



## Betreten fremder Grundstücke

Christoph Twaroch <sup>1</sup>

<sup>1</sup> *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Landstraßer Hauptstraße 55, A-1031 Wien*

VGI – Österreichische Zeitschrift für Vermessung und Geoinformation **88** (4), S. 220–226

2000

Bib<sub>T</sub>E<sub>X</sub>:

```
@ARTICLE{Twaroch_VGI_200028,  
Title = {Betreten fremder Grundst{"u}cke},  
Author = {Twaroch, Christoph},  
Journal = {VGI -- {"0}sterreichische Zeitschrift f{"u}r Vermessung und  
Geoinformation},  
Pages = {220--226},  
Number = {4},  
Year = {2000},  
Volume = {88}  
}
```



P.S.: Wer einen Eindruck gewinnen will, wie die praktische Umsetzung der in Europa diskutierten Bereitstellung von Geodaten aussehen kann besuche folgende Webseite: [www.austrianmap.at](http://www.austrianmap.at)

*Anschrift des Autors:*

Dipl.-Ing. Gerhard Muggenhuber: Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen, Schiffamtsgasse 1-3, A-1025 Wien. Email: [geomugg@surfEU.at](mailto:geomugg@surfEU.at)



## Betreten fremder Grundstücke

*Christoph Twaroch, Wien*

### Zusammenfassung

Die vielfältigen Betretungsrechte in den Bundes- und Landesvorschriften werden in ihrem Spannungsverhältnis zwischen den öffentlich-rechtlichen sowie privatrechtlichen Erfordernissen und der Freiheit des Eigentums dargestellt.

### Einleitung

Zur Vorbereitung einer Neubauplanung soll der Vermessungsingenieur einen Lageplan erstellen. Zur Ermittlung des Grenzverlaufes und wegen des bestehenden Altbestandes ist die Vermessung nur unter Benützung des Nachbargrundstückes möglich. Der Vermessungsingenieur beruft sich auf das Betretungsrecht nach § 43 Abs 1 des Vermessungsgesetzes<sup>1</sup>, der Nachbar verweigert aber das Betreten seines Grundstückes.

### Eigentumsfreiheit

Nach Artikel 5 des Staatsgrundgesetzes (StGG) über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger<sup>2</sup>, ist das Eigentum unverletzlich<sup>3</sup>. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten welche das Gesetz bestimmt. Der Eigentumschutz wurde durch Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> wesentlich erweitert. Dieser Artikel 1 lautet: „Jede natürliche oder juristische Person hat ein Recht auf Achtung ihres Eigentums. Niemanden darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn, dass das öffentliche Interesse es verlangt, und nur unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen. Die vorstehenden Bedingungen beeinträchtigen jedoch in keiner Weise das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Interesse oder zur Sicherung der Zahlung der Steuern, sonstiger Abgaben oder von Geldstrafen für erforderlich hält.“

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch<sup>5</sup> (ABGB) definiert das Eigentum als grundlegende Einrichtung des Zivilrechts. Das Eigentum ist die Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden

anderen davon auszuschließen<sup>6</sup>. Der Eigentümer darf die Sache beliebig gebrauchen, er darf sie zerstören oder er kann über sie rechtsgeschäftlich verfügen. Das Recht, nach Willkür schalten und walten zu können, nennt man die positive Seite des Eigentumsrechts, die Befugnis, andere Personen davon auszuschließen, die negative Seite.<sup>7</sup>

### Eigentumsbeschränkungen

Die Realität ist aber teilweise eine andere: zahlreiche Rechtsvorschriften legen dem Eigentümer, insbesondere dem Grundeigentümer, Fesseln an. Schon nach § 365 ABGB muss ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten, wenn es das allgemeine Beste erheischt. Die vielfältigen Nutzungen des Bodens führen zu Konkurrenz- und Konfliktsituationen, denen die Gesellschaft/der Gesetzgeber durch zahllose Regelungen begegnet. Hunderte Gesetze, tausende Verordnungen und Millionen Bescheide greifen von A bis Z, vom Agrarrecht bis zur Zwangsverwaltung, von Grundverkehrsregeln bis zur Kriegsgräberfürsorge, vom Flurzwang bis zum Verkehrswegebau in das Grundeigentum ein.<sup>8</sup> Eigentum als rechtloses Recht?

Nach der Rechtsprechung des VfGH<sup>9</sup> gilt Art 5 erster Satz StGG ebenso für Eigentumsbeschränkungen, auf die sich allerdings auch der im Art 5 zweiter Satz StGG festgelegte Gesetzesvorbehalt erstreckt: Der Gesetzgeber kann daher verfassungsrechtlich einwandfreie Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes der Unverletzlichkeit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt<sup>10</sup>.

