

Der Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit

Hannah Maria Stöckl
Matrikelnummer: 11821937

Innsbruck, Mai 2024

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Diplomstudium Rechtswissenschaften

Betreuer:
ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Raimund Pittl
Institut für Zivilrecht

Eidesstaatliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Magister-/Master-/Diplomarbeit/ Dissertation eingereicht.

Datum

Unterschrift

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich mich bei allen Personen, die mich während meines Studiums und insbesondere beim Verfassen dieser Diplomarbeit unterstützt haben, bedanken.

Allen voran bedanke ich mich bei Herrn ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Raimund Pittl für die Übernahme und Betreuung der Diplomarbeit.

Weiters möchte ich meinen Eltern für die Unterstützung während der gesamten Laufzeit meines Studiums danken. Durch sie sind mir stets alle Türen offengehalten worden. Ohne deren Hilfe wäre eine solche Ausbildung nie möglich gewesen.

Zu guter Letzt gilt mein Dank meiner Schwester und meinem Freund, welche stets an meiner Seite standen und mir den Rücken stärkten.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Allgemeines zu den Dienstbarkeiten	3
1.1. Gegenstand einer Dienstbarkeit	3
1.2. Überblick über die Einteilung der Dienstbarkeiten	4
1.2.1. Scheinservitute	5
1.2.2. Legalservitute	5
1.2.3. Bejahende und verneinende Dienstbarkeiten	5
1.2.4. Entgeltliche und unentgeltliche Dienstbarkeiten	5
1.2.5. Haupt- und Nebendienstbarkeit	6
1.2.6. Offene und verborgene Dienstbarkeiten	6
1.3. Allgemeine Bestimmungen zu den Dienstbarkeiten	6
1.4. Erwerb einer Dienstbarkeit	10
1.5. Schutz einer Dienstbarkeit	13
1.5.1. Actio confessoria	14
1.5.2. Actio negatoria	15
1.6. Erlöschen einer Dienstbarkeit	15
1.6.1. Verzicht	16
1.6.2. Verjährung	16
1.6.3. Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund	16
1.6.4. Zeitablauf	17
1.6.5. Gutgläubiger Erwerb	17
1.6.6. Zwecklosigkeit	17
1.6.7. Untergang des dienenden oder herrschenden Gutes	18
1.6.8. Vereinigung	18
1.6.9. Tod des Berechtigten	18
2. Einteilung der Dienstbarkeiten	20
2.1. Grunddienstbarkeiten	20
2.1.1. Hausdienstbarkeiten	21
2.1.2. Felddienstbarkeiten	21
2.2. Persönliche Dienstbarkeiten	22
2.2.1. Gebrauchsrecht	22
2.2.2. Fruchtgenussrecht	24
2.2.3. Wohnungsrecht	24
2.3. Abgrenzung	26
3. Der Fruchtgenuss	28
3.1. Gegenstand	28
3.2. Erwerb und Auflösung	29
3.3. Rechte und Pflichten des Fruchtnießers und Eigentümers	30

3.4.	Das Fruchtgenussrecht im Vergleich	34
3.4.1.	Abgrenzung zum Gebrauchsrecht	34
3.4.2.	Abgrenzung zur Reallast	35
3.4.3.	Abgrenzung zum Leasingvertrag	35
3.5.	Wohnungsfruchtgenuss	35
4.	Unregelmäßige Dienstbarkeiten	37
4.1.	Beweislast	38
4.2.	Unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten	38
4.3.	Unregelmäßige Grunddienstbarkeiten	40
4.4.	Verbücherung von unregelmäßigen Dienstbarkeiten	41
4.5.	Ersitzung von unregelmäßigen Dienstbarkeiten	41
4.6.	Zeitliche Grenzen der unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten	43
4.6.1.	Die Nacherbschaft bei Zeitgenossen und Einschränkungen dieser	43
4.6.2.	OGH Entscheidungen zu den zeitlichen Grenzen	49
5.	Die Besitznachfolgerechte	52
5.1.	Exkurs: Die Nacherbschaft	52
5.2.	Die Besitznachfolge	53
5.3.	OGH Entscheidungen zu den Besitznachfolgerechten	58
6.	Schlussworte	64
	Abbildungsverzeichnis	66
	Literaturverzeichnis	66
	Judikaturverzeichnis	70

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AllGAG	Allgemeines Grundbuchsanlegungsgesetz
Art	Artikel
ASFINAG	Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft
BauRG	Baurechtsgesetz
bbI	baurechtliche Blätter
BGBI	Bundesgesetzblatt
BTVG	Bauträgervertragsgesetz
dh	das heißt
bzw	beziehungsweise
ca	circa
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f	folgend
ff	fortfolgend
ForstG	Forstgesetz
gem	gemäß
GBG	Grundbuchsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter - Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
Gst	Grundstück
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
iZm	im Zusammenhang mit
JB1	Juristische Blätter
Kfz	Kraftfahrzeug
LiegTeilG	Liegenschaftsteilungsgesetz
lit	litera
mE	meines Erachtens
MG	Mietengesetz
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	Mietrechtsgesetz
NWG	Notwegegesetz
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Jurist:innenzeitung
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem der Republik Österreich

Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Seite
StarkstromwegeG	Starkstromwegegesetz
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
wobl	Wohnrechtlichen Blätter
WRG	Wasserrechtsgesetz
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Das Recht der Dienstbarkeiten, auch Servitute genannt, bestand bereits im römischen Recht und ist somit ein sehr altes Recht. Auch heute ist es ein wichtiges Rechtsinstitut und von zentraler Bedeutung. In der Vergangenheit spielten besonders die Felddienstbarkeiten im ländlichen Bereich eine bedeutende Rolle. Die gebräuchlichsten Servitute waren dabei der Fußweg (iter), der Fahrweg (via), der Viehtrieb (actus) und das Wasserleitungsrecht (aquae ductus). Von den Felddienstbarkeiten unterschieden wurden die Gebäudeservitute an städtischen Grundstücken.¹

Wie das römische Recht kennt auch das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch das Rechtsinstitut der Dienstbarkeiten. Die Schöpfer des ABGB Univ.-Prof. Dr. iur. Franz Edler von Zeiller (1751 – 1828) und Karl Anton von Martini (1726 1800) orientierten sich dabei stark an den Regelungen aus dem römischen Recht. Das ABGB ist am 1. Jänner 1812 in Kraft getreten und somit neben dem französischen „Codice Civile“ eines der ältesten noch geltenden Gesetze in Europa.²

Ohne Zweifel können Dienstbarkeiten viele Vorteile einräumen. Allerdings können sie teilweise auch sehr belastend sein, wenn sie beispielsweise die Nutzungsmöglichkeit eines Grundstückes erheblich beeinträchtigen. Umso bedeutsamer ist es, dass das Recht der Dienstbarkeiten gesetzlich detailliert geregelt ist und Dienstbarkeitsverträge klar und deutlich ausgestaltet sind. Dennoch müssen Gerichte wiederholt Streitigkeiten bereinigen und diverse Rechtsfragen betreffend Dienstbarkeiten lösen.

Auch bei der vorliegenden Arbeit „Der Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit“ handelt es sich um ein Thema, das über die Jahre hinweg durch die Rechtsprechung ständig weiterentwickelt wurde. Zum besseren Verständnis wird zu Beginn der Arbeit näher auf die allgemeinen Bestimmungen und Regelungen zu den Dienstbarkeiten eingegangen. Hierbei wird zunächst Grundlegendes eruiert, sowie der Gegenstand des Dienstbarkeitsrechts abgegrenzt und auch der Erwerb, Schutz und das Erlöschen von Dienstbarkeiten dargelegt.

Besonders essenziell für das Verständnis ist die Einteilung der Dienstbarkeiten in Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten, weshalb dies umfassend dargestellt wird. Auf die unterschiedlichen Regelungen zwischen Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten wird laufend hingewiesen.

Das Hauptaugenmerk dieser Diplomarbeit liegt beim Fruchtgenussrecht und inwieweit dieses von anderen Rechten abgegrenzt werden kann. Zudem wird insbesondere auf die unregelmäßigen Dienstbarkeiten näher eingegangen. Dabei wird im Speziellen die Verbücherung und Ersitzung erläutert. Bei den unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten sind die zeitlichen Grenzen von besonderer Bedeutung. Ferner wird in dieser Arbeit das Besitznachfolgerecht, welches nicht im Gesetz verankert ist, diskutiert.

¹ *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht⁷ (2022), 139.

² *Sabitzer*, 200 Jahre ABGB, https://www.bmi.gv.at/magazinfiles/2012/03_04/files/zivilrechtsgeschichte.pdf (abgefragt am 05.04.2024).

Anhand von OGH Entscheidungen werden die theoretischen Ansätze an Praxisbeispielen aufgezeigt. Dabei wird auf kritische Lehrmeinungen Bezug genommen und die höchstgerichtlichen Entscheidungen werden hinterfragt.

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Diplomarbeit die Sprachform des generischen Maskulinums bei dem personenbezogenen Substantiv und Pronomen angewendet und auf geschlechtsspezifische Formulierungen verzichtet. Dies dient der sprachlichen Vereinfachung und stellt keine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts dar. Es wird darauf hingewiesen, dass die Anwendung der männlichen Sprachform als geschlechtsneutral zu verstehen ist und sich die Bezeichnungen auf alle Geschlechter in gleicher Weise beziehen.

1. Allgemeines zu den Dienstbarkeiten

Das Recht der Dienstbarkeiten ist im siebten Hauptstück des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs verankert. Gemäß § 472 ABGB handelt es sich dabei um ein beschränkt dingliches Recht an einer fremden Sache, um diese je nach Übereinkommen zu nutzen oder etwas zu unterlassen. Ein dingliches Recht genießt absoluten Schutz gegenüber jedermann, dh bei einer Dienstbarkeit genießt der Dienstbarkeitsberechtigte absoluten Schutz gegenüber dem Eigentümer der Sache und jedem Dritten. Zu den dinglichen Rechten zählen weiters Eigentum, Pfandrechte, Baurechte, Reallasten und Wohnungseigentum.³

Der Unterschied zu den obligatorischen Nutzungsrechten liegt darin, dass diese nur gegenüber bestimmten Personen, idR gegenüber dem Vertragspartner, zur Einwirkung auf dessen Grundstück berechtigen.⁴ Ob ein Dienstbarkeitsrecht als dingliches Recht oder bloß ein obligatorisches Nutzungsrecht besteht, ergibt sich aus der Parteienabsicht. Im Zweifel ist gemäß § 479 ABGB ein Dienstbarkeitsrecht anzunehmen.⁵ Ein bloß obligatorisches Nutzungsrecht liegt unter anderem dann vor, wenn die Parteien beabsichtigen die Dienstbarkeit nicht in das Grundbuch einzuverleiben.⁶

Aus den sachenrechtlichen Grundsätzen ergibt sich, dass auch bei Dienstbarkeiten der Typenzwang gilt. Dies bedeutet, dass nur vom Gesetz anerkannte Rechte eingeräumt werden können und darüber hinaus nur begrenzt Gestaltungsspielraum im Rahmen der Privatautonomie besteht.⁷ Allerdings wird durch die Rechtsprechung das Recht der Dienstbarkeiten laufend weiterentwickelt. Neue Entwicklungen sind zulässig, solange die gesetzlichen Grundsätze beachtet werden.⁸

1.1. Gegenstand einer Dienstbarkeit

Eine Dienstbarkeit kann prinzipiell sowohl an körperlichen beweglichen als auch an unbeweglichen Sachen bestehen. Auch eine Dienstbarkeit an einem nutzbaren Recht ist möglich. Als Beispiele hierfür werden der Fruchtgenuss an einer verzinslichen Forderung oder an Gesellschaftsanteilen angeführt.⁹ Gegenstand kann immer bloß eine ganze Sache sein, weshalb eine Dienstbarkeit nicht an Bruchteilen eingeräumt werden kann. Dabei gilt, dass es keinem Miteigentümer gestattet ist, ohne Einverständnis der anderen Miteigentümer an der gemeinsamen Sache Veränderungen vorzunehmen, falls dabei in den Anteil der anderen eingegriffen wird. Dies gilt sowohl für die gemeinschaftlich genutzten Teile als auch für jene Teile, die nur der eine Miteigentümer zu benützen berechtigt ist, wenn durch diesen Eingriff die Rechtssphäre der übrigen beeinträchtigt wird.¹⁰

³ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 1/5.

⁴ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/1.

⁵ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 472 ABGB Rz 1.

⁶ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 472 ABGB Rz 1.

⁷ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 1/6.

⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 3.

⁹ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/32.

¹⁰ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 828 ABGB.

Gemäß § 472 ABGB kann eine Dienstbarkeit immer nur zum Vorteil eines anderen eingeräumt werden. Dies bedeutet sohin, dass eine Dienstbarkeit lediglich an fremden Sachen begründet werden kann und nie an einer eigenen Sache. Sogenannte Eigentümerservitute sind in Österreich somit nicht zulässig. Für den Fall, dass zu einem späteren Zeitpunkt der Eigentümer der dienenden und herrschenden Sache ident ist, erlischt grundsätzlich die Dienstbarkeit.¹¹ Die anfängliche Eigentümerdienstbarkeit wird in der Lehre immer wieder diskutiert und zum Teil auch befürwortet.¹² Die Rsp¹³ hingegen lehnt diese strikt ab. Nach dieser wird am Begriff der fremden Sache festgehalten.¹⁴

Demgegenüber steht eine sogenannte partielle Eigentümerdienstbarkeit, welche nach hL zulässig ist. Hierbei kann bei einer Sache, welche im Eigentum mehrerer Personen steht, einem Miteigentümer sehr wohl eine Dienstbarkeit eingeräumt werden.¹⁵

Hiervon zu unterscheiden ist die ruhende Eigentümerdienstbarkeit, welche auch eine Durchbrechung des obgenannten Grundsatzes, eine Dienstbarkeit kann nur an fremden Sachen eingeräumt werden, darstellt. Vereinigt sich das Eigentum an der dienenden und herrschenden Sache zu einem späteren Zeitpunkt, bleibt das Dienstbarkeitsrecht bis zur Löschung im Grundbuch aufrecht. Diese sogenannten Buchservitute sollen vor allem dazu dienen, dass bei einer späteren Veräußerung die Dienstbarkeit dennoch bestehen bleibt.¹⁶

1.2. Überblick über die Einteilung der Dienstbarkeiten

Dienstbarkeiten können gemäß § 473 ABGB in Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten eingeteilt werden. Eine Grunddienstbarkeit ist immer eine Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft, zur vorteilhafteren und bequemerem Benützung dieser. Die Liegenschaft des Berechtigten wird dabei als herrschende Liegenschaft bezeichnet, jene des Belasteten als dienende. Bei den Grunddienstbarkeiten kann wiederum differenziert werden zwischen Feld- und Hausdienstbarkeiten.

Die persönlichen Dienstbarkeiten sollen im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten nicht dem jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft einen Vorteil bringen, sondern einer bestimmten Person unabhängig vom Eigentum an einer Liegenschaft. Hierbei wird zwischen Gebrauchsrecht, Wohnungsrecht und Fruchtgenussrecht unterschieden.

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit gemäß § 479 ABGB unregelmäßige Dienstbarkeiten zu begründen. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass eine Dienstbarkeit, die dem Wesen nach eine Grunddienstbarkeit ist, einer Person allein zugestanden werden kann bzw kann eine an sich persönliche Dienstbarkeit zugunsten eines Eigentümers einer Liegenschaft bestellt werden. Je nachdem spricht man von unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten oder von unregelmäßigen persönlichen Dienstbarkeiten.

¹¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 8.

¹² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 11; Graf in Festschrift Ludwig Bittner, Plädoyer für die Zulassung der Eigentümerservitut (2018), 197.

¹³ OGH 5 Ob 118/07z ÖJZ 2007 (EvBl), 917; Painsi, Entstehen einer außerbücherlichen Dienstbarkeit bei Aufhebung der Eigentümeridentität, EvBl-LS 2022, 400; Billeth, Für die Eintragung einer Eigentümerservitut fehlt die gesetzliche Grundlage, NZ 2021, 285.

¹⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 11.

¹⁵ Rassi in Kodek, Grundbuchsrecht² (2016) § 12 GBG Rz 2; Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 Rz 9; Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 473 ABGB Rz 4.

¹⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 10.

1.2.1. Scheinservitute

Von den gewöhnlichen Dienstbarkeiten sind die Scheinservitute gemäß § 479 ABGB abzugrenzen. Scheinservitute sind Begünstigungen, die sonst Inhalt einer Dienstbarkeit sind, welche aber auf jederzeitigen Widerruf oder unter dem Vorbehalt der späteren Einschränkung dieses Rechts eingeräumt werden.¹⁷ Dabei kann die Sache zwar genutzt werden, aber es werden keine Rechte daran begründet.¹⁸

1.2.2. Legalservitute

Weiters von den Dienstbarkeiten zu unterscheiden sind die Legalservitute. Diese stellen Eigentumsbeschränkungen dar, die vor allem im Interesse der Allgemeinheit oder Rücksicht der Nachbarschaft zu wahren sind. Sie entstehen ex lege und bedürfen zu ihrer Begründung weder eines privatrechtlichen Titels noch einer Intabulation im Grundbuch.¹⁹ Legalservitute finden sich insbesondere in diversen Verwaltungsvorschriften, wie im Forstrecht, Jagd- und Fischereirecht, im Wasserrecht, im Bergrecht oder im Luftfahrtrecht.²⁰ Beispiele hierfür sind unter anderem Notwege und Leitungen; aber auch zur sportlichen Freizeitgestaltung werden Legalservitute herangezogen.²¹

1.2.3. Bejahende und verneinende Dienstbarkeiten

Die Differenzierung in bejahende und verneinende Dienstbarkeiten besteht darin, dass bei ersteren der Verpflichtete zu einer Duldung verpflichtet ist, bei letzteren ist dem Verpflichteten eine Unterlassung geboten. Bejahende Dienstbarkeiten (servitus affirmativa) sind unter anderem das Befahren eines Weges oder das Ableiten von Regenwasser auf das Dach oder den Grund eines anderen. Beispiele für verneinende Dienstbarkeiten (servitus negativa) sind das Haus nicht höher zu bauen, dem herrschenden Gebäude Licht zu entziehen oder diesem die Aussicht zu verbauen.²²

1.2.4. Entgeltliche und unentgeltliche Dienstbarkeiten

Eine Dienstbarkeit kann sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich eingeräumt werden. Wichtig hervorzuheben ist, dass Entgeltlichkeit keine Voraussetzung für die Bestellung einer Dienstbarkeit ist und grundsätzlich nicht anzunehmen ist.²³ Unentgeltlich kann eine Dienstbarkeit aufgrund einer Schenkung erworben werden, aber auch aufgrund einer baubehördlichen Vorschrift oder einer Teilung der Liegenschaft.²⁴ Das Fehlen einer Entgeltsvereinbarung muss nicht automatisch auf eine notariatsaktspflichtige Schenkung

¹⁷ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 479 ABGB.

¹⁸ OGH 6 Ob 323/99i MietSlg 52.038.

¹⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 21.

²⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 22.

²¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 23.

²² Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/28, 15/29.

²³ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/14.

²⁴ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - Pfandrecht - §§ 447 - 530 ABGB³ (2016) zu § 473 ABGB Rz 7.

schließen lassen. Ein Notariatsakt kann unterbleiben, wenn die Übergabe bereits erfolgt ist und diese auch von dem Geschenkgeber im Vertrag bestätigt wird.²⁵

Das zu leistende Entgelt kann dabei einmalig oder laufend zu bezahlen sein. Bei Grunddienstbarkeiten, welche als Gegenleistung ein laufendes Entgelt enthalten, sind im Zweifel dinglich wirkende Belastungen der Dienstbarkeit anzunehmen, für den Fall, dass diese Entgeltspflicht im Grundbuch verbüchert ist. Somit ist der jeweilige Eigentümer der Liegenschaft zahlungspflichtig.²⁶

1.2.5. Haupt- und Nebendienstbarkeit

Eine Nebendienstbarkeit dient zur Ausübung der Hauptdienstbarkeit, da ohne diese die Nutzung der Hauptdienstbarkeit nicht möglich wäre. Beispielsweise ist das Wasserschöpfungsrecht abhängig vom Zugang zum Wasser, dh von einem Wegerecht, damit das Dienstbarkeitsrecht überhaupt ausgeübt werden kann.²⁷

1.2.6. Offene und verborgene Dienstbarkeiten

Offenkundig ist eine Dienstbarkeit immer dann, wenn jedermann mit allgemeiner Sorgfalt und einiger Aufmerksamkeit das Vorliegen der Dienstbarkeit erkennen kann. Ist bei einer Betrachtung nicht klar und sofort erkennbar, dass eine Dienstbarkeit besteht, handelt es sich um eine verborgene Dienstbarkeit.²⁸

Beispiele für offenkundige Dienstbarkeiten sind:

- ein gebahnter Weg,
- Fahr- oder Fußspuren im Gras (Trampelpfad),
- eine Mauer, zur Stützung des Nachbarhauses,
- Anlagen wie zB eine Regenrinne oder Abwasserkanal,
- eine offensichtliche gemeinsame Zufahrt,
- eine Tafel mit der Nummer eines Kfz-Kennzeichens,
- eine Absperrkette an einem Kfz-Stellplatz.²⁹

1.3. Allgemeine Bestimmungen zu den Dienstbarkeiten

Der Eigentümer der Sache hat die Benutzung dieser durch einen anderen zu billigen bzw bestimmte Einwirkungen zu dulden oder zu unterlassen. Somit kommt es zu einer Beeinträchtigung der Nutzung der Sache selbst. Diese Nutzung muss nicht wiederkehrend sein; sie kann auch einmalig sein (zB der Abbruch eines Gebäudes).³⁰ § 482 ABGB legt ausdrücklich fest, dass der Eigentümer der dienenden Sache grundsätzlich kein aktives Tun beisteuern muss. Ein aktives Tun des Eigentümers darf somit nie der Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein, allerdings kann eine Leistung des Eigentümers als Nebeninhalt bzw Nebenverpflichtung des

²⁵ RIS-Justiz RS0018923.

²⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 ABGB Rz 14.

²⁷ Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - Pfandrecht - §§ 447 - 530 ABGB³ (2016) zu § 473 ABGB Rz 8.

²⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 ABGB Rz 12.

²⁹ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 481 ABGB Rz 5.

³⁰ Koch in Bydlinki/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 472 ABGB Rz 1.

Servituts vereinbart werden.³¹ Wird ein aktives Tun als Nebeninhalt vereinbart, so stellt dies nicht automatisch einen gleichzeitigen Bestand von einer Reallast und einer Dienstbarkeit dar.³² Allgemein kann eine Dienstbarkeit in erster Linie lediglich vom Eigentümer (der dienenden Sache) selbst eingeräumt werden. Wird eine Dienstbarkeit an einer Sache begründet, die sich im Eigentum mehrerer befindet, muss gemäß § 12 GBG und § 828 ABGB die Zustimmung aller Miteigentümer vorliegen und die Dienstbarkeit gestattet werden.³³ Dem Eigentümer gleichgestellt ist gemäß § 6 Abs 3 BauRG der Baurechtsberechtigte. Dieser kann somit, wie ein Eigentümer Dienstbarkeiten begründen. E contrario ergibt sich, dass ein Nichteigentümer eine Dienstbarkeit jedoch aufgrund eines zukünftigen Eigentumserwerbs bzw als inhaltsgleiche obligatorische Pflicht einräumen kann.³⁴

Durch ein Dienstbarkeitsrecht wird das Eigentum des Verpflichteten eingeschränkt und dem Berechtigten entsteht ein Nutzen. Diesem Utilitätserfordernis genügt bei Grunddienstbarkeiten bereits, wenn diese zu einer bequemerer Benützung der herrschenden Liegenschaft dient. Bei diesem Utilitätserfordernis wird somit kein strenger Maßstab herangezogen.³⁵ Lediglich bei völliger Zwecklosigkeit, Unwirtschaftlichkeit und dauernder Unmöglichkeit der Ausübung des Dienstbarkeitsrechts erlischt dieses.³⁶ Auf das Erlöschen von Dienstbarkeiten wird in Kapitel 1.6. näher eingegangen.

Gemäß § 483 ABGB hat der Dienstbarkeitsberechtigte für die Erhaltung zu sorgen, welche vom Eigentümer zu dulden ist.³⁷ Bei mehreren Berechtigten haben diese gemeinsam für die Erhaltung zu sorgen. Dabei kommt es auf das Verhältnis der Benützung an. Werden die Erhaltungskosten vorerst von einem Berechtigten übernommen, kann dieser verhältnismäßig Kostenersatz begehren.³⁸ Grundsätzlich hat der Dienstbarkeitsberechtigte mit besonderer Vorsicht vorzugehen und auf die Schonung der Substanz zu achten; der Eigentümer der Sache kann allerdings keine spezifischen Maßnahmen verlangen. Wird der Verpflichtete durch die Erhaltungsarbeiten in seinen Rechten verletzt, kann er sich mit einer Klage nach § 523 ABGB wehren.³⁹ Von der allgemeinen Erhaltungspflicht durch den Berechtigten gibt es Ausnahmen. Unter anderem handelt es sich hierbei um dispositives Recht und die Erhaltung kann mit einer abweichenden Vereinbarung geregelt werden.⁴⁰

Der Berechtigte hat sein Recht gemäß § 484 ABGB schonend und ohne jegliche Erweiterung auszuüben. Dabei hat der Berechtigte immer die schonendste Art der Ausübung vorzunehmen, damit der Eigentümer durch die Einräumung der Dienstbarkeit so wenig wie möglich belastet wird. Zudem soll bei der schonenden Ausübung auch auf das Allgemeininteresse Bedacht

³¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 4.

³² Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 482 ABGB Rz 3.

³³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 6.

³⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 472 ABGB Rz 7.

³⁵ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 472 ABGB Rz 3.

³⁶ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/12.

³⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 483 Rz 4.

³⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 483 Rz 3.

³⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 483 Rz 4.

⁴⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 483 Rz 5.

genommen werden, dh beispielsweise durch eine umweltbewusste/umweltfreundliche Ausübung des Dienstbarkeitsrechts.⁴¹ In welchem Ausmaß der Berechtigte die Sache benutzen darf, hängt von dem Titel ab, idR von dem Dienstbarkeitsvertrag, bzw von dem Zweck der Dienstbarkeit zum Einräumungszeitpunkt. Dabei sieht die Rsp den Umfang einer Dienstbarkeit als dynamisch an; womit eine Anpassung der Benützungsort im Hinblick auf die laufende technische Entwicklung zulässig ist.⁴² Bei ersonnenen Dienstbarkeiten ist bedeutend, wie die Benützungsort zu Beginn ausgesehen hat, außer der Verwendungszweck wurde während der Ersitzungszeit eingeschränkt.⁴³

Grundsätzlich ist das Dienstbarkeitsrecht ohne Erweiterung auszuüben. Dabei wird differenziert zwischen gemessenen und ungemessenen Dienstbarkeiten.

Bei ersteren sind die Grenzen des Dienstbarkeitsrechts strikt durch den Titel festgelegt und eine Erweiterung durch den Berechtigten ist stets unzulässig. Möglich ist jedoch eine Einschränkung der vereinbarten Dienstbarkeit durch den Verpflichteten bei einer späteren wesentlichen Umstandsänderung. Es muss eine Interessenabwägung zugunsten des Verpflichteten erfolgen und die Dienstbarkeitsausübung darf nicht erschwert werden.⁴⁴ Die ungemessene Dienstbarkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass das Ausmaß durch den Titel nicht eindeutig festgelegt wird. Somit kann der Inhalt anhand der aktuellen Bedürfnisse des Dienstbarkeitsberechtigten ermittelt werden.⁴⁵ Häufig kommt es vor, dass diese ungemessenen Dienstbarkeiten vor langer Zeit eingeräumt wurden. Die aktuellen Bedürfnisse sind somit anhand einer Auslegung zu bestimmen. Die Schwierigkeit hierbei ist, eine Grenze zu ziehen, welche Erweiterungen noch als zulässig angesehen werden und welche bereits eine unzulässige Mehrbelastung für den Verpflichteten darstellen. Zur Auslegung dient an erster Stelle der Servitutbestellungsvertrag, gefolgt von servitutsspezifischen Auslegungsmaßstäben, wobei gemäß § 484 ABGB auf die Natur und den Zweck der Dienstbarkeit geachtet werden muss.⁴⁶

Obwohl § 484 ABGB jegliche Erweiterungen durch den Berechtigten ausschließt, gibt es Änderungen, die sehr wohl geduldet werden, sofern sie nicht zu einem beachtlichen Nachteil des Verpflichteten führen.⁴⁷ Beispielsweise ist das Befahren eines Radwegs mit einem Segway für zulässig erklärt worden⁴⁸ oder die mechanische Beseitigung von Schnee, wobei die Schneeräumung an die technische Entwicklung angepasst wird.⁴⁹ Allerdings ist nicht jegliche Anpassung an die Technik erlaubt. Insbesondere dann nicht, wenn der Verpflichtete dadurch mehr belastet oder die Bewirtschaftungsart bedeutsam verändert wird. Hierbei ist immer im Einzelfall zu entscheiden. Auch erlaubt wurde unter anderem das Asphaltieren eines Schotterwegs.⁵⁰ Sind Geh- und Fahrrechte nicht auf eine bestimmte Anzahl von berechtigten

⁴¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 3.

