

# TE OGH 2021/12/14 1Ob164/21f

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.12.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Bydlinski als Vorsitzenden sowie die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger, Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer und Dr. Parzmayr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*, vertreten durch Dr. Bernhard Fink und andere Rechtsanwälte in Klagenfurt am Wörthersee, gegen die beklagte Partei E\* GmbH, \*, vertreten durch die Baker McKenzie Rechtsanwälte LLP & Co KG, Wien, wegen 250.526 EUR sA, Feststellung, Wiederherstellung, Unterlassung und Löschung, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 8. Juli 2021, GZ 2 R 127/21w-12, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 10. März 2021, GZ 21 Cg 47/20a-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen, die in der Zurückweisung des die Wasserleitung(-sführung) betreffenden Feststellungs-, Wiederherstellungs-, Unterlassungs- und Löschungsbegehrens bestätigt werden, werden im Übrigen dahin abgeändert, dass sie lauten:

„Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs wird hinsichtlich des Zahlungsbegehrens in Höhe von 250.526 EUR s.A. und der Feststellungs-, Wiederherstellungs-, Unterlassungs- und Löschungsbegehren betreffend die Quellfassung samt Sammelbehälter und den Sandabscheider verworfen.“

Die beklagte Partei ist schuldig der klagenden Partei die mit 5.297,86 EUR (darin enthalten 882,93 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

[1] Die Beklagte ist Eigentümerin einer Liegenschaft und betreibt auf dieser einen (seit 1907 bestehenden) chemischen Produktionsbetrieb (unter anderem zur Herstellung von Wasserstoffperoxid). Im Grundbuch sind zulasten bestimmter Grundstücke des Klägers Dienstbarkeiten zugunsten ihrer Liegenschaft (Errichtung, Erhaltung und Betrieb eines Sandabscheiders [C-LNR 7a] sowie einer Quellfassung mit Sammelbehälter [C-LNR 8a]) und für sie persönlich (Leitungsführung [C-LNR 9a]) eingetragen.

[2] Der Kläger begeht die Feststellung, dass die Dienstbarkeiten nicht bestehen bzw erloschen sind (Pkt 1.), die Wiederherstellung in den vorherigen Zustand (Pkt 2.), die Unterlassung jeglichen weiteren Betriebs und jeglicher weiterer Nutzung der Quellfassung, des Sandabscheiders und der Leitungsführung über seine Grundstücke (Pkt 3.)

sowie die Zahlung von 250.526 EUR sa an Entgelt für genutztes Quellwasser (Pkt 4.).

[3] Gegenstand des Revisionsrekursverfahrens ist die Frage, ob für die vom Kläger verfolgten Ansprüche der (streitige) Rechtsweg zulässig ist.

[4] Dazu brachte der Kläger vor, dass die Beklagte in den 20er-Jahren des vorigen Jahrhunderts an seinen Großvater (als damaligen Grundeigentümer) mit dem Ansinnen herangetreten sei, das in „seinem Eigentum stehende“ Wasser einer bestimmten Quelle zu fassen, über eine zu errichtende Wasserleitung (auch) über seine Liegenschaft durch das Dorfgebiet bis zum Werk zu leiten und dort zum Zweck der Kühlwasserversorgung zu nutzen. Damit sei sein Großvater für im Gegenzug zugesagte Freibezüge von Kraftstrom, Nutzwasserentnahme und Arbeit in der Fabrik einverstanden gewesen. Der Beklagte sei damals die wasserrechtliche Bewilligung zur Entnahme von 200 l/s Quellwasser von der zuständigen Bezirkshauptmannschaft befristet bis 31. 12. 1988 erteilt worden. Im Lauf der wirtschaftlichen Wachstumsphase seien die Grundstücke nicht nur weiter in Anspruch genommen worden, sondern habe die Beklagte begonnen, das Quellwasser überdies „konsenslos“ für Produktionszwecke zu nutzen. Sie habe gegen Ende der Bewilligungsdauer um Wiederverleihung der „Wasserrechte“ angesucht, welche mit Bescheid vom 25. 11. 1991 bis zum 31. 12. 2018 befristet genehmigt (verlängert) worden seien. In der dem Bewilligungsbescheid vorhergehenden Verhandlung am 27. 3. 1990 sei vereinbart worden, dass die genaue Regelung der wechselseitigen Rechte und Pflichten, vor allem bezüglich der auf seinem Grundstück vorhandenen Baulichkeiten (Quellfassung, Sandabscheider, Stützmauern etc, sowie deren Instandhaltung) einem gesonderten zivilrechtlichen Dienstbarkeitsvertrag vorbehalten bleibe, der außerhalb des wasserrechtlichen Verfahrens auszuarbeiten und abzuschließen sein werde. Mit dem Bescheid vom 25. 11. 1991 habe die Wasserrechtsbehörde der Beklagten gemäß § 63 lit b WRG auch nur die Dienstbarkeit der Wasserleitung gegen eine „entsprechende (marginale)“ Pauschalentschädigung für seinen Vater (wie für die anderen von der Leitungsführung betroffenen Grundeigentümer) eingeräumt. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag vom 6. 4. 1992 (zu dem der Nachtrag vom 23. 12. 1992 nur wegen der Falschangabe bezüglich einer Grundstücksnummer, die zum Zwecke der Verbücherung der Dienstbarkeiten richtiggestellt werden musste, notwendig geworden sei) habe sein Vater der Beklagten (bzw ihrer Rechtsvorgängerin) die zuvor bereits erwähnte(n) Dienstbarkeit(en) (hinsichtlich Quellfassung und Sandabscheider), deren zwangsweise Einräumung durch die Behörde nicht zulässig gewesen wäre, „für die Dauer des Bestandes der Kühlwasserleitung und des Betriebs derselben durch [die Beklagte]“ eingeräumt. Nach der Vereinbarung erlöste die Dienstbarkeitseinräumung „erst mit der Aufgabe jeglicher Nutzung [aus der Quelle entspringenden Wassers] durch [die Beklagte]“. Wenn nach Ablauf der wasserrechtlichen Bewilligung, somit nach dem 31. 12. 2018, das „Wasserrecht“ betreffend die Kühlwasserversorgung nicht verlängert oder neu verliehen werde, so erlöste die eingeräumte Dienstbarkeit vereinbarungsgemäß mit Ende der Bewilligungsfrist.

