

RECHT **RdU** DER UMWELT

Verstärkung
RdU-Redaktion,
2022, 93

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**
Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Daniel Ennöckl, Erika Wagner**
Ständige Mitarbeiter **W. Berger, D. Hinterwirth, W. Hochreiter,**
V. Madner, N. Raschauer, P. Sander, R. Weiß

Juni 2022

03

89 – 132

Schwerpunkt Wasserrecht

Übergeordnetes öffentliches Interesse an erneuerbaren Energien

Martin Weiss ➔ 93

Rechtsprechung des VwGH zum WRG für 2020 und 2021

Leopold Bumberger ➔ 100

Leitsätze zum Wasserrecht ➔ 118

Beitrag

Öffentliche und private Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge

heute – und morgen *Stephan Cejka* ➔ 108

Aktuelles Umweltrecht

EK: Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen vor 2030 reduzieren ➔ 114

Nationales EmissionszertifikatehandelsG Erdöl ➔ 116

Bgld und NÖ UmgebungslärmschutzV ➔ 116

Umwelt & Technik

Strafverfolgung von Schädigungen im Artenschutz – das Kriterium von

„erheblichen Mengen“ *Thomas Ellmauer und Christoph Milek* ➔ U&T 28

Rechtsprechung

VwGH bejaht Rechtsanspruch auf RL-konforme Probenahmestellen

nach Luftqualitäts-RL *Daniel Ennöckl* ➔ 120

VwGH stellt klar: Missbräuchlichkeit umfasst Mutwilligkeit

Nikolaus Handig ➔ 124

OGH: 10. Senat sieht Selbsthilferecht nach § 422 ABGB

wieder vorrangig *Erika Wagner und Ferdinand Kerschner* ➔ 126

RdU 2022/66

§ 364 Abs 2,
§ 422 ABGBOGH 13. 9. 2021,
10 Ob 22/21 iHerüberwachsen;
unmittelbar
Zuleitung;
behördlich
genehmigte
Anlage

→ Vorrang des Selbsthilferechts nach § 422 ABGB gegenüber Abwehrrecht

→ Das Herüberwachsen(lassen) von Wurzeln und Ästen ist idR nicht als unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren, weil es an einem menschlichen Zutun fehlt.

→ Der OGH sieht insofern einen Vorrang des § 422 ABGB, als keine Ansprüche nach § 364 ABGB bestehen, wenn der gefährdende bzw beeinträchtigende Zustand durch die Ausübung des Selbsthilferechts leicht und einfach beseitigt werden kann. Um § 422 ABGB nicht völlig zu entwerten, kann diese Voraussetzung für Ansprüche nach § 364 ABGB erst dann angenommen werden, wenn die Aus-

übung des (vorrangigen) Selbsthilferechts unmöglich, unzumutbar erschwert oder nicht zielführend ist, weil der Nachbar auch bei Ausübung der Selbsthilfe im Wesentlichen in der gleichen beeinträchtigenden Situation verbliebe.

→ Sofern dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt, können unmittelbare Zuleitungen gem § 364 Abs 2 S 2 ABGB vom Nachbarn unter allen Umständen abgewehrt werden, selbst wenn sie von einer behördlich genehmigten Anlage ausgehen, es sei denn, die Genehmigung oder eine öffentlich-rechtliche Norm erlaubt gerade solche Eingriffe.

Sachverhalt:

Der Rev wird Folge gegeben.

1. Das U des BerG wird teilweise dahin abgeändert, dass es als TeilU wie folgt zu lauten hat:

„Das Klagebegehren, die bekl Partei sei schuldig, den von ihrem Grundstück 6 [...] ausgehenden Schlehdornbewuchs, soweit er als Überhang auf das Grundstück 1* der Liegenschaft der kl Partei [...] besteht, zu unter-*

lassen und den in Form des Überhangs bestehenden Bewuchs zu entfernen, all dies binnen zwei Wochen, wird abgewiesen.“

[...]

2. Im Übrigen wird der Rev der bekl Partei dahin Folge gegeben, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen im Umfang der E über das Klagebegehren, die bekl Partei sei schuldig, den vom Grundstück 6* [...] ausgehenden Schlehdornbewuchs auf dem Grundstück

10. Senat sieht Selbsthilferecht nach § 422 ABGB wieder vorrangig.

1* der Liegenschaft der kl Partei, [...], soweit er aus Jungtrieben der Schlehdornhecke besteht, zu unterlassen und sämtliche vorhandenen Jungtriebe der Schlehdornhecke innerhalb des Grundstücks der kl Parteien zu entfernen und anschließend die Rasenfläche zu rekultivieren, all dies binnen zwei Wochen, einschließlich der Kostenentscheidung aufgehoben werden.

In diesem Umfang wird die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das ErstG zurückverwiesen.

[...]

Aus den Entscheidungsgründen:

[1] Den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildet die Frage, ob die Kl gegenüber der bekl Marktgemeinde einen Anspruch auf Unterlassung des vom Grundstück der Bekl ausgehenden und auf das Grundstück der Kl einwirkenden Schlehdornbewuchses, zum einen in Form eines Überhangs und zum anderen in Form von Wurzeltrieben sowie auf Beseitigung dieses Bewuchses mit anschließender Rekultivierung des Grundstücks haben.

[2] Die Kl sind je zur Hälfte Eigentümer einer Liegenschaft mit dem Gartengrundstück 1* [...], das sie zu Freizeit Zwecken nutzen. Die bekl Marktgemeinde ist Eigentümerin des im Norden an das Grundstück der Kl angrenzenden Grundstücks 6* [...], das [...] im Nahebereich des 1999 in Betrieb genommenen Kraftwerks L* verläuft.