⁴² Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 484 ABGB Rz 1.

⁴³ Koch in Bydlinksi/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 484 ABGB Rz 3.

⁴⁴ Prader, Servitutseinschränkung durch Zugangsbeschränkung und Kamera, immolex-LS 2023/34, 117.

⁴⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 11.

⁴⁶ Pittl/Jetzinger, Zulässige Ausdehnung oder unzulässige Erweiterung von Wegeservituten: Wo liegen die Grenzen?, NZ 2020, 368; Pittl, Wegeservituten - Auslegungsfragen in der Praxis, NZ 2013, 74.

⁴⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 13.

⁴⁸ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 484 ABGB Rz 1.

⁴⁹ Prader, Pflicht zur Duldung der Schneeräumung durch den Eigentümer auch bei Verschieben des Schnees über den Dienstbarkeitsbereich, immolex-LS 2021, 76.

⁵⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 14.

Personen begrenzt, stellt es keine unzulässige Erweiterung dar, wenn nunmehr diese Anzahl steigt.⁵¹

Mit einer Eigentumsfreiheitsklage kann der Belastete sein Recht einer unzulässigen Erweiterung durch den Verpflichteten geltend machen.⁵² Auch der Verpflichtete kann eine Servitutenklage gegen eine unzulässige Einschränkung erheben.⁵³

§ 485 ABGB legt unter anderem die Unübertragbarkeit und Unteilbarkeit einer Dienstbarkeit fest. Gemäß § 485 Satz 1 ABGB ist es dem Berechtigten nicht gestattet, ohne die Zustimmung des Verpflichteten die Dienstbarkeit an einen Dritten zu übertragen. Grunddienstbarkeiten können niemals ohne die Zustimmung des anderen von der dienenden oder herrschenden Liegenschaft abgesondert oder übertragen werden.⁵⁴ Möglich ist hingegen eine Umwandlung in eine unregelmäßige persönliche Dienstbarkeit oder mit Zustimmung aller Parteien die Dienstbarkeit auf ein anderes herrschendes Grundstück einzuräumen.⁵⁵

Bei den persönlichen Dienstbarkeiten ist nur das Fruchtgenussrecht übertragbar, nicht hingegen das Gebrauchsrecht. Detailliertere Ausführungen dazu werden in den nachfolgenden Kapiteln dargelegt.

§ 485 Satz 2 ABGB legt die Unteilbarkeit einer Dienstbarkeit fest. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Unteilbarkeit einer Dienstbarkeit selbst oder jener des Grundstücks. Grunddienstbarkeiten sind ausnahmslos unteilbar, allerdings können sie der Ausübung nach eingeschränkt auf bestimmte Grundstücksteile einverleibt werden.⁵⁶

Eine Teilung des Grundstücks ist eine Zerlegung eines einzelnen Grundbuchskörpers in mehrere Teile bzw Parzellen. Dabei kann eine Parzelle ein neuer Grundbuchskörper werden oder einem bereits bestehenden zugeteilt werden. § 3 LiegTeilG beschreibt eine Teilung als jede „*Abschreibung einzelner Bestandteile eines Grundbuchskörpers.*“

Bei einer Teilung des herrschenden Guts bleibt die Dienstbarkeit für alle einzelnen neuen Grundbuchskörper bestehen. Eine entsprechende Vereinbarung, dass die Dienstbarkeit nicht übernommen wird, kann abgeschlossen werden.⁵⁷ Eine Teilung darf aber nicht zu einer Erweiterung der Dienstbarkeit führen und auch nicht zu einer Mehrbelastung der dienenden Liegenschaft. Lediglich bei ungemessenen Dienstbarkeiten ist eine Mehrbelastung denkbar, sofern bei Errichtung des Dienstbarkeitsvertrags darauf Bedacht genommen wurde. Wiederum erlaubt sind geringfügige, bedeutungslose Mehrbelastungen. Alles darüber hinaus kann der Eigentümer mit einer Klage bekämpfen.⁵⁸ Für diesen Vorgang wird gemäß § 9 AllGAG bloß eine von Amts wegen vorgenommene Ersichtlichmachung im Gutbestandsblatt des herrschenden Grundstücks benötigt. Nicht gefordert wird eine grundbücherliche Übertragung oder die Zustimmung des Eigentümers der dienenden Liegenschaft.⁵⁹ Es gilt bei dieser Teilung

⁵¹ Pittl, Wegeservituten - Auslegungsfragen in der Praxis, NZ 2013, 74.

⁵² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 15.

⁵³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 484 ABGB Rz 18.

⁵⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 485 ABGB Rz 3.

⁵⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 485 ABGB Rz 6.

⁵⁶ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 485 ABGB Rz 6.

⁵⁷ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2022) § 844 ABGB Rz 3.

⁵⁸ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2022) § 844 ABGB Rz 4.

⁵⁹ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2022) § 844 ABGB Rz 5.

zu beachten, dass gemäß § 844 ABGB im Falle der Bestellung einer Dienstbarkeit bloß zugunsten einzelner Teile auch allein diesen konkreten Teilen das Recht zukommen kann. Für die übrigen Teile erlischt das Dienstbarkeitsrecht.

Gemäß § 847 ABGB bleibt bei einer Teilung des dienenden Grundstücks das Dienstbarkeitsrecht unberührt und es besteht vollinhaltlich auf allen Trennstücken fort. Allerdings gilt auch hier: wurde die Dienstbarkeit nur für bestimmte Teile bestellt, erlischt das Recht für die übrigen Teilstücke. Für die Teilung wird wiederum keine Einwilligung des Berechtigten vorausgesetzt.⁶⁰

Die vorgenannten Regelungen gelten lediglich für Grunddienstbarkeiten, nicht für persönliche Dienstbarkeiten und § 847 ABGB kommt nicht zur Anwendung. Eine Teilung des belasteten Grundstücks führt zu keiner Änderung der persönlichen Dienstbarkeit und diese ist auf alle Trennstücke zu übertragen.⁶¹

1.4. Erwerb einer Dienstbarkeit

Der Erwerb eines Dienstbarkeitsrechts ist in den §§ 480 ABGB ff geregelt. Dazu wird wie bei allen dinglichen Rechten ein Titel sowie ein Modus benötigt. Meist wird eine Dienstbarkeit auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden bestellt. Allerdings gibt es noch andere Möglichkeiten wie durch letztwillige Verfügungen, durch das Gesetz (zB Ersitzung) oder aufgrund einer hoheitlichen Verfügung.⁶² Wie bereits erwähnt, können Dienstbarkeiten sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich begründet werden.

Für den rechtsgeschäftlichen Erwerb bedarf es eines ausdrücklichen oder konkludenten Vertrages, eines sogenannten Servitutsbestellungsvertrages.⁶³ Der Titel kann auch ein Anerkenntnis, ein Vergleich oder eine letztwillige Verfügung sein.⁶⁴ Zudem ist auch ein gerichtliches Urteil⁶⁵ oder ein Bescheid einer Verwaltungsbehörde⁶⁶ als Titel möglich.

Grundsätzlich ist nur der Eigentümer selbst berechtigt, die Dienstbarkeit einzuräumen. Bei einer Sache, die im Miteigentum mehrerer steht, ist die Zustimmung aller Voraussetzung.⁶⁷

Die Anforderungen an einen konkludenten Dienstbarkeitsbestellungsvertrag sind sehr streng. Es kommt dabei vor allem auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Verpflichteten an; eine bloße Duldung ist nicht ausreichend.⁶⁸

Der Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit ergeben sich aus dem Titel. Allerdings ist für einen späteren Erwerber der dienenden oder herrschenden Liegenschaft die Grundbucheintragung sowie der in der Urkundensammlung befindliche Dienstbarkeitsbestellungsvertrag ausschlaggebend.⁶⁹

⁶⁰ Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2022) § 847 ABGB Rz 3.

⁶¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 485 ABGB Rz 16.

⁶² Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/13.

⁶³ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 480 ABGB Rz 2.

⁶⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 Rz 1.

⁶⁵ Holzer, Mangelnde Bestimmtheit des Umfangs der Dienstbarkeit kann der Eintragung im Grundbuch entgegenstehen, immolex 2022, 434.

⁶⁶ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 480 ABGB Rz 1.

⁶⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 2.

⁶⁸ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 480 ABGB Rz 2.

⁶⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 5.

Eine weitere Voraussetzung ist das Verfügungsgeschäft, dh die dinglich wirkende Einigung, dass eine Dienstbarkeit bestellt werden soll. Hierbei ist zu unterscheiden, ob diese an einer verbücherten Liegenschaft oder an einem Superädifikat eingeräumt werden soll. Bei Liegenschaften wird eine Aufsandungserklärung des Eigentümers der dienenden Liegenschaft benötigt, bei Superädifikaten genügt hingegen eine Einwilligung zur Urkundenhinterlegung.⁷⁰ Letztlich bedarf es für den rechtmäßigen Erwerb einer Dienstbarkeit eines Modus, dh die rechtliche Übergabe und Übernahme. Hierbei gibt es wiederum einen Unterschied zwischen beweglichen Sachen, Superädifikaten und unbeweglichen Sachen.

Bewegliche Sachen gelten als übergeben, wenn dies in einer Form gemäß §§ 426 ff ABGB geschieht, Superädifikate benötigen gemäß § 481 ABGB eine Urkundenhinterlegung und unbewegliche Sachen eine Einverleibung im Grundbuch (im Lastenblatt - C-Blatt - der dienenden Liegenschaft und im Gutbestandsblatt - A2-Blatt - des herrschenden Guts).⁷¹ Von materiell-rechtlicher Bedeutung und somit Voraussetzung für einen rechtswirksamen Erwerb ist lediglich die Eintragung im Lastenblatt der dienenden Liegenschaft.⁷²

Dieser Publizitätsgrundsatz wird dennoch durchbrochen. Dafür gibt es im Grunde folgende Ausnahmen:

- gesetzliche Ausnahmen (zB in Tirol oder für das gesamte Bundesgebiet das ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997),
- offenkundige Dienstbarkeiten oder
- Ersitzung einer Dienstbarkeit.

Die Sonderregel für Tirol ergab sich aus dem RGBI 1897/77 und ist durch das BGBl I 1999/191 heute noch aufrecht. Demnach müssen durch Ersitzung erlangte Felddienstbarkeiten in Tirol nicht in das Grundbuch einverleibt werden. Somit kann es hier nicht zu einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb kommen.⁷³ Diese Sonderregel wird in der Lehre kritisiert. Unter anderem fordert *Limberg*⁷⁴ im Hinblick auf die Verfassungswidrigkeit dieser Sonderregel die Aufhebung. Gemäß § 2 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 hat der Bundesminister für Finanzen die ASFINAG ermächtigt, an allen Bestandteilen bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen ein Fruchtgenussrecht auszuüben. Für die dingliche Wirkung wird gemäß § 3 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 lediglich eine Vertragsunterfertigung benötigt, eine Einverleibung im Grundbuch allerdings nicht.⁷⁵

Offenkundige Dienstbarkeiten beruhen zwar auf einem gültigen Titel, wurden jedoch nicht verbüchert. In diesem Fall muss sowohl der Eigentümer der dienenden Liegenschaft als auch der spätere Erwerber die Dienstbarkeit gegen sich gelten lassen, wenn der Eigentümer diese kannte oder sie offenbar ersichtlich ist.⁷⁶ Für einen lastenfreien Erwerb muss der Erwerber zumutbare Nachforschungen über den Bestand einer Dienstbarkeit vornehmen, widrigenfalls

⁷⁰ *Iro/Riss* in *Bydlinski/Kerschner* (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/16.

⁷¹ *Iro/Riss* in *Bydlinski/Kerschner* (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/17.

⁷² *Prankl/Gruber-Risak* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 481 ABGB Rz 2.

⁷³ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 481 Rz 8.

⁷⁴ *Limberg*, Ersitzung einer Wegedienstbarkeit in Tirol, *immolex* 2014, 327.

⁷⁵ *Zach/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 481 ABGB Rz 3.

⁷⁶ *Zach/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 481 ABGB Rz 4.

kann er nicht gutgläubig lastenfrei erwerben.⁷⁷ Wichtig hierbei ist, dass nicht nur Grunddienstbarkeiten offenkundig sein können, sondern auch persönliche Dienstbarkeiten.⁷⁸

Dienstbarkeiten können darüber hinaus ersessen werden. Die Ersitzung einer Dienstbarkeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln gemäß §§ 1452 ff ABGB. Durch Ersitzung besteht die Gelegenheit, ein Dienstbarkeitsrecht durch langjährige Ausübung im guten Glauben zu erwerben. Vorausgesetzt wird dafür der redliche und echte Besitz, sowie Verlauf der vorgeschriebenen Zeit. Bei der eigentlichen Ersitzung muss der Besitz zudem rechtmäßig sein. Hingegen ist die Rechtmäßigkeit des Besitzes bei einem außerbücherlichen Erwerb von Grunddienstbarkeiten nicht notwendig.⁷⁹

Bei Miteigentum genügt bereits, wenn nur ein Miteigentümer dieses Recht ersitzt.⁸⁰ Dabei muss für den Eigentümer des belasteten Gutes die Benützung der fremden Sache erkennbar sein.⁸¹

Ein Recht kann sowohl an beweglichen als auch unbeweglichen Sachen ersessen werden. Des Weiteren auch an öffentlichem Gut. Bei letzterem entwickelt sich eine privatrechtliche Dienstbarkeit nur dann, wenn die Benützung mit der Absicht erfolgt, ein privates Recht zu begründen, ansonsten spricht man lediglich von Gemeingebrauch.⁸² Für eine solche Ersitzung muss für den Liegenschaftseigentümer erkennbar sein, dass der Ersitzende ein Privatrecht in Anspruch nimmt, welches vom Gemeingebrauch abweicht.⁸³

Ferner dürfen keine Ersitzungsverbote bestehen. Solche sind unter anderem im ForstG, WRG und StarkstromwegeG verankert.⁸⁴ An Nutzungsrechten wie an öffentlichem Wassergut, Fischereirechten an öffentlichen Gewässern, Rechten an Waldgrundstücken zu Erholungszwecken oder Wald- und Weidedienstbarkeiten besteht keine Ersitzungsmöglichkeit.⁸⁵

Gemäß § 1471 ABGB muss bei selten ausgeübten Rechten der Erwerber neben dem Zeitablauf von 30 Jahren auch beweisen, dass innerhalb dieser Zeit dreimal die Möglichkeit der Ausübung bestanden hat und er dieses Recht jedes Mal genutzt hat. Nach Abschluss der Ersitzungszeit ist das Dienstbarkeitsrecht entstanden und muss grundsätzlich nicht im Grundbuch einverleibt werden. Durch die Eintragung wird allerdings gemäß § 1500 ABGB ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb eines Dritten unterbunden. Dem Erwerber der Dienstbarkeit steht die Möglichkeit offen, auf Feststellung zu klagen und die Einverleibung zu begehren.⁸⁶ Der Umfang des ersessenen Dienstbarkeitsrechts besteht nur im Ausmaß der zu Beginn der Ersitzungszeit vorgelegen hat.⁸⁷

⁷⁷ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 481 ABGB Rz 5.

⁷⁸ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 481 ABGB Rz 8.

⁷⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 6.

⁸⁰ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 480 ABGB Rz 5.

⁸¹ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 480 ABGB Rz 6.

⁸² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 7.

⁸³ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 480 ABGB Rz 5.

⁸⁴ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) § 480 ABGB Rz 4.

⁸⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 8.

⁸⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 15.

⁸⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 480 ABGB Rz 16.

Auch eine Gemeinde kann eine Dienstbarkeit zugunsten der Allgemeinheit ersitzen. Dabei reicht bereits aus, wenn die Benützung durch die Gemeindebevölkerung oder Touristen erfolgt, so als würden sie einen der Allgemeinheit zugänglichen Weg nutzen.⁸⁸

Ein Erwerb kraft behördlicher Verfügung ist beispielsweise im Notwegerecht vorgesehen. Fehlt einer Liegenschaft eine Wegverbindung oder ist diese unzulänglich, kann gemäß NWG ein Notweg eingerichtet werden. Die Regelungen des NWG sind allerdings sehr streng auszulegen, da ein Notwegerecht einen schwerwiegenden Eingriff für den Eigentümer darstellt. Zulässig ist ein Notwegerecht immer nur dann, wenn keine andere Möglichkeit besteht, um einen Anschluss zum öffentlichen Wegenetz herzustellen. Dafür ist nicht ausreichend, dass durch den Notweg eine kürzere Verbindung zu dem öffentlichen Wegenetz entsteht. Zudem darf die fehlende Wegverbindung nicht aufgrund auffällender Sorglosigkeit des Grundeigentümers entstanden sein. Eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist die Interessenabwägung zwischen der belasteten und der dienenden Liegenschaft. Der durch das Notwegerecht geschaffene Vorteil muss den Nachteil der belasteten Liegenschaft überwiegen. Des Weiteren darf die Bewirtschaftung und Benützung der belasteten Liegenschaft nicht wesentlich erschwert oder gar ausgeschlossen werden. Das Ausmaß des Notweges richtet sich nach dem Bedürfnis der herrschenden Liegenschaft, wobei darauf geachtet werden muss, dass die dienende Liegenschaft geringstmöglich belastet wird. Der Belastete hat dabei einen Entschädigungsanspruch für alle daraus entstandenen Schäden. Er kann aber auch für die Herstellung einer Weganlage erzwingen, dass der Notwegberechtigte den dafür erforderlichen Grund übernimmt. Hierfür ist für die Berechnung des Entgelts sowohl der Liegenschaftswert als auch die Wertminderung, welche durch die erschwerte Bewirtschaftung des restlichen Grundes entsteht, zu berücksichtigen. Das NWG sieht vor, dass die Sache im Außerstreitverfahren zu entscheiden ist. Dabei wird das Verfahren mit einem Antrag des Eigentümers eingeleitet, welcher den Notweg benötigt, und mit Beschluss entschieden.⁸⁹ Aufzulösen ist das Notwegerecht wiederum auf Antrag durch einen gerichtlichen Beschluss, wenn Hindernisse vorliegen, die eine Bestellung unzulässig machen würden.⁹⁰

1.5. Schutz einer Dienstbarkeit

Wie bereits dargestellt ist eine Dienstbarkeit ein beschränkt dingliches Recht und schützt sowohl vor Eingriffen des Eigentümers als auch von Dritten. Der Dienstbarkeitsberechtigte genießt hierbei zweierlei Schutz. Einerseits ist der Berechtigte Rechtsbesitzer und kann sich mit Besitzklagen oder mit der Servitutsklage (*actio confessoria*) wehren. Andererseits steht dem Eigentümer einer Sache die Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*) zur Verfügung. Beide Klagen finden sich in § 523 ABGB wieder. Allerdings schließt die Einbringung einer Klage die andere mit den identen Parteien und selbem Sachverhalt aus.⁹¹ Aus prozessrechtlicher Sicht spielt eine Einbringung der Klage insbesondere für die Gerichtsanhängigkeit, Streitanhängigkeit und materielle Rechtskraftwirkung eine Rolle. Mit Gerichtsanhängigkeit, dh

⁸⁸ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 480 ABGB Rz 6.

⁸⁹ Wachter in Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht⁴ (2023) 1.2. Dienstbarkeiten, Reallasten und Notwegerecht Kapitel 1.2.8. Notwegerecht.

⁹⁰ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/22.

⁹¹ Sorgo, Aktiv- und Passivlegitimation der Klagen gemäß § 523 ABGB, immolex 2022, 229.

jener Zeitpunkt, zu dem die Klage bei Gericht einlangt, gehen einige prozessuale Wirkungen wie zB *perpetuatio fori* oder die Berechnung des Streitgegenstandswerts, welcher ausschlaggebend für die Zuständigkeit ist, einher.⁹²

Streitanhängigkeit besteht, wenn die Klage dem Beklagten zugestellt wird⁹³ und stellt eine negative Prozessvoraussetzung, ein sogenanntes Prozesshindernis gemäß § 233 ZPO, dar. Ist bereits ein Verfahren streitanhängig und wird eine neuerliche Klage mit Parteien- und Streitgegenstandsidentität eingebracht, darf über letztere keine Sachentscheidung ergehen.⁹⁴ Voraussetzung dafür ist die Parteienidentität, dh im ersten Verfahren sind dieselben parteifähigen Subjekte beteiligt.⁹⁵ Zudem muss Anspruchsidentität vorliegen, dh beide Klagen beinhalten denselben Streitgegenstand (zB eine positive und negative Feststellungsklage).⁹⁶ Zum Streitgegenstand gibt es in Österreich diverse Theorien. Die hA befürwortet den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff. Dieser beinhaltet sowohl das Klagebegehren als auch die Tatsachengrundlage, wobei hier der rechtserzeugenden Sachverhalt zu beachten ist bzw teilweise auch auf den Lebenssachverhalt abgestellt wird.⁹⁷ Eine zweite (idente) Klage ist sohin zurückzuweisen bzw wenn das zweite Verfahren bereits zugange ist, dieses als nichtig aufzuheben ist.⁹⁸

Ebenso stellt die materielle Rechtskraftwirkung ein Prozesshindernis dar. Diese entfaltet eine Einmaligkeits- und Bindungswirkung. Dies bedeutet, dass über dieselbe Sache nur einmal entschieden werden kann und eine neuerliche Entscheidung nicht ergehen kann.⁹⁹ Durch die Bindungswirkung ist der Richter in einem Folgeprozess an die vorangegangene Entscheidung (zu der Hauptfrage) gebunden.¹⁰⁰ Wiederum erstreckt sich die Rechtskraft auf die Parteien (uU auch auf Dritte) und auf den Streitgegenstand.¹⁰¹

1.5.1. *Actio confessoria*

Die *actio confessoria* kann immer dann geltend gemacht werden, wenn in das dingliche Recht tatsächlich eingegriffen wird, dh wenn es zu einer Störung des Dienstbarkeitsrechts kommt. Dafür reicht bereits ein geringfügiger Eingriff aus, sofern dieser dauerhaft vorliegt oder Wiederholungsfahr besteht.¹⁰² Mit dieser Klage kann unter anderem gegenüber dem Eigentümer der dienenden Sache die Feststellung einer Dienstbarkeit oder auch die Einverleibung im Grundbuch begehrt werden. Weiters kann das Klagebegehren auch auf Unterlassung zukünftiger Hinderungen, Beseitigung der bereits erfolgten Störung, Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes und Schadenersatz lauten. Diese Klage kann aber nie erhoben werden, wenn bloß die vorübergehende Benützung nicht möglich ist.¹⁰³

⁹² Scholz-Berger in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON (2023) § 232 ZPO Rz 9.

⁹³ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 712.

⁹⁴ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 485.

⁹⁵ Scholz-Berger in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON (2023) § 233 ZPO Rz 3.

⁹⁶ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 718, 719.

⁹⁷ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 572.

⁹⁸ Scholz-Berger in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON (2023) § 233 ZPO Rz 19.

⁹⁹ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 920.

¹⁰⁰ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 921.

¹⁰¹ *Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ (2021) Rz 922, 923.

¹⁰² Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 3.

¹⁰³ Reiner in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 523 ABGB Rz 3.

Zur Erhebung der Klage legitimiert ist der Dienstbarkeitsberechtigte. Bei mehreren Miteigentümern kann sie bloß von allen gemeinsam eingebracht werden, wenn die Klage die Feststellung oder Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch zum Gegenstand hat. Hingegen kann ein Eigentümer allein die Klage erheben, wenn es sich um eine Störung eines bestehenden Rechts handelt, sofern er damit nicht in das Recht der restlichen Miteigentümer eingreift.¹⁰⁴ Beklagter bei der *actio confessoria* können sowohl der Eigentümer der dienenden Sache als auch ein Dritter sein. Ergibt sich aus dem Klagebegehren die Feststellung einer Dienstbarkeit, kann dies nur den Eigentümer betreffen bzw sämtliche Miteigentümer als einheitliche Streitpartei gemäß § 14 ZPO. Wird der Berechtigte in der Ausübung gestört, dann ist der Störer passivlegitimiert.¹⁰⁵ Die Beweislast trifft dabei immer den Kläger.¹⁰⁶

1.5.2. *Actio negatoria*

Grundsätzlich steht die *actio negatoria* dem Eigentümer zur Bekämpfung einer ungerechtfertigten Beeinträchtigung der Sache zu. Als Beispiel hierfür werden die unzulässige Erweiterung einer Dienstbarkeit sowie jeder sonstiger Eigentumseingriff eines Dritten genannt.¹⁰⁷ Dabei hat die Aktivlegitimation sowohl der Eigentümer als auch der Fruchtnießer und Miteigentümer (Wohnungseigentümer), für den Fall, dass es sich um eine Störung durch Dritte handelt.¹⁰⁸ Beklagter ist bei der *actio negatoria* immer der Störer. Dies kann einerseits der unmittelbare Störer sein, andererseits auch der mittelbare Störer, vorausgesetzt für diesen besteht eine tatsächliche und rechtliche Möglichkeit den Eingriff abzuwenden.¹⁰⁹

Ähnlich wie bei der *actio confessoria* kann auch bei der Eigentumsfreiheitsklage die Feststellung, Wiederherstellung des vorherigen Zustands, Unterlassung zukünftiger Eingriffe und Schadenersatz begehrt werden.¹¹⁰ Auch hier muss der Kläger die Beweise für den ungerechtfertigten Eingriff in sein Eigentum erbringen. Im Gegensatz dazu muss der Beklagte den gerechtfertigten Eingriff, das Wegfallen der Wiederholungsfahr und dass er die Beeinträchtigung nicht unterbinden konnte, beweisen.¹¹¹

1.6. Erlöschen einer Dienstbarkeit

In den §§ 524 ff ABGB wird Näheres zum Erlöschen von Dienstbarkeiten ausgeführt. So erlischt eine Dienstbarkeit nach den allgemeinen Grundsätzen bei Verzicht, Verjährung, vorzeitiger Auflösung aus wichtigem Grund (außerordentliche Kündigung), Zeitablauf und gutgläubigem Erwerb durch einen Dritten. Hinzu kommen noch spezielle Regelungen für das Erlöschen von Dienstbarkeiten, wie der Untergang des dienenden oder herrschenden Gutes, Vereinigung, Enteignung, Zwecklosigkeit und bei den persönlichen Servituten der Tod des Berechtigten.

¹⁰⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 4.

¹⁰⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 5.

¹⁰⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 6.

¹⁰⁷ OGH 5 Ob 22/21b MietSlg 73.068.

¹⁰⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 9.

¹⁰⁹ OGH 5 Ob 22/21b MietSlg 73.068.

¹¹⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 11.

¹¹¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} (2023) § 523 ABGB Rz 16.

1.6.1. Verzicht

Dem Dienstbarkeitsberechtigten steht es jederzeit frei, ohne die Zustimmung des Verpflichteten, auf sein Recht zu verzichten. Wurde dieses Recht mehreren Miteigentümern eingeräumt, so müssen alle darauf verzichten. Dieser Verzicht wird erst mit der Intabulation im Grundbuch gegenüber allen rechtswirksam (vor allem gegenüber Dritten).¹¹² Die Eintragung im Grundbuch kann darüber hinaus durch den Eigentümer der dienenden Liegenschaft erzwungen werden, wenn ein rechtswirksamer Verzicht besteht.¹¹³ Der Zustimmung des Verpflichteten zum Verzicht bedarf es lediglich bei entgeltlichen Dienstbarkeitsvereinbarungen.¹¹⁴ Der Verzicht kann gemäß § 863 ABGB ausdrücklich erklärt werden oder schlüssig erfolgen. Bei einem konkludenten Verzicht sind strenge Maßstäbe heranzuziehen. Grundsätzlich muss ein Verhalten gesetzt werden, das einem eindeutigen Erklärungswert entspricht.¹¹⁵ So kann ein stillschweigender Verzicht vorliegen, wenn sich der Berechtigte nach Gewohnheiten oder Gesetz hätte äußern müssen oder alles darauf hinweist, dass es ernstlich gewollt ist.¹¹⁶ In gewissen Fällen benötigt ein Verzicht auch die Zustimmung einer Behörde beispielsweise bei einer regulierten Dienstbarkeit von der Agrarbehörde.¹¹⁷

1.6.2. Verjährung

Dienstbarkeiten erlöschen einerseits durch Verjährung bei langandauernder Nichtausübung und andererseits durch die sogenannte Freiheitsersitzung (*usucapio libertatis*). Dabei wendet eine Teilausübung die Verjährung des gesamten Rechts ab. Der Nichtgebrauch der Dienstbarkeit muss sich über einen Zeitraum von 30 Jahren erstrecken, damit diese erlischt. In den Fällen des § 1485 ABGB sind dafür 40 Jahre nötig. Bei der sogenannten Freiheitsersitzung tritt gemäß § 1488 ABGB bereits nach drei Jahren die Verjährung ein, sofern sich der Verpflichtete der Ausübung der Dienstbarkeit widersetzt und der Berechtigte sich in diesen drei aufeinanderfolgenden Jahren nicht auf sein Recht beruft.¹¹⁸

1.6.3. Vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund

Das Dienstbarkeitsrecht stellt ein Dauerschuldverhältnis dar und kann somit auch aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden. Allerdings ist die vorzeitige Auflösung bei Dienstbarkeiten aufgrund der Dinglichkeit als *ultima ratio* – „äußerstes Notventil“¹¹⁹ – zu sehen. Dies bedeutet die Gründe für die Auflösung einer Dienstbarkeit müssen gewichtiger sein als jene bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen. Ob ein berechtigter Grund zur vorzeitigen Auflösung vorliegt, muss immer im Einzelfall beurteilt werden und eine Interessenabwägung ist vorzunehmen. In der Praxis zeigt sich, dass die vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund insbesondere beim Fruchtgenussrecht und beim Wohnrecht eine besondere Rolle spielen.¹²⁰

¹¹² Reiner in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 524 ABGB Rz 2.

