese anstrebt. Sollte der Erwerber behaupten, dass die Dienstbarkeit nicht vor dem Zuschlag begründet wurde, muss er dies auch beweisen.¹⁹⁰

Der jüngeren Rechtsprechung ist dabei vorzuwerfen, dass sie nicht auf die Interessen des Erwerbers einer zwangsversteigerten Liegenschaft Rücksicht nimmt, da für diesen keine Rechtssicherheit gegeben ist und er womöglich bedeutsame Lasten, die nicht in den Versteigerungsbedingungen enthalten waren, doch noch tragen muss.¹⁹¹

¹⁸⁵ vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 89 f

¹⁸⁶ vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 90

¹⁸⁷ vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 90

¹⁸⁸ vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 90

¹⁸⁹ vgl. Angst in Angst², §150 EO, Rz 10

¹⁹⁰ vgl. Angst in Angst², §150 EO, Rz 10

¹⁹¹ vgl. Angst in Angst², §150 EO, Rz 11

Ausnahmen, die der Erwerber immer ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen hat, sind öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten sowie Verpflichtungen aus der Bauordnung. Sobald die Verpflichtung in eine Geldschuld umgewandelt wurde und somit keinen direkten Bezug zur Liegenschaft mehr hat, ist der Erwerber nicht länger kostenpflichtig.¹⁹²

Nur derjenige, der seine nicht verbücherte Dienstbarkeit bis zur Versteigerung klagsweise geltend macht und damit die Eintragung ins Grundbuch erwirkt, kann seine Rechte auch bei einer Zwangsversteigerung aufrechterhalten.¹⁹³

2.5. Rechtsunsicherheit in Verbindung mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten

Wie bereits in Kapitel 2.3.2 festgestellt wurde, besitzt das Grundbuch in Bezug auf Dienstbarkeiten eine geringere Aussagekraft, da die Verbücherung oft unterlassen wird.¹⁹⁴ Dieses Paradoxon zum Gesetz, das das Eintragungsprinzip im Grundbuch als wesentlichen Bestandteil bei der Begründung und Durchsetzbarkeit einer Dienstbarkeit festgehalten hat, ist durch die herrschende Rechtsprechung entstanden, die der Ansicht ist, dass auch außerbücherlichen Dienstbarkeiten, die man mit gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennen müsste oder durch gewöhnliche Sorgfalt erkennen kann, der gleiche Stellenwert eingeräumt wird wie verbücherten Dienstbarkeiten.¹⁹⁵ Daher sind offenkundige Dienstbarkeiten, sofern der Erwerber diese kannte oder zumindest wusste, dass die Rechtslage strittig ist, gegen den Erwerber und somit Rechtsnachfolger wirksam.

Wer in Kenntnis einer außerbücherlichen Dienstbarkeit ist oder in nicht vollständig geklärter Rechtslage eine Liegenschaft erwirbt, kann sich nicht mit Erfolg auf den Grundbuchstand berufen. Damit der gutgläubige Erwerb eines Dritten ausgeschlossen ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob im Zeitpunkt der Übereignung des

¹⁹² vgl. Mini (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften, S. 90 f

¹⁹³ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 1

¹⁹⁴ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1500, Rz 3

¹⁹⁵ vgl. Hofmann in Rummel³, §481, Rz 2

dienenden Grundstücks Anlagen vorhanden waren, die den Zweck des Dienens offenkundig erkennen haben lassen.¹⁹⁶

Der Zeitpunkt der Übereignung wird in den des Vertragsabschlusses (dieser kann zeitlich auch von der Errichtung der Vertragsurkunde abweichen) und den des Ansuchens auf Einverleibung ins Grundbuch geteilt. Auch wenn erst vor der Einverleibung ins Grundbuch der Erwerber von einer außerbücherlichen Dienstbarkeit Kenntnis erlangt, kann er sich nicht mehr auf einen gutgläubigen lastenfreien Erwerb der somit belasteten Liegenschaft berufen.¹⁹⁷ Dabei entsteht die Situation, dass man sich nicht einzig und allein auf das Grundbuch verlassen kann.

Betrachtet man die außerbücherliche Dienstbarkeit von der Seite des Berechtigten, der die Dienstbarkeit entweder bereits mehr als 30 Jahre ausgeübt oder eine vertragliche Vereinbarung mit dem Eigentümer des belasteten Grundstückes getroffen hat, die jedoch nicht in Grundbuch eingetragen wurde, entsteht dadurch eine gewisse Rechtssicherheit, da dessen Recht nicht automatisch mit der Übertragung der Liegenschaft untergehen kann.

Im nächsten Kapitel werden jene Fälle untersucht, die zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben und die schlussendlich vom OGH beurteilt wurden oder beurteilt werden sollten.

¹⁹⁶ vgl. Feil (1990): Das Recht der Dienstbarkeiten, Rz 11

¹⁹⁷ vgl. OGH-Urteil 10Ob54/05x, 1Ob106/05b, 1Ob50/06v, 4Ob94/08i, 1Ob116/09d, 4Ob74/07x

3. Analyse der relevanten OGH-Gerichtsurteile

Alle analysierten Gerichtsurteile stammen aus der öffentlich zugänglichen Datenbank des Bundeskanzleramts, die unter der Adresse www.ris.bka.gv.at im Internet abrufbar ist und in der ausgewählte Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs, der Oberlandesgerichte, der Landesgerichte und der Bezirksgerichte sowie ausländische Entscheidungen veröffentlicht werden.

Bei der Suche nach relevanten Urteilen wurde der Suchzeitraum auf die Zeitspanne von 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2009 eingegrenzt.

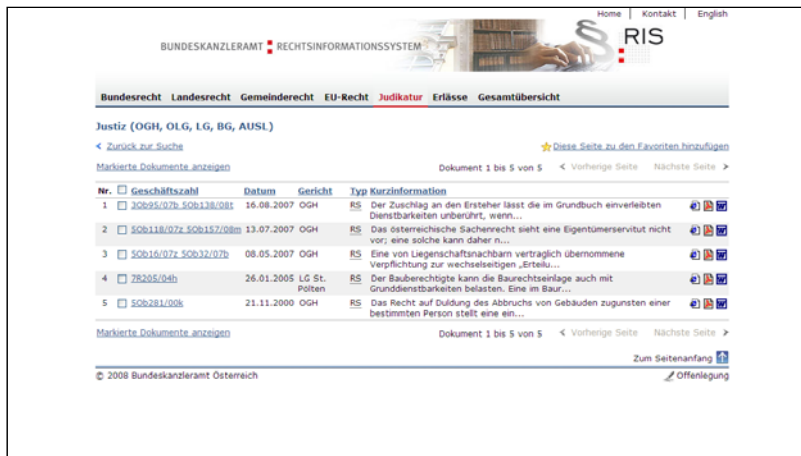
Abb. 8: Suchmaske RIS – „ABGB § 472“

The screenshot displays the RIS (Rechtsinformationssystem) search interface. At the top, there are navigation links: Home, Kontakt, English. Below this is a header bar with the text 'BUNDESKANZLERAMT RECHTSINFORMATIONSSYSTEM' and a logo. The main search area is titled 'Justiz (OGH, OLG, LG, BG, AUSt.)'. It contains a search form with the following fields: Dokumenttyp (Rechtsätze (RS) selected, Entscheidungstexte (TE) unselected), Suchworte (empty), Entscheidungsdatum von (01.01.2000) bis (31.12.2009), Neu/geändert im RIS seit (empty), Gericht (empty), Geschäftszahl (empty), Rechtssatznummer (empty), Rechtliche Beurteilung (empty), Norm (ABGB § 472), and Trefferanzahl pro Seite (50). There are buttons for 'Suche starten' and 'Zurücksetzen'. On the right side, there is a sidebar with links to 'Webseiten' (Bundeskanzleramt, help.gv.at, BM für Justiz, Oberster Gerichtshof, Generalprokuratur, Parlamentarische Materialien) and 'Informationen' (Index des Bundesrechts, Zitierrregeln des OGH, Handbuch, Info, Kontakt). At the bottom, there is a logo for 'JUSTIZ' and a footer with '© 2008 Bundeskanzleramt Österreich' and 'Offenlegung'.

Quelle: www.ris.bka.gv.at

Im ersten Suchdurchgang wurden die §§ 472 bis einschließlich 505 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs als Suchparameter eingegeben. Insgesamt 73 Entscheidungstexte, davon 72 OGH-Urteile und eines vom Landesgericht Eisenstadt, waren das Ergebnis dieses Suchlaufs. 39 Urteile wurden von der weiteren Analyse ausgeschlossen, da bei diesen intabulierte Dienstbarkeiten Gegenstand der Verhandlungen waren.

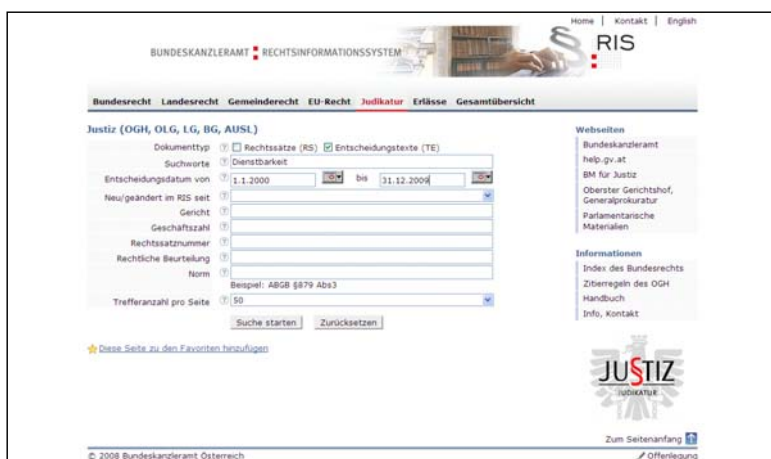
Abb. 9: Suchergebnis RIS – „ABGB § 472“



Quelle: www.ris.bka.gv.at

Der zweite Suchlauf wurde mit dem Suchwort „Dienstbarkeit“ durchgeführt (siehe Abb. 9). Abermals wurde das Entscheidungsdatum auf die Zeit von 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2009 eingeschränkt. Dieser Suchlauf ergab 282 Entscheidungstexte, die mit den Geschäftszahlen des ersten Suchlaufs abgeglichen wurden. Damit erhöhte sich die Zahl der Urteile auf 250, die genauer angesehen werden mussten, um die für diese Arbeit relevanten Urteile herauszufiltern. Die Kriterien, die diese Urteile erfüllen mussten, waren die ausdrückliche Bezeichnung „nicht eingetragene“ oder „außerbücherliche Dienstbarkeit“ und die Entscheidung der ersten und zweiten Instanz musste dem Text entnehmbar sein. 80 relevante Urteile waren das Endergebnis dieses Vorgangs.

Abb. 10: Suchmaske RIS



Quelle: www.ris.bka.gv.at/Jus/

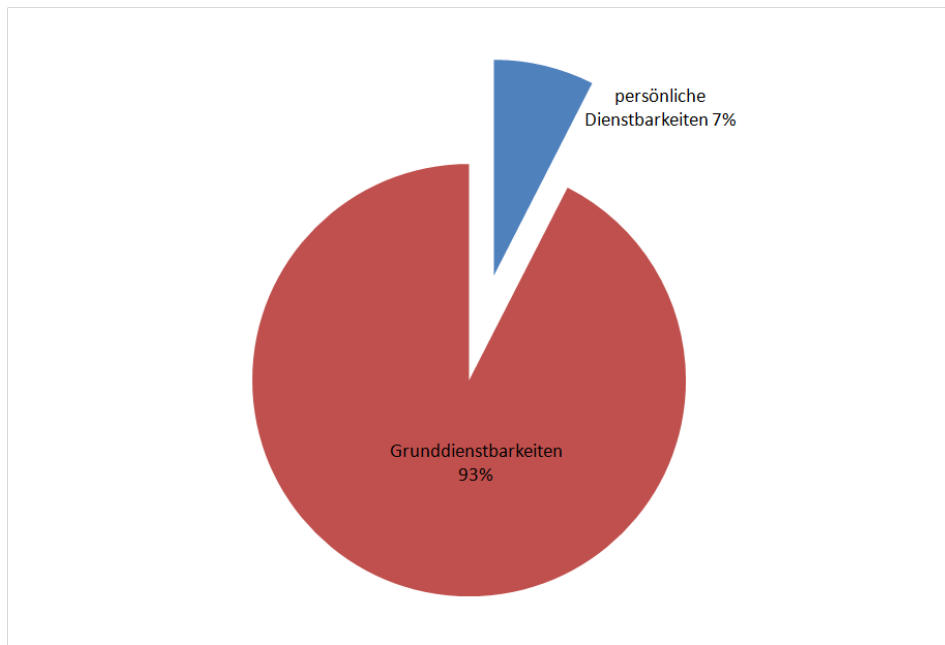
Bei den ausgeschiedenen Urteilen waren nicht nur intabulierte Dienstbarkeiten der Grund für die gerichtliche Auseinandersetzung. Vielmehr wurden unter dem Suchwort „Dienstbarkeit“ auch all jene Fälle angezeigt, die in der rechtlichen Beurteilung das Wort für Vergleichszwecke beinhalteten oder wie im Fall 1Ob90/05z, bei dem ein Ehepartner bei der Scheidung dem anderen das Wohnungsrecht als Dienstbarkeit für das eheliche Haus eingeräumt hat.

Bei der weiteren Betrachtung der Fälle wird zur Vereinfachung die begehrende Partei zumeist „Kläger“ genannt – unabhängig davon, ob es sich um eine oder mehrere Personen oder um einen Antragsteller oder Kläger eines außerstreitigen oder streitigen Verfahrens handelt. Ebenso wird der Terminus „Beklagter“ für die jeweilige Gegenpartei verwendet – unabhängig von der Art des Verfahrens und der Anzahl der involvierten Personen.

3.1. Typische Sachverhalte

Mit insgesamt 74 von 80 Urteilen, was einem Anteil von 93 % entspricht, ist bei den Grunddienstbarkeiten eindeutig mehr gerichtlicher Klärungsbedarf gegeben als bei den persönlichen Dienstbarkeiten, bei denen sich zwei Fälle zum Fruchtgenussrecht und vier Fälle zum Wohnungsrecht die insgesamt sechs Fälle im Zeitraum zwischen 1. Jänner 2005 und 31. Dezember 2009 teilten.

Abb. 11: Anteile – Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten

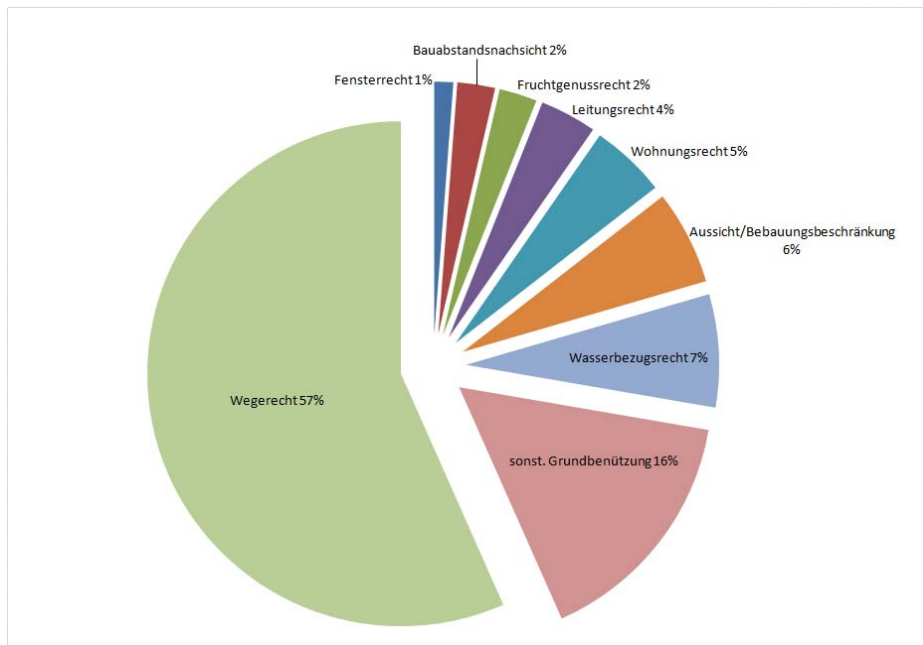


Quelle: eigene Darstellung

Bei den Grunddienstbarkeiten überwiegt das Wegerecht mit einem Anteil von 57 % an den analysierten Urteilen (siehe Abb. 12).

Zur anschließenden Abbildung ist noch anzumerken, dass drei Fälle (1Ob241/05f, 7Ob66/07t, 4Ob129/08m) je zwei Dienstbarkeitsarten umfassten, wie zum Beispiel ein Wege- und ein Parkplatzrecht. Dies wurde in der unten angeführten Darstellung berücksichtigt, womit sich die Gesamtheit auf 83 Urteile erhöht hat.

Abb. 12: Übersicht – Dienstbarkeiten der OGH-Urteile



Quelle: eigene Darstellung

Neben dem Wegerecht mit dem größten Anteil an den Urteilen sind die sonstigen Grundbenützungen, wie zum Beispiel das Abstellen von Fahrzeugen, die nächstgrößte Gruppe mit insgesamt 16 % an den analysierten Urteilen. Das Wasserbezugsrecht rangiert mit einem nur siebenprozentigen Anteil an der Gesamtheit der begutachteten Urteile an dritter Stelle. Die erste persönliche Dienstbarkeit, das Wohnungsrecht, kam mit einem Anteil von 5 % nach den Dienstbarkeiten, die die Aussicht bzw. Baubeschränkung (6 %) betrafen. Das Leitungsrecht war nur in 4 % der Urteile das zentrale Thema und das Fruchtgenussrecht sowie die Bauabstandsnachsicht in lediglich 2 %. Das „Fensterrecht“ hatten mit 1 % die wenigsten Fälle zum Inhalt.

Im Folgenden werden zuerst die Grunddienstbarkeiten, die den größten Anteil an den Urteilen für sich beanspruchen, und danach die Personendienstbarkeiten genauer betrachtet.

3.1.1. Wegerecht

Wie unauffällig sich manche Wege präsentieren, zeigt das nachstehende Bild. Besonders wenn im Winter eine dicke Schneedecke über dem Weg liegt und dieser

nicht benützt wird, kann ein Weg, der manchmal nicht mehr als ein Trampelpfad ist, schnell übersehen werden.

