

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

13.09.2007

Geschäftszahl

6Ob172/07y

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Waltraud P*****, vertreten durch Dr. Markus Bernhauser, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei Mag. Karl S*****, vertreten durch Dr. Alfred Pribik, Rechtsanwalt in Wien, und die auf Seite der beklagten Partei als Nebenintervenientin beigetretene Wassergenossenschaft K*****, vertreten durch Ing. Mag. Dr. Roland Hansély, Rechtsanwalt in Wien, wegen Entfernung und Unterlassung (Streitwert insgesamt 7.500 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 29. März 2007, GZ 34 R 32/07v-34, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Favoriten vom 15. Dezember 2006, GZ 12 C 1814/05v-25, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

I. Die Revisionsbeantwortung des Beklagten wird zurückgewiesen.

II. Der Revision der Klägerin wird teilweise Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen, die hinsichtlich der Abweisung des Punktes 2. des Klagebegehrens und hinsichtlich der Klagsstattgebung zu Punkt 3. des Klagebegehrens mangels Anfechtung rechtskräftig geworden sind, werden hinsichtlich der Abweisung des Unterlassungsbegehrens in Punkt 1. des Klagebegehrens bestätigt und hinsichtlich der Abweisung des Entfernungsbegehrens in Punkt 1. des Klagebegehrens sowie hinsichtlich der Kostenentscheidung aufgehoben. Dem Erstgericht wird insoweit eine neuerliche Entscheidung aufgetragen.

III. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text**Entscheidungsgründe:**

Die Klägerin ist Eigentümerin der Liegenschaft EZ 333 Grundbuch ***** V*****, bestehend unter anderem aus dem Grundstück 362/34. Bei diesem Grundstück handelt es sich um einen Streifen, der zwischen rund 10 und 30 cm breit und etwa 160 m lang ist. An diesen Grundstücksstreifen grenzt die Liegenschaft EZ 296 desselben Grundbuchs mit ihrem Grundstück 362/26 an. Dabei handelt es sich um einen Weg, der rund um den Badeteich K***** führt und zahlreiche Badeparzellen miteinander verbindet; er steht im Eigentum der Nebenintervenientin.

Der Beklagte ist Genossenschafter der Nebenintervenientin, deren stellvertretender Obmann und Nutzer einer vom erwähnten Weg erschlossenen Badeparzellen.

Obfrau der Nebenintervenientin ist Gabriele M*****. Diese beauftragte im Juni 2005 den Beklagten mit der Errichtung einer Absperrung zwischen den Grundstücken 362/34 und 362/26, bestehend aus Eisenstäben, einem rot-weiß-roten Absperrband und der Tafel „Grenzpunkt WGK I, 4727“, und mit dem Schneiden von Grünbewuchsüberhang vom Grundstück 362/34 auf das Weggrundstück; wo er das abgeschnittene Strauch- und Schnittgut ablagern sollte, ordnete sie nicht an. Grund für diese Maßnahmen war die beabsichtigte Ausbesserung des Asphalt auf dem Weggrundstück durch eine Baufirma; diese sollte genaue Kenntnis der Grenze zwischen Weg und Grundstück der Klägerin haben. Zu diesem Zweck hatte bereits im März 2005 ein Geometer die Grenzpunkte zwischen den beiden Grundstücken vermessen. Gabriele M***** beauftragte den Beklagten daher, die Grundgrenze dadurch sichtbar zu machen, dass er Markierungen bzw Absperrbänder anbringt.

Der Beklagte schnitt - diesem Auftrag entsprechend, zu dessen Erteilung Gabriele M***** aufgrund der Statuten der Nebenintervenientin auch befugt war - den Grünbewuchs, der vom Grundstück 362/34 auf das Weggrundstück hing und legte das Schnittgut auf das Grundstück der Klägerin; „am“ Grundstück der Klägerin schnitt er hingegen nicht. Außerdem setzte er dort, wo der Geometer die Grenzpunkte mit Holzpflocken markiert hatte, zusätzlich Eisenstäbe ein, weil die Holzpflocke immer wieder entfernt worden waren; darauf brachte er rot-weiß-rote Absperrbänder an. Es steht nicht fest, dass der Beklagte die Eisenstäbe auf dem Grundstück der Klägerin eingesetzt hätte.

