

# Das neue Nachbarrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung\*

## 1. Grundsätze des Nachbarrechts

1.1. An sich ist jeder Eigentümer nach § 354 ABGB berechtigt, mit seiner Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen von ihrer Nutzung auszuschließen. Es liegt aber auf der Hand, dass bei Liegenschaften eine willkürliche Nutzung – man denke etwa an Lärm oder Gestank – im dichter besiedelten Gebiet an Grenzen stoßen muss. Umgekehrt soll auch nicht jedes nach außen dringende Geräusch gleich untersagt werden können. Ein sinnvolles Zusammenleben setzt daher einen Kompromiss voraus.

1.2. Dieser Kompromiss findet sich seit 1916 in § 364 Abs 2 ABGB: Die vom Nachbargrund ausgehenden Einwirkungen durch so genannte Immissionen kann der Eigentümer erst untersagen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind: 1.) Die Immission muss das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten; 2.) sie muss die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Unter diesen Voraussetzungen besteht ein dinglicher – also verschuldensunabhängiger – Unterlassungsanspruch.

Unter Immission versteht das Gesetz nach § 364 Abs 2 ABGB das mittelbare Eindringen unwägbarer oder zumindest nicht grobkörperlicher Stoffe, also Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und Ähnliches. Auch Hühner hat der OGH in ländlichen Gegenden noch Immissionen gleichgehalten (2 Ob 74/49),<sup>1</sup> Katzen in einer jüngst ergangenen Entscheidung nicht mehr (2 Ob 167/07h;<sup>2</sup> ihr Eindringen kann also jedenfalls untersagt werden; anders aber noch 8 Ob 94/01h).

Andere Beispiele für Untersagbarkeit: Wiederholte und empfindliche Störung der Nachtruhe (5 Ob 219/07b);<sup>3</sup> regelmäßig wiederkehrende, den ordnungsgemäßen Gebrauch erheblich beeinträchtigende Überflutung von Räumlichkeiten (1 Ob 263/06t).<sup>4</sup> Nicht untersagbar sind dagegen: Mobilfunkwellen (7 Ob 101/07i);<sup>5</sup> elektrische, allenfalls durch besonders sensible Personen wahrnehmbare Felder einer Starkstromleitung (2 Ob 545/89);<sup>6</sup> Holzschneiden für den Eigenbedarf mit einer Kreissäge in einer Wohngegend mit Gärten (6 Ob 109/98t);<sup>7</sup> im Siedlungsgebiet unvermeidliche Folgen baulicher Maßnahmen (8 Ob 523/92<sup>8</sup> ua).

1.3. Unmittelbare Zuleitungen sind keine Immissionen und daher nach § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB unabhängig von der Ortsüblichkeit immer untersagbar, etwa solche durch Abwasserrohre (6 Ob 115/65)<sup>9</sup> oder auch das Setzen von

Kletterpflanzen, die zum Nachbarn streben (Veitschi; 6 Ob 255/00v<sup>10</sup> ua).

1.4. Überhaupt nicht untersagbar sind „ideelle“ Einwirkungen,<sup>11</sup> also Beeinträchtigungen des ästhetischen Empfindens beim Hinüberschauen. Das gilt sowohl für Architektur<sup>12</sup> als auch für Gerümpel oder Müll beim Nachbarn. In Geschmacksfragen mischt sich das Zivilrecht nicht ein.

1.5. Grundsätzlich nicht untersagbar sind so genannte „negative Einwirkungen“ wie der Entzug von Licht, Luft oder Aussicht. Das gilt noch immer uneingeschränkt für die Verursachung durch genehmigte Gebäude.<sup>13</sup> Hier besteht nur die Möglichkeit, mit dem Nachbarn eine Dienstbarkeit zu vereinbaren (vgl § 476 Z 10 und 11 ABGB). Dahinter steht die Überlegung, dass keine Immission vorliegt, wenn nichts herüberkommt.<sup>14</sup> Außerdem tragen bei Gebäuden Baugenehmigungen und Bebauungspläne diesen Gesichtspunkten ohnehin Rechnung.

## 2. Änderungen durch das ZivRÄG 2004

Diesen Grundsatz der Nichtuntersagbarkeit negativer Einwirkungen hat das Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 (BGBl I 2003/91; in Kraft seit 1. 7. 2004) für den Entzug von Licht und Luft durch Bäume und andere Pflanzen durchbrochen. Motiv für die Novelle waren die Einwirkungen, die von fremden Bäumen und Pflanzen ausgehen, angefangen von den Belastungen durch Laub, Nadeln und andere natürliche Folgen von Gewächsen („positive Immissionen“) bis hin zum Schattenwurf („negative Immissionen“). Diese stünden – so die ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 3 – im Zentrum nachbarlicher Auseinandersetzungen.

Abhilfe schaffen sollen einerseits der neue § 364 Abs 3 ABGB, der unter bestimmten Voraussetzungen Unterlassungsansprüche gegen unzumutbaren Schattenwurf fremder Pflanzen eröffnet, andererseits eine Modifizierung des § 422 ABGB, der den Überwuchs (Überhang) fremder Äste und Wurzeln regelt. Außerdem wurde ein Rücksichtnahmegebot zwischen Nachbarn eingeführt.

2.1. Zentrale Norm der Novelle ist § 364 Abs 3 ABGB, der gedanklich an die Untersagbarkeit normaler Immissionen nach Abs 2 anknüpft. Abs 3 lautet:

„Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder

Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen. ...“

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage muss die unzumutbare Beeinträchtigung gravierender sein als die wesentliche Beeinträchtigung des Abs 2 (vgl auch 8 Ob 99/06a; 10 Ob 87/07b). Begründung: Negative Immissionen (also vor allem der Schattenwurf, aber auch die Beeinträchtigung der Durchlüftung eines Grundstücks) wiegen in aller Regel weniger schwer als positive Einwirkungen. Schattenwurf durch Gebäude ist entgegen ursprünglichen Entwürfen nicht untersagbar (meines Erachtens zu Recht, weil das öffentliche Recht ohnehin Abstandsvorschriften im Interesse der Nachbarn vorsieht, denen das Zivilrecht nicht ins Handwerk pfuschen sollte).

Bei der Beurteilung des Maßes der Immission und der Unzumutbarkeit soll es nach den Erläuterungen (173 BgNR 22. GP, 12) auf folgende Kriterien ankommen: Art, Widmung und Nutzung der benachbarten Grundstücke (Industriegrund, Garten, Fremdenverkehr); Lage (Kleingartengebiet, waldreiche Gegend, Nachbarschaft von Alleebäumen); Grundstücksgröße (je größer das Grundstück, desto eher sei eine Beschattung hinzunehmen, weil damit insgesamt gesehen die Liegenschaft weniger belastet sei – meines Erachtens höchst problematisch, weil dann der Erwerber einer besonders kleinen Liegenschaft von seinen Nachbarn eher Unterlassung begehren könnte).

Beschattung schmaler Grundstücksstreifen oder Entzug von Aussicht durch eine Hecke soll im Allgemeinen (also vorbehaltlich der besonderen Umstände des Einzelfalls) keine unzumutbare Beeinträchtigung sein. Dagegen werde die Schwelle des Abs 3 im Allgemeinen wohl überschritten, wenn fremde Gewächse die körperliche Sicherheit des Nachbarn beeinträchtigen (man fragt sich: durch Immissionen, also Laubabwurf oder Schatten?), wenn nicht nur ein kleiner Grundstreifen, sondern größere Teile des Grundstücks wegen des fehlenden Lichteinfalls versumpfen, vermoosen oder sonst unbrauchbar werden, wenn fremde Bäume auch zu Mittag eines helllichten Sommertages eine künstliche Beleuchtung der Räume im angrenzenden Haus notwendig machen oder wenn der Schattenwurf zur völligen Unbrauchbarkeit einer schon bestehenden Solaranlage führt.