[5] Die Beklagte habe am 12. 6. 2018 einen Antrag auf Wiederverleihung „des Wasserrechts“ gestellt und am 6. 2. 2019 einen modifizierten Projektantrag, der auf Neuverleihung des Wasserrechts für Kühl- und (nun auch) Produktionswasserzwecke gerichtet gewesen sei. Beiden Anträgen hätten die Zustimmungserklärungen der betroffenen Grundeigentümer gefehlt. Auch sei die Löschwasserversorgung im Gemeindegebiet jederzeit anderweitig sichergestellt. Die Anträge seien mit Bescheid vom 31. 8. 2020 abgewiesen und der Beklagten aufgetragen worden, die Nutzung und Ableitung des Wassers mit sofortiger Wirkung einzustellen. Die wasserrechtliche Bewilligung und damit auch die Dienstbarkeiten seien daher mit 31. 12. 2018 erloschen. Die Beklagte nutze das Wasser aber auch über diesen Zeitpunkt hinaus und somit titellos. Der Kläger sei als Eigentümer dieser auf seinem Grundstück zu Tage tretenden Quelle für deren Nutzung zu entschädigen. Abseits des ihm für die titellose Nutzung in der Zeit zwischen 1. 1. 2019 bis 31. 8. 2020 in Höhe von 113.880 EUR zustehenden Betrags, gebühre ihm auch für die Jahre 2017 und 2018 eine angemessene Entschädigung in Höhe von 136.656 EUR. Die mit dem Dienstbarkeitsvertrag eingeräumten Servituten seien entgeltlich gegen Bezahlung eines wertgesicherten Betrags von 2.000 ATS pro Kalenderjahr und einer zusätzlichen jährlichen Zahlung im Gegenwert von 1.350 KWh zur Abgeltung eines seinem Vater zustehenden Strombezugsrechts eingeräumt worden. Es sei (erst) seit 1997 gesicherte Rechtsprechung der Höchstgerichte (vor allem des Verwaltungsgerichtshofs), dass es für die Geltendmachung des Rechts der Nutzungsbefugnis nach § 5 Abs 2 WRG nicht erforderlich sei, dass der Berechtigte von der ihm zustehenden Nutzungsbefugnis tatsächlich Gebrauch macht; vielmehr genüge es, dass durch das begehrte Wasserbenutzungsrecht die künftige Ausübung dieser Befugnis beeinträchtigt werde. Hätten die Vertragsteile schon anlässlich des Abschlusses des Dienstbarkeitsvertrags im Jahr 1992 gewusst, dass das zu Tage quellende Wasser als kostbares Gut vom Wassernutzungsberechtigten nach den

„gängigen Entschädigungsmodellen“ abzulösen sei, wäre mit Sicherheit nicht mit einer derart geringfügigen (wie im Vertrag vereinbarten) Entschädigung – bloß für die Grundinanspruchnahme – das Auslangen gefunden worden. Der monetäre Wert des Wassers aus der Quelle betrage unter der Annahme einer Quellschüttung von rund 167 l/s (die noch unter der im Jahr 1991 genehmigten Menge von 200 l/s liege) jährlich 68.328 EUR. Es lägen damit geänderte Verhältnisse vor, die bei tatsächlicher Kenntnis zu einer Ergänzung des Vertrags in der Form geführt hätten, dass seinem Vater neben der Entschädigung für die Grundinanspruchnahme auch eine angemessene Entschädigung für die Wassernutzung zustehe.

