

## Schwerpunkt Energiewende und Immobilien

Das Laderecht für E-Fahrzeuge im Wohnrecht

Die Energiewende in der  
Wiener Bauordnungsnovelle 2020  
E-Mobilität in Wohnhausanlagen –  
technische Herausforderungen

Mietrecht  
Unternehmensveräußerung in Zeiten  
von Corona

Immobilienbesteuerung  
Präsentationsrecht und gebührenrechtliche  
Grundsätze

Forum Immobilientreuhänder  
Taubenabwehr – Erhaltungspflicht  
des Vermieters?

Zustand tatsächlich aufrecht hält (5 Ob 164/15 a mwN; vgl RS0010448). Die Aufrechterhaltung eines von einem Rechtsvorgänger im Eigentum geschaffenen Zustands fällt damit in die Verfügungsmacht des aktuellen Eigentümers; der Unterlassungsanspruch nach § 523 ABGB wegen einer von einer Anlage ausgehenden Störung kann sich auch dann gegen den Eigentümer richten, wenn ein Dritter die Anlage errichtet hat (vgl 6 Ob 188/15 p mwN).

Der Eigentümer einer Liegenschaft kann auch gegen einzelne von mehreren Störern den Bestand seines Rechts zum Gegenstand der Freiheitsklage nach § 523 ABGB machen (vgl RS0010426).

Hier hat die NI im Auftrag der Rechtsvorgänger der Bekl als Eigentümer eine aus groben Felsbröcken bestehende, zu ihrem Grundstücksniveau ansteigende Steinmauer so errichtet, dass sie an ihrem Eckpunkt zwar exakt diessseits der durch eine Grenzmarke bezeichneten Grundgrenze beginnt, in der Folge aber an ihrem Fuß über fast 6 m Länge mehr als 60 cm auf dem Nachbargrundstück des Kl steht. Das BerG geht vom Eigentum der Bekl an der ganzen Mauer aus. Dies hält sich im Einzelfall angesichts des Verlaufs und der Gestaltung der Mauer – die auch als Aufschüttung zur Überwindung eines Niveauunterschieds zwischen dem niedriger gelegenen Grundstück der Kl und dem höher gelegenen der Bekl gestaltet ist – im Rahmen des klaren Wortlauts des § 857 ABGB und der hiezu ergangenen Rsp.

Auch die Einschätzung des BerG, dass die Bekl als Eigentümerin des Nachbargrundstücks und der Mauer Adressatin der Klage nach § 523 ABGB ist, weil sie (indem sie ihre Mauer auf dem Grundstück der Kl bestehen lässt) als Zustandsstörerin zur Beseitigung dieses rechtswidrigen Zustands verpflichtet ist, entspricht der dargelegten Judikatur.

Der vom BerG bejahte Anspruch nach § 523 ABGB zur Abwehr jeder Störung des Eigentümers durch unberechtigte Eingriffe kann auch auf die Wiederherstellung des früheren Zustands, besonders durch Beseitigung der Beeinträchtigung, gerichtet sein (RS0106908 [insb T 2, T 4]; RS0112687 [insb T 1, T 2, T 4, T 10]). Dass die Naturalrestitution iSd § 1323 ABGB – hier die Entfernung der

Mauer(-teile) vom Grundstück der Kl – untunlich wäre (vgl RS0112687 [T 8]), erschließt sich aus den Feststellungen nicht und wird von der Rev auch nicht behauptet.

### Anmerkung:

*Grenzmauern sind eigentumsrechtlich weitgehend unproblematisch, solange sie auf einer Liegenschaft errichtet sind. Spannend wird es dann, wenn sich die Grenzmauer auf beiden benachbarten Liegenschaften befindet. In diesen Fällen sind Grenzmauern keine sonderrechtsunfähigen Bestandteile der Liegenschaften, auf denen sie errichtet sind. § 854 ABGB normiert zunächst die Miteigentumsvermutung an gewissen Grenzeinrichtungen. Das heißt, es besteht die gesetzliche Vermutung, dass die Grenzmauer im Miteigentum steht. Davon abweichend normiert § 857 ABGB wiederum das Alleineigentum in jenen Fällen, in denen der Verlauf und die Gestaltung der Grenzeinrichtung darauf hinweisen.*