Der Art nach lassen sich verschiedene Vorschriftengruppen und Typen von Eigentumsbeschränkungen unterscheiden:

- Bauvorschriften
- Bewirtschaftungsvorschriften
- Bodenbezogene Abgaben und Förderungen
- Duldungspflichten
- Enteignung
- Gemeingebrauch
- Genehmigungspflicht
- Gestaltungsvorschriften (Größe und Gestalt von Grundstücken)
- Leistungspflichten
- Nutzungsverbote
- Widmungsvorschriften
- Zwangsgemeinschaften

### Duldung des Betretens fremder Grundstücke

Der in der Einleitung geschilderte Fall ist unter die Duldungspflichten einzuordnen. Nach den Bestimmungen des Vermessungsgesetzes<sup>11</sup> sind Vermessungsbefugte berechtigt, jedes Grundstück zur Durchführung vermessungstechnischer Arbeiten zu betreten, zu befahren, behindernden Bewuchs zu beseitigen und Vermessungs- und Grenzzeichen anzubringen. Gleichartige Befugnisse stehen den Organen der Vermessungsbehörden zu<sup>12</sup>. Das Vermessungsgesetz beinhaltet darüber hinaus keine auf dieses Recht bzw. die Duldungspflicht des Grundeigentümers bezugnehmende Bestimmung.

In der Österreichischen Rechtsordnung finden sich zahlreiche ähnliche Duldungspflichten und gesetzliche Bestimmungen, die das Recht zum Betreten fremder Grundstücke einräumen.

Das beginnt schon beim **Gemeingebrauch**. Gemeingebrauch ist die Benützung eines Grundstückes durch jedermann unter den gleichen Bedingungen ohne behördliche Bewilligung und unabhängig vom Willen des über das Grundstück Verfügungsberechtigten<sup>13</sup>. Gemeingebrauch beruht auf öffentlichem Recht.<sup>14</sup> Für Straßen definiert beispielsweise das öö StraßenG<sup>15</sup>:

„Öffentliche Straßen können von jedermann bestimmungsgemäß unter den gleichen Bedingungen für Verkehrszwecke benützt werden (Gemeingebrauch).“ Über Bestand und Umfang dieser Benützung entscheiden die Verwaltungsbehörden<sup>16</sup>.

Eine im österreichischen Recht nicht geregelte Eigentumsbeschränkung stellt die Verpflichtung des Eigentümers dar, das Wenden des Pfluges des Nachbarn und das Umtreten des Zugviehs auf seinem Grund zu dulden, das sogenannte Pflugwenderecht. Das Kehr-, Pflug- oder Anwenderecht gehört zu den im ABGB nicht geregelten, auf örtlicher Übung beruhenden Eigentumsbeschränkungen privatrechtlicher Natur. Im Streitfall entscheidet der Richter.<sup>17</sup>

### Ausgestaltung der Normen

Bei der legislativen Gestaltung der (zahlreichen) Betretungsrechte sind folgende Grundmuster erkennbar:

#### *Variante 1*

Die weitestgehenden Einschränkungen der Eigentumsrechte stellen die Betretungsrechte im Wald- und Berggebiet und für touristische Zwecke dar, wonach **jedermann fremde Grundstücke** betreten und sich dort aufhalten darf. § 33 Abs 1 ForstG<sup>18</sup> bewirkt eine – im Interesse der Allgemeinheit liegende – gesetzliche Beschränkung des Waldeigentums, die für den Eigentümer eine bedeutsame Belastung darstellt<sup>19</sup>. Das öffentliche Interesse an der Waldbenützung liegt dem Wortlaut des § 33 Abs 1 ForstG und den EB zufolge im Erholungszweck. In den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Wegefreiheit im Bergland wird in erster Linie die Benützung von Privatgrundstücken (Privatwegen) zum Wandern, Bergsteigen und Schifahren geregelt, wobei meist das Ödland oberhalb des Waldgebietes von jedermann frei betreten (aber nicht befahren) werden darf. Diesbezügliche Regelungen finden sich ua in den Landesgesetzen über die Wegefreiheit im Bergland, LGBl Kärnten 1923/18; LGBl Salzburg 1970/31 idF 1977/87; LGBl Steiermark 1922/107; LGBl Oberösterreich 1921/93; Oberösterreichisches TourismusG LGBl 1989/81 idF LGBl 1997/15; Vorarlberger LandesstraßenG LGBl 1969/8; Tiroler NaturschutzG LGBl 1991/29; Tiroler FremdenverkehrG LGBl 1969/48; darüber hinaus wird in Tirol das Recht der Allgemeinheit auf Betreten und Nutzung der Berge für den Bergsport als Gewohnheitsrecht verstanden<sup>20</sup>; Niederösterr.

Fremdenverkehrsgesetz, LGBl 7400-0; Vorarlberger Sportgesetz, LGBl 1972/15;