[6] Der Rechtsweg für die mit der Klage verfolgten Ansprüche sei zulässig, weil es um die Auslegung eines außerhalb eines Wasserrechtsverfahrens getroffenen Übereinkommens gehe. Darüber hinaus stehe ihm als Eigentümer der Liegenschaft gemäß § 523 ABGB gegen die unberechtigten Eingriffe durch die Beklagte die Eigentumsfreiheitsklage zu. Die auf seiner Liegenschaft errichteten Baulichkeiten bestünden weiter, obwohl die Dienstbarkeit bereits erloschen sei und die Beklagte daher verpflichtet sei (wlar nicht den früheren tatsächlichen, aber im Wesentlichen einen dem vorherigen gleichwertigen) Zustand (wieder-)herzustellen. Da die Beklagte auf dem Standpunkt stehe, ihre Rechte aus dem Dienstbarkeitsvertrag über den 31. 12. 2018 hinaus ausüben zu dürfen und die Nutzung bis dato unumwunden fortgesetzt habe bzw fortsetze, sei die Wiederholungsgefahr geradezu evident. Infolge des Erlösches der Dienstbarkeit(en) sei er auch berechtigt, von der Beklagten die Einwilligung in die bucherliche Löschung dieser Dienstbarkeiten zu begehren. Selbst dann, wenn man den Ausführungen der Beklagten dahin folge, dass der Dienstbarkeitsvertrag als Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG zu qualifizieren sei, sei jedenfalls zur Entscheidung über die begehrte Entschädigung das Gericht (im streitigen Verfahren) berufen.

[7] Die Beklagte bestritt die Forderungen des Klägers nicht nur dezidiert dem Grunde und der Höhe nach unter inhaltlichen Ausführungen, sondern wendete vor allem die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs ein. Das Übereinkommen, auf das sich der Kläger stütze, sei im Zuge des wasserrechtlichen Verfahrens geschlossen worden. Ein solches müsse nicht während des Wasserrechtsverfahrens geschlossen werden, sondern es genüge für eine Qualifikation nach § 111 Abs 3 WRG, dass es im Zusammenhang mit dem Gegenstand der wasserrechtlichen Bewilligung geschlossen worden ist. Eine Beurteilung von daraus etwaig erwachsenden Ansprüchen obliege damit der Wasserrechtsbehörde, nicht aber dem Gericht. Ganz explizit unterliege jedenfalls die Zahlung einer Entschädigungsleistung gemäß § 117 Abs 1 WRG der Entscheidung der Wasserrechtsbehörde, wie auch etwaige im Falle des Erlösches eines Wasserbenützungsrechts anzuordnende Wiederherstellungsmaßnahmen und der Ausspruch über das Begehr auf Löschung gemäß § 29 Abs 1 WRG und § 70 Abs 1 WRG. Dabei hätten die Behörden abzuwagen, ob es im öffentlichen Interesse liegt, errichtete Anlagen und die entsprechende Infrastruktur zur anderweitigen Nutzung aufrecht zu erhalten. In gleicher Weise müsse daher die damit verbundene Feststellung, ob diese Dienstbarkeit weiter besteht, der Einschätzung der Wasserrechtsbehörde unterliegen. Die Befristung des Wasserrechts mit 31. 12. 2018 bedeute nicht das sofortige Erlöschen dieser Rechte, weil § 21 Abs 3 WRG ausdrücklich normiere, dass der Ablauf der Bewilligungsdauer im Fall eines Antrags auf Wiederverleihung des Rechts bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das Ansuchen um Wiederverleihung gehemmt ist. Die Diktion des Dienstbarkeitsvertrags mache deutlich, dass sich der zeitliche Horizont nicht am Stichtag 31. 12. 2018 orientiert habe, sondern an der tatsächlichen Nutzung (soweit sich diese im Rahmen der etwa durch einen Antrag auf Wiederverleihung verlängerten Frist halte). Solange daher das Recht der Beklagten auf Wassernutzung – das im vorliegenden Fall fruestens mit Ende September 2020 (nach Verstreichen der Rechtsmittelfrist) erloschen sei – gegeben gewesen sei, habe auch die Dienstbarkeit bestanden.