*Im vorliegenden Fall hatte man es mit einer solchen Grenzeinrichtung iSd § 857 ABGB zu tun, so dass Alleineigentum der beklagten Partei bestand. Dieses Alleineigentum an der Grenzeinrichtung selbst schützt aber nicht davor, dass jene Teile der Grenzeinrichtung zu entfernen sind, die sich auf der im Eigentum des Nachbarn stehenden Liegenschaft befinden. Die Grundsätze zur Erhebung der Eigentumsfreiheitsklage gelten laut OGH nämlich auch dann, wenn zwar die Grenzeinrichtung im Eigentum des Nachbarn A steht, sich diese aber zum Teil auf der Liegenschaft des B befindet. B kann die Entfernung von seiner Liegenschaft fordern. Dies mag zwar zunächst nicht sofort einleuchten, ist aber im Ergebnis konsequent. Da die Grenzeinrichtung offenbar aus groben Felsblöcken bestand und über eine Länge von 6 m „nur“ 60 cm auf dem Nachbargrund stand, wäre auf den Einwand der Untunlichkeit der Entfernung zu denken gewesen. Dieser war aber offenbar im gegenständlichen RevVerfahren ebenso wenig Thema wie der Einwand des Rechtsmissbrauchs.*

Alexander Klein

Mag. Dr. Alexander Klein, LL. M., ist RA in Graz.

## Unzulässigkeit des Rechtswegs zur Abwehr des Gemeingebrauchs

Die bloß implizite Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs durch die meritorische Behandlung des Begehrens (durch das Erstgericht) reicht für die Annahme einer Entscheidung mit bindender Wirkung nach § 42 Abs 3 JN nicht aus.

Zum öffentlichen Recht gehören auch Ansprüche, denen zwar das Charakteristikum der einseitigen Rechtsunterworfenheit fehlt, die aber mit typisch öffentlich-rechtlichen Ansprüchen in so untrennbarem Zusammenhang stehen, dass auch sie dem öffentlichen Recht zugewiesen werden müssen.

Der Gemeingebrauch ist eine Art öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit, die bewirkt, dass der Eigentümer den Gebrauch dieser Sache durch jedermann nicht hindern kann, sofern sich dieser im Rahmen des Gemeingebrauchs hält. Der Einzelne,

der in der Ausübung des Gemeingebrauchs gestört wird, kann nach stRsp auch dann, wenn die Störung von einem Privaten ausgeht, Abhilfe nur von der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangen. Der Rechtsweg zur Geltendmachung von darauf gestützten Feststellungs-, Unterlassungs- und/oder Beseitigungsansprüchen ist ihm jedoch verwehrt.

### Aus der Begründung:

Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist eine absolute, in jeder Lage des Verf bis zur Rechtskraft der Entscheidung auch von Amts wegen wahrzunehmende Prozessvoraussetzung (RS0046249 [T 4]; RS0046861 [T 5]). Die bloß implizite Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs durch die meritorische Behandlung

## VERFAHRENSRECHT

§ 42 Abs 3 JN

OGH  
21. 7. 2020,  
5 Ob 46/20f

Zulässigkeit des  
Rechtswegs;  
privatrechtliche  
Ansprüche;  
Gemeingebrauch;  
Ersitzung;  
Bewertung;  
Zusammen-  
rechnung

2020/103

des Begehrens (durch das Erstgericht) reicht für die Annahme einer Entscheidung mit bindender Wirkung nach § 42 Abs 3 JN nicht aus (RS0046249 [T 7]).

Der Rechtsweg ist zulässig, wenn ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch erhoben wird und die Entscheidung darüber nicht durch Gesetz ausdrücklich an eine andere Behörde verwiesen wurde (RS0045438 [T 2]; RS0045584 [T 32]). Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind der Wortlaut des Klagebegehrens und der Klagesachverhalt (die Klagebehauptungen) maßgebend, also die Natur und das Wesen des geltend gemachten Anspruchs. Von ausschlaggebender Bedeutung dafür ist der geltend gemachte Rechtsgrund (RS0045584; RS0005896; RS0045718; RS0045644). Danach ist zu beurteilen, ob ein privatrechtlicher Anspruch iSd § 1 JN erhoben wurde, über den die Zivilgerichte zu entscheiden haben (RS0045584 [T 16]; RS0045718 [T 13]).