Positive Immissionen von Pflanzen sollen künftig als Einwirkungen nach Abs 2 qualifiziert werden können (ErlRV 173 BgNR 22. GP, 13), sie würden aber nur ausnahmsweise das Maß des Abs 2 übersteigen. Das gelte auch für Nadel- oder Laubabfall, selbst wenn er den Nachbarn zum Ausräumen von Dachrinnen nötige. Anders aber, wenn Harz eines Baumes den Lack eines abgestellten Autos unmittelbar schädigt (beim Auto kennt der Österreicher kein Pardon!).

Ausdrücklich unberührt bleibt durch den Unterlassungsanspruch Bundes- oder Landesrecht über den Schutz von oder vor Pflanzen (§ 364 Abs 3 Satz 2 ABGB), also über Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz. Der

Nachbar soll nicht mehr Rechte erhalten, als der Baumeigentümer selbst aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften hat; der Zweck dieser Vorschriften kann den Unterlassungsanspruch also ausschließen oder einschränken (dazu unten Punkt 4.).

Art III ZivRÄG verlangt überdies, dass der Kläger vor einer Klagserhebung nach § 364 Abs 3 ABGB eine Schlichtungsstelle (der Notariatskammer, Rechtsanwaltskammer oder einer Körperschaft öffentlichen Rechts) befasst, einen außergerichtlichen Vergleichversuch nach § 433 ZPO beantragt oder – bei Einverständnis des Pflanzeneigentümers – einen Mediator einschaltet. Zulässig ist die Klage nur, wenn nicht binnen dreier Monate ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens (bzw ab Einlangen des Antrags bei Gericht oder ab Beginn der Mediation) eine Einigung erzielt wurde. Nach der Entscheidung 4 Ob 196/07p<sup>15</sup> ist nur die Tatsache der Einleitung des Schlichtungsverfahrens relevant (die Schlichtungsstelle der Notariatskammer hatte das getan und den Beklagten schriftlich zur Beteiligung aufgefordert). Nicht entscheidend ist, ob der Beklagte von diesem Verfahren überhaupt Kenntnis erlangt hat (das könnte ja sonst zu einer beliebigen Ausrede des Baumeigentümers werden, um die Klageeinbringung zu verzögern). Der Klage ist eine Bestätigung der Schlichtungsstelle über die Erfolglosigkeit der Schlichtung beizulegen (Z 4).

2.2. Modifiziert wurde auch das Überhangrecht des § 422 ABGB, nach dem ursprünglichen Konzept des ABGB 1811 das Recht auf Aneignung fremder überwachsener Äste und Wurzeln. Nach Abs 1 kann der Grundeigentümer eindringende Wurzeln einer fremden Pflanze entfernen (früher: „aus seinem Boden reißen“) und die über seinem Luftraum hängenden Äste abschneiden oder sonst benützen. Dabei hat er aber nunmehr – gemäß Satz 2 – fachgerecht vorzugehen und die Pflanze möglichst zu schonen. Unterlassung bzw Beseitigung des Überwuchses kann der Grundeigentümer nach dem Konzept des Gesetzes vom Nachbarn weiterhin nicht verlangen.<sup>16</sup>

Durch diese Regelung, die miteinander kaum vereinbare Ziele verfolgt, verwässert das Gesetz die Abwehrmöglichkeiten des Grundeigentümers. Eigentlich will es den Grundeigentümer vor allzu gravierenden Auswirkungen fremder Pflanzen besser schützen, doch nötigt es ihn aus ökologischen (?) Gründen, beim Entfernen von Ästen und Wurzeln fachgerecht vorzugehen. Die schärfere alte Regelung hatte demgegenüber den Vorteil, dass sie den Nachbarn im eigenen Interesse zwang, von der Grundgrenze einen Respektsabstand zu halten.<sup>17</sup> Der Grundeigentümer konnte den fremden Baum ja durch Herausreißen der Wurzeln oder Abschneiden der Äste empfindlich schädigen. Heute zwingt der Baumschutz den Grundeigentümer zum fachgerechten Vorgehen und zur Schonung des fremden Baums und brummt ihm damit unter Umständen auch noch hohe Kosten auf.

Denn die Kosten des Entferns fremder Äste und Wurzeln trägt nach dem neuen § 422 Abs 2 ABGB – wie bisher – der beeinträchtigte Grundeigentümer. Nur wenn dem Grund-

eigentümer ein Schaden entstanden ist oder offenbar droht, hat der Pflanzeneigentümer die Hälfte der notwendigen Kosten zu ersetzen. Insofern kommt der Gesetzgeber dem betroffenen Grundeigentümer nun etwas entgegen. Gemeint sind nach den Erläuterungen (173 BlgNR 22. GP, 15) Fälle, in denen Wurzeln Wasser- oder Kanalleitungen zerstören oder verstopfen oder die Platten eines Weges anheben, oder Äste Schäden am Dach oder an der Fassade eines Hauses oder am geparkten Pkw verursachen. Hier stellt sich sofort die in den Materialien nicht beantwortete Frage, ob sich dieser Kostenersatzanspruch reduziert, wenn der Grundeigentümer durch rechtzeitiges Zurückschneiden das Drohen eines Schadens hätte verhindern können. Da die Rechtsnatur des Kostenersatzanspruches unklar ist, bleibt auch im Dunkeln, ob ein Mitverschulden des Grundeigentümers den Kostenersatzanspruch einschränkt.<sup>18</sup>

Als verbotene unmittelbare Zuleitung im Sinne des § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB ist das Wachsenlassen normaler Pflanzen aber weiterhin nicht zu qualifizieren (ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 15). Anderes gilt freilich für die Fälle des Setzens zum Nachbarn strebender Kletterpflanzen (Veitschi; ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 13).

2.3. Zu guter Letzt oder vielmehr überflüssigerweise wurde dem § 364 Abs 1 ABGB das so genannte Rücksichtnahmegebot angefügt: „Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.“ Im Anschluss an die deutsche Rechtsprechung soll es die in einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis stehenden Grundeigentümer ausdrücklich dazu verpflichten, auch die Interessen des anderen zu beachten (ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 11). Insbesondere soll es Einwirkungen verhindern, die angesichts der damit verbundenen Nachteile des betroffenen Nachbarn rechtsmissbräuchlich erscheinen. Rechtsmissbrauch ist aber eben nur insbesondere erfasst, nicht ausschließlich, sonst hätte man sich die Regelung gleich sparen können, so die Kritik der Lehre.<sup>19</sup> Rücksicht nehmen bedeutet auch, berechnete eigene Interessen den fremden hintanzustellen. Ein Schikaneverbot verbietet dagegen nur das Ausnutzen eigener Rechte in ausschließlicher oder eindeutig überwiegender Schädigungsabsicht.<sup>20</sup> Auch das in den Erläuterungen behauptete nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis bestand bislang – so *Spielbüchler*<sup>21</sup> – gerade nicht; § 364 Abs 2 ABGB bezweckte im Gegenteil die saubere Abgrenzung der Befugnisse benachbarter Liegenschaftseigentümer.