Abb. 13: Unauffälliger Weg



Quelle: Foto Jürgen Kastenhofer

Die Häufigkeit, mit der das Wegerecht zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führt, zeigt, wie oft ein solches übersehen wird. Dabei ist jedoch kein eindeutiger Trend abzuleiten, dass die Änderung der Eigentumsverhältnisse an einer Liegenschaft, wie z.B. eine Schenkung oder Veräußerung, ursächlich für den Streit ist, der schlussendlich vor Gericht endet. In fast 10 % der Fälle war eine Zwangsversteigerung der Auslöser für die gerichtliche Auseinandersetzung. In beinahe der Hälfte der Fälle haben jedoch jahrelange Nachbarn aus nicht offensichtlichen Gründen, den Streit vom Zaun gebrochen. In zwei Fällen (6Ob208/08v und 3Ob276/08x) wurde ein Zaun errichtet, der Anlass für die Streitigkeiten war.

Auffällig an den Wegerechtsentscheidungen ist die Häufigkeit der herrschenden Liegenschaftseigentümer in der Position des Klägers. In insgesamt 33 Fällen wurde die Feststellung des Bestehens eines Wegerechts begehrt, während in nur 14 Fällen die Eigentümer des dienenden Guts die Unterlassung eines zu Unrecht ausgeübten Wegerechts einforderten.

Die Eigentümerin zweier Grundstücke wollte im Fall 5Ob118/07z für eines der beiden Grundstücke ein Wegerecht zulasten des zweiten einverleiben lassen, womit diese

Eigentümerin sowohl die herrschende als auch die dienende Liegenschaft vertrat. Dazu führte der OGH aus, dass vom praktischen Standpunkt eine Eigentümerdienstbarkeit wünschenswert und auch wirtschaftlich sinnvoll ist, doch dazu die gesetzliche Grundlage fehlt, und bestätigte die Abweisung des Antrags der Vorinstanzen.

In 21 Fällen folgte der OGH den Argumentationen der Vorinstanzen zur Gänze, bei 15 Fällen nur der Entscheidung einer Instanz und in elf Fällen widerrief er die Entscheidung der Vorinstanzen. Zu keiner abschließenden Entscheidung durch den OGH kam es in acht Fällen. Diese wurden zur Ergänzung oder neuerlichen Beurteilung an eine Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Urteile, die das Wegerecht zum Inhalt hatten, wurden in folgende Einheiten unterteilt:

- Unzulässige Erweiterung – ungemessene Dienstbarkeit
- Konkludente Dienstbarkeitsbegründung
- Ersitzung
- Offenkundige Dienstbarkeit – gutgläubiger lastenfreier Erwerb
- Freiheitsersitzung
- Trennung von Grundstücken
- Sonstige

3.1.1.1. Unzulässige Erweiterung – ungemessene Dienstbarkeit

Eine „ungemessene“ Dienstbarkeit hat keinen genau definierten Umfang, da entweder bei einer vertraglichen Vereinbarung darauf nicht eingegangen wurde oder es sich um eine Dienstbarkeit handelt, die ohne Vereinbarung begründet wurde. Bei diesem Typ von Dienstbarkeit ist auf das jeweilige ursprüngliche Bedürfnis und die vorhersehbare Art der Bewirtschaftung des Dienstbarkeitsberechtigten abzustellen. Grundsätzlich ist,

wie bei jeder anderen Dienstbarkeit, eine erhebliche oder gar unzumutbare Erweiterung unzulässig. Eine unbedeutende Änderung hat der Belastete dagegen hinzunehmen.¹⁹⁸

In sieben Fällen wurde vom OGH zum diesem Thema entschieden. Somit stellt diese Dienstbarkeit die größte Untergruppe zum Rechtsthema Wegerecht dar. Die Grundaussage war bei allen Urteilen, dass eine ungemessene Dienstbarkeit innerhalb eines Rahmens beurteilt werden muss, um eine Erweiterung zu erkennen, und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Begründung abgestellt werden kann. Diesen Rahmen bilden die ursprünglichen Bedürfnisse und die ursprüngliche oder vorhersehbare Bewirtschaftungsart des herrschenden Guts.¹⁹⁹

Im Fall 7Ob241/08d wurde beispielsweise auf einer vertraglich vereinbarten Skitrasse im Sommer eine Mountainbikeveranstaltung durchgeführt, was eine ungemessene Dienstbarkeit darstellt, da im Vertrag diese nicht genauer definiert wurde. Das ursprüngliche Bedürfnis des Dienstbarkeitsberechtigten war der Gebrauch einer Skitrasse für die Nutzer seines Lifts, was das Vorhandensein einer Schneedecke impliziert. Daher befindet sich eine Mountainbikeveranstaltung im Sommer – ohne Schnee – nicht mehr innerhalb der Grenze der ungemessenen Dienstbarkeit.²⁰⁰

Sollte ein Vertrag, aufgrund fehlender oder ungenauer Beschreibung des Umfangs des Dienstbarkeitsrechts zu einer ungemessenen Dienstbarkeit führen, ist immer der Vertrag vorrangig für die Beurteilung des Falles heranzuziehen, da in diesem der Parteienwille festgehalten wurde.

Ob es zu einer unzulässigen Erweiterung gekommen ist, muss innerhalb der Grenzen der ungemessenen Dienstbarkeit beurteilt werden. Nur eine erheblich schwerere Belastung des dienenden Guts führt zu einer unzulässigen Erweiterung. Eine zeitgemäße Nutzung belastet das dienende Grundstück nicht erheblich mehr. So ist eine unbedeutende Belastung vom Dienstbarkeitsbelasteten hinzunehmen, wie etwa im Fall 9Ob135/06b, in dem der Belastete zuerst das Wegerecht für eine vor allem im Sommer betriebene Pension vertraglich zugesagt hatte und nunmehr eine Psychotherapeutin ihre

¹⁹⁸ vgl. Hofmann in Rummel³, §484, Rz 1

¹⁹⁹ vgl. OGH 7Ob241/08d, 9Ob135/06b, 6Ob56/08s, 4Ob65/08z, 8Ob60/04p, 1Ob48/07a, 5Ob136/09z

²⁰⁰ vgl. OGH 7Ob241/08d

Praxis dort betreibt. Vom OGH wurde dazu festgehalten: „Selbst wenn insgesamt die jährlichen Fahrten auf dem Servitutsweg zugenommen haben sollten, kann bei einer Gesamtbetrachtung durchaus gesagt werden, dass eine erhebliche Belastung nicht eingetreten ist.“²⁰¹

Eine durch den Dienstbarkeitsberechtigten vorgenommene eigenmächtige Verlegung einer Wegtrasse ist sehr wohl eine unzulässige Erweiterung. Obwohl im Fall 1Ob48/07a der Hintergrund dafür ein Wiesenweg war, der besonders bei Regenwetter nicht mehr benützbar war, sodass der Berechtigte vom Weg abweichen musste. Es wurde vom OGH festgestellt, dass zu unterscheiden ist, ob von der Wegtrasse durch schlechte Bodenverhältnisse abgewichen oder der Weg eigenmächtig verlegt und in seinem Verlauf begradigt wird. „Die Frage, ob bei ungemessenen Wegservituten ein allenfalls veränderter bzw gestiegener Bedarf des die bisherige Nutzungsart beibehaltenden Servitutsberechtigten allenfalls auch zu einer gewissen Veränderung des Servitutswegs - etwa einer Verbreiterung oder einer zur zeitgemäßen Nutzung erforderlichen Begradigung - durch den Eigentümer des herrschenden Guts berechtigt, stellt sich im vorliegenden Fall nicht, weil der Kläger nicht einmal behauptet, dass die vorgenommenen Veränderungen in diesem Sinne erforderlich gewesen wären.“²⁰² Wie auch die Aussage des OGH zeigt, ist die ungemessene Dienstbarkeit „... stets nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ...“²⁰³

In diesen Fällen ist eine gerichtliche Auseinandersetzung nur durch die genaue Beschreibung der Dienstbarkeit und somit das Nicht-entstehen-Lassen einer ungemessenen Dienstbarkeit zu verhindern.

In drei²⁰⁴ von sieben Fällen bestätigte der OGH die Entscheidungen beider Vorinstanzen. Nur ein einziger Fall²⁰⁵ wurde vom OGH anders beurteilt als von den

²⁰¹ vgl. OGH 9Ob135/06b

²⁰² vgl. OGH 1Ob48/07a

²⁰³ vgl. OGH 9Ob135/06b

²⁰⁴ vgl. OGH 9Ob135/06b, 6Ob56/08s, 5Ob136/09z

²⁰⁵ vgl. OGH 1Ob48/07a

Vorinstanzen und bei den restlichen²⁰⁶ bestätigte er entweder die Entscheidung einer Instanz oder nur Teile der Entscheidung.

3.1.1.2. Konkludente Dienstbarkeitsbegründung

Die konkludente Dienstbarkeitsbegründung ist die zweitgrößte Themenuntergruppe des Wegerechts. Die sechs Fälle²⁰⁷, die vom OGH zu beurteilen waren, wurden viermal vom Eigentümer der dienenden Liegenschaft und zweimal vom Eigentümer der herrschenden Liegenschaft eingebracht. Dreimal wurde entschieden, dass eine Dienstbarkeit konkludent begründet worden war. Auffällig ist indessen, dass nur in einem Fall²⁰⁸ der OGH die Entscheidung der zweiten Instanz nicht bestätigte. Ansonsten folgte er den Ausführungen der Vorinstanzen.

Grundsätzlich meint der OGH, dass eine Dienstbarkeit durch schlüssiges Verhalten entstehen kann. Dabei ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Die bloße Duldung genügt nicht für die konkludente Dienstbarkeitsbegründung, sondern aus einem bestimmten Verhalten muss der rechtsgeschäftliche Wille ableitbar sein. Ein Indiz im Sachverhalt für den rechtsgeschäftlichen Willen, dass eine Dienstbarkeit begründet werden soll, ist die Duldung einer kostspielig errichteten Anlage. Wenn etwa jemand einen Schotterweg asphaltiert, ist dies ein Indiz dafür, dass der Dienstbarkeitsbelastete erkennen muss, dass der Berechtigte nicht die Kosten auf sich nehmen würde, wenn es sich um ein jederzeitig widerrufbares Recht handelte.²⁰⁹

Interessant ist in diesem Kontext der Vergleich zwischen Fall 1Ob103/06p und 1Ob11/05g. In beiden Fällen wurde bei einer Bauverhandlung festgestellt, dass die Zufahrt zum zu bebauenden Grundstück über das Nachbargrundstück erfolgen soll. Im ersten Fall wurde bei der Bauverhandlung vom Eigentümer des dienenden Guts der Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrags in Aussicht gestellt, im zweiten Fall jedoch nicht, da der Dienstbarkeitsbelastete nicht anwesend war. Die Abwesenheit bei der

²⁰⁶ vgl. OGH 7Ob214/08d, 4Ob65/08z, 8Ob60/04p,

²⁰⁷ vgl. OGH 3Ob132/09x, 1Ob102/06s, 1Ob103/06p, 7Ob267/08b, 1Ob11/05g, 10Ob83/07i

²⁰⁸ vgl. OGH 3Ob132/09x

²⁰⁹ vgl. OGH 1Ob11/05g

Bauverhandlung sowie die Duldung der Benützung während der Bauzeit und danach wurden gegen den Dienstbarkeitsbelasteten gewertet, der damit seine konkludente Zustimmung erteilt hatte. Der Dienstbarkeitsbelastete, der einen Dienstbarkeitsvertrag abschließen wollte, bekam die aktive Handlung des Vertragsabschlusses zu seinen Gunsten ausgelegt, sodass hier keine schlüssige Dienstbarkeitsbegründung stattgefunden hatte.²¹⁰

3.1.1.3. Ersitzung

Sechs OGH-Entscheidungen befassten sich mit der Ersitzung. Damit teilt sich die Ersitzung den zweiten Platz mit der konkludenten Dienstbarkeitsbegründung.²¹¹

Für die Ersitzung sind neben dem Zeitablauf von 30 Jahren auch der redliche Besitz und der erkennbare Besitzwille der Berechtigten Voraussetzungen, wobei der Besitzwille auch durch einen Besitzmittler, oft einen Pächter der herrschenden Liegenschaft, zum Ausdruck gebracht werden kann. Vor allem bei juristischen Personen wird ein Besitzmittler die Rolle des Besitzwillens übernehmen. Die Schlechtläubigkeit unterbricht die Ersitzung.

In den vorliegenden Fällen wurde keine Ersitzung vom OGH anerkannt, zumal vor allem die Erkennbarkeit der Benützungshandlung für den Dienstbarkeitsbelasteten fehlte.

Bei der Beteiligung eines Besitzmittlers muss der Eigentümer der herrschenden Liegenschaft seinen Besitzwillen durch den Besitzmittler ausüben lassen. Fehlt dem Eigentümer der Besitzwille, kann vom Besitzmittler keine Dienstbarkeit ersessen werden.

„Einzig entscheidend ist, ob eine Hilfsperson bei der Ausübung des Besitzwillens für die juristische Person mitwirkt.“²¹²

²¹⁰ vgl. OGH 1Ob103/06p, 1Ob11/05g

²¹¹ vgl. OGH 1Ob106/05b, 1Ob41/08y, 3Ob203/07k, 7Ob256/05f, 9Ob92/06d, 4Ob129/08m

²¹² vgl. OGH 1Ob41/08y

Die Redlichkeit ist in § 326 ABGB geregelt.²¹³ Nach diesem muss der Besitzer das Recht so ausüben, als wäre es sein Eigentum. Bereits der Zweifel, dass dies nicht so ist, beseitigt die Redlichkeit.²¹⁴ Der redliche Besitzer hält sich, ohne fahrlässig zu handeln, für berechtigt. „... *der Irrtum über die abweichende Rechtslage muß demnach entschuldbar sein.*“²¹⁵

Die Redlichkeit muss sowohl beim Eigentümer einer Liegenschaft als auch beim Besitzmittler gegeben sein, damit die Ersitzung anerkannt wird.

In einem der fünf Fälle konnte der OGH keine abschließende Entscheidung treffen. Dies ist der einzige Fall, bei dem der OGH nicht den Entscheidungen der Vorinstanzen gefolgt ist.²¹⁶ Die abschließende Entscheidung wurde in einem weiteren Verfahren, das auch vom OGH entschieden wurde, nachgeholt. In diesem Fall wurde nur die Entscheidung einer Vorinstanz bestätigt.²¹⁷ In vier von fünf Fällen bestätigte der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen.²¹⁸

3.1.1.4. Offenkundige Dienstbarkeit – gutgläubiger lastenfreier Erwerb

Die offenkundige Dienstbarkeit durchbricht das Eintragungsprinzip im Grundbuch.

In fünf Fällen hatte der OGH zu entscheiden, ob es sich um offenkundige Dienstbarkeiten handelte und ob sich der Eigentümer der herrschenden Liegenschaft auf den gutgläubigen lastenfreien Erwerb berufen konnte..²¹⁹

Der gute Glaube muss sowohl im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als auch im Zeitpunkt des Eintragungsgesuchs bestehen. Ein nachträglicher schlechter Glaube schadet dem gutgläubigen Erwerb nicht, jedoch ist es die Pflicht des Erwerbers, Indizien, die auf das Vorhandensein einer Dienstbarkeit hinweisen, zu prüfen.

²¹³ vgl. Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §324

²¹⁴ vgl. Spielbüchler in Rummel³, §326, Rz 4

²¹⁵ vgl. Spielbüchler in Rummel³, §326, Rz 2

²¹⁶ vgl. OGH 1Ob106/05b

²¹⁷ vgl. OGH 1Ob41/08y

²¹⁸ vgl. OGH 3Ob203/07k, 7Ob256/05f, 9Ob92/06d, 4Ob129/08m

²¹⁹ vgl. OGH 1Ob50/06v, 5Ob273/07v, 10Ob54/05x, 6Ob2/09a, 6Ob95/04w

Anderenfalls führt bereits eine leicht fahrlässige Nichtbeachtung von Hinweisen auf eine Dienstbarkeit zum Verlust der Gutgläubigkeit.²²⁰

Im Fall eines Liegenschaftserwerbs im Rahmen einer Zwangsversteigerung konnte der OGH keine abschließende Entscheidung treffen, da die Vorinstanzen die Exekutionsordnung-Novelle 2000 berücksichtigt hatten, obwohl die Versteigerung bereits vor dem Jahr 2000 stattgefunden hatte.²²¹ In einem anderen Fall entschied der OGH, dass eine offenkundige Dienstbarkeit, trotz fehlender Konkretisierung im abgeschlossenen Vertrag, der zum Eigentümerwechsel vor der Zwangsversteigerung führte, zu Recht bestand.²²²

Im Fall 5Ob273/07v stellte der OGH anders als die beiden Vorinstanzen fest, dass der Käufer der belasteten Liegenschaft gutgläubig erworben hatte, da nichts auf das Vorhandensein eines Wegerechts, nicht einmal ein Firmenschild, hingewiesen hatte. Dass der Erwerber nicht gutgläubig erworben hatte, entschied der OGH dagegen in zwei Fällen.²²³

Insgesamt erkannte der OGH in einem Fall²²⁴ die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht an. In den anderen Fällen bestätigte er nur die Entscheidung jeweils einer Vorinstanz.

3.1.1.5. Freiheitersitzung

Die Freiheitersitzung nach § 1488 ABGB²²⁵ ist eine Form der Verjährung²²⁶ und musste vom OGH in vier Fällen beurteilt werden. In drei der vier Fälle wurde entschieden, dass keine Freiheitersitzung vorlag.²²⁷ Ein Fall wurde indessen an das Erstgericht zurückverwiesen, da der Umfang der geltend gemachten Beeinträchtigung

²²⁰ vgl. OGH 10Ob54/05x

²²¹ vgl. OGH 6Ob95/04w

²²² vgl. OGH 10Ob50/06v

²²³ vgl. OGH 10Ob54/05x, 6Ob2/09a

²²⁴ vgl. OGH 5Ob273/07v

²²⁵ Allgemein bürgerliches Gesetzbuch, §1488

²²⁶ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1488, Rz 1

²²⁷ vgl. OGH 10Ob118/05h, 6Ob208/08v, 7Ob44/09k

der Dienstbarkeit nicht von den Vorinstanzen erhoben worden war und daher keine abschließende Entscheidung möglich war. Dies war der einzige Fall, bei dem der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen nicht bestätigte.²²⁸

Im Fall 6Ob208/08v bestätigte der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen. Hier war es zu keiner Freiheitsersitzung des Wegerechts gekommen, da das aufgestellte Hindernis, eine Verbotstafel, nicht beachtet wurde und die Dienstbarkeitsberechtigten das Recht weiter ausübten.