Privatrechtliche Ansprüche sind dadurch gekennzeichnet, dass sich gleichberechtigte Rechtssubjekte gegenüberstehen, während im öffentlichen Recht ein übergeordnetes Rechtssubjekt einseitige Gestaltungsakte setzen kann, denen das untergeordnete Rechtssubjekt unterworfen ist. Zum öffentlichen Recht gehören aber auch Ansprüche, denen zwar das Charakteristikum der einseitigen Rechtsunterworfenheit fehlt, die aber mit typisch öffentlich-rechtlichen Ansprüchen in so untrennbarem Zusammenhang stehen, dass auch sie dem öffentlichen Recht zugewiesen werden müssen (RS0045438 [T 10 a]).

Als Gemeingebrauch wird die jedermann unter gleichen Bedingungen ohne besondere behördliche Bewilligung und ohne Zustimmung des über die betroffene Liegenschaft Verfügungsberechtigten zustehende Freiheit verstanden, bestimmte Sachen entsprechend ihrer Zweckbestimmung bzw im Rahmen der Üblichkeit zu verwenden (RS0009781 [T 5]; RS0009760). Der Gemeingebrauch ist eine Art öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit, die aufgrund ausdrücklicher Widmung durch Gesetz, V, Erklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde oder die „Ersitzung“ durch entsprechend lang dauernde Benützung (RS0009781 [T 6]) entsteht und bewirkt, dass der Eigentümer den Gebrauch dieser Sache durch jedermann nicht hindern kann, sofern sich dieser im Rahmen des Gemeingebrauchs hält (RS0009781 [T 4]). Der Gemeingebrauch besteht nicht nur am „öffentlichen Gut“, sondern kann auch am Privateigentum begründet werden (8 Ob 20/14 w; RS0009757 [T 8]).

Der Gemeingebrauch belastet ein Grundstück zwar in ähnlicher Weise wie eine privatrechtliche Servitut; der Einzelne, der in der Ausübung des Gemeingebrauchs gestört wird, kann aber nach stRp auch dann, wenn die Störung von einem Privaten ausgeht, Abhilfe nur von der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangen, weil sein Anspruch aus einem öffentlichen Recht auf Benützung einer dem Gemeingebrauch gewidmeten Sache abgeleitet wird (RS0009811 [T 4]; vgl RS0029753 [T 1]). Der Rechtsweg zur Geltendmachung von darauf gestütz-

ten Feststellungs-, Unterlassungs- und/oder Beseitigungsansprüchen ist ihm jedoch verwehrt (1 Ob 227/19 t; RS0012140 [T 1]).

Bliden mehrere Ansprüche den Entscheidungsgegenstand des Berufungsgerichts, hat eine einheitliche Bewertung aufgrund Zusammenrechnung nur dann zu erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs 1 JN erfüllt sind (RS0053096; RS0042741). Im Fall einer Parteienhäufung sind gem § 55 Abs 1 Z 2 JN mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammenzurechnen, wenn sie von mehreren Parteien oder gegen mehrere Parteien erhoben werden, die Streitgenossen nach § 11 Abs 1 ZPO sind (RS0035483). Das Gesetz verlangt somit das Vorliegen einer materiellen Streitgenossenschaft entweder auf Kläger- oder Beklagtenseite. Bei bloß formeller Streitgenossenschaft nach § 11 Z 2 ZPO kommt es hingegen selbst dann nicht zu einer Zusammenrechnung der Streitwerte, wenn die geltend gemachten Forderungen in einem tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang stehen (5 Ob 60/20 i; RS0035450 [T 8]; RS0035528 [T 9]). Eine Berechtigung oder Verpflichtung aus demselben tatsächlichen oder rechtlichen Grund iSd § 11 Z 1 ZPO setzt einen einheitlichen rechtserzeugenden Tatbestand voraus, ohne dass für einen Streitgenossen noch weitere rechtserzeugende Tatsachen für die Ableitung des Anspruchs hinzutreten oder von vornherein verschiedene rechtserzeugende Tatsachen vorliegen (RS0035450; RS0035411; RS0035528 [T 1]). Das trifft beim Klagegrund der Ersitzung nicht zu (RS0035450 [T 3]), weil die Ersitzung für jeden Kl durch ein gesondertes Verhalten herbeigeführt und von jedem Bekl auch nur durch ein gesondertes Verhalten abgewehrt werden kann (3 Ob 518/93). Die aus der Ersitzung einer jeweils eigenen Dienstbarkeit abgeleiteten Ansprüche der einzelnen Kl sind demnach nicht zusammenzurechnen.