Nach dem Einsetzen der Eisenstangen, dem Anbringen von Absperrbändern und dem Abschneiden des auf das Weggrundstück ragenden Grünbewuchses wurde zwischen den Grundstücken 362/34 und 362/26 ein Zaun errichtet. Die Klägerin beehrte zunächst die Verpflichtung des Beklagten, die errichtete 20 m lange Absperrung, diese bestehend aus Eisenstäben, einem rot-weiß-roten Absperrband und der Tafel „Grenzpunkt WGK I, 4727“, zu entfernen und Maßnahmen zu unterlassen, durch welche der freie Durchgang und die freie Zufahrt der Klägerin vom Grundstück 362/34 zum Grundstück 362/26 bzw umgekehrt gehindert werden (Punkt 1. des Klagebegehrens); des Weiteren es zu unterlassen, am Grundstück 362/34 den Grünbewuchs abzumähen (Punkt 2. des Klagebegehrens) sowie auf dieses Grundstück Strauch- und Schnittwuchs zu werfen (Punkt 3. des Klagebegehrens). Sie berief sich vor allem auf eine bestehende Dienstbarkeit des freien Durchgangs und der freien Zufahrt zum Grundstück 362/34 sowie auf ihr Eigentumsrecht an diesem Grundstück. Der Beklagte und die Nebenintervenienten hielten dem insbesondere entgegen, der Beklagte habe als Obmannstellvertreter der Nebenintervenientin gehandelt. Bereits mit Bescheid vom 17. 6. 1983 sei die wasserrechtliche Bewilligung zur Nutzung des Badeteichs nur unter der Bedingung erteilt worden, dass er standfest eingefriedet und mit versperrbaren Toren versehen werde, um eine Wasserverunreinigung durch den Zugang Unbefugter zu vermeiden. Die Anbringung der Eisenstangen und des Absperrbands sei aus Anlass einer beabsichtigten Asphaltierung des Weggrundstücks 362/26 erfolgt. Eine „Querfeldein-Servitut“ der Klägerin bestehe nicht.

Wiederholungsgefahr zu Punkt 1. des Klagebegehrens sei im Hinblick auf die Errichtung des Zauns durch die Nebenintervenientin nicht gegeben.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Der Beklagte habe im Auftrag der Obfrau der Nebenintervenientin gehandelt und sei daher nicht passiv legitimiert; seine Handlungen seien der Nebenintervenientin zuzurechnen.

Das Berufungsgericht verbot dem Beklagten, Strauch- und Schnittgut auf das Grundstück 362/34 zu werfen (Punkt 3. des Klagebegehrens), bestätigte im Übrigen das Ersturteil und sprach zunächst aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Über Antrag der Klägerin ließ es in weiterer Folge allerdings die Revision zu; es fehle Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob eine gleichartige Störungshandlung des Beklagten nur deswegen auszuschließen ist, weil in der Zwischenzeit ein Dritter eine gleichartige oder ähnliche Störungshandlung vorgenommen habe. In der Sache selbst meinte das Berufungsgericht, die Klägerin mache die Eigentumsfreiheitsklage geltend, die sich gegen jeden Störer zu richten habe, gleichgültig ob sich dieser auf einen Rechtstitel berufe oder nicht, ob er in fremdem Interesse, in Vertretung oder auf Veranlassung eines Dritten gehandelt hatte; damit sei Passivlegitimation des Beklagten jedoch gegeben. Allerdings befinde sich zumindest zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz im Bereich zwischen den beiden Grundstücken ein von der Nebenintervenientin errichteter Zaun; dies bedeute, dass die vom Beklagten errichtete Absperrung nicht mehr vorhanden ist. Die von der Nebenintervenientin errichtete Absperrung verhindere jedenfalls die Errichtung einer neuerlichen Absperrung durch den Beklagten. Aufgrund der zwischenzeitigen Entfernung der vom Beklagten errichteten Absperrung könne einerseits das Entfernsbegehren der Klägerin nicht mehr erfüllt werden, andererseits bestehe auch keine Wiederholungsgefahr, weil es aufgrund der Entfernung denkunmöglich sei, dass der Beklagte selbst gleichgeartete Handlungen setzen könnte. Damit sei die Abweisung zu Punkt 1. des Klagebegehrens zu bestätigen. „Am“ Grundstück 362/34 der Klägerin habe der Beklagte nicht gemäht, sodass auch hinsichtlich Punkt 2. des Klagebegehrens die Abweisung zu Recht erfolgt sei. Durch das Werfen von Strauch- und Schnittwuchs auf dieses Grundstück (Punkt 3. des Klagebegehrens) habe der Beklagte allerdings gegen § 422 ABGB verstoßen; der Nachbar dürfe zwar Überhang beseitigen, nicht jedoch die abgeschnittenen Pflanzen zurücklassen.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Klägerin ist zulässig; sie ist teilweise auch berechtigt. Die Revisionsbeantwortung des Beklagten ist verspätet.

