

FINK FUTTERKNECHT WEIXELBAUM
RECHTSANWÄLTE GMBH

An den

Landesmootcourt Salzburg

Im Strafraum 16
2060 Salzburg

Per web-ERV eingebracht!

3 R 503/07a

Klagende Partei:

Nikolaus Nörgler

Fünfmeteraum 5
2060 Salzburg

vertreten durch:

Bachlechner Unterkirchner Wolf & Partner
Rechtsanwälte
Gerechtigkeitsplatz 1
9900 Lienz in Osttirol

Beklagte Partei:

Stadtgemeinde Salzburg

Am Stadtplatz 11
2060 Salzburg

vertreten durch:

Fink Futterknecht Weixelbaum
Rechtsanwälte GmbH
Naglergasse 2 Top 11
1010 Wien

(Prozess- und Geldvollmacht erteilt.
Gemäß § 19a RAO verlangt der gefertigte Anwalt
die Bezahlung sämtlicher Kosten zu seinen Händen.)

wegen:

Unterlassung (Streitwert EUR 5.000,--)

REVISIONSBEANTWORTUNG

1-fach

Gemäß § 112 ZPO dem Gegenvertreter zugestellt

Entsprechend dem Beschluss des Landesmootcourt Salzbruck erstattet die beklagte Partei innerhalb offener Frist die nachstehende

REVISIONSBEANTWORTUNG

an den Obersten Moot Court Innsbruck.

Inhaltsverzeichnis

I.	<u>Sachverhalt</u>	4
II.	<u>Zusammenfassung des Standpunkts der beklagten Partei</u>	5
III.	<u>Zulässigkeit der Revision</u>	5
1.	Antrag gemäß § 508 ZPO	6
2.	Versäumung der Revisionsfrist	7
3.	Zulässigkeitsgründe	7
IV.	<u>Begründung der Revision</u>	10
1.	§ 364 ABGB	10
1.1	<u>Direkte und indirekte Immissionen</u>	10
1.2	<u>Das Kriterium der Ortsüblichkeit</u>	12
1.2.1	Allgemeines.....	12
1.2.2	Die räumliche Dimension	12
1.2.3	Die zeitliche Dimension.....	13
1.3	<u>Das Kriterium der Wesentlichkeit</u>	14
1.3.1	Allgemeines.....	14
1.3.2	Vergleich zur deutschen Rechtslage.....	15
2.	Immissionen durch Müll	17
2.1	<u>Grobkörperliche Immissionen</u>	17
2.2	<u>Die Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall</u>	18
2.3	<u>Keine Überschreitung des nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Maßes</u>	19
2.4	<u>Keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung</u>	19
2.5	<u>Präventivmaßnahmen</u>	20
3.	Immissionen durch Lärm	21
3.1	<u>Die Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall</u>	21
3.2	<u>Keine Überschreitung des nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Maßes</u>	21
3.3	<u>Keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung</u>	24
4.	Keine Immissionsabwehrklage bei nachträglichem Zuzug in die Gegend	26
5.	EURO 2008	27
6.	Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Kläger	29
6.1	<u>Rechtsmissbrauch als Schikane und andere missbilligende Ausübungsinteressen</u>	29
6.2	<u>Nachweis der interessellosen Rechtsausübung des Klägers</u>	30
6.3	<u>Zumindest bedingt vorsätzliche Schädigungsabsicht des Klägers</u>	31
6.4	<u>Unerheblichkeit eines tatsächlich bestehenden Anspruchs</u>	31
6.5	<u>Einrede der missbräuchlichen Rechtsausübung</u>	32
7.	Die uneigentliche Ersitzung einer offenkundigen Grunddienstbarkeit	32
7.1	<u>Grunddienstbarkeiten im allgemeinen bürgerlichen Recht</u>	32
7.2	<u>Die Grunddienstbarkeit im gegenständlichen Fall</u>	33
7.2.1	Uneigentliche Ersitzung einer Grunddienstbarkeit durch die beklagte Partei	33
7.2.2	Fünfzigjährige Nutzung der Liegenschaft in gutem Glauben	34
7.2.3	Eigentümerwechsel unterbricht die Ersitzungsfrist nicht	34
7.3	<u>Durchbrechung des Eintragungsprinzips bei offenkundigen Dienstbarkeiten</u>	35
7.4	<u>Dem Kläger steht kein Unterlassungsanspruch zu</u>	35
V.	<u>Fazit</u>	36
VI.	<u>Antrag</u>	37
VII.	<u>Kostenverzeichnis</u>	37

I. Sachverhalt

Der Kläger ist Alleineigentümer der Liegenschaft EZ 4711 KG Salzbruck, die er mit Kaufvertrag vom 01.04.2003 erworben hat und auf der er seither mit seiner Familie lebt. Das Grundstück grenzt südlich an eine im Alleineigentum der beklagten Partei stehende Liegenschaft EZ 0815 KG Salzbruck, die als Ausweichparkplatz für das nahe gelegene Tiwalsi-Stadion genutzt wird. Die Zufahrt zu diesem Parkplatz ist ausschließlich über die am Grundstück des Klägers vorbeiführende, ebenfalls im Eigentum der beklagten Partei stehende Stadionstraße möglich. Der Kläger fühlt sich insbesondere durch die Lärmentwicklung bei Zu- und Abfahrt vom Parkplatz sowie durch dort zurückgelassene Abfälle, die teilweise auf seine Liegenschaft gelangen, in seinem Eigentumsrecht gestört. Mit Schreiben vom 01.04.2006 ersuchte er daher die beklagte Partei um Abhilfe gegen die „ständige Belästigung“ bei Großveranstaltungen im Stadion, „insbesondere in Hinblick auf die bevorstehende Fußballeuropameisterschaft“. Die beklagte Partei antwortete mit Schreiben vom 12.07.2006, dass sie sich „um eine Lösung bemühen“ werde, hat aber bislang keine konkreten Maßnahmen gesetzt.¹

Der Kläger beehrte mit seiner Klage, die beklagte Partei schuldig zu erkennen, die Nutzung ihrer neben jener des Klägers gelegenen Liegenschaft als Ausweichparkplatz zu unterlassen, in eventu sich jeder Einwirkung auf das Grundstück zu enthalten. Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren dem Grunde nach und beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Das Erstgericht sprach die beklagte Partei schuldig, eine Beeinträchtigung des dem Kläger gehörenden Grundstücks durch Eindringen von Festkörpern jedweder Art zu unterlassen. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, die Nutzung ihrer neben jener des Klägers gelegenen Liegenschaft als Ausweichparkplatz zu unterlassen, in eventu sich jeder (über den zugesprochenen Teil hinausgehenden) Einwirkung auf das Grundstück der Kläger zu enthalten, wies es ab.

Die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung richtete sich gegen die Abweisung des klägerischen Mehrbegehrens mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinne eines Zuspruchs auch des Haupt- oder Eventualbegehrens im vollen Umfange abzuändern.

Die beklagte Partei beehrte in ihrer Berufung die Abweisung des gesamten Unterlassungsbegehrens.

In den Berufungsbeantwortungen beantragten die Parteien jeweils, der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben. Die Berufung des Klägers war nicht berechtigt, jene der beklagten Partei hingegen schon. Das Berufungsgericht gab der Berufung der beklagten Partei Folge und wies die Klage zur Gänze ab.²

¹ 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 2.

² 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 2.

Der Kläger bringt in seiner „außerordentlichen Revision“ vor, dass diese zulässig wäre, weil das Berufungsgericht von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs („OGH“) abweiche oder diese zumindest uneinheitlich sei. In seiner rechtlichen Beurteilung irre das Berufungsgericht, weil die Lärmimmissionen das ortsübliche Maß bei Weitem übersteigen und die ortsübliche Nutzung des klägerischen Grundstückes wesentlich beeinträchtigen würden. Das Eindringen der anfallenden Abfälle sei als unmittelbare Immission anzusehen und vom Kläger keinesfalls zu dulden. Auch hinsichtlich des Schikaneverbotes liege das Berufungsgericht mit seiner Argumentation falsch.