Zu beachten ist bei der Freiheitsersitzung, dass auch eine bloß fallweise, aber wiederholt unregelmäßige Hinderung an der Ausübung des Dienstbarkeitsrechts für den Berechtigten einer ständigen Störung gleichkommt und dies einer Widersetzung im Sinne des § 1488 ABGB entspricht. So kann auch eine teilweise Freiheitsersitzung geltend gemacht werden, obwohl der Dienstbarkeitsberechtigte nicht zur Gänze auf sein Recht verzichtet hat.²²⁹

3.1.1.6. Trennung von Grundstücken

Eine durch Trennung entstehende Dienstbarkeit muss immer im Einzelfall beurteilt werden, da für diese Art der Dienstbarkeitsbegründung das dienende Grundstück offenkundig dem anderen dienen muss und auch weiterhin dienen soll.²³⁰

In vier Verfahren hatte der OGH einen solchen Sachverhalt zu beurteilen. Bei einem Fall hatte der Käufer des herrschenden Grundstücks auf das bis dahin bestehende Wegerecht verzichtet, indem er einen Zaun errichten ließ und sein Grundstück abgeschlossen wissen wollte. Anschließend klagte er diese Dienstbarkeit jedoch wieder ein. Der OGH gab zu diesem Fall an, dass der Kläger den Fortbestand des Wegerechts ausschließen wollte und ihm somit kein diesbezügliches Recht zusteht.²³¹

²²⁸ vgl. OGH 4Ob58/09x

²²⁹ vgl. OGH 4Ob58/09x

²³⁰ vgl. OGH 6Ob212/05b, 4Ob74/07x

²³¹ vgl. OGH 4Ob219/06v

Im Fall 6Ob212/05b verneinte der OGH die Begründung der Dienstbarkeit, da bereits im Kaufvertrag die Lastenfreiheit bestätigt worden war und der Notweg nicht gebraucht wurde. Im Fall 4Ob74/07x bestätigte der OGH das Urteil der Berufungsinstanz dagegen, da es wohl bei der Realteilung nicht der Wille der Parteien sein hatte können, dass eine Liegenschaft keinen Zugang zum öffentlichen Gut hat, und sprach somit dem Kläger das Recht auf die Dienstbarkeitsbegründung durch Teilung zu.

Im letzten Fall war von den Instanzen nicht festgestellt worden, dass eine Bewirtschaftung nur über das Grundstück, das nicht verkauft wurde und beim Beklagten verblieb, möglich ist. Das Erstgericht stellte fest, dass das Grundstück unter Einsatz von Hilfsmitteln über ein anderes Grundstück begeh- und bewirtschaftbar ist und damit dem Kläger kein Dienstbarkeitsrecht zusteht.²³²

3.1.1.7. Sonstige

In drei Fällen begehrten die Kläger ein Notwegerecht, das ihnen in Form einer Dienstbarkeit eingeräumt werden sollte.²³³ In zwei dieser Fälle stellte der OGH fest, dass das Begehren nicht berechtigt war. Der Kläger des einen Falls wollte eine bestimmte Wegstrecke, die ihm als günstigste erschien, einklagen²³⁴, beim anderen Fall warf der OGH dem Erwerber vor, dass der alleinige Erwerbsvorgang nicht für ein Notwegerecht ausreichend ist. Der Erwerber hätte bereits vor Ankauf Vorkehrungen treffen müssen, um den Zugang zu der Liegenschaft zu gewährleisten.²³⁵ Im letzten der drei Fälle führte ein Antragsgegner, die Stadt Wien, das Verfahren betreffend eines Notwegerechts bis zum OGH fort, obwohl der Antragssteller bereits alle Forderungen erfüllen wollte.²³⁶

Die Flurbereinigung im ländlichen Raum führte zu drei gerichtlichen Auseinandersetzungen, bei denen die Eigentümer von den wegeberechtigten

²³² vgl. OGH 4Ob216/08f

²³³ vgl. OGH 3Ob93/09m, 1Ob122/08k, 3Ob154/09g

²³⁴ vgl. OGH 1Ob122/08k

²³⁵ vgl. OGH 3Ob154/09g

²³⁶ vgl. OGH 3Ob93/09m

Grundstücken das Wegerecht einklagten, nachdem auf den Grundstücken laut Flurbereinigung alle Dienstbarkeiten gelöscht worden waren. Dazu stellte der OGH fest, dass alle Dienstbarkeiten der gesamten Liegenschaft zu löschen sind, auch wenn nur ein Grundstück einer Liegenschaft von der Flurbereinigung betroffen ist. Daher wurde in allen drei Fällen keine Dienstbarkeit zugesprochen, obwohl in zwei Verfahren²³⁷ beide Vorinstanzen dem Kläger die Dienstbarkeit gewährt hatten.²³⁸

Dass auch vertraglich vereinbarte Dienstbarkeiten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen, zeigen die Fälle 4Ob104/06g und 5Ob161/08z, in denen die Kläger, einmal in dienender und einmal in herrschender Stellung, ihr Recht auf Dienstbarkeit bzw. Freiheit vom abgeschlossenen Vertrag ableiteten. Im ersten Fall war dem Kläger vom Voreigentümer die Dienstbarkeit vertraglich überbunden worden. Der Kläger wollte den Beklagten nun an der Ausübung hindern, da die Formulierung im Dienstbarkeitsvertrag nicht genau vorgenommen worden war. Jedoch bestätigten alle Instanzen dem Dienstbarkeitsberechtigten sein aufrechtes Recht, das aus dem ursprünglichen Vertrag abzuleiten war.²³⁹ Der zweite Fall wurde zur Präzisierung an das Berufungsgericht zurückgestellt, da zwar alle Eigentümer ihr Wegerecht vom gleichen Wohnungseigentumsvertrag ableiteten, jedoch jeder für sich beurteilt werden musste.

Die Eintragung eines Wegerechts in das Grundbuch beehrten drei Kläger und wurden abgewiesen.²⁴⁰

Im ersten Fall beehrte der Dienstbarkeitsberechtigte die Eintragung der Dienstbarkeit ins Grundbuch, die nach der EDV-Umstellung nicht eingetragen war. Die beiden ersten Instanzen bewilligten die Eintragung, doch der OGH widersprach ihnen, da in Vorarlberg bis zur Grundbuchsnovelle 1997 Felddienstbarkeiten, wie zum Beispiel das Wegerecht, nicht ins Grundbuch eingetragen werden durften. Weiters wurde beanstandet, dass keine Urkunde vorgelegt worden war, aus der hervorging, dass der Grundbuchstand, wie behauptet, nicht richtig war. Die vorgelegte Urkunde war

²³⁷ vgl. OGH 8Ob44/08s, 8Ob130/08p

²³⁸ vgl. OGH 8Ob44/08s, 1Ob7/08y, 8Ob130/08p

²³⁹ vgl. OGH 4Ob104/06g

²⁴⁰ vgl. OGH 5Ob94/06v, 3Ob134/07p

lediglich eine Kopie, die ohne Beglaubigung vorgelegt wurde und so nicht für eine Eintragung verwendet werden konnte.²⁴¹

Dem zweiten Kläger wurde die Eintragung ins Grundbuch verwehrt, weil er nicht das richtige Formblatt für die Eintragung verwendet, sondern nur den Exekutionstext aus einem anderen Verfahren wiedergegeben hatte. Die Hauptkritik des OGH war die ungenaue Beschreibung der Dienstbarkeit, die am besten mit einer planlichen Darstellung vermieden hätte werden können..²⁴²

Der dritte Fall der Grundbucheintragung wurde verwehrt, da der Kläger die Eintragung eines Wegerechts für ein zu errichtendes Gebäude, in dem Zimmer vermietet werden sollten, begehrte. Der Verkäufer, eine Agrargemeinschaft, des klagsgegenständlichen Grundstücks hatte Grundstücke zu besonders günstigen Preisen an seine Mitglieder verkauft, damit diese dort Einfamilienhäuser oder einem Einfamilienhaus gleich zu haltende Arbeiterwohnstätten, jedoch keine Zimmervermietung errichten konnten. Trotz dieses Wissens hatte der Kläger ein Wegerecht begehrt. Diese Klage wurde aufgrund des durch die Agrargemeinschaft auferlegten beschränkten Bebauungsrechts abgewiesen. Auch der Versuch des Klägers, zu argumentieren, dass die Agrargemeinschaft den Beschluss formal nicht richtig gefasst hatte, wurde nicht bestätigt.²⁴³

In einem Fall begehrte der Kläger vom Dienstbarkeitsbelasteten, die Aufstellung von Hohlblocksteinen auf dem dienenden Grundstück zu unterlassen. Jedoch erkannten alle Instanzen, dass diese Hohlblocksteine nicht auf dem Dienstbarkeitsweg abgelagert wurden und auch nicht die Dienstbarkeit behinderten, und wiesen die Klage ab.²⁴⁴

Im Fall 6Ob109/08k folgte der OGH den Vorinstanzen bei deren Beurteilung. Es wurde eine aufgelassene Straße mit der Auflage, dass nur Anrainer diese benützen dürfen, von der Gemeinde verkauft, da sie nicht mehr dem Gemeingebrauch diene. Der Beklagte

²⁴¹ vgl. OGH 5Ob94/06v

²⁴² vgl. OGH 3Ob134/07p

²⁴³ vgl. OGH 1Ob18/08s

²⁴⁴ vgl. OGH 4Ob102/09t

wurde von der Gemeinde nicht als Anrainer anerkannt und hat somit auch keine Berechtigung, diese Straße zu nutzen.²⁴⁵

Keine abschließende Beurteilung konnte der OGH im Fall 7Ob66/07t treffen. Das Berufungsgericht musste entscheiden, ob bei vorliegendem Wege- und Grundbenützungrecht eine Real- oder Personendienstbarkeit bestand. Sollte eine Personendienstbarkeit mit dem Rechtsvorgänger des Klägers begründet worden sein, ist der Kläger nach der Schenkung des Grundstücks nicht weiter berechtigt, den Weg- bzw. die Grundfläche zum Abstellen von Pkws zu nutzen.²⁴⁶

Das Wegerecht war in mehr als der Hälfte der analysierten OGH-Urteilen die Ursache für die gerichtliche Auseinandersetzung.

Nur ein einzige aller Klagen richtete sich gegen den Voreigentümer einer Liegenschaft. In diesem Fall hatte der Verkäufer die lastenfreie Liegenschaft vertraglich zugesichert. Zwei Nachbarn hatten in einem anderen Prozess vom Erwerber und Kläger des vorliegenden Falls ein Geh- und Fahrrecht, die offenkundig waren und vom Verkäufer und auch von dessen Rechtsvorgänger beobachtet werden konnten, begehrt und auch zugestanden bekommen. Nachdem die vertraglich bedungene Eigenschaft der Lastenfreiheit nicht mehr gegeben war, forderte der Erwerber vom Verkäufer eine Gewährleistung in Form einer Wertreduktion des Grundstücks sowie die ihm entstandenen Prozesskosten als Schadensersatz für den zuvor geführten Prozess. Da der erste Prozess einige Zeit in Anspruch genommen hatte, bevor das Urteil ergangen war, konnte der Erwerber erst nach Ende des Prozesses die Gewährleistungs- und Schadensersatzklage gegen den Verkäufer einbringen. Die erste Instanz wies die Klage des Erwerbers mit der Begründung, dass bereits eine Verjährung eingetreten war, ab. Die Verjährungsfrist hatte nach der Entscheidung des Erstgerichts bereits nach dem Urteil der ersten Instanz des Vorprozesses begonnen, da sich hier bereits gezeigt hatte, dass die Dienstbarkeit offenkundig war. Weiters wurde durch den Prozess, bei dem die Feststellung der Dienstbarkeit begehrt wurde, die Verjährungsfrist nicht unterbrochen. Die erste Instanz entschied: *„Dieses Urteil habe den Klägern die nötige Gewissheit des*

²⁴⁵ vgl. OGH 6Ob109/08k

²⁴⁶ vgl. OGH 7Ob66/07t

Schadenseintritts verschafft.“ Die zweite Instanz bestätigte das Urteil der ersten Instanz nur zum Teil, nämlich die Forderung für die Wertminderung. Die Verjährung für den Gewährleistungsanspruch begann mit dem Erkennen der mangelhaften Rechtslage und damit bereits mit der Zustellung der Dienstbarkeitsfeststellungsklage an den Beklagten des Vorprozesses. Der OGH sprach sich schließlich dahin gehend aus, dass ein Geschädigter nicht so lange mit einer Klage zuwarten darf, bis die Klageaussichten für ihn optimal sind, jedoch musste er den Ausgang des Vorprozesses abwarten. Damit wurde die Klage rechtzeitig vor der Verjährung eingebracht. Nur konnte kein abschließendes Urteil gefällt werden, da die Vorinstanzen die geforderte Preisminderung nicht ausreichend beurteilt hatten. Daher wurde das Verfahren an die Erstinstanz zurückgewiesen, um noch abschließende Gegebenheiten zu ergänzen.²⁴⁷

3.1.2. Sonstige Grundbenützung

In der Praxis sind Autoabstellfläche wie jene in Abb. 14 keine Seltenheit. Doch dabei stellt sich die Frage, wann die Benützung von Grundfläche als Dienstbarkeit geltend gemacht werden kann.

Abb. 14: Parkplatz



Quelle: Foto Franz Kastenhofer

²⁴⁷ vgl. OGH 6Ob353/04m

Die Grundbenützung war der zweithäufigste Grund bei den Dienstbarkeiten, die zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führten. Die Kläger, die die Feststellung oder Unterlassung der Grundbenützung beehrten, hatten bei den insgesamt 13 Fällen in dieser Gruppe die verschiedensten Gründe dazu. Besonders oft wurden jedoch Parkplatzflächen eingeklagt. In diesen sechs Fällen wurde vor allem die grundbücherliche Eintragung gefordert. Zudem wollten Kläger eine unzulässige Erweiterung, das Anerkenntnis einer Realdienstbarkeit und eine Ersitzung in den Verfahren geltend machen.²⁴⁸

Im Fall 5Ob94/09y beehrte der Eigentümer eines Baurechts die Eintragung einer Dienstbarkeit für Parkplätze auf der Stammliegenschaft, von der er durch Schenkung Eigentümer geworden war. Das Grundbuchsgesuch wurde von allen Instanzen abgelehnt und der OGH schloss sich der Beurteilung der Vorinstanzen an.²⁴⁹

Die grundbücherliche Eintragung im Fall 5Ob234/07h scheiterte an der Beglaubigung der Dienstbarkeitsurkunde. Ein Legalisator, der nur berechtigt ist, Beglaubigungen bei Personen, deren Identität ihm persönlich bekannt ist oder durch zwei zuverlässige Zeugen bestätigt wird, vorzunehmen, hatte zwei der insgesamt vier Vertragsparteien nicht gekannt und sich deren Identität mittels Ausweis bestätigen lassen. Dies erkannte das Grundbuchsgericht nicht an und auch nicht die folgenden Instanzen.²⁵⁰

Aufgrund eines ungenauen Plans, auf dem die Lage der Dienstbarkeit dargestellt werden sollte, wurde die Eintragung im Fall 5Ob37/09s verweigert. Der Eintragung fehlte es an den Voraussetzungen des § 12 GBG, was bereits das Erstgericht erkannt hatte und vom OGH bestätigt wurde.²⁵¹

Zur Entscheidung an das Berufungsgericht wurde der Fall 7Ob66/07t zurückverwiesen, da nicht geklärt worden war, ob es sich um eine Grund- oder Personendienstbarkeit handelte. Der Voreigentümer des Klägers hatte mit dem Vorbesitzer des Beklagten eine vertragliche Vereinbarung bezüglich eines Weg- und Parkplatzservituts getroffen.

²⁴⁸ vgl. OGH 5Ob94/09y, 4Ob129/08m, 1Ob76/05s, 5Ob234/07h, 5Ob37/09s, 7Ob66/07t

²⁴⁹ vgl. OGH 5Ob94/09y

²⁵⁰ vgl. OGH 5Ob234/07h

²⁵¹ vgl. OGH 5Ob37/09s

Dieses sollte nicht ins Grundbuch eingetragen werden, da das Grundstück im Falle eines Notverkaufs dadurch nicht belastet sein sollte. Der OGH folgte hier nicht der Entscheidung der Vorinstanzen, die dem Eintragungsbegehren ins Grundbuch Folge gaben.²⁵²

Der Eigentümer der dienenden Liegenschaft versuchte, eine unzulässige Erweiterung der Dienstbarkeit, die sein Grundstück belastete, geltend zu machen. Bevor auf dem herrschenden Grundstück ein Bürobetrieb eröffnet wurde, hatte es einem Paddelklub als Quartier für seine Mitglieder gedient. Darin sah der Kläger eine Erweiterung, da auf dem herrschenden Grundstück eine Widmungsänderung vorgenommen worden war. Dazu sprach der OGH aus, dass die Bewertung, ob es zu einer unzulässigen Erweiterung gekommen ist, unabhängig von der aktuellen Nutzung des herrschenden Guts ist, sondern es allein auf die ursprüngliche oder vorhersehbare Art der Ausübung bei Dienstbarkeitsbegründung ankommt. Es konnte weder von den Vorinstanzen noch vom OGH erkannt werden, dass es zu einer unzulässigen Erweiterung gekommen war.²⁵³

In den anderen sieben Fällen der Grundnutzung, bei denen der OGH in drei Fällen die Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigte, in drei Fällen abwies und in einem Fall nur die Entscheidung einer Instanz bestätigte, handelte es sich um folgende Fälle:

- Ein Wohnungseigentümer forderte die Nutzung einer Holzhütte in Form einer ihm zustehenden Dienstbarkeit.²⁵⁴
- Eine Hecke wurde vom Dienstbarkeitsberechtigten entfernt. Der Belastete sah darin eine unzulässige Erweiterung der vertraglich vereinbarten Dienstbarkeit.²⁵⁵
- Eine Gartenhecke stellte eine Grundgrenze dar.²⁵⁶

²⁵² vgl. OGH 7Ob66/07t

²⁵³ vgl. OGH 1Ob76/05s

²⁵⁴ vgl. OGH 5Ob281/08x

²⁵⁵ vgl. OGH 5Ob152/08a

²⁵⁶ vgl. OGH 4Ob94/08i

- Ein Lichtmast wurde auf privatem Grund aufgestellt.²⁵⁷
- Es kam zu einer Firmenverschmelzung einer Dienstbarkeitsberechtigten, die eine Lkw-Mautstation betreibt.²⁵⁸
- Eine Stützmauer wurde auf der benachbarten Liegenschaft errichtet.²⁵⁹
- Ein Fall betraf das Friedhofsrecht.²⁶⁰

Der kurioseste Fall ist der letztgenannte, den der OGH zurückwies. Bei diesem Fall wurde eine Liegenschaft, auf der ein Grundstück die Widmung „Sonstige (Friedhof)“ hatte, versteigert. Die Familie, deren Verwandte dort begraben waren, hatte die Gräber, die durch eine Forststraße erreichbar sind, gepflegt und daraus ein Recht abgeleitet, dass sie die Gräber weiterhin besuchen und pflegen und alle ihre Nachkommen dort begraben werden dürfen.²⁶¹ Obwohl die Zwangsversteigerung vor dem 1. Oktober 2000 stattgefunden hatte, beurteilte der OGH diesen Fall nach der EO-Novelle 2000, nach der der Erwerber bei offenkundigen Dienstbarkeiten diese mit oder ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen hat. *„Allein aus der Tatsache des Vorhandenseins eines Friedhofs bzw von Grabstätten erschließt sich aber weder das Vorhandensein einer über allgemeine Zugangsrechte hinausgehenden Dienstbarkeit der Betreuung dieser Gräber, noch die von den Klägern behauptete Tatsache, dass diese Dienstbarkeit gerade ihnen zusteht. Von der Offenkundigkeit einer solchen Dienstbarkeit kann daher im vorliegenden Fall, weder was das Recht an sich noch was den Personenkreis, dem es zustehen soll, anbelangt, ausgegangen werden. Dies gilt noch viel mehr für die behauptete Dienstbarkeit, auf dem Friedhof bestattet zu werden. Mag daher auch das Vorhandensein von Gräbern auf der ersteigerten Liegenschaft offenkundig gewesen sein, bedeutet dies nicht, dass Offenkundigkeit auch für die konkret klagsweise geltend gemachte Dienstbarkeit in Bezug auf diese Gräber gegeben ist.“*²⁶²

²⁵⁷ vgl. OGH 4Ob83/09y

²⁵⁸ vgl. OGH 5Ob203/06y

²⁵⁹ vgl. OGH 4Ob152/09t

²⁶⁰ vgl. OGH 2Ob238/08a

²⁶¹ vgl. OGH 2Ob238/08a

²⁶² vgl. OGH 2Ob238/08a

3.1.3. Aussicht und Bebauungsbeschränkung

Das Hausservitut auf Aussicht und Bebauungsbeschränkung war in fünf Fällen Anlass für die Klageeinbringung seitens des Eigentümers der herrschenden Liegenschaft.²⁶³ In drei Fällen²⁶⁴ folgte der OGH den Entscheidungen der Vorinstanzen, bei jeweils einem Fall wurde der Entscheidung einer Instanz²⁶⁵ oder beider Instanzen²⁶⁶ indes widersprochen.