#### Variante 2

Normierung eines Betretungsrechtes für bestimmte Personen und/oder Zwecke aber ohne nähere verfahrensmäßige Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzung. Beispielsweise begründet § 72 Abs 1 Wasserrechtsgesetz (WRG)<sup>21</sup> eine Leigalservitut, die eine vorübergehende und in einer die Substanz nicht beeinträchtigenden Weise die Benutzung benachbarter Grundstücke ohne Zustimmung des betroffenen Eigentümers und ohne wasserrechtliches Verfahren ermöglicht<sup>22</sup>. Weitere Regelungen finden sich zB in § 12 des Staatsgrenzgesetzes, BGBl 1974/9; § 72 des Wasserrechtsgesetzes 1959; § 29 Abs 5, § 52 Abs 2, § 79 sowie § 172 Abs 1 und 3 des Forstgesetzes 1975; § 18 Abs 1 des Forstlichen Vermehrungsgutgesetzes BGBl 1996/419; § 5 der Forstschutzverordnung, BGBl 1990/245; § 13 Abs 3 Z 1 Akkreditierungsgesetz, BGBl 1992/468 idF BGBl 1996/430 (hier als „betreten der Örtlichkeit“ bezeichnet); § 25 Abs 3 des Kärntner Akkreditierungs- und Baustoffzulassungsgesetzes, LGBl 1994/24; § 6 Abs 3 des Kärntner Rettungsdienst-Förderungsgesetzes, LGBl 1992/96; § 8 Abs 6 und § 29 des Salzburger Abfallgesetzes 1991, LGBl 1991/65; § 40 Abs 3 und § 94 Abs 2 Kärntner Abfallwirtschaftsordnung, LGBl 1994/34; Flurverfassungs-Landesgesetze, zB § 3 Abs 3 und § 6 Abs 4 des Salzburger Flurverfassungs-Landesgesetzes 1973, LGBl 1973/1 idF LGBl 1988/61; § 78 Abs 1 Tiroler Flurverfassungslandesgesetz 1996, LGBl 1996/74 und § 6 Abs 4 Kärntner Flurverfassungs-Landesgesetz 1979, LGBl 1979/64; Güter- und Seilwege-Landesgesetze, zB (Tiroler) Güter- und Seilwege-Landesgesetz, LGBl 1970/40; § 4 Abs 1 und § 43 Abs 1 Vermessungsgesetz, BGBl 1968/306 idF I 1997/30

#### Variante 3

Duldungspflicht des Betretens und der sonstigen Benützung eines Grundstückes auf **Anordnung** eines amtlichen oder behördlichen Organs. So hat nach § 19 Abs 1 lit c der Salzburger Feuerpolizeiordnung 1973<sup>23</sup> jedermann über Aufforderung der Feuerpolizeibehörde das Betreten und die sonstige Benützung seiner Grundstücke und Baulichkeiten zu dulden. Ähnlich zB auch § 20 Abs 2 des (Salzburger) Katastrophenhilfegesetzes LGBl 1975/3.

#### Variante 4

Auferlegung der Duldungspflichten durch ein **gesondertes behördliches Verfahren**. Auf An-

trag eines Anlagenbetreibers hat die Behörde gemäß § 49 Abs 7 Forstgesetzes diesem das Betreten des Waldes zur Vornahme von Messungen zwecks Ermittlung der Grundbelastung an forstschädlichen Luftverunreinigungen zu bewilligen. Der Waldeigentümer ist verpflichtet, das Betreten des Waldes und die Vornahme von Messungen zu dulden. ZB auch § 16 Abs 1 des Salzburger Landesstraßengesetzes 1972, LGBl 1972/119

#### Variante 5

Gesondertes behördliches Verfahren nur dann, wenn der Eigentümer das Betreten seines Grundstückes verwehrt. Mit der Bewilligung der zum Bau erforderlichen Vorarbeiten ist nach § 16 Abs 4 EisenbahnG<sup>24</sup> das Recht verbunden, auf fremden Liegenschaften die erforderlichen Arbeiten vorzunehmen. § 16 Abs 5 räumt dem betroffenen Grundeigentümer ein besonderes Verfahren zur Sicherung seiner Rechte ein. Verweigert er nämlich das Betreten der Liegenschaft, so entscheidet **auf Antrag** eines Beteiligten die Bezirksverwaltungsbehörde in einem eigenen Verfahren über die Zulässigkeit der Arbeiten<sup>25</sup>. Gleichartige Regelungen finden sich ua in § 49 Abs 7 des Forstgesetzes 1975; § 9 Hydrographiegesetz, BGBl 1979/58, idF BGBl 1990/252; § 62 WasserrechtsG; § 16 Abs 1 des Salzburger Landesstraßengesetzes 1972, LGBl 1972/119

#### Variante 6

**Sanktion** (Verwaltungsübertretung) wenn der Grundeigentümer das Betreten seines Grundstückes hindert. Nach § 12 Abs 1 des Salzburger Gassicherheitsgesetzes<sup>26</sup> ist den Organen der Behörde im erforderlichen Ausmaß Zutritt zu Grundstücken und Räumen zu gewähren. Wer den Organen der Behörde oder des Gasverteilunternehmens den Zutritt zu den Gasanlagen verwehrt, begeht nach § 16 Abs 1 Z 8 eine Verwaltungsübertretung. Ähnlich § 174 Abs 1 lit b Z 4 bis 7 des Forstgesetzes 1975.

### Betretungsrechte nach dem Baurecht

Sowohl die Ausarbeitung der erforderlichen Pläne als auch die Baudurchführung selbst machen es unter Umständen notwendig, fremden Grund zu betreten und in eingeschränktem Umfang auch vorübergehend zu benützen. Auch wenn ein Gebäude errichtet ist kann es notwendig sein, Nachbargrund zu Instandhaltungsarbeiten oder zu Abbrucharbeiten zu betreten und zu benützen. Die Bauordnungen der Länder enthalten daher vielfältige Duldungspflichten und Be-

tretungsrechte, die zwar Gemeinsamkeiten aufweisen, im Detail aber doch zahlreiche Abweichungen enthalten. Meist folgen die Regelungen dem Schema der Variante 5 und 6.

