



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden und durch den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Land Kärnten, 9021 Klagenfurt am Wörthersee, Mießtalerstraße 3, vertreten durch Dr. Harald Mlinar, Rechtsanwalt in St. Veit an der Glan, gegen die beklagte Partei F***** G*****, vertreten durch Dr. Walter Brunner, Rechtsanwalt in Klagenfurt am Wörthersee, wegen Beseitigung und Unterlassung (Streitwert 8.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Berufungsgericht vom 8. März 2012, GZ 3 R 204/11a-14, mit dem über Berufung des Beklagten das Urteil des Bezirksgerichts Feldkirchen in Kärnten vom 23. September 2011, GZ 1 C 277/11m-10, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem sich eine Landesstraße befand, die eine Liegenschaft des Beklagten durchquerte. Sie beabsichtigte im Jahr 2003,

diese Landesstraße an eine andere Stelle auf der Liegenschaft des Beklagten zu verlegen. Im September 2003 schlossen die Streitparteien eine Grundabtretungsvereinbarung, die auszugsweise wie folgt lautet:

„[Der Beklagte] tritt der [Klägerin] aus seinen [...] Grundbuchseinlagen die [...] bezeichneten Grundflächen lastenfrei ab und bewilligt ausdrücklich, dass dieselben für die Zwecke des Straßenbaues in Besitz genommen und dass die Zuschreibung dieser Grundstücke bzw Grundstücksteile unter gleichzeitiger Vereinigung mit dem anrainenden Straßengrundstück vorgenommen werden können. Die abgetretenen Flächen stellen insofern ein fiktives Ausmaß dar, als das exakte Ausmaß der tatsächlich in Anspruch genommenen Grundfläche durch die katastrale Endvermessung bestimmt wird und als definitive Abrechnungsgrundlage gilt. Diese Vereinbarung tritt mit dem Tage der Unterfertigung durch beide Vertragsteile in Rechtskraft. [...]

Diese Vereinbarung wird in Abwendung eines Enteignungsverfahrens geschlossen.

Mit den Bauarbeiten darf auf den abgelösten Flächen sofort begonnen werden. [...]

Die Veranlassung der Vermarkung, Vermessung und grundbücherlichen Durchführung der Grundabtretung nach den Sonderbestimmungen des Liegenschaftsteilungsgesetzes [...] sowie die Tragung allfälliger diesbezüglicher Kosten obliegt dem Land Kärnten als Käufer. [...]

Die Auszahlung der vereinbarten Entschädigung hat binnen drei Monaten nach Unterfertigung dieser Grundabtretungsvereinbarung zu erfolgen. Ausdrücklich vereinbart wird in diesem Zusammenhang, dass innerhalb

dieses Zeitraumes 70 % der Entschädigungssumme zur Auszahlung gelangen. Die restlichen 30 % der Entschädigungssumme werden nach Abschluss der Straßenbaumaßnahme auf Grundlage der durchzuführenden katastralen Endvermessung ausgezahlt und ist dieser Betrag ab dem dritten Monat nach der Unterfertigung dieser Vereinbarung mit 4 % zu verzinsen. [...]

Im Einvernehmen werden zwischen den Vertragsparteien [...] folgende verbindlich umzusetzende Punkte vereinbart:

1) Die Landesstraßenverwaltung wird die projektmäßig vorgesehene Straßenachse [...] soweit als technisch möglich bzw soweit ohne Inanspruchnahme von Gründen Dritter bautechnisch machbar in etwa in Richtung Süden verschieben, dies zumindest in einer halben Straßenbreite (2,5 m), und damit ein Abweichen des Straßenzuges von den Objekten [des Beklagten] realisieren. Die exakte Festlegung erfolgt im Zug des Baugeschehens.

2) Bedingt durch die Straßenführung fällt das derzeit offene Gerinne weg und wird stattdessen von der Landesstraßenverwaltung eine Verrohrung vorgenommen. [...]

3) Bestehende Straßenquerungen des Liegenschaftseigentümers sind aufrecht zu erhalten, das heißt die Landesstraßenverwaltung wird die Leerverrohrung bautechnisch im Zuge des Straßenbaues herstellen und der Liegenschaftseigentümer stellt das diesbezüglich erforderliche Material auf seine Kosten zur Verfügung.

Gleiches gilt für zusätzliche vom Liegenschaftseigentümer im Rahmen des Baugeschehens beabsichtigte Straßenquerungen. [...]