Die Reaktion der Lehre auf das Rücksichtnahmegebot reicht von Zustimmung (weil nunmehr auch besonders gelagerte Einzelfälle einer gerechten Lösung zugeführt werden könnten)<sup>22</sup> bis hin zur völligen Ablehnung, weil damit der Gesetzgeber abdanke und das Finden der maßgeblichen Wertungen an die Gerichte delegiere, statt sich über diese Wertungen selbst den Kopf zu zerbrechen.<sup>23</sup> Ich neige der kritischen Auffassung zu. Das Rücksichtnahmegebot birgt die Gefahr, dass es immer dann als Argument für eine Gerichtsentscheidung erhalten muss, wenn die

Rechtslage das gewünschte Ergebnis nicht deckt bzw. taugliche Gründe dafür fehlen.<sup>24</sup> Gibt es taugliche Gründe, braucht man es ohnehin nicht. Das zeigt auch die Judikatur des OGH, die erst in einer einzigen – und sehr problematischen – Entscheidung zum Überhang (4 Ob 196/07p) damit argumentiert. Keinesfalls darf Rücksichtnahme aber bedeuten, dass auf konkrete persönliche Befindlichkeiten des Grundeigentümers Bedacht zu nehmen ist.<sup>25</sup> Im Nachbarrecht sollte es nur um ortsbezogene Kriterien für typische Nutzungsmöglichkeiten von Liegenschaften gehen – ob die Immission das am Ort gewöhnliche Maß übersteigt und die ortsübliche Nutzung wesentlich oder unzumutbar beeinträchtigt wird –, nicht um das zufällige persönliche Befinden ihrer jeweiligen Eigentümer.<sup>26</sup>

### 3. Rechtsprechung und eigene Stellungnahme

#### 3.1. Das Recht auf Untersagung unzumutbarer Beschattung (§ 364 Abs 3 ABGB)

Vorauszuschicken ist, dass fast alle bis zum OGH gelangten Unterlassungsklagen erfolglos geblieben sind. Bestenfalls wurden Verfahren an die erste Instanz zurückverwiesen, weil entscheidungserhebliche Sachverhaltselemente nicht ausreichend festgestellt wurden. Grund für die geringen Erfolgsaussichten sind die strengen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs.

##### 3.1.1. Tatbestandsmerkmale des § 364 Abs 3 ABGB

3.1.1.1. Untersagbar ist ein Entzug von Licht und Luft durch Pflanzen nur, soweit dessen Maß das am Ort gewöhnliche Maß übersteigt und die Benutzung des Grundstücks unzumutbar beeinträchtigt ist. Eine bloß wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Liegenschaftsnutzung genügt nach den Erläuterungen (173 BlgNR 22. GP, 12) nicht, weil negative Immissionen in der Regel weniger schwer wiegen als normale. Der OGH prüft dieses Kriterium der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung aber mit Recht zusätzlich (4 Ob 196/07p):<sup>27</sup> Die Benutzung des Grundeigentums muss wesentlich beeinträchtigt und dieser Zustand unzumutbar sein. Sonst bestünde ja die Gefahr, dass irgendwelche außergewöhnliche Nutzungsarten unangemessen privilegiert würden (gegen Beschattungen soll ja nicht leichter vorgegangen werden als gegen „positive“ Immissionen). Maßgeblich ist die im jeweiligen Viertel ortsübliche Liegenschaftsnutzung (Villenviertel oder Mischgebiet aus Gewerbebetrieben und Wohnhäusern).

3.1.1.2. Nach § 364 Abs 3 ABGB muss überdies das Maß des Schattenwurfs das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigen (Abs 3 verweist diesbezüglich auf Abs 2). Hier fehlte es in vielen unterinstanzlichen Entscheidungen an den erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen. Der OGH hat dazu in 8 Ob 99/06a<sup>28</sup> ausgesprochen, dass auch in einer waldreichen, begrünten Villengegend – ohne konkrete Feststellungen – nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass eine alleeartige Anordnung von 55 Fichten mit einer durchschnittlichen Höhe von

22 m dem Ortsbild der näheren Umgebung entspricht. Aus den Feststellungen ergebe sich nur die Ortsüblichkeit der Bepflanzung mit Nadelhölzern, nicht aber, dass die konkrete Anordnung der Fichten dem Landschaftsbild entspreche.

Selbst das bringt die Sache noch nicht auf den Punkt: Entscheidend ist, ob auch anderswo im Viertel fremde Liegenschaften durch ähnliche Fichtenreihen auf vergleichbare Weise beschattet werden.

Ein ähnlicher Feststellungsfehler war den Unterinstanzen in 10 Ob 60/06f<sup>29</sup> unterlaufen. Sie hatten zwar die Ortsüblichkeit des Bewuchses nach Größe und Ausladung festgestellt, nicht aber die Unüblichkeit der Immission, also des Schattenwurfs: Maßgeblich sei aber – so hier richtig der OGH –, ob das Maß der Beschattung der Grundstücke der Kläger durch Bäume auf dem Grundstück der Beklagten ortsüblich sei. Den Feststellungen des Sachverständigen kommt in diesem Punkt ganz entscheidende Bedeutung zu. Er sollte – auch wenn der richterliche Gutachtensauftrag vage oder unvollständig ist – nachvollziehbar festhalten, ob andere fremde Liegenschaften im Viertel vergleichbar beschattet werden.

Nach der gerade genannten Entscheidung 10 Ob 60/06f betrifft der Unterlassungsanspruch grundsätzlich auch Pflanzungen vor Inkrafttreten des neuen Nachbarrechts am 1. 7. 2004: Durch den Umstand, dass der Beeinträchtigte die Einwirkung bereits über einen längeren Zeitraum unbeanstandet hingenommen habe, könne eine Beschattung noch nicht ortsüblich geworden sein, weil der Beeinträchtigte vor dem 1. 7. 2004 den Entzug von Licht und Luft durch Pflanzen gar nicht abwehren konnte (unter Hinweis auf *Kissich/Pfurtscheller*, ÖJZ 2004, 706 f; *Kerschner*, RZ 2004, 12). Das klingt so, als ob ein Ortsüblichwerden von Beschattungen mangels Abwehrmöglichkeit bis Mitte 2004 überhaupt ausgeschlossen sei. Wenige Sätze später hält der OGH freilich richtig für entscheidend, ob das Maß der Beschattung der Grundstücke der Kläger durch Bäume auf dem Grundstück des Nachbarn ortsüblich sei. Das impliziert aber, dass ein ortsübliches Maß der Beschattung fremder Liegenschaften auch schon vor Mitte 2004 entstehen konnte, als es gegen diese Beschattung noch keine Unterlassungsansprüche gab. Ich halte diese zweite Aussage deshalb für zutreffend, weil § 364 Abs 3 ABGB ausdrücklich auf eine Überschreitung des ortsüblichen Einwirkungsmaßes nach Abs 2 verweist. Eine Bedachtnahme auf aktuelle örtliche Beschattungsverhältnisse ist dabei in der Regel unausweichlich. Welcher Zeitpunkt sollte denn sonst relevant sein? Der vor dem Pflanzen der beschattenden Bäume? Oder sollte ein ortsübliches Beschattungsmaß erst drei Jahre nach Inkrafttreten der Neuregelung entstehen, weil nach der Rechtsprechung auch Erhöhungen des Immissionsmaßes nach dieser Zeit ortsüblich werden?<sup>30</sup> Das hätte aber eine gesetzliche Übergangsvorschrift vorausgesetzt, und die gibt es nicht.

Ein Zusatzargument für die Ortsüblichkeit des Immissionsmaßes kann natürlich sein, dass die beeinträchtigte Liegenschaft schon zur Zeit ihres Erwerbs inmitten eines