II. Zusammenfassung des Standpunkts der beklagten Partei

Das Rechtsmittel des Klägers ist schon wegen Versäumung der Revisionsfrist sowie Unzulässigkeit zurückzuweisen. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht richtig entschieden, weshalb die Revision auch abzuweisen ist, was die beklagte Partei nachfolgend aufzeigen wird:

- Die vom Kläger beanstandeten Abfallmengen stellen lediglich geringe Restmengen dar und sind demnach unter § 364 Abs 2 erster Satz ABGB zu subsumieren. Daher sind sie als ortsübliche und unwesentliche Einwirkungen zu dulden.
- Die behaupteten Lärmimmissionen kommen ausschließlich in einem duldungspflichtigen Umfang vor, der aufgrund der Ortsüblichkeit sowie mangels Wesentlichkeit keinen Unterlassungsanspruch begründet.
- Darüber hinaus hat die beklagte Partei durch den bereits seit Jahren durchgeführten und vom Kläger geduldeten Gebrauch der Liegenschaft als Ausweichparkplatz eine Grunddienstbarkeit begründet.
- Abschließend weist die beklagte Partei darauf hin, dass aufgrund der Abwägung der Interessen des Klägers und der beklagten Partei sowie den Zeitpunkt der Klagserhebung von einer schikanösen Rechtsausübung durch den Kläger auszugehen ist.

Dazu im Detail unter Punkt IV.

III. Zulässigkeit der Revision

Das vom Kläger am 08.04.2008 beim Landesmootcourt Salzburg – als „außerordentliche Revision“ bezeichnet – eingebrachte Rechtsmittel ist verspätet und darüber hinaus auch unzulässig. Im Übrigen wäre richtigerweise ein Antrag gemäß § 508 Zivilprozessordnung („ZPO“) einzubringen gewesen.

1. Antrag gemäß § 508 ZPO

Gemäß § 505 Abs 4 ZPO ist die außerordentliche Revision – für den Fall, dass das Berufungsgericht im Urteil ausgesprochen hat, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist – nur in Streitigkeiten nach § 502 Abs 5 ZPO und in solchen, in denen der Entscheidungsgegenstand insgesamt EUR 20.000,-- übersteigt, zulässig. Bereits mit der Zivilprozessreform durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997³ wurde für Prozesse im Streitwertbereich von EUR 4.000,-- bis EUR 20.000,-- dieses neue System eingeführt.

Da der Landesmootcourt Salzburg als Berufungsgericht in seinem Berufungsurteil gemäß § 500 Abs 2 Z 3 ZPO ausgesprochen hat, dass die ordentliche Revision nicht zulässig ist und der Wert des Entscheidungsgegenstandes EUR 4.000,--, nicht aber EUR 20.000,-- übersteigt, ist die außerordentliche Revision nicht zulässig. Indem der Kläger nun jedoch eine außerordentliche Revision erhebt, verkennt er eindeutig die oben bereits dargelegte Rechtslage.

Eine Partei kann gemäß § 508 Abs 1 ZPO einen Abänderungsantrag stellen, aufgrund dessen das Berufungsurteil seinen Ausspruch abändert und die ordentliche Revision doch für zulässig erklärt. In diesem Abänderungsantrag sind die Gründe darzulegen, weshalb doch eine ordentliche Revision zulässig sei; darüber hinaus ist sogleich die ordentliche Revision anzufügen. Das Gericht kann eine außerordentliche Revision in einen Abänderungsantrag verbunden mit der ordentlichen Revision umdeuten, wenn diese die Gründe enthält, warum die ordentliche Revision zulässig sei.

Für die beklagte Partei ist unklar, welches Gericht die Zustellung der außerordentlichen Revisionschrift an die beklagte Partei verfügt hat, die ihrerseits verfehlt an das Berufungsgericht gerichtet gewesen ist.

Falls die Zustellung durch das Erstgericht erfolgt ist, hätte die Rechtsmittelschrift zurückgewiesen werden müssen, weil die Voraussetzungen für eine außerordentliche Revision wertgrenzenbedingt nicht vorliegen.

Falls hingegen die Zustellung durch das Berufungsgericht verfügt worden ist, wird im Folgenden vorsichtshalber davon ausgegangen, dass – obwohl kein entsprechender Antrag vorlag – ein Zulassungsbeschluss gemäß § 508 ZPO ergangen ist und somit eine ordentliche Revision des Klägers vom Berufungsgericht für zulässig erklärt wurde.

³ BGBl I 1997/140.

2. Versäumung der Revisionsfrist

Jede Revisionschrift ist gemäß § 505 Abs 1 ZPO sowie gemäß § 508 Abs 2 ZPO beim Gericht erster Instanz einzubringen.⁴ Die Revisionsfrist beträgt vier Wochen ab der Zustellung des Berufungserkenntnisses und kann gemäß § 505 Abs 2 ZPO nicht verlängert werden.

Selbst wenn man – was ausdrücklich bestritten wird – eine Umdeutung der außerordentlichen Revision in einen Abänderungsantrag gemäß § 508 Abs 1 ZPO annimmt, so wäre dieser Antrag gemäß § 508 Abs 2 ZPO beim Prozessgericht erster Instanz – somit beim Bezirksmootcourt Salzburg – einzubringen gewesen. Wurde die Revision beim unzuständigen Gericht eingebracht, so ist der Schriftsatz von Amts wegen an das zuständige Gericht zu übermitteln. Die Fristwahrung ist dann jedoch nach dem Zeitpunkt des Einlangens beim zuständigen Gericht zu beurteilen.⁵ Der Zeitraum, den die Übersendung in Anspruch nimmt, ist daher in die zu wahrende Frist einzurechnen.⁶

Der Landesmootcourt Salzburg hätte somit den Schriftsatz des Klägers an den Bezirksmootcourt Salzburg weiterleiten müssen; da dies einige Zeit in Anspruch genommen hätte und der Schriftsatz des Klägers erst am letzten Tag der Frist beim Landesmootcourt Salzburg eingebracht wurde, ist davon auszugehen, dass das Rechtsmittel nicht fristgerecht und ordnungsgemäß eingebracht wurde und daher das Urteil des Landesmootcourt Salzburg bereits rechtskräftig wurde.

3. Zulässigkeitsgründe

Der Landesmootcourt Salzburg hat richtigerweise die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision ausgesprochen und damit begründet, dass die Bedeutung der Entscheidung nicht über den Einzelfall hinausgehe und sich das Berufungsgericht an der ständigen Rechtsprechung des OGH orientiere.⁷

Gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist eine Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder der Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des OGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist.

Die Rechtsentwicklung wird durch jede Entscheidung vorangetrieben, die entweder eine neue Praxis einleitet oder die bisherige Praxis modifiziert.⁸

⁴ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ (2003) Rz 861.

⁵ *Zechner in Fasching/Konecny*² IV/1 § 505 ZPO Rz 26.

⁶ *Zechner in Fasching/Konecny*, aaO, Rz 25.

⁷ 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 7.

⁸ *Zechner in Fasching/Konecny*, aaO, § 502 ZPO Rz 56.