4) Derzeit bestehen für das Anwesen [des Beklagten] vier Ein- bzw Ausfahrten zur [Landesstraße]. Das

Projekt für den Straßenausbau sieht nur mehr zwei Ein- bzw Ausfahrten vor, [...]. Die im Osten vorgesehene Ein- bzw Ausfahrt wird hinsichtlich der genauen Lage und Ausgestaltung im Einvernehmen zwischen der Landesstraßenverwaltung und dem Liegenschaftseigentümer festgelegt werden. [...]

[...]

6) Die Landesstraßenverwaltung erklärt sich bereits jetzt bereit, die im Bereich des Anwesens [des Beklagten] freiwerdenden Grundflächen bzw Teilflächen von Landesstraßengrund an den Liegenschaftseigentümer zu veräußern. Die Bewertung des diesbezüglichen Kaufpreises wird dabei anhand der einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung bildenden Bewertung vom 3. 7. 2003 vorgenommen. [...]"

Am 14. 4. 2004 trafen die Parteien sowie benachbarte Liegenschaftseigentümer, nachdem es zu Unstimmigkeiten gekommen war, eine Vereinbarung, die auszugsweise lautet:

„Vereinbarung

abgeschlossen mit [der Klägerin] und [Grundnachbarn] sowie [dem Beklagten] wie folgt:

1) Die neue Straßenachse verläuft im Bereich [...]

2) Im Übrigen bleibt die Straßenverlaufsbeschreibung laut Grundabtretungsvereinbarung aufrecht.

3) Die Landesstraßenverwaltung errichtet im Bereich der Häuser südlich und nördlich der neuen Straße Lärmschutzwälle; und entschädigt [den Beklagten] hiefür mit den SV-geschätzten Grundpreisen. Die straßenseitige Kante des nördlichen Walles bildet die neue Grundgrenze [zum

Beklagten]; im Süden bildet der äußere (südliche) Fuß des Lärmschutzwalles die Grenze des öffentlichen Straßengutes.

4) Die restliche Fläche des Grundstücks [des Beklagten] südlich der neuen Straße verkauft [der Beklagte] um 2,18 EUR/m² an [einen Grundnachbar]. Die neue Grenze zwischen [dem Grundnachbarn] und [dem Beklagten] wird gebildet durch [...].

5) Ein [weiterer Grundnachbar] tauscht mit [dem Beklagten] folgende Grundstücke: [...]

6) Die freiwerdenden, aufgelassenen alten Straßenflächen werden den angrenzenden Grundeigentümern zugeschlagen.

Die exakte Flächenermittlung erfolgt auf Kosten der Landesstraßenverwaltung nach Herstellung der neuen Straße, ebenso die Herstellung der neuen Grundbuchsordnung.“

In weiterer Folge wurde die neue Landesstraße projektiert, gebaut und ihrer Verwendung übergeben, die „alte“ Landesstraße wurde aufgelassen.

Noch im Zug der Projektierung und Trassierung der Straße teilte die Klägerin dem Beklagten am 26. 5. 2005 ihre Bereitschaft zu einer gemeinsamen Vorgangsweise betreffend die Aushebung eines Biotops im Zuge der Errichtung des Erdwalls mit, weil das Material für den Erdwall verwendet werden könne. Wiederholt kam es im Zug der Bauführung zu Meinungsverschiedenheiten und Problemen zwischen den Parteien. Die Mitarbeiter der Klägerin versuchten immer, auf die Wünsche des Beklagten einzugehen, eine abschließende Einigung hinsichtlich diverser Anliegen des Beklagten konnte jedoch nie erzielt werden. Die Mitarbeiter der Klägerin gingen daher dazu über, sämtliche Forderungen des Beklagten zwar nicht grundsätzlich

abzulehnen, deren Erfüllung jedoch daran zu knüpfen, dass sämtliche grundbücherlichen und rechtlichen Vertragsangelegenheiten geklärt werden.