¹¹³ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 3.

¹¹⁴ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 4.

¹¹⁵ Kolmasch in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 863 ABGB Rz 3.

¹¹⁶ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 5.

¹¹⁷ Merth/Spath in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 524 ABGB Rz 2.

¹¹⁸ Merth/Spath in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 524 ABGB Rz 3.

¹¹⁹ RIS-Justiz RS0018813.

¹²⁰ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 6.

Eine vorzeitige Auflösung kann immer nur derjenige anstreben, welcher nicht allein oder überwiegend den Auflösungsgrund herbeigeführt hat.¹²¹

Ein wichtiger Grund für eine vorzeitige Auflösung kann sein:

- eine Vertragsverletzung,
- Verlust des Vertrauens oder
- eine sonstige erhebliche Veränderung der Umstände.¹²²

1.6.4. Zeitablauf

Beim Erlöschen einer Dienstbarkeit durch Zeitablauf legt § 527 ABGB zwei Fälle fest. Einerseits hat der Verpflichtete selbst nur für eine bestimmte Zeit das Recht daran und andererseits wird die Dienstbarkeit zeitlich befristet. In beiden Fällen stellt der Zeitablauf bloß einen Beendigungsgrund dar, sofern der Berechtigte von dieser Befristung wusste oder bei entsprechender Sorgfalt davon Kenntnis erlangen hätte können.¹²³ Bei Dienstbarkeiten, welche im Grundbuch eingetragen sind, gilt die Befristung nur wenn diese offenbar aus dem Grundbuch zu entnehmen ist oder der Berechtigte auf andere Art und Weise davon Kenntnis erlangt.¹²⁴ § 528 ABGB enthält dazu noch eine Auslegungsregel für eine spezifische Befristung.¹²⁵

1.6.5. Gutgläubiger Erwerb

Das Erlöschen einer Dienstbarkeit aufgrund des gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten ist in § 1500 ABGB festgelegt. Ist eine Dienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen, erlischt sie mit dem Erwerb des dienenden Grundstücks durch einen Dritten. Gutgläubig erwerben kann dieser nur, wenn ihm die Dienstbarkeit unbekannt ist. Zudem darf er konkrete Hinweise nicht missachten, welche darauf hindeuten, dass eine Dienstbarkeit besteht, die nicht im Grundbuch eingetragen ist. Hierbei schadet bereits leichte Fahrlässigkeit. Bei offenkundigen Dienstbarkeiten ist der neue Erwerber sogar zu Nachforschungen verpflichtet. Bei einem Verfahren obliegt ihm die Beweislast.¹²⁶

1.6.6. Zwecklosigkeit

Verliert eine Dienstbarkeit völlig und endgültig ihren Zweck, wird die Ausübung des Rechts dauerhaft unmöglich oder ist die Dienstbarkeit für den Berechtigten gänzlich unwirtschaftlich, erlischt diese. Dies rührt aus dem Grundsatz, dass eine Dienstbarkeit zu einem besseren Nutzen und somit zu einem Gebrauchsvorteil für den Berechtigten verhelfen soll. Allerdings ist der Begriff der völligen Zwecklosigkeit sehr streng auszulegen. Dabei muss die Ausübung dauerhaft unmöglich sein. Bereits ein geringer Vorteil genügt für das Fortbestehen der Dienstbarkeit. Es reicht nicht aus, dass der Nutzen, welcher mit der Dienstbarkeit erreicht

¹²¹ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/49.

¹²² Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 524 ABGB Rz 4.

¹²³ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 527 ABGB Rz 1.

¹²⁴ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) §§ 527–528 ABGB Rz 1.

¹²⁵ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) §§ 527–528 ABGB Rz 2.

¹²⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 11.

werden soll, auf eine andere Art und Weise erzielt wird. Vielmehr muss ein gleichwertiger Ersatz, welcher im Einzelfall festzustellen ist, bestehen, sodass die Dienstbarkeit aufgrund völliger Zwecklosigkeit ex lege erlischt.¹²⁷ Das bloße Ruhen einer Dienstbarkeit, weil das Recht zeitweilig nicht in Anspruch genommen werden kann, ändert nichts am Bestehen des Dienstbarkeitsrechts.¹²⁸

1.6.7. Untergang des dienenden oder herrschenden Gutes

Ein weiterer Grund für das Erlöschen einer Dienstbarkeit kann gemäß § 525 ABGB der Untergang der dienenden oder herrschenden Sache sein. Nicht ausschlaggebend ist dabei ein etwaiges Verschulden.¹²⁹ Dieser Erlöschungsgrund ist sowohl auf die Grunddienstbarkeiten als auch auf die persönlichen Dienstbarkeiten anwendbar.¹³⁰ Dabei ist zu differenzieren zwischen dem endgültigen Untergang der Sache und dem bloß vorübergehenden Untergang. Beim endgültigen Untergang erlischt die Dienstbarkeit, beispielsweise durch die völlige Zerstörung eines Grundstückes.¹³¹ Hingegen erlischt bei dem vorübergehendem Untergang die Dienstbarkeit nicht, sondern lebt mit dem Wieder- oder Neubau erneut auf. Man spricht hier auch von einem Ruhen der Dienstbarkeit.¹³² Dieses darf aber nicht verwechselt werden mit der Nichtausübung durch den Berechtigten. Als Beispiele werden hierfür die Zerstörung eines Hauses, Bau einer neuen Straße und Aussterben von Fischen genannt.¹³³

1.6.8. Vereinigung

Gemäß § 526 ABGB erlischt ein Dienstbarkeitsrecht durch Vereinigung, dh die dienende und die herrschende Sache stehen im Eigentum derselben Person bzw bei persönlichen Dienstbarkeiten wird der Berechtigte zum neuen Eigentümer.¹³⁴ Diesfalls kann der Eigentümer die Dienstbarkeit aus dem Grundbuch löschen lassen. Wird allerdings keine Löschung vorgenommen, so bleibt die Dienstbarkeit als Buchservitut bestehen und die Dienstbarkeit ruht lediglich.¹³⁵ Durch einen neuen Erwerber wird die Dienstbarkeit in diesem Fall wiederhergestellt.¹³⁶ Der OGH wendet § 526 ABGB auch auf nicht verbücherte, offenkundige Dienstbarkeiten an, allerdings ist dies nach hM nur zulässig, wenn die Dienstbarkeit vor der Vereinigung bereits bestanden hat.¹³⁷

1.6.9. Tod des Berechtigten

In § 529 ABGB wird eine Sonderregel für persönliche Dienstbarkeiten statuiert, welche mit dem Tod des Berechtigten erlöschen, hingegen nicht mit dem Tod des Verpflichteten.¹³⁸ Dies

¹²⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 524 ABGB Rz 13.

¹²⁸ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 524 ABGB Rz 6.

¹²⁹ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 525 ABGB Rz 1.

¹³⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 525 ABGB Rz 1.

¹³¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 525 ABGB Rz 4.

¹³² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 525 ABGB Rz 7.

¹³³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 525 ABGB Rz 8 – 10.

¹³⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 526 ABGB Rz 2.

¹³⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 526 ABGB Rz 4.

¹³⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 526 ABGB Rz 5.

¹³⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 526 ABGB Rz 7.

¹³⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 529 ABGB Rz 2.

gilt sowohl für die gewöhnlichen persönlichen Dienstbarkeiten als auch für die unregelmäßigen Dienstbarkeiten.¹³⁹ Mit dem Tod einer natürlichen Person gleichzusetzen ist die Vollbeendigung einer juristischen Person.¹⁴⁰ Hingegen führt eine Abspaltung, Verschmelzung oder Umgründung einer Gesellschaft nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit.¹⁴¹ Bei mehreren Berechtigten der Dienstbarkeit, ist auf den Titel zu achten. Je nachdem kommt es zu einer teilweisen Erlöschung oder Anwachsung. Fehlt eine solche Vereinbarung, gilt bei einem Fruchtgenussrecht die Anwachsung, hingegen kommt es beim Gebrauchsrecht zum Erlöschen.¹⁴²

Demgegenüber kann das Dienstbarkeitsrecht gemäß § 529 zweiter Satz ABGB auf die Erben ausgedehnt werden. Dies muss ausdrücklich im Dienstbarkeitsbestellungsvertrag erfolgen, eine namentliche Bezeichnung im Grundbuch ist nicht nötig.¹⁴³ Fehlt eine Regelung wieweit diese Ausdehnung gilt, sind Zweifelsfalls lediglich die ersten gesetzlichen Erben berechtigt.¹⁴⁴ Auch für den Fall, dass der Berechtigte im Testament andere Personen als die gesetzlichen Erben vorgesehen hat, werden dennoch diese begünstigt. Schranken für die Nacherbschaft bezüglich einer Familie werden in § 612 ABGB festgelegt.¹⁴⁵

¹³⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 529 ABGB Rz 3.

¹⁴⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 529 ABGB Rz 4.

¹⁴¹ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 529 ABGB Rz 4.

¹⁴² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 529 ABGB Rz 6.

¹⁴³ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 529 ABGB Rz 2.

¹⁴⁴ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) § 529 ABGB Rz 2.

¹⁴⁵ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 529 ABGB Rz 1.

2. Einteilung der Dienstbarkeiten

Im folgenden Kapitel wird näher auf die einzelnen Unterteilungen der Dienstbarkeiten eingegangen und die besonderen Merkmale werden dargestellt.

Wie bereits zuvor angeführt, können Dienstbarkeiten in Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten eingeteilt werden. Grunddienstbarkeiten können wiederum in Felddienstbarkeiten und Hausdienstbarkeiten unterteilt werden. Bei den persönlichen Dienstbarkeiten wird differenziert zwischen Gebrauchsrecht, Fruchtgenuss und Wohnungsrecht. Eine Unterscheidung und Abgrenzung ist vor allem wichtig für die Anwendung der verschiedenen Rechtsvorschriften. Lediglich wenige Gesetze sind einheitlich für alle Dienstbarkeiten zu verwenden.¹⁴⁶

In der nachfolgenden Abbildung ist die Einteilung der Dienstbarkeiten veranschaulicht.

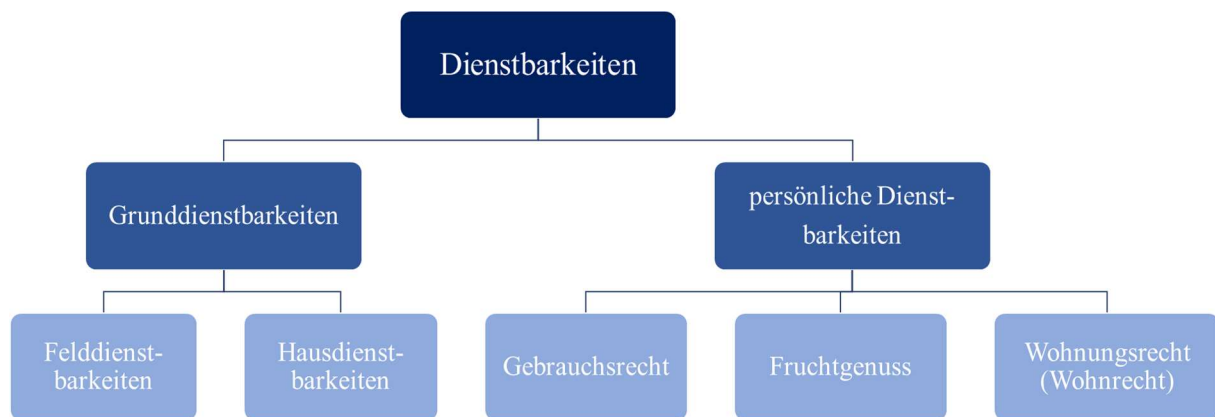


Abbildung 1: Übersicht Einteilung der Dienstbarkeiten

2.1. Grunddienstbarkeiten

Gemäß § 473 ABGB versteht man unter einer Grunddienstbarkeit (auch Realservitut, Prädialservitut) eine Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer Liegenschaft, zu der vorteilhafteren und bequemerem Benützung dieser. Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, kann Gegenstand einer Grunddienstbarkeit immer nur eine unbewegliche Sache sein. Vorausgesetzt werden zwei Grundstücke, wobei das Eigentum an der dienenden Liegenschaft eingeschränkt und an der herrschenden Liegenschaft erweitert oder gefördert wird. Mangelt es an einer dieser Eigenschaften, sind die Merkmale einer Grunddienstbarkeit nicht gegeben.¹⁴⁷ Zudem ist die Nützlichkeit und Bequemlichkeit für die herrschende Liegenschaft Voraussetzung für eine Grunddienstbarkeit. Diese muss stets einer Liegenschaft zugutekommen und darf sich nicht auf den persönlichen Nutzen des Eigentümers dh nicht auf eine bestimmte Person, beziehen.¹⁴⁸ Das Utilitätserfordernis ist hierbei nicht streng; lediglich bei einem absoluten Nichtbestand eines Vorteils, kann keine Grunddienstbarkeit bestehen.¹⁴⁹ Auszuschließen ist eine Grunddienstbarkeit nur bei absolutem Fehlen eines Vorteils oder wenn

¹⁴⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 Rz 3.

¹⁴⁷ RIS-Justiz RS0011546.

¹⁴⁸ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 473 ABGB.

¹⁴⁹ Koch in Bydliniski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 473 ABGB Rz 2.

die Dienstbarkeit zwecklos wird.¹⁵⁰ Wenn eine Dienstbarkeit zwecklos wird, erlischt sie. Dafür reicht nicht aus, dass der Berechtigte durch eine Alternative zu seinem Grund gelangt. Allerdings können diverse Zugangsmöglichkeiten einen gleichwertigen Ersatz darstellen und somit erlischt die Dienstbarkeit.¹⁵¹ Zudem sind Grunddienstbarkeiten in der Regel unteilbar.¹⁵² Neben dem Vorteil der Bodennutzung gibt es zusätzlich andere Begünstigungen, die Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein können. Dies sind beispielsweise ein Unternehmen, ein Gewerbe, eine Anlage, das Baurecht oder ein Baderecht, welches jeweils mit der Liegenschaft verbunden ist.¹⁵³ Grunddienstbarkeiten können auch wechselseitig eingeräumt werden, wie beispielsweise bei dem sogenannten Cottage-Servitut.¹⁵⁴

Aus diesen Ausgangspunkten für eine Grunddienstbarkeit lässt sich schlussfolgern, dass eine gewisse Nähe zwischen der dienenden und herrschenden Liegenschaft bestehen muss, damit das Recht auch ausgeübt werden kann. Dabei wird die unmittelbare Nachbarschaft nur bei Hausdienstbarkeiten gefordert, nicht aber bei Felddienstbarkeiten.¹⁵⁵

Der Unterschied zwischen Haus- und Felddienstbarkeiten rührt daher, ob das herrschende Grundstück für landwirtschaftliche Zwecke oder einem anderweitigen Gebrauch dient.¹⁵⁶

2.1.1. Hausdienstbarkeiten

Die Hausdienstbarkeiten werden im Gesetz in den §§ 475 ff ABGB angeführt. § 475 ABGB regelt die bejahenden Hausdienstbarkeiten, bei welchen der Eigentümer des dienenden Guts Einwirkungen von seinem Nachbarn dulden muss. Beispielsweise wird angeführt, dass der Rauch durch den Schornstein des Nachbarn abgeführt oder das Regenwasser abgeleitet werden kann. § 476 ABGB legt die verneinenden Hausdienstbarkeiten fest. Dabei wird dem Belasteten aufgetragen, bestimmte bauliche Maßnahmen zu unterlassen.¹⁵⁷ Angeführt werden unter anderem, dass das Haus nicht erhöht werden darf oder dass dem herrschenden Gebäude weder Licht, Luft noch Aussicht genommen werden darf. Die §§ 475 und 476 ABGB enthalten eine bloß demonstrative Aufzählung. Im Grunde können alle Nutzungsrechte, die zum Vorteil einer Liegenschaft dienen, eine Grunddienstbarkeit darstellen.¹⁵⁸

2.1.2. Felddienstbarkeiten

Das ABGB zählt die Felddienstbarkeiten wiederum demonstrativ in den §§ 477 ff ABGB auf. Beispielsweise geregelt sind Wegdienstbarkeiten, Wasserschöpfrechte, das Recht des Viehtriebs, Fahrrechte, Weidrechte, Forstnutzungsrechte, Jagdrechte oder Fischereirechte. Heutzutage am relevantesten und am weitverbreitetsten sind Wegerechte sowie das Leitungsrecht für Strom- und Wasserleitungen. Nicht im ABGB angeführt, aber von besonderer Bedeutung ist gegenwärtig das Recht der Schiabfahrt. Dies kann dann eine Grunddienstbarkeit darstellen, wenn der Schiliftbetreiber gleichzeitig Eigentümer der Liegenschaft ist, auf welcher

¹⁵⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 Rz 5.

¹⁵¹ Klausegger, Grunddienstbarkeit (2023) Lexis Briefings in lexis360.at.

¹⁵² Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 473 ABGB Rz 3.

¹⁵³ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 473 ABGB Rz 6.

¹⁵⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 Rz 5.

¹⁵⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 473 Rz 8.

¹⁵⁶ Klausegger, Grunddienstbarkeit (2023) Lexis Briefings in lexis360.at.

¹⁵⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 476 ABGB Rz 1.

¹⁵⁸ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 475 ABGB Rz 1.

sich der Lift befindet und dieser mit den Eigentümern der Liegenschaften, auf welchen die Schiabfahrten entlangführen, einen Servitutsvertrag abschließt.¹⁵⁹

2.2. Persönliche Dienstbarkeiten

Persönliche Dienstbarkeiten gemäß § 473 ABGB sind im Gegensatz zu den Grunddienstbarkeiten nicht mit einer Liegenschaft verbunden. Träger des Dienstbarkeitsrechts und somit Adressat dieses Vorteils ist eine bestimmte Person. Die Einteilung der persönlichen Dienstbarkeiten ist wie in Abbildung 1 dargestellt. Diese Auflistung der persönlichen Dienstbarkeiten im Gesetz ist taxativ und somit eine abschließende Aufzählung.¹⁶⁰ Sowohl das Gebrauchsrecht als auch das Fruchtgenussrecht werden im ABGB eigens angeführt und geregelt, nicht hingegen das Wohnungsrecht. Dieses kann sowohl als Wohnungsgebrauch oder Wohnungsfruchtgenuss bestehen, je nachdem ob es ausschließlich für den persönlichen Bedarf vorgesehen ist oder nicht. Dies ist immer im Einzelfall zu eruieren.¹⁶¹

2.2.1. Gebrauchsrecht

Gemäß § 504 ABGB ist das Gebrauchsrecht das Recht, eine fremde Sache ohne Substanzverletzung zum persönlichen Bedarf zu nutzen.

Grundlegend für das Gebrauchsrecht ist, dass zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten der Inhalt über die Dienstbarkeit frei vereinbart werden kann.¹⁶² Die Regelungen dazu sind dispositiv, dh Inhalte wie Entgeltlichkeit, Veräußerung oder Vererbung können individuell festgelegt werden.¹⁶³ Gegenstand des Gebrauchsrechts können sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen, sowie verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen (zB Liegenschaften) sein. Auch an Superädifikaten kann ein Gebrauchsrecht eingeräumt werden.¹⁶⁴ Bei verbrauchbaren Sachen zählt allerdings gemäß § 510 ABGB deren Wert. So ist nach Ende des Gebrauchs eine Sache gleicher Gattung zurückzugeben bzw der Schätzwert zu erlegen.¹⁶⁵

Aus § 504 ABGB ergeben sich die zwei Hauptmerkmale des Gebrauchsrechts. Die fremde Sache darf bloß für die persönlichen Bedürfnisse verwendet werden. Ferner wird vorgesehen, dass dies ohne Substanzverletzung zu erfolgen hat, dh die Substanz der Sache darf nicht beeinträchtigt werden.

Der Gebrauch bloß zu seinem Bedürfnisse bedeutet, dass nur der Berechtigte dieses Recht ausüben kann. Berechtigte können hierbei auch juristische Personen sein. In concreto bedeutet dies, dass der Berechtigte nach hM nicht berechtigt ist, sein Gebrauchsrecht an einen Dritten zu übertragen.¹⁶⁶ Im Gegensatz dazu kann ein Fruchtgenussrecht (Kapitel 3.) sehr wohl an einen Dritten übertragen werden. Beim Gebrauchsrecht ist somit eine Vermietung oder Verpachtung an einen Dritten, die sonstige Überlassung der Sache oder eine Zwangsvollstreckung in das Gebrauchsrecht ohne das Einvernehmen des Eigentümers gesetzeswidrig.¹⁶⁷

¹⁵⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 477 ABGB Rz 9.

¹⁶⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 478 Rz 1.

¹⁶¹ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 478 ABGB.

¹⁶² Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 504 ABGB Rz 2.

¹⁶³ Merth/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 504 ABGB Rz 1.

¹⁶⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 504 Rz 3.

¹⁶⁵ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/31.

¹⁶⁶ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/32.

¹⁶⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 507 Rz 3.

Die Benutzung der Sache hat dabei unter Schonung der Substanz zu erfolgen. Somit ist eine Veränderung der Sache grundsätzlich nicht erlaubt. Inwieweit die Sache vom Berechtigten gebraucht werden darf, hängt von der Vereinbarung ab. Hervorzuheben ist allerdings, dass eine natürliche Abnutzung durch den ordnungsgemäßen Gebrauch nicht dem Berechtigten zuzurechnen ist.¹⁶⁸ Ist es dem Gebrauchsberechtigten nicht möglich, sein Recht auszuüben, so ist für diese Zeit das Servitut einzustellen. Auch hier gilt, dass währenddessen das Recht nicht ohne dem Einverständnis des Eigentümers an einen Dritten eingeräumt werden kann.¹⁶⁹ Nebst dem persönlichen Gebrauch wird auch eine Fruchtziehung gebilligt, abermals ausschließlich für den persönlichen Gebrauch.¹⁷⁰

Für die Einräumung eines Gebrauchsrechts braucht es wiederum einen Titel und einen Modus. Allerdings kann das Gebrauchsrecht nicht verbüchert werden.¹⁷¹ § 505 ABGB regelt den Umfang des Gebrauchsrecht. Interessant ist dabei die Regelung, wenn das Gebrauchsrecht zugunsten von mehreren eingeräumt wird. Grundsätzlich kann frei vereinbart werden, ob jeder Berechtigte einzeln das Recht nutzen kann oder nur nach seinen Anteilen. Dies ist immer im Einzelfall auszulegen. Erneut stellt sich die Frage der Auslegung beim Tod eines Berechtigten, inwieweit die übrigen noch die Dienstbarkeit nutzen können. Zweifelsfalls mindert sich das Gebrauchsrecht auf den Bedarf der Überlebenden.¹⁷²

Nachdem der Umfang des Gebrauchsrechts festgelegt wurde, muss der genaue Zeitpunkt, der für die Bestimmung des Umfangs maßgeblich ist, eruiert werden. Gemäß § 506 ABGB liegt dieser Zeitpunkt für gemessenen Dienstbarkeiten bei Bestellung des Gebrauchsrechts. Für ungemessenen Dienstbarkeiten ist immer auf die aktuellen Bedürfnisse zu achten.¹⁷³ Bei nachträglichen Veränderungen des Umfangs darf der Berechtigte vor allem bei einer Erweiterung nicht willkürlich vorgehen.¹⁷⁴ Allerdings zählen hierzu lediglich unvorhersehbare Veränderungen der maßgebenden Umstände.¹⁷⁵ Somit kann auch ein Familienmitglied oder ein Pfleger im Krankheitsfall in der Wohnung, die zum Gebrauch überlassen wurde, aufgenommen werden.¹⁷⁶ Die Zulässigkeit der Aufnahme von weiteren Personen ist immer im Einzelfall zu überprüfen. Der Personenkreis ist dabei allerdings sehr klein zu halten.¹⁷⁷ Hingegen wird bei ungemessenen Dienstbarkeiten auf die aktuellen Bedürfnisse abgestellt, was eine umfangmäßige Einschränkung des Gebrauchsrechts bei Abnahme der persönlichen Bedürfnisse zur Folge haben kann.¹⁷⁸

¹⁶⁸ Reiner in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 507 ABGB Rz 1.

¹⁶⁹ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 507 Rz 4.

¹⁷⁰ Reiner in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 504 ABGB Rz 2.

¹⁷¹ Reiner in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 504 ABGB Rz 3.

¹⁷² Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 505 Rz 3.

¹⁷³ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 506 Rz 1.

¹⁷⁴ OGH 2 Ob 301/02g MietSlg 54.057.

¹⁷⁵ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 506 Rz 3.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0011848.

¹⁷⁷ RIS-Justiz RS0011776.

¹⁷⁸ Memmer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 506 Rz 4.

Der Eigentümer kann zeitgleich mit dem Gebrauchsberechtigten die Sache nutzen, sofern dadurch das Gebrauchsrecht nicht gestört wird. Konkret bedeutet dies, dass die Benutzung durch den Eigentümer nicht dem Gebrauchsrecht widersprechen darf.¹⁷⁹

Grundsätzlich hat der Eigentümer für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen bzw den Zustand aufrechtzuerhalten, den die Sache bei Einräumung des Gebrauchsrechts aufweist. Allerdings wird dies dadurch beschränkt, dass die Kosten, welche dem verbleibenden Nutzen des Eigentümers hinausgehen, vom Berechtigten zu tragen sind.¹⁸⁰ Ist eine Renovierung für die Instandhaltung nötig, so sind dem Gebrauchsberechtigten die Kosten für eine alternative Wohnmöglichkeit zu ersetzen bzw hat der Eigentümer die durch den Verbleib in dem Gebrauchsgegenstand entstandene Mehrkosten zu begleichen.¹⁸¹

Führt allerdings der Berechtigte eine Instandhaltung durch, die der Eigentümer vornehmen hätte müssen, wird § 1097 ABGB angewandt.¹⁸²

2.2.2. Fruchtgenussrecht

Das Fruchtgenussrecht, auch Fruchtnießung oder usus fructus genannt, ist in den §§ 509 ff ABGB geregelt. Da sich die vorliegende Diplomarbeit auf das Fruchtgenussrecht spezialisiert, wird in Kapitel 3. näher darauf eingegangen und bei dieser Auflistung lediglich zur Vollständigkeit angeführt.

2.2.3. Wohnungsrecht

Das Wohnungsrecht gemäß § 521 ABGB kennt zwei verschiedene Arten den bewohnbaren Teil eines Hauses zu gebrauchen. Entweder ist es als Gebrauchsrecht oder als Fruchtgenussrecht ausgestaltet. Von Gebrauch spricht man, wenn die Nutzung auf den persönlichen Bedarf abzielt. Wird das Wohnungsrecht aber jemandem ohne Einschränkungen eingeräumt, so stellt es ein Fruchtgenuss dar. Dementsprechend sind je nach Vorliegen eines Gebrauchsrechts oder Fruchtgenussrechts, die jeweiligen gesetzlichen Normen anzuwenden. Welches Recht genau vorliegt, ergibt sich aus dem Titel und ist immer im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln¹⁸³, wobei im Zweifel ein Gebrauchsrecht angenommen wird.¹⁸⁴

Ein charakteristisches Merkmal für das Wohnungsrecht ist der Versorgungszweck. Somit ist das Wohnungsrecht im Zweifel ein höchstpersönliches Recht.¹⁸⁵ Das Wohnungsrecht kann entweder als Dienstbarkeit eingeräumt werden oder als obligatorisches Wohnungsrecht, dh ohne dingliche Wirkung. Sofern das Recht gegenüber jedermann wirken soll und dies den äußeren Umständen nach erkennbar ist, stellt das Wohnungsrecht eine Dienstbarkeit dar. Wird das dingliche Recht bestritten, trifft gemäß § 479 Satz 2 ABGB denjenigen die Beweislast, der behauptet, dass bloß ein obligatorisches Recht vorliegt. Voraussetzungen für die Begründung eines Wohnungsrechts mit dinglicher Wirkung sind somit ein Titel und eine Eintragung im Grundbuch, sowie die Parteienabsicht ein dingliches Recht einräumen zu wollen.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 504 ABGB Rz 5.

¹⁸⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 508 Rz 4.

¹⁸¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 508 Rz 6.

¹⁸² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 508 Rz 7.

¹⁸³ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/39.

¹⁸⁴ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 521 ABGB Rz 1.

¹⁸⁵ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 521 ABGB Rz 1.

¹⁸⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 4.