[8] Das Erstgericht wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück. Es qualifizierte den Dienstbarkeitsvertrag als ein im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens getroffenes Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG. Gemäß § 63 lit b WRG könne die Wasserrechtsbehörde, um die nutzbringende Verwendung der Gewässer zu fördern für Wasserbauvorhaben, deren Errichtung, Erhaltung oder Betrieb im Vergleich zu den Nachteilen von Zwangsrechten überwiegende Vorteile im allgemeinen Interesse erwarten ließen, die notwendigen Dienstbarkeiten einräumen, damit die genehmigte Anlage mit den zu ihr gehörenden Werken und Vorrichtungen hergestellt, betrieben und erhalten sowie der Vorschreibung sonstiger Maßnahmen entsprochen werden könne. Eine nutzbringende Verwendung des Wassers iSd § 63 WRG könne auch eine Nutzung des Wassers zu wirtschaftlichen (gewerblichen) Zwecken sein. Zum Wasserbauvorhaben zähle im Übrigen alles, was zur Verwendung des Wassers für den beabsichtigten Zweck erforderlich sei, somit auch die mit der beabsichtigten Wasserverwendung in einem

untrennbar zusammenhang stehenden Anlagen. Die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Dienstbarkeiten seien solche, die auch zwangsweise von der Behörde eingeräumt werden könnten. Es handle sich hiebei um Anlagen, welche mit der beabsichtigten Wasserverwendung in einem untrennbaren Zusammenhang stehen. Eine alleinige Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts könnte somit nicht gegeben sein, da sich die Streitigkeit auf keinen trennbaren Teil des Übereinkommens beziehe. Die eingeräumten Dienstbarkeiten stünden in einem untrennbaren Zusammenhang mit der mittels Bescheid bewilligten Wasserleitung samt technischen Anlagen.

[9] Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss. Es beurteilte das Feststellungsbegehr als von § 29 Abs 1 WRG erfasst. Es treffe zwar der Einwand des Klägers zu, dass in Bezug auf die Feststellung des Erlöschen nur der bisherige Inhaber des Wasserbenutzungsrechts Parteistellung habe, allerdings stehe es dem Grundeigentümer frei, einen Antrag auf Erlösung einer – hier aus Anlass des wasserrechtlichen Verfahrens durch Übereinkommen bestellten, im Grundbuch eingetragenen – Dienstbarkeit zu stellen, worüber die Wasserrechtsbehörde dann zu entscheiden habe. Zu dessen Erledigung sei aber zunächst ein Verfahren nach den §§ 27 und 29 Abs 1 WRG abzuführen. Es könne also auch der Kläger als Grundeigentümer die Feststellung des Erlöschen des Wasserrechts der Beklagten durch die Wasserrechtsbehörde erwirken. Wiederherstellung und Unterlassungsbegehrungen seien dementsprechend gleichfalls der Wasserrechtsbehörde zugewiesen, weil sie untrennbar mit dem Begehr auf Feststellung des Erlöschen des Wasserbenutzungsrechts verbunden seien. Solange das Erlöschen nicht feststehe und damit etwa auch nicht, ob und welche letztmaligen Vorkehrungen zu treffen sind, könne keine – davon allenfalls abweichende – Wiederherstellung oder Unterlassung begehrt werden. Das Löschungsbegehr sei – wie das Feststellungsbegehr – eindeutig und direkt gemäß § 70 Abs 1 WRG der Wasserrechtsbehörde zugewiesen.

[10] Das Rekursgericht teilte die Auffassung, dass ein Übereinkommen, um als solches gemäß § 111 Abs 3 WRG zu gelten, nicht während des Wasserrechtsverfahrens, auch nicht vor oder unter Mitwirkung der Wasserrechtsbehörde, sondern nur im Zusammenhang mit dem Gegenstand der wasserrechtlichen Bewilligung geschlossen werden müsse, was hier zweifellos der Fall gewesen sei. Aus der Einräumung der Dienstbarkeit der Leitungsführung gemäß § 63 lit b WRG durch die Behörde sei eindeutig ableitbar, dass die Wasserrechtsbehörde von einem Wasserbauvorhaben mit Vorteilen im allgemeinen Interesse ausgegangen sei, hätte doch sonst dieses Zwangsrecht nicht eingeräumt werden dürfen. Für das Zahlungsbegehr liege ebenso die Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs vor. Der Kläger mache in diesem Punkt eine Entschädigung iSd § 117 Abs 1 WRG geltend. Insoweit habe das Gericht über die Auslegung und Rechtswirkungen eines solchen Übereinkommens zu entscheiden (§ 117 Abs 7 WRG). Das gerichtliche Verfahren sei aber gemäß § 117 Abs 6 WRG gemäß § 24 Abs 1 EisbEG nach den Bestimmungen des AußStrG abzuführen. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei, weil sich keine Rechtsfragen von über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung iSd § 528 Abs 1 ZPO stellten.

[11] Der dagegen erhobene (von der Beklagten beantwortete) außerordentliche Revisionsrekurs des Klägers ist aber zulässig, weil es einer Klarstellung zum „Übereinkommen“ iSd § 111 WRG und der damit verbundenen Abgrenzung der Zuständigkeit von Wasserrechtsbehörde und Gericht bedarf. Er ist auch überwiegend berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

[12] 1.1. Ob ein Rechtsschutzantrag im streitigen oder im außerstreitigen Verfahren – oder überhaupt von einem ordentlichen Gericht – zu behandeln ist, muss nach dem Wortlaut des Entscheidungsbegehrungs und den zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen beurteilt werden (RIS-Justiz RS0005896 [T17, T19, T40]). Feststellungen, die das Gericht aufgrund bereits durchgeführter Beweise getroffen hat, sind für diese Beurteilung ebenso ohne Belang (RS0005896 [T26]) wie Einwendungen der beklagten Partei (RS0005896 [T12, T23]) oder ob der behauptete Anspruch inhaltlich begründet ist (RS0005861; RS0013639). Im Zweifel gehören in die Zuständigkeit der Gerichte fallende Sachen auf den Prozessweg (RS0012214 [T14]).