Waldgebiets lag wie in 6 Ob 51/07d<sup>31</sup> (das nunmehrige Wohnhaus war früher ein Sägewerk gewesen). Solche Unterlassungsklagen sollte man eigentlich mit Mutwillensstrafen ahnden können. Das zusätzliche Argument, grundsätzlich müssten sich neu hinzugekommene Grundeigentümer mit den im konkreten Gebiet herrschenden Immissionen abfinden, zumal in immissionsbelasteten Gebieten auch die Grundstückspreise entsprechend niedriger seien, findet sich auch in anderen Entscheidungen, etwa in 6 Ob 94/08d (betreffend eine Reihe aus zehn 30 m hohen, zirka 33 bis 36 Jahre alten Fichten). Für die Ansiedlung mitten im Wald kann man es gelten lassen, weil hier keine berechnete Erwartung einer Änderung der Verhältnisse besteht (ähnlich wie bei der Errichtung eines Wohnhauses im Landwirtschaftsgebiet und landwirtschaftlichen Immissionen: 1 Ob 190/05f<sup>32</sup>). War freilich nicht das ganze Gebiet immissionsbelastet, sondern nur die konkret erworbene Liegenschaft übermäßig beschattet, erscheint dieses auch in den Erläuterungen (173 BgNR 22. GP, 13) vorkommende Argument für sich allein nicht wirklich tragfähig. Schon ein Gesinnungswandel des Nachbarn oder ein Eigentümerwechsel auf dessen Seite kann die Lage des Grundeigentümers ja schlagartig verbessern. Den Vorteil davon hat der jeweilige Eigentümer der beschatteten Liegenschaft. Meines Erachtens müsste der Unterlassungsanspruch daher grundsätzlich schon dann zustehen, wenn der weggezogene ursprüngliche Grundeigentümer – wäre er dageblieben – diesen Unterlassungsanspruch nach der neuen Rechtslage gehabt hätte.<sup>33</sup> Ein triftiger Grund, warum der Baumeigentümer aus dem zufälligen Eigentümerwechsel am beschatteten Grund einen Vorteil ziehen sollte, ist nicht ersichtlich. Wenn allerdings der Vertrag über die Veräußerung der beschatteten Liegenschaft – etwa bei Bezugnahme auf bisherige Gepflogenheiten zwischen den konkreten Nachbarn – als Vertrag zugunsten des Baumeigentümers gedeutet werden kann, muss der neue Grundeigentümer die Beschattung hinnehmen.<sup>34</sup>

3.1.1.3. Ein etwa bestehendes Sicherheitsrisiko durch die Bäume oder wegbrechende Äste ist nach 10 Ob 60/06f (entgegen ErlRV 173 BgNR 22. GP, 12) für einen Unterlassungsanspruch wegen Schattenwurfs ohne Bedeutung. Die allgemeine Haftung des Baumeigentümers für gefährliche Bäume analog § 1319 ABGB kann vorbeugende Unterlassungsansprüche aber unter Umständen rechtfertigen.

3.1.1.4. Wann ist eine Beschattung nun unzumutbar? Im Wesentlichen folgt der OGH der Auffassung *Kerschners*,<sup>35</sup> dass Unzumutbarkeit umso eher verwirklicht ist, als zeitlich und räumlich überwiegend (über 50%) kein Sonnenlicht in Wohnräume und/oder in den Garten einfallen kann (8 Ob 99/06a; 1 Ob 62/07k;<sup>36</sup> vgl auch 10 Ob 87/07b<sup>37</sup>).

In räumlicher Hinsicht maßgeblich ist das Verhältnis der beeinträchtigten Gartenfläche zur Gesamtfläche der Liegenschaft (8 Ob 99/06a; ErlRV 173 BgNR 22. GP, 12). Das erscheint deshalb problematisch, weil damit ein Erwerber eines besonders kleinen Grundstücks von seinen Nachbarn leichter Unterlassung begehren kann. Meines Erach-

tens sollte man eher auf eine ortsübliche Grundstücksgröße abstellen, wenn eine solche denn feststellbar ist.

In zeitlicher Hinsicht lässt 8 Ob 99/06a (55 Fichten mit 22 m Höhe) nicht genügen, dass der Lichteinfall auf der Liegenschaft an 95 Tagen im Jahr zu Mittag stark beeinflusst war. An 126 Tagen im Jahr (bzw 102 Tagen unter Berücksichtigung der Sommerzeit) war mittags überhaupt keine Beeinträchtigung gegeben. Dass die behauptete Vermoosung der Liegenschaft auf die Fichten zurückging, war im Verfahren allerdings nicht festgestellt worden. Festgestellt war aber, dass sich die Liegenschaft in einem sehr begrünten Villenviertel mit starkem Baumbewuchs befand.

Erst recht nicht genügt eine Beschattung von Grundstücksteilen zu Frühlings- und Herbstbeginn erst am Nachmittag (südwestlicher Gartenbereich ab 14 Uhr, Terrasse ab 15 Uhr und Liegewiese vor dem Schwimmbaden ab 16 Uhr; 1 Ob 62/07k). Wieder ging es um ein sehr begrüntes Villenviertel mit starkem Baumbewuchs.

Bei der Beschattung von Räumen ist obendrein zu beachten, ob die konkrete Bauweise zur Notwendigkeit beiträgt, künstliches Licht auch mittags zu verwenden. In 8 Ob 99/06a berücksichtigte der OGH mit Recht, dass das vorkragende Dach des Nachbarn (mit schwarz-braun lasierten Holzuntersichten) unter Berücksichtigung der Nordwestausrichtung des Bauwerks schon per se den Lichteinfall in die Fenster des Wohnhauses massiv behinderte. Die Fichtenreihe des Nachbarn habe den Lichteinfall daher nicht kausal beeinträchtigt. Die Entscheidung 10 Ob 60/06f (ebenso 6 Ob 94/08d) präzisiert die Berücksichtigung der Bauweise dahingehend, wie weit im Zeitpunkt der Errichtung des beschatteten Gebäudes Beeinträchtigungen bei Bedachnahme auf den damals bestehenden Zustand des Grundstücks des Baumeigentümers hätten vermieden werden können. 6 Ob 94/08d hält obendrein für beachtlich, dass die Nachbarliegenschaft bei Errichtung des Hauses sogar zur Gänze mit Fichten besetzt war, nicht nur mit einer Reihe aus zehn zirka 30 m hohen Fichten wie im Klagszeitpunkt. Ansonsten war eine derartige Fichtenreihe im Viertel nicht anzutreffen, sodass von Ortsüblichkeit des Immissionsmaßes an sich nicht die Rede sein konnte. Unzumutbarkeit der Beschattung verneinte der 4. Senat aber, weil die Bepflanzung zur Bauzeit noch dichter war.

Schließlich wollen 8 Ob 99/06a und 10 Ob 60/06f berücksichtigen, ob zur Zeit der Pflanzung der Bäume ein Inkrafttreten einer Beschattungsabwehrregelung absehbar war oder nicht. Wer die rechtlichen Folgen des Setzens von Bäumen nahe der Grundgrenze bereits abschätzen konnte, dem ist ein Rückschnitt also eher zuzumuten. Für Neupflanzungen ab Mitte 2004 könnte die Rechtsprechung daher strenger werden, aber das wird erst in 10 bis 20 Jahren Auswirkungen haben. Die Gerichte zimmern sich – wie *Spielbüchler* es einmal ausgedrückt hat – ihre Überleitungsvorschriften von der alten auf die neue Rechtslage also selbst.

Auffällig ist – um es zum Ende dieses Abschnitts noch einmal zu sagen –, bei wie vielen Entscheidungen ausrei-

chende Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz fehlen.<sup>38</sup>

### 3.1.2. Klagebegehren und Urteilsspruch

3.1.2.1. In der grundlegenden Entscheidung 1 Ob 130/06h<sup>39</sup> hatte das Klagebegehren gelautet, die Beklagten seien schuldig, es zu unterlassen, auf ihren Liegenschaften (insbesondere am Grundstück 501/1) Pflanzen und insbesondere Bäume zu setzen, zu pflegen und zu erhalten, durch die der Liegenschaft Licht in einem das ortsübliche Maß übersteigenden Ausmaß entzogen werde. Das Begehren bezog sich also eigentlich auf § 364 Abs 2 ABGB. Erst in der Klagebegründung ergab sich dann der Bezug zu Abs 3 (Notwendigkeit künstlicher Beleuchtung bereits zur Mittagszeit etc), und es war die unzumutbare Beeinträchtigung der Nutzung der Liegenschaft erwähnt. Der OGH verwarf die Ansicht des Berufungsgerichts, dass der Kläger im Begehren die Maximalhöhe der beeinträchtigenden Pflanzen hätte angeben müssen. Die maßgeblichen Umstände ließen sich nicht durch die Formulierung eines glasklar bestimmten Unterlassungsbegehrens vorhersehbar vorwegnehmen. Nach der Entscheidung 1 Ob 96/03d sei es besonders im Fall einer evidenten Überschreitung der ortsüblichen Immissionsintensität nicht erforderlich, eine unerwünschte Einwirkung im Urteilsbegehren durch eine bestimmte Messeinheit zu determinieren, weil jedenfalls eine solche Überschreitung, aber auch eine deutliche Unterschreitung des ortsüblichen Immissionsmaßes im Exekutionsverfahren ohne Weiteres erfassbar sei.