Sowohl bei dem Wohnungsfruchtgenuss als auch bei dem Wohnungsgebrauchsrecht ist eine Einverleibung in das Grundbuch möglich.¹⁸⁷ Wurde das Wohnungsrecht nicht im Grundbuch intabuliert, stellt sich die Frage, inwieweit der Berechtigte geschützt ist. Der spätere Erwerber der dienenden Liegenschaft muss das Wohnungsrecht anerkennen, wenn er davon wusste oder es sich um eine offenkundige Dienstbarkeit handelt. Allerdings ist es bei persönlichen Dienstbarkeiten oft schwierig, deren Bestand zu erkennen, weshalb der OGH die Offenkundigkeit persönlicher Dienstbarkeiten lediglich bei Streitigkeiten innerhalb Familien und Nachbarn bejaht hat.¹⁸⁸ Wie bereits erwähnt, hängt es von der Parteienabsicht ab, ob eine Dienstbarkeit oder bloß ein obligatorisches Wohnungsrecht eingeräumt werden soll. Dies spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn das Wohnungsrecht nicht verbüchert wurde. Zweifelsfalls ist ein obligatorisches Wohnungsrecht zu vermuten. Auf das obligatorische Wohnungsrecht sind die Regelungen der nicht verbücherten Dienstbarkeiten nicht anzuwenden und nur die Parteien sind daran gebunden.¹⁸⁹ Weiters kann eine Wohnung aber auch vermietet oder verliehen werden. Ob eine Dienstbarkeit eingeräumt wurde, ein schuldrechtliches Wohnungsrecht oder ein sonstiger Vertrag vorliegt, ergibt sich wiederum aus der Parteienabsicht. Der Unterschied liegt in der Dinglichkeit, in der zeitlichen Begrenzung des Wohnungsrechts und unter Umständen auch in der Unentgeltlichkeit. Neben dem Wohnungsrecht kann nicht gleichzeitig für dieselbe Wohnung und idente Person ein Bestandrecht vorliegen.¹⁹⁰

Davon abzugrenzen sind die familienrechtlichen Wohnverhältnisse, welche aufgrund familienrechtlicher Verpflichtungen bestehen. Das familienrechtliche Wohnverhältnis erlischt dann, wenn auch der familienrechtliche Anspruch (zB zwischen Eltern und Kindern) entfällt.¹⁹¹

Gemäß § 521 ABGB sind Gegenstand des Wohnungsrechts die bewohnbaren Teile eines Hauses. Somit kann dies ein gesamtes Objekt samt Nebenräume und zugehöriger Außenfläche sein, aber auch einzelne Gebäuderäume. Auch an einem Objekt, welches noch nicht gebaut wurde, kann bereits ein Wohnungsrecht vereinbart werden.¹⁹² Diesfalls könnte der Anwendungsbereich des BTVG eröffnet sein. Das BTVG ist anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des § 1 BTVG vorliegen. Darin wird eine Vorleistungspflicht des Erwerbers festgelegt. Dieser muss „*vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als 150 Euro pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 2 Abs. 7 und § 7 WEG 2002) an den Bauträger oder an Dritte entrichten*“. Daraus resultiert, dass nicht für alle Bauträgerverträge das BTVG anzuwenden ist.¹⁹³

Hingegen kann an land- oder forstwirtschaftlich genutzten Liegenschaften kein Wohnungsrecht eingeräumt werden.¹⁹⁴ Steht die Liegenschaft im Miteigentum mehrerer, bedarf es für ein rechtlich wirksames Zustandekommen des Wohnungsrechts die Zustimmung aller Miteigentümer, widrigenfalls das Wohnungsrecht gegenüber der restlichen Miteigentümer nicht

¹⁸⁷ *Reiner* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 521 ABGB Rz 1.

¹⁸⁸ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 5.

¹⁸⁹ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 6.

¹⁹⁰ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 7.

¹⁹¹ *Iro/Riss* in *Bydlinski/Kerschner* (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/40.

¹⁹² *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 10.

¹⁹³ *Böhm/Höllwerth* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg) GeKo Wohnrecht III (2023) § 1 BTVG Rz 3.

¹⁹⁴ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 11.

gilt. Zudem kann das Wohnungsrecht ausschließlich an der gesamten Sache eingetragen werden und nicht allein am ideellen Teil der Liegenschaft¹⁹⁵, mit der Ausnahme vom Wohnungseigentum. Hierbei kann der Wohnungseigentümer an seinem Anteil sehr wohl ein Wohnungsrecht begründen.¹⁹⁶

Wie bereits vorgeannt kann das Wohnungsrecht als Gebrauch oder als Fruchtgenuss ausgestaltet werden, wobei dies immer im Einzelfall auszulegen ist. Im Streitfall ist ein Wohnungsgebrauchsrecht anzunehmen, sofern nur eine einzelne Wohnung überlassen wird. Hingegen stellt es einen Wohnungsfruchtgenuss dar, wenn eine gesamte Liegenschaft inklusive Haus oder mehrere Wohnungen überlassen werden.¹⁹⁷ Allerdings kann dies nicht vereinheitlicht werden. Beispielsweise judizierte der OGH, dass selbst bei einem Haus, welches lediglich über ein bebaute Fläche von circa 72,60 m² verfügt, ein Gebrauchsrecht vorliegt.¹⁹⁸ Demgegenüber sprach er sich aber für ein Fruchtgenussrecht aus, wenn eine Wohnung mit einer Fläche von 160 m² einer alleinstehenden Frau in Form einer Dienstbarkeit überlassen wird.¹⁹⁹

Gemäß § 522 ABGB steht dem Eigentümer der Liegenschaft das Recht zu, alle restlichen Teile, welche nicht dem Wohnungsberechtigten eingeräumt wurden, weiterhin zu benützen und darüber zu verfügen.²⁰⁰ Zudem ist der Eigentümer befugt, die nötige Aufsicht über sein Haus zu wahren. Von diesem Recht darf nur im Ausmaß des Notwendigen Gebrauch gemacht werden (zB für Kontrollen des Bauzustands).²⁰¹

Wie alle Dienstbarkeiten erlischt auch das Wohnungsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen. Allerdings sind einige Ausnahmen zu beachten. Beim Erlöschungsgrund der völligen Zwecklosigkeit ist wichtig, dass ein bloß vorübergehender Nichtgebrauch nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit führt. Beispielsweise führt auch eine dauerhafte Heimunterbringung nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit.²⁰² Bei der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund sind unter anderem der mehrmalige Zahlungsverzug des Berechtigten oder die Verweigerung des Hauszutritts für den Liegenschaftserwerber Kündigungsgründe.²⁰³

2.3. Abgrenzung

Eine Abgrenzung von Grunddienstbarkeit und persönlicher Dienstbarkeit spielt besonders für das Beenden bzw Erlöschen einer Dienstbarkeit eine Rolle. Da eine persönliche Dienstbarkeit einer bestimmten Person einen Vorteil verschafft, endet diese spätestens mit dem Tod dieser Person und das Recht ist grundsätzlich nicht übertragbar. Allerdings kann dieses Recht auf die Erben erstreckt werden. Bei den Grunddienstbarkeiten erstreckt sich das Dienstbarkeitsrecht immer auf den jeweiligen Eigentümer der herrschenden Liegenschaft und geht mit der Veräußerung der Liegenschaft auf den neuen Erwerber über.²⁰⁴

¹⁹⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 12.

¹⁹⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 13.

¹⁹⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 14.

¹⁹⁸ RIS-Justiz RS0011818.

¹⁹⁹ OGH 13.05.1987, 1 Ob 585/87.

²⁰⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 522 Rz 1.

²⁰¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 522 Rz 2.

²⁰² Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 521 ABGB Rz 5.

²⁰³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 Rz 25.

²⁰⁴ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 473 ABGB.

Neben der Differenzierung in Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten nennt das Gesetz gemäß § 479 ABGB die Möglichkeit, dass eine Grunddienstbarkeit einer Person allein, unabhängig vom Eigentum an einem Grundstück, zugestanden werden kann. Es handelt sich diesfalls um sogenannte unregelmäßige Dienstbarkeiten. Diese unregelmäßigen Servitute werden näher in Kapitel 4. dargestellt.

3. Der Fruchtgenuss

Der Fruchtgenuss, oft auch als Fruchtnießung, Nießbrauch oder usus fructus bezeichnet, gehört zu den persönlichen Dienstbarkeiten und ist in § 509 ABGB geregelt:

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

Beim Fruchtgenuss handelt es sich um ein beschränktes dingliches Recht, bei welchem dem Fruchtnießer beinahe alle Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse des Eigentümers übertragen werden.²⁰⁵ Der Fruchtnießer ist somit berechtigt, die Sache annähernd unbeschränkt zu gebrauchen, jedoch darf die Substanz nicht geschädigt werden. Der wesentliche Unterschied zum Gebrauchsrecht wird bereits hier erkenntlich. Wie der Wortlaut des § 509 ABGB besagt, handelt es sich beim Fruchtgenussrecht um ein Recht „ohne alle Einschränkungen“. Das Gebrauchsrecht ist hingegen auf den persönlichen Bedarf beschränkt.

3.1. Gegenstand

Gegenstand des Fruchtgenussrechts kann jede unverbrauchbare, sowohl bewegliche als auch unbewegliche, fremde Sache sein. Dies können sowohl Liegenschaften – bei welchen für die Begründung eines Fruchtgenussrechts die Eintragung im Grundbuch oder Urkundenhinterlegung notwendig ist²⁰⁶ Unternehmen oder Vermögen sein.²⁰⁷ Aber auch ein Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen²⁰⁸ oder Forderungen²⁰⁹ ist möglich.

Bei Liegenschaften kann sich das Fruchtgenussrecht auf ideelle oder räumlich beschränkte Teile derselben begrenzen, was aber dennoch zu einer Belastung der gesamten Liegenschaft führt.²¹⁰ Zudem kann ein Fruchtgenussrecht auch an einem Miteigentumsanteil begründet werden, selbst wenn damit Wohnungseigentum verbunden ist. Dabei kommen dem Fruchtnießer anstelle des Miteigentümers dieselben Rechte zu. Im Verhältnis zu den übrigen Miteigentümern besteht eine Rechtsgemeinschaft, wobei die Regelungen einer Eigentumsgemeinschaft anzuwenden sind.²¹¹

Im Gegensatz zu den unverbrauchbaren Sachen können verbrauchbare Sachen nach dem Wortlaut des § 509 ABGB grundsätzlich nicht Gegenstand eines Fruchtgenussrechts sein. Allerdings ist gemäß § 510 ABGB ein sogenannter uneigentlicher Fruchtgenuss möglich. Wird an einer verbrauchbaren Sache eine Fruchtnießung eingeräumt, geht diese Sache in das Eigentum des Fruchtnießers über, dh der Fruchtnießer kann die Sache verbrauchen und nach Belieben damit verfahren. Dieser uneigentliche Fruchtgenuss ist somit kein beschränkt dingliches Recht. Gegenstand ist damit nie die Sache selbst, sondern der Wert der Sache.²¹² Dies bedeutet, dass bei Beendigung des Rechts lediglich der Wert der Sache, welchen sie bei

²⁰⁵ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 1.

²⁰⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 7.

²⁰⁷ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 2.

²⁰⁸ Klampfl, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23.

²⁰⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 4.

²¹⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 5.

²¹¹ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 5.

²¹² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 510 ABGB Rz 3.

der Bestellung hatte²¹³, zu vergelten ist. Alternativ kann eine Sache gleicher Gattung und Menge²¹⁴ zurückgestellt werden. Allerdings gibt es hierbei unterschiedlichste Meinungen, ob am Wortlaut des § 510 ABGB festzuhalten ist und tatsächlich lediglich der Wert zu ersetzen ist, oder ob auch eine Rückerstattung einer Sache erlaubt ist.²¹⁵

Wird hingegen gemäß § 510 Satz 3 ABGB an bereits angelegtem Kapital ein Fruchtgenussrecht eingeräumt, hat der Berechtigte nur das Recht auf die daraus entstehenden Erträge bzw Zinsen. Hierbei spricht man ebenfalls von einem eigentlichen Fruchtgenuss.²¹⁶ E contrario ist bei unverzinslichen Forderungen § 510 Satz 3 ABGB nicht anzuwenden.²¹⁷

3.2. Erwerb und Auflösung

Wie für alle Dienstbarkeitsrechte wird auch für den Fruchtgenuss ein rechtswirksamer Titel benötigt. Damit daraus ein dingliches Recht entsteht, muss bei Liegenschaften wiederum die Einverleibung im Grundbuch bzw eine Urkundenhinterlegung vorgenommen werden. Widrigenfalls verliert der Fruchtnießer sein Recht mit der Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber und ihm steht lediglich ein Ersatz des Schadens gegenüber dem Veräußerer zu. Bis zur Grundbucheintragung ist es als obligatorisches Recht zu sehen.²¹⁸

Der Umfang des Fruchtgenussrechts ergibt sich grundsätzlich aus der Parteienvereinbarung. Die Rechte des Fruchtnießers können dabei beinahe denen des Eigentümers gleichkommen.²¹⁹ Fehlt eine solche, sind die gesetzlichen Bestimmungen heranzuziehen.²²⁰

Das Fruchtgenussrecht erlischt grundsätzlich wie alle Dienstbarkeiten (siehe Kapitel 1.6.). Bezüglich des Fruchtgenussvertrages gibt es einige Besonderheiten zu beachten. Unter anderem kann auch ein Fruchtgenussvertrag aus wichtigen Gründen aufgelöst werden. Diese müssen jedoch schwerwiegend sein. Ferner kann ein verbüchertes Fruchtgenussrecht (basierend auf einem Vertrag) bei wesentlicher Pflichtverletzung vorzeitig aufgelöst werden.²²¹

In jüngster Zeit wird auch das Fruchtgenussrecht für mehrere Generationen diskutiert. Möglich könnte dies durch Vererbung und Verbücherung eines Fruchtgenussrechtes sein. Dazu führt *Verweijen*²²² aus, dass dies nicht denkbar sei. Allerdings kann das Fruchtgenussrecht mehreren Personen nacheinander mit unterschiedlichen Anfangsterminen eingeräumt werden. Dabei sind die Regelungen des § 612 ABGB anzuwenden. Sind die Berechtigten zum Zeitpunkt des Ablebens noch nicht geboren, begrenzt sich das Recht bei unbeweglichen Sachen auf den ersten Rechtsnachfolger, bei beweglichen Sachen auf zwei.

²¹³ *Reiner* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 510 ABGB Rz 1.

²¹⁴ *Koch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) § 510 ABGB Rz 1.

²¹⁵ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 510 ABGB Rz 3.

²¹⁶ *Koch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) § 510 ABGB Rz 2.

²¹⁷ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 510 ABGB Rz 6.

²¹⁸ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 7.

²¹⁹ *Koch* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 509 ABGB Rz 4.

²²⁰ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 16.

²²¹ *Illedits*, Fruchtgenuss (2023) Lexis Briefings in lexis360.at.

²²² *Verweijen*, Fruchtgenuss für mehrere Generationen, immo aktuell 2020, 156.

3.3. Rechte und Pflichten des Fruchtnießers und Eigentümers

Der Fruchtniesser ist als Rechtsbesitzer anzusehen, dh ihm stehen alle Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu, die sonst nur einem Eigentümer selbst zukommen. Dies bedeutet, dass sich seine Stellung gegenüber Dritten annähernd mit der des Eigentümers deckt.²²³ Der Fruchtniesser kann nach seinem freien Willen die Sache selbst verwenden, in Bestand geben und ihm gebühren die Erträge. Dem Eigentümer bleiben lediglich Rechte vorbehalten, die das Fruchtgenussrecht nicht beeinträchtigen.²²⁴ Folglich kann dieser die Sache verkaufen oder belasten, nicht aber ein kollidierendes Nutzungsrecht ausüben oder einem Dritten gewähren.²²⁵ Es besteht auch die Möglichkeit ein zusätzliches Fruchtgenussrecht an derselben Sache einzuräumen, wenn dieses nicht mit dem bereits bestehenden kollidiert. Bei etwaigen unvereinbaren Überschneidungen ist das Prioritätsprinzip ausschlaggebend.²²⁶

Im Rahmen der Verwaltung kann der Berechtigte sowohl Bestandsverträge abschließen, sein Recht übertragen und Eingriffe in sein Recht abwehren.

Mit dem Abschluss des Fruchtgenussrechts zwischen dem Eigentümer der Sache und dem Fruchtniesser tritt dieser in bereits aufrechte Bestandsverträge ein und macht anstelle des Eigentümers die Rechte und Pflichten aus dem Bestandsverhältnis geltend. Dem Eigentümer der Sache selbst verbleiben nur noch wenige Rechte und Pflichten, die er geltend machen kann.²²⁷ Dabei muss der Mieter vom Bestandgeberwechsel nicht informiert werden. Darüber hinaus darf der Eigentümer auch keinen Bestandsvertrag mehr abschließen, der erst gelten soll, wenn bereits das Fruchtgenussrecht besteht.²²⁸

Im gegenteiligen Fall – bei Beendigung des Fruchtgenussrechts – übernimmt der Eigentümer die vom Fruchtniesser abgeschlossenen Miet- und Bestandsverträge.²²⁹ Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass ein Hauptmietvertrag vom Fruchtniesser nur bei einem Fruchtgenussrecht auf einer ganzen Liegenschaft abgeschlossen werden kann, nicht hingegen, wenn bloß eine im Wohnungseigentum stehende Wohnung Gegenstand des Fruchtgenussrechts ist.²³⁰ Allerdings ist der Eigentümer der Sache an keine Übernahme von Bestandsverträgen gebunden, welche vom Fruchtniesser grob rechtsmissbräuchlich abgeschlossen wurden oder falls er seine Befugnis überschritten hat.²³¹

Ab dem Zeitpunkt der Fruchtgenusseinräumung stehen dem Fruchtniesser exklusive Rechte zu. Unter anderem bezieht dieser alle Erträge aus dem Bestandsvertrag, kann das Bestandsverhältnis auflösen, die Räumungsklage einbringen, bestimmte Änderungen am Objekt vornehmen oder sogar den Mietzins nach den gesetzlichen Bestimmungen anheben.²³²

²²³ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 1.

²²⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 3.

²²⁵ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/34.

²²⁶ Koch in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023) zu § 509 ABGB Rz 4.

²²⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 12.

²²⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 511 ABGB Rz 9.

²²⁹ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 8.

²³⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 10.

²³¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 13.

²³² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 11.

Wie bereits erwähnt, ist das Fruchtgenussrecht nach hA ein übertragbares Recht. Hierbei kann differenziert werden zwischen:

- Übertragung der Ausübung nach:

Darunter versteht man ein Unter- oder Afterfruchtgenussrecht. Die Übertragbarkeit wurde für zulässig erklärt²³³, während über die Eintragung dieses Rechts im Grundbuch noch nicht abschließend judiziert wurde.²³⁴

- Übertragung der Substanz nach:

Der neue Fruchtgenussberechtigte erlangt alle Rechte und Pflichten auch gegenüber dem Eigentümer. Hierfür braucht es die Zustimmung aller Beteiligten, sodann kann die Verbücherung im Grundbuch vorgenommen werden.²³⁵

Allerdings kann ein Fruchtgenussberechtigter nie mehr Rechte übertragen, als ihm selbst zustehen. Somit erlöscht die Dienstbarkeit auch bei der Übertragung spätestens mit dem Tod des ehemaligen Fruchtgenussberechtigten.²³⁶

Wird das Recht des Fruchtnießers beeinträchtigt, so wird er dem Eigentümer gleichgesetzt und er ist berechtigt eine Klage gemäß § 523 ABGB einzubringen. Essenziell ist hierbei, dass diese ab dem Zeitpunkt der Begründung des Fruchtgenussrechts ausschließlich vom Fruchtnießer erhoben werden kann, nicht aber vom Eigentümer.²³⁷ Diesem steht nur in Ausnahmefällen die Berechtigung zu.²³⁸

Gemäß § 511 ABGB hat der Fruchtgenussberechtigte Anspruch auf den vollen Ertrag, sowohl auf den gewöhnlichen und ungewöhnlichen, soweit dieser innerhalb der ordentlichen Wirtschaftsführung liegt und nicht auf Raubbau oder außergewöhnlichen Naturereignissen basiert.²³⁹ Zudem darf der Ertrag auf keiner Änderung der vorgegebenen Bewirtschaftungs- oder Widmungsart beruhen.²⁴⁰ Ungewöhnlich ist ein Ertrag immer dann, wenn dieser nicht regelmäßig erzielt wird.²⁴¹ Der Ertrag aus dem Fruchtgenussrecht geht bereits mit der Absonderung der Früchte in das Eigentum des Fruchtnießers über.²⁴² Dabei handelt es sich allerdings um dispositives Recht, dh zwischen den Parteien kann eine Vereinbarung über den Ertrag getroffen werden.²⁴³

Festgehalten werden kann, dass der Fruchtnießer Anspruch auf den Ertrag hat. Dazu muss zusätzlich § 512 ABGB näher betrachtet werden. Dort ist nämlich von einem reinen Ertrag die Rede, sprich von jenem Betrag der übrig bleibt, wenn alle nötigen Auslagen abgezogen wurden.

²³³ RIS-Justiz RS0011626; RIS-Justiz RS0011715.

²³⁴ Holzner, Dingliche (Voll-)Übertragung beim Fruchtgenussrecht nur mit Zustimmung aller Beteiligten, JBl 2014, 318.

²³⁵ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 6.

²³⁶ RIS-Justiz RS0011619; RIS-Justiz RS0011715.

²³⁷ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 509 ABGB Rz 11.

²³⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 15.

²³⁹ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/33.

²⁴⁰ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 511 ABGB Rz 2.

²⁴¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 511 ABGB Rz 2.

²⁴² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 511 ABGB Rz 4.

²⁴³ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 511 ABGB Rz 2.

Hierbei werden gleichzeitig die Pflichten bzw die Lasten des Fruchtniebers angeführt. Allgemein ergeben sich die Pflichten des Fruchtniebers aus §§ 512 bis 517 ABGB. Diese regeln insbesondere Lasten, die Erhaltung und die Bauführung iZm dem Fruchtgenuss.

Aus § 512 ABGB lassen sich grundsätzlich alle Kosten, welche der Fruchtnießer im Allgemeinen zu tragen hat, entnehmen:

- privatrechtliche Lasten (zB Zinsen aus einer Hypothek oder Reallast, nicht aber die Tilgung des Kapitals),
- öffentlich-rechtliche Abgaben, welche auf die dienende Sache zufallen (zB Steuern und Abgaben) und
- Kosten, die zur Erzielung der Früchte dienen.²⁴⁴

Sind Lasten bereits im Entstehungszeitpunkt des Fruchtgenussrechts vorhanden, so sind diese verhältnismäßig auf den Eigentümer und den Fruchtnießer zu verteilen. Demgegenüber hat der Fruchtnießer alle nach Einräumung des Fruchtgenussrechts entstehenden Lasten zur Gänze selbst zu tragen.²⁴⁵ Wichtig anzumerken ist hierbei, dass der Fruchtnießer für seine Lasten allerdings nur gegenüber dem Eigentümer haftet, nicht aber allfälligen anderen Gläubigern. Dementsprechend kann auch eine Vereinbarung der Schuldübernahme abgeschlossen werden.²⁴⁶

Für den Erhalt und die Instandhaltung der Sache ist gemäß § 513 ABGB der Fruchtnießer verantwortlich. Anzumerken ist, dass es sich um dispositives Recht handelt²⁴⁷ und somit die vorgesehenen Vorschriften durch eine Parteienvereinbarung abgeändert werden können.

Mangels anderslautender Vereinbarung ist der Fruchtnießer verpflichtet, die Sache so zu erhalten, wie er sie übernommen hat und muss darauf achten, dass sich der Zustand dieser nicht verschlechtert. Grundsätzlich darf er auch Veränderungen, die im ordentlichen Wirtschaftsbetrieb bleiben, vornehmen. Jedoch nicht solche, die das Wesen der dienenden Sache umgestalten (zB die Umgestaltung von einem Wald zu einer Schottergrube).²⁴⁸ Demgegenüber dürfen Änderungen, die den Grundsatz der Substanzschonung beachten, das Fruchtgenussrecht nicht erweitern und die Bewirtschaftungsart aufrechterhalten, ohne Zustimmung des Eigentümers der dienenden Sache vorgenommen werden.²⁴⁹ Beispielsweise wurde für zulässig erklärt, dass ein Fruchtnießer eines Hauses einem Mieter die Umgestaltung gemäß § 18 MG (heute MRG) ohne die Zustimmung des Eigentümers erlauben kann bzw ist es ihm erlaubt, solche Änderungen selbst vorzunehmen.²⁵⁰

Zur Instandhaltungspflicht gehören auch laufende Ausbesserungen, Ergänzungen und Instandsetzungsarbeiten. Allerdings ist der Fruchtnießer nicht verpflichtet, grundlegende

²⁴⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 512 ABGB Rz 4 – 10.

²⁴⁵ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/35.

²⁴⁶ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 512 ABGB.

²⁴⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 1.

²⁴⁸ Iro/Riss in Bydlinski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/34; Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 3.

²⁴⁹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 3.

²⁵⁰ RIS-Justiz RS0011865.

Erneuerungs- oder Wiederherstellungsarbeiten vorzunehmen.²⁵¹ Es stellt sich daher die Frage, wer die Kosten für solche Verbesserungen zu tragen hat. Ist eine Parteienvereinbarung vorhanden, so ist diese ausschlaggebend für die Kostentragungspflicht.²⁵² Bei Nichtvorliegen einer Abmachung und Verletzung der Substanz kann der Eigentümer die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen, sofern dies möglich ist.²⁵³ Der Fruchtnießer kann für seine Ausbesserung nur Kostenersatz verlangen, wenn der Eigentümer durch diese einen überwiegenden Vorteil erlangt.²⁵⁴

Im Zusammenhang mit § 513 ABGB wird auch häufig von einer ordentlichen Wirtschaftsführung („guter Haushälter“) gesprochen, woraus auch eine Versicherungspflicht des Fruchtnießers rührt. Nach hA muss der Fruchtnießer einen Teil des Ertrags für eine ausreichende Versicherung aufwenden.²⁵⁵ Der Fruchtnießer ist allerdings nicht für verkehrübliche Abnutzungen verantwortlich und er haftet auch nicht für Beschädigungen Dritter oder den zufälligen Untergang. Jedoch trifft ihn dafür die Beweislast.²⁵⁶

Die Höhe der Erhaltungskosten ist begrenzt. Für die eingesetzten Ausgaben muss der Ertrag aus der dienenden Sache genügen. Den fehlenden Restbetrag hat der Eigentümer zu übernehmen und ist nicht mit den Mitteln des Fruchtnießers zu bezahlen.²⁵⁷

Bei einem Verstoß gegen die Erhaltungspflicht wird der Fruchtnießer nicht sanktionslos gehalten. Dem Eigentümer stehen dabei verschiedene Instrumente zur Verfügung. Er kann:

- eine Sicherstellung verlangen (zB der Fruchtnießer hat eine Kautionsleistung zu leisten),
- Klage auf Unterlassung erheben,
- sein Recht auf Wiederherstellung geltend machen oder
- Schadenersatz fordern.²⁵⁸

Neben der Erhaltung der Sache wird im Gesetz auch die Bauführung in den §§ 514 bis 516 ABGB detailliert geregelt. Dabei ist zwischen notwendiger und nützlicher Bauführung zu differenzieren.

Notwendige Bauführungen, dh über die Erhaltung hinausgehende Maßnahmen, sind weder vom Eigentümer noch vom Fruchtnießer verpflichtend vorzunehmen, beide sind aber dazu ermächtigt. Übernimmt der Eigentümer die Bauführung und damit anfallende Kosten, muss der Fruchtnießer diesem die Kosten für damit einhergehende Verbesserungen ersetzen. Wird die notwendige Bauführung vom Fruchtnießer übernommen, kann dieser bei Beendigung des Fruchtgenussrechts vom Eigentümer Kostenersatz verlangen.²⁵⁹ Allerdings ist der Fruchtnießer gegenüber dem Eigentümer zur Anzeige verpflichtet. Bei Erfüllung dieser Anzeigepflicht sind

²⁵¹ Erhaltungspflicht des Fruchtnießers, OGH 10 Ob 85/11i immolex-LS 2012, 36.

²⁵² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 517 ABGB Rz 3.

²⁵³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 517 ABGB Rz 4.

²⁵⁴ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 517 ABGB Rz 2.

²⁵⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 6.

²⁵⁶ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 7.

²⁵⁷ Iro/Riss in Bydliniski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/36; Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 513 ABGB Rz 1.

²⁵⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 513 ABGB Rz 10 – 16.