Im Fall 5Ob58/09d folgte der OGH den Entscheidungen der Vorinstanzen nicht. Mit dem Voreigentümer des Beklagten war vertraglich eine Beschränkung der Verbauung vereinbart worden, die der Beklagte nicht gekannt haben wollte. Der OGH stellte fest, dass eine Offenkundigkeit bei einer Aussichtsdiensbarkeit nicht gegeben war und daher nur die positive Kenntnis beim Erwerb oder bei Einreichung des Verbücherungsantrags bzw. die verabsäumte Erkundigung im Zweifelsfall, ob eine Dienstbarkeit besteht, eine Schlechtgläubigkeit des Erwerbers verursacht.²⁶⁷

Die Klage im Fall 3Ob279/08p wurde von allen Instanzen bestätigt, da bereits eine geringfügige, aber dauerhafte Störung vom dadurch beeinträchtigten Dienstbarkeitsberechtigten berechtigt ist. Demnach ist auch eine Aufschüttung bereits ein Hindernis für die Ausübung der Aussichtsdiensbarkeit.²⁶⁸

Der Fall 9Ob43/07z betraf eine Bebauungsbeschränkung bzw. Aussichtsdiensbarkeit nur am Rande. Der Beklagte wendete ein, er hätte die Dienstbarkeit der Luftraumbenützung ersessen und hätte daher das Recht gehabt, die Thujenhecke des Nachbarn zurückzuschneiden, der daraufhin geklagt hatte, weil diese aufgrund des Rückschnitts unansehnlich geworden war. Hier erkannte der OGH, wie auch die Vorinstanzen, dass kein Dienstbarkeitsrecht ersessen worden war.²⁶⁹

²⁶³ vgl. OGH 3Ob279/08p, 1Ob18/08s, 5Ob58/09d, 2Ob252/05f, 9Ob43/07z

²⁶⁴ vgl. OGH 3Ob279/08p, 1Ob18/08s, 9Ob43/07z

²⁶⁵ vgl. OGH 2Ob252/05f

²⁶⁶ vgl. OGH 5Ob58/0id

²⁶⁷ vgl. OGH 5Ob58/09d

²⁶⁸ vgl. OGH 3Ob279/08p

²⁶⁹ vgl. OGH 9Ob43/07z

Dagegen begehrte im Fall 1Ob18/08s der Kläger, ein Geh- und Fahrrecht zugestanden zu bekommen, wurde von allen Instanzen aufgrund einer Bebauungsbeschränkung, die eine Voraussetzung vom Verkäufer für den günstigen Liegenschaftspreis war, jedoch abgewiesen²⁷⁰ (siehe auch Wegerecht, Seite 64f).

Ein geplantes Hochregallager war der Auslöser für die Klage im Fall 2Ob252/05f. Der Kläger war Mithalter eines Flugfelds und begehrte die Unterlassung der Bebauung des klagsgegenständlichen Grundstücks, da dieses immer wieder überflogen wird und nach dem Luftfahrtgesetz muss eine genau bestimmte Fläche für An- und Abflüge frei sein. Dem Kläger fehlte es an der Aktivlegitimation, da er als Nichteigentümer der Liegenschaft nur Besitzmittler sein konnte. Der Beklagte musste auch nicht erkennen, dass das Überfliegen seiner Liegenschaft nicht bloß die Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung darstelle, sondern damit ein privates Recht auf Hindernisfreiheit vom Kläger begehrt werden würde. Der OGH folgte der Entscheidung des Erstgerichts, das die Klage abgewiesen hatte.²⁷¹

3.1.4. Bauabstandsnachsicht

Zweimal wurde die Eintragung einer Bauabstandsnachsicht begehrt, die in beiden Fällen in allen Instanzen abgewiesen wurde.²⁷² Der OGH begründete seine Entscheidung damit, dass nie eine aktive Handlung Grundlage für eine Dienstbarkeit sein kann. Mit den getroffenen Vereinbarungen wird eine aktive Handlung von einem der beiden Vertragspartner verlangt. Des Weiteren ist die Zustimmung der Baubehörde bei der Abstandsnachsicht erforderlich, die in beiden Fällen nicht vorhanden war.²⁷³

²⁷⁰ vgl. OGH 1Ob18/08s

²⁷¹ vgl. OGH 2Ob252/05f

²⁷² vgl. OGH 5Ob16/07z, 5Ob32/07b

²⁷³ vgl. OGH 5Ob16/07z, 5Ob32/07b

3.1.5. Wasserrecht

Bei den insgesamt sechs Fällen zum Wasserrecht folgte der OGH einmal den Entscheidungen der Vorinstanzen, zweimal widersprach er den Vorinstanzen und in drei Fällen bestätigte er die Entscheidung einer Vorinstanz.²⁷⁴

Beim Fall 1Ob234/08f begehrte der Kläger die Feststellung, dass keine Dienstbarkeit zulasten des klägerischen Grundstücks besteht, was alle Instanzen bestätigten.²⁷⁵

Ein weiterer Fall, bei dem der Eigentümer der dienenden Liegenschaft Klage einbrachte, ist 1Ob116/09d. Der Kläger hatte im guten Glauben ein lastenfreies Grundstück erworben. Als technischer Laie hatte er nicht erkennen müssen, dass die Wasserversorgungsanlage, die in dem von ihm erworbenen Haus untergebracht war, auch das Nachbargrundstück versorgte. Der Kläger begehrte den Anschluss des Beklagten an die öffentliche Wasserleitung. Der OGH folgte der Entscheidung der ersten Instanz, denn es war keine offenkundige Dienstbarkeit und durch das Erkennen der Wasserversorgung, nach dem Abschluss des Kaufvertrages und dessen Eintragung ins Grundbuch, war kein konkludentes Servitut entstanden.²⁷⁶

Die oben angeführten Fälle wurden von den Dienstbarkeitsbelasteten eingebracht. Bei den folgenden Fällen klagten die Dienstbarkeitsberechtigten.

Um die Erweiterung der Wasserbezugsrechte ging es in den Fällen 1Ob38/05b und 1Ob241/05f. Im ersten Fall hatte der Dienstbarkeitsbelastete im Quellgebiet unerlaubterweise Bauarbeiten durchgeführt und für den Berechtigten den Zugang zur Quelle unmöglich gemacht. Der Dienstbarkeitsberechtigte forderte zuerst die Kosten, die ihm durch die Anlieferung von Wasser entstanden waren, sowie die Kosten für die Errichtung eines neuen Brunnens, um seine Wasserversorgung zu gewährleisten. Die erste Instanz sprach dem Kläger die Kosten der Wasseranlieferung zu und wies das Mehrbegehren ab. In weiterer Folge änderte das Gericht der zweiten Instanz das Urteil ab, indem es die Klage zur Gänze abgewiesen hatte. Der Kläger begehrte in der Revision die Kosten für den neu errichteten Brunnen. Der OGH bestätigte jedoch das

²⁷⁴ vgl. OGH 1Ob234/08f, 1Ob116/09d, 1Ob38/05b, 1Ob229/07v, 1Ob241/05f, 5Ob239/06t

²⁷⁵ vgl. OGH 1Ob234/08f

²⁷⁶ vgl. OGH 1Ob116/09d

Urteil der zweiten Instanz mit der Begründung, dass das Gericht richtigerweise erkannt hatte, dass es durch den neuen Brunnen zu einer Wertsteigerung der klägerischen Liegenschaft gekommen ist und der Beklagte nicht dafür aufzukommen hat.²⁷⁷

Durch die Verlegung eines Güterwegs wurde vom Kläger im Fall 1Ob241/05f vermutet, dass seine Quelle nicht mehr ausreichend Wasser liefern würde, und er begehrte deshalb eine weitere Quellenfassung. Die Verlegung des Güterwegs war vom Land Salzburg vorgenommen worden, weshalb der Beklagte nicht verpflichtet werden konnte, die Wasserversorgung zu gewährleisten. Deshalb folgte der OGH der Entscheidung einer Vorinstanz und wies die Klage zur Gänze ab.²⁷⁸

Der Dienstbarkeitsberechtigte im Fall 5Ob239/06t begehrte die Eintragung seiner Wasserbezugsdienstbarkeit ins Grundbuch aufgrund eines Vertrags mit dem Dienstbarkeitsbelasteten, in dem vereinbart worden war, dass eine andere Quelle auf dem gleichen Grundstück oder einem zweiten erschlossen werden konnte, wenn die Quelle nicht die vom Berechtigten benötigte Menge Wasser liefern sollte. Die Vorinstanzen hatten entschieden, dass die Eintragung nicht möglich ist, weil das Servitut in seiner Örtlichkeit zu ungenau beschrieben wurde. Diese Entscheidung hob der OGH auf, da beide Grundstücke genau genannt wurden und die nötigen Leistungen auf dem gesamten Bereich der Grundstücke verlegt werden durften.²⁷⁹

Im Fall 1Ob229/07v konnte vom OGH kein abschließendes Urteil gefällt werden. Der Kläger begehrte die Eintragung der Wasserversorgung über die klagsgegenständliche Wasserleitung, obwohl er bereits vor Jahren einen Anschluss an die öffentliche Wasserleitung vorgenommen hatte, sowie die Unterlassung von Störungen durch den Beklagten. Der Beklagte hatte den Zugang zum Quellenschaft und zu der Brunnenstube für den Berechtigten unmöglich gemacht. Die erste Instanz bestätigte die Klage in dem Punkt der begehrten Eintragung. Sie wies das restliche Feststellungs- sowie das

²⁷⁷ vgl. OGH 1Ob38/05b

²⁷⁸ vgl. OGH 1Ob241/05f

²⁷⁹ vgl. OGH 5Ob239/06t

Entfernungs- und Unterlassungsbegehren jedoch ab, da hier eine Unzulässigkeit des Rechtswegs erkannt wurde.²⁸⁰

3.1.6. Leitungsrecht

Leitungen, die im Erdreich verlegt werden, müssen mit Hinweisbändern gekennzeichnet werden. Doch diese Bänder werden wie die Leitung im Erdreich eingegraben. Nach abgeschlossener Arbeit, wenn wieder „Gras über die Sache gewachsen ist“, sind später weder die Leitung noch die Hinweisbänder zu erkennen. Beweisfotos, wie das unten stehende Foto, werden in den seltensten Fällen gemacht. Der häufigste Grund bei den Leitungsrechten, die zu gerichtlichen Streitigkeiten führen, ist vielmehr die Wasserversorgung eines Grundstücks.

Abb. 15: Gasleitung



Quelle: Foto Monika Kastenhofer

Unter den analysierten Urteilen wurde in drei Fällen ein Leitungsrecht begehrt. In einem dieser Fälle folgte der OGH der Entscheidung der Vorinstanzen, bei einem bestätigte er nur eine Vorinstanz und bei einem Fall konnte keine abschließende Entscheidung getroffen werden.²⁸¹

²⁸⁰ vgl. OGH 1Ob229/07v

²⁸¹ vgl. OGH 1Ob192/04y, 5Ob117/09f, 1Ob241/05f

Letzteres trifft auf den Fall 1Ob192/02y zu. Der Kläger begehrte in diesem Fall für neu errichtete Ein- und Zweifamilienhäuser das Recht, den auf dem Grundstück des Beklagten bestehenden Kanal zu nutzen. Dieser hatte dem Voreigentümer des bestehenden Gebäudes für die Ableitung seines Swimmingpools diesen Kanal bei einer Bauverhandlung zugesagt. Die Benützung für Fäkalien und Schmutzwasser ist eine Erweiterung der Dienstbarkeit. Der OGH konnte keine abschließende Entscheidung treffen, da noch die Fragen offenstanden, ob der Beklagte bei der damaligen Bauverhandlung durch dessen Vertretung vertreten werden hatte dürfen, ob eine mögliche konkludente Zustimmung der Erweiterung des Kanalrechts bereits für den Voreigentümer erteilt worden war bzw. ob dies trotz Beteuerung des Voreigentümers, nur das Swimmingpoolwasser über den Kanal abzuleiten, ersessen worden war.²⁸²

Der Fall, in dem der OGH der Entscheidung der Vorinstanzen folgte, betraf die Eintragung eines Leitungsrechts ins Grundbuch. Diese wurde vor allem deshalb verwehrt, weil die Vollmacht für den Machtinhaber nicht auf den Fall bezogen und älter als drei Jahre war. Weiters bemängelte die erste Instanz, dass das Grundbuchsgesuch in Papierform eingebracht worden war. Die zweite Instanz und der OGH stimmten überein, dass das Fehlen der elektronischen Einbringung des Grundbuchsgesuchs kein inhaltlicher Mangel ist und daher nicht dessen Abweisung rechtfertigt. Jedoch ist eine taugliche Vollmacht für den Machtinhaber bei der Eintragung notwendig und die Eintragung wurde deshalb nicht gewährt.²⁸³

Der dritte Fall zum Leitungsrecht (OGH 1Ob241/05f) wurde bereits beim Wasserrecht auf Seite 73 besprochen, da der Kläger sowohl ein Wasserbezugs- als auch ein Leitungsführungsrecht begehrte. Dieses wurde vom OGH, der der Entscheidung der zweiten Instanz folgte, abgewiesen.²⁸⁴

²⁸² vgl. OGH 1Ob192/04y

²⁸³ vgl. OGH 5Ob117/09f

²⁸⁴ vgl. OGH 1Ob241/05f

3.1.7. Verneinende Hausdienstbarkeit (Fensterrecht)

Ein besonderer Fall bei den Grundservituten war der der verneinenden Hausdienstbarkeit („*gemeinhin fälschlicherweise ‚Fensterrecht‘ genannt; ...*“).²⁸⁵ Ein Fenster in einer Feuermauer kommt immer wieder vor, wenn auch nicht so auffällig wie in der nächsten Abbildung dargestellt.

Abb. 16: Feuermauer mit Fenster



Quelle: Foto Kurt Kellner

Bei diesem Fall wurde vom OGH keine abschließende Entscheidung getroffen. Eines der Probleme, die der OGH bei den Entscheidungen der Vorinstanzen sah, war die rechtliche Beurteilung der Entstehung der Dienstbarkeit. Die beiden Häuser waren zwischen dem 11. und 16. Jahrhundert erbaut worden. Die Vorinstanzen beurteilten die Sachlage nach den im ABGB geregelten Dienstbarkeiten, die allerdings erst im Jahr 1812 rechtskräftig wurden. Zu diesem Zeitpunkt bestand das Fensterrecht bereits seit rund 300 Jahren. Weiters hatte der Kläger das Vorliegen der Ersitzung nicht ausreichend vorgebracht. Auch hatte sich der Beklagte nicht auf die Freiheitsersitzung nach § 1500 ABGB berufen, sondern nur darauf, dass das Fensterrecht schon seit Jahren

²⁸⁵ vgl. OGH 6Ob278/06k

nicht genutzt worden war. Hier muss § 1471 ABGB für die Ersitzung angewendet werden.²⁸⁶

§ 1471 ABGB. *„Bei Rechten, die selten ausgeübt werden können, z.B. bei dem Rechte, eine Pfründe zu vergeben, oder jemanden bei Herstellung einer Brücke zum Beitrage anzuhalten, muß derjenige, welcher die Ersitzung behauptet, nebst einem Verlaufe von dreißig Jahren, zugleich erweisen, daß der Fall zur Ausübung binnen dieser Zeit wenigstens dreimal sich ergeben, und er jedesmal (sic!) dieses Recht ausgeübt habe.“*

Unter Anwendung von § 1471 ABGB reicht nicht der Ablauf von 30 Jahren, sondern es muss das Recht zumindest dreimal ausgeübt worden sein. Sollte eine längere Zeit als 30 Jahre zwischen zwei Rechtshandlungen verstrichen sein, beginnt die Zeit ab der nächsten Rechtshandlung wieder von vorne zu laufen.²⁸⁷

§ 1471 ABGB wurde bei der Beurteilung nicht berücksichtigt. Diese und die zuvor genannten offenen Fragen sind vom Berufungsgericht noch zu beurteilen.²⁸⁸

3.1.8. Wohnungsrecht

„... das ‚Wohnungsrecht‘ [ist] keine eigenständige Form einer Personalservitut, sondern eine Spielart des Fruchtgenussrechts oder des Gebrauchsrechts ...“²⁸⁹

Lediglich vier Fälle in den letzten fünf Jahren, in denen das Wohnungsrecht von den Berechtigten ins Grundbuch eingetragen werden sollte, wurden vom OGH entschieden. In drei Fällen bestätigte der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen und in einem widersprach er beiden Vorinstanzen.²⁹⁰

In einem Fall waren die Antragsteller Käufer eines Wohnungseigentums und wollten neben dem Eigentumsrecht einander wechselseitig ein Wohnungsrecht einräumen. Dies wiesen alle Instanzen zurück, da dadurch eine gleichrangige Dienstbarkeit an derselben