Im Februar 2008 wollte der Beklagte einen Teich errichten, der teilweise auf seinem, teilweise aber auf dem im Eigentum der Klägerin stehenden Grundstück der aufgelassenen alten Landesstraße liegen sollte. Die Klägerin teilte dem Beklagten dazu mündlich und schriftlich mit, dass grundsätzlich kein Einwand gegen die Errichtung des Teichs bestehe, Voraussetzung dafür aber sei, dass sämtliche offenen Vertragsangelegenheiten zwischen den Parteien vorweg geregelt sein müssten. Der Beklagte begann dennoch im Februar 2008 damit, den Teich zu graben und stellte diesen bis März 2008 fertig. Der ca 250 m² große Teich liegt zu 50 - 70 % auf der Liegenschaft des Beklagten und mit der restlichen Fläche auf der Liegenschaft der Klägerin (aufgelassene alte Landesstraße).

Mit dem am 3. 12. 2009 beim Grundbuchsgericht eingelangten Anmeldungsbogen beantragte die Klägerin die grundbücherliche Durchführung der Straßenverlegung gemäß §§ 15, 16 LiegenschaftsteilungsG. Gegen den diesen Antrag bewilligenden Beschluss erhob der Beklagte Rekurs mit der wesentlichen Begründung, dass die Ausführung der neuen Straße großteils nicht mit den bestehenden Vereinbarungen in Einklang zu bringen sei. Unter anderem sei mit der Landesstraße nicht von seiner Liegenschaft abgerückt worden, obwohl dies möglich gewesen wäre; es seien Ein- bzw Ausfahrten zur Straße falsch bzw nicht errichtet worden und zudem sei ihm die aufgelassene Straßenfläche lediglich im Ausmaß von 1 m² zugeschlagen worden, obwohl ihm zumindest 1.000 m² bis 2.000 m² zustünden. Auch die zugesagten Lärmschutzwälle seien lediglich zu einem

geringen Teil errichtet worden. Infolge des Rekurses hob das Rekursgericht den Verbücherungsbeschluss auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Grundbuchsgericht zurück. In weiterer Folge ordnete dieses die Rückführung sämtlicher im Anmeldebogen begehrteter Zu- und Abschreibungen an.

Ein Antrag der Klägerin vom 2. 9. 2010, gerichtet auf Erlassung eines wasserpolizeilichen Auftrags gegen den Beklagten zur Entfernung des Teichs, wurde von der Bezirkshauptmannschaft abgewiesen.

Mit Schreiben vom 15. 7. 2011 teilte das Kompetenzzentrum Umwelt, Wasser und Naturschutz des Amtes der Kärntner Landesregierung der Gattin des Beklagten mit, dass eine Entfernung des Kleingewässers aus naturschutzrechtlichen Gründen nicht möglich sei. Dieses stelle einen hochwertigen Lebensraum für bedrohte Tier- und Pflanzenarten dar; eine Beeinträchtigung dieses Biotops sei gemäß § 8 Kärntner-Naturschutzgesetz (LGBI 2002/79, K-NSG 2002) bewilligungspflichtig.

Die **Klägerin** begehrt vom Beklagten die Beseitigung des von ihm errichteten Teichs durch Rekultivierung und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, weiters die Unterlassung von eigentumsanmaßenden Handlungen des Beklagten auf dem im Eigentum der Klägerin stehenden Grundstück der aufgelassenen alten Landesstraße. Die Herstellung der Grundbuchsordnung sei am Widerstand des Beklagten gescheitert, sodass das Grundstück nach wie vor im Eigentum der Klägerin stehe. Diese habe keine Zustimmung zur Errichtung eines Teichs auf ihrer Liegenschaft erteilt. Darüber hinaus habe der Beklagte auch einen elektrischen Weidezaun ohne Zustimmung der Klägerin auf ihrem Grundstück aufgestellt und sei nicht bereit, die

rechtswidrige Inanspruchnahme des Grundstücks der Klägerin aufzugeben.