[3] Die dem Verfahren auf der Seite der bekl Marktgemeinde beigetretene Nebenintervenientin ist eine Aktiengesellschaft, deren Rechtsvorgängerin vormals Eigentümerin des nördlich angrenzenden Grundstücks 6* war; diese AG hat der Marktgemeinde in einer Vereinbarung v. 24. 3. 1998 die Haftung für sämtliche allenfalls aus dem Bau und dem Betrieb des Kraftwerks resultierenden Personen- und Sachschäden (auch an Liegenschaften) zugesichert.

[4] Auf dem Grundstück der Bekl befindet sich eine vor ca. 20 Jahren im Zuge des Kraftwerksbaus und der Gestaltung des Staubereichs gepflanzte – derzeit ca. 3–4 m hohe – Hecke, die aus verschiedenen Wildsträuchern besteht, darunter auch Schlehdorn.

[5] Die Kl bringen vor, es komme zu einem massiven, ortsunüblichen Überwuchs von Schlehdornsträuchern auf ihr Grundstück. Darüber hinaus bildeten die Schlehdornsträucher in ihr Grundstück hineinwachsende, etwa sieben Meter lange Wurzeltriebe, aus denen neue Schlehdorntriebe entstünden, durch die sie sich zunehmend gestört fühlten. Da Schlehdorn ein sehr festes und stacheliges Gehölz sei, seien der Rückschnitt und die Entfernung nicht besonders einfach. Außerdem führe dies nur zu noch intensiverer Wurzelbildung. Die aus den Wurzeln wachsenden neuen Triebe bildeten so harte Schäfte, dass die abgemähten Schäfte bereits mehrmals die luftgefüllten Reifen ihres Rasenmähers beschädigt hätten. [...]

[6] IdS werde begehrt, die bekl Partei schuldig zu erkennen, den von ihrer Liegenschaft ausgehenden Schlehdornbewuchs auf der kl Liegenschaft zu unterlassen, den bestehenden Bewuchs sowie sämtliche vorhandenen Jungtriebe der Schlehdornhecke innerhalb der kl Liegenschaft zu entfernen und anschließend die Rasenfläche zu rekultivieren.

[7] Die Bekl bestritt und wandte zusammengefasst ein, die Hecke sei nicht von ihr, sondern im Zuge des Kraftwerksbaus von der Nebenintervenientin bzw. durch von dieser beauftragte Professionisten entsprechend den beh. Vorgaben im Abstand von 1,5 m von der Grundstücksgrenze fachgerecht gepflanzt worden. [...]

[8] Die Nebenintervenientin schloss sich diesem Vorbringen im Wesentlichen an. Es bestehe kein Entfernungsanspruch, weil eine behördlich genehmigte Anlage (im Verbund mit dem Kraftwerk) vorliege.

[9] Das ErstG wies das Klagebegehren zur Gänze ab.

[10] Über die eingangs angeführten Feststellungen hinaus traf es zusammengefasst folgende Feststellungen:

[11] Schlehdornsträucher zählen zu den heimischen Pflanzenarten. Sie sind Teil der üblichen Mischungen für landseitige Kraftwerksböschungen. Sie entwickeln Dornen, deren Aushärtung im dritten Jahr abgeschlossen ist. Genetisch bedingt kommt es bei Schlehdornsträuchern zu einer starken Bildung von Wurzeltrieben, die spätestens zehn Jahre nach der Pflanzung beginnt. Aus den Wurzeltrieben entstehen Austriebe, die bereits im ersten Jahr eine Höhe von 30 cm bis 50 cm erreichen.

[12] Der Überhang der Hecke in das Grundstück der Kl beträgt zirka 2 m und ist bei allen Straucharten etwa gleich breit. Im Nahbereich der Hecke finden sich auf dem Grundstück der Kl in geringer Menge Austriebe von Hartriegel und Feuerdorn. Im Bereich bis zu 7,5 m ab der Grundstücksgrenze findet sich eine große Anzahl von Schlehdorntrieben. Diese wachsen aus Wurzeltrieben, die von den Schlehdornsträuchern am Grundstück der Bekl ausgehen. [...]

[13] Nach dem von der Bekl vorgelegten Auszug des Bewilligungsbescheids des Kraftwerks sollen für die Gestaltung der Uferlinie grundsätzlich nur Pflanzenarten des Verbreitungsgebiets verwendet werden. Für landseitige Dammflächen wurden in Pkt. 17 des Bewilligungsbescheids des Kraftwerks Arten wie Buche, Esche, Vogelkirsche, Stieleiche, Bergulme, Feldahorn, Berberitze, Hartriegel, Weißdorn usw. vorgeschlagen. Wäre bei der Pflanzung der Hecke berücksichtigt worden, dass diese nicht an eine freie Landschaft, sondern an einen Garten angrenzt, hätte man geeigneter Wildsträucher wählen können, die keine Wurzeltriebe bilden und von denen (nur) Auswirkungen, wie etwa Samenflug oder Schadinsekten, ausgegangen wären.

[14] Rechtlich ging das ErstG davon aus, dass die Aufzählung der im Bewilligungsbescheid des Kraftwerks auf landseitigen Böschungen zu verwendenden Pflanzenarten nur demonstrativ sei (was sich insb. aus der Verwendung der Abkürzung „usw.“ ergebe). Da auch die – in der Aufzählung nicht enthaltenen – Schlehdornbüsche heimische und standortgerechte Gewächse seien, entspreche deren Verwendung dem Bewilligungsbescheid. [...] Die Kl hätten daher weder Anspruch auf Unterlassung noch auf Beseitigung. Überdies sei die Hecke ortsüblich.

[15] Das BerG gab der Berufung der Kl Folge und änderte das U des ErstG in eine klagestattgebende E ab. [...]