Einem Kläger stehe es außerdem frei, sein Begehren im Zuge des Verfahrens durch eine – etwa Beweisergebnissen entsprechende – Verdeutlichung zu modifizieren. Insbesondere könne und solle aber das Gericht den Grad des Entzugs von Licht oder Luft, der nicht mehr hinzunehmen ist, in seinem Urteilsspruch näher umschreiben, sei doch für die Untersagung eines bestimmten Entzugs von Licht oder Luft – wie bereits erörtert – letztlich das Ergebnis einer gerichtlichen Interessenabwägung ausschlaggebend.

Mangle es an einer evidenten Überschreitung der ortsüblichen Immissionsintensität, so solle das Gericht im Urteilspruch erforderlichenfalls den Umfang eines nicht mehr hinzunehmenden Entzugs von Licht oder Luft als Ergebnis seiner Interessenabwägung innerhalb der Grenzen des Begehrens näher determinieren.

3.1.2.2. Dieser Auffassung haben sich mittlerweile auch andere Senate des OGH angeschlossen (10 Ob 60/06f; 4 Ob 196/07p; 6 Ob 243/06p<sup>40</sup>). Damit trifft die undankbare Aufgabe der Konkretisierung des Unterlassungsbegehrens die Untergerichte. Wie eine solche Konkretisierung aussehen sollte, lässt sich aus der Entscheidung 10 Ob 60/06f erschließen. Das Erstgericht habe für die Beurteilung der Unzumutbarkeit im Sinne des Abs 3 zu klären, zu welchen Jahreszeiten in welcher Stundenanzahl in welchem räumlichen Ausmaß (Sonnen-/Tages-)Lichtbeeinträchtigungen in den Häusern und Gärten der Kläger gegeben sind. Das bedeutet, dass dem Sachverständigen ein entsprechender

Auftrag zu erteilen ist. Demgemäß müsste wohl auch der Spruch festlegen, welche Beschattung in welchem räumlichen Ausmaß für wie viele Tage im Jahr und für welche Stunden am Tag zu unterlassen ist. Das räumliche Ausmaß könnte durch markante Punkte des Verlaufes der Schattengrenze auf der Liegenschaft bzw am Gebäude (zB Oberkante der Fenster im Erdgeschoss) beschrieben werden, die der Sachverständige auch gleich vorsorglich festhalten sollte. Konkretisiert der Spruch die zu unterlassende Beschattung nicht ausreichend (manche Erstrichter werden angesichts der ihnen vom OGH zugemuteten Aufgabe verständliche Unlustgefühle verspüren), muss der Kläger eben im Rechtsmittelweg ausführen, wie der Spruch seiner Auffassung nach lauten sollte.

3.1.2.3. Verfehlt ist nach 6 Ob 243/06p ein Klagebegehren, sechs Bäume an der Grundgrenze auf eine Höhe von maximal 2 m zurückzuschneiden. Nach ständiger nachbarrechtlicher Rechtsprechung dürfen vom Kläger keine bestimmten Vorkehrungen verlangt werden, die Auswahl der Schutzmaßnahmen muss dem Beklagten überlassen bleiben. Dieser kann den erwünschten Effekt durch Zurückschneiden aller Bäume erreichen, aber etwa auch durch Fällen einzelner Bäume aus einer Reihe, wenn damit ausreichende Lichtkorridore entstehen.

3.1.2.4. Klagbar ist der Nachbar übrigens auch dann, wenn er zugunsten eines Dritten ein Fruchtgenussrecht an seiner Liegenschaft begründet (4 Ob 196/07p), also den Nutzen aus der Liegenschaft gar nicht selbst zieht (Fruchtnießerin war die Mutter des Nachbarn). Das entspricht bewährter Rechtsprechung zum Unterlassungsanspruch, nach der als mittelbarer Störer haftet, wer ein Rechtsverhältnis über die Benutzung zum unmittelbaren Störer hat.<sup>41</sup>

### 3.2. Das Verhältnis des Beschattungsverbots zu den Überhangregeln des § 422 ABGB

3.2.1. Die bisher besprochenen Entscheidungen betrafen Sachverhalte, in denen es um die vom Nachbargrund ausgehende Beschattung ging, also um „negative“ Immissionen. Die Entscheidung 4 Ob 196/07p<sup>42</sup> möchte aus den nachbarrechtlichen Änderungen aber auch die Untersagbarkeit von unzumutbarem Überwuchs ableiten. Nach den Sachverhaltsfeststellungen ragten vier südostseitig stehende 16 bis 17 m hohe Ahornbäume bis zu 4 m auf das Grundstück der Klägerin; bei Wind rieben die Äste am Dach und an der Fassade ihres Hauses. Aufgrund der Höhe und des Ausmaßes des Überhangs war dieser nicht leicht zu entfernen. Die Beschattung trat durch den Überhang zur Sommerzeit etwa schon ab Mittag auf; durch die Entfernung des Überhangs hätte die Beschattung des Gartens und des Hausbereichs erst ab 14 bis 15 Uhr begonnen. Der OGH bejaht grundsätzlich<sup>43</sup> einen Immissionsabwehranspruch gegen einen „positiven“ Eigentumseingriff durch Überhang, wenn unter Bedachtnahme auf das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot die ortsübliche Benutzung wesentlich beeinträchtigt ist und die Beeinträchtigung einen unzumutbaren Zustand herbeiführt, der nicht durch eine leichte

und einfache Ausübung des Selbsthilferechts behoben werden kann. „Positive“ Einwirkungen in Form eines Überhangs könnten im Lichte des neuen § 364 Abs 3 ABGB nicht mehr ausschließlich nach § 422 ABGB zu beurteilen sein;<sup>44</sup> zur Behebung von Wertungswidersprüchen sei es vielmehr notwendig, dem durch Äste einer fremden Pflanze im Luftraum über seiner Liegenschaft gestörten Eigentümer auch Unterlassungsansprüche zur Behebung eines seine Güter konkret gefährdenden und daher rechtswidrigen Zustandes nach § 364 ABGB – unter Überwälzung der gesamten notwendigen Kosten – zu gewähren.

Schon der bloße Überhang fremder Äste soll also – wenn unzumutbare und nicht leicht zu beseitigende Störung des Luftraums – den betroffenen Grundeigentümer zur Unterlassung berechtigen. Aus dem Abschneidendürfen des Grundeigentümers wird so ein Abschneidenmüssen des Nachbarn. Das widerspricht an sich dem gesetzgeberischen Verständnis des § 422 ABGB, der nach Meinung der Gesetzesverfasser nicht grundlegend geändert werden sollte (oben Punkt 2.2.).

Der OGH argumentiert auch damit, dass der Überhang den Luftraum des Grundeigentümers beeinträchtigt und damit im Sinne des § 364 Abs 3 ABGB Luft entziehe. Das gälte dann freilich für jeden Überhang. Überhänge waren aber mit dem Entzug von Luft gar nicht gemeint. Die Gesetzesverfasser wollten vielmehr in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung Behinderungen der Durchlüftung der Liegenschaft erfassen (ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 12), die ihre Ursache in der Beschaffenheit des Nachbargrunds haben, nicht in jener des betroffenen Grundstücks selbst.