Die für die Zulässigkeit einer Revision maßgebliche Erheblichkeit einer Rechtsfrage bestimmt sich nach objektiven Umständen. Die Objektivierung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 502 Abs 1 ZPO ist dahingehend zu verstehen, dass der Lösung einer bestimmten Rechtsfrage nur dann erhebliche Bedeutung zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung zukommt, wenn sich deren Bedeutung nicht in der Entscheidung des Anlassfalls erschöpft, sondern der jeweilige Lösungsansatz im Interesse der Rechtsgemeinschaft auch für die Klärung künftiger Streitfälle fruchtbar gemacht werden kann.⁹

Im Falle eines Abänderungsantrages gemäß § 508 ZPO hat das Berufungsgericht seinen Ausspruch im Licht der Argumente des Rechtsmittelwerbers zu prüfen. Der Antrag muss auf seine Stichhaltigkeit geprüft werden, wie dies der OGH bei der Zulassungsbeschwerde in einer außerordentlichen Revision prüft.¹⁰

Der Kläger hat jedoch in keiner Weise dargelegt, warum die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder der Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Die einzige Begründung lautet, dass das Berufungsgericht mit der Argumentation, dass es sich bei dem auf die Liegenschaft des Klägers gelangten Abfall um grobkörperliche Stoffe handle, von der ständigen Rechtsprechung des OGH abweiche.¹¹ Diese Ausführungen sind jedoch nicht korrekt. Die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes weicht in keiner Hinsicht von der ständigen Rechtsprechung des OGH ab. Wie auch bereits der Kläger selbst erwähnt hat, gibt es eine gefestigte Rechtsprechungslinie des OGH bezüglich der Qualifikation von Immissionen als grobkörperliche Stoffe.¹² Demnach fallen beispielsweise Steinsplitter, Kugeln oder Fußbälle als unmittelbare Immissionen unter § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB. Ist aber der Umfang derartiger Stoffe äußerst gering, so fallen die Immissionen unter § 364 Abs 2 Satz 1 ABGB und sind hinzunehmen, solange das ortsübliche Maß nicht überschritten wird und die Beeinträchtigung nicht wesentlich ist.¹³ Genau diese Grundsätze hat das Berufungsgericht in der Entscheidung angewendet und hat die verbleibende Restmenge an Verunreinigung vollkommen richtig als mittelbare Einwirkung gemäß § 364 Abs 2 Satz 1 ABGB qualifiziert. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht entschieden, dass die verbleibenden Abfallrestmengen das ortsübliche Maß nicht übersteigen und auch die Lärmimmissionen vom Kläger zu dulden sind.

Dem weiteren Argument des Klägers, dass die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO zuzulassen gewesen wäre, weil die Rechtsprechung des OGH „zumindest uneinheitlich ist“,¹⁴ kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Einerseits zitiert der Kläger sogar selbst die ständige Rechtsprechungslinie des OGH, von welcher die Entscheidung des Berufungsgerichts angeblich abweicht – obwohl sie dieser folgt –, und andererseits wird nicht substantiiert

⁹ Petrasch, ÖJZ 1983, 177.

¹⁰ E. Kodek in Rechberger, ZPO³ § 508 Rz 2.

¹¹ Revision Seite 3.

¹² Revision Seite 8.

¹³ SZ 68/208.

¹⁴ Revision Seite 3.

vorgebracht, warum sie uneinheitlich sein soll. Außerdem geht auch der Kläger in seinem Schriftsatz keineswegs von einer uneinheitlichen Rechtsprechung aus. Vielmehr wird behauptet, dass „sich in der Rechtsprechung eine klare Tendenz herausgebildet hat“¹⁵, was eindeutig für eine einheitliche Rechtsprechung spricht. Daher ist bereits dem Kläger nicht gelungen, darzulegen, weshalb eine ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO überhaupt zulässig sei.

In der weiteren Folge verwechselt der Kläger Revisionsgründe im Sinne des § 503 ZPO mit den Zulässigkeitsgründen des § 502 ZPO. Die geltend gemachte unrichtige rechtliche Beurteilung ist ein Grund, welcher in der Begründung der Revision geltend zu machen ist. Die Begründung der Revision ist jedoch von der Zulässigkeit zu unterscheiden. Die Frage der Zulässigkeit ist vorgelagert und nach den oben dargelegten Grundsätzen zu beurteilen. Sodann ist erst auf die unrichtige rechtliche Beurteilung einzugehen.

Da der Kläger nicht dargelegt hat, warum eine ordentliche Revision entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichtes doch zulässig sein sollte, wäre schon aus diesem Grund die Revision wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen gewesen.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass in Ermangelung der Voraussetzungen des § 502 ZPO auch die ordentliche Revision nicht zulässig ist.

Aus rein anwaltlicher Vorsicht geht die beklagte Partei trotz dieser Ausführungen auch inhaltlich auf die unzulässige und unberechtigte Revision des Klägers ein.

¹⁵ Revision Seite 7.

IV. **Begründung der Revision**

1. **§ 364 ABGB**

„§ 364. (1) Überhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur insofern statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.

(2) Der Eigentümer eines Grundstückes kann 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 Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.

[...]"

§ 364 ABGB regelt, dass von Eigentumsrechten nur insoweit Gebrauch gemacht werden darf, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten eingegriffen wird, noch die gesetzlich vorgeschriebenen Einschränkungen zur Erhaltung und Förderung des allgemeinen Wohles übertreten werden. Diese allgemeine Regelung alleine kann noch nicht aufzeigen, inwieweit die Rücksichtnahme auf das Eigentum des Nachbarn als rechtliche Schranke des eigenen Rechtes auch dann erscheint, wenn sich eine solche nicht aus einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift oder dem Bestande eines dem Nachbarn besonders eingeräumten Rechtes ergibt.¹⁶

1.1 **Direkte und indirekte Immissionen**

Der Immissionsbegriff des mit der 3. Teilnovelle zum ABGB¹⁷ eingefügten § 364 Abs 2 ABGB unterscheidet grundsätzlich zwischen unmittelbaren Einwirkungen (direkten Immissionen), die ganz allgemein für unzulässig erklärt werden, und mittelbaren Einwirkungen (indirekten Immissionen), die insoweit geduldet werden müssen, als sie ortsüblich sind oder wenigstens zu keiner wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung der Nachbarliegenschaft führen.¹⁸

¹⁶ *Klang in Klang*, ABGB² II, 167f.

¹⁷ RGBl. Nr. 69/1916.

¹⁸ *Jabornegg*, Privates Nachbarrecht und Umweltschutz, ÖJZ 1983, 365f.

Vorbild dieser Formulierung war § 906 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs („BGB“)¹⁹, weshalb es nahe liegend ist, an manchen Stellen vergleichsweise die deutsche Judikatur und Lehre heranzuziehen. Der Wortlaut des § 906 BGB ist dem § 364 Abs 2 ABGB sehr ähnlich. So wurde sowohl der Immissionsbegriff des § 906 BGB übernommen, als auch das Verbot der unmittelbaren Zuleitung und das Abstellen auf das Kriterium der Wesentlichkeit. Ein entscheidender Unterschied liegt darin, dass die deutsche Regelung ausdrücklich auf die Ortsüblichkeit der Nutzung des emittierenden Grundstücks abstellt, die österreichische Regelung hingegen auf die ortsübliche Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks.²⁰

Für die Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Immissionen liefern Judikatur und Lehre weitere Definitionen und Beispiele:

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre kann von einer unmittelbaren Zuleitung nur gesprochen werden, wenn vom Nachbargrundstück aus eine Tätigkeit entwickelt wird, die geradezu auf den eingetretenen Schaden gerichtet ist und somit in Bezug auf das betroffene Grundstück ursächlich ist.²¹