1. Das Berufungsgericht hat zwar über Antrag der Klägerin seinen Zulassungsausspruch dahin abgeändert, dass die Revision für zulässig erklärt wird; eine Bewertung des Entscheidungsgegenstands hat es jedoch nicht vorgenommen. Da der Kläger sein mehrteiliges Klagebegehren mit insgesamt 7.500 EUR bewertet hat und im Berufungsverfahren das gesamte Klagebegehren strittig war, kann jedoch zwanglos von einem 4.000 EUR übersteigenden Entscheidungsgegenstand ausgegangen werden. Einer Ergänzung der Entscheidung des Berufungsgerichts gemäß § 500 Abs 2 Z 1 ZPO bedurfte es daher nicht.

2. Der Beschluss des Berufungsgerichts vom 31. 5. 2007, mit dem der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision dahin geändert wurde, dass die Revision zugelassen wird, wurde dem Beklagtenvertreter

am 15. 6. 2007 und dem Nebenintervenientenvertreter am 18. 6. 2007 zugestellt. Gemäß § 507 Abs 2 Z 2 ZPO begannen an diesen Tagen die (vierwöchigen) Fristen zur Beantwortung der Revision des Klägers zu laufen (§§ 124, 125 ZPO; fristenauslösendes Ereignis [vgl Gitschthaler in Rechberger, ZPO³ §§ 124-126 Rz 1]). Die Frist für den Beklagten endete damit am 13. 7. 2007, jene für die Nebenintervenientin würde - unter Berücksichtigung der verhandlungsfreien Zeit - hingegen erst am 24. 9. 2007 enden. Die Revisionsbeantwortungen wurden vom Beklagtenvertreter am 13. 7. 2007 und vom Nebenintervenientenvertreter am 16. 7. 2007 zur Post gegeben, als Adressatgericht jedoch jeweils entgegen § 507 Abs 3 Z 1 ZPO (vgl auch 10 Ob 51/03b) das Erst- und nicht das Berufungsgericht angegeben. Dort langte die Revisionsbeantwortung des Beklagten erst am 20. 7. 2007 ein; der Tag des Einlangens der Revisionsbeantwortung der Nebenintervenientin beim Berufungsgericht lässt sich dem Akt hingegen nicht entnehmen.

Die Revisionsbeantwortung des Beklagten war als verspätet zurückzuweisen; zufolge der unrichtigen Adressierung reichte zur Fristwahrung die (im Hinblick auf § 89 GOG an sich fristgerecht) erfolgte Postaufgabe nicht aus, vielmehr wäre in diesem Fall das rechtzeitige Einlangen beim Berufungsgericht erforderlich gewesen (Gitschthaler, aaO Rz 14; 10 Ob 51/03b); der 20. 7. 2007 lag bereits außerhalb der Revisionsbeantwortungsfrist. Die Revisionsbeantwortung der Nebenintervenientin ist hingegen fristgerecht, weil die Frist bis zum heutigen Tag noch nicht abgelaufen ist.