3.2.2. Zuzugeben ist dem OGH, dass der neue § 364 Abs 3 ABGB auf der Kostentragungsseite ein bisher nicht vorhandenes Spannungsverhältnis zu § 422 heraufbeschwört: Warum sollte der Grundeigentümer gegen Überhang mit unzumutbaren Folgen auf eigene Kosten selbst vorgehen müssen, wenn doch die Pflicht zur Unterlassung eines unzumutbaren, aber nicht grenzüberschreitenden Schattenwurfs den Nachbarn auf dessen Kosten trifft? Hier also ortet unsere Ahornbaum-Entscheidung einen Wertungswiderspruch, den sie zu beheben versucht, indem sie den Unterlassungsanspruch „im Lichte des § 364 Abs 3“ jedenfalls dann bejaht, wenn das Selbsthilferecht gegen Überhang aufgrund seiner Höhe und seines Ausmaßes nicht einfach ausübbar ist – was immer das heißt und worauf oder auf wen immer das zurückzuführen ist. Die Notwendigkeit, dieses Abgrenzungskriterium zwischen bloßem „Selbsthilferecht“ und Unterlassungsanspruch frei zu erfinden, zeigt freilich schon, dass die Ausgangslage beim Überhang doch eine maßgeblich andere ist als bei der vom fremden Grund aus erfolgenden Beschattung.

3.2.2.1. Gegen eine Gleichbehandlung von Schattenwurf als negative Immission und Überhang spricht nämlich, dass der Grundeigentümer das Entstehen eines Überhangs auf seinem Grund und damit auch dessen negative Folgen durch Abschneiden selbst verhindern kann. Überhang ist keine von einer fremden Liegenschaft ausgehende nega-

tive Immission, der der Grundeigentümer schutzlos ausgeliefert wäre, wenn er keinen Unterlassungsanspruch hätte; er ist vielmehr ein Zustand auf seiner eigenen Liegenschaft, den er durch Wegschneiden ändern kann, wenn er ihn denn überhaupt stört.

3.2.2.2. Diesem Einwand versucht der 4. Senat folgendermaßen vorzubeugen: Würde man den Unterlassungsanspruch verneinen, weil der Grundeigentümer den Überhang nicht selbst zurückgeschnitten hat, so würde das zu einem unbilligen Ergebnis führen. Ein in seinen Rechten verletzter Grundeigentümer würde umso weniger Schutz genießen, je nachlässiger der zur Rücksichtnahme verpflichtete Nachbar ist und je später gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen wird.

3.2.2.3. Daran überzeugt – so kurz nach Inkrafttreten der Neuregelung – weder das Nachlässigkeits- noch das Rücksichtnargument. Das Wachsenlassen von Bäumen nahe der Grundgrenze war vor Inkrafttreten des neuen Nachbarrechts am 1. 7. 2004 nicht nachlässig. Bis dahin war der Nachbar auch nicht zur Rücksichtnahme verpflichtet. Das entscheidende Wachstum der Ahornbäume musste aber angesichts ihrer Höhe von 17 m jedenfalls schon vor diesem Zeitpunkt erfolgt sein. Der OGH dreht dem Nachbarn also im Nachhinein einen Strick aus einem Verhalten, das beim Pflanzen der Bäume rechtlich noch gar nicht missbilligt war.<sup>45</sup> Das ist auch aus verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzüberlegungen problematisch.<sup>46</sup> Beim Überhang tritt aber noch verschärfend hinzu, dass sich der Grundeigentümer dessen Entstehen nach altem Recht (auch) selbst zuzuschreiben hatte. Dass der OGH in einem solchen Fall, der ganz anders gelagert ist als der vom fremden Grund ausgehende Lichtenzug, gegen das Gesetz (§ 422 ABGB) gleichsam analog § 364 Abs 3 ABGB einen Unterlassungsanspruch gewährt, ist methodisch mehr als kühn. In Wahrheit rüttelt der 4. Senat damit an den Grundwertungen des Überhangrechts, das der Gesetzgeber des neuen Nachbarrechts aber nicht angetastet hat.<sup>47</sup> Dieses zu ändern, wäre daher Sache des Gesetzgebers, nicht Sache der Gerichte. Das gilt nicht nur aus Gründen der Gewaltentrennung – hier also der Trennung von Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit –, sondern auch, weil die Rechtsprechung nicht alle erforderlichen Adaptierungen selbst erfinden kann.<sup>48</sup>

3.2.3. Welche Änderungsmöglichkeiten hätte der Gesetzgeber?

3.2.3.1. Von einer grundlegenden Änderung des Überhangrechts derart, dass der Grundeigentümer jeglichen Überhang untersagen kann, würde ich dringend abraten. Man denke nur an größere land- und forstwirtschaftliche Liegenschaften: Ihr Eigentümer müsste sie ständig umkreisen, um jedes überhängende Zweiglein abzuschneiden. Eine Flut von Prozessen wäre die Folge.

3.2.3.2. Aber auch eine gesetzliche Beschränkung des Unterlassungsanspruchs auf unzumutbare und nicht leicht beseitigbare Überhänge, wie sie der 4. Senat judiziert, brächte den Nachbarn ins Dilemma. Auch das würde oft auf ein vor-

beugendes Wegschneiden durch den Nachbarn hinauslaufen, weil diesen ein Zuwarten, bis der Überhang unzumutbar wird, letztlich oft zu teuer käme. Dazu kommt, dass selbst ein Einverständnis zwischen den bisherigen Eigentümern mit einem bestimmten Überhangsausmaß im Falle eines Eigentümerwechsels an der überhangbetroffenen Liegenschaft den Erwerber nur ausnahmsweise binden würde (oben Punkt 3.1.1.2. am Ende). Umgekehrt hätte der Grundeigentümer keinen Anreiz mehr, den Überhang schon im Anfangsstadium auf eigene Kosten selbst zu beseitigen. Er würde einfach zuwarten, bis er vom Nachbarn Beseitigung verlangen kann.

3.2.3.3. Am ehesten vertretbar erschiene mir, bei der Kostenverteilung anzusetzen, weil dort das eigentliche Wertungsproblem liegt. So könnte eine gesetzliche Regelung schon bei Unterlassungsansprüchen gegen unzumutbare Beschattung die Kosten zwischen Grundeigentümer und Nachbarn teilen. Die Baumeigentümer wären dann von den neuen Unterlassungsansprüchen nicht so hart getroffen. Eine solche Kostenteilung könnte man wie für den schädigenden Überhang des § 422 Abs 2 ABGB auch für den unzumutbaren Überhang vorsehen. Bei dieser Gelegenheit ließe sich auch gleich die eingangs gestellte Frage klären, ob ein Mitverschulden des Grundeigentümers dessen Anspruch auf Ersatz der halben Kosten noch vermindert oder ob die Kostenteilung einem oft vorliegenden Mitverschulden des Eigentümers bereits typisiert Rechnung trägt.<sup>49</sup> Die Beseitigung des Überhangs wäre aber grundsätzlich weiterhin dem Grundeigentümer zu überlassen. Es geht ja nicht nur um Äste, sondern auch um Wurzeln, und die könnte der Nachbar nur mit einem massiven Eingriff in das fremde Grundeigentum entfernen.

Sinnvoll wäre es aber, den Kostenersatzanspruch des Grundeigentümers von einer vorangehenden Aufforderung an den Baumeigentümer zum Rückschnitt des Überhangs binnen bestimmter Frist abhängig zu machen. Das würde dem Nachbarn die Möglichkeit geben, den Rückschnitt vorbeugend selbst vorzunehmen und so für die Zukunft Kosten zu sparen (auch ihn kostet der stärkere Rückschnitt noch auf seinem Grund oder das Fällen der Bäume letztlich ja weniger als die Tragung der halben Kosten eines oftmalsigen Abschneidens nur des Überhangs).

3.2.3.4. Die – radikale – Alternative wäre die ersatzlose Abschaffung der Beschattungsregelung des neuen § 364 Abs 3 ABGB sowie der Kostenteilungs- und Baumschonungsregelung im Überhangrecht des § 422 ABGB, also im Wesentlichen die Zurücknahme des neuen Nachbarrechts. Denn ob sich angesichts der wenigen Fälle, in denen Beschattung überhaupt einen Unterlassungsanspruch auslöst,<sup>50</sup> der gesetzgeberische Anpassungsaufwand im Überhangrecht lohnt, erscheint mir sehr zweifelhaft. Realistisch ist eine solche Abschaffung allerdings nicht. Dann sollte der Gesetzgeber aber über die angesprochenen Änderungen im Überhangrecht nachdenken.