Für den Begriff der mittelbaren Einwirkungen bietet das Gesetz in § 364 Abs 2 ABGB nur eine demonstrative Aufzählung. Demnach fallen darunter Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und „ähnliche“ Einwirkungen. Ob Immissionen als „ähnlich“ und damit als indirekt zu qualifizieren sind, kann anhand von drei Kriterien beurteilt werden: Zunächst muss es sich um eine Einwirkung physischer Natur, also nicht rein ideeller Art (etwa Grauen, Angst, Verletzungen des Schamgefühls) handeln. Als weiteres Kriterium wird gefordert, dass es sich um Einwirkungen positiver Art handelt, und zwar in dem Sinn, dass dem Nachbargrundstück etwas zugeführt und nicht entnommen wird (etwa durch Entzug von Sonne, Licht, Luft). Zum anderen muss es sich um Imponderabilien (das sind unwägbare, unbeherrschbare Stoffe) handeln, weshalb grobkörperliche Immissionen nicht als bloß mittelbar angesehen werden können und nur aufgrund eines besonderen Rechtstitels zulässig sind.²²

Falls an der Qualifikation als indirekte Immission trotzdem noch Zweifel bestehen, so muss vor allem der normative Gesamtzweck der nachbarrechtlichen Regelung in die Betrachtung einbezogen werden. Dieser besteht darin, dass jedem Grundeigentümer die ortsübliche Nutzung ermöglicht wird und die Nachbarn vor damit verbundenen wesentlichen Belastungen bewahrt bleiben. Es spielt hier der Gedanke eine Rolle, dass man sich an bestimmte Umwelteinflüsse gewöhnen kann.²³ In diesem Sinne hat die Rechtsprechung etwa Staub und Ruß als mittelbare Immissionen qualifiziert (durchaus vergleichbar mit den gegenständlich inkriminierten Immissionen).

¹⁹ *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung, S 255; *Strasser*: Privatrecht und Umweltschutz, S 91.

²⁰ *Gimpel-Hinteregger*, aaO, S 256.

²¹ SZ 56/50; OGH 25.3.2003, 1 Ob 279/02i = EvBl 2003/127; OGH 28.2.2003, 1 Ob 92/02i = EvBl 2003/97.

²² *Jabornegg*, aaO.

²³ *Strasser*, Privatrecht und Umweltschutz, 95f.

1.2 Das Kriterium der Ortsüblichkeit

1.2.1 Allgemeines

Der Begriff der Ortsüblichkeit hat eine räumliche Dimension, welche die Frage betrifft, welches Umfeld als ein Ort zu verstehen ist und eine zeitliche Dimension, welche auf den Aspekt der Veränderlichkeit der örtlichen Verhältnisse abstellt.²⁴

1.2.2 Die räumliche Dimension

Die Ortsüblichkeit der Immission und der Nutzung des gestörten Grundstückes im Sinne der raumbezogenen Definition bestimmt sich nach den tatsächlich gegebenen örtlichen Verhältnissen. Ort im Sinne des § 364 Abs 2 ABGB ist nicht mit der politischen Gemeinde gleichzusetzen.²⁵ Viel mehr müssen kleinere Gebietseinheiten in Betracht gezogen werden, sofern sich diese wirtschaftlich und bautechnisch unterscheiden und dadurch besonders charakterisiert sind.²⁶ Nach ständiger Rechtsprechung des OGH sind die Lage des beeinträchtigten Grundstückes zu jenem Grundstück, von dem die Störung ausgeht, sowie die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften relevant.²⁷ Es ist entscheidend, ob der größere Teil der als „Ort“ anzusehenden Gebietsfläche von den in Frage stehenden Immissionen betroffen ist. Es kann durchaus auch ein einziger Großbetrieb den Charakter eines Raumes prägen und damit die Ortsüblichkeit von Immissionen bestimmen.²⁸ So führte der OGH zu GZ 3 Ob 586/78 in einer mit dem gegenständlichen Fall durchaus vergleichbaren Sache aus, dass die Gegend durch eine Sportplatzanlage, welche auch als Großbetrieb qualifiziert wurde, und der fallweise auch dort abgehaltenen Sportveranstaltungen, geprägt wurde.²⁹

Die Ortsüblichkeit ist immer nach den tatsächlichen Verhältnisse in der maßgeblichen Umgebung zu beurteilen.³⁰ Sie orientiert sich nur nach den jeweils bestehenden faktischen Verhältnissen. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH haben Flächenwidmungspläne außer Betracht zu bleiben, da diese keine gegenwärtigen Verhältnisse zum Gegenstand haben, sondern lediglich zukünftige Entwicklungen festlegen sollen. Auch ÖNORMEN können für die Beurteilung der Ortsüblichkeit als Anhaltspunkte für die Intensität von Geräuschen und als Indiz für die Zumutbarkeit derselben herangezogen werden.³¹ Zunehmend wird vom OGH öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Erregung störenden Lärms entgegenwirken sollen, Bedeutung zugemessen, da seiner Ansicht nach im Regelfall nicht angenommen werden kann, dass Einwirkungen das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß nicht

²⁴ *Jabornegg*, aaO.

²⁵ *Steiner*, Zur Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit in § 364 Abs 2 ABGB, JBl 1978, 133.

²⁶ *Gimpel-Hinteregger*, aaO, S 270; *Jabornegg*, aaO.

²⁷ OGH 26.9.1972, 5 Ob 146/72 = SZ 45/98; SZ 50/107.

²⁸ *Jabornegg*, aaO; OGH 14.12.1988, 3 Ob 591/87 = SZ 61/273 = JBl 1989,578; OGH 28.3.1979, 3 Ob 586/78 = SZ 52/53; *Kozioł*, Haftpflichtrecht II, S 322.

²⁹ OGH 28.3.1979, 3 Ob 586/78 = SZ 52/53.

³⁰ SZ 25/221; SZ 28/222; SZ 43/139; SZ 45/98; SZ 52/53; SZ 56/158; MietSlg 35.026; RdU 2001/73; ZVR 2003/36.

³¹ OGH 1.6.1983, 1 Ob 596/83 = EvBl 1983/171; OGH 28.10.1992, 2 Ob 576/92 = ImmZ 1985, 398; OGH 24.6.2005, 1 Ob 73/05z; *Oberhammer* in *Schwimann*, aaO, Rz 17.

überschreiten und die ortsübliche Benützung nicht beeinträchtigen, obwohl sie nach den einschlägigen polizeilichen Vorschriften verboten und mit Strafe bedroht sind. Es handelt sich dabei aber nicht um eine durchgehende und zwingende Parallelwertung im öffentlichen Recht und im Privatrecht³²; öffentlich-rechtliche Vorschriften und Wertungen können jedoch als Interpretationshilfe herangezogen werden.³³

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass es für die Beurteilung der Ortsüblichkeit von Immissionen ebenso wie für die Ortsüblichkeit einer Nutzung nach dem Zweck des Nachbarrechtes darauf ankommt, ob die immitierende Tätigkeit beziehungsweise die Nutzungsart den Verhältnissen im nachbarlichen Raum entspricht oder nicht.³⁴

1.2.3 Die zeitliche Dimension

Die Ortsüblichkeit ist nach herrschender Ansicht eine veränderliche Größe.³⁵ Diese Auffassung entspricht den Intentionen des Gesetzgebers, einen wandelbaren Begriff zu schaffen, der geeignet ist, wechselnden tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung zu tragen.³⁶ Wirtschaftliche und technische Maßstäbe können zu Veränderungen beitragen.