3. Die Klägerin strebt im Revisionsverfahren nur mehr die Verpflichtung des Beklagten einerseits zur Entfernung der im Grenzbereich zwischen den Grundstücken 362/34 und 362/26 errichteten etwa 20 m langen Absperrung, diese bestehend aus Eisenstäben, einem rot-weiß-roten Absperrband und der Tafel „Grenzpunkt WGK I, 4727“, und andererseits zur Unterlassung von Maßnahmen an, durch welche der freie Durchgang und die freie Zufahrt der Klägerin vom Grundstück 362/34 zum Grundstück 362/26 bzw umgekehrt gehindert werden. Das Berufungsgericht hat diese Begehren mit der Begründung abgewiesen, zumindest zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz befinde sich nunmehr im Bereich zwischen den beiden Grundstücken ein von der Nebenintervenientin errichteter Zaun; dies bedeute, dass die vom Beklagten errichtete Absperrung nicht mehr vorhanden ist. Die von der Nebenintervenientin errichtete Absperrung verhindere die Errichtung einer neuerlichen Absperrung durch den Beklagten jedenfalls. Aufgrund der zwischenzeitigen Entfernung der vom Beklagten errichteten Absperrung könne einerseits das Entfernsbegehren der Klägerin nicht mehr erfüllt werden, andererseits bestehe auch keine Wiederholungsgefahr, weil es aufgrund der Entfernung denkunmöglich sei, dass der Beklagte selbst gleichgeartete Handlungen setzen könnte.

4.1. Das Erstgericht hat zwar unter anderem die Feststellung getroffen, die Nebenintervenientin habe nach dem Einsetzen der Eisenstangen, dem Anbringen von Absperrbändern und dem Abschneiden des „auf die Straße“ [auf das Grundstück 362/26] ragenden Grünbewuchses einen Zaun errichtet. Den Feststellungen ist aber nicht entnehmbar, dass dabei auch die vom Beklagten errichtete Absperrung komplett entfernt worden wäre. Derartiges ist auch den Parteienbehauptungen nicht zu entnehmen. Vor dem Erstgericht hat dazu einerseits der Beklagte selbst ausgesagt, dass „auch heute noch ein Teil von etwa 10 cm des Absperrbands an einer Eisenstange befestigt“ sei (AS 239 unten); der Ehegatte der Klägerin andererseits meinte als Zeuge, es seien ein Zaun errichtet (AS 225 unten) und die Eisenstangen, die Absperrungen und auch die Tafel entfernt worden (AS 227, vorletzter Absatz).

Das Berufungsgericht hat somit seiner Entscheidung über das Entfernsbegehren einen Sachverhalt zugrunde gelegt, der so vom Erstgericht nicht festgestellt worden war und für den es widersprüchliche Beweisgrundlagen gibt. Es hat diese Frage - mangels Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung - mit den Parteien auch nicht erörtert und letztlich auch übersehen, dass seine Begründung von keinerlei Prozessvorbringen der Parteien getragen wird. Die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts sind daher unbeachtlich; der von ihm gewählte Klagsabweisungsgrund trägt nicht.

4.2. Die Nebenintervenientin bestreitet im Revisionsverfahren die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht weiter, dass mit der Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 523 2. Fall ABGB der Störer selbst dann unmittelbar belangt werden könne, wenn er im fremden Interesse, in Vertretung oder auf Veranlassung eines Dritten gehandelt hat, und dass daher die Passivlegitimation des Beklagten gegeben sei. Dies entspricht auch der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (vgl etwa Hofmann in Rummel, ABGB² [2000] § 523 Rz 9 mwN aus der Rechtsprechung; ebenso wohl Kiendl-Wendner in Schwimann, ABGB³ [2005] § 523 Rz 16 [arg: „jeder Störer“]).

Aber auch die Servitutenklage gemäß § 523 1. Fall ABGB kann gegen jeden Dritten gerichtet werden, der eine servitutenmäßige Nutzung hindert oder stört (RIS-Justiz RS0012106, RS0101793; Hofmann, aaO Rz 7; Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² [2007] § 523 Rz 6). Damit trägt aber auch der vom Erstgericht gewählte Klagsabweisungsgrund, der Beklagte habe im Auftrag der Nebenintervenientin gehandelt, nicht.