### **Vorarbeiten zur Erstellung der Flächenwidmungs- und Bebauungspläne**

§ 47 Abs 1 der Wiener Bauordnung<sup>27</sup> legt dem Eigentümer Duldungspflichten auf, wenn bei Durchführung von technischen Vorarbeiten zur Verfassung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne das Betreten von Grundstücken und Gebäuden, die zeitweilige Beseitigung von Hindernissen, die diesen Arbeiten entgegenstehen, oder die Anbringung oder die Versetzung von Vermarktungszeichen notwendig ist. Wird von einem Eigentümer oder sonstigen Beteiligten Einwendung gegen eine solche Inanspruchnahme des Grundstückes oder Gebäudes erhoben, entscheidet über die Notwendigkeit und Zulässigkeit der beabsichtigten Handlung der Magistrat endgültig.

§ 68 Abs 5 der Niederösterreichischen Bauordnung<sup>28</sup> bestimmt ähnlich: „Die Eigentümer haben das Betreten ihrer Liegenschaften durch den Verfasser des Bebauungsplans oder dessen Beauftragten sowie die erforderlichen Vermessungen und sonstigen Feststellungen zu gestatten.“ Die Verpflichtung, Vorarbeiten zu dulden, enthalten in unterschiedlicher Form auch die OÖ Bauordnung 1994<sup>29</sup>, die Kärntner Bauordnung 1996<sup>30</sup>, das Burgenländische Baugesetz 1997<sup>31</sup>, und das (Vorarlberger) Baugesetz<sup>32</sup>.

### **Bau- und Instandsetzungsarbeiten**

Die Eigentümer der Nachbarliegenschaften sind nach § 126 Abs 1 WBO verpflichtet, die anlässlich einer Bauführung oder Instandsetzung notwendigen, ohne Benützung des Nachbargrundes oder des darüber befindlichen Luftraumes nicht möglichen oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglichen Arbeiten einschließlich der nötigen Sicherungsmaßnahmen, wie etwa Pölzungen und Unterfangungen, gegen Ersatz des erlittenen Schadens auf ihrer Liegenschaft zu gestatten. Über die Berechtigung und den Umfang der Duldungsverpflichtung entscheidet im Streitfall auch hier die Baubehörde (§ 126 Abs 3 WBO). Gleichartige Duldungspflichten enthält die NÖ Bauordnung 1996<sup>33</sup>, das (Salzburger) Baupolizeigesetz 1997<sup>34</sup> und das Steiermärkische Baugesetz<sup>35</sup>.

### **Überwachung durch Baubehörde**

Den Vertretern der Behörde ist nach § 127 Abs 8 der Wiener Bauordnung jederzeit der Zutritt zur Baustelle zu gestatten. Das Betretungsrecht für Organe der Baubehörde ist ua auch in § 27 Abs 1, § 33 Abs 3 NÖ BO, § 37 Stmk BauG und § 32 Abs 1 der Tiroler Bauordnung 1998<sup>36</sup> normiert.

### **Zusammenfassung der Regelungen der Bauordnungen**

Die Bauordnungen der Länder enthalten also weitgehend ähnliche Regelungen, wenn auch im Detail mit zahlreichen Abweichungen. In der Regel hat der Eigentümer eines Grundstückes das Betreten seines Grundstückes für Planungsarbeiten und für Überwachungen durch Organe der Behörde zu dulden. Der Eigentümer des Nachbargrundstückes hat die (vorübergehende) Inanspruchnahme seines Grundstückes für mit dem Bau zusammenhängende Maßnahmen zu dulden.<sup>37</sup> Verweigert er die Zustimmung, so entscheidet die Behörde über Notwendigkeit und Ausmaß der Grundinanspruchnahme. Einzelne Bauordnungen sehen vor, dass die Baubehörde schon im Baubewilligungsverfahren über die Zulässigkeit der Durchführung von Arbeiten auf dem Nachbargrundstück zu entscheiden hat, wenn die Notwendigkeit schon im Bewilligungsverfahren offenbar wird. Schäden sind dem belasteten Grundeigentümer zu ersetzen.<sup>38</sup>

Bei den im Baurecht geregelten Duldungspflichten im Zusammenhang mit Baumaßnahmen auf dem Nachbargrund handelt es sich dem (zivilrechtlichen) Nachbarrecht nachgebildete Vorschriften, die aber im öffentlich-rechtlich Bereich<sup>39</sup> durchzusetzen sind. Unter dem Gesichtspunkt des Art 6 MRK ist die Zuständigkeit der Baubehörde nicht unbedenklich<sup>40</sup>.

### **Rechtsdurchsetzung**

Wesentlich unklarer ist die Rechtsdurchsetzung bei anderen der erwähnten Betretungsrechte. Die **Rechtsprechung** und **Lehre** zu diesem Problemkreis ist dürftig und in sich widersprüchlich, was an Hand der §§ 62 und 72 WRG gezeigt werden kann. Während der Verwaltungsgerichtshof<sup>41</sup>, die Ansicht vertritt, dass die Duldungsverpflichtung nach § 72 WRG erst auf Grund eines sie konkretisierenden Bescheides eintritt (ohne sich mit der Frage näher auseinanderzusetzen, auf welcher Rechtsgrundlage die

ser Bescheid erlassen werden kann) kommt der Oberste Gerichtshof<sup>42</sup>, zur Schlussfolgerung, dass es sich bei der Duldungspflicht des § 72 WRG um einen privatrechtlichen Anspruch handelt, der vor den ordentlichen Gerichten durchzusetzen ist.