Jedenfalls abschaffen sollte der Gesetzgeber aber das völlig unbestimmte Rücksichtnahmegebot, bevor es Unheil stiftet.

### 4. Verhältnis zu landesrechtlichen Baumschutzbestimmungen

4.1. Nach § 364 Abs 3 und § 422 Abs 1 ABGB bleiben bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-,<sup>51</sup> Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz unberührt. Die Ansprüche sollen nach den Erläuterungen (173 BlgNR 22. GP, 13) nur so weit gehen, als sie sich mit den baumschutzrechtlichen Regeln vereinbaren lassen. Umgekehrt enthalten landesrechtliche Baumschutznormen oft Regelungen, die den Rückschnitt von Überhang großzügiger zulassen als das Beschneiden von Bäumen auf eigenem Grund. So sehen etwa § 11 Abs 3 Salzburger Naturschutzgesetz 1999 sowie § 1 Abs 4 Salzburger Baumschutzverordnung betreffend Bäume in der Stadt Salzburg vor, dass die Befugnisse des Nachbarn gemäß § 422 ABGB unberührt bleiben, „insoweit ihre Ausübung nicht zur Zerstörung oder Vernichtung der unter Schutz stehenden Bäume“ führt.<sup>52</sup> Bei eigenen Bäumen ist es dagegen schon verboten, sie so zu stützen, dass sie in ihrem weiteren Wachstum gefährdet oder in ihrem charakteristischen Aussehen wesentlich verändert werden. Das bedeutet, dass man überhängende fremde Bäume stärker beschneiden darf als eigene. Das mag dadurch motiviert sein, dass der Überhangbetroffene das Setzen oder Wachsen von Bäumen auf fremdem Grund nicht verhindern kann. Die Verweisung im Salzburger Naturschutzgesetz bzw in der Verordnung auf § 422 ABGB ist mangels anderer Anordnung eine statische, bezieht sich also auf den alten § 422 ABGB.<sup>53</sup> Da aber der neue § 422 ABGB den Baumschutz ohnehin unberührt lässt, könnten Baumschutzvorschriften nach ihrem Schutzzweck eigene und fremde Bäume eigentlich gleich behandeln. § 11 Abs 4 Salzburger Naturschutzgesetz enthielte zudem schon eine weitgehend passende Regelung, nämlich die Möglichkeit eines Ansuchens um Ausnahmebewilligung, wenn durch den Baum eine unzumutbare Beschattung verursacht wird, die (Z 4) durch ein Fällen oder Beschneiden des Baums behoben oder (Z 5) durch eine Veränderung seines charakteristischen Aussehens auf ein zumutbares Maß verringert werden kann. Es erschiene daher erwägenswert, in den Salzburger Baumschutzbestimmungen die auf die Überhangproblematik des § 422 ABGB Bezug nehmenden Sonderregeln zu streichen, weil § 422 Abs 1 ABGB ohnehin die Berücksichtigung des Baumschutzes vorsieht.

4.2. Das Gericht wird in solchen Fällen oft schon im Spruch des Unterlassungsurteils die Bedachtnahme auf die erforderliche baumschutzrechtliche Bewilligung vorsehen.<sup>54</sup> Selbst wenn die Einschränkung im Spruch fehlt, beinhaltet die zivilrechtliche Verpflichtung nach dem OGH auch so schon, dass der Verpflichtete rechtzeitig um die erforderliche behördliche Bewilligung ansuchen muss.<sup>55</sup>

Da die Verpflichtung des Baumeigentümers zum Ansuchen um behördliche Bewilligung aus seiner Unterlassungspflicht folgt und Unterlassungspflichten nach § 355 EO durch Beugestrafen durchzusetzen sind, verhält die Beugestrafe den Verpflichteten ohnehin auch zum Ansuchen

um diese Genehmigung.<sup>56</sup> Als sinnvolle weitere Maßnahme gegen eine Verschleppungstaktik des Baumeigentümers könnten landesrechtliche Baumschutznormen neben dem Baumeigentümer auch dem betroffenen Grundeigentümer das Recht einräumen, die Bewilligung zum Rückschnitt überhängender oder beschattender Bäume zu beantragen.<sup>57</sup>

#### Korrespondenz:

a. Univ.-Prof. Dr. Christian Holzner  
Johannes Kepler Universität  
Institut für Zivilrecht, Abt. Grundlagenforschung  
Altenberger Straße 69  
4040 Linz, Österreich  
Tel.: +43 732 2468-8470  
Fax: +43 732 2468-1293  
E-Mail: christian.holzner@jku.at  
www.zivilrecht.jku.at

#### Anmerkungen:

\* Im Wesentlichen unveränderte, mit Anmerkungen versehene Fassung eines Vortrags am 19. Brandlhofseminar.

<sup>1</sup> = JBI 1950, 164.

<sup>2</sup> = RdU 2008, 213 (kritisch *Kerschner*).

<sup>3</sup> = MietSlg 59.021.

<sup>4</sup> = bbl 2007, 158.

<sup>5</sup> = RdU 2008, 30 (kritisch *E. Wagner*).

<sup>6</sup> = JBI 1990, 786.

<sup>7</sup> = RdU 1998, 200 (*Kerschner*).

<sup>8</sup> = JBI 1992, 641 (*Rummel*).

<sup>9</sup> = JBI 1966, 144; 1 Ob 92/02i = RdU 2003, 157 (*Kerschner*).

<sup>10</sup> = RdU 2001, 155 (*E. Wagner*); 8 Ob 111/06s = wobl 2007, 173 (*Call*) – Efeu.

<sup>11</sup> 5 Ob 23/71 = SZ 44/22.

<sup>12</sup> 8 Ob 201/67 = SZ 40/116 – Hochhaus in Villengegend.

<sup>13</sup> 7 Ob 1/62 = EvBI 1962/157 – Luft; 5 Ob 708, 709/82 = MietSlg 35.024 – Aussicht/Stützmauer; 5 Ob 599/83 = MietSlg 35.025 – Sonne, Licht.

<sup>14</sup> Vgl *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 364 Rz 9 f.

<sup>15</sup> = JBI 2008, 315 = immolex 2008, 120 (*Pfiel*) = NZ 2008, 327 = RdU 2008, 102.

<sup>16</sup> *E. Wagner*, Umschwung in der Judikatur: Beseitigungsanspruch bei Überhang, RdU 2008, 76 (79); *Holzner*, Beschattungsverbot und Überhangrecht, JBI 2009, 144 (146).

<sup>17</sup> *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab? JBI 2006, 341 (346 ff).

<sup>18</sup> Dazu *Holzner*, JBI 2009, 153 f.

<sup>19</sup> *Spielbüchler*, JBI 2006, 346; *P. Bydliński*, Neuerungen im Nachbarrecht, JBI 2004, 86 (87); *Kissich/Pfurtscheller*, Der Baum am Nachbargrund – wirksamer Rechtsschutz durch das Zivilrechtsänderungsgesetz 2004? ÖJZ 2004, 706 (709) gegen *Kathrein*, Mehr Licht! *ecolex* 2003, 894 (898).

<sup>20</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup>, § 1295 Rz 61 ff mwN.

<sup>21</sup> *Spielbüchler*, JBI 2006, 346.

<sup>22</sup> *Kissich/Pfurtscheller*, ÖJZ 2004, 709.

<sup>23</sup> *Spielbüchler*, JBI 2006, 346 ff.

<sup>24</sup> Vgl auch *E. Wagner*, RdU 2008, 82; *Holzner*, JBI 2009, 147 f.