²⁵⁹ Iro/Riss in Bydliniski/Kerschner (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 15/36.

ihm die Kosten wie einem redlichen Besitzer zu vergüten²⁶⁰. Kommt er dieser nicht nach, gebührt ihm lediglich der Aufwandsersatz wie einem Geschäftsführer ohne Auftrag.²⁶¹ Wird die notwendige Bauführung von keinem der beiden vorgenommen, kann der Fruchtnießer eine Kompensation für die verminderte Nutzungsmöglichkeit begehren.²⁶²

Nützliche Bauführungen, auch nicht notwendige Bauführungen, kann der Eigentümer immer von sich aus vornehmen, selbst gegen den Willen des Fruchtnießers.²⁶³ Kommt es bei der Bauführung zu einer Beeinträchtigung des Fruchtnießers, kann dieser eine Entschädigung geltend machen. Allerdings kann er nie zu einem Kostenersatz für die nützliche Bauführung herangezogen werden.²⁶⁴ Tätigt der Fruchtnießer hingegen solche Maßnahmen ohne Zustimmung des Eigentümers wird er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt und der Eigentümer kann die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen.²⁶⁵

Zu guter Letzt ist noch zu klären, was mit den Früchten nach Beendigung des Fruchtgenussrechts geschieht. Hierfür ist § 519 ABGB ausschlaggebend. Alle abgesonderten Früchte, die bis zur Beendigung entstanden sind, gehören dem Fruchtnießer oder seinen Erben.²⁶⁶ Hiervon ausgenommen sind Früchte, welche zur Weiterführung des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs benötigt werden. Diese sind dem Eigentümer zu überlassen.²⁶⁷ Die restlichen Früchte, sogenannte stehende Früchte, sind dem Eigentümer zu übergeben. Dem Fruchtnießer gebührt dafür aber einen Aufwandsersatz bis zum aktuellen Wert der Früchte. Für die zivilen Früchte ist die Dauer des Fruchtgenussrechts entscheidend und nicht die Fälligkeit.²⁶⁸

Wie bereits erwähnt, enden die vom Fruchtnießer abgeschlossenen Bestandsverträge nicht automatisch mit dem Ende des Fruchtgenussrechts. Der Eigentümer tritt in diese Verträge ein und sie enden nach den allgemeinen Bestimmungen.

3.4. Das Fruchtgenussrecht im Vergleich

3.4.1. Abgrenzung zum Gebrauchsrecht

Der Inhalt des Fruchtgenuss- und des Gebrauchsrechts ist grundsätzlich ident. Sie unterscheiden sich dadurch, dass die zum Gebrauch dienende Sache ausschließlich persönlich verwendet werden darf und dieses Recht nicht auf andere übertragen werden kann. Das Gebrauchsrecht ist somit auf den persönlichen Nutzen beschränkt und umfasst nicht auch das Verwaltungsrecht. Daraus ergibt sich, dass es dem Gebrauchsberechtigten nicht gestattet ist, die Sache in Bestand zu geben und dass die Sache aufgrund dessen nicht vermietet und verpachtet werden kann. Beim Gebrauchsrecht sind die Sache und die Früchte jeweils nur für den Eigenbedarf vorgesehen. Bei der Fruchtziehung ergibt sich wieder ein Unterschied. Beim

²⁶⁰ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 516 ABGB Rz 6.

²⁶¹ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 516 ABGB Rz 7.

²⁶² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 516 ABGB Rz 8.

²⁶³ Zach/Spath in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 516 ABGB Rz 3.

²⁶⁴ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 516 ABGB Rz 1.

²⁶⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 516 ABGB Rz 10.

²⁶⁶ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 519 ABGB Rz 1.

²⁶⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 519 ABGB Rz 3.

²⁶⁸ Reiner in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 519 ABGB Rz 1.

Gebrauch steht dem Berechtigten das Eigentum der Früchte erst mit Perzeption zu, dem Fruchtgenussberechtigten hingegen bereits mit Absonderung.²⁶⁹

3.4.2. Abgrenzung zur Reallast

Das ABGB kennt das Rechtsinstitut der Reallast nicht. Dieses ist über die Jahre hinweg durch die Rsp²⁷⁰ und Lehre entstanden.²⁷¹ Dabei handelt es sich um ein dingliches Recht an einer Liegenschaft, wobei sich der Eigentümer dem Berechtigten gegenüber zu einem wiederkehrenden, positiven Tun verpflichtet.²⁷² Darin unterscheidet sich die Reallast auch vom Fruchtgenussrecht. Bei letzterem kann ein positives Tun nie Hauptgegenstand sein.²⁷³

3.4.3. Abgrenzung zum Leasingvertrag

Auch den Begriff des Leasingvertrags kennt das Gesetz nicht. Zwischen einem Leasingvertrag und dem Fruchtgenussrecht sind grundsätzlich Übereinstimmungen erkennbar, aber Leasing kann nicht als echter Fruchtgenuss gewertet werden. Vielmehr wird es als Innominatkontrakt, dh ein nicht vom Gesetz geregelter Vertrag, angesehen werden, wobei ein Dauerschuldverhältnis eigener Art erschaffen wird.²⁷⁴

3.5. Wohnungsfruchtgenuss

Das Wohnungsrecht kann einerseits als Gebrauchsrecht, andererseits als Fruchtgenussrecht ausgestaltet werden. Wie bereits erörtert, ist das Fruchtgenussrecht weitfassender als das Gebrauchsrecht, da der Fruchtgenuss nicht auf den persönlichen Bedarf beschränkt ist. Beim Wohnungsfruchtgenuss kann der Berechtigte die bewohnbaren Teile eines Hauses für sich benützen, aber auch an Dritte weitergeben. Der Wohnungsfruchtnießer kann dabei an einer Liegenschaft einen Hauptmietvertrag abschließen.

Dies gilt nicht beim Wohnungseigentum. Der OGH hat unter anderem in seiner Entscheidung 5 Ob 221/18p oder auch 8 Ob 75/20t ausgesprochen, dass ein Fruchtnießer bei einer Wohnung im Wohnungseigentum lediglich einen Untermietvertrag abschließen kann. Dies begründet er mit dem § 2 Abs 1 und Abs 2 MRG. Laut dieser Bestimmung kann ein Hauptmietvertrag immer nur mit dem Eigentümer oder Fruchtnießer eines ganzen Hauses geschlossen werden. Steht der Mietgegenstand im Wohnungseigentum, kann die Hauptmiete ausschließlich mit dem Eigentümer geschlossen werden. Durch § 2 Abs 2 MRG wird zusätzlich verdeutlicht, dass ein Untermietvertrag vorliegt, wenn ein Mietvertrag mit einer nicht in Abs 1 erwähnten Person geschlossen wird.

Dies wurde in der Lehre kritisiert. *Böhm/Prader* merken an, dass der Fruchtnießer an einer gesamten Liegenschaft beinahe dieselben Rechte wie ein Eigentümer hat und diesen auch repräsentiert. Hingegen ist die Schlechterstellung eines bloßen Wohnungsfruchtnießers nie wirklich begründet worden. Der Fruchtnießer an einer Wohnung im Wohnungseigentum

²⁶⁹ *Reiner* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 504 ABGB Rz 4.

²⁷⁰ OGH 7 Ob 578/80 NZ 1981, 35; *Hoyer*, OGH 5 Ob 81/97s NZ 1998 (GBSlg), 87; RIS-Justiz RS0012192.

²⁷¹ *Iro/Riss* in *Bydlinski/Kerschner* (Hrsg), Sachenrecht⁷ (2019) Rz 16/1.

²⁷² RIS-Justiz RS0116184.

²⁷³ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 509 ABGB Rz 8.

²⁷⁴ OGH 4 Ob 2074/96w MietSlg XLVIII/20.

unterscheidet sich somit kaum vom Gebrauchsberechtigten, obwohl ihm aufgrund des Fruchtgenussrechts zusätzliche Vorteile zu gewähren sind.²⁷⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine im Wohnungseigentum stehende Wohnung von einem Fruchtnießer bloß untervermietet werden kann und nur der Eigentümer einen Hauptmietvertrag abschließen kann. Daraus ergibt sich unter anderem auch die Rechtsfolge, dass nach Beendigung des Fruchtgenussrechts der Eigentümer den Bestandsvertrag nicht übernehmen muss.²⁷⁶

²⁷⁵ *Böhm/Prader*, Kein Hauptmietrecht bei Vermietung durch den Wohnungseigentumsfruchtnießer, *immolex* 2019, 129.

²⁷⁶ *Memmer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 521 ABGB Rz 22.

4. Unregelmäßige Dienstbarkeiten

Wie bereits ausgeführt, kennt das Gesetz eine Differenzierung zwischen Grunddienstbarkeiten und persönliche Dienstbarkeiten, je nachdem ob der Vorteil dem jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft oder einer bestimmten Person eingeräumt wird. Gemäß § 479 ABGB gibt es auch die Möglichkeit, dass eine Grunddienstbarkeit einer Person allein zugestanden werden kann, die sogenannten unregelmäßigen Dienstbarkeiten. § 479 ABGB besagt:

„Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein; oder, es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloß auf Widerruf zugestanden werden. Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermutet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob.“

Wenngleich § 479 ABGB nur von Grunddienstbarkeiten, die einer Person allein zugestanden werden können, spricht, wurden bereits vor einigen Jahren vom OGH die persönlichen Dienstbarkeiten als Grunddienstbarkeit für zulässig erklärt.²⁷⁷ Heutzutage können somit die unregelmäßigen Dienstbarkeiten nach stRsp²⁷⁸ ohne Zweifel unterteilt werden in unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten und unregelmäßige Grunddienstbarkeiten.

Auch diese Entscheidung zur Zulässigkeit von unregelmäßigen Dienstbarkeiten stößt auf Kritik. Call²⁷⁹ fürchtet, dass das Rechtsinstitut der unregelmäßigen Dienstbarkeit dadurch überdehnt wird und als Lückenfüller/Lückenbüßer verwendet wird. Er spricht hier von einem „juristischen Notnagel“.

Die vorliegende Arbeit „Der Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit“ will genau dieses Thema näher behandeln. Das Fruchtgenussrecht ist an sich eine persönliche Dienstbarkeit, kann aber auch als Grunddienstbarkeit einverleibt werden. Im folgenden Kapitel wird näher erörtert, wie diese unregelmäßigen Dienstbarkeiten geregelt werden und welche Besonderheiten sie aufweisen.

Der OGH judiziert, dass unregelmäßige Dienstbarkeiten gegenüber den gewöhnlichen Dienstbarkeiten kein *minus* darstellen, sondern, dass es sich dabei um ein *aliud* handelt. Begründet wird dies mit der Verschiedenartigkeit der anzuwendenden Rechtssätze.²⁸⁰ Zudem kann eine unregelmäßige Dienstbarkeit gleichzeitig neben einer inhaltsgleichen gewöhnlichen Dienstbarkeit bestehen und im Grundbuch einverleibt werden.²⁸¹

Grundlegend stellen unregelmäßige Dienstbarkeiten nicht den Regelfall dar und sind lediglich in Ausnahmefällen zu begründen.²⁸²

²⁷⁷ OGH 5 Ob 130/92 JBl 1993, 580.

²⁷⁸ RIS-Justiz RS0011621.

²⁷⁹ Call, (Un-)Zulässiger Inhalt unregelmäßiger Dienstbarkeiten zugunsten eines Bundeslandes, wobl 1992, 129.

²⁸⁰ OGH 12.03.1958, 5 Ob 54/58.

²⁸¹ Rassi in Kodek, Grundbuchsrecht² (2016) § 12 GBG Rz 73; OGH 15.05.2001, 5 Ob 95/01h.

²⁸² Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,05} (2023) § 5 ABGB Rz 22.

4.1. Beweislast

§ 479 Satz 2 ABGB regelt die Beweislast für das Bestehen einer unregelmäßigen Dienstbarkeit. Die Feststellung, ob im konkreten Fall eine regelmäßige oder unregelmäßige Dienstbarkeit vorliegt, ist anhand einer Vertragsauslegung zu ermitteln. Im Zweifel ist aber von der Natur des Servituts auszugehen und eine regelmäßige Dienstbarkeit anzunehmen. Allerdings kann diese Rechtsvermutung widerlegt werden, indem das Vorliegen einer unregelmäßigen Dienstbarkeit bewiesen wird.²⁸³

4.2. Unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten

Unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten sind dem Inhalt nach Grunddienstbarkeiten, die aber nicht zum Vorteil eines jeweiligen Liegenschaftseigentümers dienen sollen, sondern einer bestimmten Person eingeräumt werden. Nach dem Gesetzeswortlaut können sowohl natürliche als auch juristische Personen in Frage kommen, uU sogar „jedermann“. Zum Beispiel kann an einem öffentlichen Gut eine unregelmäßige Dienstbarkeit nicht ausdrücklich einer Person eingeräumt werden, sondern „jedermann“.²⁸⁴

Inhalt einer unregelmäßigen persönlichen Dienstbarkeit kann alles sein, das auch zur Begründung einer Grunddienstbarkeit zulässig ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob es in den §§ 473 bis 477 ABGB enthalten ist, denn diese Aufzählung im Gesetz ist nicht erschöpfend.²⁸⁵ Vielmehr kommt es darauf an, ob der Vorteil zur bequemeren Benützung eines jeweiligen Liegenschaftseigentümers dient (§ 473 ABGB) oder ob gemäß § 472 ABGB ein Eigentümer verpflichtet ist, etwas zum Vorteil eines anderen zu dulden oder zu unterlassen.²⁸⁶

In der Praxis vorkommende Beispiele für unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten sind:

- Wasserbezugsrecht,²⁸⁷
- Geh- und Wegerecht,²⁸⁸
- Holzschlägerungsrecht,²⁸⁹
- Baderecht,²⁹⁰
- Leitungsrechte netzbetreibender Versorgungsunternehmen,²⁹¹
- Fischereirecht²⁹².

In den obgenannten Fällen werden diese Rechte immer einer bestimmten Person eingeräumt und dienen nicht zur vorteilhafteren und bequemeren Nutzung einer Liegenschaft.

²⁸³ Regelmäßige Dienstbarkeit; Rechtsvermutung, OGH 6 Ob 83/18a bbl 2018, 197.

²⁸⁴ *Merth/Spath in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB, Rz 2.

²⁸⁵ *Hofmeister* 5 Ob 87/91 NZ 1992 (GBSlg), 276.

²⁸⁶ OGH 5 Ob 83/09f NZ 2010, 90.

²⁸⁷ OGH 1 Ob 77/13z MietSlg 65.059.

²⁸⁸ *Kolmasch*, Keine Eintragung des Wegerechts bei Unklarheit über Charakter als Personal- oder Realservitut, Zak 2019, 335.

²⁸⁹ RIS-Justiz RS0015019.

²⁹⁰ OGH 5 Ob 40/06b Zak 2006, 231.

²⁹¹ *Merth/Spath in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB Rz 3.

²⁹² *Merth/Spath in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB Rz 3.

Von großer Bedeutung in der Praxis sind vor allem unregelmäßige Dienstbarkeiten zugunsten einer Gemeinde. Wird eine solche eingeräumt, ist die Allgemeinheit berechtigt dieses Recht auszuüben. Besonders spielt dies für den Tourismus eine Rolle, wenn für diesen Wanderwege, Schiabfahrten oder auch Langlaufloipen zugestanden werden.²⁹³

Unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten weisen eine Nähe zu den regelmäßigen persönlichen Dienstbarkeiten auf, weshalb auch zumindest teilweise deren Vorschriften anzuwenden sind.²⁹⁴

Dies spielt besonders für die zeitlichen Grenzen der unregelmäßigen persönlichen Dienstbarkeiten eine tragende Rolle. Wie bereits dargestellt, erlöschen persönliche Dienstbarkeiten gemäß § 529 ABGB mit dem Tod des Berechtigten bzw bei juristischen Personen mit deren Vollbeendigung. Im Gegensatz dazu hat das Versterben des Verpflichteten keine Auswirkung auf die Dienstbarkeit. Diese Grundsätze gelten sowohl für die regelmäßigen als auch unregelmäßigen Dienstbarkeiten. Bei natürlichen Personen gibt es die Möglichkeit dieses Recht mit einer ausdrücklichen Vereinbarung auf die Erben zu erstrecken.

Zudem kann eine unregelmäßige Dienstbarkeit mit einer zeitlichen Befristung versehen werden. Aber auch dort erlischt das Recht mit dem Tod des Berechtigten, selbst dann, wenn die zeitliche Befristung über den Tod des Berechtigten hinausgeht. Argumentiert wird dies unter anderem aufgrund des höchstpersönlichen Charakters einer persönlichen Dienstbarkeit. Für das Fischereirecht gilt dies nicht.²⁹⁵

Ferner besteht die Möglichkeit, dass unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten nacheinander für diverse bestimmte Personen oder einer ausdrücklichen Person und deren Nachfolger eingeräumt werden.²⁹⁶

Außerdem kann eine bestehende Grunddienstbarkeit mit Übereinkommen aller Beteiligten zu einer unregelmäßigen Dienstbarkeit umgewandelt werden, soweit dies der Inhalt zulässt.²⁹⁷

Umgekehrt ist es auch möglich eine unregelmäßige Dienstbarkeit in eine regelmäßige umzuwandeln, wiederum ausschließlich mit der Zustimmung des Eigentümers. In diesem Fall muss allerdings im Grundbuch das Recht im neuen Rang intabuliert werden.²⁹⁸

Regelmäßige Grunddienstbarkeiten können gemäß § 485 ABGB nicht eigenmächtig, dh ohne Zustimmung des Eigentümers der dienenden Liegenschaft, an Dritte übertragen werden; selbst der Ausübung nach nicht.²⁹⁹ Im Gegensatz dazu können unregelmäßige Dienstbarkeiten, jedenfalls der Ausübung nach, auch ohne Einwilligung übertragen werden.³⁰⁰

²⁹³ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 7.

²⁹⁴ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 9.

²⁹⁵ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 10.

²⁹⁶ RIS-Justiz RS0011617.

²⁹⁷ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 5.

²⁹⁸ Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 11.

²⁹⁹ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 485 ABGB Rz 1.

³⁰⁰ Prankl/Gruber-Risak in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 485 ABGB Rz 3.

4.3. Unregelmäßige Grunddienstbarkeiten

§ 479 ABGB nennt die unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten nicht ausdrücklich. Dennoch ist es heutzutage auch ohne Zweifel möglich, eine persönliche Dienstbarkeit dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes einzuräumen, sofern es zu einer vorteilhafteren und bequemerem Benützung dient.³⁰¹ Ferner kann eine unregelmäßige Grunddienstbarkeit auch an Superädifikaten eingeräumt werden.³⁰²

Eine Begründung einer unregelmäßigen Grunddienstbarkeit ist für *Hofmeister*³⁰³ vor allem für das Fruchtgenussrecht, als auch für das Wohnungsfruchtgenussrecht unzweifelhaft. Hingegen er dies für das Gebrauchsrecht ablehnt, da dieses lediglich für den persönlichen Bedarf einer bestimmten Person dient.

Der OGH nimmt in seiner Entscheidung 2 Ob 124/09p die Bedenken *Hofmeisters* auf. Allerdings wurde dazu nicht weiter Stellung genommen und die Rechtsfrage im Ergebnis offengelassen.

Auch heutzutage bleibt fraglich, ob ein Gebrauchsrecht nunmehr als unregelmäßige Grunddienstbarkeit eingeräumt werden kann.³⁰⁴ Allerdings wurde auch in jüngster Vergangenheit in der Entscheidung 5 Ob 212/18i die Einverleibungsfähigkeit eines Gebrauchsrechts als Grunddienstbarkeit verneint.

Die Antragsteller des Revisionsrekurses führten dabei aus, dass in diesem Fall die Verbücherung des Gebrauchsrechts zu keinem Nutzungseigentumsrecht führen würde, da das Gebrauchsrecht nur einen minimalen Teil des Grundstücks der Liegenschaftseigentümerin betreffe. Zudem wurde argumentiert, dass das Gebrauchsrecht von beiden Liegenschaftseigentümern, dh von der herrschenden und dienenden Liegenschaft, gemeinsam ausgeübt werden würde und es somit zu keiner Aushöhlung des Liegenschaftseigentums kommen würde.

Wird jedoch bereits im Vorhinein die Einverleibung eines Gebrauchsrechts als Grunddienstbarkeit ausgeschlossen, so müsse man sich mit einer zeitlichen Befristung nicht auseinandersetzen.

Weiters merkte *Hofmeister* an, dass unregelmäßige Grunddienstbarkeiten, beispielsweise ein Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit, nur mit einer zeitlichen Begrenzung begründet und in das Grundbuch intabuliert werden kann. Er sieht ohne zeitliche Begrenzung die Gefahr der Begründung eines Nutzungseigentums und will vor einer dauernden Schaffung geteilten Eigentums schützen. Nähere Ausführungen dazu siehe unter Punkt 4.6.

Auch eine Ersitzung eines unbefristeten Fruchtgenussrechts als Grunddienstbarkeit ist somit ausgeschlossen (siehe Punkt 4.5.).

³⁰¹ *Hoyer*, OGH 5 Ob 232/00d NZ 2002 (GBSlg), 186.

³⁰² *Illedits* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 435 ABGB Rz 12.

³⁰³ OGH 5 Ob 7/92 NZ 1993 (GBSlg), 242.

³⁰⁴ *Bittner*, Verbücherung einer persönlichen Dienstbarkeit nur in Verbindung mit einer zeitlichen Beschränkung möglich, wobl 2020, 30; OGH 5 Ob 212/18i MietSlg 71.034; *Merth/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB Rz 5.

Hingegen ist die zeitliche Beschränkung einer Grunddienstbarkeit kein Indiz für das Vorliegen einer unregelmäßigen Dienstbarkeit.³⁰⁵

Als Beispiel für eine unregelmäßige Grunddienstbarkeit wird unter anderem das Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit an Autoabstellplätzen in einer Garage genannt.³⁰⁶

4.4. Verbücherung von unregelmäßigen Dienstbarkeiten

Wie gewöhnliche Dienstbarkeiten sind ebenfalls die unregelmäßigen Dienstbarkeiten, insbesondere unregelmäßige Grunddienstbarkeiten, im Grundbuch ersichtlich zu machen und einzutragen. Dafür muss sich aus der Grundbuchsurkunde ergeben, dass lediglich einer bestimmten Person ein Vorteil eingeräumt wird.³⁰⁷

*Hofmeister*³⁰⁸ sprach sich dafür aus, dass unregelmäßige Grunddienstbarkeiten nur unter Schranken einer zeitlichen Grenze einverleibt werden können.

Wurde ein unregelmäßige Grunddienstbarkeit verbüchert, ohne dass der Bestellungsvertrag eine zeitliche Beschränkung vorsieht, bleibt dieser dennoch aufrecht. Vielmehr muss eine Beschränkung auf das zeitlich zulässige Ausmaß folgen.³⁰⁹

4.5. Ersitzung von unregelmäßigen Dienstbarkeiten

Wie andere Dienstbarkeiten können auch unregelmäßige Servitute außerbücherlich ersessen werden. Dabei muss für den Eigentümer der belasteten Liegenschaft erkennbar sein, dass eine immerwährende Rechtsausübung zu bestimmten Zwecken und in einem bestimmten Umfang während der im Gesetz vorgesehenen Ersitzungszeit stattfindet.³¹⁰

Beispielsweise kann daher von einer Gemeinde ein Weg für die Allgemeinheit als unregelmäßige Dienstbarkeit ersessen werden (zB 4 Ob 88/22b). Dabei genügt, dass Gemeindeangehörige oder auch Touristen diesen Weg wie einen öffentlichen Weg benützen. Für den Besitzwillen reicht hierfür die Vermutung aus und eine Dokumentation ist nicht zwingend erforderlich.³¹¹ Allerdings wird an diese Art der Ersitzung eine besondere Utilitätsanforderung gestellt, nämlich dass die Notwendigkeit für Gemeindeangehörige oder Touristen bestehen muss. Argumentiert wird dies unter anderem damit, dass hier eine Dienstbarkeit zugunsten einer Gebietskörperschaft eingeräumt wird und somit die Belastung des dienenden Grundstückes nahezu für immer besteht. Dies wird lediglich für zumutbar erachtet, wenn es nicht bloß zur bequemerer Nutzung führt, sondern tatsächlich notwendig ist. Der OGH stellt dabei an die Notwendigkeit allerdings nur minimale Ansprüche.³¹²

³⁰⁵ *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 ABGB Rz 12.

³⁰⁶ *Merth/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB Rz 3.

³⁰⁷ *Hofmeister*, OGH 5 Ob 117/91 NZ 1992 (GBSlg), 256.

³⁰⁸ *Hofmeister*, OGH 5 Ob 130/93 NZ 1993 (GBSlg), 237.

³⁰⁹ *Kolmasch*, Zeitliche Grenzen eines als Grunddienstbarkeit eingeräumten Fruchtgenussrechts, Zak 2021, 92.

³¹⁰ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 479 ABGB.

³¹¹ OGH 4 Ob 96/04b RZ 2004, 228.

³¹² *Zach/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 480 ABGB Rz 16.

Inbesondere sind die Bedürfnisse des Fremdenverkehrs, wirtschaftliche und kulturelle Bedürfnisse, aber auch für Kindergarten-, Schul- oder Kirchenwege oder zur Freizeitgestaltung und Erholung zu beachten.³¹³

In der Lehre befürworteten vor allem *Aicher* und *Zach/Spath* den strengeren Utilitätsmaßstab. Letztere unterstützten dies aufgrund der besonders starken Belastung des Eigentümers durch die Ausübung des Rechts durch die Allgemeinheit. Hingegen sieht *Iro* die Rsp als sachlich nicht gerechtfertigt an. Von der Ausübung des Rechts durch die Allgemeinheit gehe eine besonders intensive Signalwirkung aus. Ein aufmerksamer Eigentümer könne aufgrund dessen rechtzeitig Maßnahmen ergreifen und eine Ersitzung verhindern. Durch die stärkere Frequentierung sei er sogar weniger schutzwürdig als bei einer Ersitzung durch Einzelpersonen.³¹⁴

Da ein Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit nach stRsp nur für eine begrenzte Zeit eingeräumt werden kann (siehe Punkt 4.6.), sieht die Entscheidung 2 Ob 42/22t vor, dass ein unbefristetes Fruchtgenussrecht von vornherein nicht ersessen werden kann.³¹⁵

In diesem Streitfall ging es um zwei nebeneinander liegende Grundstücke, auf welchen ein Zweifamilienhaus errichtet wurde. Das Haus wurde später geteilt und somit gab es zwei Eigentümer – H1 (Kläger) und H2 (Beklagter). Im Erdgeschoss des Hauses wurde eine Mauer aufgestellt, wodurch ein Zwischenraum entstand, welcher sich auf dem Grundstück des Klägers befand. Dieser war von beiden Seiten zugänglich und wurde auch vorerst von beiden Liegenschaftseigentümern unter anderem als Lager- und Abstellraum, Waschküche genutzt und die Warmwasserversorgung für das Haus des H2 wurde dort angebracht. Auch der Warmwasserboiler des H1 wurde dort errichtet. Über die Jahre hinweg wurden beide Häuser jeweils mehrfach vererbt oder verkauft. Im Laufe der Jahre wurde die Verbindung von dem H1 zu diesem Raum mit einer Metalltüre versperrt und die Bewohner hatten 19 Jahre keine Zugangsmöglichkeit mehr. Erst später erfuhren die Kläger von diesem Zwischenraum, welcher in der Zwischenzeit vom Beklagten als Wohnraum vermietet wurde. Der Kläger erhob nunmehr Klage auf Feststellung, Räumung und Unterlassung. Der Beklagte argumentierte, dass er durch jahrzehntelangen Gebrauch ein ausschließliches Nutzungsrecht ersessen hätte.

Dieser Fall kam sohin vor den OGH, da die Rechtsfrage, ob die Ersitzung von unregelmäßigen Gebrauchsrechten zulässig sei, zu klären ist. Darin führte das Höchstgericht aus, dass in diesem Fall kein Gebrauchsrecht vorliege, sondern vielmehr ein Fruchtgenussrecht. Denn ausschließlich der Fruchtgenussberechtigte kann eine fremde Sache ohne alle Einschränkungen nutzen; der Gebrauch ist auf den persönlichen Bedarf abgestellt. Dadurch dass der Beklagte den Zwischenraum vermietet, kann es sich nur um ein Fruchtgenussrecht handeln. Hier handle es sich sogar um ein Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit, welches wiederum bloß mit einer zeitlichen Beschränkung eingeräumt und verbüchert werden kann. Demzufolge ist auch eine Ersitzung eines unbefristeten Nutzungs- oder Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit im Vorhinein ausgeschlossen.

³¹³ OGH 28.11.2007, 9 Ob 122/06s.

³¹⁴ *Zach/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 480 ABGB Rz 16.

³¹⁵ *Kolmasch*, Keine Ersitzung eines Fruchtgenussrechts als Grunddienstbarkeit, *Zak* 2022, 232.

4.6. Zeitliche Grenzen der unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten

Gewöhnliche Grunddienstbarkeiten werden in der Regel auf den jeweiligen Eigentümer einer Liegenschaft übertragen und eine zeitliche Befristung besteht nicht. Nunmehr stellt sich die Frage, welche Grenze für eine als Grunddienstbarkeit eingeräumte persönliche Dienstbarkeit gilt.

Der OGH hat unter anderem in den Entscheidungen 5 Ob 130/92 und 5 Ob 271/00i eine Verbücherung von unregelmäßigen Dienstbarkeiten zuerkannt, allerdings beschäftigte er sich in diesen Entscheidungen nicht mit einer zeitlichen Begrenzung.