[13] 1.2. Damit ist allein auf die Behauptungen des Klägers Rücksicht zu nehmen, welcher beispielsweise vorgebracht hat, die Nutzung des Wassers sei ab 1. 1. 2019 titellos erfolgt oder dass die Behörde die mit dem Übereinkommen eingeräumten Rechte nicht hätte zwangsweise einräumen können. Ob daher die Nutzung tatsächlich titellos war (wzu es der Auslegung des Übereinkommens bedurfte) oder ob ein öffentliches Interesse die Einräumung von Zwangsrechten erlaubt hätte, sind damit Einwände, die bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs keine Beachtung finden können, hat doch der Kläger kein diesen Qualifikationen entgegenstehendes Sachvorbringen

erstattet. Auf die (ebenso unbeachtliche) Behauptung der Revisionsrekursgegnerin, das auf dem Grundstück des Klägers entspringende Gewässer gehe im Verlauf in einen Bach über, der als öffentliches Wassergut zu qualifizieren sei, ist überdies wegen des Neuerungsverbots nicht einzugehen.

[14] 2.1. Von zentraler Bedeutung ist, ob der hier (nach dem Klagevorbringen) zu beurteilende Dienstbarkeitsvertrag ein „im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens getroffenes Übereinkommen“ iSd § 111 Abs 3 WRG ist.

[15] 2.2. Werden durch ein wasserrechtlich bewilligungspflichtiges Vorhaben bestehende Rechte iSd § 12 Abs 2 WRG (also etwa Grundeigentum oder die Nutzungsbefugnisse nach § 5 Abs 2 WRG) betroffen, dann ist die Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung – vom Fall der Einräumung von Zwangsrechten abgesehen – nur zulässig, wenn der Inhaber des betroffenen Rechts dem Eingriff in sein Recht zustimmt. Es kann also eine beantragte wasserrechtliche Bewilligung nur erteilt werden, wenn sich entweder der Bewilligungserwerber mit dem Grundeigentümer über den beabsichtigten Eingriff und die dafür zu leistende Entschädigung geeinigt hat oder (ausgenommen die Fälle des § 111 Abs 4 WRG) wenn – grundsätzlich gleichzeitig mit der Bewilligung – ein entsprechendes Zwangsrecht begründet wird (idS zur sogenannten „Realisierungsvorsorge“ VwGH 2011/07/0196 mwN).

[16] Nach § 111 Abs 3 WRG sind alle „im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens“ getroffenen Übereinkommen auf Antrag der Beteiligten mit Bescheid zu beurkunden. Bilden den Gegenstand des Übereinkommens Rechtsverhältnisse, zu deren Regelung im Entscheidungsweg die Wasserrechtsbehörde in Ermangelung eines Übereinkommens zuständig gewesen wäre, findet bei Streitigkeiten über die Auslegung und Rechtswirkungen eines solchen Übereinkommens § 117 WRG sinngemäß Anwendung.

[17] 2.3. Diese in § 111 Abs 3 WRG getroffene Regelung wird (zu Recht) als „dunkel“ (Raschauer, Wasserrecht § 111 Rz 13) bezeichnet, da aus dem Verweis in § 111 Abs 3 WRG auf § 117 WRG nicht klar hervorgeht, ob er sich auf die Anordnung der sukzessiven Zuständigkeit nach § 117 Abs 4 und Abs 6 WRG oder auf die alleinige Zuständigkeit des Gerichts gemäß § 117 Abs 7 WRG bezieht. Diesbezüglich hat sich allerdings in Lehre und Rechtsprechung eine herrschende Ansicht gebildet (s dazu E. Wagner in Rössler/Kerschner, Wasserrecht und Privatrecht<sup>3</sup>, Gestaltung von privatrechtlichen Übereinkommen im Rahmen wasserrechtlicher Verfahren 73 ff [83]; RS0057191; 1 Ob 27/93; 1 Ob 2/95; 1 Ob 189/07m; 1 Ob 229/07v).

[18] Die daraus resultierende Auslegungskompetenz hinsichtlich eines Übereinkommens entweder der Wasserrechtsbehörde in Bezug auf darin eingeräumte Dienstbarkeiten oder des Gerichts (im Verfahren außer Streitsachen und ohne vorherige Befassung der Wasserrechtsbehörde) für die darin enthaltene Entschädigung (1 Ob 27/93) setzt aber immer voraus, dass es sich überhaupt um ein Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG handelt.