<sup>25</sup> Auf die Gefahr eines solchen Verständnisses hinweisend *Kerschner*, Neues Nachbarrecht: Abwehr negativer Immissionen/Selbsthilferecht, RZ 2004, 9 (10). Gegen Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse *Spielbüchler*, JBI 2006, 348; *E. Wagner*, RdU 2008, 82; *Holzner*, JBI 2009, 147 f.

<sup>26</sup> *Spielbüchler*, JBI 2006, 348. Aus diesem Grund plädieren *Kerschner* (RZ 2004, 10) und *E. Wagner* (RdU 2008, 82) für ein restriktives Verständnis des Rücksichtnahmegebots als Rechtsmissbrauchsverbot.

<sup>27</sup> = JBI 2008, 315 = immolex 2008, 120 (*Pfiel*) = NZ 2008, 327 = RdU 2008, 102.

<sup>28</sup> = JBI 2007, 212 = EvBI 2007/83 = RdU 2007, 104.

- <sup>29</sup> = JBI 2008, 312 = EvBl 2008/29 = wobl 2008, 83.
- <sup>30</sup> Vgl zu „positiven“ Immissionen 7 Ob 361/97g = RdU 1998, 260 (kritisch *Kerschner*). Offenlassend jüngere Entscheidungen; vgl 5 Ob 8/08z = RdU 2008, 141 (*Kerschner*) – Musikveranstaltungen.
- <sup>31</sup> = Zak 2007, 214.
- <sup>32</sup> = Zak 2006, 73. Bei wesentlicher Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung schadet aber auch Zuzug nach Anlagenerrichtung (Straße) nicht (7 Ob 66/02k = RdU 2002, 152 [*E. Wagner*]).
- <sup>33</sup> Ähnlich schon *Kerschner*, RZ 2004, 13: Erwerber erhält insoweit die Rechtsposition des Veräußerers.
- <sup>34</sup> *Kerschner*, RZ 2004, 13.
- <sup>35</sup> *Kerschner*, RZ 2004, 12.
- <sup>36</sup> = JBI 2008, 319 = immolex 2008, 23.
- <sup>37</sup> = NZ 2008, 340.
- <sup>38</sup> Das gilt auch für die Überhangentscheidung 4 Ob 196/07p, die trotz grundsätzlich aussichtsreicher Klägerposition wegen fehlender Feststellungen über das Ausmaß der Beschattung an die erste Instanz zurückverwiesen werden musste.
- <sup>39</sup> = JBI 2007, 99 = EvBl 2006/177 = immolex 2007, 25 (*Malesich*).
- <sup>40</sup> = wobl 2007, 84 (*Call*) = Zak 2007, 31.
- <sup>41</sup> Eigentümer haftet für Gewerbetreibenden (3 Ob 555/38 = SZ 20/184) oder für die Chemischreinigung des Bestandnehmers nach § 364a ABGB (8 Ob 589/93 = JBI 1995, 168; dazu *Lux*, Zur Passivlegitimation des Grundstückeigentümers im Nachbarrecht bei Inbestandgabe des Grundstücks – Anmerkungen zu OGH 14. 7. 1994, 8 Ob 589/93, JBI 1995, 195).
- <sup>42</sup> = JBI 2008, 315 = RdU 2008/69. Zu dieser Frage ausführlich *Holzner*, JBI 2009, 144 ff.
- <sup>43</sup> Eine abschließende Beurteilung war aber auch hier – mangels ausreichender Feststellung zur Grundstücksgröße, zum räumlichen und zeitlichen Ausmaß der Beschattung sowie zum Erfordernis künstlicher Beleuchtung in Wohnräumen – noch nicht möglich (Punkt 5.4. der Entscheidung).
- <sup>44</sup> Die Entscheidung leitet ihre Ausführungen in Punkt 2.5. mit einem diesbezüglichen Verweis auf die Erläuterungen (173 BlgNR 22. GP, 13) ein.
- <sup>45</sup> Das tut der Gesetzgeber zwar in gewisser Weise auch mit dem neuen Beschattungsverbot für längst vorhandene Bäume, was dort meines Erachtens Übergangsvorschriften für alten Baumbestand nahegelegt hätte, deren Fehlen nur über das Kriterium des bereits ortsüblich gewordenen Schattenwurfs etwas abgemildert wird (§ 364 Abs 3 iVm Abs 2 ABGB).
- <sup>46</sup> Ausführlich zur Problematik des Übergangsregelung *Holzner*, JBI 2009, 149 ff.
- <sup>47</sup> Siehe oben Punkt 2.2. Vgl außerdem die ErlRV 173 BlgNR 22. GP, 14 zu § 422 ABGB: Sie sprechen von einer „vorsichtige[n] Än-  
derung des § 422 ABGB, die nicht allzu sehr in das bestehende Recht und die darauf gründenden tatsächlichen Verhältnisse eingreift ...“, und meinen damit die oben unter Punkt 2.2. geschilderten Modifikationen des § 422 ABGB.
- <sup>48</sup> Vgl *Holzner*, JBI 2009, 149 f und 152 ff.
- <sup>49</sup> Zum Problem *Holzner*, JBI 2009, 153.
- <sup>50</sup> Kritisch zum Unzumutbarkeitserfordernis daher *P. Bydlinski*, Folgenlose Gesetzesnovellen? Vier Jahre Recht auf Licht und nach wie vor viel Schatten, JBI 2008, 334.
- <sup>51</sup> Beachte etwa auch § 14 Abs 1 ForstG, der dem Eigentümer das Dulden von Überhang auferlegt, wenn dessen Beseitigung den nachbarlichen Wald einer Gefährdung durch Wind oder Sonnenbrand aussetzen würde.
- <sup>52</sup> Vgl dazu auch *Engel*, Licht und Schatten – Die Neuerungen im Nachbarrecht des ABGB durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004, immolex 2004, 36 (39 f).
- <sup>53</sup> Eine dynamische Verweisung wäre nach der öffentlich-rechtlichen Judikatur ohnehin problematisch, wenn es sich um den Verweis eines Landesgesetzes auf ein Bundesgesetz handelt.
- <sup>54</sup> Vgl 3 Ob 23/91 zu einer Oppositionsklage betreffend die Verpflichtung zur Errichtung einer Lärmschutzwand; das Titelgericht hatte schon auf das Bewilligungserfordernis hingewiesen.
- <sup>55</sup> Vgl 3 Ob 116/87 = SZ 60/203, eine Baubewilligung für die vom Verpflichteten zu errichtende Trennwand betreffend.
- <sup>56</sup> Wäre der Exekutionstitel dagegen auf Durchsetzung positiver Leistungspflichten gerichtet, stünde nach 3 Ob 23/91 ab objektivem Verzug dem Berechtigten das Recht zu, Exekution nach § 353 EO durch Ersatzvornahme zu führen. Die Erteilung der Ermächtigung, die vom Kläger vorzunehmende Handlung selbst vornehmen zu lassen, verschaffe dem betreibenden Gläubiger das Recht, anstelle des Verpflichteten und sozusagen in seiner Vertretung nicht nur zB einen Baumeister zu beauftragen, sondern auch bei der Behörde um die entsprechenden Genehmigungen anzusuchen (vgl dazu auch SZ 60/203).
- <sup>57</sup> Das erscheint einerseits nicht unproblematisch, weil dem Baumeigentümer die Auswahl der Maßnahmen vorbehalten bleibt (Einkürzen oder einzelne Bäume fällen). Andererseits wäre es ebenso problematisch, dem an einer Unterlassung gar nicht interessierten Baumeigentümer das baumschutzrechtliche Verfahren zu überlassen. Das öffentliche Recht müsste die Möglichkeit vorsehen, dass auch der Grundeigentümer die Einleitung des Verfahrens beantragen kann, an dem der Baumeigentümer beteiligt ist und in dem er durch eigene Anträge die Initiative an sich ziehen kann. Rechtsmittellegitimation müsste wieder beiden zukommen.