Einer eingehenden Betrachtung bedarf die Frage, welche Komponenten für eine Veränderung der Ortsüblichkeit relevant sind und wie viel Zeit dafür verstreichen muss. Auf der einen Seite hätte das bloße Abstellen auf die augenblicklichen Verhältnisse zur Folge, dass das gehäufte Auftreten mehrerer Störer innerhalb kurzer Zeit an demselben Ort deren Immissionen plötzlich ortsüblich werden ließe. Umgekehrt aber muss der Beurteilungszeitraum zeitlich beschränkt werden, da sich ansonsten gestörte Nachbarn auf einen störungsfreien Zustand vor allzu langer Zeit berufen könnten, was der Duldungspflicht des § 364 Abs 2 ABGB praktisch den Anwendungsbereich nehmen würde. Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass die Ortsüblichkeit nur unter Berücksichtigung der Benützung innerhalb größerer Zeiträume beurteilt werden kann.³⁷

Die Frage, wie viel Zeit vergehen muss, um eine Immission ortsüblich werden zu lassen, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. *Jabornegg* erachtet eine Analogie zum Ersitzungsrecht für geeignet und stellt damit auf eine Zeitspanne von 30 Jahren ab.³⁸ Dieselbe Zeitspanne ist auch für *Kerschner* relevant.³⁹ *Spielbüchler* sieht in der Verwendung der Begriffe „gewöhnlich“ und „ortsüblich“ eine Absicht des Gesetzgebers, nicht auf eine lange Dauer, sondern auf das Hinnehmen des Zustandes abzustellen. Dem entspricht am Besten der in der gesamten Rechtsordnung für diese Anliegen übliche Zeitraum von drei Jahren.⁴⁰ Der OGH hat in verschiedenen Entscheidungen beide Auffassungen vertreten. In der Entscheidung zu

³² OGH 29. 8. 1994, 1 Ob 594/94 = RdU 1995/40.

³³ *Strasser*: Privatrecht und Umweltschutz, S 107.

³⁴ *Strasser*, aaO, S 99.

³⁵ *Feil*, Privates Nachbarrecht und Immissionen.

³⁶ *Jabornegg*, aaO; *Steiner*, aaO.

³⁷ OGH 21.1.2000, 2 Ob 94/00p; *Oberhammer* in *Schwimann*, aaO, Rz 19; *Feil*, aaO, Rz 21; *Steiner*, aaO.

³⁸ *Jabornegg*, aaO.

³⁹ RdU 1998, 95.

⁴⁰ *Spielbüchler* in *Rummel*, Rz 15.

GZ 3 Ob 591/87, in der die Auffassung vertrat, es müsse eine dreißigjährige Frist verstreichen, relativierte er diese Ansicht dahingehend, dass diese Zeitspanne lediglich für die Beurteilung der Umgebung als Industriegebiet relevant war.⁴¹ In vielen weiteren Entscheidungen jedoch vertrat der OGH die Auffassung, eine dreijährige Frist wäre völlig ausreichend.⁴² Obgleich also diese Frage nicht abschließend geklärt scheint, geht die Tendenz doch eher in die Richtung, dass ein dreijähriges Andauern des Zustandes erforderlich ist, um diesen als ortsüblich zu qualifizieren.

Es kommt bei der Beurteilung der Frage, ob eine Immission ortsüblich ist, grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Beurteilung an. Das bedeutet, dass sich allmählich verändernde Immissionen das Maß des Zulässigen ebenso erhöhen wie Änderungen in den Benützungsgewohnheiten oder in der Bewertung bestimmter Beeinträchtigungen.⁴³ Der OGH spricht in ständiger Rechtsprechung aus, dass die Kriterien, ab wann die Immissionen vorkommen und ob die beeinträchtigten Nachbarn bei Erwerb ihres Grundstücks bereits mit ihnen rechnen mussten, dann relevant sind, wenn die Ursache der Lärmbelästigung für den Charakter der Umgebung von Bedeutung ist.⁴⁴ Darüber hinaus spricht der OGH aus, dass der beeinträchtigte Grundnachbar im Allgemeinen eine durch die normalerweise voraussehbare Entwicklung begründete Zunahme der Einwirkungen hinnehmen muss⁴⁵, wie zum Beispiel der stärkere Besuch einer renovierten Sportanlage⁴⁶ oder eine Verlegung von Spielen in die Abendstunden trotz Flutlichtanlage und Lautsprecherverstärkung.⁴⁷

1.3 Das Kriterium der Wesentlichkeit

1.3.1 Allgemeines

Um einen Immissionsabwehranspruch bejahen zu können, müssen die Kriterien der Überschreitung des nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Maßes und der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung kumulativ vorhanden sein. Das bedeutet, dass selbst übermäßige Immissionen zu dulden sind, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen. Sie sind auch dann zu dulden, wenn sie das ortsübliche Maß nicht übersteigen, obwohl die ortsübliche Nutzung des Grundstücks durch sie wesentlich beeinträchtigt wird.⁴⁸ Je näher an der Ortsüblichkeit eine Beeinträchtigung liegt, umso wesentlicher muss sie sein, um einen Abwehranspruch des Nachbarn entstehen zu lassen.⁴⁹

⁴¹ OGH 14.12.1988, 3 Ob 591/87 = JBl 1989, 578 = SZ 61/273.

⁴² OGH 26.11.1997, 7 Ob 361/97g = SZ 70/251 = RdU 1998, 92 = ecolex 1998, 625 = NZ 1999, 75 = MietSlg 49.016; OGH 26. 4. 2000, 3 Ob 201/99a = immolex 2001/10, 12 = RdU 2001/49, 30.

⁴³ Feil, aaO, Rz 17.1.

⁴⁴ *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht. Rz 568; OGH 28.10.1992, 2 Ob 576/92 = ImmZ 1985, 398.

⁴⁵ OGH 18.2.1975, 4 Ob 619/74 = EvBl 1975/236 S 521 = SZ 48/15; OGH 14.7.1977, 6 Ob 623/77 (6 Ob 624/77); OGH 28.3.1979, 3 Ob 586/78 = SZ 52/53; OGH 3.11.1982, 6 Ob 611/82 = MietSlg 34.033; OGH 26.11.1997, 7 Ob 361/97g = SZ 70/251 = RdU 1998, 92 = ecolex 1998, 625 = NZ 1999, 75 = MietSlg 49.016.

⁴⁶ OGH 28.3.1979, 3 Ob 586/78 = SZ 52/53.

⁴⁷ OGH 3.11.1982, 6 Ob 611/82 = MietSlg 34.033.

⁴⁸ Feil, aaO; OGH 21. 12. 1999, 1 Ob 6/99k = RdU 2000/32.

⁴⁹ sinngemäß *Oberhammer* in *Schwimmann*, aaO, Rz 15

Beim Begriff der Wesentlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der einer Auslegung durch den Rechtsanwender im Einzelfall bedarf.⁵⁰ Die Wesentlichkeit im Sinne des § 364 Abs 2 ABGB liegt zwischen unerheblicher Störung und unerträglichen beziehungsweise unzumutbaren Beeinträchtigungen.⁵¹

Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung vorliegt, ist nicht auf die besondere Empfindlichkeit der betroffenen Person, sondern auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der Lage des Beeinträchtigten abzustellen.⁵² Es kommt also nicht auf die individuelle Person des mehr oder minder sensiblen Nachbarn, sondern auf das Empfinden des Durchschnittsmenschen an; wobei dahingehend zu differenzieren ist, dass nicht etwa das Empfinden eines von den gegebenen örtlichen Verhältnissen losgelösten Durchschnittsmenschen schlechthin, sondern jenes des verständigen Durchschnittsbenützers des betroffenen Grundstückes in dessen konkreter Beschaffenheit maßgebend ist, also eines Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet.⁵³

1.3.2 Vergleich zur deutschen Rechtslage

Auch nach deutscher Rechtslage kann der Eigentümer eines Grundstücks von einem anderen Grundstück ausgehende Immissionen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach ständiger Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs („BGH“) wird nicht etwa auf das Empfinden eines „normalen“, sondern auf das eines verständigen und gemeinschaftsbezogenen Durchschnittsmenschen abgestellt. Gemeinschaftsbezogen bedeutet, dass im Rahmen einer wertenden Abgrenzung der Nachbar im Interesse der Allgemeinheit zur Hinnahme von etwas höheren Grenzwerten für Lärm genötigt ist, als sie sonst generell zulässig wären.⁵⁴

Eine erhebliche Belästigung ist alles, was einem verständigen Durchschnittsmenschen auch unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange billigerweise nicht mehr zuzumuten ist. Demgemäß können bei der Prüfung der Wesentlichkeit von Lärm auch schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit und gesetzliche Wertungen eine Rolle spielen.⁵⁵ Es hat also eine situationsbezogene Abwägung stattzufinden.