Nach Krzizek<sup>43</sup> unterscheidet sich das in § 72 WRG geregelte Recht von dem in § 62 WRG behandelten Recht zur Benutzung fremder Grundstücke zur Herstellung und Instandhaltung von Wasseranlagen insbesondere dadurch, dass es nicht durch Bescheid der Wasserrechtsbehörde begründet wird, sondern kraft Gesetzes besteht. Widersetzt sich der Eigentümer der Ausübung dieses Rechtes, kann vom **Berechtigten** die Hilfe der Wasserrechtsbehörde in Anspruch genommen werden. Nach Ansicht von Krzizek ist der Bescheid der Wasserrechtsbehörde eine Polizeiverfügung, die nach den Bestimmungen des § 5 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes 1950 vollstreckt werden kann.

Nach Auffassung von Raschauer<sup>44</sup> beinhaltet § 72 WRG eine kraft Gesetzes wirkende **öffentlich-rechtliche** Duldungspflicht und hat der **Verpflichtete** einen Rechtsanspruch auf Erlassung eines (Feststellungs-)Bescheides. Raschauer leitet diesen Anspruch indirekt vom Antragsrecht nach § 72 Abs 3 WRG, einen Analogieschluss zu § 9 Abs 2 Hydrographiegesetz und der notwendigen Bestimmtheit für eine Verwaltungsstrafe gemäß § 137 Abs 1 lit g WRG ab.

Barfuß<sup>45</sup> folgert aus der allgemeinen Verordnungscompetenz der Verwaltungsbehörden nach Artikel 18 Abs 2 B-VG und aus der Pflicht der Verwaltungsbehörden zur Vollziehung des betreffenden Gesetzes, dass sich daraus ergäbe, dass die Verwaltungsbehörden das Gesetz mit allen legalen Mitteln zu vollziehen haben, insbesondere auch mit Hilfe des Bescheides, wenn dieser entweder ausdrücklich vorgeschrieben ist, oder aber, ohne das Gesetz zu verletzen, zur Vollziehung des Gesetzes sinnvollerweise herangezogen werden muss.

Soweit Barfuß die administrative Durchsetzung gesetzlicher Gebote oder Verbote durch eine auf § 8 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes gestützte einstweilige Verfügung erreichen möchte, ist festzuhalten, dass eine derartige Verfügung nur von der Vollstreckungsbehörde – im Regelfall also der Bezirksverwaltungsbehörde – zur Sicherung einer bereits feststehenden oder wahrscheinlichen Leistung – getroffen werden kann.

Gerade der Vergleich zwischen den Regelungen der §§ 62 und 72 WRG legt es nahe, davon

auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst eine Differenzierung vorgenommen hat. §§ 60 bis 72 WRG behandeln verschiedene Zwangsrechte, wobei die im § 60 Abs 1 lit a bis c WRG angeführten Rechte (lit a Öffentlicherklärung von Privatgewässern; lit b Verpflichtung zur Duldung von Vorarbeiten (§ 62) und lit c Enteignung) durch Bescheid der Wasserrechtsbehörde begründet werden. Dagegen stehen die Benützungrechte nach § 60 Abs 1 lit d, insbesondere das Recht nach § 72 WRG, fremde Grundstücke im Umfang des in dieser Gesetzesstelle angeführten Kataloges zu betreten und zu benutzen, schon auf Grund des Wasserrechtsgesetzes zu. Der Berechtigte wäre nur dann gehalten, sich im Sinne des § 62 WRG an die Wasserrechtsbehörde zu wenden, wenn ihm nicht die unmittelbare durch das Gesetz eingeräumte Benutzungsbefugnis des § 72 WRG zustatten kommt<sup>46</sup>. Es kann daher nicht von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgegangen werden.

### Zurück zum Ausgangsfall:

Das in § 43 Abs 1 VermG normierte Recht zum Betreten und Benützen fremder Grundstücke ist den in § 72 Abs 1 des Wasserrechtsgesetzes begründeten Duldungspflichten sehr ähnlich gestaltet. Dieses auch als „Legalservitut“ bezeichnete Recht ermöglicht eine Benützung benachbarter Grundstücke ohne Zustimmung des Eigentümers und ohne gesondertes Verfahren. Solche von einer Eintragung im Grundbuch unabhängigen Einschränkungen des Eigentumsrechtes wirken ähnlich wie Dienstbarkeiten; sie geben dem Berechtigten eine Sacheinwendung gegen die Eigentumsfreiheitsklage und die Besitzstörungsklage. Bei der Regelung des § 43 Abs 1 VermG handelt es sich um eine Eigentumsbeschränkung privatrechtlicher Natur, welche einer dinglichen Verpflichtung gleichzusetzen ist.

Zweck der Bestimmung ist es, die möglichst rasche und reibungslose Durchführung der Vermessungsarbeiten zu sichern, die wegen vorübergehender und verhältnismäßig geringfügiger Eingriffe in das Eigentumsrecht Dritter nicht aufgehalten werden sollen. Zur Duldung verpflichtet ist der Grundeigentümer, Berechtigter ist der Vermessungsbefugte.