### Anmerkung:

*Mit der gegenständlichen Entscheidung setzt der OGH seine Rechtsprechungslinie hinsichtlich der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs zur Abwehr des Gemeingebrauchs fort. Mit der Entscheidung zu 1 Ob 227/19 t entschied der OGH erst einige Monate zuvor einen ähnlich gelagerten Fall. In beiden Entscheidungen stützte sich die Klägerseite in ihrem Begehren auf den Gemeingebrauch und leitete ihr Begehren nicht aus einem über den Gemeingebrauch hinausgehenden (Privat-)Recht ab.*

*Der Rechtsbegriff „Gemeingebrauch“ ist bis in das römische Recht zurückzuverfolgen. Dem heutigen Rechtsanwender ist der Terminus primär durch öffentlich-rechtliche Vorschriften, wie das Wasserrecht, das etwa den Gemeingebrauch an öffentlichen und privaten Gewässern regelt (Bachler in Oberleitner/Berger, WRG-ON<sup>4.00</sup> § 8), bekannt. Der OGH judizierte bereits in der E 8 Ob 20/14 w, dass ein Gemeingebrauch nicht nur am „öffentlichen Gut“ (wobei § 287 ABGB Beispiele nennt), sondern auch am Privateigentum begründet werden kann. Eine Sache im privaten Eigentum, an welcher ein Gemeingebrauch besteht, wird jedoch nicht zu einem öffentlichen Gut (Helmich in Kletečka/*

Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 287). Im gegenständlichen Fall ist über einen Benützungszeitraum von 60 Jahren Gemeingebrauch an einem Weg, der über die im Privateigentum der Beklagten stehende Liegenschaft führt, entstanden. Diese Begründung von Gemeingebrauch durch langandauernde Ausübung wurde vom OGH schon früh analog den Ersitzungsbestimmungen entwickelt (Eccher/Riss in KBB<sup>6</sup> §§ 287, 288 Rz 4). Die Prämisse der gegenständlichen Entscheidung, dass die Wegbenutzung durch die Gemeindebürger Gemeingebrauch darstellt, ist damit erörtert.

Als zweiter Punkt von rechtlichem Interesse ist das Begehren der 30 Kläger, welche als Eventualbegehren die Ersitzung der Dienstbarkeit anführten. Der OGH hat diesbezüglich in der E 4 Ob 21/10g die Voraussetzungen für die Ersitzung eines Wegerechts an einem Weg im Gemeingebrauch erörtert. Demnach kommt eine Ersitzung an einem im Gemeingebrauch stehenden Privatweg nur in Betracht, wenn die Benützung außerhalb des Gemeingebrauchs erfolgt. Dass im vorliegenden Fall die 30 Kläger als Bürger der betroffenen Gemeinde

den Weg selbst nur im Rahmen des Gemeingebrauchs benützt haben, steht einer Ersitzung damit entgegen. Mangels absoluter Unzulässigkeit der Revision hatte sich der OGH mit dieser Frage jedoch nicht zu beschäftigen (§ 502 Abs 2 ZPO).

Zusammenfassend lässt sich die gegenständliche Entscheidung in eine ganze Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen hinsichtlich der Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges zur Durchsetzung des Gemeingebrauchs einordnen. Der OGH bekräftigt in der gegenwärtigen Entscheidung somit erneut, dass für Streitigkeiten hinsichtlich des Bestands und des Umfangs des Gemeingebrauchs an Sachen im Privatrecht die sachlich in Betracht kommenden Verwaltungsbehörden zuständig sind und der Einzelne für die Abhilfe gegen Beeinträchtigungen seines Gemeingebrauchs selbst dann, wenn diese Störung von einem Privaten ausgeht, ausschließlich auf den Verwaltungsweg zu verweisen ist.

Nadja Holzer

Mag. Nadja Holzer ist RA in Wien.