[19] Die Revisionsrekursgegnerin steht dazu auf dem Standpunkt, es sei weder die Natur des eingeräumten Rechts noch die Beurkundung entscheidend; nur in Fällen, in denen der Inhalt des Übereinkommens keinen Bezug zu einem Wasserrechtsverfahren aufweise, sei von einer rein privatrechtlichen Vereinbarung auszugehen. Dazu bezieht sie sich auf E. Wagner (in Rössler/Kerschner, Wasserrecht und Privatrecht<sup>2</sup>, Gestaltung von privatrechtlichen Übereinkommen im Rahmen wasserrechtlicher Verfahren 65 ff). Diese befasst sich dort – vorweg und ihre Darstellung einleitend – ganz grundsätzlich mit der Einordnung von wasserrechtlichen Verträgen. Eine Bezugnahme auf die Beurkundung (oder deren Notwendigkeit für das Vorliegen eines Übereinkommens nach § 111 Abs 3 WRG) fehlt an dieser Stelle gänzlich (ebenso in der dritten Auflage aaO 74 ff).

[20] Die Vorinstanzen waren (unter Verweis auf Bumberger/Hinterwirth WRG<sup>3</sup> § 111 E 84) der Ansicht, es reiche aus, dass ein derartiges Übereinkommen nicht vor oder unter Mitwirkung der Wasserrechtsbehörde, sondern bloß „im Zusammenhang mit dem Gegenstand der wasserrechtlichen Bewilligung“ geschlossen wird. Bumberger/Hinterwirth beziehen sich mit dieser Formulierung auf die zu 1 Ob 41/82 = SZ 60/84 und 1 Ob 115/14i ergangenen Entscheidungen. In der zuerst genannten war Gegenstand der Beurteilung ein „detailliert geschlossenes“ und „im Bescheid beurkundetes“ Übereinkommen gewesen, was voraussetzt, dass das (denklogisch zeitlich zuvor geschlossene) Übereinkommen der Behörde bekannt war. Der Entscheidung zu 1 Ob 115/14i ist zwar zu entnehmen, dass ein Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG (auch dann) vorliegt, wenn es von den Parteien aus Anlass des wasserrechtlichen Verfahrens oder im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand zeitnah abgeschlossen wird, es wird aber gleichzeitig erläutert, dass es die vollständige Einigung über den Rechtseingriff und die hierfür zu leistende Entschädigung erfordert, wobei von den Parteien festgelegt und formuliert werden muss, wie ihr Übereinkommen wörtlich lauten soll. Ausdrücklich wird die Einschränkung vorgenommen, dass die bloß niederschriftliche Wiedergabe

von Parteienerklärungen nach ihrem wesentlichen Inhalt kein beurkundungsfähiges Übereinkommen nach § 111 Abs 3 WRG (unter Hinweis auf weitere Nachweise) darstelle (s im Übrigen auch RS0082239). Im konkreten Anlassfall wurde das Vorliegen eines solchen Übereinkommens als sich weder aus dem Bescheid noch aus der Niederschrift der Verhandlung, die nach dessen Inhalt ein Bestandteil des Bescheids darstelle, ergebend verneint. Mit der Formulierung, es müsse nicht „vor der Behörde“ abgeschlossen werden, ist dem Sinn nach (auch unter dem Aspekt der Prüfung der Realisierungsvorsorge durch die Behörde) eindeutig (bloß) gemeint, dass das Übereinkommen nicht unmittelbar in Anwesenheit eines Vertreters der Behörde (also in diesem Sinne „vor“ ihr) abgeschlossen werden muss. Auch Bumberger/Hinterwirth weisen im Übrigen gerade an der vom Rekursgericht zitierten Stelle darauf hin, dass nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Übereinkommens entscheidend sei, sondern dass es „von den Parteien der Behörde vorgelegt, zur Beurkundung beantragt und noch gültig“ sei; mit der Beurkundung eines solchen Übereinkommens werde es zu einem Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG.

[21] Dem Telos der Vorschrift folgend geht es darum, dass im Rahmen der Realisierungsvorsorge von der Behörde überprüft werden soll, ob der betroffene Rechteinhaber dem Eingriff durch das zu bewilligende Projekt (in ausreichender Weise) zugestimmt hat. Ein iSd § 111 Abs 3 WRG beurkundungsfähiges Übereinkommen kann damit nur dann vorliegen, wenn von den betreffenden Parteien festgelegt und formuliert worden ist, wie es wörtlich lauten soll (vgl RS0082241; VwGH 95/07/0114; dazu, dass der Behörde nur die „Beurkundung eines ihr im vollen Wortlaut mitgeteilten Übereinkommens zukommen kann, auch VwGH 2000/07/0216), kann doch die Behörde nur dann prüfen, ob entgegenstehende Rechte durch Übereinkunft „überwunden“ wurden. Ist das Übereinkommen ausformuliert, kann (worauf § 111 Abs 3 WRG Bezug nimmt) über Antrag dessen Beurkundung erfolgen (was nach der Rechtslage vor der WRG-Novelle 1990, BGBl 1990/252, noch von Amts wegen zu geschehen hatte).