Zum ersten Mal befasste sich der OGH mit der Frage der zeitlichen Grenzen von unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten im Jahr 2001. In seiner Entscheidung 1 Ob 125/01s legte er fest, dass persönliche Dienstbarkeiten als Grunddienstbarkeiten nur mit einer zeitlichen Beschränkung, gemessen an § 612 ABGB, eingeräumt werden können.

Im folgenden Kapitel wird zunächst auf die Bestimmungen der §§ 611 und 612 ABGB näher eingegangen, danach erfolgt eine Analyse der Entscheidung 1 Ob 125/01s.

4.6.1. Die Nacherbschaft bei Zeitgenossen und Einschränkungen dieser

Die Nacherbschaft bei Zeitgenossen und die Einschränkung dieser Nacherbschaft werden in den §§ 611 und 612 ABGB geregelt. Hiermit soll die Möglichkeit zur Nacherbschaft gestatten werden. Allerdings wird dies begrenzt und somit wird verhindert, dass es zu langfristigen Vermögensbindungen kommt.³¹⁶ Dies könnte unter Umständen den freien Güterverkehr gefährden.³¹⁷

Der letztwillige Verfügende kann gemäß § 611 ABGB Nacherben ohne zahlenmäßige Obergrenze einsetzen, wenn diese Zeitgenossen sind. Satz 2 definiert wer als Zeitgenosse gilt. Hierfür kommen lediglich natürliche Personen in Betracht, die bei Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits geboren oder zumindest gezeugt sind. Unter letzterem versteht sich der Nasciturus gemäß § 22 ABGB. Davon sind allerdings lediglich die bereits im Mutterleib gezeugten Personen erfasst, nicht aber konservierte entwicklungsfähige Zellen.³¹⁸

Bei mehreren vorhandenen letztwilligen Verfügungen ist jene ausschlaggebend, welche die Anordnung der Nacherbschaft erhält.³¹⁹ § 611 ABGB erwähnt ausdrücklich natürliche Personen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass juristische Personen nicht als Zeitgenossen gelten. Diese werden daher wie Nichtzeitgenossen gemäß § 612 ABGB behandelt.³²⁰

³¹⁶ Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 611 ABGB Rz 1.

³¹⁷ Neumayr in Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu §§ 611–612 ABGB Rz 1.

³¹⁸ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ (2022) § 611 ABGB.

³¹⁹ Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 611 ABGB Rz 3.

³²⁰ Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 611 ABGB Rz 4.

Sind die Nacherben bei Errichtung des Testaments noch nicht geboren oder gezeugt, so sind sie gemäß § 612 ABGB sogenannte Nichtzeitgenossen. In diesem Fall beschränkt sich die Nacherbschaft bei Geld und beweglichen Sachen auf zwei Nacherbfälle und bei unbeweglichen Sachen auf einen.

Ausschlaggebend ist hierfür die Anzahl der Nacherbfälle und nicht jene der Erbantrittserklärungen oder Einantwortungen.³²¹

Der Begriff der Nacherbfälle ist seit 2017 mit dem ErbRÄG 2015 im ABGB zu finden. Vorher war im Gesetz von Graden die Rede, welche nicht unumstritten waren und wozu unterschiedliche Meinungen herrschten. Die hM fasste darunter Substitutionsfälle. *Kralik* hingegen war der Auffassung, dass es sich dabei um die Generationen nach den Zeitgenossen handelt.³²² Nach seinem Verständnis würden als Zeitgenossen sogar noch nicht gezeugte, ungeborene Urenkel als Vorerben und Ururenkel als Nacherben gelten. Dies würde zu einer sehr langen Vermögensbindung führen.³²³

Werden diese gesetzlichen Beschränkungen durch das Testament nicht eingehalten, so ist dieses nicht im Ganzen nichtig. Vielmehr werden sie auf das gesetzliche Ausmaß begrenzt.³²⁴

Werden mehrere Erben gemeinsam eingesetzt, unter ihnen Zeitgenossen und Nichtzeitgenossen, sind die Zeitgenossen nicht im Sinne des § 612 ABGB mitzurechnen.³²⁵

Für noch ungeborene Nacherben ist bei Erbanfall von Amts wegen durch das Verlassenschaftsgericht ein Substitutionskurator bzw ein Kollisionskurator zu bestellen.³²⁶

Die Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist wichtig, da Liegenschaften der Anzahl nach beschränkt und nicht reproduzierbar sind.³²⁷

Unter beweglichen Sachen versteht man gemäß § 293 ABGB Sachen, die ohne Substanzverlust einen Ortswechsel durchführen können. Dies sind grundsätzlich körperliche Sachen. Zudem sind gemäß § 298 ABGB auch Rechte, welche nicht mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind oder sogar selbst als unbewegliche Sache gelten, bewegliche Sachen.

Bewegliche Sachen sind somit:

- das Bestandsrecht,
- das Vorkaufsrecht,
- das Belastungs- und Veräußerungsverbot,
- das Wiederkaufrecht,
- persönliche Dienstbarkeiten,
- Hypotheken,
- Forderungsrechte (auch bezogen auf Liegenschaften) und
- Patentrechte.³²⁸

³²¹ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 612 ABGB Rz 2.

³²² *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 612 Rz 3.

³²³ *Eggemeier*, Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33.

³²⁴ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 612 ABGB Rz 3.

³²⁵ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 612 ABGB Rz 1.

³²⁶ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 612 ABGB Rz 4.

³²⁷ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 612 Rz 2.

³²⁸ *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 298 ABGB Rz 2.

Zu den unbeweglichen Rechten zählen Grunddienstbarkeiten, Reallasten, Wohnungseigentum³²⁹, das Baurecht und die Bergwerksberechtigung.³³⁰ Wichtig ist vor allem, dass insbesondere die Unternehmens- und Geschäftsbeteiligung auch zu dem unbeweglichen Vermögen zählt.³³¹

Dass nunmehr die Bestimmungen des § 612 ABGB analog auf unregelmäßige Grunddienstbarkeiten angewendet werden, rührt aus der höchstgerichtlichen Entscheidung 1 Ob 125/01s, welche sich sehr intensiv mit den Anmerkungen von *Hofmeister*, *Spielbüchler* und *Hofmann* auseinandersetzt.

In der Entscheidung 1 Ob 125/01s ging es um eine Hütte befindlich auf einer Liegenschaft (Beklagter), welche mit Wasser aus einer Quelle, die wiederum auf einem anderen Grundstück entspringt (Kläger), versorgt wurde. Zudem wurde eine Abwasserleitung auf dem anderen Grundstück verlegt. Das Grundstück, auf welchem die Quelle entspringt, wurde vom Großvater des Beklagten an den Vater des Klägers mit der Vereinbarung, dass dem Verkäufer und seinen Rechtsnachfolgern „*das vollständige Nutzungsrecht mit Ausnahme des Jagdrechtes – auf immerwährende Zeit*“ verkauft und im Grundbuch einverleibt. Der Kläger begehrte sohin die Entfernung der Wasserleitung und die Wiederherstellung des früheren Zustands.

Der OGH legte eingangs fest, dass es sich bei diesem Nutzungsrecht jedenfalls um ein Fruchtgenussrecht handle. Die Vereinbarung als „vollständiges Nutzungsrecht“ sei mit dem Inhalt des Fruchtgenusses gemäß § 509 ABGB im Einklang, dh eine fremde Sache ohne jede Einschränkung unter Schonung der Substanz zu gebrauchen. Da es sich beim Fruchtgenuss um eine persönliche Dienstbarkeit handle, kann in diesem Fall nur eine unregelmäßige Dienstbarkeit gemäß § 479 ABGB vorliegen, da das Recht dem jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft eingeräumt wurde. Obwohl dies im Gesetz nicht explizit geregelt ist, seien solche Dienstbarkeiten wohl zulässig.

Dabei führte der OGH eine Anmerkung *Hofmeisters* zu einer früher ergangenen Entscheidung an, wobei für unregelmäßige Dienstbarkeiten sehr wohl das Fruchtgenussrecht und der Wohnungsfruchtgenuss in Frage kommen, nicht aber das Gebrauchsrecht. Letzteres sei lediglich für die individuellen Bedürfnisse des Berechtigten vorgesehen.

Bereits in dieser Anmerkung kritisierte *Hofmeister*, dass solche unregelmäßigen Dienstbarkeiten zur Aushöhlung bzw Spaltung des Liegenschaftseigentums durch zu weitlaufende Ausgestaltung durch die Rechtsprechung kommen könnten. Ein Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit sei ohne zeitliche Beschränkung eine Art wiederbelebtes Nutzungseigentum. Dabei erwähnte er insbesondere § 357 ABGB (wurde 2006 aufgehoben) und Art 7 StGG. Für die Gläubiger des belasteten Grundstücks hätte ein solch unbeschränktes Fruchtgenussrecht eine ähnliche Auswirkung, wie für jene der zeitlich unbegrenzt verbücherten Bestandsrechte. Deshalb sollen auf unregelmäßige Dienstbarkeiten

³²⁹ *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 298 ABGB Rz 3.

³³⁰ *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 298 ABGB Rz 4.

³³¹ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 612 ABGB Rz 3.

§ 1095 ABGB zweiter Halbsatz analog angewendet werden. Somit könnten unregelmäßige Dienstbarkeiten nur für eine bestimmte Zeit eingeräumt werden.³³²

In Art 7 StGG ist verankert, dass keine Vereinbarungen (Titel) geschlossen werden dürfen, bei welchen es zu einem geteilten Eigentum auf einer Liegenschaft kommt. Aufgrund der Heranziehung dieses Gesetzes ist für mich schlüssig, weshalb auch ein unbegrenztes Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit eine Gefahr für den Eigentümer darstellt. Ist ein solches Recht vereinbart und verbüchert, ist es problematisch, das volle Eigentumsrecht an der eigenen Sache wiederzuerlangen und sogar die Rechtsnachfolger müssen mit den Konsequenzen leben.

§ 1095 ABGB legt die Wirkung von verbücherten Bestandsverträgen fest. Dabei ist das Recht des Bestandnehmers ein dingliches Recht. Nachfolgende Besitzer müssen dies noch für die übrige Zeit gegen sich gelten lassen. Der Bestandnehmer soll davor geschützt werden, die Sache früher an den Erwerber zurückstellen zu müssen, als mit dem Veräußerer vereinbart.³³³

Meiner Ansicht nach ist die analoge Heranziehung des § 1095 zweiter Halbsatz ABGB verfehlt, zumal es sich bei einem Bestandsrecht und einem Fruchtgenussrecht um zwei verschiedene Rechte handelt. Ein Bestandsrecht ist ein schuldrechtliches Dauerschuldverhältnis und das Fruchtgenussrecht ein sachenrechtlich beschränkt dingliches Recht. Ferner wird bei einem unbegrenzten Bestandsrecht beabsichtigt, dass der Bestandnehmer bei einem Eigentümerwechsel geschützt wird.³³⁴ Bei einer zeitlichen Befristung einer unregelmäßigen Grunddienstbarkeit hingegen soll der Eigentümer vor einer dauernden Entziehung seines Rechts geschützt werden, wodurch verhindert werden soll, dass ein wiederbelebtes Nutzungseigentum entsteht.

Nichtdestotrotz stimme ich den frühen Anmerkungen *Hofmeisters* zu und sehe eine Einverleibung eines zeitlich unbegrenzten Fruchtgenussrechts in Form einer unregelmäßigen Grunddienstbarkeit als problematisch an. Allerdings halte ich die nun folgenden Ausführungen zu den zeitlichen Grenzen für schlüssiger.

Auch *Spielbüchler* und *Hofmann* haben sich für eine zeitliche Beschränkung ausgesprochen. Ihnen zufolge würde eine unregelmäßige Dienstbarkeit (hier: der Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit), angelehnt an Art 7 StGG, „*geteiltes Eigentum in seiner reinsten Form schaffen*“³³⁵. Dabei wird gerade in Art 7 StGG die neuerliche Belastung von Liegenschaften mit einer unablösbaren Leistung das geteilte Eigentum verboten.

Hofmann stimmt vor allem den Ansichten *Hofmeisters* zu. Aus seiner Sicht würden unregelmäßige Grunddienstbarkeiten eine „*Gefahr der Begründung eines Nutzungseigentums*“³³⁶ darstellen und somit soll gemäß § 1095 zweiter Satz ABGB eine persönliche Dienstbarkeit als Grunddienstbarkeit nur auf eine bestimmte Zeit eingeräumt und verbüchert werden können. Nach *Spielbüchler*³³⁷ sollte § 612 ABGB analog zur Anwendung kommen und die dort enthaltenen Grenzen müssten berücksichtigt werden.

³³² *Hofmeister*, OGH 5 Ob 130/93 NZ 1993 (GBSlg), 237.

³³³ *Höllwerth* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* GeKo Wohnrecht I (2017) § 1095 ABGB Rz 12.

³³⁴ *Höllwerth* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* GeKo Wohnrecht I (2017) § 1095 ABGB Rz 32.

³³⁵ OGH 29.05.2001, 1 Ob 125/01s.

³³⁶ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 479 Rz 1a.

³³⁷ *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ (2000) §§ 357–360 Rz 1.

Diesen Anmerkungen aus dem Schrifttum stimmte der OGH in seiner Entscheidung zu und begrenzte das Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit zeitlich. Bei einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 357, 361 f, 479 ABGB sei es geradezu gefordert, dass solche Dienstbarkeiten zeitlich begrenzt werden.

Gerade aus Art 7 StGG gehe hervor, dass *„jede aus dem Titel des geteilten Eigentums auf Liegenschaften haftende Schuldigkeit oder Leistung sei ablösbar, und es dürfe in Zukunft keine Liegenschaft mit einer solchen unablösbaren Leistung belastet werden“*.³³⁸

In dem gegenständlichen Fall gebe es keine Zweifel, dass das Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit eine unablösbare Leistung darstelle. Es wurde ein Recht auf immerwährende Zeiten vereinbart und ein Beendigungstermin nicht vorgesehen. Aufgrund dessen sei dieses Wasserbezugs- und Ableitungsrecht ohne zeitliche Beschränkung dem grundrechtlich verpönten Nutzungseigentum gleichzusetzen. Eine zeitlich unbegrenzte persönliche Dienstbarkeit als Grunddienstbarkeit hätte dabei die ähnliche Wirkung wie bei einem zeitlich unbegrenzten verbücherten Bestandrecht, welches nach Rsp nicht zulässig sei. Um ein solch verpöntes Ergebnis auszuschließen, sei die analoge Anwendung des § 1095 zweiter Halbsatz ABGB zulässig.

Damit waren aber weder die genauen zeitlichen Grenzen festgelegt noch welche Wirkung ein solches ohne zeitliche Grenzen im Grundbuch eingetragenes Fruchtgenussrecht hat.

Dabei judizierte der erkennende Senat, dass an den Anmerkungen *Spielbüchlers* festzuhalten sei und § 612 ABGB herangezogen werden soll. In der Entscheidung wurde auch *Kralik* erwähnt. Dieser merkte an, dass eben auch *„das Nachlassvermögen der freien Vererblichkeit nicht auf unbegrenzte Zeit entzogen sein soll“*³³⁹ und somit dies auch für die freie Verfügbarkeit des Eigentümers gelte.

Zudem wurde die Anwendung des § 613 ABGB auch dadurch argumentiert, dass einem Vorerben eine vergleichbare Rechtsstellung wie dem Fruchtgenussberechtigten zukomme. Wenn der Erblasser bei der fideikommissarischen Substitution berechtigt wäre diese ohne zeitliche Grenzen „auf immerwährende Zeiten“ anzuordnen, sodann wäre dieselbe Rechtslage des geteilten Eigentums gegeben wie bei einer Belastung einer Liegenschaft mit einer unregelmäßigen Dienstbarkeit (hier: Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit, denn ein Nacherbe würde stets dem Vorerben gegenüberstehen).

In der zugrundeliegenden Entscheidung führte der OGH aus, dass im Falle der analogen Anwendung des § 612 ABGB auf das Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit das an sich ohne zeitliche Begrenzung begründete Nutzungsrecht auf die Zeitgenossen als spätere Eigentümer in unbegrenzter Zahl ausgedehnt werden könne. Bei Nichtzeitgenossen hingegen bloß auf den ersten.

Somit können Zeitgenossen, welche bei der Vertragserrichtung, dh bei Bestellung der Dienstbarkeit, bereits geboren wurden, unbegrenzt eingesetzt werden. Der ausschlaggebende Zeitpunkt für die Einteilung, ob jemand als Zeitgenosse oder Nichtzeitgenosse gilt, ist

³³⁸ OGH 29.05.2001, 1 Ob 125/01s.

³³⁹ OGH 29.05.2001, 1 Ob 125/01s.

dementsprechend die Vertragserrichtung. Dies rührt aus dem abgeleiteten Anwendungsbereich des § 612 ABGB, bei welchem für der die Nacherbschaft maßgebliche Zeitpunkt die Errichtung der letztwilligen Verfügung ist.

Die Zeitgenossen gingen in dieser Entscheidung klar hervor. Der Vater des Beklagten war bei Vertragserrichtung bereits geboren und daher noch Zeitgenosse, der Beklagte selbst allerdings nicht. Dennoch bestehe für ihn das Recht und er könne das Wasserbezugsrecht zur Bedarfsdeckung der Liegenschaft nutzen.

Zusammenfassend wird aus dieser Entscheidung deutlich, dass ein Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit nur unter Einräumung einer zeitlichen Beschränkung eingeräumt werden kann. Dabei ist eine Analogie zu § 612 ABGB herzustellen und dessen Grenzen zu beachten.

Die analoge Anwendung des § 612 ABGB ist mE zutreffend. Mit diesen Beschränkungen wird dafür gesorgt, dass es zu keiner langen Vermögensbindung des Nachlassvermögens kommt und somit das Vermögen laufend dem freien Güterverkehr zugänglich ist.³⁴⁰ Bei einem Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit handelt es sich meiner Ansicht nach um ein nahezu identisches Problem. Auch hier würde eine Einverleibung auf unbegrenzte Zeit den Zugang zum freien Güterverkehr verhindern.

In der Lehre befassten sich zahlreiche Personen mit den zeitlichen Grenzen der unregelmäßigen Dienstbarkeiten.

*Call*³⁴¹ äußerte sich bereits zu einer vorherigen Entscheidung zu der zeitlichen Begrenzung eines Fruchtgenussrecht: „*Statt ein beschränktes dingliches, verbüchertes Dauerrecht zu erwerben, erhielt er dieses nur auf bestimmte Zeit*“.

Dass unregelmäßige Dienstbarkeiten nur für eine bestimmte Zeit eingeräumt werden sollen, bringe dem Fuchtnießer keinen Nutzen. Zumindest aber müsse man auch § 529 ABGB, welcher das Erlöschen einer Personaldienstbarkeit mit dem Tod des Berechtigten verankert, in Betracht ziehen, da diese Gesetzesstelle spezielle für persönlichen Dienstbarkeiten geschaffen wurde.

Auch *Hoyer*³⁴² hatte bereits vorher seine Bedenken. In seiner Glosse zur Entscheidung 5 Ob 232/00d sprach er sich grundsätzlich dafür aus, dass die Verbücherung eines Fruchtgenussrechtes zugunsten einer bestimmten Person als Liegenschaftseigentümerin einer anderen Liegenschaft im Rahmen des § 529 ABGB für diese selbst und deren Rechtsnachfolger nicht zulässig sei, da die Elemente von regelmäßigen und unregelmäßigen Dienstbarkeiten vermischt werden.

Eine Heranziehung des § 529 ABGB zur Beschränkung von unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten empfinde ich grundsätzlich als positiv. Allerdings können mE regelmäßige persönliche Dienstbarkeiten nicht mit den unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten gleichgesetzt werden. Gerade mit letzteren wird versucht, ein länger andauerndes Recht zu schaffen, welches am Eigentum eines Grundstückes/einer Liegenschaft haftet und nicht an einer

³⁴⁰ *Neumayr in Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) zu §§ 611–612 ABGB Rz 1.

³⁴¹ *Call*, OGH 5 Ob 271/00i wobl 2001, 336.

³⁴² *Hoyer*, OGH 5 Ob 232/00d NZ 2002 (GBSlg), 186.

bestimmten Person. Die Heranziehung des zweiten Satzes ergibt dabei mehr Sinn. Hierbei kann das Recht auf die Erben erstreckt werden; im Zweifelsfall werden diese Grenzen auf die ersten gesetzlichen Erben beschränkt. Dieser Ansatz ist ähnlich zu § 612 ABGB. Problematisch hierbei ist, dass es zu einer sehr kurzen Einräumung des Rechts kommt bzw handelt es sich lediglich um eine Zweifelsregel. Wenn laufend ein neuer Erbe ausdrücklich berechtigt wird die unregelmäßige Grunddienstbarkeit zu nutzen, fehlt wieder ein Rahmen für die zeitlichen Grenzen und es kommt erneut zur Problematik der dauernden Schaffung geteilten Eigentums.

Im aktuellen Schrifttum ist sich die Lehre einig und spricht sich für die Verbücherung von persönlichen Dienstbarkeiten als Grunddienstbarkeiten aus. Dies jedoch unter Einhaltung der zeitlichen Grenzen, welche sich aus der analogen Anwendung des § 612 ABGB ergeben.³⁴³ Auch in der ständigen Rechtsprechung wird immer wieder auf die vorher diskutierte Entscheidung zurückgegriffen und sich für die Festlegung zeitlicher Grenzen ausgesprochen. Im nächsten Kapitel wird auf weitere Entscheidungen zu den zeitlichen Grenzen eines als Grunddienstbarkeit eingeräumten Fruchtgenussrechts eingegangen.

In der hier zugrundeliegenden Entscheidung blieb allerdings offen, wie mit der zeitlich unbeschränkten Einverleibung des Nutzungsrechts im Grundbuch umzugehen ist.

Dazu wurde vom OGH judiziert, dass dem Eigentümer der dienenden Liegenschaft die Berechtigung eingeräumt wird, eine Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 523 ABGB einzubringen und daher die Löschung im Grundbuch und Räumung gerichtlich durchgesetzt werden kann.³⁴⁴ Hier stellt sich mir die Frage, ob eine Löschung nicht auch von Amts wegen gemäß § 130 GBG vorgenommen werden müsste. Aus der stRsp ist klar erkennbar, dass eine unregelmäßige Dienstbarkeit nur unter zeitlichen Grenzen verbüchert werden kann; gegenteiliges stellt für mich somit einen Inhalt dar, der nicht Grundbuchsgegenstand sein kann. Aufgrund dessen ist mE nach diese unzulässige Eintragung auch von Amts wegen zu löschen.

4.6.2. OGH Entscheidungen zu den zeitlichen Grenzen

In der Entscheidung 6 Ob 139/09y sprach sich der OGH entgegen dem Berufungsgericht nicht für die Zulässigkeit der ordentlichen Revision aus. Das Berufungsgericht erachtete die Revision für zulässig. Begründet hat es dies damit, dass es bis dahin lediglich eine veröffentlichte Entscheidung zu den zeitlichen Grenzen des Fruchtgenusses als Grunddienstbarkeit und der analogen Anwendung des § 612 ABGB gab (1 Ob 125/01s), welche für diesen Fall herangezogen werden könne. Dies könne noch nicht als gesicherte Rechtsprechung gedeutet werden. Zudem hätte die erste Entscheidung noch keine Aussage darüber gemacht, was passiert, wenn die Befristung bereits verstrichen sei.

Unter Rücksichtnahme auf die Anmerkungen von *Hofmeister*, die Entscheidung 1 Ob 125/01s und 5 Ob 40/06b, sowie der Zustimmung von Seiten der Lehre ist das Berufungsgericht nicht

³⁴³ *Bittner*, Verbücherung einer persönlichen Dienstbarkeit nur in Verbindung mit einer zeitlichen Beschränkung möglich, wobl 2020, 30; *Till*, Verbücherung eines Fruchtgenussrechtes als Grunddienstbarkeit, *immolex* 2021, 177; *Merth/Spath* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2019) § 479 ABGB Rz 5, *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2023) § 479 Rz 12; *Rassi*, Grundbuchsrecht³ (2019) Rz 4.94.

³⁴⁴ OGH 6 Ob 139/09y Zak 2009, 436.

von dieser Rechtsprechung abgewichen, selbst der Beklagte wendete dagegen nichts ein. Somit sei keine Stellungnahme des OGH zu einer erheblichen Rechtsfrage nötig.

Zudem behauptete der Beklagte, dass es sich nicht um eine Dienstbarkeit handle, sondern um einen Kaufvertrag, was sich aus einer korrekten Vertragsauslegung ergebe. Dies haben bereits beide Vorinstanzen abgelehnt. Der OGH entschied in diesem Fall, dass eine erhebliche Rechtsfrage nur vorliege,

„wenn in krasser Verkennung der Auslegungsgrundsätze ein unvertretbares, aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit zu korrigierendes Auslegungsergebnis erzielt wurde, was etwa dann der Fall ist, wenn die Interpretation mit Sprachregeln, allgemeinen Erkenntnissätzen oder gesetzlichen Auslegungsregeln in (unversöhnlichem) Widerspruch steht (statt vieler 10 Ob 52/07f; 7 Ob 212/07p). Ein derartiger Fehler ist den Vorinstanzen hier jedoch nicht unterlaufen.“³⁴⁵

Somit war die Revision zurückzuweisen. Auch wurde in dieser Entscheidung ausgeführt, dass dem Eigentümer der dienenden Liegenschaft die Berechtigung zukommt mit einer Eigentumsfreiheitsklage gemäß § 523 ABGB die Löschung im Grundbuch und Räumung aufzuerlegen.

Wiederum in der Entscheidung 2 Ob 124/09p wurde die Revision zurückgewiesen. In diesem Rechtsstreit ging es um einen Raum im Gebäude B5 auf der Liegenschaft A (Beklagter), welcher ausschließlich über das Gebäude B3 auf der Liegenschaft C (Kläger) zugänglich war. In diesem Raum bestanden weder ein Wasseranschluss, Sanitäranlagen, Tageslicht oder moderne Elektroinstallationen. Dieser Raum wurde wiederkehrend von den Mietern des Gebäudes B3 genutzt. Dies geschah unter Duldung der Rechtsvorgänger des Beklagten und für die Nutzung wurde keine Bezahlung getätigt. Nun begehrte der Eigentümer des Hauses B3 die Feststellung der Dienstbarkeit zur Nutzung dieses Raumes für sich selbst und zugunsten seiner Rechtsnachfolger. Weiters forderte er die grundbücherliche Einverleibung dieses Rechts, welches er und seine Rechtsvorgänger im Laufe von 90 Jahren ausgeübt hätten. Der Kläger stützte sich in seiner Begründung darauf, dass dies eine Grunddienstbarkeit (eine Hausservitut gemäß § 475 ABGB darstelle) und somit für den jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft gelte. Sowohl das Berufungsgericht als auch der OGH führten dazu aus, dass persönliche Dienstbarkeiten zugunsten eines Eigentümers einer Liegenschaft eingeräumt werden können, abermals nur mit zeitlichen Grenzen. Infolgedessen wurde die Revision als unzulässig erachtet. Auch in dieser Entscheidung wurden die vorangegangenen Entscheidungen zitiert und vermerkt, dass eine solche unregelmäßige Dienstbarkeit lediglich mit zeitlichen Beschränkungen einverleibt werden kann, allerdings dies beim Gebrauchsrecht zweifelhaft sei.

Mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage wurde in 5 Ob 92/12h der außerordentliche Revisionsrekurs als unzulässig zurückgewiesen. Der OGH verwies darauf, dass bereits wiederholt judiziert wurde, dass ein Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit nur mit zeitlicher Beschränkung unter analoger Anwendung des § 612 ABGB verbüchert werden könne. In diesem Rechtsstreit begehrte die klagende Partei ein immerwährendes Fruchtgenussrecht

³⁴⁵ OGH 18.09.2009, 6 Ob 139/09y.

zugunsten der Vertragsparteien und deren Rechtsnachfolger. Ein solches Klagebegehren widerspreche den vorangegangenen Entscheidungen und könne daher nicht im Grundbuch einverleibt werden.

Über die letzten Jahre hinweg bestätigte der OGH in diversen Entscheidungen die zeitlichen Grenzen der unregelmäßigen Dienstbarkeiten. Unter anderem in 5 Ob 40/14i, 5 Ob 193/19x und in 9 Ob 65/20d.