So spricht der BGH zu GZ V ZR 41/03 aus, dass vor allem Volks- und Gemeindefeste, Feiern örtlicher Vereine, traditionelle Umzüge und ähnliche Veranstaltungen zu den herkömmlichen, allgemein akzeptierten Formen gemeindlichen und städtischen Lebens gehören. Dabei misst der BGH gerade solchen Veranstaltungen sozial einen sehr hohen Stellenwert bei, weshalb

⁵⁰ OGH 31.1.2007, 8 Ob 99/06a = RZ 2007/18.

⁵¹ *Gimpel-Hinteregger*, aaO; *Feil*, aaO.

⁵² OGH 14.1.2004, 7 Ob 286/03i.

⁵³ OGH 21. 12. 1999, 1 Ob 6/99k = RdU 2000/32.

⁵⁴ BGHZ 111, 63, 65 (Volksfestlärm) = 23.3.1990 - V ZR 58/89 = NJW 1990 Heft 39, 2465ff; BGHZ 120, 239, 255; BGHZ 121, 248, 255 (Jugendzeltplatz).

⁵⁵ BGHZ 111, 63, 65 (Volksfestlärm) = 23.3.1990 - V ZR 58/89 = NJW 1990 Heft 39, 2465ff; BGHZ 121, 248, 255 (Jugendzeltplatz).

die mit ihnen verbundenen Geräuscentwicklungen von einem verständigen Durchschnittsmenschen bei Würdigung auch anderer Belange in der Regel in höherem Maß akzeptiert werden als sonstige Immissionen.⁵⁶

Die herrschende Ansicht in Deutschland spricht in diesem Zusammenhang von einem differenziert-objektiven Maßstab.⁵⁷ Damit soll angedeutet werden, dass nicht abstrakt das Empfinden eines Durchschnittsmenschen, sondern das eines durchschnittlichen Benützers dieser Art maßgeblich sei. Auf diese Weise wird vor allem gesichert, dass auch außergewöhnliche Benützungsarten prinzipiell vor wesentlichen Beeinträchtigungen geschützt sind.⁵⁸

In neuerer Rechtsprechung knüpft der OGH an diese Überlegungen an, da das Nachbarrecht dem Ausgleich der Interessen des Einwirkenden und des Betroffenen dient und aus diesem Grund im hohen Maß einer wertenden Auslegung zugänglich ist.⁵⁹ Dieser sozialrelevante Interessenausgleich erfordert es, die Frage nach der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung vom Standpunkt eines verständigen Durchschnittsmenschen aus zu beantworten, der auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte wenigstens auch Bedacht nimmt.⁶⁰ Eine erhebliche Belästigung des Nachbarn kann nur dann angenommen werden, wenn die Geräuscentwicklung einer durchschnittlich empfindlichen Person auch unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange nicht zugemutet werden kann. Das kann nicht zuletzt aus der systematischen Einordnung des § 364 Abs 2 ABGB abgeleitet werden. Diese Bestimmung konkretisiert § 364 Abs 1 ABGB dahingehend, dass bestimmte, vom Nachbargrundstück ausgehende Einwirkungen zu dulden sind. § 364 Abs 1 ABGB schränkt aber die Ausübung des Eigentums nicht bloß zur Sicherung der Rechte Dritter, sondern auch zur Wahrung des öffentlichen Wohls ein.⁶¹ Daraus folgt, dass bei der Frage nach der Wesentlichkeit von Immissionen auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind.

In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung zieht der OGH daher als Maßstab einen verständigen Durchschnittsmenschen heran, der auch die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt und auf gesellschaftlich bedeutsame Gesichtspunkte Bedacht nimmt, und somit im Einzelfall ein höheres Maß an Immissionen in Kauf nimmt.⁶²

⁵⁶ BGH 26.9.2003 - V ZR 41/03.

⁵⁷ BGHZ 111, 63, 65 (Volksfestlärm) = 23.3.1990 - V ZR 58/89 = NJW 1990 Heft 39, 2465ff.; Säcker: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 906, Rz 43.

⁵⁸ Rummel in Strasser, Privatrecht und Umweltschutz, S. 146 (Landesbericht Bundesrepublik Deutschland).

⁵⁹ OGH 21. 12. 1999, 1 Ob 6/99k = RdU 2000/32; OGH 14.1.2004, 7 Ob 286/03i.

⁶⁰ Oberhammer in Schwimann, aaO, Rz 20.

⁶¹ OGH 21. 12. 1999, 1 Ob 6/99k = RdU 2000/32.

⁶² Illedits/Illedits-Lohr, aaO, Rz 574.

2. Immissionen durch Müll

2.1 Grobkörperliche Immissionen

Das Erstgericht hat festgestellt, dass auf dem Parkplatz der beklagten Partei Besucher immer wieder Getränke und Speisen konsumieren. Dabei entstehende Abfälle werden zurückgelassen und einzelne Getränkedosen und sonstiger Unrat gelangen auch immer wieder auf das Grundstück des Klägers.⁶³ In seinem Schriftsatz hat der Kläger jedoch vergessen zu erwähnen, dass das Erstgericht auch festgestellt hat, dass einerseits die Abfälle überwiegend auf dem Grundstück der beklagten Partei zurückgelassen werden und andererseits nach jeder Veranstaltung der Parkplatz sowie die Flächen rund um das Stadion im Auftrag der beklagten Partei gereinigt werden. Dabei wird auch Unrat von der klägerischen Liegenschaft entfernt.

Wenn der Kläger in der Folge behauptet, dass die anfallenden Abfälle eindeutig als feste Körper zu qualifizieren sind, dann weicht er vom festgestellten Sachverhalt ab und verstößt gegen das Neuerungsverbot des § 504 Abs 2 ZPO. Das Erstgericht hat eindeutig festgestellt, dass sich nicht feststellen lässt, in welchem Ausmaß Verunreinigungen nach der Parkplatzzreinigung jeweils auf dem klägerischen Grundstück verbleiben, lediglich dass es dort immer wieder zumeist geringe Restmengen gibt.⁶⁴ Die Betonung auf „zumeist“ weist viel mehr darauf hin, dass es manchmal sogar gar keine verbleibenden Verunreinigungen des Grundstückes des Klägers gibt.

Dass grobkörperliche Immissionen keineswegs zu dulden sind ist entgegen der klägerischen Ansicht⁶⁵ keine neue Tendenz in der Rechtsprechung, sondern seit langem ständige Rechtsprechung. Schon *Klang*⁶⁶ hat festgehalten, dass das Eindringen fester Körper größeren Umfangs keineswegs durch die Eigentumsbeschränkung gedeckt ist, und deshalb von dem betroffenen Grundeigentümer jedenfalls abgewehrt werden kann. Diese Meinung deckt sich mit der Rechtsprechung, die schon im Jahr 1932 judiziert wurde, dass feste Körper nur dann als „ähnliche Stoffe“ qualifiziert werden können, wenn sie von äußerst geringem Umfang sind.⁶⁷

Vielmehr haben sich in der Rechtsprechung einzelfallbezogene Beispiele von grobkörperlichen Immissionen herausgebildet. Demnach wurden beispielsweise Steinsplitter, Kugeln, Fußbälle oder Steine als grobkörperliche Stoffe qualifiziert.⁶⁸

⁶³ Revision Seite 7; 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 3.

⁶⁴ 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 3.

⁶⁵ Revision Seite 7.

⁶⁶ *Klang* in *Klang*, aaO, 170f.