Der **Beklagte** wandte dagegen im Wesentlichen ein, dass zwischen den Parteien vereinbart sei, dass der Beklagte den als Straße aufgelassenen Teil der Liegenschaft der Klägerin zur Errichtung eines Teichs und zur Beweidung in Besitz nehmen könne. Dies sei bereits 2008 geschehen, die Teilfläche sei ihm als Entschädigung für die Verlegung der Landesstraße zumindest im Innenverhältnis übereignet worden. Im Fall der Stattgebung der Klage hätten die Grundabtretungsvereinbarungen keine Geltung mehr, sodass die Klägerin Zug um Zug die von ihr errichtete neue Landesstraße zu entfernen und diese Grundstücksfläche an den Beklagten zurückzugeben habe. Der Beklagte habe seine Leistungen aus den Vereinbarungen der Streitteile soweit wie möglich erfüllt und sei bereit, auch die restlichen Leistungen aus diesen Vereinbarungen zu erbringen, wenn auch die Klägerin die von ihr zugesagten Leistungen vollständig erbringe. Die Rücknahme einer Teilleistung durch die Klägerin verstoße gegen die Vereinbarungen und überdies sei dem Beklagten die von der Klägerin begehrte Beseitigung des Teichs durch das K-NSG strikt untersagt.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren statt. Die Klägerin habe den für die Eigentumsfreiheitsklage erforderlichen Beweis ihres Eigentums schon aufgrund des offenen Grundbuchstands erbracht. Für den vom Beklagten behaupteten Übergang des Eigentums „im Innenverhältnis“ fehle eine rechtliche Grundlage. Eine Zustimmung zur Errichtung des Teichs habe die Klägerin nicht erteilt, der Beklagte habe durch seine Errichtung eigenmächtig in das Eigentumsrecht der Klägerin eingegriffen. Aus den zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarungen ergebe sich keine

Grundlage für die vom Beklagten erhobene Zug-um-Zug-Einrede. Der vom Beklagten behauptete Verstoß gegen landesgesetzliche Vorschriften könne am absolut geschützten Rechtsgut des Eigentums nichts ändern.

Das **Berufungsgericht** gab der vom Beklagten gegen dieses Urteil erhobenen Berufung nicht Folge. Mangels Zustimmung der Klägerin zur Errichtung des Teichs bestehe kein obligatorisches Recht des Beklagten zur Benützung der im grundbücherlichen Eigentum stehenden Liegenschaft der Klägerin. Auf die Ursache für das Unterbleiben der grundbücherlichen Durchführung komme es nicht an. Die Errichtung des Teichs sei nicht durch die Vertragsbeziehung der Streitparteien gedeckt, sodass der Beklagte das Eigentumsrecht der Klägerin unbefugt störe. Die vom Beklagten künstlich hergestellte „Lacke“ falle unter keinen der Tatbestände des § 8 K-NSG, weshalb diese Bestimmung der Entfernung des Teichs nicht entgegenstehen könne.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR übersteige. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil, Rechtsprechung zur Frage fehle, ob § 8 K-NSG der aus eigentumsrechtlichen Gründen anzuordnenden Entfernung einer konsenslos errichteten Teichanlage entgegenstehe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die von der Klägerin beantwortete Revision des Beklagten.

Die Revision ist zulässig und im Sinn des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1.1 Der Revisionswerber führt aus, dass die Entfernung des Teichs jedenfalls verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen zur Folge habe und der durch § 8 K-NSG bewirkte Schutz eine von jedermann zu beachtende Einschränkung des Eigentumsrechts darstelle. Im Ergebnis beruft er sich damit

auf die Unmöglichkeit der Erfüllung der von der Klägerin begehrten Leistung infolge einer im Interesse der Allgemeinheit zu wahren öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Eigentumsrechts. Dieser Einwand greift jedoch im konkreten Fall nicht:

1.2 § 8 K-NSG normiert, dass in Moor- und Sumpfflächen, Schilf- und Röhrichtbeständen sowie Au- und Bruchwäldern die Vornahme von Anschüttungen, Entwässerungen, Grabungen und sonstigen den Lebensraum von Tieren und Pflanzen in diesem Bereich nachhaltig gefährdenden Maßnahmen verboten ist. Ob der vom Beklagten errichtete Teich überhaupt in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt, kann dahingestellt bleiben. Denn der Landesgesetzgeber selbst sieht eine Einschränkung des von § 8 K-NSG normierten Schutzes vor: Gemäß § 10 Abs 3 K-NSG dürfen nämlich Ausnahmen von den Verboten des § 8 K-NSG bewilligt werden, und zwar dann, wenn durch das Vorhaben weder das Landschaftsbild nachteilig beeinflusst würde noch das Gefüge des Haushaltes der Natur im betroffenen Lebensraum oder der Charakter des betroffenen Landschaftsraums nachhaltig beeinträchtigt würde (a) oder wenn das öffentliche Interesse an der beantragten Maßnahme unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohles höher zu bewerten ist als das öffentliche Interesse an der Bewahrung des Feuchtgebiets vor störenden Eingriffen (b). Zur Erlangung einer solchen Ausnahmegewilligung ist gemäß § 51 Abs 2 K-NSG nicht nur der Grundeigentümer, sondern jeder Dritte befugt. Der Dritte hat dazu - abgesehen von in § 51 Abs 2 K-NSG vorgesehenen Ausnahmen - die Zustimmung des Grundeigentümers schriftlich nachzuweisen. Aus § 8 K-NSG allein ergibt sich daher schon deshalb nicht zwingend die vom Revisionswerber behauptete Unmöglichkeit der Erfüllung des

Begehrens auf Beseitigung des Teichs und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands.