[22] Fehlt einem (wenn auch schriftlich niedergelegten) Übereinkommen die Beurkundung, liegt – wie anlässlich des zu 1 Ob 265/99y ergangenen Beschlusses des Fachsenats geklärt wurde – kein Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG vor (so auch 1 Ob 189/07m). Erst kraft eines solchen Hoheitsakts wird die Übereinkunft zu einem Übereinkommen iSd § 111 Abs 3 WRG (so wohl auch Bumberger/Hinterwirth aaO mit ihrem Hinweis, dass das Übereinkommen mit der Beurkundung zu einem iSd § 111 Abs 3 WRG werde). Es ist damit (schon) nach (bisheriger) Rechtsprechung des Fachsenats über Streitigkeiten aus einem Übereinkommen, das der Beurkundung in einem wasserbehördlichen Bescheid entbehrt, im streitigen Rechtsweg zu verhandeln und zu entscheiden (RS0045814 [T3]).

[23] 2.3. Der im vorliegenden Fall überhaupt erst nach Erlassung des Bescheids abgeschlossene (und nicht beurkundete) Dienstbarkeitsvertrag kann allenfalls nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als „im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens geschlossen“ angesehen werden, weil durchaus ein innerer Zusammenhang mit dem Regelungsgegenstand (dem Projekt) des wasserrechtlichen Verfahrens besteht, es liegt aber kein „im Zuge eines wasserrechtlichen Verfahrens geschlossenes Übereinkommen“ iSd § 111 Abs 3 WRG vor. Darauf, dass nach dem (allein maßgeblichen) Vorbringen des Klägers die Dienstbarkeiten der „Quellfassung“ und des „Sandabscheidens“ im vorliegenden Fall mangels der gesetzlichen Voraussetzungen zwangsweise nicht hätten eingeräumt werden können (womit keine Auslegungskompetenz der Behörde gegeben wäre [vgl 1 Ob 27/93 ua]), sei nur der Vollständigkeit halber hingewiesen.

[24] 2.4. Über das Bestehen der mit der rein vertraglichen Übereinkunft eingeräumten Dienstbarkeiten und die damit in Zusammenhang stehenden Begehren auf Wiederherstellung, Unterlassung und Löschung haben demnach die ordentlichen Gerichte im streitigen Rechtsweg zu entscheiden. Der Wasserrechtsbehörde mag zwar (im Hinblick auf die begehrte Wiederherstellung) die Kompetenz zukommen, das Erlöschen der wasserrechtlichen Bewilligung auszusprechen und aus wasserrechtlichen Aspekten heraus letztmalige Vorkehrungen wegen der Notwendigkeit des Verbleibs von Teilen zum Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren, die vom Wasser ausgehen oder zur Pflege des Gewässers als notwendig angesehen werden, aufzutragen. Ihr kommt aber (auch über dessen Begehren) nicht die Kompetenz zu, über die aus der Freiheit des Eigentums resultierenden (Privat-)Rechte des Grundeigentümers abzusprechen und sie wahrzunehmen. Der Grundeigentümer ist wiederum in Bezug auf seine sich aus dem Recht auf Freiheit des Eigentums ergebenden Ansprüche insoweit eingeschränkt, als öffentliche Interessen der gänzlichen Beseitigung entgegenstehen oder die Gewässerpfllege und der Schutz der Allgemeinheit vor den mit dem Wasser verbundenen Gefahren Maßnahmen erfordern. Dies hat der Kläger aber ohnehin berücksichtigt, als er in sein Wiederherstellungsbegehr aufgenommen hat, dass „auch darauf Bedacht zu nehmen ist, dass geeignete bauliche Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren und Immissionen“, die vom näher bezeichneten Gewässer ausgehen können,

auf den Grundstücken verbleiben bzw sach- und fachgerecht neu errichtet werden. Insoweit könnte das Klagebegehren im Hinblick auf allenfalls gegebene Gefahren für andere Liegenschaften zu erörtern sein. Einer darüber hinausgehenden (gänzlichen) „Befreiung“ seiner Liegenschaft (die der Kläger aber erkennbar gar nicht anstrebt) stünden im öffentlichen Recht verankerte Schutzpflichten entgegen. Auf etwaige (nach dem Vorbringen der Beklagten in der Revisionsrekursbeantwortung) zwischenzeitig in einem Bescheid aufgetragene Vorkehrungen wäre dementsprechend (in merito) Rücksicht zu nehmen (vgl im Übrigen 1 Ob 3/77 = SZ 50/18 dazu, dass das Klagebegehren nicht zurück-, sondern bei Berechtigung der Einwendung sachlich mit Urteil abzuweisen ist, wenn dem erhobenen Anspruch eine Einwendung entgegensteht, die sich auf einen öffentlich-rechtlichen Titel stützt [damals: angeblich fehlende wasserrechtliche Bewilligung für die Entnahme von Wasser aus einem Gerinne]).