²⁸⁶ vgl. OGH 6Ob278/06k

²⁸⁷ vgl. Bydlinski M. in Rummel³, §1471 ABGB, Rz 1

²⁸⁸ vgl. OGH 6Ob278/06k

²⁸⁹ vgl. OGH 5Ob157/08m

²⁹⁰ vgl. OGH 5Ob157/08m, 5Ob114/08p, 5Ob82/08g, 5Ob175/05d

Sache begründet werden würde. Auch das Recht, Pflegepersonen, Verwandte und Freunde in der gemeinsamen Wohnung wohnen zu lassen, beinhaltet bereits einen Konflikt. Eine Sache kann grundsätzlich mehreren Personen dienen, doch durch die Rangordnung wird die unterschiedliche Stellung verdeutlicht. Außerdem ist es nicht möglich, eine Dienstbarkeit an ideellem Eigentum zu begründen.²⁹¹

Eine Abweisung der Eintragung wurde auch im Fall 5Ob114/08p von allen Instanzen bestätigt, zumal es an einem gültigen Rechtsgrund mangelte, der der vertraglich vereinbarten Dienstbarkeit zugrunde liegen muss. Der bloße Hinweis auf ein vertraglich vereinbartes Dienstbarkeitsrecht ist nicht ausreichend.²⁹²

Die Eintragung ins Grundbuch unterliegt einem gewissen Ermessensspielraum des Rechtspflegeorgans, zum Beispiel bei Bedenken bezüglich der persönlichen Fähigkeiten der an der Eintragung beteiligten Personen. Im Fall 5Ob175/05d wollte ein Ehemann, der bei einem anderen Verfahren einen Sachverwalter zugewiesen bekommen hatte, ein Wohnungsrecht an seinem Haus für seine Ehefrau eintragen lassen, über deren Vermögen ein Konkurs eröffnet worden war. Hier gab es nicht nur Bedenken im Hinblick auf die Fähigkeit des Ehemanns, sondern auch dahin gehend, ob das Wohnrecht nicht zur Konkursmasse gehörte, da auch eine teilweise Weitergabe des Wohnrechts an Dritte ermöglicht wurde. Alle drei Instanzen waren der Meinung, dass diese Eintragung nicht möglich ist.²⁹³

Im vierten Fall verweigerten die Vorinstanzen die Eintragung, die aufgrund einer rechtskräftigen Einantwortungsurkunde begehrt worden war, mit der Begründung, dass es zu einer Kollision des bereits eingetragenen Wohnrechts für ein Kabinett im EG und dem neu einzutragenden im Schlafzimmer im EG kommen würde. Dieser Entscheidung widersprach der OGH und wies auf den Willen des Verstorbenen hin, der zwischen den beiden Räumen unterschieden hatte, und somit waren auch zwei verschiedene Räume gemeint.²⁹⁴

²⁹¹ vgl. OGH 5Ob157/08m

²⁹² vgl. OGH 5Ob114/08p

²⁹³ vgl. OGH 5Ob175/05d

²⁹⁴ vgl. OGH 5Ob82/08g

3.1.9. Fruchtgenussrecht

Die Fälle von Fruchtgenussrecht, die der OGH im Betrachtungszeitraum zur Beurteilung vorgelegt bekommen hatte, wurden beide abgewiesen. Die Einverleibung wurde von den Fruchtgenussberechtigten beantragt. In einem Fall bestätigte der OGH die Entscheidung der Vorinstanzen, im anderen widersprach er dieser.²⁹⁵

Im Fall 5Ob200/05f wurde die Eintragung bezüglich eines Wohnungseigentumsobjekts verwehrt. Bei dieser sollten mehrere Sachverhalte berücksichtigt werden. Zum einen sollte der Erbe an der Hälfte der Eigentumswohnung eingetragen werden. Der Teil, der der Witwe gehörte, sollte an den Erben übertragen werden, der im Gegenzug der Witwe das Fruchtgenussrecht an der Wohnung gewähren würde. Dabei wurde eine Amtsbestätigung gemäß § 178 AußStrG vorgelegt. Der OGH sah das Problem darin, dass mit einer solchen Amtsbestätigung nur ein bereits bestehendes Recht übertragen werden kann. Das Fruchtgenussrecht hatte jedoch noch nicht bestanden. Da das Begehren auf Eintragung aufgrund eines Erbes und die Übertragung der Mindestanteile unter Lebenden mit einem Fruchtgenussrecht untrennbar zusammengehören und nicht nur ein Teil bewilligt werden kann, musste das Gesuch zur Gänze abgewiesen werden.²⁹⁶

Im zweiten Fall wurde die Eintragung aufgrund einer Amtsbestätigung begehrt, auf der jedoch die genaue Bezeichnung der Liegenschaft gefehlt hatte. Diese wurde auf einer Ausfertigung eines Berichtigungsbeschlusses des Bezirksgerichts ergänzt und das Testament, in dem das Vermächtnis angeordnet worden war, wurde in Kopie vorgelegt. Der OGH sprach aus, dass die vom Erstgericht geforderte elektronische Einbringung jeder gesetzlichen Grundlage entbehrte und die Einbringung auch in Papierform möglich ist. Jedoch waren die vorgelegten Urkunden nicht eintragungsfähig und somit konnte die Eintragung nicht gewährt werden. Es fehlten die Voraussetzungen nach § 32 GBG.

§ 32 GBG. *„(1) Privaturkunden, auf Grund deren eine Einverleibung stattfinden soll, müssen außer den Erfordernissen der §§ 26, 27 enthalten:*

²⁹⁵ vgl. OGH 5Ob200/05f, 5Ob227/08f

²⁹⁶ vgl. OGH 5Ob100/05f

a) die genaue Angabe der Liegenschaft oder des Rechtes, in betreff deren die Einverleibung erfolgen soll;

b) die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht beschränkt, belastet, aufgehoben oder auf eine andere Person übertragen werden soll, daß er in die Einverleibung einwillige.

(2) Diese Erklärung kann auch in einer besonderen Urkunde oder in dem Grundbuchsgesuch abgegeben werden. In solchen Fällen muß aber die Urkunde oder das Gesuch, in dem die Erklärung enthalten ist, mit den Erfordernissen zur Einverleibung versehen sein.²⁹⁷

3.2. Vermeintliche Dienstbarkeiten

Manchmal fällt es sogar Rechtsexperten schwer, eine entstandene Dienstbarkeit von einem obligatorischen Recht zu unterscheiden. Deshalb werden im Folgenden vermeintliche Dienstbarkeiten betrachtet, die der OGH zu entscheiden hatte.

3.2.1. Eigentümerdienstbarkeit

Der Fall einer Eigentümerin, die zugunsten eines ihrer Grundstücke auf einem anderen auch in ihrem Eigentum stehenden Liegenschaft ein Geh- und Fahrrecht ins Grundbuch eintragen wollte, ist keine Dienstbarkeit, wie sie der Gesetzgeber vorsieht. Bereits die erste Instanz meinte: *„Die Begründung einer Grunddienstbarkeit setzte Eigentümerverschiedenheit bei der dienenden und herrschenden Liegenschaft voraus. Die Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit sei unzulässig.“* Der OGH konnte in diesem Fall nur die Entscheidung der Vorinstanzen bestätigen, stellte jedoch noch fest, dass die gesetzliche Grundlage dazu fehlte, auch wenn eine Eigentümerdienstbarkeit aus praktischen und wirtschaftlichen Gründen wünschenswert ist.²⁹⁸

²⁹⁷ Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955, §32

²⁹⁸ vgl. OGH 5Ob118/07z

Wenn der Eigentümer eines Baurechts und der der Stammliegenschaft die gleiche Person sind, kann keine Dienstbarkeit begründet werden. Es handelt sich dabei um zwei Rechtsobjekte mit dem gleichen Eigentümer. Bei der Eintragung einer Dienstbarkeit kommt es allerdings nicht nur auf den Parteienwillen an, sondern auch auf die tatsächliche Beseitigung einer Kollision von Rechten, die im Falle einer Eigentümerübereinstimmung nicht gegeben ist.²⁹⁹

3.2.2. Wohnungseigentum

Zu Missverständnissen kann es bei der Nutzungsregelung im Wohnungseigentum kommen. Hierbei wissen selbst Rechtsexperten oft nicht, wann ein obligatorisches Recht entsteht und wann eine Dienstbarkeit. Beim Wohnungseigentum kann man Parallelen zur Begründung von Eigendienstbarkeiten erkennen, denn in beiden Fällen sind die Parteien von den Eigentümern des dienenden und herrschenden Guts nicht zu unterscheiden. Der einzige Unterschied im Wohnungseigentum ist das genau definierte Nutzungsrecht an einem Wohnungseigentumsobjekt, das dem Miteigentümer zugestanden wird.

§ 2 (1) WEG. „*Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer einer Liegenschaft oder einer Eigentümerpartnerschaft eingeräumte dingliche Recht, ein Wohnungseigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen.*“³⁰⁰

Bei der Analyse der Urteile der letzten fünf Jahre traten Fälle von Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern auf, die von den Beteiligten als Dienstbarkeit deklariert und beansprucht wurden. Dabei handelte es sich aber um eine Nutzungsvereinbarung an einer Allgemeinfläche oder einem Teil eines anderen Wohnungseigentumsobjekts.

Zum Beispiel war eine Holzhütte im Gartenanteil der Wohnung (W2) vor der Begründung des Wohnungseigentums errichtet worden. Diese wurde vom Eigentümer der daneben liegenden Wohnung (W1) und vom Eigentümer der Wohnung W2 für die

²⁹⁹ vgl. OGH 5Ob94/09y

³⁰⁰ Wohnungseigentumsgesetz 2009, §2 (1), 1. Satz

Lagerung von Holz benützt. Im Nutzwertgutachten wurde diese nicht berücksichtigt, da die Hütte zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung noch nicht errichtet war. Die Wohnung W2 wurde zuerst im Zuge eines Versteigerungsverfahrens und danach mittels Kaufvertrag übertragen, ohne die Nutzungsregelung an die Rechtsnachfolger zu überbinden. Der Eigentümer der Wohnung W1 forderte sein Nutzungsrecht beim Käufer der Wohnung W2 ein, da ihm dieses schon vor Verkauf zugestanden worden war. Die erste und zweite Instanz hatten diesen Sachverhalt vor dem Hintergrund einer entstandenen Dienstbarkeit beurteilt und dem Eigentümer von W1 sein Dienstbarkeitsrecht bestätigt. Es war zwar nicht im Grundbuch eingetragen, aber aufgrund des langjährigen Gebrauchs ist ein anteiliges Nutzungsrecht an der Hütte entstanden. Dies wurde vom OGH widerlegt, da es sich dabei um ein bloßes Nutzungsrecht handelt, das zwischen den Eigentümern vereinbart werden kann und grundsätzlich nur ein obligatorisches Recht begründet, das nur durch Überbindung an den Rechtsnachfolger für diesen bindend ist.³⁰¹ Ebenso konnte keine Dienstbarkeit oder Eigentum an Allgemeinflächen von einem Wohnungseigentümer ersessen werden, da er bereits anteiliger Miteigentümer dieser Fläche war.³⁰²

Der Fall 5Ob157/08m hat eine weitere Variante der Dienstbarkeitseinräumung unter Wohnungseigentümern zum Inhalt. Diesmal sollte am ideellen Teil der Liegenschaft ein Wohnungsrecht eingetragen werden, was alle Instanzen abgelehnt hatten, auch da die Erwerber des Wohnungseigentums im Kaufvertrag einander wechselseitig das Wohnrecht einräumten. Da schon durch die gleichrangige und gleichzeitige Einräumung das Entstehen einer Dienstbarkeit unmöglich ist.³⁰³

3.3. Auswirkung auf den Liegenschaftsverkehr

Nachdem die einzelnen Klagethemen analysiert wurden, wird im folgenden Teil nach der jeweiligen Ursache für die gerichtliche Auseinandersetzung gefragt, um zu ergründen, ob eine Transaktion der Liegenschaft ursächlich dafür war.

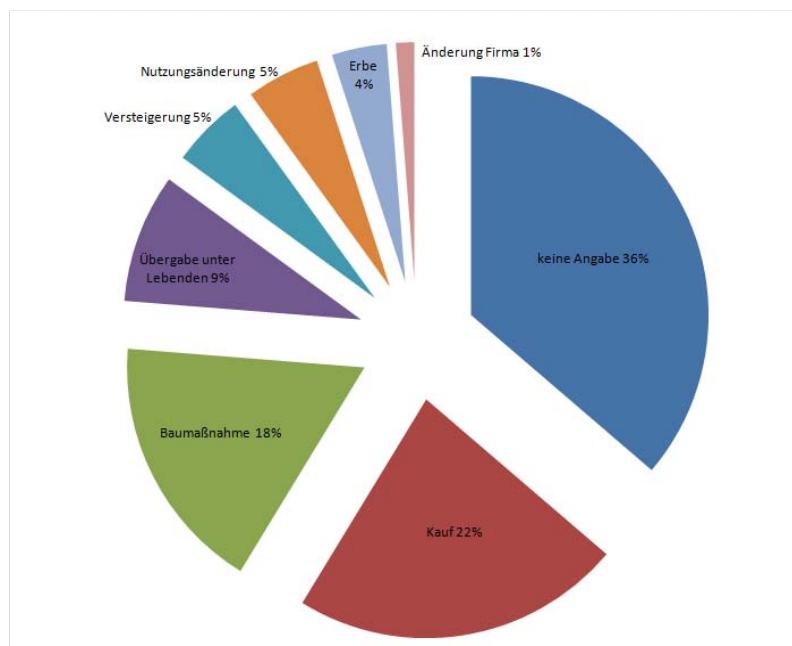
³⁰¹ vgl. OGH 5Ob281/08x

³⁰² vgl. OGH 5Ob233/08p

³⁰³ vgl. OGH 5Ob157/08m

Die anschließende Abbildung zeigt, welche Liegenschaftstransaktion vor Klageeinbringung durchgeführt wurde. In 36 % der untersuchten Fälle wurde im Sachverhalt keine ableitbare Aussage gefunden bzw. war der Kauf oder die Übergabe mehr als 30 Jahre vor dem Einbringen der Klage erfolgt und konnte somit nicht mehr als unmittelbarer Anlass angenommen werden. Die Veräußerung einer Liegenschaft wurde in 22 % der Fälle zum Anlass genommen, eine Dienstbarkeit einzuklagen. Baumaßnahmen, die einer der Liegenschaftseigentümer vorgenommen oder deren Durchführung er geplant hatte, waren in 18 % der Fälle ausschlaggebend für die gerichtliche Durchsetzung der Dienstbarkeit. Kinder, die die Liegenschaft von ihren Eltern übernommen hatten, haben einen Anteil von 9 % an den analysierten Urteilen. Die Zwangsversteigerung und die Nutzungsänderung des herrschenden Grundstücks waren in jeweils 5 % der Fälle Anlass für die gerichtliche Auseinandersetzung. Erben machten in 4 % der Fälle eine Dienstbarkeit bei Gericht geltend und ein einziger Fall hatte eine Firmenverschmelzung zum Anlass.

Abb. 17: Anlässe für eine Dienstbarkeitsklage



Quelle: eigene Darstellung

Insgesamt war in nicht einmal der Hälfte aller Fälle (Kauf, Übergabe unter Lebenden, Versteigerung und Erbe) die Änderung der Eigentumsverhältnisse der Auslöser für die gerichtliche Auseinandersetzung. Dies lässt die Vermutung zu, dass langjährige

Nachbarn aus wahrscheinlich persönlichen Gründen häufiger die Gerichte bemühen, als dies der Fall bei einer Änderung der Eigentümer ist.

Bei einem einzigen Fall der insgesamt 80 analysierten OGH-Urteile wurden vom Kläger ein Gewährleistungs- und Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer seiner vertraglich lastenfreien erworbenen Liegenschaft gefordert.³⁰⁴

Somit liegt der Schluss nahe, dass die Auseinandersetzungen entweder nicht bis zum OGH fortgeführt werden oder dass außergerichtliche Einigungen, möglicherweise unter Zuhilfenahme eines Geldbetrags, erzielt werden. Aus den vorliegenden untersuchten Urteilen kann man daher keine eindeutigen Auswirkungen von außerbücherlichen Dienstbarkeiten auf den Liegenschaftsverkehr ableiten.

³⁰⁴ vgl. OGH 6Ob353/04m

4. Experteninterviews

Die Experteninterviews sollten die Erfahrungen und den Umgang mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten von in der Praxis stehenden Fachleuten darstellen. Dazu wurden insgesamt 16 Experten anhand eines Interviewleitfadens befragt. Die meisten Befragten (neun Personen) wurden von der Website des Hauptverbands der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs³⁰⁵ ausgewählt. Weiters wurden zwei Notare, zwei Rechtsanwälte und zwei Grundbuchspfleger befragt.

Die Suche auf der Website des Hauptverbands der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs wurde zuerst auf die Gebiete Wien, Niederösterreich und Burgenland eingeschränkt und mittels des Schlagworts „Baugründe“ in der Schlagwortsuche beschränkt.

Abb. 18: Suchmaske – Sachverständigenhauptverband

The screenshot shows a web browser window displaying the search interface of the Austrian Association of Experts. The header includes the association's name and logo. The main section is titled 'Suche nach Sachverständigen' (Search for Experts). It contains two search input fields: 'Suche nach Name:' and 'Suche nach Schlagwort:'. The 'Suche nach Schlagwort:' field contains the text 'Baugründe'. To the right of these fields are two dropdown menus: 'Einschränken auf Bundesland:' (Filter by federal state) and 'Einschränken auf Gericht:' (Filter by court), both set to '- keine Einschränkung -' (no restriction). Below the search fields are two radio buttons: 'finde mindestens einen Suchbegriff' (selected) and 'finde alle Suchbegriffe'. At the bottom of the search area are two buttons: 'Suche starten' (Start search) and 'Suchmaske löschen' (Clear search mask). On the left side of the page, there is a sidebar with a logo and a list of links: 'Suche nach Sachverständigen', 'Listen:', 'Fachgruppen', 'Nomenklatur', and 'Merkliste (0 SV)'.

Quelle: www.sachverstaendige.at

³⁰⁵ www.sachverstaendige.at

Die Suche im November 2009 ergab insgesamt 293 Sachverständige, die über Fachbereiche bzw. Fachgebiete gefunden wurden. Davon wurden 20 Sachverständige, die in und um Wien angesiedelt sind und ihre E-Mail-Adresse auf der Website bekannt gegeben haben, ausgewählt und per E-Mail kontaktiert.

Neun Rückmeldungen auf die versendeten Mails führten innerhalb kürzester Zeit zu Interviewterminen. Vier Sachverständige meldeten sich zwar auf die Interviewanfrage, konnten jedoch nach eigenen Angaben nichts zum Thema beitragen. Herr Dr. Georg Arthold meinte: *„Ich kann Ihnen leider zu Ihrem Thema nicht weiterhelfen, da gerade Dienstbarkeiten bei meinen Bewertungen so gut wie keine Rolle spielen.“*³⁰⁶ Auch Herr Dipl.-Ing. Gernot Schmap gab an: *„So etwas ist mir in 25 Jahren noch nicht unterkommen.“*³⁰⁷ Von insgesamt sechs Sachverständigen kam keine Rückmeldung.