1.3 Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass eine Verurteilung zu einer Leistung eine ernstzunehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance voraussetzt, dass die Leistung (wenigstens) später erbracht werden kann (RIS-Justiz RS0016423). Nur bei offenkundiger (5 Ob 275/03g) oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehender (8 Ob 150/08d; 2 Ob 93/09d) Unmöglichkeit ist nicht zur Leistung zu verurteilen. Die Beweislast trifft diesbezüglich denjenigen, der sich auf die Unmöglichkeit beruft (6 Ob 104/11g mwH). Diese Grundsätze können auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

1.4 Der Beklagte hat im Verfahren - auch nach Erörterung - lediglich vorgebracht, dass ihm die Bestimmung des § 8 K-NSG die Erfüllung des Begehrens auf Beseitigung der Teichanlage untersage. Wie ausgeführt hat aber der Landesgesetzgeber mit § 10 Abs 3 K-NSG die Möglichkeit der Bewilligung einer Ausnahmegenehmigung geschaffen. Dass ihm die Erlangung einer solchen Ausnahmegenehmigung hier nicht möglich wäre, hat der Beklagte gar nicht behauptet. Selbst unter der Annahme der Anwendbarkeit des § 8 K-NSG ergibt sich daher nach dem Vorbringen des Beklagten im konkreten Fall nicht, dass ihm die Beseitigung des Teichs mit zumindest an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmöglich wäre.

2. Allerdings ist das Verfahren aus folgenden Überlegungen noch nicht entscheidungsreif:

2.1. Die Eigentumsfreiheitsklage kann gegen jeden unberechtigten Eingriff in das Eigentumsrecht erhoben werden (RIS-Justiz RS0012040; RS0010388). Die

Voraussetzungen für diese Klage, das Eigentum und ein - hier bereits erfolgter - Eingriff durch die Errichtung des Teichs, werden vom Beklagten in der Revision nicht bestritten. Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Einschränkung des Eigentums insofern eintreten, als der Eigentümer seine Rechte durch Vertrag aufgegeben hat (RIS-Justiz RS0010392), wofür den Beklagten im Prozess die Beweislast trifft (*Eccher* in KBB³ § 354 Rz 2; RIS-Justiz RS0012186).

2.2 Das Recht des Grundeigentümers, die Unterlassung von Eingriffen in sein Eigentumsrecht von einem Störer zu begehren, ist überdies auch durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt (RIS-Justiz RS0010395; 4 Ob 139/03z, 7 Ob 36/08g; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 345 Rz 9; *Spath* in *Schwimann*³ § 523 Rz 15). Schikane (oder Rechtsmissbrauch) im Sinn der sittenwidrigen Ausübung eines Rechts gemäß § 1295 Abs 2 2. Tatbestand ABGB liegt nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund zur Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026265; *Karner* in KBB³ § 1295 ABGB Rz 22). Besteht ein begründetes Interesse des Rechtsausübenden, einen seinem Recht entsprechenden Zustand herzustellen, wird die Rechtsausübung nicht schon dadurch zu einer rechtsmissbräuchlichen, wenn der sein Recht Ausübende unter anderem auch die Absicht verfolgt, mit der Rechtsausübung dem anderen Schaden zuzufügen (RIS-Justiz RS0026271). Im Allgemeinen geben selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag, weil diesem grundsätzlich zugestanden werden kann, dass er innerhalb der Schranken

dieses Rechts handelt (4 Ob 233/02x ua). Beweispflichtig für die Schikane bzw den Rechtsmissbrauch ist derjenige, der sich auf diese Beschränkungen des ausgeübten Rechts beruft (RIS-Justiz RS0026205).