4.3. Die Vorinstanzen konnten nicht feststellen, dass der Beklagte die inkriminierte Absperrung auf dem Grundstück 362/34 der Klägerin errichtet hatte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich somit bei der vorliegenden Klage nicht um eine Eigentumsfreiheitsklage, sondern um eine Servitutenklage, hat sich die Klägerin im Verfahren erster Instanz doch ausdrücklich auf ihr Recht auf freien Durchgang und freie Zufahrt vom Grundstück 362/34 zum Grundstück 362/26 und umgekehrt aufgrund eines abgeschlossenen Nutzungs- und Dienstbarkeitsvertrags bzw Kaufvertrags berufen (AS 49). Dies haben sowohl der Beklagte (ON 18) als auch die Nebenintervenientin (AS 89) ausdrücklich bestritten. Da die Vorinstanzen dazu - ausgehend von

ihren unrichtigen Rechtsansichten - keinerlei Feststellungen getroffen haben, waren ihre Entscheidungen aufzuheben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung insoweit aufzutragen, als dem Beklagten die Entfernung der von ihm errichteten Absperrung und der Tafel „Grenzpunkt WGK I, 4727“ aufgetragen werden soll.

5.1. Das Berufungsgericht hat im Hinblick auf den von der Nebenintervenientin zwischenzeitig errichteten Zaun hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens die Wiederholungsgefahr verneint; es sei aufgrund dieses Zauns denkunmöglich, dass der Beklagte selbst gleichartige Wiederholungshandlungen setzen könnte. Diesen Ausführungen liegt - im Gegensatz zum Entfernenbegehren (4.) - auch ein entsprechendes Vorbringen des Beklagten zugrunde (AS 247 unten), den für den Wegfall der Wiederholungsgefahr die Beweislast trifft (stRsp, s etwa 6 Ob 62/02i = MietSlg 54.624 mwN; ebenso Rechberger in Rechberger, ZPO³ [2006] § 406 Rz 14 mwN). Das Erstgericht hat zwar die Aufnahme des für die erwähnte Behauptung angebotenen Beweises abgelehnt; in das Beweisverfahren Eingang gefunden haben jedoch die Lichtbilder Beilage .XI, die den errichteten Zaun zeigen (ihre ursprüngliche Behauptung, die Lichtbilder zeigten gar nicht den „klagsgegenständlichen“ Grundstücksteil [AS 247 oben], hat die Klägerin letztlich nicht aufrecht erhalten [AS 247 unten]).

Aus diesen Lichtbildern kann nun zwanglos geschlossen werden, dass dadurch der freie Durchgang und die freie Zufahrt vom Grundstück 362/34 zum Grundstück 362/26 und umgekehrt verhindert werden; weiterer Maßnahmen des Beklagten bedarf es hierfür nicht mehr. Die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsgerichts sind daher unbedenklich. Damit fehlt es aber tatsächlich an der Wiederholungsgefahr.

5.2. Die Klägerin hält dem nun in ihrer Revision entgegen, ein Wegfall der Wiederholungsgefahr könne nicht dadurch bewirkt werden, dass ein Dritter „eine gleiche Rechtsanmaßung“ vornimmt. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs ist Voraussetzung einer echten Unterlassungsklage, dass ein Zustand fort dauert, der dem Kläger keine Sicherung gegen weitere Rechtsverletzungen bietet; dabei genügt die ernste Besorgnis weiterer Eingriffe (vgl die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Rechberger, aaO). Maßgeblich ist dabei, ob die Wiederholungsgefahr objektiv noch weiter besteht. Sie ist also nur anzunehmen, wenn ein Verstoß an sich noch möglich ist und sich der Wegfall der Wiederholungsgefahr aus einer Sinnesänderung des Beklagten ergeben soll (4 Ob 281/04h = ÖBl 2005/39 [Gamerith]); kann es hingegen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zu einem Verstoß gar nicht mehr kommen, besteht kein Unterlassungsanspruch (RIS-Justiz RS0037664). Ob Wiederholungsgefahr in diesem Sinn besteht, ist nach der Sach- und Rechtslage bei Schluss der Verhandlung erster Instanz zu beurteilen (4 Ob 5/05x = ÖBl-LS 2005/99); einem Unterlassungsbegehren kann daher nur stattgegeben werden, wenn die Wiederholungsgefahr noch in diesem Zeitpunkt weiter besteht (4 Ob 355/80 = ÖBl 1981, 102; 4 Ob 281/04h). Da der Beklagte bei Schluss der Verhandlung erster Instanz eine Wiederholung seines Verhaltens tatsächlich nicht setzen konnte (s 5.1.), hat das Berufungsgericht das Unterlassungsbegehren (auch) zu Punkt 1. der Klage zu Recht abgewiesen. Insofern war daher der Revision der Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens beruht auf § 52 ZPO.