Im Falle der Weigerung eines Grundeigentümers kann die Bestimmung des § 43 VermG nicht in der Form vollzogen werden, dass die zuständige Behörde – das Vermessungsamt? – ein Verwaltungsverfahren durchführt und einen Bescheid gegen den Grundeigentümer erlässt, weil

die Vermessungsbehörde auf der derzeitigen gesetzlichen Regelung keine Grundlage für einen derartigen Bescheid hat.

Denkbar wäre allenfalls ein Feststellungsbescheid, der nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einer Verwaltungsbehörde im Rahmen ihrer örtlichen und sachlichen Zuständigkeit erlassen werden kann, wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse oder im rechtlichen Interesse einer Partei liegt und die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen. Ein Feststellungsbescheid ist jedoch unzulässig, wenn die strittige Frage im Rahmen eines anderen gesetzlich vorgesehenen Verfahrens entschieden werden kann.

Nach den vom OGH in SZ 66/12 dargelegten Grundsätzen der Zuweisung einer Rechtssache zum Bereich des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts handelt es sich beim Eigentumsrecht des durch ein Legalservitut Belasteten jedenfalls um ein „civil right“ im Sinne des Artikels 6 Abs 1 Satz 1 der Menschenrechtskonvention, sodass bei verfassungskonformer Interpretation im Zweifel die Kompetenz des Gerichtes anzunehmen ist. Auf der Grundlage des geltenden Vermessungsgesetzes kann das Vermessungsamt keinen Duldungs- oder Feststellungsbescheid im Zusammenhang mit dem Betretungsrecht des § 43 Abs 1 VermG erlassen.<sup>47</sup>

Den Vermessungsbefugten wird mit dieser Befugnis ein Recht zur Vornahme bestimmter Eingriffe in die fremde Rechtssphäre eingeräumt. Ohne diese Bestimmung wären die genannten Eingriffe rechtswidrig; der Grundeigentümer wäre nicht verpflichtet, das Betreten seines Grundstückes und die anderen Beeinträchtigungen seines Eigentumsrechtes zu dulden. Ob die Bestimmung ausreicht, das Betretungsrecht unter Mitwirkung der Sicherheitswache und der Gendarmerie durchzusetzen, ist strittig.

Aus § 43 Abs 1 VermG ergibt sich daher, dass die dort genannten Eingriffe, wenn sie von Vermessungsbefugten zur Durchführung ihrer vermessungstechnischen Arbeiten notwendig sind, rechtmäßig sind. Der Vermessungsbefugte kann sich gegen eine allfällige Besitzstörungsklage oder eine Eigentumsfreiheitsklage des Grundeigentümers unter Berufung auf das sich aus § 43 Abs 1 ergebende Recht zum Betreten und Benützen fremder Grundstücke zur Wehr setzen.<sup>48</sup>

In der Praxis hat diese Bestimmung bisher keine ernsthaften Schwierigkeiten aufgeworfen und es war fast immer möglich, eine gütliche Einigung herbeizuführen oder die Vermessung ohne Benützung der Grundstücke widerstreiten-

der Eigentümer durchzuführen. Soweit sich ein Grundeigentümer aber beharrlich der vorübergehenden Inanspruchnahme seines Grundstückes widersetzt wird der Vermessungsingenieur gut beraten sein, sich auf die Duldungspflichten der Bauordnung zu berufen und erforderlichenfalls die Hilfe der Baubehörde in Anspruch nehmen.

*Anschrift des Autors:*

Univ.-Doz.Dipl.-Ing.Dr.jur. Christoph Twaroch: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Landstraßer Hauptstraße 55, A-1031 Wien. E-Mail: christoph.twaroch@bmwa.gv.at

<sup>1</sup> BGBl 1968/306 iDF I 1997/30

<sup>2</sup> 21.Dezember 1867, RGBl. 142

<sup>3</sup> vgl ua Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage, RZ 1368ff

<sup>4</sup> BGBl 1958/201 (seit 1964 im Verfassungsrang)

<sup>5</sup> §§ 353 f ABGB

<sup>6</sup> § 354 ABGB; subjektives Eigentum

<sup>7</sup> Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, 11. Auflage, 247f; Spielbücher in Rummel, ABGB<sup>2</sup>, 380ff ua

<sup>8</sup> vgl die Übersichten bei Klang in Klang, II 155ff; Dittrich-Tades, ABGB, 35. Auflage, 482f; Binder ua, Bodenordnung in Österreich, 33f; Twaroch, Organisation des Katasters, 8ff

<sup>9</sup> VfSlg 6780/1972, 9189/1981 u 11.402/1987

<sup>10</sup> VfSlg 9189/1981, 9911/1983 u 9998/1984

<sup>11</sup> § 43 Abs 1 VermG

<sup>12</sup> § 4 Abs. 1 VermG

<sup>13</sup> vgl OGH 9 Ob 505/95, 7 Ob 2433/96m; ähnlich Spielbücher in Rummel<sup>2</sup>, Rz 4 zu § 287 ABGB

<sup>14</sup> Merli, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch 366 mit zahlreichen Nachweisen

<sup>15</sup> § 6 Abs 1 od StraßenG 1991

<sup>16</sup> OGH 29. 10. 1997, 5 Ob 106/97t; Spielbücher in Rummel, ABGB<sup>2</sup>, Rz 6 zu § 287 mwN

<sup>17</sup> OGH 17. 2. 1982, 1 Ob 502/82 = SZ 55/19.