[16] Das BerG zog den rechtlichen Schluss, dass der Bekl und der Nebenintervenientin der Nachweis dafür

misslungen sei, dass eine behördlich bewilligte Anlage iSd § 364a ABGB vorliege und deshalb allfällige Störungen zu dulden seien. Ähnlich wie Kletterpflanzen, die sich an einer Mauer zwangsläufig emporranken, stellten auch die infolge ihrer genetischen Eigenschaften bis zu 7,5 m langen Wurzelaufläufer der Schlehdornsträucher eine unzulässige unmittelbare Zuleitung dar, weil sie trotz üblicher Gartenpflegemaßnahmen zu Verletzungen führen können. Den Kl stehe daher ein Unterlassungsanspruch und ein Beseitigungsanspruch zu. Letzterer umfasse auch untergeordnete Hilfstätigkeiten wie die Rekultivierung des Rasens.

[...]

[20] Gegen die E des BerG richtet sich die Rev der Bekl mit dem Antrag auf Abänderung iSe Wiederherstellung des U des ErstG Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

[21] Die Kl beantragen in ihrer RevBeantwortung, die Rev als unzulässig zurückzuweisen, in eventu der Rev nicht Folge zu geben und das klagestattgebende U des BerG zu bestätigen.

[Rechtliche Beurteilung]

[22] Die Rev ist zulässig und – soweit sich das Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren auf den Überhang bezieht – iS des Abänderungsantrags auch berechtigt. Im Übrigen – soweit sich das Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren auf die Wurzelaufläufer (und die daraus hervorstehenden neuen Triebe) bezieht – ist die Rev iS des hilfsweise gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

[23] Die bekl Partei macht in der Rev geltend, dass die Hecke sehr wohl Teil einer behördlich bewilligten Anlage sei; einen darauf bezogenen Beweisantrag habe das BerG außer Acht gelassen, was eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens begründe. Im Übrigen stehe nicht fest, dass der Überhang zu einer erheblichen Gefahr von Sachschäden oder für Leib oder Leben führe und dass er nicht durch zumutbare Selbsthilfemaßnahmen beseitigbar wäre. [...]

[1. Verhältnis der unmittelbaren Zuleitung (§ 364 Abs 2 S 2 ABGB) zum Selbsthilferecht nach § 422 ABGB]

[24] Die Kl stützen ihr Begehren auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, insb auf die Bestimmungen des ABGB. Konkret nennen sie als Anspruchsgrundlage für ihr Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren die Qualifikation der Einwirkungen auf ihr Grundstück (in Form des Überhangs und der Wurzeltriebe) als „unmittelbare Zuleitung“ iSd § 364 Abs 2 S 2 ABGB.

[25] Nach Ansicht der bekl Partei handelt es sich dagegen bei diesen Einwirkungen um bloß mittelbare Immissionen, sog „Imponderabilien“ (§ 364 Abs 2 S 1 ABGB).

[26] **1.1.** Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und (kumulativ) die ortsübliche Benut-

zung des Grundstücks dadurch wesentlich beeinträchtigt wird (RS0010587 [T 4]).

[27] Sofern dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt, ist eine unmittelbare Zuleitung nach § 364 Abs 2 S 2 ABGB unter allen Umständen, also ohne die Einschränkungen der Wesentlichkeit und Ortsüblichkeit und unabhängig von einer beh Genehmigung unzulässig (vgl 4 Ob 57/20s mwN). Demgegenüber sind Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstücks hinzunehmen (RS0010635 [T 12]).

[28] **1.2.** Unter einer unmittelbaren Zuleitung gem § 364 Abs 2 S 2 ABGB ist eine direkte, gerade auf das Nachbargrundstück gerichtete Einwirkung zu verstehen (RS0010635): Durch eine dem Liegenschaftseigentümer zuzurechnende Änderung der natürlichen Gegebenheiten (eine „Veranstaltung“) werden Immissionen auf das Nachbargrundstück bewirkt (RS0010635 [T 12]).

[29] **1.3.** Das Herüberwachsen(lassen) von Wurzeln und Ästen ist idR nicht als unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren (8 Ob 79/13w; ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 15; Holzner, Das neue Nachbarrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, SV 2009, 137 [139]), weil es an einem menschlichen Zutun fehlt (*Sarria*, Der Nachbar, sein Baum und dessen Wurzeln [1. Teil], wobl 2019, 485 [487f]; *Eccher/Riss* in KBB⁶ § 364 Rz 4).

[30] Allerdings hat die Rspr bspw auch das zwangsläufige und überdies beabsichtigte Emporranken von Kletterpflanzen (Veitschi) an einer im Eigentum des Nachbarn stehenden Grenzmauer als Eigentumseingriff iS einer unmittelbaren Zuleitung qualifiziert (6 Ob 255/00v RdU 2001/82, 155 [E. Wagner]; RS0010327, RS0010608). Auch kann aus einem bloßen Naturwirken durch bewusstes Aufrechterhalten dieses Zustands eine unmittelbare Zuleitung werden, falls dadurch eine Gefährdung für Personen und Sachen begründet wird (Abbruch eines etwa 15 m langen Starkasts von einer Stieleiche: 4 Ob 43/11v RdU 2012/20, 39 [B. Lang] = immolex 2012/41, 120 [E. Schön]; krit *Wimmer*, Selbsthilfe und negatoria beim Überhang, JBl 2012, 743 [747]).

[31] **1.4.** Mit der „Ahornbaum-Entscheidung“ (4 Ob 196/07p immolex 2008/55, 120 [Pfiel] = SZ 2007/192) und der „Starkast-Entscheidung“ 4 Ob 43/11v hat sich die Rspr von der früher angenommenen Exklusivität des § 422 ABGB für den Fall des Herüberwachsens von Wurzeln und Ästen abgewendet (siehe 1.6 und 1.7).

[32] **1.5.** Nach § 422 ABGB kann jeder Eigentümer die in seinen Grund eindringenden Wurzeln eines fremden Baums oder einer anderen fremden Pflanze aus seinem Boden entfernen und die über seinem Luftraum hängenden Äste abschneiden oder sonst benützen (Abs 1). Die für die Entfernung der Wurzeln oder das Abschneiden der Äste notwendigen Kosten hat der beeinträchtigte Grundeigentümer zu tragen (Abs 2 S 1).