Folgende Experten (in alphabetischer Reihenfolge) nahmen sich die Zeit für ein Interview zum Thema der rechtlichen Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten:

Frau ADir Doris Demler ist Grundbuchsrechtspflegerin des Grundbuchsgerichts Korneuburg. In dieser Position ist sie bereits seit 15 Jahren.

Frau ADir Reg.-Rat Edith Ecker ist Grundbuchsrechtspflegerin des Grundbuchgerichts Tulln an der Donau. Sie ist seit dem Jahr 1985 in dieser Position.

Herr Mag. Andre Faudon ist seit 2003 Geschäftsführer seiner eigenen Immobilienmakler- und Bauträgerfirma, der Faudon Immobilien GmbH, und seit 2008 allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Wohnbau und Grundstücke. Sein Spezialgebiet sind Grundstücke, insbesondere Grundstücksmakler für Wohnbaugenossenschaften.

Herr Ing. Wolfgang Fessler ist seit ca. fünf Jahren im Asset Management der Immofinanz und seit ca. 15 Jahren in der Immobilienbranche beschäftigt. Außerdem ist er allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger.

³⁰⁶ Mail vom 4. November 2009 von Herrn Dr. Georg Arthold

³⁰⁷ Mail vom 4. November 2009 von Herrn Dipl. Ing. Gernot Schmap

Herr Dr. Johannes Gschaider ist seit einem Jahr Seniorpartner in der Kanzlei Knirsch, Gschaider und Cerhar. Seit Oktober 1988 ist er als Rechtsanwalt eingetragen. Die Kanzlei beschäftigt sich mit Zivilrecht im Allgemeinen, betreibt jedoch keine Strafverteidigung, Konkursmasseverwaltung und Verkehrsunfälle. Die Kanzlei ist auf Arzneimittelrecht, Wettbewerbsrecht, Gesellschaftsrecht und teilweise auf Steuerrecht spezialisiert und betreut ihre Klienten in zivilrechtlichen Angelegenheiten.

Herr Dr. Walter Lattenmayer ist seit 1976 Rechtsanwalt. Ein Schwerpunkt seiner Kanzlei Lattenmayer, Luks und Enziger und seiner Tätigkeit ist das Immobilienrecht.

Herr Dr. Michael Lunzer ist Notar in der Kanzlei Dr. Lunzer & Dr. Wimmer. Das Liegenschaftsrecht stellt einen der Schwerpunkte der Kanzlei dar. Als Notariatskandidat war er seit dem Jahr 1982 in der Kanzlei beschäftigt und wurde im Jahr 2000 Notar.

Herr Dr. Heinz Muhr hat nach dem Studium im Jahr 1984/85 in den verschiedensten Tätigkeitsgebieten der Immobilienbranche gearbeitet. Er ist Geschäftsführer und Eigentümer der Firma Contec Immobilien GmbH und seit zehn Jahren gerichtlich beeideter Sachverständiger für Immobilien.

Frau Mag. Barbara Preglej ist allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige und Immobilienbewerterin. Sie ist seit 25 Jahren in der Immobilienbranche tätig und seit sechs Jahren als Bewerterin selbstständig.

Herr Mag. Markus Reithofer, MSc ist allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und übt diese Tätigkeit seit dem Jahr 2005 aus.

Herr Mag. Wolfgang Schmitzer ist Geschäftsführer der sideproject Immobilien Management GmbH und der i.con.trust project development GmbH. Er ist als Bauträger und Projektentwickler sowie als Sachverständiger für gerichtliche Gutachten, aber auch für private Auftraggeber tätig. In der Immobilienbranche ist er seit dem Jahr 1991 tätig.

Herr KR Thomas Schwarz ist seit knapp 25 Jahren Makler. Er hat die Position des Geschäftsführers inne und ist allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger.

Herr Dr. Josef Strommer ist seit 1. März 1998 Notar in Tulln an der Donau. Sein Tätigkeitsfeld umfasst das Liegenschafts-, Gesellschafts-, Erbschafts- und Familienrecht.

Frau Ing. Christine Weber ist Maklerin, Sachverständige und Vortragende. Sie ist Funktionärin in der Wirtschaftskammer Niederösterreich und ÖVI-Landesstellenleiterin von Niederösterreich.

Herr Mag. Udo Weinberger ist seit zehn Jahren Geschäftsführer der Immobilientreuhänderkanzlei Weinberger Biletti Immobilien GmbH und seit Mitte der 1990er-Jahre in der Immobilienbranche tätig. Als Immobilientreuhänder ist er vorrangig im Bereich Hausverwaltung und Makler beschäftigt. Außerdem ist er allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und seit 2005 ÖVI-Präsident.

Mag. Karl Wiesflecker ist allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und seit dem Jahr 2006 geschäftsführender Gesellschafter der Immobilienverwaltung Kramas. 2007 hat er die Firma Kramas & Partner Bau- und Projektmanagement GmbH gegründet. Bereits seit 1988 ist er in der Immobilienbranche tätig.

4.1. Dienstbarkeiten in der Praxis

In den 16 Interviews wurde ersichtlich, dass das Wissen um das Problem, dass der Grundbuchstand nicht immer die tatsächliche Rechtslage wiedergibt, da etwa außerbücherliche Dienstbarkeiten begründet wurden, in der Praxis vorhanden ist.

Ähnlich wie in den analysierten Urteilen nannten alle Interviewten die **Grunddienstbarkeiten** als häufigste Auslöser gerichtlicher Auseinandersetzungen. Somit wird Grunddienstbarkeiten die meiste Beachtung geschenkt, aber auch bloß saisonal benutzte Dienstbarkeiten stellen in der Praxis immer wieder ein Problem dar. Vereinzelt wurden auch persönliche Dienstbarkeiten, wie Leibrente oder Ausgedinge bzw. Pflegeverpflichtungen gegenüber den Eltern, die eine Liegenschaft an Kinder übergeben, angeführt. Bei vertraglich vereinbarten Dienstbarkeiten liegt das Problem mehr bei den ungenauen Dokumentationen bei der Dienstbarkeitsbegründung, die zu Konfrontationen führen können, aber auch Verträge, bei denen nicht alle wichtigen Punkte zur Dienstbarkeit ausformuliert wurden, können Gerichtsverfahren nach sich ziehen. Zudem kann eine ungenaue Grundstücksteilungsteilung immer wieder dazu führen, dass Dienstbarkeiten auf die geteilten Grundstücke übertragen werden, die aber nicht mehr genützt werden oder sogar nicht genutzt werden können. Dies kann vor

allem bei einem Verkauf zum Problem werden, wenn ein potenzieller Erwerber aufgrund der unsicheren Rechtslage, die vom Grundbuchstand ausgelöst wird, vom Kauf Abstand nimmt.

Das Vorkommen außerbücherlicher Dienstbarkeiten wurde von den Interviewten örtlich eingeschränkt, zumal die Meinung allgemein in die Richtung geht, dass diese Problemsituationen vor allem **im ländlichen Bereich** auftreten. Im städtischen Gebiet kommt es am ehesten bei der Bewertung von Liegenschaften, über die ein U-Bahn-Tunnel führt, oder wenn bei Grabungsarbeiten eine nicht dokumentierte Leitung gefunden wird und unklar ist, wie man diese bei den einzelnen Objekten berücksichtigt (wobei auch die medial verbreiteten Gefahren, die von einer Stromleitung ausgehen, eine Rolle spielen), zu Problemen.

Ein prominenter Fall eines Aussichtsrechts betraf das Palais Coburg in Wien, das auf der ehemaligen Stadtmauer erbaut worden war und das Recht hatte, von allen Fenstern freie Sicht auf den Stadtpark zu haben. Dieser Fall wurde im Zusammenhang mit der dadurch schwierigen Verwertung der an der Wiener Ringstraße gelegenen Grundstücke genannt.

Ein Drittel der Befragten hatte in seiner **beruflichen Laufbahn** noch keinen konkreten Fall einer außerbücherlichen Dienstbarkeit zu behandeln, wie zum Beispiel die beiden Grundbuchrechtspflegerinnen, die schlussendlich nur die Eintragung ins Grundbuch vornehmen, aber nichts mit der möglichen vorangegangenen gerichtlichen Auseinandersetzung zu tun haben. Nur Probleme, die die Eintragung selbst betreffen, fallen in ihren Aufgabenbereich.

Die Befragten, die bereits mit einer außerbücherlichen Dienstbarkeit konfrontiert waren, konnten nur von einzelnen Fällen berichten, die meist Leitungs- oder Wegerechte zum Thema hatten.

Eine Ausnahme war Herr Mag. Schmitzer, der immer wieder damit konfrontiert ist, besonders da seine Projekte auch im ländlichen Bereich bzw. entlang von Autobahnen liegen. Bei diesen Projekten kennt er Fälle von Wasser- und Leitungsrechten, wie zum Beispiel eine Hochspannungsleitung, die ein Projekt fast verhindert hätte, da diese Leitung die Bebauungshöhe beschränkte. Aber auch ein Fall von Leibrente hätte ein

Projekt zum Scheitern bringen können, wäre es nicht zu einer gütlichen Lösung gekommen.

Die Methoden, wie **außerbücherliche Dienstbarkeiten aufgedeckt** werden können, sind vielfältig. Die einfachste und vielleicht auch kostengünstigste Variante ist das Studium der Akten, in denen der eine oder andere Hinweis auf eine außerbücherlich vorhandene Last entdeckt werden kann, wie beispielsweise ein Schriftstück, das jemanden dazu berechtigt, das betreffende Grundstück zu benützen. Aber auch fehlende Unterlagen können ein Indiz für eine bestehende Dienstbarkeit sein. Wenn etwa bei aufgeschlossenen Liegenschaften die Anlegerbeiträge nicht bezahlt wurden, lässt dies vermutet, dass die Aufschließung über ein anderes Grundstück erfolgt. Eine weitere einfache Methode ist die Beobachtung. Dazu muss man nur mit offenen Augen, einiger Aufmerksamkeit und mit einem Kennerblick eine Liegenschaft ansehen. Dabei lässt sich möglicherweise bereits eine Dienstbarkeit erkennen, die nicht im Grundbuch eingetragen ist. So wurden auch die meisten Fälle von außerbücherlichen Dienstbarkeiten von den befragten Experten aufgedeckt.

Für jeden Experten ist es unumgänglich, sich eine Liegenschaft vor Ort anzusehen. Bei dieser Gelegenheit kann auch kontrolliert werden, inwieweit die vorhandenen Pläne mit dem tatsächlich vorliegenden Grundstück übereinstimmen. Zudem bietet ein Lokalaugenschein die Gelegenheit, mit den Eigentümern der Nachbarliegenschaften zu sprechen und diese zu möglichen und vielleicht schon bemerkten offensichtlichen Dienstbarkeiten zu befragen. In kleineren Gemeinden könnte auch der Bürgermeister oder Ortsvorsteher eine Informationsquelle sein, da dieser oft die erste Ansprechperson für Grundangelegenheiten darstellt.

Der letzte Schritt, bei dem man verborgene Dienstbarkeiten „ans Tageslicht bringt“, sind Erdarbeiten. Dies ist allerdings jene Variante, die man bei der Aufdeckung von Dienstbarkeiten am wenigsten in Betracht ziehen sollte, da sie auch die meisten Kosten und Probleme verursacht, denn wenn das Erdreich aufgegraben wird und eine Leitung zum Vorschein kommt, sind schneller Handlungsbedarf und rascher rechtlicher Rat notwendig, um mit einem Projekt fortfahren zu können.

Wird eine außerbücherliche Dienstbarkeit aufgedeckt, gibt es je nach Situation verschiedene **Forderungen vom Berechtigten** an den Belasteten.

Wenn eine außerbücherliche Dienstbarkeit noch vor Verkaufsabschluss entdeckt, wie zum Beispiel in dem Fall eines Interviewten, bei dem ein Grundstück geteilt wurde und an das Kind weitergegeben werden sollte, kann der Vertrag noch dementsprechend angepasst und somit die außerbücherliche Dienstbarkeit in eine intabulierte umgeändert werden. Werden Dienstbarkeiten nach Vertragsabschluss aufgedeckt, wird zumeist die verbindliche Feststellung zugunsten des Berechtigten gefordert oder aber auch eine Entschädigung, meist in Form einer Preisanpassung.

Die bloße Duldung, die in den Fällen der Interviewten vorkam, ist die Form, bei der am wenigsten Geld in die Hand genommen werden musste, um zu einer Einigung zu gelangen. In den meisten Fällen wird ein Geldbetrag, den der Dienstbarkeitsberechtigte für die Aufgabe seines Rechts fordert, zu einer gütlichen Einigung führen. Dabei muss dann abgewogen werden, wie wirtschaftlich die Höhe des Geldbetrags für das Projekt im Gegensatz zu einer Änderung oder sogar Unmöglichkeit des Projekts ist. Die Frage der Wirtschaftlichkeit stellt sich auch, wenn eine Leitung verlegt werden muss. Ist eine Verlegung nicht möglich, müssen die Auswirkungen auf das gesamte Projekt betrachtet werden.

Ein einfacher Geldbetrag ist für manche Dienstbarkeitsberechtigten jedoch keine Lösung und führt zu keiner Einigung. Dies ist besonders dann Fall, wenn es sich um historisch gewachsene Dienstbarkeiten zwischen langjährigen Nachbarn oder auch Familienmitgliedern handelt. Dabei sind oft sehr starke Emotionen im Spiel und die Fronten sind dadurch dermaßen verhärtet, dass es zu keiner Einigung kommen wird.

Dies sind die Probleme, mit denen sich Fachleute in der Praxis beschäftigen müssen und die es zu lösen gilt.

Der folgende Teil enthält Vorschläge, die von Fachleuten aus der Praxis kommen, wie man mit der Begründung von Dienstbarkeiten im Allgemeinen umgehen soll bzw. ob man die rechtlichen Unsicherheiten, die sich damit ergeben, vermeiden kann.

4.2. Umgang mit und Vermeidung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten

Wenn außerbücherliche Dienstbarkeiten aufgedeckt werden, können die Befragten nur die Position des **Vermittlers und Beraters** einnehmen oder im Fall einer Bewertung die Dienstbarkeit mit einem Geldbetrag bewerten. Da sich dies für die Befragten bewährt hat, werden auch zukünftige Problemsituationen mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten von ihnen so gehandhabt werden.

„Letztlich geht es immer ums Geld.“³⁰⁸

Geld kann man im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten im Allgemeinen und speziell mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten sparen, wenn man bei einem **Liegenschaftserwerb** Vorsicht walten lässt und sich umfassend informiert.

Die erste Informationsquelle bei einem geplanten Kauf ist der Verkäufer. Wenn man sich bei diesem über die rechtliche Lage und mögliche Dienstbarkeiten informiert, hat man bereits einen Schritt in die richtige Richtung getan. Die fachgerechte Beratung durch einen Makler beim Ankauf oder bei der Vertragserrichtung durch einen Rechtsanwalt oder Notar kostet zwar Geld, hilft zumeist jedoch mit, Geld zu sparen, das man möglicherweise für Gerichtskosten und Rechtsbeistand bezahlen müsste. Aus gutem Grund lassen Firmen oder Bauträger die Grundstücke, die sie kaufen oder entwickeln wollen, mittels Due Diligence prüfen, um sich ein genaues Bild über die rechtliche und wirtschaftliche Situation des Grundstücks machen zu können und mögliche Hindernisse und andere Eventualitäten bereits im Vorfeld aufzudecken. Die umfassende Information über die Liegenschaft wird bei offenkundigen Dienstbarkeiten auch immer wieder vom OGH gefordert. Unterlässt man dies, hat man zumindest einen Nachteil bei einem späteren Verfahren, wenn nicht sogar ein Urteil deswegen zugunsten des Gegners ausgesprochen wird.

Für die **Eigentümer eines Grundstücks** wurde der Rat von mehreren Experten ausgesprochen, dass sie ihr Grundstück immer wieder kontrollieren und mit Aufmerksamkeit beobachten sollen. So kann einem eine Grundbenützung nicht

³⁰⁸ Interview Ing. Fessl

entgehen. Kommt es tatsächlich zu einer Grundbenützung, sollte diese genau dokumentiert werden. Als nächster Schritt sollte man rechtlichen Rat einholen, damit geklärt wird, welche Auswirkung diese Grundbenützung auf die bestehende Rechtslage der betroffenen Liegenschaften bzw. deren Eigentümer hat. Besonders im Hinblick darauf, dass das Grundstück einmal übergeben werden soll, sei es an eine nachfolgende Generation oder einen neuen Eigentümer, ist es wichtig, geordnete Rechtsverhältnisse zu übergeben. Eine neu entstandene Dienstbarkeit wird am besten mit dem Abschluss einer Dienstbarkeitsvereinbarung und der Eintragung ins Grundbuch dokumentiert. Wenn zudem ein sorgfältiger und umsichtiger Vertragserrichter mit der Urkundenerstellung betraut wurde, kann man eine rechtliche Unsicherheit fast ausschließen.

„Je genauer und aussagekräftiger formuliert ist, desto geringeres Maß an Unsicherheit gibt es.“³⁰⁹

Fachleute, wie Bewerter oder Makler, haben lediglich die Möglichkeit, ihnen bekannte Dienstbarkeiten bei der Bewertung oder Vermittlung von Liegenschaften zu berücksichtigen. Aber auch sie können sich nicht der Pflicht entziehen, sich vor Ort die Gegebenheiten anzusehen und auch die erforderlichen Informationen einzuholen. Auf keinen Fall sollten sie sich auf die Aussagen von Eigentümern oder vorhandenen Plänen allein verlassen.

Sollten alle Vorsichtsmaßnahmen nicht gefruchtet haben und man trotzdem mit der Situation einer außerbücherlichen Dienstbarkeit konfrontiert werden, die möglicherweise zu einem Streit führen könnte, sollte man zuerst ein ruhiges Gespräch führen. Manchmal ist es nicht einfach, eine fruchtbare Gesprächsbasis zu finden, besonders wenn ein geplanter Baubeginn dadurch nicht eingehalten werden kann und zum Ärger auch noch wirtschaftlicher Druck hinzukommt. In solch einer Situation kann ein Mediator helfen, eine gütliche Lösung zu finden. Jedoch muss man sich bewusst sein, dass auch dieser keine Wunder bewirken kann. Speziell in Fällen mit historischem Hintergrund, wenn die Parteien sich besonders uneinig sind, können auch mithilfe eines Mediators Auseinandersetzungen nicht vermieden werden.