In dem Streitfall der Entscheidung 9 Ob 65/20d wurde mit einem Dienstbarkeitsvertrag ein Fruchtgenussrecht zugunsten des Eigentümers einer Liegenschaft eingeräumt und im Grundbuch verbüchert. Gemäß diesem Dienstbarkeitsvertrag wurde unentgeltlich das unbeschränkte und immerwährende Fruchtgenussrecht für den Eigentümer selbst und seine Rechtsnachfolger am benachbarten Grundstücksteil vereinbart. Nach dem Willen der Vertragsparteien wurde ein persönliches Recht des Fruchtgenusses als Grunddienstbarkeit – ein unregelmäßiges Servitut gemäß § 479 ABGB – intabuliert. Die herrschende Liegenschaft, auf welcher das Fruchtgenussrecht eingeräumt war, wurde mehrfach an juristische Personen veräußert. Nunmehr wurde die grundbücherliche Löschung und Räumung der Liegenschaft begehrt. Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt und verpflichteten den Beklagten zur Einwilligung in die Grundbuchlöschung und Räumung der Liegenschaft. Der OGH führte dazu wiederholt aus, dass eines als Grunddienstbarkeit eingeräumtes Fruchtgenussrecht nur mit einer zeitlichen Begrenzung gemäß § 612 ABGB eingeräumt werden kann. Sind somit bei Vertragserrichtung der Dienstbarkeit die Nacherben bereits geboren, können diese in unbegrenzter Zahl eingesetzt werden, bei noch ungeborenen bleibt dies auf den ersten beschränkt. Unumstritten ergebe sich aus dem schriftlichen Dienstbarkeitsvertrag und dem Parteiwillen, dass genau eine solche unregelmäßige Dienstbarkeit eingeräumt werden sollte. Zudem argumentierte die beklagte Partei, dass persönliche und unregelmäßige Dienstbarkeiten zu den beweglichen Rechten zählen und daher zwei Rechtsnachfolger zulässig seien. Der OGH stellte dazu fest, dass Rechte, die dem Eigentümer oder dem dinglich Berechtigten an einer Liegenschaft in dieser Eigenschaft zustehen, als unbeweglich gelten und aufgrund dessen auf einen Rechtsnachfolger beschränkt seien. Außerdem wurde erwähnt, dass juristische Personen als Nichtzeitgenossen gelten. Dementsprechend wurde auch in dieser Entscheidung die außerordentliche Revision der beklagten Partei mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vom OGH zurückgewiesen.

Anhand dieser Entscheidungen lässt sich erkennen, dass die Rechtsprechung sich einheitlich dafür ausgesprochen hat, dass auch persönliche Dienstbarkeiten, vor allem das Fruchtgenussrecht als Grunddienstbarkeit im Grundbuch einverleibt werden kann. Dies aber nicht unbeschränkt, sondern hat dies unter Berücksichtigung der zeitlichen Grenzen des § 612 ABGB zu geschehen.

Diesen höchstgerichtlichen Entscheidungen kann ich mich anschließen. Die Einräumung von zeitlichen Grenzen hat ihre Berechtigung und die rechtliche Begründung der Rsp sowie die Anmerkungen aus der Literatur sind für mich schlüssig und nachvollziehbar.

5. Die Besitznachfolgerechte

Auch bei den Besitznachfolgerechten wird das Eigentumsrecht durch ein Nachfolgerecht (zeitlich) beschränkt, indem die Besitznachfolge vertraglich eingegrenzt wird.

Den Begriff der Besitznachfolgerechte kennt das Gesetz nicht. Damit sind diese auch nicht gesetzlich geregelt. Vielmehr wurde dieser Begriff in der Praxis entwickelt und sollte nach der Lehre ein Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellen, durch welches vertraglich die Nacherbschaft nachgebildet wird.³⁴⁶

*Welser*³⁴⁷ spricht auch von einer Quasi-Nacherbschaft (quasi-fideikommissarische Substitution), mit der das Eigentum eingeschränkt wird.

Dabei erfolgt anhand einer Eintragung im Grundbuch eine Eigentumsbeschränkung durch ein Nachfolgerecht. Hierbei vereinbaren die Parteien vertraglich, dass der Gegenstand (unter anderem eine Liegenschaft) nur einer bestimmten Person übertragen werden kann oder von Todes wegen zu hinterlassen ist.³⁴⁸

Dieses Rechtsinstitut wurde über viele Jahre hinweg durch die Rsp und Lehre entwickelt. Hierbei gibt es jedoch diverse Streitpunkte, welche im folgenden Kapitel erörtert werden. Die Rsp anerkennt die Besitznachfolgerechte seit geraumer Zeit (zB 3 Ob 547/50, 8 Ob 521/78, 8 Ob 516/80). In der Lehre ist ihr Bestand umstritten. Die Besitznachfolgerechte sind noch nicht vollumfassend geregelt und immer wieder entscheidet der OGH über offene Fragen bezüglich dieser.

Grundsätzlich sind die Besitznachfolgerechte durch zwei Merkmale gekennzeichnet:

- Rechtsgeschäft zwischen lebenden Parteien
- mit dem Zweck, eine Nacherbschaft zu regeln.

5.1. Exkurs: Die Nacherbschaft

Für das Besitznachfolgerecht dient die Nacherbschaft gemäß § 608 ABGB als Vorlage bzw ist für ein Besitznachfolgerecht die Ähnlichkeit zur Nacherbschaft geradezu Voraussetzung.³⁴⁹ Aus diesem Grund wird im Folgenden näher auf die Nacherbschaft eingegangen.

Bei der Nacherbschaft ordnet der letztwillige Verfügende (Verstorbene) an, dass bei einem Nacherbfall eine bestimmte Person (Nacherbe) nach dem eigentlichen Erben (Vorerben) eingesetzt wird. Dieser soll den Erbteil des letztwillig Verfügenden bekommen.³⁵⁰ Dadurch ist der Nacherbe nicht ein Erbe des Vorerben, sondern vom Verstorbenen.³⁵¹

³⁴⁶ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63.

³⁴⁷ *Welser*, Erbrechts-Kommentar (2018) § 608 ABGB Rz 8.

³⁴⁸ RIS-Justiz RS0007955.

³⁴⁹ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 29; *Bittner*, Freie Widerruflichkeit eines Besitznachfolgerechts, NZ 2020, 52.

³⁵⁰ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 1.

³⁵¹ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 2.

Die Rechtsstellung von Nacherben wird heutzutage als absolut geschützt angesehen.³⁵²

An die Anordnung des Verstorbenen sind gewisse Voraussetzungen geknüpft:

- Die Nacherbschaft muss erkennbar veranlasst sein (unzweifelhaft, bestimmt).³⁵³
- Sie muss höchstpersönlich vom Verstorbenen kommen (die Wahl des Nacherben kann nicht an einen anderen abgetreten werden).³⁵⁴
- Der Verstorbene muss dementsprechend den Nacherben selbst auswählen (bestimmt, eine Personengruppe ist zu unbestimmt).³⁵⁵

Der Nacherbfall tritt idR gemäß § 608 Abs 2 ABGB mit dem Tod des Vorerben ein. Dies kann aber vom Verstorbenen auch anders verfügt werden. Dementsprechend kann eine Befristung oder Bedingung verfügt werden.³⁵⁶ Damit ist für den Vorerben das Erbrecht beendet und geht auf den Nacherben als Vollerbrecht über. Die Rechtsstellung des Nacherben rührt somit unmittelbar vom Verstorbenen her.³⁵⁷

5.2. Die Besitznachfolge

Angelehnt an die Nacherbschaft bedeutet dies, dass bei der Besitznachfolge aufgrund einer Vereinbarung unter Lebenden das Eigentumsrecht beschränkt wird, indem der Erwerber die Sache nur an eine bestimmte Person überlassen bzw im Todesfall übertragen kann.³⁵⁸ Allerdings muss zwischen der Eigentumsübertragung einerseits und ihrer zeitgleichen Einschränkung andererseits ein Zusammenhang bestehen.³⁵⁹

Die stRsp hat das Rechtsinstitut der Besitznachfolgerechte bereits anerkannt. In der Lehre stieß ihre Zulässigkeit in der Vergangenheit häufig auf Kritik.

Einige unterschiedliche Autoren haben sich gegen die Besitznachfolgerecht ausgesprochen beispielsweise *Hofmeister*, *Fischer-Czermak* oder *Hoyer*.³⁶⁰

*Hofmeister*³⁶¹ äußerte Bedenken, dass mit der Verbücherung von Nachfolgerechten auf Basis eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden noch viele offene Fragen vorlägen. Unter anderem sei ungeklärt, welche Auswirkungen ein solches Recht auf die pflichtteilsberechtigten Erben habe (Wird der Pflichtteilsberechtigte für die betreffende Liegenschaft vollkommen unberücksichtigt oder gibt es Sicherungsmöglichkeiten?). Weiters stellte er sich die Frage, inwieweit die Verfügungsfreiheit des Quasi-Vorerben beschränkt werden würde. Laut *Hofmeister* stelle die Quasi-fideikommissarische Substitution eine stärkere Beeinträchtigung der Verfügungsfreiheit des Vorerben als bei einer gewöhnlichen fideikommissarischen Substitution dar. Der Grund

³⁵² *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63 (65).

³⁵³ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 5.

³⁵⁴ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 6.

³⁵⁵ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 608 ABGB Rz 11.

³⁵⁶ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 608 ABGB Rz 2.

³⁵⁷ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 14.

³⁵⁸ *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 29.

³⁵⁹ RIS-Justiz RS0010431.

³⁶⁰ *Kletečka*, Das Nachlegat der Sache des Erben, NZ 1999, 66.

³⁶¹ *Hofmeister*, LGZ Wien 46 R 2106/92 NZ 1993 (GBSlg), 86.

liege darin, dass Ausnahmegenehmigungen nicht in Betracht kommen würden, ihr Wirkungsbereich aber weiter gefasst sei als in § 364c ABGB.

Er würde den Besitznachfolgerechten eine rein obligatorische Wirkung einräumen, welche in Form einer Vormerkung des befristeten oder bedingten Eigentums im Grundbuch einverleibt werden könne oder lediglich im Rahmen des § 364c ABGB.³⁶²

Auch *Egglmeier*³⁶³ merkte an, dass in der Rsp über die Wirkungen von Besitznachfolgerechten und ihre Verbücherung im großen Ganzen Uneinigkeit herrsche. Sie sprach sich dafür aus, Besitznachfolgerechten bloß obligatorische Wirkung zuzuerkennen und diese Verfügungsbeschränkung des zeitlichen Eigentümers zugunsten des Besitznachfolgeberechtigten im Grundbuch anzumerken.

Im Jahr 1985 hat *Spielbüchler* die Verbücherung – zumindest unter Einhaltung der Grenzen des § 364c ABGB – befürwortet. Auch *Kralik*, *Kastner* und *Lanz* bejahen die Möglichkeit einer Eintragung im Grundbuch. *Stöckl* hingegen lehnte eine Verbücherung dieser Rechte ab, allerdings sprach er sich für die Zulässigkeit einer Einverleibung als Anmerkung von obligatorischen Besitznachfolgerechten aus.³⁶⁴

*Umlauf*³⁶⁵ kritisierte einerseits, dass nur eine geringe Anzahl von dinglichen Rechten bestehe und die Privatautonomie nicht dazu führen könne, dass weitere dingliche Rechte entstehen. Von der Lehre kritisch gesehen, werden vor allem Fälle, in denen der Besitznachfolgeberechtigte nicht dem Personenkreis des § 364c ABGB angehört.³⁶⁶

*Leupold*³⁶⁷ erachtet zeitlich befristetes Eigentum als kritisch und sieht es nicht kompatibel mit den Grundsätzen des österreichischen Sachenrechts, vor allem nicht mit dem Eigentumsbegriff des ABGB. Vielmehr stelle Eigentum ein zeitlich und inhaltlich unbeschränktes Vollrecht dar. Für sie sind die Besitznachfolgerechte unzulässig, da sie mit den zwingenden Grundsätzen des österreichischen Sachenrechts nicht zu vereinbaren seien. Sie könne jedoch die Besitznachfolgerechte in Form eines Vertrags zugunsten Dritter deuten, womit dem Berechtigten ein Anspruch entstehe. Allerdings könne es auch hier nicht zu einem Eigentumserwerb ipso-iure kommen. Vielmehr müsse ein zulässiger Modus gesetzt werden. Jüngere Lehrmeinungen hingegen befürworteten Besitznachfolgerechte und erklären diese für zulässig (zB *Kronthaler*³⁶⁸). *Till*³⁶⁹ spricht sogar davon, dass den Besitznachfolgerechten heutzutage eine zentrale Rolle zukomme.

Nach der stRsp können Besitznachfolgerechte auf unterschiedliche Arten eingeräumt werden, dabei kommen insbesondere Übergabeverträge, Erbteilungsübereinkommen und Schenkungsverträge in Betracht. Hingegen wurde in der Entscheidung 5 Ob 131/15y die

³⁶² *Eccher* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 4 (2018) § 608 Rz 9.

³⁶³ *Egglmeier*, Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33.

³⁶⁴ *Umlauf*, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222.

³⁶⁵ *Umlauf*, Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgerechten, NZ 1985, 222.

³⁶⁶ OGH 20.06.2013, 5 Ob 58/13k.

³⁶⁷ *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 353 - 379 ABGB Sachenrecht II³ (2011) zu § 358 ABGB Rz 13 – 22.

³⁶⁸ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63.

³⁶⁹ *Till*, Grundbücherliche Anmerkung eines Besitznachfolgerechts, immolex 2020, 191.

Sicherung einer rechtlichen Stellung, bei welcher auf Basis eines Übergabungsvertrags auf den Todesfall der Eigentümer einer Liegenschaft diese seiner Vertragspartnerin hinterlassen solle, mangels rechtlicher Grundlage als nicht gegeben angesehen und ein Besitznachfolgerecht nicht anerkannt.³⁷⁰

Ein wichtiger Punkt iZm den Besitznachfolgerechten ist die Auslegung der Vereinbarungen, also die Ermittlung des Parteiwillens.

Nach *Kronthaler*³⁷¹ ist die Absicht der Parteien für die Einräumung eines Besitznachfolgerechts ausschlaggebend. Werden die Rechtswirkungen, dh der bestimmte Erfolg, zu wenig berücksichtigt, drohe die Vereitelung des angestrebten Vertrags und die Privatautonomie sei gefährdet. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass Besitznachfolgerechte nicht dazu führen dürfen, dass der übereinstimmende Parteiwille der Vertragsparteien umgedeutet werde.

In der Rsp werden Besitznachfolgerechte wie folgt charakterisiert:

- bei Eintritt einer Bedingung,
- nach Ablauf einer Frist oder
- im Todesfall

fällt das Eigentum des ursprünglichen Erwerbers an den Besitznachfolger bzw besteht zumindest die Verpflichtung das Eigentum zu übertragen.³⁷²

Diese von der Rsp aufgestellten Merkmale kritisiert *Kronthaler*³⁷³ als zu weitgehend. Er definiert Besitznachfolgerechte für bewegliche Sachen folgendermaßen: wenn „*das Eigentum des [ersten] Erwerbers bei Eintritt einer Bedingung oder nach Ablauf einer Frist oder im Todesfall [ipso iure] an den Besitznachfolger fällt*“.

Hingegen erlösche bei unbeweglichen Sachen das Eigentum des zeitlichen Erwerbers, aber dies führe zu keiner automatischen Übertragung des Eigentums an den Besitznachfolgeberechtigten. Vielmehr erlange dieser erst das Eigentum mit der Intabulation.

Wie bereits bei der Nacherbschaft sind auch bei den Besitznachfolgerechten drei Personen involviert:

- der Eigentümer der Sache (Übergeber),
- der zeitliche Eigentümer (wie Vorerbe) und
- der Zeitfolger bzw Besitznachfolgeberechtigte (wie Nacherbe).³⁷⁴

Der Übergeber der Sache legt somit fest, dass der zeitliche Eigentümer die geschenkte Sache an eine dritte Person überträgt.³⁷⁵ Der zeitliche Eigentümer ist daher nur auflösend bedingt oder befristet Eigentümer der Sache, dem Besitznachfolgeberechtigten kommt in dieser Zwischenzeit ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum der Sache zu. Die Rechtsposition als

³⁷⁰ RIS-Justiz RS0130332.

³⁷¹ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63.

³⁷² OGH 5 Ob 131/15y NZ 2016, 337; OGH 2 Ob 231/15g NZ 2017, 60.

³⁷³ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63 (64 – 65).

³⁷⁴ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63 (65).

³⁷⁵ *Nemeth* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁶ (2023) § 608 ABGB Rz 4.

Eigentümer erwirbt der Besitznachfolgeberechtigte jedoch erst mit Eintritt der auflösenden Bedingung oder Befristung.³⁷⁶ Der Besitznachfolgeberechtigte kann sowohl der alte Eigentümer oder ein Dritter sein.³⁷⁷

Wie bereits erwähnt, ist die Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einräumung eines Besitznachfolgerechts die Ähnlichkeit zu der Nacherbschaft.³⁷⁸ Eine Anlehnung an die fideikommissarische Substitution ist bei einer Vereinbarung, welche die typische Angelegenheit einer Nacherbschaft regelt, umso wichtiger.³⁷⁹

Die stRsp spricht sich dafür aus, dass ein Besitznachfolgerecht, somit ein auflösend bedingtes bzw zeitlich beschränktes Eigentumsrecht, im Grundbuch einverleibt werden kann. Dies erfolgt gemäß § 20 lit a GBG in Form einer Anmerkung.³⁸⁰ Durch eine Grundbuchs-anmerkung erzielen die Besitznachfolgerechte dieselben Rechtsfolgen wie das Veräußerungs- und Belastungsverbot gemäß § 364c ABGB.³⁸¹ Die Rsp judizierte hierbei allerdings, dass ein Besitznachfolgerecht eine Verbücherung eigener Art darstellt und nicht mit dem Veräußerungsverbot gemäß § 364c ABGB zu vergleichen ist.³⁸²

Es werden zwei verschiedene Fallgruppen unterschieden:

1. Im ersten Fall wird vertraglich vereinbart, dass bei Versterben des Erwerbers die Liegenschaft an den vorherigen Eigentümer oder an einen sonstigen Dritten übergeht. Eine Verbücherung dieses Rechts ist in diesem Fall aufgrund der Ähnlichkeit zur fideikommissarischen Substitution legitim.
2. Im zweiten Fall ist nur der Erwerber verpflichtet, die Liegenschaft einer bestimmten oder bestimmbaren Person (können auch mehrere sein) noch zu Lebzeiten oder von Todes wegen zu hinterlassen. Unter diesen Umständen liegt sodann ein echter Vertrag zugunsten Dritter vor. Der Dritte erlangt daher aus diesem Vertrag unmittelbar einen Anspruch. Dabei spielt insbesondere die Auslegung des Vertrages eine tragende Rolle dafür, ob der Dritte daraus ein Recht bezieht und bejahendenfalls zu welchem Zeitpunkt.³⁸³

Trotz der Bedenken aus der Lehre hat sich der OGH wiederholt für die Zulässigkeit einer Verbücherung ausgesprochen.

Wie bereits vorstehend erwähnt, ist die Verbücherung eines Besitznachfolgerechts in Form einer Anmerkung unter der Voraussetzung möglich, dass diese einer Nacherbschaft ähnelt.³⁸⁴

³⁷⁶ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63 (64).

³⁷⁷ OGH 6 Ob 20/20i MietSlg 72.498; *Rassi in Kodek*, Grundbuchsrecht² (2016) § 10 GBG Rz 30.

³⁷⁸ *Peinsi/Heil*, Zur Zulässigkeit vertraglicher Besitznachfolgerechte, EvBl 2021, 139.

³⁷⁹ RIS-Justiz RS0012539.

³⁸⁰ RIS-Justiz RS0012539; RIS-Justiz RS0083800.

³⁸¹ *Spielmann*, Wirkung von "Besitznachfolgerechten": Grenzen der Auslegungsbefugnis des Grundbuchsgerichts, NZ 2018, 295.

³⁸² *Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 608 Rz 30.

³⁸³ OGH 6 Ob 20/20i MietSlg 72.498.

³⁸⁴ *Spielmann*, Wirkung von "Besitznachfolgerechten": Grenzen der Auslegungsbefugnis des Grundbuchsgerichts, NZ 2018, 295.

Auch die Nachbildung eines Nachvermächtnisses bzw einer Nacherbschaft auf den Überrest wurde für zulässig erklärt.³⁸⁵

Dem Besitznachfolgeberechtigten entsteht dadurch ein unmittelbares Forderungsrecht direkt aus dem Vertrag zwischen dem Eigentümer der Sache und dem zeitlichen Eigentümer. Dabei ist wiederum anhand der Auslegung das entsprechende Recht zu ermitteln.³⁸⁶ Bei einem unklaren Vertragsinhalt ist der Grundbuchsrichter nicht zur Auslegung legitimiert. Dies wird damit begründet, dass es sich beim Grundbuchsverfahren um ein Urkundenverfahren ohne Beweisverfahren handelt und somit der wahre Wille der Parteien nicht ermittelt werden kann.³⁸⁷

Dadurch, dass der Besitznachfolgeberechtigte grundsätzlich sein Recht aus der Vereinbarung zwischen dem Übergeber und dem zeitlichen Erwerber ableitet, kann dieses nicht ohne Zustimmung des Berechtigten gelöscht werden. Der OGH judizierte dazu, dass im Einzelfall mit Vertragsauslegung zu ermitteln ist, ob dem Besitznachfolgeberechtigten unmittelbar ein Forderungsrecht zustehe und zu welchem Zeitpunkt. Erst durch die konkrete Auslegung der gegenständlichen Vereinbarung kann ermittelt werden, ob ein Widerruf ohne Zustimmung des begünstigten Dritten vorgenommen werden kann. Wird das Besitznachfolgerecht derart ausgestaltet, dass es dem Inhalt nach einer letztwilligen Anordnung einer Nacherbschaft gemäß § 608 ABGB ähnelt, wird ein unmittelbares Forderungsrecht abzulehnen sein. Wird hingegen vereinbart, dass die Sache einer ausgewählten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt überlassen werden soll, sodann wird von einer unmittelbaren Berechtigung auszugehen sein.³⁸⁸

Die grundbücherliche Anmerkung des Besitznachfolgerechts hat auch exekutions- und insolvenzrechtliche Auswirkungen.

In der Entscheidung 3 Ob 54/17p wurde unter anderem ausgeführt, dass die Anmerkung eines Besitznachfolgerechts die Zwangsversteigerung ohne Zustimmung der Nachfolgeberechtigten hindert. Hingegen kann auf das Substitutionsgut zugunsten von Nachlassschulden ohne Zustimmung exekutiert werden. Begründet wird dies dadurch, dass das reine Erbschaftsvermögen nicht geschmälert wird. Der Exekutionstitel muss allerdings gegen den Erblasser oder die Verlassenschaft lauten. Für die Veräußerung oder Belastung einer Liegenschaft benötigt der Vorerbe die Genehmigung der Substitutionsbehörde oder die Zustimmung der Nacherben.³⁸⁹

Auch eine Pfandrechtsbegründung kann ohne die Zustimmung des Nachfolgeberechtigten nicht erfolgen, außer aus der Vereinbarung ist ohne Zweifel zu entnehmen, dass dafür die Zustimmung nicht nötig ist.³⁹⁰

³⁸⁵ *Bonimaier*, Eintragung der Anmerkung der Beschränkung des Eigentumsrechts durch ein vertragliches Besitznachfolgerecht auf den Überrest, NZ 2020, 341.

³⁸⁶ *Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2022) § 608 Rz 29.

³⁸⁷ *Spielmann*, Wirkung von "Besitznachfolgerechten": Grenzen der Auslegungsbefugnis des Grundbuchsgerichts, NZ 2018, 295.

³⁸⁸ OGH 13.06.2019, 5Ob68/19i.

³⁸⁹ RIS-Justiz RS0002521.

³⁹⁰ *Kolmasch*, Wirkung des verbücherten Besitznachfolgerechts als Belastungsverbot, Zak 2018, 313.

Nachfolgende Entscheidungen gewähren einen Einblick in die stRsp bezüglich Besitznachfolgerechte und liefern somit einen Anhaltspunkt für die Auslegung von diversen Vereinbarungen.

5.3. OGH Entscheidungen zu den Besitznachfolgerechten

Die Entscheidung 5 Ob 84/95 beschäftigte sich mit einem Schenkungsvertrag über eine (im Wohnungseigentum stehende) Wohnung. In diesem wurde zudem vereinbart, dass nach dem Ableben der Geschenknehmerin die Sache an ihre Kinder übertragen werden soll. Bis dahin kann die Geschenknehmerin frei über die Sache verfügen. Nicht erlaubt war es ihr, den Schenkungsgegenstand zu verschenken oder in sonstiger Weise an einen Dritten zu übergeben (außer an ihre substitutionsberechtigten Kinder). Dabei konnte die Geschenknehmerin frei entscheiden, welchem ihrer Kinder die Berechtigung zukommt. Nach Errichtung des entsprechenden Notariatsaktes, beehrte die Geschenknehmerin die Eintragung im Grundbuch samt der Beschränkung eines Besitznachfolgerechts in Form einer Anmerkung.

Der OGH führte dazu aus, dass vertraglich vereinbarte Besitznachfolgerechte im Grundbuch intabuliert werden können und ähnlich zu behandeln sind wie die fideikommissarische Substitution. Aus der Vereinbarung gehe deutlich hervor, dass nicht bloß eine obligatorische Verpflichtung geschaffen werden solle, sondern eindeutig eine dingliche Beschränkung des Eigentums. Zudem handle es sich um ein vertragliches Nachfolgerecht, welches aufgrund der Rechtsähnlichkeit wie eine echte fideikommissarische Substitution zu behandeln sei. Dabei sei die Bezeichnung nicht entscheidend. Das zuständige Gericht könne vielmehr von Amts wegen die Eintragung mit dem richtigen Wortlaut vornehmen. Eine Verbücherung dieses Rechts sei daher unabhängig von der unrichtigen Bezeichnung als fideikommissarische Substitution zulässig.

Auch in der Entscheidung 5 Ob 326/00b hat sich der OGH auf die vorige stRsp gestützt und die Zulässigkeit einer Einverleibung von vertraglich vereinbarten Besitznachfolgerechten wiederholt, obwohl dies von der überwiegenden Lehre als kritisch angesehen wird. Allerdings wurde in diesem Streitfall dem Revisionsrekurs der Antragstellerin (Privatstiftung) nicht stattgegeben. Diese ist außerbücherliche Eigentümerin zweier Liegenschaften. Die Vertragsparteien schlossen eine Vereinbarung, dass diese Liegenschaften zu Lebzeiten an AP übergeben werden sollen. Allerdings soll dieses Übergaberecht mit dem Tod des Übernehmers erlöschen. Dieses Nachfolgerecht zugunsten des AP sei grundbücherlich sicherzustellen.

Einige Zeit später beehrte die Antragsstellerin unter Vorlage dieser Urkunde die Intabulation des Besitznachfolgerechts zugunsten des AP. Ihr Eigentum an diesen zwei Liegenschaften war zu diesem Zeitpunkt bereits einverleibt.

Laut OGH sei grundsätzlich eine Verbücherung eines Besitznachfolgerechts möglich. Allerdings missverstehe die Antragsstellerin in diesem Fall dieses Rechtsinstitut. Die Antragstellerin beabsichtige mit ihrer Vereinbarung, dem AP ein zeitlich befristetes Eigentum/Fruchtgenussrecht zu verschaffen. Nach dessen Tod möchte die Antragstellerin das Recht wiedererlangen. Hierbei sei eine Verbücherung eines „Nachfolgerechts für den Übernehmer der Liegenschaft“ nicht der richtige Weg. Zum einen ist ein solches Nachfolgerecht nicht in dem Katalog des § 9 GBG vorgesehen, andererseits läge in diesem Fall

keine taugliche Eintragungsgrundlage für eine Einverleibung eines durch Besitznachfolgerecht eingeschränkten Eigentums vor.

In der höchstgerichtlichen Entscheidung 5 Ob 58/13k setzte sich der OGH mit einem Kaufvertrag aus dem Jahr 2000 auseinander, mit welchem zwei Hälfteeigentümer einer Liegenschaft ihr Eigentumsrecht in das Grundbuch eingetragen haben. Im Jahr 2012 unterfertigten die beiden Parteien eine Besitznachfolgevereinbarung, welche beinhaltete, dass der Hälfteanteil des A nach seinem Tod an Frau B fallen soll bzw sofern erforderlich das Eigentumsrecht an deren Rechtsnachfolgern/Verlassenschaft übergehe. Umgekehrt wurde dies auch für den Todesfall der Frau B für A geregelt. Sodann haben die Parteien die Einverleibung beantragt, welche vom Erstgericht abgelehnt wurde. Begründet wurde dies damit, dass ein Besitznachfolgerecht ohne Eigentumswechsel nicht verbüchert werden könne und daher eine Umgehung des § 364c ABGB vorliege. Auch das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Vor allem setzen Besitznachfolgerechte voraus, dass eine Eigentumsübertragung stattfinde. Die vorliegende Vereinbarung würde weit über die Voraussetzungen eines Veräußerungs- und Belastungsverbots bzw der fideikommissarischen Substitution hinausgehen. Der Revisionsrekurs war zulässig, weil eine Rsp bezüglich einer nachträglichen Einräumung eines Besitznachfolgerechts fehlte. Der OGH führte dazu aus, dass es im gegenständlichen Fall nicht um die Einräumung eines Eigentumsrechts unter gleichzeitiger Beschränkung dieses Rechts gehe. Aufgrund dessen ist hier nicht von einem Besitznachfolgerecht in Analogie zu einer fideikommissarischen Substitution die Rede. Somit war der Revisionsrekurs nicht berechtigt.