[33] **1.6.** Zur Rechtslage vor dem ZivRÄG 2004 war judiziert worden, dass § 422 ABGB die Rechte des Nachbarn bezüglich des Überhangs und des Wachsens von Wurzeln in den fremden Grund abschließend regelt. Über das in § 422 ABGB normierte Selbsthilferecht hinaus hatte der Nachbar demnach nicht die Möglichkeit, ein auf sein Eigentumsrecht gestütztes

Begehren auf Beseitigung des Überhangs durch den Eigentümer des Baums oder Strauchs zu stellen (R0011097). Auch das Belassen von über die Grundgrenze gewachsenen Wurzeln oder überhängenden Ästen durch den Baumeigentümer verstieß nicht gegen § 422 ABGB und war insoweit auch nicht rechtswidrig (RS0011093 [T 3]).

[34] 1.7. Nach dem Inkrafttreten des ZivRÄG 2004 hat die Rspr den Anwendungsbereich des § 364 ABGB für bestimmte, zuvor allein dem § 422 ABGB unterstellte Sachverhaltskonstellationen geöffnet (Pkt 1.4; siehe 6 Ob 85/10h und 10 Ob 58/14y; RS0011097 [T 2]; RS0122902). Bei „hereinragenden“ Pflanzen gewährt der OGH nun Ansprüche nach § 364 ABGB einerseits dann, wenn es durch die Pflanzenteile zu einem die Güter des Nachbarn konkret gefährdenden und deshalb rechtswidrigen Zustand kommt, und zum anderen dann, wenn die Beeinträchtigung unter Bedachtnahme auf das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot die ortsübliche Benützung des Grundeigentums wesentlich beeinträchtigt und einen unzumutbaren Zustand herbeiführt (vgl 4 Ob 196/07p; 4 Ob 43/11v; RS0127359).

[35] Allerdings sieht der OGH insofern einen Vorrang des § 422 ABGB, als keine Ansprüche nach § 364 ABGB bestehen, wenn der gefährdende bzw beeinträchtigende Zustand durch die Ausübung des Selbsthilferechts leicht und einfach beseitigt werden kann (4 Ob 63/13p RdU 2013/169, 261 [E. Wagner]; 10 Ob 47/13 d EvBl 2014/72, 504 [Schneider] = immolex 2014/42, 160 [Limberg]; RS0122902; Schickmair, Abwehranspruch bei Beschattung durch Bäume vom Nachbargrundstück, RFG 2014/33, 169 [173]). Um § 422 ABGB nicht völlig zu entwerten, kann diese Voraussetzung für Ansprüche nach § 364 ABGB erst dann angenommen werden, wenn die Ausübung des (vorrangigen) Selbsthilferechts unmöglich, unzumutbar erschwert oder nicht zielführend ist, weil der Nachbar auch bei Ausübung der Selbsthilfe im Wesentlichen in der gleichen beeinträchtigenden Situation verbliebe (Wimmer, JBl 2012, 743 [745]).

[36] 1.8. Diese Sonderkonstellationen ändern jedoch nichts daran, dass im Allgemeinen das Herüberwachsen von Ästen und Wurzeln über die Grundgrenze auch weiterhin nicht untersagt werden kann (siehe etwa Holzner, Beschattungsverbot und Überhangrecht, JBl 2009, 144ff; Saria, wobl 2019, 485 [488]; aA etwa E. Wagner, EAnm zu 4 Ob 63/13p, RdU 2013/169, 261 [263]: Wurzelwuchs ist unmittelbare Zuleitung).

[37] Die Behauptungs- und Beweislast für Umstände, die die Qualifikation als unmittelbare Zuleitung tragen, trifft nach allgemeinen Grundsätzen die durch die Einwirkung Belasteten, hier die Kl.

[2. Anwendung dieser Grundsätze auf den hier zu entscheidenden Fall]

[2.1. Zum Klagebegehren auf Unterlassung und Beseitigung des Überhangs]

[...] [40] 2.1.1. Die Kl haben dazu vorgebracht, dass der massive Überwuchs der (derzeit 4m hohen Schlehdornhecke) von bis zu 1,50m auf ihr Grundstück als unmittelbare Zuleitung iSd § 364 Abs 2 S 2 ABGB anzusehen sei. Da es sich bei der Schlehdornhecke um ein sehr festes, stacheliges Gehölz handle, könne dieses

auch nicht besonders einfach zurückgeschnitten und entfernt werden.

[41] 2.1.2. Schon aus den folgenden zwei Gründen besteht keine Haftung der Bekl nach § 364 Abs 2 ABGB:

[42] a) Die Klagebehauptungen lassen keinen Schluss darauf zu, dass den Kl die vorrangige Ausübung des Selbsthilferechts hinsichtlich des Überhangs (durch Abschneiden der Äste) unmöglich oder unzumutbar wäre oder dass sie bei Ausübung der Selbsthilfe im Wesentlichen in der gleichen beeinträchtigenden Situation verblieben. Auch wenn die Ursache für den Überhang in der Bepflanzung des Grundstücks der bekl Partei liegt, zeigt die Wertung des § 422 ZPO (richtig wohl: ABGB, Anm der Redaktion), dass in erster Linie die Abhilfe vom eigenen Grund aus gesucht werden muss. So wie auch sonst die natürliche Umgebung ist der Überwuchs hinzunehmen bzw durch Selbstabschneiden einzudämmen (Karner in Rummel/Lukas [Hrsg], ABGB⁴ § 422 Rz 6; Holzner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch [Hrsg], ABGB³ [Klang] § 422 Rz 12).

[43] b) Darüber hinaus gibt es auch keine Hinweise darauf, dass den Kl die Nutzung des Gartengrundstücks unmöglich geworden wäre oder dass (allein) vom Überhang der Schlehdornäste die Gefahr von Sach- oder Personenschäden ausginge. Die nach den Feststellungen gegebene (bloße) Möglichkeit, dass die Reifen eines Rasenmähers beschädigt werden könnten, wenn nach dem Schnitt des Überhangs die (mit Dornen behafteten) Äste der Schlehdornsträucher vor dem Mähen nicht aus der Wiese entfernt würden, bildet eine rein abstrakte, durch einfache Maßnahmen vermeidbare Gefahr, die zur Begründung eines nachbarrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs nicht ausreicht.

[44] 2.1.3. Aus diesen Gründen ist der Rev der bekl Partei im Umfang der Abweisung des Unterlassungs- und Beseitigungsbegehrens betreffend den Überhang dahin Folge zu geben, dass das Klagebegehren in diesem Umfang – im Ergebnis in teilweiser Wiederherstellung des ErstU – abgewiesen wird.

[2.2. Zum Klagebegehren auf Unterlassung und Beseitigung der aus den Wurzeläusläufern emporwachsenden Wurzeltriebe]

[45] 2.2.1. Nach den Feststellungen sind die Wurzeläusläufer der Schlehdornsträucher durch einfache Selbsthilfemaßnahmen wie Abhacken oder Ausgraben nicht zu entfernen, weil sie genetisch bedingt nachwachsen. Nach dem Standpunkt der Kl besteht die Gefahr (konkreter) Sachschäden darin, dass es trotz der dagegen gerichteten einfachen Selbsthilfemaßnahme des regelmäßigen Mähens zu Austrieben aus den Wurzeläusläufern kommen kann und die Schäfte dieser Austriebe so hart werden, dass die luftgefüllten Räder eines Rasenmähers durchstoßen werden können (was bereits mehrfach geschehen sei). Nach den von den Tatsacheninstanzen getroffenen Feststellungen hat sich aber weder die konkrete Gefahr derartiger Sachschäden noch deren Eintritt feststellen lassen.

[46] 2.2.2. Ob die konkrete Gefahr von Personenschäden durch die (hart gewordenen) Schäfte der Wur-

zelaustriebe zu befürchten ist, ist noch nicht abschließend geklärt.

[47] Das ErstG hat dazu bisher (aufgrund des Gutachtens des Gerichtssachverständigen für Gartenbau und Landschaftspflege) die Feststellung getroffen, dass die abgemähten Schlehdorntriebe zu einer Verletzung führen können. Die RevWerberin macht geltend, sie habe im erstinstanzlichen Verfahren die Einvernahme einer Zeugin (einer Nachbarin der Kl) zum Gegenbeweis beantragt. Das Unterbleiben der Einvernahme dieser Zeugin bildet einen erstinstanzlichen Verfahrensmangel, den die in erster Instanz obsiegende Bekl zulässigerweise auch noch im RevVerfahren geltend machen kann (RS0042740 [T 47]). Insofern erweist sich das Verfahren als ergänzungsbedürftig.

[48] 2.2.3. Soweit die Kl zur Anspruchs begründung geltend machen, sie fühlten sich durch die aus den Wurzeläusläufern hervorwachsenden Triebe zunehmend gestört, ist darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung einer Beeinträchtigung ein objektiver Maßstab anzulegen ist (RS0010583), ließe sich doch sonst die sachenrechtliche Abgrenzung der Befugnisse benachbarter Grundeigentümer nicht sinnvoll bewerkstelligen (6 Ob 247/20x [Rz 24]). Maßgeblich ist demnach nicht das subjektive Empfinden des sich gestört fühlenden Nachbarn, sondern das eines Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Betroffenen befindet (RS0010607).

[49] 2.2.4. Unter Pkt 1.7 wurde bereits ausgeführt, dass der OGH bei pflanzlichen Immissionen, die die Grundgrenze überschreiten, Ansprüche nach § 364 ABGB einerseits dann gewährt, wenn es durch die Pflanzenteile zu einem die Güter des Nachbarn konkret gefährdenden und deshalb rechtswidrigen Zustand kommt, und zum anderen dann, wenn die Beeinträchtigung unter Bedachtnahme auf das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot die ortsübliche Benützung des Grundeigentums wesentlich beeinträchtigt und einen unzumutbaren Zustand herbeiführt.

[50] 2.2.5. Dazu, ob durch die Wurzeläusläufer ein solcher die Kl massiv beeinträchtigender Zustand vorliegt, fehlen ausreichende Feststellungen. Nur dann, wenn das ergänzte Beweisverfahren zu Feststellungen führt, aus denen sich ergibt, dass – unter Bedachtnahme auf die gebotenen Selbsthilfemaßnahmen – infolge einer konkreten Gefahr von Personenschäden die ortsüb-

liche Nutzung des Gartengrundstücks wesentlich beeinträchtigt ist und dieser Zustand unzumutbar ist, sind die aus den Wurzeläusläufern emporwachsenden Wurzeltriebe als unzulässige unmittelbare Zuleitung iSd § 364 Abs 2 S 2 ABGB zu qualifizieren, sodass den Kl insoweit ein Immissionsabwehranspruch zusteht.

[51] Eine solche Qualifikation als unmittelbare Zuleitung iSd § 364 Abs 2 S 2 ABGB hätte auch insofern weitergehende rechtliche Auswirkungen, weil ihr allenfalls die beh Bewilligung der Anlage nicht entgegengehalten werden kann.

[3. Einwand der behördlichen Bewilligung einer Anlage gem § 364 a ABGB]

[52] 3.1. Sofern dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt, können unmittelbare Zuleitungen gem § 364 Abs 2 S 2 ABGB vom Nachbarn unter allen Umständen abgewehrt werden, selbst wenn sie von einer behördlich genehmigten Anlage ausgehen, es sei denn, die Genehmigung oder eine öffentlich-rechtliche Norm erlaubt gerade solche Eingriffe (RS0010528; RS0010683; 1 Ob 206/15y wobl 2016/98, 331 [Fasching]; Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek [Hrsg], ABGB⁵ § 364 a Rz 5; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch [Hrsg], ABGB³ [Klang] § 364 Rz 193).

[53] 3.2. Selbst wenn eine bewilligte Anlage iSd § 364 a ABGB vorliegt, müssten daher die Kl über die aus dieser Gesetzesstelle resultierende Duldungspflicht hinaus eine unmittelbare Zuleitung nur hinnehmen, wenn ein besonderer Rechtsgrund dafür vorliegt.

[54] 3.3. Im Fall der Qualifikation der aus den Wurzeläusläufern hervorwachsenden Triebe als unmittelbare Zuleitung iSd § 364 Abs 2 S 2 ABGB ist daher weiters – zweckmäßigerweise nach Erörterung mit den Parteien – zu klären, ob ein besonderer Rechtsgrund für die unmittelbare Zuleitung vorliegt.

[...]

[56] 5. Zusammenfassend ist der Rev hinsichtlich des Unterlassungs- und Beseitigungsbegehrens zum Überhang mit TeilU dahin Folge zu geben, dass in diesem Umfang das klageabweisende U des ErstG wiederhergestellt wird. Hinsichtlich des Unterlassungs- und Beseitigungsbegehrens zu den Wurzeläusläufern bzw den daraus emporwachsenden Trieben erweist sich die Rev iSd hilfsweise gestellten Aufhebungsbegehrens als berechtigt.

Anmerkung:

Wer ist stärker: Ich oder ich?

Die vorliegende E des 10. Senats ist äußerst wichtig, da der entscheidende Senat von seiner st Rspr Abstand genommen, die der 4. Senat zum Verhältnis von § 422 und § 364 Abs 3 im Jahr 2007 uE überzeugend hergeleitet hat. Mit der vorliegenden E verkehrt der 10. Senat zu Lasten des Kl das Regel-Ausnahme-Verhältnis und nimmt nach wie vor ein Vorrangverhältnis des § 422 ABGB an, ohne dass ein verstärkter Senat mit dieser Sache beschäftigt worden sei. Nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die Rechtsstaatlichkeit ist damit verlassen worden.

Die bisherige Außenwirkung der E ist fatal: So findet sich im Standard v 3. 2. 2022 zu diesem Erkenntnis die Schlagzeile: „Grundeigentümer muss überhängende Äste dulden“, was dann zum Glück im Leitsatz etwas relativiert wird. Es rächt sich nun, dass der Umschwung in der Judikatur damals nicht von einem verstärkten Senat herbeigeführt worden ist; siehe schon Kerschner, RdU 2008/14, 58. Es kann im Rahmen einer Glosse nicht auf alle schon bisher vorgebrachten Argumente eingegangen werden. Fast alles, was hier vom 10. Senat vertreten wird, ist uE nicht haltbar. Es wurde zumeist vom Ergebnis her argumentiert: „Um § 422 nicht völlig zu entwerten [...]“. Dabei ist aber der Un-



tersagungs- und Beseitigungsanspruch, die actio negatoria (uE richtig nach § 354 ABGB [dazu näher am Ende]) in unseren Fällen völlig entwertet worden. Die E hat übrigens einen überaus schalen Beigeschmack: Letztlich hätte im gegebenen Fall, aber allenfalls auch in vielen anderen Wasserkraftwerksfällen das Energieversorgungsunternehmen die Beseitigungskosten aufgrund Vereinbarung mit dem Liegenschaftseigentümer tragen müssen. Es gibt aber keine Auslegungsmethode „in dubio pro Energieversorgungsunternehmen/Gebietskörperschaft“! Auch sonst ist die methodische Vorgangsweise höchst angreifbar. Obwohl die Rezenten mehrfach auf die historische Absicht des Gesetzgebers hingewiesen haben, hat man diese nicht einmal ignoriert. So ist bei Zeiller (Commentar II 126 zu § 364 alte Fassung, jetzt § 364 Abs 1) zu lesen: „3) Dagegen ist er (scil. der Eigentümer) nicht befugt, [...] oder Bäume zu pflanzen, deren Aeste oder Wurzeln auf fremden Boden geduldet werden sollen [...].“ Und hier geht es um den Inhalt des Eigentumsrechts!

Und Zeiller (Commentar II 212 zu § 422): „Allein die Betrachtung, daß der Eigentümer jede Einwirkung auf sein Eigentum, wäre es auch nur auf den ihm zustehenden Luftraum, hintanhaltend kann, [...].“ Und dass es bei einem Herüberwachsen(lassen) von Wurzeln und Ästen idR an einem menschlichen Zutun fehlt (so der 10. Senat und Saria, wobl 2019, 485), widerlegt der vorliegende Fall völlig.

Jedenfalls liegt nun im Ergebnis ein veritabler Konflikt zwischen verschiedenen Senaten des OGH vor. Nur ein verstärkter Senat wird die nun eingetretene, für Nachbarn völlig unbefriedigende Situation beseitigen können.

Bisherige Rechtsprechung

Der 4. Senat hat im Jahr 2007 [(4 Ob 196/07 p SZ 2007/192 erster Rechtsgang, fortgesetzt im zweiten Rechtsgang (4 Ob 63/13 p RdU 2013/169, 261)] überzeugend dargelegt, dass aufgrund der Zivilrechtsnovelle 2004 das Selbsthilferecht des § 422 rund um Bäume nicht mehr exklusiv sei. Abgesehen davon, dass die historischen Hintergründe vor der Zivilrechtsnovelle 2004 für diese Deutung sprechen (vgl dazu ausführlich E. Wagner, Umschwung in der Judikatur: Beseitigungsanspruch bei Überhang RdU 2008/44, 76ff) hat der 4. Senat sehr deutlich aufgezeigt, dass ein Wertungswiderspruch entstehe, wenn gegen Schatten ein Beseitigungsanspruch erhoben werden könne, während bei Bäumen, die Überhang bilden und in das Grundstück hineinragen, Selbsthilfe angewendet werden müsse. Der 4. Senat hat daher abgesehen von der Konstellation des konkret gefährdenden Zustands für Person oder Eigentum, bei der jedenfalls ein Beseitigungsanspruch bestehe, auch dann den Beseitigungsanspruch bejaht, wenn die Immission in Form des Überhangs die ortsübliche Benutzung des Grundeigentums unter Beachtung nachbarrechtlicher Rücksichtnahegebote wesentlich beeinträchtigen und einen unzumutbaren Zustand herbeiführt, der nicht durch leichte und einfache Ausübung des Selbsthilferechts beseitigt werden kann. Nur wenn die Selbsthilfe leicht und einfach zu

beseitigen sei, könne der Beseitigungsanspruch versagt werden. Dies entspricht insofern dem Gedanken des Rechtsmissbrauchsverbots (so schon E. Wagner, RdU 2013/169, 264).

Dass der OGH den Beseitigungsanspruch zumindest auch in dieser E dann zulässt, wenn Sachschäden oder Personenschäden drohen, entspricht der st Rspr.

Zur Kritik

a) Überhängende Äste

Hier setzt nun der 10. Senat an: Während die seit 2007 gebildete Rspr davon ausgeht, dass völlig korrekt ein Nebeneinander zwischen § 422 und dem Beseitigungsanspruch bestehe (der nur dann eingeschränkt ist, wenn leichte und einfache Ausübung der Selbsthilfe möglich ist), geht der 10. Senat davon aus, dass § 422 – bei überhängenden Ästen – die Regel sei und der Beseitigungsanspruch auch in der Konstellation der ortsunüblichen und wesentlich beeinträchtigenden Immission, die zu einem unzumutbaren Zustand führe, nur zusteht, „wenn das Selbsthilferecht unmöglich, unzumutbar oder nicht zielführend sei“. In diesen engen Konstellationen ist aber sowieso uE vollkommen klar, dass es kein Selbsthilferecht gibt und ein Beseitigungsanspruch bestehen müsse, ansonsten die Rechtslage gegen das Grundrecht auf Eigentum (Art 1. 1. ZP EMRK) verstieße. Diese Sichtweise löst aber den auf einfachgesetzlicher Ebene bestehenden Wertungswiderspruch des § 422 und § 364 Abs 3 nicht. Während also bei Schattenwurf auf Beseitigung unter den Voraussetzungen des § 364 Abs 3 geklagt werden könne, müsse bei Ästen geprüft werden, ob die Selbsthilfe unmöglich, unzumutbar oder nicht zielführend ist. Das ist schon bei laienhafter Sichtweise befremdlich, methodisch verfehlt ist es allemal. Abgesehen davon, dass aufgrund der Verkehrung der Rechtslage, wie sie mit der Rspr 4 Ob 196/07 p eingeleitet und in den Folgeentscheidungen 6 Ob 85/10h und 4 Ob 43/11 v fortgesetzt wurde, der kl Anspruch uE zu Unrecht abgewiesen wurde, prüft der OGH in der Folge dann weiter, inwiefern die Schlehdornhecke als unmittelbare Zuleitung angesehen werden könne und aus diesem Grunde ein Beseitigungsanspruch bestehe. Warum in diesem Fall § 422 nicht exklusiv sei (was im Übrigen verfehlt wäre), hat hier der OGH gar nicht thematisiert. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass das Kriterium, wonach die Selbsthilfe unmöglich, unzumutbar oder nicht zielführend ist, weil der Nachbar auch bei Ausübung der Selbsthilfe wesentlich in der gleichen Situation verbleibe, von der Prämisse ausgeht, § 422 dürfe „nicht völlig entwertet werden“. Abgesehen davon, dass es sich dabei um einen methodischen Zirkel handelt (gäbe es ein Nebeneinander, komme es zur Entwertung – weil es keine Entwertung geben darf, gäbe es ein Vorrangverhältnis), lässt sich die „Entwertung“ seit der nunmehr 15-jährigen Anwendung der anderslautenden Rspr (wonach eine vollständige Konkurrenz zwischen § 422 und § 364 Abs 3 bestehe, vorbehaltlich der leichten und einfachen Ausübung der Selbsthilfe) in der Praxis nicht verifiziert. Damit ist auch aus dieser Sicht die E willkürlich und zu Lasten



der Rechtssicherheit getroffen worden. Wenn in der E Meinungen aus der Lehre (va *Wimmer*, aaO, und *Holzner*, aaO) ins Treffen geführt werden, so ändert nichts daran, dass die nunmehrige Sichtweise **durch einen verstärkten Senat getroffen hätte werden müssen. Bei Verletzung derartig grober Verfahrensregeln durch den OGH ist der Grundsatz des fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK verletzt.**

b) Eindringende Wurzeln

Bei den **Wurzelausläufern soll es aber – wie bisher –** für den Beseitigungsanspruch genügen, dass die Schlehdornsträucher nicht durch einfache Selbsthilfemaßnahmen, wie Abhacken und Ausgraben, entfernt werden könnten. Die Sichtweise dieser E ist daher nicht nur hinsichtlich der Abkehr von der Analogie zu § 364 Abs 3 in Bezug auf die Äste überraschend (vgl Rz 35), **sondern auch in sich inkonsistent.**

Besonders weit weg und gerade zu erfunden hat der 10. Senat die Sichtweise bei Wurzelausläufern, wenn er im Ergebnis wie folgt schlussfolgert, „*nur dann wenn das ergänzte Beweisverfahren zu Feststellungen führt, aus denen sich ergibt, dass – unter Bedachtnahme auf die gebotenen Selbsthilfemaßnahmen – in Folge einer konkreten Gefahr von Personenschäden die ortsübliche Nutzung des Gartengrundstück wesentlich beeinträchtigt ist und dieser Zustand unzumutbar ist, sind die aus dem Wurzelausläufern emporwachsenden Wurzeltriebe als unzulässige unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren, sodass dem Kl insoweit eine Immissionsabwehranspruch zusteht.*“

Kein Immissionsfall

Zuletzt ist noch das tiefer liegende Grundproblem, nämlich der eigentliche normative Kern unserer Fälle etwas näher zu erörtern, was bisher unseres Wissens nach nicht in dieser Deutlichkeit gesehen worden ist. Und es geht auch um die Funktion des Selbsthilferechts nach § 422: Die Rechtslage bei überwachsenden Ästen und Wurzeln ist nicht nach § 364 Abs 2 zu klären. Denn dabei handelt es sich eindeutig um **grobkörperliche Einwirkungen**, die nach ganz hA nicht dem Immissionsbegriff unterliegen; vgl nur *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 364 Rz 168: Grobkörperliche Immissionen sind immer untersagbar! Die grundsätzliche Eigentumsfreiheitsklage ist in § 354 grundgelegt (siehe auch *Kietaibl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [Klang] § 354 Rz 10 ff): Sie schützt gegen jede faktische Störung, gegen jeden Zustand, der mit dem Zuweisungsgehalt in Widerspruch steht (vgl wieder *Kietaibl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [Klang] § 354 Rz 14). § 364 Abs 2 und 3 sind dazu *leges speciales*. Liegen keine Immissionen iSd § 364 Abs 2 wie hier vor, ist diese Bestimmung ein völlig falscher Ansatz. All die vom 10. Senat zum Nachrang des § 364 Abs 2 vorgebrachten Argumente laufen daher von vornherein ins Leere! Wie wir schon lange und oft vertreten haben, liegt eben bei Eindringen von Ästen und Wurzeln eine **Substanzbeeinträchtigung** des Eigentums vor.

Bei einer solchen stehen Abwehr- und Beseitigungsansprüche zu. Solche wird wohl niemand bestreiten,

wenn ein „fremder“ Ast auf das Nachbargrundstück fällt oder sich eine Wurzel ablöst. Werden diese nicht vom gestörten Nachbarn okkupiert, muss der Ast- bzw Wurzeleigentümer sie beseitigen. Es bedürfte schon klarer gesetzlicher Regelung, wenn das bei noch in Verbindung mit dem Nachbarbaum stehenden Ästen und Wurzeln anders sein sollte.

§ 422 hat nun die wichtige Funktion, dem gestörten Nachbarn eine **Selbsthilfe** zu ermöglichen. Die Bestimmung rechtfertigt daher den Eingriff in fremdes Eigentum, ohne dass die Voraussetzungen des § 19 bzw § 344 vorliegen müssten. Diese **Spezialregel der erlaubten Selbsthilfe** ist durch die Besonderheiten des „Überwuchs“ zu erklären: Diese ständige Störung durch eine grobkörperliche Einwirkung soll ohne Behörde/Gericht möglich sein, weil sie ohnehin auf eigenem Grund passiert. Das trägt auch maßgeblich zum Rechtsfrieden zwischen Nachbarn bei.

Von daher erklärt es sich auch, dass § 422 durch eine Konkurrenz mit der Abwehr nach § 354 in keiner Weise „entwertet“ wird. Das wird ja auch bei der allgemeinen Selbsthilfe nicht vertreten. Aus vielerlei Gründen kommt der Selbsthilfe nach § 422 auch ein ganz eigener Wert zu: Der gestörte Nachbar will den Störer aus unterschiedlichsten Gründen nicht vor Gericht zerren oder bei der Beh „anzeigen“ müssen. Oder man will nicht, dass der Nachbar (oder ein von diesem beauftragtes Unternehmen) auf sein Grundstück kommt. Und es mag auch noch andere Gründe geben. *Holzner* (in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ [Klang] § 422 Rz 3) hat den Zusammenhang zwischen materiellem Anspruch und Selbsthilferecht deutlich erkannt (dieses setze einen untersagbaren Anspruch voraus), will aber das Ergebnis nicht, sodass ihm nur von den Rechtsfolgen her eine Ablehnung der Qualifikation des § 422 als Selbsthilferecht bleibt. Das ist freilich ein gesetzlich nicht begründetes Vorverständnis.

Zuletzt aber auch ein Argument von den Rechtsfolgen her: Nach dem 10. Senat muss nun der gestörte Eigentümer alles selbst und auf eigene Kosten machen, um die Störung zu beheben. Völlig zutreffend hat der 6. Senat in seiner E v 20. 10. 2021, 6 Ob 171/21 x (Luftwärmepumpe) ausgeführt: „*Wäre ein Nachbar verpflichtet, die Unwesentlichkeit der Immissionen dadurch zu bewirken, dass er selbst seinerseits (schützende) Maßnahmen gegen die von der Nachbarliegenschaft ausgehenden Immissionen setzen müsste, würde dies darauf hinauslaufen, dass der Störer den Nachbar zu Verhaltensänderungen zwingen kann [..]*“ (eigene Hervorhebung).

Was bleibt:

Es verbleibt ein Kopfschütteln bei den Rezensenten, da die Rechtssicherheit hier massiv beeinträchtigt worden ist und die nunmehrige Sichtweise in keinerlei Hinsicht eine Verbesserung oder Vereinfachung der Situation wäre. Im Übrigen: Bei Schlehdorn „Hand anlegen zu müssen“, wäre eine gute Übung für jeden, um das nunmehrige Vorrangverhältnis des § 422 in praxi zu verifizieren.

Erika Wagner und Ferdinand Kerschner