<sup>18</sup> BGBl 1987/576

<sup>19</sup> EB zur RV 1266 BlgNR 13. GP; Reindl, Die Wegfreiheit im Wald, ZVR 1977, 193

<sup>20</sup> Gschnitzer – Faistenberger – Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts<sup>2</sup>, 32

<sup>21</sup> BGBl 1959/215idF BGBl 1990/252

<sup>22</sup> VwGH 5. 12. 1989, VwSlg 13.077 A

<sup>23</sup> LBGl 1973/118

<sup>24</sup> BGBl 1957/60 iDF 1992/452

<sup>25</sup> VwGH 92/03/0121 u 94/03/0192

<sup>26</sup> LGBl 2000/82

<sup>27</sup> LGBl 1930/11 iDF 1998/61

<sup>28</sup> NÖ BO, LGBl 1996/129 iDF 1999/108

<sup>29</sup> § 15 Abs 1 LGBl 1994/66 iDF LGBl 1998/70: „Die Eigentümer und die sonst Berechtigten haben die vorübergehende Benützung von Grundstücken und baulichen Anlagen zur Erstellung der nach diesem Landesgesetz erforderlichen Pläne, zur Ausführung von Bauvorhaben, zu Instandhaltungsarbeiten oder zur Behebung von Baugebrechen einschließlich der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zu dulden, wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unzumutbar hohen Kosten durchgeführt werden können und der widmungsgemäße Gebrauch der in Anspruch genommenen Grundstücke oder baulichen Anlagen dadurch keine unverhältnismäßige Behinderung erfährt.

<sup>30</sup> § 48 LGBl 1996/62: „(1) Die Grundeigentümer haben das Betreten ihrer Grundstücke zu gestatten, wenn dies zur Erstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne notwendig ist. (2) Die Grundeigentümer haben die Benützung ihrer Grundstücke zu gestatten, wenn ein Vorhaben, eine Instand-

setzung oder eine Beseitigung anders nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Kosten ausgeführt werden kann. (3) Die Behörde hat auf Antrag Art, Umfang und Dauer der Benützung festzusetzen; dabei sind die Interessen der Grundeigentümer möglichst zu schonen.“

<sup>31</sup> § 12 LGBl 1998/10: „(1) Der Eigentümer angrenzender Grundstücke hat das Betreten und die vorübergehende Benützung seiner Grundstücke oder Gebäude zur Herstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne, zur Durchführung von Bauvorhaben, zu Ausbesserungs- und Instandhaltungsarbeiten oder zur Beseitigung von Baugebrechen nach vorhergehender rechtzeitiger Verständigung zu dulden, wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten durchgeführt werden können. (2) Wird die Inanspruchnahme verweigert, hat die Baubehörde über Notwendigkeit und Umfang der Benützung fremden Eigentums zu entscheiden.“

<sup>32</sup> § 19 Abs 1 LGBl 1972/39: „Das Betreten und die vorübergehende Benützung fremder Grundstücke und Bauwerke ist durch deren Eigentümer zu dulden, wenn es zur Herstellung der nach diesem Gesetz erforderlichen Pläne, zur Durchführung von Bauvorhaben einschließlich der Beförderung von Baumaterialien, zu Erhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten sowie zur Beseitigung von Baugebrechen notwendig ist und wenn diese Arbeiten auf andere Weise nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Mehrkosten durchgeführt werden könnten.“ Falls der Eigentümer die Inanspruchnahme seines Grundstückes oder Bauwerkes verweigert, hat die Behörde über die Notwendigkeit und den Umfang solcher Arbeiten zu entscheiden. (Abs 2)

<sup>33</sup> § 7 Abs 1 NÖ BO, LGBl 1996/129 idF 1999/108: „Die Eigentümer müssen die vorübergehende Benützung ihrer Grundstücke und Bauwerke sowie des Luftraumes über diesen durch die Eigentümer der Nachbargrundstücke und deren Beauftragte dulden, wenn diese nur so oder anders nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten Baupläne verfassen, Bauwerke errichten, Erhaltungsarbeiten durchführen oder Baugebrechen beseitigen können.“

<sup>34</sup> § 6 Abs 1 LGBl 1997/40 idF 2000/82: „Ist zur Vornahme von Vorarbeiten zur Herstellung der im § 5 angeführten Unterlagen eine vorübergehende Inanspruchnahme fremder Liegenschaften notwendig und weigert sich der Eigentümer bzw. Besitzer oder Inhaber ohne triftigen Grund, solche Vorarbeiten vornehmen zu lassen, so kann die Baubehörde auf Antrag für eine bestimmte, dem Erfordernis angemessene Frist die Bewilligung zur Vornahme derartiger Vorarbeiten erteilen. Diese Bewilligung berechtigt, im erforderlichen Ausmaß und unter möglichster Schonung fremde Liegenschaften zu betreten und auf ihnen Grunduntersuchungen und sonstige technische Arbeiten vorzunehmen, sowie solchen Arbeiten entgegenstehende kleinere Hindernisse zu beseitigen. Über Einwendungen gegen die Notwendigkeit und Zulässigkeit einzelner vorzunehmender Handlungen entscheidet die Baubehörde.“ Bei der Ausführung einer baulichen Maßnahme sowie bei allen Instandsetzungen gelten hinsichtlich der hierfür erforderlichen Inanspruchnahme fremder Liegenschaften nach § 14 Abs 1 die Bestimmungen des § 6 sinngemäß.