Bei der Entscheidung 5 Ob 131/15y schlossen der Eigentümer zweier Liegenschaften (A) mit seiner Nichte (N) einen Übergabsvertrag auf den Todesfall. Mit dem Ableben des Liegenschaftseigentümers sollen diese in das Eigentum der Nichte gehen, bis zu diesem Zeitpunkt bleibe allerdings A Eigentümer. Zudem wurde vereinbart, dass A ohne Zustimmung der Erben oder sonstige Rechtsnachfolger weder eine Belastung noch Veräußerung vornehmen könne. Dies wurde in Form einer Anmerkung grundbücherlich sichergestellt. Zu einem späteren Zeitpunkt wurde für die Antragstellerin je Liegenschaft ein Pfandrecht einverleibt. Wiederum vier Jahre später bestellte A zur Sicherstellung aller Forderungen der Antragstellerin ein Pfandrecht. Daraufhin beantragte die Antragstellerin unter Vorlage dieser Pfandurkunde die Einverleibung von Höchstbetrags-/Simultanpfandrechten einschließlich der Anmerkung der Simultanhaftung, welche auch bewilligt wurden.

N wandte dazu ein, dass sie ein Besitznachfolgerecht habe (herrührend aus der Hinterlassungsverpflichtung) und daher die Liegenschaft nicht ohne ihrer Zustimmung belastet werden könne.

Einfachheitshalber wird bei dieser Entscheidung nur jener Teil mit den Besitznachfolgerechte erörtert.

Der OGH führte dazu aus, dass Nachfolgerechte bestimmte Merkmale aufweisen müssen. Dazu zählen, dass das Eigentum des zeitlichen Erwerbers bei Eintritt einer Bedingung, nach Ablauf einer Frist oder im Todesfall an den Besitznachfolgeberechtigten fällt bzw dass die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründet wird. Im gegenständlichen Fall handle es sich bloß um die Sicherstellung der Rechtsposition der N als zukünftige Erwerberin. Eine Eintragung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots komme nicht in Betracht, da die dort

vorgesehenen Verwandtschaftsverhältnisse nicht gegeben sind. Mit diesem Vertrag liege gerade kein Besitznachfolgerecht im Sinn einer „quasifideikommissarischen Substitution“ vor. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die in einem Übergabsvertrag auf den Todesfall übernommene vertragliche Verpflichtung des Eigentümers einer Liegenschaft, diese seiner Vertragspartnerin zu hinterlassen, nicht im Grundbuch eingetragen werden kann. Eine Eintragung ist gemäß § 130 GBG mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig und unheilbar nichtig. Aus diesem Grund sei die Eintragung des Pfandrechts ohne Zustimmung zulässig.

In dem Sachverhalt der Entscheidung 5 Ob 209/17x ging es um einen Schenkungs- und Wohnungseigentumsvertrag, wobei die Mutter als ursprüngliche Eigentümerin ihren Kindern (S und T) Miteigentumsanteile an einer Liegenschaft übertragen hatte. An den Anteilen des S wurde laut Vertrag der T ein Besitznachfolgerecht eingeräumt. Im Falle, dass S ohne Hinterlassung von leiblichen oder adoptierten Nachkommen verstirbt, sollen seine Anteile unentgeltlich sofort nach dem Ableben in das Eigentum der T übergehen. Bei Vorliegen von grundbücherlichen Belastungen sollen diese von T mitübernommen werden.

Infolgedessen hat ein Kreditinstitut ein Pfandrecht auf den Anteilen des S intabuliert, ohne dass T davon benachrichtigt wurde. Der OGH gab dem Revisionsrekurs der T Folge.

Unter anderem führte er aus, dass aufgrund eines im Grundbuch angemerkten Besitznachfolgerechts eine Einverleibung eines Pfandrechts oder auch Zwangsversteigerung ohne Zustimmung des Berechtigten nicht erfolgen könne. Dabei sei vor allem zu beachten, dass je mehr eine Vereinbarung über das Besitznachfolgerecht der Nacherbschaft ähnele, die Analogie zu dieser zwingender werde und dadurch diese Beschränkungen zum Tragen kommen.

T brachte unter anderem vor, dass zu ihren Gunsten ein Besitznachfolgerecht einverleibt wurde und somit das Pfandrecht ohne ihre Zustimmung nicht eingetragen hätte werden dürfen. Zu beachten sei vor allem, dass das Grundbuchsgericht grundsätzlich nicht die Erlaubnis habe, eine Auslegung bei Zweifelsfragen zutreffen. Ferner habe das Rekursgericht die Vereinbarung falsch ausgelegt. Auch im gegenständlichen Fall war vom OGH zu überprüfen, ob sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung ergibt, dass ein Besitznachfolgerecht beabsichtigt war. Das Höchstgericht sprach dazu aus, dass es einem Grundbuchsgericht nicht erlaubt ist, undeutliche Urkunden auszulegen und Spekulationen über den Parteiwillen anzustellen.

Allein aus dem Umstand, dass T Belastungen zu übernehmen habe, ergebe sich noch nicht, wie etwaige Belastungen zu begründen seien. Dies könne ohne exakte Ermittlung des Parteiwillens nur in einem bloßen Urkundenverfahren nicht erfolgen und eine darüberhinausgehende Auslegung sei unzulässig.

Die Entscheidung 5 Ob 68/19i beschäftigte sich mit dem Widerruf eingetragener Besitznachfolgerechte. Hierbei wurde ein Schenkungsvertrag mit Einräumung eines Besitznachfolgerechts unterzeichnet. Dabei wurde vereinbart, dass falls die Geschenknehmerin vor den Geschenkgebern verstirbt, deren Enkelkinder die Sache iSd §§ 608 ff und §§ 613 ff ABGB übertragen bekommen sollen. Im Nachhinein wurde von der Geschenknehmerin die Löschung dieses Besitznachfolgerechts begehrt; dies unter Vorlage einer allseitig beglaubigt unterfertigten Löschungserklärung.

Der Antrag wurde vom Erstgericht abgewiesen und dem Rekurs der Antragstellerin nicht Folge gegeben. Das Rekursgericht sprach aus, dass es sich hierbei um einen echten Vertrag zugunsten

Dritter handle und somit die Wirkungen des § 364c ABGB greifen würden. Eine freie Widerruflichkeit ohne Zustimmung der Nachfolgeberechtigten könne nicht vorgenommen werden.

Hingegen erklärte der OGH den Revisionsrekurs für zulässig und berechtigt. Vorgebracht wird dabei, dass ein vertraglich eingeräumtes Besitznachfolgerecht sich an der Nacherbschaft orientiere und bei letzterer eine Widerrufsmöglichkeit einer letztwilligen Verfügung vorgesehen sei. Ferner erhalte der Schenkungsvertrag keine Anhaltspunkte für einen echten Vertrag zugunsten Dritter und selbst wenn, könne dieser widerrufen werden bis der Dritte sein Recht erworben habe. Der OGH führt dazu unter anderem aus, dass die freie Widerruflichkeit einer letztwilligen Verfügung ein wesentlicher Grundsatz sei und dem eingesetzten Nacherben kein Anwartschaftsrecht vor Eintritt des Vorerbanfalls zukomme. Unter Abwägung aller Aspekte kam der OGH zum Entschluss, dass es sich hierbei nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handle und der Geschenknehmerin keine Verpflichtung zukomme, sondern lediglich ein Besitznachfolgerecht eingeräumt wurde. Ferner wurden weitere Vertragsbestimmungen, wie ein Fruchtgenussrecht zugunsten der Geschenkgeber, eine jederzeitige Veräußerung der Sache durch die Geschenkgeber, sowie dass eine Wertsteigerung den Geschenkgebern zukomme, vereinbart. Durch diesen Vertragsinhalt könne eindeutig ausgelegt werden, dass der Parteiwille nicht darauf gerichtet war, bereits zu diesem Zeitpunkt ein unwiderrufliches Recht zugunsten Dritter zu begründen. Auch dass die Namen der Begünstigten bereits im Grundbuch angemerkt wurden, tue aufgrund einer rein deklaratorischen Wirkung nichts zur Sache. Letztlich wurde der Widerruf für rechtens erklärt und die Löschung in diesem Fall bewilligt.

Würde hingegen ein echter Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegen, hätte dieser ein unmittelbares Forderungsrecht daraus und eine Löschung könnte ohne die Zustimmung des Dritten nicht mehr vorgenommen werden.³⁹¹

Der Fall, mit dem sich die Entscheidung 6 Ob 20/20i beschäftigte, ist eine äußerst komplizierte Angelegenheit. Der Einfachheit halber wird hierbei insbesondere auf die Besitznachfolgerechte eingegangen.

Der Sachverhalt stellte sich folgendermaßen dar:

1980 wurden K von seinem Onkel Anteile zweier Liegenschaften unter Einräumung eines lebenslangen Fruchtgenussrechts geschenkt. K und seine Frau (A) schlossen 1988 einen Ehepakt „unter Beitritt“ des Onkels, wobei vereinbart wurde, dass die zwei Liegenschaften samt Belastungen bei Ausbleiben von ehelichen Nachkommen an den Bruder (J) des K übergehen sollen. Der Notariatsakt wurde vorgelesen, unterfertigt und Kopien an die Parteien ausgehändigt. J war dabei nicht anwesend, erhielt allerdings eine Kopie. A bekam zuvor die Information, dass diese Vereinbarung sich allenfalls bei einer Scheidung auswirke.

J und seine Frau schlossen abermals unter Beiziehung des Onkels 1990 einen Ehepakt, welcher sich auf die Liegenschaftsteile bezog, die J von seinem Onkel erhalten hat. In der Vereinbarung wurde wiederum festgehalten, dass der Bruder K bei Versterben des J ohne Nachkommen das Eigentum erlange.

K ist nunmehr verstorben (ohne Hinterlassung von leiblichen ehelichen Nachkommen) und J begehrte von A, einzuwilligen, dass ihm beide Liegenschaftsanteile aufgrund des Notariatsakt

³⁹¹ *Nemeth*, Zur Widerruflichkeit eines vertraglich eingeräumten Besitznachfolgerechts, wobl 2021, 109.

von 1988 zukommen würden. Der OGH führte dazu aus, dass es sich bei der Vereinbarung titulierte als Ehepakt in Wahrheit inhaltlich nicht um einen solchen handle. Ferner liege keine Schenkung auf den Todesfall vor. Bezüglich der Frage, ob ein Besitznachfolgerecht vorliegt, führt der OGH folgendes aus:

Obwohl es in der Lehre verschiedene Ansichten zur Zulässigkeit von Besitznachfolgerechten gebe und sich einige kritisch dazu äußern, hält der OGH an der Rsp fest und sehe keinen Anlass, Besitznachfolgerechte generell abzulehnen. Allerdings fehle im gegenständlichen Fall die Aufsandungserklärung, ohne welche ein Besitznachfolgerecht nicht rechtswirksam begründet werden könne. Möglich wäre allerdings noch eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Auch eine solche Verpflichtung komme hier nicht in Betracht, da die Ähnlichkeit zur Nacherbschaft fehle. Auch bestehe die nötige Gleichzeitigkeit von Eigentumsübertragung und -beschränkung nicht und im Notariatsakt wurde nicht eindeutig darauf Bezug genommen. Außerdem läge auch keine Novation und kein Vertrag zugunsten Dritter vor. Somit wurde der Revision nicht Folge gegeben.

In conclusio ergibt sich, dass der OGH weiterhin von der Zulässigkeit von Besitznachfolgerechten ausgeht und diese im Grundbuch einverleibt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass eine Ähnlichkeit zu der Nacherbschaft besteht. Ferner muss ein Besitznachfolgerecht immer im Zusammenhang mit einer Eigentumsübertragung stehen bzw. zumindest inhaltlich darauf Bezug nehmen.³⁹²

Meines Erachtens haben die Besitznachfolgerechte ihre Daseinsberechtigung. Mit ihnen können Parteien im Rahmen der Privatautonomie ihr Eigentum weitergeben und gleichzeitig bestimmen, wer der nächste in der Eigentumskette sein soll. Auch eine Anmerkung im Grundbuch ist zu befürworten, damit das Recht auch gesichert ist.

Problematisch in dieser Hinsicht ist meiner Ansicht nach die strenge Analogie zur Nacherbschaft. Grundsätzlich handelt es sich dabei um zwei verschiedene Rechte und mE kann ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht mit einem Rechtsgeschäft von Todes wegen gleichgesetzt werden. Da es aber keine besonderen Regelungen für die Besitznachfolgerechte gibt, finde ich die Analogie zu der Nacherbschaft gerechtfertigt. Somit besteht für den Rechtsanwender zumindest eine Sicherheit, welche Rechte mit einer Besitznachfolgerechtsvereinbarung einhergehen.

Ferner erachte ich die Stellung des Besitznachfolgeberechtigten als schwierig und dies ist sicherlich zu überdenken, wie es bereits *Kronthaler*³⁹³ untersuchte. Ausgehend von einer absolut geschützten Rechtsstellung des Besitznachfolgeberechtigten stellt dies einen enormen Eingriff in das Eigentumsrecht des zeitlichen Eigentümers dar. Allerdings können dadurch auch die Rechte des Besitznachfolgeberechtigten geschützt werden. Ich persönlich spreche mich dahingehend für eine geschützte Rechtsstellung des Besitznachfolgeberechtigten aus. Ansonsten ist der Parteiwille des einstigen Eigentümers, wonach das Eigentum auch noch auf eine bestimmte dritte Person übergehen soll, gefährdet.

³⁹² *Painsi/Heil*, Zur Zulässigkeit vertraglicher Besitznachfolgerechte, EvBl 2021, 139.

³⁹³ *Kronthaler*, Die Besitznachfolgerechte (2019).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Besitznachfolgerecht ein sehr umstrittenes Rechtsinstitut darstellt. In Zukunft sehe ich es als essenzielle Aufgabe des OGHs unter Annahme von Kritik aus der Lehre, für mehr Klarheit und Rechtssicherheit bezüglich der Besitznachfolgerechte zu sorgen.

6. Schlussworte

In der vorliegenden Arbeit wurde der Fruchtgenuss als Grunddienstbarkeit detailliert behandelt. Ziel dieser Arbeit war es dabei insbesondere, die zeitlichen Grenzen der unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten zu erarbeiten sowie die Besitznachfolgerechte zu erörtern und kritisch zu hinterfragen.

Obwohl das Gesetz selbst gemäß § 479 ABGB lediglich unregelmäßige persönliche Dienstbarkeiten kennt, besteht aus heutiger Sicht zweifelsfrei auch die Möglichkeit unregelmäßige Grunddienstbarkeiten, wie das Fruchtgenussrecht, als Grunddienstbarkeit einzuräumen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein als Grunddienstbarkeit eingeräumter Fruchtgenuss, dh eine unregelmäßige Grunddienstbarkeit, im Grundbuch einverleibt werden kann. Eine Verbücherung dieses Rechts unterliegt allerdings nach Rsp und hL einer zeitlichen Beschränkung. Diese Grenzen ergeben sich aus der analogen Anwendung des § 612 ABGB. Dieser Schutz dient dazu, eine langfristige Vermögensbindung zu verhindern.

Wurde in einem Servitutsbestellungsvertrag keine zeitliche Befristung vorgesehen, ist eine Beschränkung auf das zeitlich zulässige Ausmaß vorzunehmen.

Aufgrund der Einschränkung, dass eine unregelmäßige Grunddienstbarkeit nur mit zeitlichen Grenzen intabuliert werden kann, ist auch eine Ersitzung eines unbefristeten Fruchtgenussrechts im Vorhinein ausgeschlossen.

Hingegen wird beim Besitznachfolgerecht das Eigentumsrecht des Erwerbers vertraglich beschränkt, indem die Besitznachfolge eingegrenzt wird. Dies wird nicht gesetzlich geregelt, sondern wurde im Laufe der Jahre fortentwickelt. Jedenfalls sind sich Rsp und Lehre bezüglich dieser Besitznachfolgerechte nicht immer einig.

Nach der stRsp können Rechtsgeschäfte, welche die Besitznachfolge regeln, im Grundbuch in Form einer Anmerkung einverleibt werden. Dabei kommt es immer auf die Auslegung des Vertrages an. Je näher der Vertragsinhalt wie eine Nacherbschaft gestaltet ist, desto zwingender ist die Analogie zu den Bestimmungen dieser. Wird ein Besitznachfolgerecht zulässigerweise im Grundbuch einverleibt und auch als solches ausgelegt, gehen damit einige Auswirkungen einher. Beispielsweise kann eine Belastung einer Liegenschaft oder die Zwangsversteigerung dieser nur mit Zustimmung des Besitznachfolgeberechtigten erfolgen.

In der Lehre als problematisch angesehen werden unter anderem die Merkmale der Besitznachfolgerechte, welche vom OGH festgelegt wurden. Ein Teil der Lehre kritisiert diese als zu weitgehend und fordert deren Einschränkung. Zudem ist auch das zeitlich befristete Eigentum umstritten. Teilweise wird dies als nicht mit dem Eigentumsbegriff des ABGB kompatibel angesehen.

Abschließend lässt sich sagen, dass ich besonders bei den zeitlichen Grenzen eines Fruchtgenussrechtes als Grunddienstbarkeit der Meinung des OGH und auch der Lehre folge. Die analoge Anwendung des § 612 ABGB auf die unregelmäßigen Grunddienstbarkeiten erweist sich mE als schlüssig. Die Besitznachfolgerechte erachte ich als ein sehr undurchsichtiges Rechtsinstitut. Obwohl der OGH sich mittlerweile bereits mit vielen Fällen auseinandergesetzt hat und dabei grundlegende Voraussetzungen und Bedingungen für die Besitznachfolgerechte geschaffen hat, ist es mE dennoch sehr schwierig, in der Praxis Verträge

derart auszugestalten, dass wirklich auch ein Besitznachfolgerecht entsteht. Die Schwierigkeit liegt vor allem darin, den Parteiwillen präzise zu formulieren, sodass sich dem Grundbuchsgericht keine Zweifel ergeben bzw dieser in der Folge durch den OGH als ein Besitznachfolgerecht ausgelegt wird. Dazu benötigt der Vertragsverfasser meiner Ansicht nach viel Erfahrung, Schreibfertigkeit und juristische Expertise, um den Wünschen der Parteien gerecht zu werden. Dies wird auch in Zukunft zu vielen weiteren Streitfällen führen, mit denen sich der OGH beschäftigen muss bzw mit denen sich die Lehre wissenschaftlich auseinandersetzen hat. Mehr Rechtsklarheit zum Thema der Besitznachfolgerechte ist daher erstrebenswert.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 Übersicht Einteilung der Dienstbarkeiten S 20

Literaturverzeichnis

Apathy Peter /Klingenberg Georg /Pennitz Martin

- Einführung in das römische Recht, 7. Auflage, 2022

Artner Stefan / Kohlmaier Katharina

- Praxishandbuch Immobilienrecht, 4. Auflage, 2023

Barth Peter /Dokalik Dietmar /Potyka Matthias

- ABGB Taschenkommentar, 27. Auflage, 2022

Billeth Mario

- Für die Eintragung einer Eigentümerservitut fehlt die gesetzliche Grundlage, NZ 2021, 285

Bittner Ludwig

- Festschrift, 2018
- Verbücherung einer persönlichen Dienstbarkeit nur in Verbindung mit einer zeitlichen Beschränkung möglich, wobl 2020, 30
- Freie Widerruflichkeit eines Besitznachfolgerechts, NZ 2020, 52

Bonimaier Christian

- Eintragung der Anmerkung der Beschränkung des Eigentumsrechts durch ein vertragliches Besitznachfolgerecht auf den Überrest, NZ 2020, 341

Böhm Helmut /Pletzer Renate / Schinnagl Michaela / Spruzina Claus / Stabentheiner Johannes

- GeKo Wohnrecht I, 2017
- GeKo Wohnrecht III, 2023

Böhm Helmut / Prader Christian

- Kein Hauptmietrecht bei Vermietung durch den Wohnungseigentumsfruchtnießer, immolex 2019, 129

Bydlinski Peter / Kerschner Ferdinand

- Sachenrecht, Bürgerliches Recht Band IV, 7. Auflage, 2019

Bydlinski Peter / Perner Martin / Spitzer Stefan

- Kurzkommentar zum ABGB, 7. Auflage, 2023

Call Gottfried

- (Un-)Zulässiger Inhalt unregelmäßiger Dienstbarkeiten zugunsten eines Bundeslandes, wobl 1992, 129
- zu OGH 5 Ob 271/00i wobl 2001, 336

Egglmeier Barbara

- Zur Zulässigkeit auflösend bedingter Übereignung im österreichischen Recht, NZ 1997, 33

Fenyves Attila /Kerschner Ferdinand /Vonkilch Andreas

- Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - §§ 353 - 379 ABGB Sachenrecht II, 3. Auflage, 2011
- Großkommentar zum ABGB - Klang-Kommentar - Pfandrecht - §§ 447 - 530 ABGB, 3. Auflage, 2016

Ferrari Susanne / Likar-Peer Gundula Maria

- Erbrecht, 2. Auflage, 2020

Hofmeister Herbert

- zu OGH 5 Ob 87/91 NZ 1992 (GBSlg), 276
- zu OGH 5 Ob 117/91 NZ 1992 (GBSlg), 256
- zu OGH 5 Ob 130/93 NZ 1993 (GBSlg), 237
- zu LGZ Wien 46 R 2106/92 NZ 1993 (GBSlg), 86

Holzer Nadja

- Mangelnde Bestimmtheit des Umfangs der Dienstbarkeit kann der Eintragung im Grundbuch entgegenstehen, immolex 2022, 434

Holzner Christian

- Dingliche (Voll-)Übertragung beim Fruchtgenussrecht nur mit Zustimmung aller Beteiligten, JBl 2014, 318

Hoyer Hans

- zu OGH 5 Ob 81/97s NZ 1998 (GBSlg), 87
- zu OGH 5 Ob 232/00d NZ 2002 (GBSlg), 186

Illedits Alexander

- Fruchtgenuss, 2023, verfügbar unter Lexis Briefings in lexis360.at.

Klampf Christoph

- Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23

Klausegger Constantin

- Grunddienstbarkeit, 2023, verfügbar unter Lexis Briefings in lexis360.at.

Kletecka Andreas

- Das Nachlegat der Sache des Erben, NZ 1999, 66

Kletečka Andreas /Schauer Martin

- ABGB-ON^{1.04}, 2022
- ABGB-ON^{1.05}, 2023
- ABGB-ON^{1.06}, 2023

Kodek Georg

- Grundbuchsrecht, 2. Auflage, 2016

Kodek Georg /Mayr Peter

- Zivilprozessrecht, 5. Auflage, 2021

Kodek Georg / Oberhammer Paul

- ZPO-ON, 2023

Kolmasch Wolfgang

- Wirkung des verbücherten Besitznachfolgerechts als Belastungsverbot, Zak 2018, 313
- Keine Eintragung des Wegerechts bei Unklarheit über Charakter als Personal- oder Realservitut, Zak 2019, 335
- Zeitliche Grenzen eines als Grunddienstbarkeit eingeräumten Fruchtgenussrechts, Zak 2021, 92
- Keine Ersitzung eines Fruchtgenussrechts als Grunddienstbarkeit, Zak 2022, 232

Kronthaler Christoph

- Die Besitznachfolgerechte, JEV 2019, 63
- Die Besitznachfolgerechte, 2019

Limberg Clemens

- Ersitzung einer Wegedienstbarkeit in Tirol, immolex 2014, 327

Nemeth Kristin

- Zur Widerruflichkeit eines vertraglich eingeräumten Besitznachfolgerechts, wobl 2021, 109

Painsi Herbert

- Entstehen einer außerbücherlichen Dienstbarkeit bei Aufhebung der Eigentümeridentität, EvBl-LS 2022, 400

Painsi Herbert /Heil Anna-Maria

- Zur Zulässigkeit vertraglicher Besitznachfolgerechte, EvBl 2021, 139

Pittl Raimund

- Wegeservituten – Auslegungsfragen in der Praxis, NZ 2013, 74

Pittl Raimund / Jetzinger Simon

- Zulässige Ausdehnung oder unzulässige Erweiterung von Wegeservituten: Wo liegen die Grenzen? NZ 2020, 386

Prader Christian

- Pflicht zur Duldung der Schneeräumung durch den Eigentümer auch bei Verschieben des Schnees über den Dienstbarkeitsbereich, immolex-LS 2021, 76
- Servitutseinschränkung durch Zugangsbeschränkung und Kamera, immolex-LS 2023, 117

Rassi Jürgen

- Grundbuchsrecht, 3. Auflage, 2019

Rummel Peter

- ABGB, 3. Auflage, 2000

Rummel Peter /Lukas Meinhard

- ABGB, 4. Auflage, 2014

Sabitzer Werner

- 200 Jahre ABGB, online verfügbar unter:
https://www.bmi.gv.at/magazinfiles/2012/03_04/files/zivilrechtsgeschichte.pdf
(abgefragt am 05.04.2024)

Schwimann Michael / Kodek Georg

- ABGB Praxiskommentar Band 4, 2018
- ABGB Praxiskommentar, 5. Auflage, 2019
- ABGB Praxiskommentar §§ 531 – 858 ABGB AnerbenG, Kärntner ErbhöfeG, Tiroler HöfeG, 5. Auflage, 2018

Schwimann Michael / Neumayr Matthias

- ABGB Taschenkommentar, 6. Auflage, 2023

Sorgo Mirjam

- Aktiv- und Passivlegitimation der Klagen gemäß § 523 ABGB, immolex 2022, 229

Spielmann Maximilian

- Wirkung von "Besitznachfolgerechten": Grenzen der Auslegungsbefugnis des Grundbuchsgerichts, NZ 2018, 295

Till Lukas

- Grundbücherliche Anmerkung eines Besitznachfolgerechts, immolex 2020, 191
- Verbücherung eines Fruchtgenussrechtes als Grunddienstbarkeit, immolex 2021, 117

Umlauft Manfred

- Zur Frage der Verbücherungsfähigkeit von Besitznachfolgern, NZ 1985, 222

Verweijen Stephan

- Fruchtgenuss für mehrere Generationen, immo aktuell 2020, 156

Welser Rudolf

- Der Erbrechts-Kommentar §§ 531 – 824, 2018

Judikaturverzeichnis

RIS-Justiz RS0018923

RIS-Justiz RS0018813

RIS-Justiz RS0011546

RIS-Justiz RS0011848

RIS-Justiz RS0011776

RIS-Justiz RS0011818

RIS-Justiz RS0011626

RIS-Justiz RS0011715

RIS-Justiz RS0011619

RIS-Justiz RS0011865

RIS-Justiz RS0012192

RIS-Justiz RS0116184

RIS-Justiz RS0011621

RIS-Justiz RS0015019

RIS-Justiz RS0011617

RIS-Justiz RS0007955

RIS-Justiz RS0010431

RIS-Justiz RS0130332

RIS-Justiz RS0012539

RIS-Justiz RS0083800

RIS-Justiz RS0002521

OGH 25.10.1950, 3 Ob 547/50

OGH 12.03.1958, 5 Ob 54/58

OGH 17.05.1978, 8 Ob 521/78

OGH 7 Ob 578/80 NZ 1981, 35

OGH 22.05.1980, 8 Ob 516/80

OGH 13.05.1987, 1 Ob 585/87

OGH 5 Ob 7/92 NZ 1993 (GBSlg), 242

OGH 10.11.1992, 5 Ob 130/92

OGH 5 Ob 130/92 JBl 1993, 580

OGH 4 Ob 2074/96w MietSlg XLVIII/20

OGH 27.02.1996, 5 Ob 84/95

OGH 6 Ob 323/99i MietSlg 52.038

OGH 16.01.2001, 5 Ob 326/00b
OGH 29.05.2001, 5 Ob 271/00i
OGH 15.05.2001, 5 Ob 95/01h
OGH 29.05.2001, 1 Ob 125/01s
OGH 2 Ob 301/02g MietSlg 54.057
OGH 4 Ob 96/04b RZ 2004, 228
OGH 5 Ob 40/06b Zak 2006, 231
OGH 28.11.2007, 9 Ob 122/06s
OGH 5 Ob 118/07z ÖJZ 2007 (EvBl), 917
OGH 5 Ob 83/09f NZ 2010, 90
OGH 18.09.2009, 6 Ob 139/09y
OGH 22.04.2010, 2 Ob 124/09p
OGH 6 Ob 139/09y Zak 2009, 436
OGH 18.09.2009, 6 Ob 139/09y
OGH 10 Ob 85/11i immolex-LS 2012, 36
OGH 09.08.2012, 5 Ob 92/12h
OGH 1 Ob 77/13z MietSlg 65.059
OGH 20.06.2013, 5 Ob 58/13k
OGH 23.04.2014, 5 Ob 40/41i
OGH 5 Ob 131/15y NZ 2016, 337
OGH 2 Ob 231/15g NZ 2017, 60
OGH 04.07.2017, 3 Ob 54/17p
OGH 21.12.2017, 5 Ob 209/17x
OGH 6 Ob 83/18a bbl 2018, 197
OGH 5 Ob 212/18i MietSlg 71.034
OGH 13.12.2018, 5 Ob 221/18p
OGH 13.06.2019, 5 Ob 68/19i
OGH 18.12.2019, 5 Ob 193/19x
OGH 6 Ob 20/20i MietSlg 72.498
OGH 23.10.2020, 8 Ob 75/20t
OGH 27.01.2021, 9 Ob 65/20d
OGH 5 Ob 22/21b MietSlg 73.068
OGH 25.05.2022, 2 Ob 42/22t
OGH 23.09.2022, 4 Ob 88/22b