⁶⁷ SZ 14/224.

⁶⁸ SZ 68/208.

Als mittelbare Einwirkungen wurden von der Judikatur Bienen⁶⁹, Hobelspäne⁷⁰, Staub von Baustellen⁷¹, Sand von Tennisplätzen⁷² oder Ungeziefer von Abfallhaufen⁷³ eingestuft.

An dieser Stelle soll festgehalten werden, dass es sich bei den beanstandeten Abfallrestmengen nicht um zurückgelassene Getränkedosen, leere Verpackungen oder ähnliches handelt. Es wurde vom Erstgericht ausdrücklich festgestellt, dass die klägerische Liegenschaft nach jeder Veranstaltung vom Reinigungspersonal der beklagten Partei gereinigt wird. Es wurde jeder Müll entfernt, soweit dies erkennbar und die Entfernung möglich war. Es verbleiben daher – wenn überhaupt – nur äußerst geringe Restmengen auf der Liegenschaft des Klägers, die aufgrund ihrer unbedeutenden Größe von den Reinigungskräften nicht entfernt werden können.

Diese beanstandeten Restmengen sind durchaus mit den oben genannten Beispielen aus der Judikatur für mittelbare Einwirkungen vergleichbar. Roter Sand von Tennisplätzen, Hobelspäne oder gar Ungeziefer sind sogar um einiges störender und fallen aufgrund ihrer Größe und Eigenschaft mehr ins Gewicht als kleine Partikel von Abfallresten, die nach einer sorgfältigen Reinigung eventuell noch zurückbleiben. Die Abfallrestmengen sind aus diesem Grund eindeutig als mittelbare Immissionen zu qualifizieren und daher unter der Voraussetzung der Ortsüblichkeit und Unwesentlichkeit zu dulden.

2.2 Die Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall

Es gilt zu ermitteln, was als ortsübliches Maß für die klägerische Liegenschaft herangezogen werden muss. Die Ortsüblichkeit in der Umgebung der klägerischen Liegenschaft bestimmt sich natürlich zum einen durch die stark befahrene Westtalautobahn. Wesentlich für die rechtliche Beurteilung ist darüber hinaus auch die Frage, ob die Ortsüblichkeit durch das Tiwalsi-Stadion mitbestimmt wird.

Beim ersten Kriterium, der räumlichen Komponente, ist die Ortsüblichkeit jedenfalls zu bejahen, da sich die Sportanlage in unmittelbarer Nähe der Liegenschaft des Klägers befindet. Es ist eine Gebietseinheit, die sich wirtschaftlich und bautechnisch von anderen unterscheidet. Das Fußballstadion prägt die Gegend aufgrund seiner Größe und Popularität ganz entscheidend. Nachdem die Sportanlage als Großbetrieb die Gegend prägt, ist die Benutzung derselben noch im Rahmen des Ortsüblichen.

Auch durch Heranziehen des zeitlichen Kriteriums, kommt man zum selben Ergebnis. Die Sportanlage prägt nicht erst kürzlich den Charakter des Raumes, viel mehr tut sie das schon seit ihrem Bestehen von fünfzig Jahren. Sogar wenn man die längste in der Judikatur und Lehre vertretene Zeitspanne von dreißig Jahren für eine Veränderung der Ortsüblichkeit

⁶⁹ EvBl 1968/21.

⁷⁰ SZ 51/114.

⁷¹ SZ 65/38.

⁷² SZ 65/145.

⁷³ OGH 14.10.1997, 1 Ob 144/97a = JBl 1998, 308.

heranzieht, ergibt sich, dass die Immissionen, die durch die Sportanlage entstehen, auf jeden Fall ortsüblich geworden sind. Dies deckt sich außerdem vollständig mit der Rechtsprechung des OGH, nach der auch ein einziger Großbetrieb den Charakter eines Raumes prägen kann. So bejaht er eine Charakterprägung der Gegend in Bezug auf ein Fußballstadion sogar explizit in der Entscheidung zu GZ 6 Ob 611/82.⁷⁴

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass sich die Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall nach den Immissionen der Westtalautobahn zusammen mit denjenigen der Sportanlage – dem Tiwalsi-Stadion – bestimmt.

2.3 Keine Überschreitung des nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Maßes

Nach den bisher genannten Kriterien für mittelbare Einwirkungen sind diese geringen Restmengen eindeutig als indirekte Immissionen zu qualifizieren. Schon nach allgemeiner Lebenserfahrung kann es sich bei geringen Restmengen nur um Körper von äußerst geringem Umfang handeln. Diese sind unter den Begriff der „ähnlichen“ Stoffe iSd § 364 Abs 2 erster Satz ABGB zu subsumieren. Solche Einwirkungen sind nicht schlechthin zu unterlassen, sondern nach den Kriterien der Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit zu dulden.

Das Fußballstadion gibt – nach dem oben Ausgeführten – dem Ort sein maßgebliches Gepräge. Mit einer derartig großen Sportplatzanlage ist zwangsläufig verbunden, dass Besucher und Passanten in der Umgebung diverse Verunreinigungen hinterlassen. Ganz generell kann man sagen, dass auf Anrainerliegenschaften im städtischen Raum vergleichbare geringe Restmengen, etwa durch Passanten, zurückgelassen werden. Der Kläger hat sich einen städtischen, viel besuchten Raum als Wohngegend ausgewählt, wo es wohl durchaus ortsüblich ist, dass andere Anrainer sowie Fremde das Grundstück passieren. Die auf der gegenständlichen Liegenschaft zurückgebliebenen Abfallrestmengen gehen aber keinesfalls über das Maß hinaus, das auch von solchen Passanten mehrfach liegengelassen wird.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass die nach der Reinigung zurückbleibenden geringen Restmengen das in einem städtischen Raum ortsübliche Maß nicht überschreiten, vor allem in Anbetracht dessen, dass der Ort von einem großen Fußballstadion geprägt ist.

2.4 Keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung

Das Kriterium der Wesentlichkeit ist bezüglich der ausdrücklich durch das Erstgericht festgestellten geringen Restmengen eindeutig zu verneinen. Es handelt sich vielmehr um eine unwesentliche Störung, die auch von einem Durchschnittsmenschen als solche wahrgenommen werden würde.

⁷⁴ OGH 3.11.1982, 6 Ob 611/82 = MietSlg 34.033.

Zur Beurteilung der Wesentlichkeit bedarf es immer einer konkreten Interessenabwägung im Einzelfall. Dabei wird nicht, wie vom Kläger behauptet, lediglich das öffentliche gegen das private Interesse abgewogen, viel mehr ist das Interesse der Öffentlichkeit an den jeweiligen Immissionen lediglich eines der Kriterien einer umfassenden Interessenabwägung. Vor allem das Interesse der beklagten Partei ist ein weiteres relevantes Kriterium der Interessenabwägung.

Eine umfassende Interessenabwägung im gegenständlichen Fall geht eindeutig zu Gunsten der beklagten Partei aus. Auf der Liegenschaft des Klägers befinden sich lediglich geringfügigste und demnach vernachlässigbare Reste. Die Nutzung des Ausweichparkplatzes ist für den Betrieb des Fußballstadions notwendige Voraussetzung, da für den Erfolg eines Sportplatzbetriebes Besucher erforderlich sind. Mangels ausreichender Parkmöglichkeiten hätten etliche Besucher jedoch nicht die Möglichkeit das Stadion zu erreichen. Aus diesem Grund hat die beklagte Partei ein gewichtiges Interesse an der Nutzung ihrer Liegenschaft als Ausweichparkplatz.

Darüber hinaus besteht ein enormes volkswirtschaftliches sowie soziales Interesse am Fortbetrieb des Stadions. Das Vorhandensein der Sportstätte erhöht nachhaltig die Wertschöpfung in der gesamten Region. Eine Verminderung der vorhandenen Parkplätze würde aufgrund der geringeren Besucheranzahl auch die Umsätze sämtlicher beteiligter Unternehmer verringern.