<sup>35</sup> § 36 Abs 1 LGBl 1995/59: „Bei der Herstellung, Erhaltung und beim Abbruch von baulichen Anlagen im Bereich der Grundgrenze hat der Eigentümer eines Grundstückes oder von baulichen Anlagen gegen Ersatz des Schadens zu dulden, dass sein Grundstück oder seine baulichen Anlagen vom Nachbargrundstück aus im unbedingt erforderlichen Ausmaß

betreten und die notwendigen Gerüste aufgestellt werden, wenn sonst die Herstellungs-, Erhaltungs- und Abbrucharbeiten von baulichen Anlagen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand bewerkstelligt werden können. Wird die Inanspruchnahme verweigert, hat die Behörde über Notwendigkeit, Umfang und Dauer der Benützung des fremden Grundstückes zu entscheiden“ (Abs 2).

<sup>36</sup> § 32 Abs 1 LGBl 1998/15: „Zum Zweck der Durchführung der Bauaufsicht sind die Organe der Behörde berechtigt, den Bauplatz zu betreten und die Baustelle zu besichtigen.“ u § 34 Abs 1: „Die Eigentümer der Nachbargrundstücke und die sonst hierüber Verfügungsberechtigten haben das Betreten und Befahren sowie die sonstige vorübergehende Benützung dieser Grundstücke und der darauf befindlichen baulichen Anlagen zum Zweck der Ausführung eines Bauvorhabens, der Durchführung von Erhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen oder der Behebung von Baugebrechen einschließlich allfälliger Sicherungsarbeiten im unbedingt notwendigen Ausmaß zu dulden. Diese Verpflichtung umfasst auch die Durchführung von Grabungsarbeiten und die Anbringung von Verankerungen und Stützelementen und dergleichen...“ Stimmt der Eigentümer oder der sonst Verfügungsberechtigte der Durchführung der Bauarbeiten nicht ausdrücklich zu, so hat die Behörde auf Antrag des Bauherrn bzw. des Eigentümers der betreffenden baulichen Anlage mit schriftlichem Bescheid über die Zulässigkeit der Durchführung der Bauarbeiten zu entscheiden. (Abs 3). Die Organe der Behörde sind berechtigt, zum Zweck der Wahrnehmung der Aufgaben nach den §§ 36, 37 und 38 den Bauplatz und alle Teile von baulichen Anlagen zu betreten. (§ 39 Abs 2)

<sup>37</sup> Nach § 14 Abs 2 Salzburger BaupolizeiG kann der Nachbar auch zur Duldung bleibender Inanspruchnahmen verhalten werden, wenn die Inanspruchnahme geringfügig, der hieraus erwachsende Nachteil unbedeutend und weitaus überwiegendes Interesse des Bauführers gegeben ist

<sup>38</sup> Die Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes ist meist (anders ua § 126 Abs 2 Wiener BauO, § 14 Abs 2 Salzburger BauPolG u § 36 Abs 2 Stmk BauG) der Baubehörde übertragen; mit Rücksicht auf Art 6 MRK sehen die Bauordnungen aber eine Berufung an die unabhängigen Verwaltungssenate oder einen sukzessiven Übergang der Entscheidung an die Zivilgerichte vor

<sup>39</sup> Fehlt eine Zuständigkeitsregelung der Baubehörde zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ist die Zuordnung zum öffentlichen Recht nicht unumstritten. So hat der OGH in SZ 45/95 = EvBl 1973/5 festgestellt, dass der dem Grundeigentümer durch § 13 stmk BauO (also vor Erlassung des Stmk BauG) eingeräumte **privatrechtliche** Anspruch auf Benützung des Nachbargrundstücks zur Vornahme von Erhaltungsarbeiten an seinem Haus mit Klage im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen ist.

<sup>40</sup> Hauer, Kärntner Baurecht<sup>3</sup> 263

<sup>41</sup> Zl. 92/07/0023 vom 26. Juni 1992

<sup>42</sup> 1 Ob 44/92 = SZ 66/12

<sup>43</sup> Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, Seite 294

<sup>44</sup> Wasserrecht, RZ 1 u 8 zu § 72 WRG

<sup>45</sup> Zum Problem der Durchsetzung gesetzlicher Anordnungen im Verwaltungsverfahren, JBl 1971, 602

<sup>46</sup> OGH 1 Ob 44/92 = SZ 66/12

<sup>47</sup> aA Cronenberg, Wie setzen Vermessungsbefugte ihr Recht, fremde Grundstücke zu betreten, im Streitfall durch, Nachrichten der IK 1983/2

<sup>48</sup> LG ZRS Graz, 24. Nov. 1998, 6R413/98b