[25] Der Beklagten, die in Bezug auf die begehrte bucherliche Löschung auf § 70 Abs 1 WRG als der Wasserrechtsbehörde die Entscheidungskompetenz zuweisende Bestimmung zurückgegriffen hat, ist zu erwidern, dass jene Bestimmung mit „Erlöschen der Zwangsrechte; Rückübereignung“ betitelt ist. Die vom Erstgericht herangezogene Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zu 2012/07/0031 betraf den hier nicht in Rede stehenden Fall der Rückübereignung (im Übrigen nach § 70 Abs 2 WRG) von durch Bescheid enteigneten Grundstücken und Teilen von Grundstücken. § 70 Abs 1 WRG bezieht sich zwar neben den nach §§ 63 bis 67 WRG eingeräumten Zwangsrechten auch auf „aus Anlass des wasserrechtlichen Verfahrens durch Übereinkommen“ bestellte Dienstbarkeiten und räumt dem Eigentümer des belasteten Gutes bei einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit ein, die ausdrückliche Aufhebung der Dienstbarkeit bei der Wasserrechtsbehörde verlangen zu können, jedoch könnten damit allenfalls (hier nicht vorliegende) Dienstbarkeiten aufgrund eines Übereinkommens iSd § 111 Abs 3 WRG gemeint sein.

[26] 2.5. Zweifelsohne im Recht ist der Kläger mit seinem Revisionsrekurs auch damit, dass der streitige Rechtsweg für die Auseinandersetzung über das Zahlungsbegehren zulässig ist. Zum einen stützt sich der Kläger diesbezüglich teilweise auf eine titellose Nutzung, für die die vertragliche Übereinkunft nach seinem Vorbringen gar nicht Grundlage ist, zum anderen kommt mangels Vorliegens eines Übereinkommens nach § 111 Abs 3 WRG weder der Wasserrechtsbehörde eine Kompetenz zur Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags (auf dessen ergänzende Auslegung sich der Kläger für seinen Anspruch auf Zahlung stützt) zu, noch ist darüber vom Gericht im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden, zumal § 117 Abs 7 WRG zu den dort genannten Übereinkommen (nur) auf § 111 Abs 3 WRG verweist.

[27] 2.6. Anders verhält es sich aber bei den vom Kläger gestellten Begehren zu der von der Wasserrechtsbehörde mittels Bescheid zwangsweise eingeräumten Servitut der Wasserleitung. Dazu wurde von den Vorinstanzen gemäß §§ 27 ff, 70 Abs 1, 119 Abs 1 WRG zutreffend auf die Zuständigkeit der Wasserrechtsbehörde verwiesen. Warum die Beurteilung der Vorinstanzen insoweit unrichtig sein sollte und auch für die zwangsweise von der Behörde eingeräumte Servitut der Leitungsführung das Gericht zuständig sein sollte, führt der Kläger im Revisionsrekurs auch gar nicht aus.

[28] 3. Dem Revisionsrekurs des Klägers ist somit überwiegend Folge zu geben. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist mit Ausnahme der zwangsweise eingeräumten (Wasserleitungs-)Servitut und den damit zusammenhängenden Begehren (Feststellung, Wiederherstellung, Unterlassung, Löschung) zu verwerfen. Das Erstgericht wird daher über diese Begehren meritorisch zu entscheiden haben.

[29] 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 43 Abs 2 iVm § 50 Abs 1, § 52 Abs 1 ZPO. Im Hinblick auf die vom Kläger vorgenommene Bewertung der (jeweils die drei Dienstbarkeiten umfassenden) Begehren auf Feststellung, Wiederherstellung, Unterlassung und Löschung mit insgesamt 63.000 EUR (wovon ein Drittel auf die [Dienstbarkeit der] Wasserleitung entfällt) ist sein Unterliegen im Zwischenstreit im Vergleich zum Gesamtstreitwert (313.526 EUR) als geringfügig iSd § 43 Abs 2 ZPO anzusehen. Die Beklagte hat ihm daher als im Zwischenstreit über die Zulässigkeit des Rechtswegs nahezu gänzlich unterliegende Partei die darauf entfallenden Kosten zu ersetzen (RS0035955 [T1, T10]). Das sind die Kosten des Rekurses und des Revisionsrekurses; der sonstige Verfahrensaufwand war nicht auf die Behandlung der (Un-)Zulässigkeit des Rechtswegs beschränkt (vgl RS0035955 [T12]).

#### Textnummer

E133909

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2021:0010OB00164.21F.1214.000

**Im RIS seit**

23.02.2022

**Zuletzt aktualisiert am**

23.02.2022

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)