## Agrargemeinschaft vermittelt Anteilsrechte an unbeweglichem Gut

**Die Agrargemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der jeweilige Eigentümer eines Hofes zur land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung berechtigt wird und die Anteile am Gemeinschaftsgut mit dieser „Stammsitz-“ („Rücksitz-“) Liegenschaft realrechtlich verbunden sind. Gebundene Anteilsrechte, die als Realrecht mit dem Eigentum an einer Stammsitzliegenschaft verbunden sind, sind dingliche Rechte iwS. Anteilsrechte an Agrarliegenschaften sind unter den (weiten) Begriff des unbeweglichen Guts zu subsumieren, das am Ort der Liegenschaft der Agrargemeinschaft gelegen ist.**

### Aus der Begründung:

Mit § 81 Abs 1 JN wird ein ausschließlicher örtlicher Gerichtsstand für Streitigkeiten um unbewegliches Gut geschaffen. Die Bestimmung bezweckt für unbewegliche Sachen eine Konzentration der Rechtsstreite bei dem Gericht, in dessen Sprengel die unbewegliche Sache gelegen ist (RIS-Justiz RS0108059). Nach dem Wortlaut des Gesetzes gehören neben den speziell erwähnten nur Klagen, mit denen ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache, die Aufhebung oder die Freiheit von einem dinglichen Recht geltend gemacht wird, vor den Gerichtsstand der gelegenen Sache. Von der Rsp wurde in diesem Zusammenhang betont, dass das dingliche Recht Klagegegenstand, nicht nur Klagegrund sein muss (vgl RS0046617).

Eine Agrargemeinschaft ist die Gesamtheit der jeweiligen Eigentümer der sog Stammsitzliegenschaften, an deren Eigentum ein Anteilsrecht an agrargemeinschaftlichen Grundstücken gebunden ist, sowie allfälliger weiterer Personen, denen persönliche (walzende) Anteilsrechte zustehen. Ihr liegt historisch ein deutsch-rechtliches Nutzungsrecht zugrunde, das nicht einzelnen Personen, sondern bestimmten Höfen zugutekommen soll (1 Ob 231/18 d; 9 Ob 35/11 d je mwN). Die Agrargemeinschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der jeweilige Eigentümer eines Hofes

zur land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung berechtigt wird und die Anteile am Gemeinschaftsgut mit dieser „Stammsitz-“ („Rücksitz-“) Liegenschaft realrechtlich verbunden sind (vgl RS0013176; Rassi, Grundbuchsrecht<sup>3</sup> Rz 4.25). Gebundene Anteilsrechte, die als Realrecht mit dem Eigentum an einer Stammsitzliegenschaft verbunden sind, sind dingliche Rechte iwS (5 Ob 35/04 i; 5 Ob 138/04 m; 5 Ob 54/05 k; 5 Ob 289/07 x; RS0024421). Das Wesen von Realrechten besteht nach Rsp und L darin, dass sie nur von den Eigentümern der betreffenden Liegenschaft kraft dieses Eigentumsrechts ausgeübt werden können und nach Art eines Zubehörs mit der Liegenschaft verbunden sind und nicht vom berechtigten Gut gelöst und selbständig veräußert werden können (RS0013354 [T 1]).

Die dargestellte Rsp erlaubt es somit, Anteilsrechte an Agrarliegenschaften unter den (weiten) Begriff des unbeweglichen Guts zu subsumieren, das am Ort der Liegenschaft der Agrargemeinschaft gelegen ist, da die Anteile mit Nutzungsrechten an dieser Liegenschaft verbunden sind. Das entspricht wertungsmäßig der Bestimmung des § 81 Abs 2 JN, wonach die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend ist, wenn die Klage eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betrifft.

Vom Gerichtsstand der gelegenen Sache nach § 91 Abs 3 JN als Wahlgerichtsstand für Klagen über Verträge über die Übergabe unbeweglicher oder für unbeweglich erklärter Sachen (Mayr in Rechberger/Klicka<sup>5</sup> § 91 JN Rz 3 ua) ist auch die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines solchen Vertrags erfasst (vgl Simotta in Fasching/Konecny<sup>3</sup> § 91 JN Rz 7 ua; OLG Innsbruck 3 R 10/98 i RI0000054).

### Anmerkung:

Im vorliegenden Fall war der Kläger Eigentümer einer Stammsitzliegenschaft, an deren Eigentum ein Anteilsrecht einer Agrargemeinschaft gebunden war. Der Klä-

§ 81 Abs 1 JN

OGH  
8. 7. 2020,  
3 Ob 49/20g

örtlicher  
Gerichtsstand;  
unbewegliche  
Sache;  
Agrargemein-  
schaft;  
Anteilsrechte an  
Agrarliegen-  
schaften

2020/104