³⁰⁹ Interview Dr. Lunzer

Juristischer Rat ist spätestens dann gefragt, wenn alle Gespräche und Verhandlungen kein Ergebnis gebracht haben und eine Klage unabwendbar ist. Manchmal wäre es allerdings klüger, diesen bereits in einem früheren Stadium einzuholen, da man dadurch – trotz des Kostenfaktors – immer wieder Zeit, Ärger und Geld spart.

Die einzige **Empfehlung**, mit der Begründung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten umzugehen, die auch von allen befragten Immobilienexperten genannt wurde, ist, die außerbücherliche Dienstbarkeit so schnell wie möglich mit präzise formulierten und vorausschauenden Verträgen zu intabulieren.

Zu dieser Forderung nach Präzision bei der Formulierung von Verträgen zählt auch die Kontrolle historischer Dienstbarkeiten, vor allem bei der Änderung von Eigentümerverhältnissen und einer Grundstücksteilung, denn damit befreit man Grundstücke unter Umständen von Dienstbarkeiten, die nur mehr hinderlich, aber nicht mehr in Gebrauch sind. Diese Kontrolle wurde durch die EDV-Umstellung des Grundbuchs bereits erleichtert.

Somit kommt dem **Vertragserrichter** die Bedeutung eines wichtigen Faktors zu, wenn nicht des wichtigsten – sowohl bei einem Eigentümerwechsel, besonders bei Veräußerung, als auch bei der Dienstbarkeitsbegründung selbst. Im Fall einer Erbschaft fällt es dem Notar zu, alle Eventualitäten zu erwägen und festzuhalten. Wenn der Vertragserrichter bzw. Notar genau arbeitet und alles genau definiert, sind dadurch viele gerichtliche Verfahren bereits im Vorfeld vermieden. Und wenn diese Verträge zusätzlich intabuliert werden, kann ein Verfahren mit noch größerer Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden. Daher kann nicht oft genug betont werden, dass man bei Liegenschaftsangelegenheiten die Dienste eines Fachmanns, wie zum Beispiel eines Notars, in Anspruch nehmen sollte.

Gerade die Aufgaben und Zuständigkeiten eines Notars werden oft unterschätzt und sind von vielfältiger Natur. Er ist nicht bloßer Unterschriftenbeglaubiger. Die Österreichische Notariatskammer formuliert die Pflichten eines Notars wie folgt: *„Öffentliche Urkunden gelten als ein sicheres Beweismittel für die ‚Echtheit‘ und ‚Richtigkeit‘ eines Dokuments. Sie begründen die Vermutung, dass die Urkunde von der als Aussteller bezeichneten Person stammt - das ist die ‚Echtheit‘. Sie begründen die Vermutung über den Inhalt der Urkunde - das ist die ‚Richtigkeit‘. Wenn der Notar eine öffentliche Urkunde aufnimmt, gelten strenge Prüfungs- und Belehrungspflichten.“*

Das Verfahren zur Aufnahme von Notariatsakten verpflichtet den Notar darüber hinaus zur Klärung des Sachverhalts, zur Erforschung des ‚wahren Willens‘ der Vertragsparteien und er muss die ermittelten Ergebnisse in rechtlich wirksamer Form schriftlich niederlegen. Der Notar hat die Parteien über den rechtlichen Sinn und die rechtlichen Folgen des Geschäfts zu belehren. In der Praxis umfasst eine solche Belehrung auch oft die wirtschaftlichen Konsequenzen des Rechtsgeschäfts.“³¹⁰

Einen gänzlich **anderen Lösungsweg** für eine rechtliche Sicherstellung der bestehenden außerbücherlichen Dienstbarkeiten und dadurch auch für die Vermeidung von Gerichtsverfahren wurde durch eine Vereinfachung des Grundbuchsystems vorgeschlagen. Dies könnte entweder eine Erleichterung bei der Intabulation selbst sein oder aber auch die Verpflichtung zur bloßen Urkundenhinterlegung in einer Sammlung von Dienstbarkeitsverträgen.

Zu fortführenden Überlegungen hinsichtlich der Erleichterung der Intabulation von außerbücherlichen Dienstbarkeiten wird es voraussichtlich aufgrund der doch sehr geringen Anzahl von Streitfällen jedoch nicht kommen. Somit bleibt nur allen Beteiligten der Rat, mit dem kostbaren Gut, das eine Liegenschaft darstellt, sorgsam umzugehen.

³¹⁰ www.notar.at

5. Schlussfolgerung

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch legt zwar eindeutig fest, dass Dienstbarkeiten nur dann dingliche Wirkung haben, wenn diese intabuliert sind. Jedoch soll damit nicht das Recht desjenigen geschmälert werden, der es über einen langen Zeitraum bereits ausgeübt hat und dessen Ausübung offensichtlich für den Eigentümer erkennbar war. Deswegen kam die Rechtsprechung zu dem Schluss, dass offensichtlichen und durch einige Aufmerksamkeit erkennbaren Dienstbarkeiten die gleiche Rechtswirkung zusteht wie den im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten.

Aus den untersuchten OGH-Urteilen ging hervor, dass es selbst Experten nicht immer klar zu sein scheint, was eine Dienstbarkeit ist. Umso schwieriger ist es für einen nicht einschlägig vorgebildeten Grundeigentümer erkennbar, ob eine Dienstbarkeit im Sinne des § 472 ABGB vorliegt oder ob es sich bloß um ein obligatorisches Nutzungsrecht handelt. Somit sollte jeder Grundeigentümer besonders achtsam sein, wenn ein Dritter, ohne seine vorherige und ausdrückliche Zustimmung, über seine Liegenschaft gleichsam eines Eigentümers verfügt, und bei Erkennen eines solchen Verhaltens eines anderen sofortige Rechtsberatung in Anspruch nehmen, um die Situation zu klären, bevor möglicherweise aus der Handlung des Dritten Rechte ableitbar sind. Dies erfolgt zum Schutz der eigenen Rechtsstellung, aber auch jener von Rechtsnachfolgern.

In den meisten gerichtlichen Verfahren, die im Rahmen dieser Arbeit Betrachtung fanden, wurde die Unterlassung der Nutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten oder die Anerkennung der Dienstbarkeit durch den Belasteten begehrt. Die einzige Ausnahme dazu war der Fall 6Ob353/04m, bei dem der Kläger einen Gewährleistungs- und Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer seiner gekauften Liegenschaft geltend machen wollte. Interessanter Weise gab es keinen einzigen Fall, in dem ein Makler, Vertragserrichter oder Bewerter für das Bestehen einer außerbücherlichen Dienstbarkeit verantwortlich gemacht wurde.

Eine weitere Erkenntnis, die aus den untersuchten Urteilen abgeleitet werden konnte, ist, dass das einfache Erkennen des Bestehens einer Dienstbarkeit noch nicht genügt, um diese auch ins Grundbuch eintragen zu lassen. Vielmehr muss in jedem Fall ein Rechtsgrund dahinter stehen, da das bloße Feststellen einer vorhandenen Dienstbarkeit nicht ausreicht (vgl. OGH 5Ob339/99k). Somit werden auch Parteien, die sich über die Situation der Dienstbarkeit einig sind und diese auch öffentlich dokumentieren

möchten, nicht umhinkommen, das Gericht anzurufen, um einen gültigen Titel für die Eintragung ins Grundbuch zu erlangen, bzw. sind die Vertragserrichter dazu aufgerufen, in den Fällen, bei denen eine Dienstbarkeit betroffen ist, besonders um- und weitsichtig bei der Vertragserrichtung vorzugehen.

Nachdem nur Fälle analysiert werden konnten, die vom OGH entschieden wurden oder entschieden werden sollten, liegt die Vermutung nahe, die auch durch die Experteninterviews bestätigt wurde, dass sich die Parteien oft über Anerkennungszahlungen einigen, um so die Gerichte nicht zu bemühen. Überdies wurde auch die Theorie aufgestellt, dass aufgrund der Tatsache, dass bei den Dienstbarkeitsauseinandersetzungen Eigentum betroffen ist, das den meisten Österreichern fast schon heilig ist, viele, die den Weg zu Gericht beschreiten, dies bis zur letzten Instanz fortführen.

Die Interviews mit 16 Immobilienfachleuten haben gezeigt, dass das Wissen um die rechtliche Unsicherheit durch außerbücherliche Dienstbarkeiten bei einigen sehr groß ist – besonders bei denjenigen, die bereits in ihrer beruflichen Laufbahn damit konfrontiert waren. Aber auch all jene, die bisher noch keiner außerbücherlichen Dienstbarkeit gegenüberstanden, überblicken zumeist die Probleme, die mit dieser Thematik verbunden sind. Mit dem vorhandenen Wissen der Fachleute lässt sich die Vermutung anstellen, dass bereits viele ungeklärte Rechtssituationen geklärt wurden und dass kaum weitere Fälle neu geschaffen werden.

Die beste Möglichkeit, gerichtliche Verfahren zu vermeiden, sind, wie auch die Interviewten bestätigten, die präzise und vorausschauende Dokumentation bei der Dienstbarkeitsbegründung und die Eintragung ins Grundbuch – obwohl selbst Dienstbarkeiten, die im Grundbuch eingetragen sind, zu undeutlichen Situationen führen können, die das Gericht entscheiden muss; ansonsten hätte die Suche nach relevanten Urteilen für diese Arbeit nicht so viele Gerichtsentscheidungen gebracht.

Eine Änderung des Grundbuchsrechts, mit der die Eintragung von Dienstbarkeitsverträgen erleichtert wird oder bloß eine Urkundensammlung installiert wird, ist zwar eine gute Idee, wird aber voraussichtlich aufgrund der geringen Anzahl von Anlassfällen nicht umgesetzt werden.

Somit muss beim Thema Dienstbarkeiten weiterhin jeder Liegenschaftseigentümer selbst die Verantwortung für sein Eigentum übernehmen und entstehende Dienstbarkeiten genau dokumentieren und mit präzise formulierten Verträgen absichern.

„Letztlich geht es immer ums Geld.“³¹¹

³¹¹ Interview Ing. Fessl

6. Ausblick und Nachwort

In Zukunft wird die Begründung einer außerbücherlichen Dienstbarkeit, vor allem im städtischen Raum, in dem die dichte Verbauung die Grenzen eindeutiger erkennen lässt, weniger oft vorkommen. Im ländlichen Raum werden außerbücherliche Dienstbarkeiten dagegen weiterhin, auch aufgrund der Mentalität der österreichischen Bevölkerung, nicht alles ins Grundbuch eintragen zu wollen, ein Thema bleiben.

Den Dienstbarkeiten kommt wohl ein wichtiger Stellenwert im Liegenschaftsverkehr zu. Auch wenn sie durch die rechtliche Aufklärung und Beratung von Immobilienfachleuten immer weiter an Bedeutung verlieren werden, sollte man sie nie ganz aus den Augen verlieren.

Die Intabulation von Dienstbarkeiten schützt auch nicht immer vor gerichtlichen Auseinandersetzungen, wie die Anzahl der ausgeschiedenen OGH-Urteile belegt. Dieser Themenbereich könnte genauso untersucht werden wie die Möglichkeit, besonders bei vielen ungenützten Dienstbarkeiten diese löschen zu lassen. Bei den Interviews wurde immer wieder die Auswirkung von Reallasten, die keine Dienstbarkeiten nach dem ABGB sind, angesprochen. Auch dieser Bereich verfügt noch über Grauzonen, die ein umfassendes Thema für eine weitere Arbeit darstellen könnten. Man denke dabei zum Beispiel an das Telekabel, über das vertraglich meist nur das Fernsehprogramm geliefert werden dürfte und über das nun ebenso Telefon- und Internetverbindungen übertragen werden, oder an die Weihnachtsbeleuchtung in den Einkaufsstraßen, die an den Hausfassaden oft ohne Zustimmung der Eigentümer befestigt werden. Ebenso ungeklärt sind die Postverteilerkästen, die nach Belieben der Post aufgestellt werden. Haben die Eigentümer das Recht, dagegen vorzugehen?

7. Executive Summary (deutsch)

Die Dienstbarkeit ist durch zwei zentrale Merkmale gekennzeichnet: Sie ist ein Nutzungsrecht an einer fremden Sache, welches vom Eigentümer dieser Sache zum Vorteil eines anderen eine Duldung oder Unterlassung fordert. Und auf keinen Fall kann eine positive Leistung Hauptinhalt der Dienstbarkeit sein. Jedoch kann eine Nebenleistung aus einer aktiven Handlung ausbedungen werden.

Weit schwieriger gestaltet sich die Unterscheidung von Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten, da mit den unregelmäßigen Dienstbarkeiten eine Unschärfe in der Definition der Dienstbarkeiten in das ABGB aufgenommen wurde. Allerdings hat diese Unterscheidung heute weniger Bedeutung. Die unregelmäßige Dienstbarkeit ist dem Grund nach meist eine Grunddienstbarkeit, die nur einer bestimmten Person eingeräumt wird.

Aufgrund der gesetzlichen Lage in Österreich haben Dienstbarkeiten nur dingliche Wirkungen, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. In der Praxis finden sich jedoch immer wieder außerbücherliche Dienstbarkeiten, die häufig auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen. In der herrschenden Rechtsprechung werden diese unter bestimmten Voraussetzungen jedoch anerkannt, was eine rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr bedingt.

Für den Dienstbarkeitsberechtigten bringt die Anerkennung ihrer außerbücherlichen Dienstbarkeit dies im Gegenzug jedoch eine gewisse Rechtssicherheit mit sich. Da im Fall der Verjährung die Dienstbarkeit für den Eigentümer der Liegenschaft offensichtlich erkennbar oder über einen Zeitraum von 30 Jahren hindurch ausgeübt werden muss, wird vom Eigentümer eine gewisse Sorgfalt im Umgang mit seinem Eigentum vorausgesetzt. Geht er nicht sorgfältig vor, begibt er sich selbst in eine rechtsunsichere Position.

Aus dieser Situation ergeben sich folgende Fragen: Welche außerbücherlichen Dienstbarkeiten führen häufig zu Konflikten, die vor Gericht ausgetragen werden? Welche Auswirkungen haben diese Konflikte auf den Liegenschaftsverkehr? Führt eine Auseinandersetzung zu einer Preisminderung oder Rückabwicklung des Kaufvertrags? Welche Möglichkeiten gibt es bzw. könnten geschaffen werden, um gerichtliche Konfrontation zu vermeiden?

Von 250 Urteilen, die in der öffentlich zugänglichen Datenbank des Bundeskanzleramts im Zeitraum vom 1. Jänner 2005 bis 31. Dezember 2009 veröffentlicht wurden und die vom OGH entschieden werden sollten bzw. entschieden wurden, hatten 80 außerbücherliche Dienstbarkeiten zum Thema. Diese 80 Urteile bilden die Grundlage für die weiteren Untersuchungen.

Auffällig ist an den Konflikten, dass das Wegerecht in mehr als der Hälfte der Fälle im Mittelpunkt steht, gefolgt von sonstigen Grundbenutzungen, wie zum Beispiel Parken, Stützmauern oder ein Friedhof, die auf fremdem Grund begehrt wurden. Andere Themen, die jeweils nur vereinzelt Urteile betrafen, zählen der Wasserbezug, die Aussicht bzw. Bebauungsbeschränkung, Wohnungsrecht, Leitungsrecht, Fruchtgenussrecht, Bauabstandsnachsicht und eine verneinende Hausdienstbarkeit.

Das Wegerecht, eine Art der Grunddienstbarkeit, ist die bekannteste Dienstbarkeit, wobei es selbst für Fachleute nicht immer eindeutig bestimmbar ist, ob eine Dienstbarkeit entstanden ist oder ein anderes Recht.

Zudem kann bei der Analyse der OGH-Urteile festgestellt werden, dass nur ein einziger Kläger einen Gewährleistungs- und Schadensersatzanspruch gegen den Voreigentümer gestellt hat, der vertraglich eine unbelastete Liegenschaft zugesichert hatte. Alle anderen beehrten entweder die Duldung oder Unterlassung der Dienstbarkeit.

Da den studierten Urteilen nicht immer die Angaben zum ursächlichen Anlass für die gerichtliche Auseinandersetzung zu entnehmen sind, kann keine eindeutige Aussage darüber getroffen werden, ob eine Liegenschaftstransaktion ein häufiger Auslöser für die gerichtliche Auseinandersetzung ist.

Auswirkungen von außerbücherlichen Dienstbarkeiten auf den Liegenschaftsverkehr, wie beispielsweise Preisminderung oder Rückabwicklung des Kaufvertrages, konnte aus den analysierten OGH-Urteilen nicht abgeleitet werden. Dieses Ergebnis wurde auch von den befragten Immobilienfachleuten bestätigt.

Wie Fachleute mit der Thematik der außerbücherlichen Dienstbarkeit in der Praxis umgehen, verdeutlichen indessen die insgesamt 16 Interviews, in denen Immobilienbewerter, Makler, Rechtsanwälte, Notare und Grundbuchsrechtspfleger zu der Problematik der außerbücherlichen Dienstbarkeit befragt wurden. Dabei ist

anzumerken, dass nur knapp die Hälfte der Experten bereits einen solchen Fall aus ihrer beruflichen Laufbahn kennt.

In den Fällen, die mit einer außerbücherlichen Dienstbarkeit zu tun hatten, wurde die Angelegenheit mit Ausgleichszahlungen geregelt, ohne die Gerichte damit zu beschäftigen. Einzig langjährige familiäre Auseinandersetzungen sind meist mit Geld nicht beizulegen, da es sich hierbei um sehr emotionsbeladene Konflikte handelt.

Eine gute Dokumentation der Dienstbarkeit und deren Begründung ist der Rat, der von den Immobilienfachleuten zur Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen gegeben wird. Der sorgfältige Umgang mit dem eigenen Eigentum ist eine Voraussetzung, die klare rechtliche Verhältnisse schafft, die besonders bei der Liegenschaftsübertragung von Bedeutung sind, da eine unklare Rechtslage eine Liegenschaftstransaktion durchaus zum Scheitern bringen kann.

Einige der Befragten haben den Vertragserrichtern geraten, sorgfältig detaillierte und vorausschauende Dienstbarkeitsverträge abzufassen, die Situation der Liegenschaften vor Ort anzusehen und auf die Bedürfnisse der Eigentümer genau einzugehen. In diesem Bereich wird Potenzial zur Vermeidung von Konflikten verortet, die auch zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen könnten. Wenn bereits intabulierte Dienstbarkeiten zwecklos geworden sind, sollte der Vertragserrichter dafür sorgen, dass diese bei der Liegenschaftsübertragung gelöscht werden.