Schikane bzw Rechtsmissbrauch ist allerdings nur über entsprechenden Einwand aufzugreifen (RIS-Justiz RS0016519). Der Einwand kann sich aber auch schlüssig aus dem Tatsachenvorbringen der Partei ergeben (1 Ob 542/79 ua; RIS-Justiz RS0016447).

3. Hier ist unstrittig, dass die Parteien eine Vereinbarung geschlossen haben, nach der die Klägerin verpflichtet ist, dem Beklagten die Grundflächen, die er für die Anlegung des Teichs genutzt hat, zu übergeben und ins Eigentum zu übertragen. Die Klägerin bestreitet die Gültigkeit der mit dem Kläger geschlossenen Vereinbarung nicht und hat auch ihrerseits die ihr daraus erwachsenden Rechte in Anspruch genommen. Sie hat die Verlegung der Landesstraße auf eine immer noch im bürgerlichen Eigentum des Beklagten stehende Grundfläche bereits vorgenommen und will diese Verlegung auch keineswegs rückgängig machen. Der Beklagte bringt überdies vor - dazu fehlen allerdings sichere Feststellungen - dass ihm die Klägerin in Erfüllung der Vereinbarung die von ihm für den Teich in Anspruch genommene Grundfläche bereits faktisch übergeben hat. Nach ihrem Vorbringen erachten sich beide Parteien nach wie vor an die Vereinbarung gebunden. Die Übereignung der fraglichen Fläche mit dem Teich an den Beklagten ist Gegenstand der Vertragslage. Dementsprechend hatte die Klägerin ursprünglich, vor ihren Schwierigkeiten zur Herstellung der „Grundbuchsordnung“, gegen die Anlegung des Teichs auch keinen Einwand.

Nach dem Vorbringen der Klägerin ist ihre

nachträgliche Verweigerung der Zustimmung, die letztlich in die vorliegende Klage gemündet hat, offenbar im Widerstand des Beklagten zur Herstellung der „Grundbuchsordnung“ begründet. Aus dem Akteninhalt wird zudem deutlich, dass ihr Begehren, den Teich zu entfernen, darauf abzielt, den Beklagten dazu zu bewegen, seine Einwände, die Klägerin habe die Vereinbarung in verschiedener Hinsicht nicht erfüllt, fallen zu lassen und seinen damit begründeten Widerstand gegen die Verbücherung aufzugeben (s etwa die Feststellung, wonach die Klägerin ursprünglich der Errichtung eines Teichs zugestimmt und diese Zustimmung erst später verweigert hat, aber auch die Feststellung, wonach die Klägerin wegen der Auffassungsunterschiede dazu übergegangen ist, Forderungen des Beklagten zwar nicht grundsätzlich abzulehnen, aber deren Erfüllung mit der Klärung sämtlicher grundbücherlicher und rechtlicher Vertragsangelegenheiten zu verknüpfen; s ferner die entsprechende Aussage des Zeugen Mag. A***** S 24 ff in ON 8).

Solange die Vereinbarung aufrecht und (auch) die Klägerin daran gebunden ist, kann sie nicht gegen die sie daraus treffenden Pflichten handeln. Mit ihrem Beharren auf ihr Eigentumsrecht an der Fläche mit dem Teich stellt sie sich in Widerspruch zur Vertragslage. Ihr Eigentumsrecht ist insofern durch die Vereinbarung eingeschränkt. Außerdem bestehen Anhaltspunkte für ein krasses Missverhältnis zu Lasten der Interessen des Beklagten, wenn es der Klägerin nur darum geht, den Beklagten zu Zugeständnissen im Zusammenhang mit der Herstellung der Grundbuchsordnung zu bewegen.

Damit stellt sich die vom Beklagten aufgeworfene Frage der Vertragswidrigkeit des Verhaltens der Klägerin, aber auch die Frage, ob die Geltendmachung ihres

Eigentumsrechts unter den gegebenen Umständen nicht rechtsmissbräuchlich iSd § 1295 Abs 2 ABGB ist.

Diese Überlegungen wurden allerdings bislang mit den Parteien nicht erörtert; ihr bisher dazu erstattetes Vorbringen reicht zu einer abschließenden Beurteilung nicht aus. Die Sache war daher an das Erstgericht zurückzuverweisen, das die hier angestellten Überlegungen mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zu geben haben wird, dazu konkretes Vorbringen zu erstatten. Auf der so gewonnenen Grundlage wird sodann das Verfahren zu ergänzen und zu entscheiden sein.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 19. Dezember 2012
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: