

Bachlechner | Unterkircher | Wolf & Partner

Rechtsanwälte und Strafverteidiger

An den
Landesmootcourt Salzburg
Im Strafraum 16
2060 Salzburg

2 R 503/07 a

Klagende Partei: **Nikolaus N ö r g l e r**
Fünfmeteraum 5
2060 Salzburg

vertreten durch: Bachlechner | Unterkircher | Wolf & Partner
Rechtsanwälte und Strafverteidiger
Gerechtigkeitsplatz 1
9900 Lienz in Osttirol

Beklagte Parteien: **S t a d t g e m e i n d e S a l z b r u c k**
Am Stadtplatz 11
2060 Salzburg

vertreten durch: Team Wien 2
Im Abseits 13
1010 Wien

wegen: Unterlassung (Streitwert EURO 5.000.-)

1-fach
1 Rubrik
Vollmacht gemäß § 30 Abs 2 ZPO erteilt

A U S S E R O R D E N T L I C H E R E V I S I O N
der klagenden Partei

In Umseits bezeichneter Rechtssache erhebt die klagende Partei gegen das Urteil des Landesmootcourt Salzbruck vom 12.03.2008, GZ 3 R 503/07 a, dem Beklagtenvertreter am 8.4.2008 zugestellt und damit fristgerecht nachstehende

außerordentliche Revision

an den Obersten Moot Court in Innsbruck.

Das Urteil des Berufungsgerichts wird in seinem gesamten Umfang angefochten.

Als Rechtsmittelgrund wird **unrichtige rechtliche Beurteilung** geltend gemacht und hiezu wie folgt ausgeführt:

I.

Zur Zulässigkeit und Begründetheit der ausserordentlichen Revision:

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt Euro 4.000, nicht aber Euro 20.000 (§ 502 Abs. 3 ZPO).

Die außerordentliche Revision wäre aus folgenden Gründen zuzulassen gewesen:

Mit der Argumentation, beim auf die Liegenschaft des Klägers gelangten Abfall handle es sich nicht um grobkörperliche Stoffe, weicht das Berufungsgericht von der ständigen Rsp des OGH ab. Laut dieser sind als grobkörperliche Stoffe nämlich Fußbälle, Getränkebecher, -dosen und -flaschen, sowie Essensreste, Plastikbehälter, uÄ anzusehen (zB SZ 44/22, SZ 68/208); lediglich (feine) Holzspäne sieht der OGH nicht als grobkörperliche Stoffe an. Von solchen, oder von Stoffen ähnlicher Beschaffenheit, ist hier aber nicht die Rede. Da sohin eine Abweichung von der ständigen Rsp des OGH vorliegt, diese zumindest uneinheitlich ist, wäre die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs. 1 ZPO zuzulassen gewesen.

Des Weiteren irrt das Berufungsgericht in seiner rechtlichen Beurteilung, die Lärmbelästigung übersteige nicht das ortsübliche Maß und beeinträchtige daher auch nicht die ortsübliche Nutzung. Tatsächlich übersteigen die Lärmimmissionen das ortsübliche Maß bei Weitem und beeinträchtigen dadurch die ortsübliche Nutzung des klägerischen Grundstückes wesentlich.

Wegen dieser unrichtigen rechtlichen Beurteilung wäre die außerordentliche Revision gemäß § 503 Abs. 1 Z 4 ZPO zuzulassen gewesen.

Schließlich liegt das Berufungsgericht mit seiner Argumentation hinsichtlich des Schikaneverbotes falsch. Die vorgenommene Interessensabwägung spricht keineswegs eindeutig für die beklagte Partei.

Schon gar nicht kann die Rechtsausübung des Klägers, in concreto die Geltendmachung des ihm aus § 364 Abs. 2 ABGB erfließenden Rechtes auf Abwehr von unzulässigen Immissionen, als ein „unlauteres Motiv“ bezeichnet werden. Zudem fehlt ein entsprechender Schädigungsgedanke von Seiten des Klägers völlig.

Dieser Irrtum führte zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung durch das Berufungsgericht, weswegen die außerordentliche Revision gemäß § 504 Abs. 1 Z 4 ZPO zuzulassen gewesen wäre.

II.

Ausführung der außerordentlichen Revision

a) Zum Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB :

Gemäß § 354 ABGB stellt das Eigentum als subjektives Recht die Befugnis dar, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen. In Fällen, in denen zwei oder mehrere solcher gleichrangiger Eigentumsrechte kollidieren, sollen die nachbarrechtlichen Bestimmungen der §§ 3364ff ABGB herangezogen werden, um insbesondere das Interesse des friedlichen Zusammenlebens von Nachbarn zu wahren.

Die Bestimmung des § 364 Abs 2 ABGB unterscheidet zwischen zwei Arten von Einwirkungen, die das nachbarschaftliche Verhältnis beeinträchtigen können. Einerseits braucht ein Nachbar nicht solche Einwirkungen auf sein Eigentum zu dulden, die mittelbar vom Eigentum des anderen Nachbarn ausgehen, wenn diese Einwirkungen das ortsübliche Maß überschreiten und die ortsübliche Nutzung des in seinem Eigentum stehenden Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.

Andererseits braucht ein Nachbar Einwirkungen, die als unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren sind und ohne besonderen Rechtstitel erfolgen, keinesfalls zu dulden. In vorliegendem Fall liegen sowohl mittelbare Immissionen vor, die über das ortsüblich Maß hinausgehen und auch die ortsübliche Nutzung nicht nur unwesentlich beeinträchtigen, als auch unmittelbare Zuleitungen die keinesfalls zu dulden sind, wie im Folgenden im Detail eindeutig aufgezeigt wird:

Ad Vorliegen einer Immission iSd § 364 Abs 2 ABGB, die das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes unzumutbar beeinträchtigt:

Der vom Ausweichparkplatz der beklagten Partei ausgehende Lärm ist als mittelbare Immission iSd §364 Abs 2 ABGB anzusehen. Eine solche kann von einem Nachbarn untersagt werden, wenn sie das nach den örtlichen

Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigt (SZ 44/22). Die Einwirkungen müssen dabei, nach ständiger Rsp des OGH, von gewisser Dauer sein bzw. mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehren. Im gegenständlichen Fall wird das Grundstück der Beklagten, wie zutreffend vom Erstgericht festgestellt, an durchschnittlich ca. 20 Tagen pro Jahr als Ausweichparkplatz genützt, womit das Dauerhaftigkeits- bzw. Regelmäßigkeitserfordernis klar gegeben ist.

Entgegen der Einwendung der beklagten Partei, sie sei für die Lärmerregung der Parkplatzbesucher nicht verantwortlich, sind ihr die von Gästen beim Zu- und Abfahren gesetzten Lärmimmissionen sehr wohl zuzurechnen (1 Ob 196/00 f, *Spielbüchler* in Rummel, ABGB³, § 364, Rz 5).

Weiters hat das Erstgericht ausgeführt, dass auf dem Grundstück der klagenden Partei, auf Grund der in unmittelbarer Nähe befindlichen Westtalautobahn, eine durchschnittliche Lärmbelastung von etwa 55 dB (A) bei Tag bzw. 43 dB (A) bei Nacht herrscht, die in diesem Bereich als ortsüblich anzunehmen sind.

Die Nutzung des Beklagtengrundstückes als Ausweichparkplatz im Zuge von Veranstaltungen im Tiwalsi-Stadion führen allerdings zu erhöhten Lärmbeeinträchtigungen durch den auf den Parkplatz bezogenen Quell- und Zielverkehr, die bis zu 72 dB (A) betragen und sogar bis in die frühen Nachtstunden andauern können. Es kommt also auf dem Grundstück des Klägers zu einer Lärmsteigerung von bis zu 17 dB (A) am Tag bzw. sogar 29 dB (A) in den frühen Nachtstunden.

Gemäß eines Sachverständigengutachtens in 8 Ob 635/92 werden Erhöhungen von bis zu 5 dB (A) kaum wahrgenommen, während solche von 10 dB (A) vom menschlichen Gehör aber als etwa doppelt so laut empfunden werden (bei einem dauerhaften Geräuschpegel von 45-50 dB (A)). In vorliegendem Fall kommt es tagsüber sogar zu einer Verdoppelung bzw. nachts zu einer Verdreifachung dieser ohnehin für das menschliche Gehör unzumutbaren 10 dB (A). Die Lärmerhöhung muss daher vom Kläger keinesfalls geduldet werden, da sie eindeutig das ortsübliche Maß übersteigt. Die Benützung der Liegenschaft wird dadurch wesentlich beeinträchtigt. So würde nach dem Empfinden jedes Durchschnittsmenschen, der in der Lage des Klägers wäre, trotz der

Bedachtnahme auf die allgemeinen Interessen, seine Privatsphäre erheblich gestört und der Schlaf massiv beeinträchtigt.

Des Weiteren bedarf es für einen auf § 364 Abs. 2 ABGB gestützten Unterlassungsanspruch des Vorliegens einer Wiederholungsgefahr, bei deren Beurteilung nach hL und stRsp nicht engherzig vorgegangen werden darf (SZ 35/28, *Dietrich-Tades*, ABGB³ (1994), § 364, E 52). Entscheidend hierfür ist, dass ein Zustand fort dauert, der dem Kläger keine Sicherheit gegen weitere Rechtsverletzungen bietet. Dadurch, dass die Beklagte nach wie vor keine tauglichen Maßnahmen ergriffen hat, die die Geräuschimmissionen auf das Grundstück des Klägers unterbinden, liegt die Wiederholungsgefahr eindeutig vor.

Deshalb ist auch das von der Beklagten eingewendete öffentliche Interesse nicht zu berücksichtigen. Denn diesem kommt nach der Rsp des OGH jedenfalls dann keine Bedeutung zu, wenn die Beeinträchtigungen durch Schutzmaßnahmen verhindert werden können (SZ 48/115). Schon gar nicht darf das öffentliche Interesse, wie in der Vorgangsweise des Berufungsgerichts, lediglich mit den privaten Interessen des Klägers abgewogen werden (*Oberhammer* in Schwimann, ABGB³ II, § 364, Rz 18).

Schließlich muss auch auf die nahende (bzw. „drohende“) Ausrichtung der Europameisterschaft hingewiesen werden, im Zuge derer die Lärmbelastung auf dem klägerischen Grundstück zweifelsfrei nochmals erhöht werden wird.

Die Beklagte hat deshalb die Immissionen zu unterlassen bzw. für die Unterlassung Sorge zu tragen. Eine deutliche Verbesserung der Lärmbelastung könnte bspw. problemlos durch die Installierung von geeigneten Hecken oder Lärmschutzwänden bewirkt werden.

Im Hinblick auf die schon bald stattfindende Europameisterschaft bedeutet das, dass die Stadt Salzbrunn geeignete Präventivmaßnahmen zu treffen hat.

Ad Vorliegen einer unmittelbaren Zuleitung iSd § 364 Abs 2 ABGB:

Eine unmittelbare Zuleitung liegt dann vor, wenn der Nachbar Handlungen setzt, die für eine Einwirkung gerade auf das Nachbargrundstück ursächlich sind, wobei es sogar ausreichend ist, dass diese unmittelbare Zuleitung von einer vom Nachbarn geschaffenen Anlage in den Nahebereich des Nachbargrundstückes geführt wird (zB Oberhammer in Schwimman, ABGB³ II, § 364, RZ 3).

Die Aufzählungen von unmittelbaren Zuleitungen in der Rsp des OGH sind schier unendlich und reichen von in das Grundstück geschlagenen Tennisbällen bis hin zum Eindringen von verunreinigten Erdreich; ja sogar die Zuleitung von durch Blitzschlag hervorgerufener elektrischer Energie auf das Nachbargrundstück ist laut Rsp als unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren und deshalb keinesfalls zu dulden (zB SZ 44/22).

Aus der Summe all dieser als unmittelbare Zuleitung erfolgter Qualifikationen hat sich in der Rsp eine klare Tendenz herausgebildet, was keinesfalls zu dulden ist, nämlich grobkörperliche Immissionen. Als solche ist insbesondere das Eindringen von festen Körpern ab einer gewissen Größe anzusehen. Ein solches Eindringen von festen Körpern auf das Grundstück der klagenden Partei liegt in vorliegendem Fall eindeutig vor. Wie das Erstgericht nämlich treffend festgestellt hat, konsumieren auf dem Parkplatz der beklagten Partei Besucher immer wieder Getränke und Speisen, wobei die dadurch entstehenden Abfälle zurückgelassen werden und einzelne Getränkedosen und sonstiger Unrat auch immer wieder auf das Grundstück der klagenden Partei gelangen.

Diese anfallenden Abfälle sind eindeutig als feste Körper zu qualifizieren, da sie insbesondere eine gewisse Größe aufweisen, ja solche Abfälle sogar größer sind als solche Gegenstände, die von der Rsp bisher schon als grobkörperliche Stoffe angesehen worden sind (z.B.: Tennisbälle). Somit ist das Eindringen dieser Abfälle eindeutig als unmittelbare Immission anzusehen, welche von der klagenden Partei keinesfalls zu dulden ist, da die beklagte Partei auch keinen besonderen Rechtstitel für eine solche Zuleitung auf das Nachbargrundstück hat.

Auch die Tatsache dass es sich zumeist, also nicht immer, nur um Restmengen handelt ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des Eingriffes in das Eigentum der klagenden Partei und somit an der Anwendung des § 364 Abs 2 ABGB. Die beklagte Partei kann sich auch nicht darauf berufen, nicht für das Verhalten der Besucher verantwortlich zu sein. Nach ständiger Rsp des OGH richtet sich nämlich der Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB außer gegen den Störenden (hier: Besucher) auch gegen den Grundeigentümer, zumal es für die Begründung der Haftung nicht erforderlich ist, dass der Nachbar selbst die störende Handlung setzt (RdW 1997; 525). Die Haftung des Nachbarn wird nämlich dann als gerechtfertigt angesehen, wenn zwar die störende Handlung ein anderer setzt, der Grundeigentümer selbst aber die Handlung duldet, obwohl er sie zu hindern berechtigt und dazu auch imstande gewesen wäre. In vorliegendem Fall war der beklagten Partei durchaus bekannt, dass die Besucher das Nachbargrundstück bereits wiederholte male verunreinigt haben, sogar noch dann, als beim Erstgericht die streitgegenständliche Unterlassungsklage anhängig gemacht wurde.

Der beklagten Partei wäre es sohin leicht möglich gewesen es durch gewisse Maßnahmen, etwa durch das Aufstellen von Abfangzäunen oder Parkwächtern, zu verhindern, dass Abfälle auf das Nachbargrundstück gelangen. Die beklagte Partei hat aber keinerlei solche Maßnahmen ergriffen, die das Eindringen von Abfällen auf das Nachbargrundstück verhindern, weshalb sie sich das Verhalten der Besucher auch zurechnen lassen muss.

Der Oberste Moot Court solle bei seiner Entscheidung hier insbesondere auch die herannahende Europameisterschaft beachten. Durch diese wird der Besucheransturm sowohl im Stadion als auch auf dem Grundstück der beklagten Partei außer Zweifel stark zunehmen, was auch unvermeidbar eine Zunahme der entstehenden Abfälle mit sich bringen wird die, ohne entsprechenden gerichtlichen Schutz, auf das Grundstück der klagenden Partei gelangen werden.

b) Zum Schikaneverbot nach § 1295 ABGB:

In ihrer Berufung der beklagten Partei wird das Schikaneverbot gemäß § 1295 Abs 2 ABGB erwähnt. (siehe S. 6)

Die Bestimmung dazu lautet:

§ 1295 (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

Die beklagte Partei nimmt in ihrer Berufung Bezug auf § 1295 Abs 2 2. HS. Laut dieser Bestimmung besteht die eigentliche Schikane darin, dass die Ausübung des Rechtes in ausschließlich schädigender Absicht vorgenommen werden muss.

1. Die beklagte Partei ist Eigentümerin des Ausweichparkplatzes, der an die Liegenschaft des Klägers grenzt. Auf diesem Ausweichparkplatz haben regelmäßig Fußballbegeisterte die Möglichkeit, ihr Auto abzustellen. Durch diese Möglichkeit besteht jedoch immer die Gefahr, dass das Grundstück der klagenden Partei einerseits durch den erhöhten Lärm und andererseits vor allem durch die Abfälle in ein stark durch Lärm und Abfall beeinträchtigt „Gebiet“ verwandelt wird, sodass dies die Wohnqualität stark beeinträchtigt.

Jedoch hat das Erstgericht nicht genau festgestellt, welche Menge an Abfall nach der Reinigung durch das Personal am Grundstück der klagenden Partei zurückbleibt.

Unter Abfall, der am Grundstück der beklagten Partei zurückgelassen wird, sind vor allem Getränkedosen, Plastikbecher und Verpackungsmaterial zu verstehen. Üblicherweise fällt bei Fußballveranstaltungen derartiger Abfall an, da diese Konsumartikel umfangreich rund um das Fußballstation angeboten werden. Das heißt, dass dieser Abfall nach den Veranstaltungen auch auf dem klägerischen Grundstück zu finden ist.

Für die Rechtsprechung des OGH ist die Größe der eindringenden Stoffe auf einem angrenzenden Grundstück maßgebend (zB SZ 51/114). Das Eindringen

von Hobelspänen ist verhältnismäßig gering, sodass diese Stoffe hinzunehmen sind, solange das ortsübliche Maß nicht überschritten wird. Alle anderen Stoffe, wie Steinsplitter, Kugeln oder Fußbälle können ohne Einschränkung abgewehrt werden (10 Ob 37/05x).

Getränkedosen, Plastikbecher und Verpackungsmaterial sind der Größe nach den Beispielen der Rechtsprechung gleichzusetzen. Hier handelt es sich eindeutig um grobkörperliche Stoffe.

Die Rechtsausübung kann hier nicht rechtswidrig sein. Nur wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, bezeichnet ein derartiges Verhalten Schikane (*Reischauer* in Rummel, ABGB³, § 1295, Rz 59).

Die klagende Partei übt zwar ein Recht aus, will jedoch der beklagten Partei keinen Schaden zufügen. Ihr geht es lediglich um die Wahrung ihres Rechtes auf Privatsphäre. Von absichtlicher Schädigung kann keine Rede sein.

Es steht außer Zweifel dass die klagende Partei keinen Schädigungszweck ausübt, sondern lediglich ihr Recht auf Immissionsschutz gemäß § 364 Abs 2 ABGB geltend macht. Dieses Recht wird unbestritten von der Rechtsprechung des OGH gewährt.

2. Das Schikaneverbot gemäß § 1295 ABGB ist entgegen der Argumentation des Berufungsgerichts, die in Punkt 1 widerlegt wurde, zugunsten der klagenden Partei auszulegen. Das Verhalten der Fußballfans, das der beklagten Partei als Eigentümerin des Ausweichparkplatzes zuzurechnen ist, verstößt gegen die „guten Sitten“ gemäß § 1295 Abs 2 1. HS. Der Abfall muss laut der Rechtsprechung des OGH (siehe oben) von der klagenden Partei nicht geduldet werden, da er als grobkörperlicher Stoff zu sehen ist. Es ist Schikane, wenn nach den Fußballspielen etliche Getränkedosen und anderer Müll auf dem klägerischen Grundstück zurückbleiben. Die absichtliche Schädigung von Seiten der beklagten Partei ist gegeben, da sie keine Maßnahmen setzt, die der Verschmutzung des klägerischen Grundstücks entgegenwirken.

„Gegen die guten Sitten“ ist jedoch sehr allgemein formuliert. Die Lehre erkannte dieses Problem und unternahm den Versuch „vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung“ nach Fallgruppen zu ordnen.

Eine dieser Fallgruppen ist, „Missbrauch von Macht“. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu, zumal die Stadt Salzbrunn als Gebietskörperschaft ihr Grundstück als Ausweichparkplatz nutzt und nichts gegen die ständigen Störungen der Besucher dieses Parkplatzes unternimmt, obwohl ihr dies leicht möglich wäre.

Wenn Macht missbraucht wird, um andere zu schädigen, so verstößt dieses Verhalten regelmäßig gegen die guten Sitten iSd. § 1295 Abs 2 ABGB (*Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ II, § 1295, Rz 157).

3. Schikane liegt ebenso vor, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigen Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis besteht (*Dietrich- Tades*, ABGB³ (1994), § 1295 ABGB, E 935).

Durch die immer wiederkehrenden Fußballspiele und die Ausweichmöglichkeit auf diesen Parkplatz, der an das Grundstück der klagenden Partei grenzt, wird die Wohnqualität dieser stark eingeschränkt.

An den Tagen an denen die Fußballveranstaltungen stattfinden, wird der klagenden Partei die Möglichkeit verwehrt, ihren Alltag normal zu leben. In dieser Zeit überwiegt nämlich auch die Sorge des Klägers um die Sicherheit von Personen, die sich am klägerischen Grundstück aufhalten. Der Abfall, der eindeutig als grobkörperlicher Stoff zu sehen ist, könnte zu Verletzungen, der im Garten befindenden Personen, führen. Das Interesse der klagenden Partei, nämlich die Wohnqualität wird dadurch eindeutig gestört.

Auch im Hinblick auf die Fußball-Europameisterschaft wird der Abfall in einem womöglich noch nie da gewesenen Ausmaß ansteigen, da in dieser Zeit sehr viele Fußballfans zu erwarten sind.

Es steht außer Zweifel, wie auch aus der Berufung der beklagten Partei hervorgeht, dass bei Durchführung von Großveranstaltungen ein öffentliches Interesse besteht. Wie aber aus der Rechtsprechung des OGH bekannt ist, rechtfertigt das öffentliche Interesse allein für sich die Immissionen nicht (4 Ob 579/95).

Es muss hier der Blickwinkel darauf gerichtet werden, dass gerade bei diesem Ausweichparkplatz die Unzumutbarkeit seitens der klagenden Partei überwiegt, da das Eindringen fester Stoffe ein Gefahrenpotential darstellt. Dies birgt ein Verletzungsrisiko für Personen.

Die beklagte Partei hat Sorge dafür zu treffen, dass nach den Fußballveranstaltungen keine Abfälle auf dem Grundstück der klagenden Partei zurückbleiben. In Betracht kämen vor allem Maßnahmen, die das Eindringen des Abfalls verhindern. Geeignete Schutzmaßnahmen wären z.B. Fangnetze, die den Müll abfangen.

Die klagende Partei stellt daher den

Antrag,

der Oberste Moot Court in Innsbruck möge

1. die außerordentliche Revision als zulässig erachten,
2. der Revision Folge geben und das angefochtene Urteil dahingehend abändern, dass das Klagebegehren vollinhaltlich stattgegeben werde,

in eventu

das angefochtene Urteil im Umfang der Anfechtung aufheben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht/Berufungsgericht zurückverweisen.

Kostenverzeichnis:

(Bemessungsgrundlage: € 35.000)

Revision	TP 3 C	€ 974,90
60% ES		€ 584,94
10% StG		€ 155,98
20% Ust		€ 343,16
<u>Pauschalgebühr inkl. StG</u>		<u>€ 1.284,80</u>
Summe:		€ 3.343,78