Der einzig innovative Vorschlag, eine Erleichterung der Grundbucheintragung für Dienstbarkeiten in Form einer bloßen Urkundensammlung zu installieren, wird aufgrund der geringen Anlassfälle nicht umsetzbar sein. Außerdem wird angenommen, dass vor allem im städtischen Bereich, in dem Grundstücksgrenzen leicht erkennbar sind, die außerbücherliche Dienstbarkeit immer mehr an Bedeutung verlieren wird, während es in ländlichen Gegenden weiterhin zur Begründung von außerbücherlichen Dienstbarkeiten kommen könnte. Mit ein Grund für Konflikte ist die österreichische Mentalität, nichts ins Grundbuch eintragen zu lassen. Generell wird auch mit wachsendem Wissen und einer Sensibilisierung um das Wesen der außerbücherlichen Dienstbarkeit und die Probleme, die eine solche aufwerfen kann, diese an Bedeutung verlieren.

Dass eine Intabulation vor gerichtlichen Auseinandersetzungen schützt, konnte aus den Aussagen der Experten nicht eindeutig abgeleitet werden. Jedoch verschafft diese in jedem Fall eine bessere Ausgangslage für die Durchsetzung individueller Rechte.

8. Executive Summary (englisch)

The servitude is characterized by two central features: it is a right to use an object belonging to a third party, whose owner is required to tolerate the benefit obtained by another party's exercise of a right he is entitled to or to desist from exercising said right. And in no case may the main content of a servitude be a positive performance. However, an accessory benefit deriving from a positive action may be stipulated.

It is much more difficult to distinguish between land servitudes and personal servitudes since when servitudes were incorporated into the Austrian Civil Code, irregular servitudes were not defined with clarity. However nowadays, this distinction is of little importance. Irregular servitudes mostly refer to land servitudes that are granted to a particular person.

The legislative situation means that in Austria, servitudes only acquire in rem effects when they are registered in the land registry. In practice however, there are always unregistered servitudes that very often lead to legal disputes. However, provided certain preconditions are fulfilled, current case law recognizes such unregistered servitudes and this gives rise to a situation of legal uncertainty in property transactions.

In contrast, this recognition carries with it a certain degree of legal certainty for those entitled to exercise the servitude rights. Since from the point of view of the property owner, the servitude either has to be clearly cognizable or exercised during a period of 30 years in the case of statute of limitation, the owner is obliged to exercise a certain degree of care in dealings with his property. If he fails to exercise caution, he places himself in a legally uncertain position.

This situation gives rise to the following questions: what kind of unregistered servitudes often lead to conflicts that have to be resolved before a court? What are the effects of these conflicts on property transactions? Does a legal dispute result in a price reduction or in the rescission of the purchase contract? What possibilities already exist or could be created in order to avoid court proceedings?

Of the 250 judgements published in the databank – accessible to the public - of the Federal Chancellor's Office for the period between 1st January 2005 and 31st December 2009 due to be resolved by the OGH or which had already been resolved, 80

concerned unregistered servitudes. These 80 judgements form the basis for the further studies.

What is striking about these conflicts is that the right of way lies at the heart of more than half of these cases followed by other land uses such as for example parking, supporting walls or a cemetery that was requested on somebody else's property. Other matters covered by servitudes which only affected certain judgements included the extraction of water, restrictions on views or development restrictions, pipeline rights-of-way, usufruct, setback requirements and a negative residential servitude.

The right of way, one type of land servitude, is the most familiar type of servitude and here, it is not always easy, even for experts, to determine whether what has arisen is a servitude or another type of right.

Furthermore, analysis of OGH Judgements shows that there has only been one plaintiff who has brought a warranty claim or a claim for compensation against a previous owner who had contractually assured that the property was free of encumbrances. All the others either requested toleration or omission of the exercise of the servitude right.

Since the original reason for the court proceedings did not always emerge with clarity from the judgements that were studied, no clear statement can be issued regarding whether property transactions are a frequent trigger for court disputes.

It was not possible to infer any effects on property transactions such price reduction or rescission of the purchase from the OGH Judgements examined. This conclusion was confirmed by the asked property experts.

Elsewhere, the way experts deal with the matter of unregistered servitudes emerges from a total of 16 interviews in which property appraisers, estate agents, lawyers, notaries and keepers of land registries were questioned about the problem of unregistered servitudes. Here, it should be noted that only half of these experts had already experienced such cases during their professional lives.

In the cases involving unregistered servitudes, the matter was resolved by means of compensatory payments without having to go to court. The exception to this are family disputes lasting many years which cannot usually be resolved with money since such cases concern conflicts that are highly charged with emotions.

The advice provided by property experts for avoiding court proceedings includes having good documentation pertaining to the servitude and the grounds for the servitude. Exercising care when dealing with one's property is a precondition that creates unambiguous legal circumstances, something that is especially important during transfers of title, since a lack of clarity regarding the legal situation can easily result in the failure of the property transaction.

Some of those questioned advised those drafting contracts to carefully draft detailed and foresighted servitude agreements, to assess the situation of the property in situ and to examine the owner's needs in detail. By considering these points, the potential for avoiding conflicts that might also lead to court proceedings will be spotted. If servitudes that are already registered have been rendered purposeless, the contract drafters should ensure that such servitudes are extinguished when the transfer of property takes place.

The only innovative proposal for simplifying the registration of servitudes in the land registry - creating a simple collection of official documents – will be unworkable in view of the small number of relevant cases. Moreover it is assumed that, above all in city areas in which property boundaries are easily distinguishable, unregistered servitudes will continue to lose their importance whereas in rural areas, there will continue to be a need to justify unregistered servitudes. A contributing reason for conflicts is the Austrian mentality of not registering anything in the land registry. In general however, this will become less important with increasing knowledge and awareness of the character and problems regarding unregistered servitudes.

The statements issued by the experts consulted did not provide any clear conclusion as to whether registration prevents the risk of court proceedings. However in any case, such registration does create a better initial situation allowing one to enforce one's own rights.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
EO	Exekutionsordnung
EO-Novelle 2000	Exekutionsordnung-Novelle 2000
GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz
JagdG	Jagdgesetz
leg cit.....	legis citatae (des zitierten Gesetzes)
LiegTeilG.....	Liegenschaftsteilungsgesetz
OGH.....	Oberster Gerichtshof
StaatsB	Der Staatsbürger, Beilage zu den Salzburger Nachrichten
WEG	Wohnungseigentumsgesetz

Literaturverzeichnis

Angst, Peter (2008): Exekutionsordnung, Stand 1.3.2008, online unter: <http://kommentare.rdb.at/kommentare/s/eo/htdocs/index-eo.html> [13.6.2010]

Bammer, Otto/Reithofer, Markus (2009): Das Recht der Dienstbarkeiten – Servituten, in: Immobilienbewertung Österreich, hrsg. von Bienert, Sven/Funk, Margret, 2. Aufl., Wien: ÖVI

Bydlinski, Peter (2007): Grundzüge des Privatrechts – für Ausbildung und Praxis, 7. Aufl., Wien: Manz

Feil, Erich (1965): Angewandtes Grundbuchsrecht – Eine systematische Darstellung für die Praxis, Wien: Hollinek

Feil, Erich (1990): Das Recht der Dienstbarkeit, Eisenstadt: Prugg

Höfle, Philipp (2009): Notwegerecht, Wien: Verlag Österreich

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf (2006): Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 13. Aufl., Wien: Manz

Mini, Harald (2000): Die neue Zwangsversteigerung von Liegenschaften – Das Versteigerungsverfahren nach der EO-Novelle 2000, Wien: Linde

Rummel, Peter (Hrsg.) (2000): Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 2000, online unter: <http://kommentare.rdb.at/kommentare/s/rummel/htdocs/index-abgb.html> [13.6.2010]

Sprung, Rainer/Köllensperger, Barbara (2005): Zur Intabulation des ersessenen Eigentums an verbücherten Liegenschaften (§ 1498 ABGB), in: Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, hrsg. von Bittner, Ludwig/Klicka, Thomas/Kodek, Georg E./Oberhammer, Paul, Wien: Springer

Gesetze

Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (**ABGB**) in: JGS Nr. 946/1811 i.d.F. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in: BGBl. I Nr. 28/2010, online unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> [13.6.2010]

Allgemeines Grundbuchsgesetz 1955 (**GBG**) in: BGBl. Nr. 39/1955 i.d.F. Allgemeines Grundbuchsgesetz in: BGBl. I Nr. 71/2009, online unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001941> [13.6.2010]

Exekutions- und Sicherungsverfahren in: RGBL. Nr. 79/1896 i.d.F. Exekutionsordnung (**EO**) in: BGBl. I Nr. 75/2009, online unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700> [13.6.2010]

Liegenschaftsteilungsgesetz (**LiegTeilG**) in BGBl. Nr. 3/1930 i.d.F. Grundbuchs-Novelle 2008 in: BGBl. I Nr. 100/2008, online unter: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2008_I_100/BGBLA_2008_I_100.pdf [19.6.2010]

Wohnungseigentumsgesetz 2002 (**WEG 2002**) in: BGBl. I Nr. 70/2002 i.d.F. Wohnrechtsnovelle 2009 in: BGBl. I Nr. 25/2009, online unter: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20001921> [13.6.2010]

Expertengespräche

Demler, Doris, ADir (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Grundbuchsrechtspflegerin des Grundbuchgerichts Korneuburg, Korneuburg am 9.12.2009

Ecker, Edith, ADir Reg.-Rat (2010): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Grundbuchsrechtspflegerin des Grundbuchgerichts Tulln an der Donau, Tulln am 20.1.2010

Faudon, Andre, Mag. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Immobilien und Makler, Wien am 11.11.2009

Fessl, Wolfgang, Ing. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Immobilien und Asset Manager, Wien am 18.11.2009

Gschaider, Johannes, Dr. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Rechtsanwalt, Wien am 2.12.2009

Lattenmayer, Walter, Dr. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Rechtsanwalt, Wien am 25.11.2009

Lunzer, Michael, Dr. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Notar, Wien am 11.12.2009

Muhr, Heinz, Dr. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Immobilien und Bauträger, Wien am 10.11.2009

Preglej, Barbara, Mag. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige und Immobilienbewerterin, Wien am 10.11.2009

Reithofer, Markus, Mag., MSc (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und Immobilienbewerter, Wien am 2.12.2009

Schmitzer, Wolfgang, Mag. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger sowie Bauträger und Projektentwickler, Wien am 10.11.2009

Schwarz, Thomas, KR (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und Makler, Wien am 17.11.2009

Strommer, Josef, Dr. (2010): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Notar, Tulln am 20.1.2009

Weber, Christine, Ing. (2010): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), Maklerin, Sachverständige ÖVI-Landesstellenleiterin von Niederösterreich, Klosterneuburg am 9.3.2010

Weinberger, Udo, Mag. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger sowie Hausverwalter, Makler und ÖVI-Präsident, Wien am 24.11.2009

Wiesflecker, Karl, Mag. (2009): Persönliches Gespräch zum Thema rechtliche Unsicherheit im Liegenschaftsverkehr durch außerbücherliche Dienstbarkeiten (siehe

Interviewleitfaden im Anhang), allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und Hausverwalter, Wien am 11.11.2009

Sonstige Quellen

Arthold, Georg, Dr.: Persönliche Kommunikation betreffend Terminvereinbarung für Interview, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, E-Mails im November 2009

Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs, online unter: <http://www.sachverstaendige.at/> [3.11.2009]

Schamp, Gernot, Arch. Dipl.-Ing.: Persönliche Kommunikation betreffend Terminvereinbarung für Interview, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, E-Mails im November 2009

Österreichische Notariatskammer, online unter: http://www.notar.at/notar/de/home/ueberdienotare/berufsbild/die_pflichten/ [3.6.2010]

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Dienstbarkeiten – Übersicht	14
Abb. 2: Grunddienstbarkeiten – Übersicht	16
Abb. 3: Persönliche Dienstbarkeiten – Übersicht	21
Abb. 4: Unregelmäßige Dienstbarkeiten	25
Abb. 5: Kostenübersicht der OGH-Urteile	29
Abb. 6: Eintragung im C-Blatt	31
Abb. 7: Eintragung im A2-Blatt	31
Abb. 8: Suchmaske RIS – „ABGB § 472“	48
Abb. 9: Suchergebnis RIS – „ABGB § 472“	49
Abb. 10: Suchmaske RIS	49
Abb. 11: Anteile – Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten	51
Abb. 12: Übersicht – Dienstbarkeiten der OGH-Urteile	52
Abb. 13: Unauffälliger Weg	53
Abb. 14: Parkplatz	66
Abb. 15: Gasleitung	74
Abb. 16: Feuermauer mit Fenster	76
Abb. 17: Anlässe für eine Dienstbarkeitsklage	83
Abb. 18: Suchmaske – Sachverständigenhauptverband	85

OGH-Urteile

GZ	Datum	GZ	Datum
1Ob106/05b	27.09.2005	1Ob234/08f	16.12.2008
1Ob111/05g	24.05.2005	1Ob41/08y	06.05.2008
1Ob192/04y	10.05.2005	1Ob7/08y	10.06.2008
1Ob241/05f	20.12.2005	4Ob129/08m	23.09.2008
1Ob38/05b	24.06.2005	4Ob216/08f	15.12.2008
1Ob76/05s	12.04.2005	4Ob65/08z	20.05.2008
2Ob252/05f	03.11.2005	4Ob94/08i	08.07.2008
5Ob175/05d	29.11.2005	5Ob114/08p	03.06.2008
6Ob353/04m	21.04.2005	5Ob152/08a	26.08.2008
6Ob95/04w	23.06.2005	5Ob157/08m	25.11.2008
8Ob60/04p	30.05.2005	5Ob161/08z	25.11.2008
10Ob118/05h	08.11.2005	5Ob227/08f	21.10.2008
10Ob54/05x	28.06.2005	5Ob273/07v	19.02.2008
1Ob102/06s	16.05.2006	5Ob82/08g	14.07.2008
1Ob103/06p	16.05.2006	6Ob109/08k	01.10.2008
1Ob50/06v	16.05.2006	6Ob208/08v	06.11.2008
4Ob104/06g	20.06.2006	6Ob56/08s	08.05.2008
4Ob219/06v	19.12.2006	8Ob130/08p	13.11.2008
5Ob200/05f	10.01.2006	8Ob44/08s	27.05.2008
5Ob203/06y	29.12.2006	1Ob116/09d	06.07.2009
5Ob239/06t	28.11.2006	1Ob122/08k	26.02.2009
5Ob94/06v	27.06.2006	2Ob238/08a	29.04.2009
6Ob212/05b	21.12.2006	3Ob132/09x	30.09.2009
7Ob256/05f	08.03.2006	3Ob154/09g	22.10.2009
9Ob135/06b	20.12.2006	3Ob279/08p	21.01.2009
1Ob48/07a	27.03.2007	3Ob93/09m	22.07.2009
3Ob134/07p	16.08.2007	4Ob102/09t	14.07.2009
3Ob203/07k	23.10.2007	4Ob153/09t	20.10.2009
4Ob74/07x	22.05.2007	4Ob58/09x	09.06.2009
5Ob118/07z	13.07.2007	4Ob83/09y	14.07.2009
5Ob16/07z	08.05.2007	5Ob117/09f	13.10.2009
5Ob234/07h	06.11.2007	5Ob136/09z	07.07.2009
5Ob32/07b	04.06.2007	5Ob281/08x	10.02.2009
6Ob278/06k	12.12.2007	5Ob37/09s	28.04.2009
7Ob66/07t	18.04.2007	5Ob58/09d	09.06.2009
9Ob43/07z	25.06.2007	5Ob94/09y	09.06.2009
9Ob92/06d	02.03.2007	6Ob2/09a	16.10.2009
10Ob83/07i	09.10.2007	7Ob241/08d	29.04.2009
1Ob18/08s	03.04.2008	7Ob267/08b	08.07.2009
1Ob229/07v	06.05.2008	7Ob44/09k	30.03.2009

Anhang: Interview-Leitfaden

Interviewte Person:

Ort:

Datum:

Uhrzeit - Anfang:

Uhrzeit - Ende:

Einleitung

Im Rahmen meiner Ausbildung an der FH Wien für Immobilienwirtschaft habe ich das Thema „Rechtliche Unsicherheit durch außerbücherliche Dienstbarkeiten im Liegenschaftsverkehr“ für meine Diplomarbeit gewählt.

Anhand von gerichtlichen Entscheidungen sollen Fragen und Probleme im Zusammenhang mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten erfasst werden, die (vermehrt) zu gerichtlichen Streitigkeiten führen.

Gleichzeitig sollen in diesem Rahmen auch Erfahrungen der beteiligten Verkehrskreise (Richter, Rechtspfleger, Immobilienmakler, Sachverständige für Liegenschaftsbewertung, Projektmanager,...) einfließen, um mögliche Lösungsansätze zu finden, wie man mit dem im Zusammenhang mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten bestehenden Problemfeld umgehen sollte, ob und wie man rechtliche Unsicherheiten und gerichtliche Auseinandersetzungen vermeiden kann, und sollen auch Empfehlungen von Experten einfließen, die bereits Erfahrungen mit dem Thema hatten.

Fragen zur Personen

Welche Tätigkeit üben Sie aus? Welche Position haben Sie inne? (z.B. Richter, Grundbuchspfleger,...)

Seit wann?

Zum Thema

Welche Arten von Dienstbarkeiten, meinen Sie, führen (vermehrt) allgemein zu Streitigkeiten, die auch vor Gericht enden?

Ist in Ihrer beruflichen Laufbahn speziell ein Problem im Zusammenhang mit einer außerbücherlichen Dienstbarkeit aufgetreten? – ja: welche Art der Dienstbarkeit?

Wie wurde das Vorhandensein dieser außerbücherlichen Dienstbarkeit aufgedeckt? (z.B. Forderung eines Nachbarn?)

Welche Forderungen sind in diesem Zusammenhang von jeweils einer Seite an die jeweils andere Seite gestellt worden? – ja: welche? (z.B. Gewährleistungsansprüche, Schadenersatz wegen verzögertem Baubeginn, Kaufpreisminderung, Eintragung der Dienstbarkeit ins Grundbuch... ?)

Wie sind Sie mit der Situation umgegangen? (z.B. Gespräche mit dem Eigentümer der Dienstbarkeit, Rücksprache mit dem Rechtsanwalt, Makler, vorheriger Eigentümer, Studium des Grundbuchstandes,...)

Wie wurde das Problem gelöst?

Wenn so ein Problem wieder auftreten sollte, würden Sie in gleicher Weise vorgehen?

Wie bzw. wodurch könnte man nach Ihrer Einschätzung Problemsituationen mit außerbücherlichen Dienstbarkeiten schon im Vorfeld vermeiden, damit es nicht zur gerichtlichen Auseinandersetzung kommt?

Haben Sie noch Empfehlungen, wie man mit der Begründung von Dienstbarkeiten im Allgemeinen und im Besonderen mit den rechtlichen Unsicherheiten bei außerbücherlichen Dienstbarkeiten umgehen soll?

Danke für Ihre Hilfe und Ihre Zeit.