Die Rechtsausübung des Klägers ist sogar interesselos, worauf unter Punkt 6. noch detailliert eingegangen wird.

Eine Gesamtbetrachtung der Kriterien Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit zeigt demnach sehr deutlich, dass die mittelbare Einwirkung durch geringe Restmengen vom Kläger eindeutig geduldet werden muss. Auch der oben näher ausgeführte normative Gesamtzweck der nachbarrechtlichen Regelung spricht für eine Qualifikation als mittelbare Einwirkung. Um mit *P. Bydlinski* zu sprechen: „Rücksichtnahme bedeutet eben nicht nur nicht austeilen, sondern auch einstecken.“⁷⁵

2.5 Präventivmaßnahmen

Dem gut gemeinten Vorschlag des Klägers, Abfangzäune aufzustellen,⁷⁶ muss entgegengehalten werden, dass Zäune bekanntlich Löcher aufweisen. Solche Zäune mögen für Fußballplätze durchaus praktikabel sein, um jedoch Immissionen durch hinterlassenen Unrat zu vermeiden, wird dies durchaus bezweifelt. Um jegliche Konsumation von Speisen und Getränken der Fahrgäste von etwa 100 Kraftfahrzeugen zu unterbinden, wäre mit großer Wahrscheinlichkeit auch eine kleine Armee von Parkwächtern notwendig; dies steht jedoch in

⁷⁵ *P. Bydlinski*, Neuerungen im Nachbarrecht, JBl 2004, 86.

⁷⁶ Revision, Seite 8.

keiner Relation zu den zu dulddenden Immissionen des Klägers. Der von der beklagten Partei eingeschlagene Weg – durch Reinigungskräfte das gesamte Gelände einschließlich des klägerischen Grundstücks zu reinigen – ist der effektivste Weg, um die Immissionen zu unterbinden. Auch das Argument der herannahenden Europameisterschaft mag nicht zu überzeugen. Erstens werden nur drei Spiele im Tiwalsi-Stadion ausgetragen und zweitens vermag auch die Europameisterschaft nicht die Anzahl der jetzt schon bestehenden Stellplätze zu erhöhen. Es wurde von der beklagten Partei bereits die effizienteste und am Besten geeignete Präventivmaßnahme getroffen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass aufgrund der sorgfältigen Reinigung der beklagten Partei wenn überhaupt nur geringe Restmengen auf das Grundstück des Klägers gelangen. Diese sind nach gefestigter Rechtsprechung und dahinter stehendem telos der Norm eindeutig als indirekte Immissionen im Sinne von Fremdkörper mit äußerst geringem Umfang zu qualifizieren. Nach Berücksichtigung der Kriterien der Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit sind diese daher zu dulden. Das Unterlassungsbegehren ist schon aus diesem Grund abzuweisen.

3. Immissionen durch Lärm

Die vom Kläger beanstandeten Einwirkungen bezüglich des behaupteten Lärms sind eindeutig unter den § 364 Abs 2 ABGB zu subsumieren; dies mit der Konsequenz, dass dem Kläger lediglich dann ein Abwehranspruch zusteht, sollten die behaupteten Belästigungen das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten sowie die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Oftmals werden diese beiden Kriterien von der Judikatur unter dem gemeinsamen Gesichtspunkt der „Zumutbarkeit“ der Beeinträchtigung geprüft.⁷⁷ Das Kriterium der Ortsüblichkeit ist für die mittelbaren Immissionen demnach in zweifacher Weise relevant.

3.1 Die Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall

Für die Beurteilung der Ortsüblichkeit im gegenständlichen Fall wird auf die Ausführungen unter Punkt 2.2 verwiesen.

3.2 Keine Überschreitung des nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Maßes

Durch die in unmittelbarer Nähe zur Liegenschaft des Klägers liegende und sehr stark befahrene Westtalautobahn ergibt sich nach den Feststellungen des Erstgerichtes eine durchschnittliche Lärmbelastung von 55 dB (A) bei Tag und 43 dB (A) bei Nacht. Bei Veranstaltungen im Stadion wurden aufgrund des erhöhten Verkehrsaufkommens vereinzelte Spitzen bis zu 72 dB (A) festgestellt und ein genereller Anstieg des Lärmpegels auf bis zu 83

⁷⁷ Oberhammer in Schwimann, aaO, Rz 15.

dB (A).⁷⁸ Bei den erhöhten Werten ist allerdings zu beachten, dass darin die generelle Lärmerhöhung bei einer Veranstaltung im Stadion angesprochen ist. Darin enthalten ist aber in Folge dessen nicht nur der vom Ausweichparkplatz ausgehende Lärm, sondern ebenfalls das erhöhte Verkehrsaufkommen, das sich allgemein bei einer Großveranstaltungen ergibt, sowie der Lärm, der zu diesem Zeitpunkt aus dem Stadion selbst schallt. Nach den obigen Ausführungen, sind aber die Immissionen aus dem Stadion längst ortsüblich. Auf den Ausweichparkplatz selbst ist nur ein geringer Teil der Lärmerhöhung zurückzuführen. Die beanstandeten Lärmimmissionen beziehen sich lediglich auf die als Ausweichparkplatz genutzte Liegenschaft, nicht jedoch auf Erhöhungen des Geräuschpegels durch das Stadion an sich, das ja die Ortsüblichkeit der Umgebung maßgeblich mitbestimmt.

Dies hat der Kläger offensichtlich völlig verkannt, indem er die Differenz zwischen den Höchstwerten während einer Veranstaltung und dem durchschnittlichen Lärmpegel der Westtalautobahn bildet. So errechnet er eine Lärmsteigerung von 17 dB (A) am Tag beziehungsweise 29 dB (A) in der Nacht. Damit geht der Kläger aber fälschlicherweise zum einen davon aus, dass die Ortsüblichkeit der Umgebung lediglich durch den Geräuschpegel der Westtalautobahn bestimmt wird und zum anderen, dass die volle Lärmerhöhung während einer Veranstaltung im Tiwalsi-Stadion auf die Benutzung der Liegenschaft der beklagten Partei als Ausweichparkplatz zurückzuführen ist. Diesen Wert nimmt er völlig verfehlt als Ausgangsbasis für die weitere Beurteilung an.⁷⁹

Die Lautstärke und damit der Eindruck, wie laut ein Schall ist, hängt von der Größe der Luftdruckschwankungen ab. Diese werden mit dem Namen „Schalldruck“ bezeichnet. Der Schalldruckpegel wird in Dezibel angegeben. Da jedoch der Lärm unserer Umwelt meist eine Mischung unterschiedlicher Geräusche mit ständig wechselnder Lautstärke und Frequenzzusammensetzung ist, wird die Hilfsgröße des Mittelungspegels herangezogen. Damit können vergleichbare Werte zur Beschreibung der Geräuschbelastung ermittelt werden.⁸⁰ Der Mittelungspegel entspricht dem Pegel eines gleich bleibenden Dauergeräusches mit der gleichen Störwirkung wie das zeitlich veränderliche Geräusch. Hohe Schallpegel werden bei der Mittelung stärker bewertet.⁸¹

Daraus ergibt sich, dass die vom Erstgericht ermittelten Höchstwerte bereits in die Berechnung des Mittelungspegels eingeflossen sind. Es kann demnach kein sachgemäßes Ergebnis erzielt werden, indem für einen Vergleich auf der einen Seite der durchschnittliche Wert von 55 dB (A) bei Tag beziehungsweise 43 dB (A) bei Nacht als Messgröße herangezogen wird und auf der anderen Seite der errechnete Höchstwert von 72 dB (A). Genau dies jedoch hat der Kläger gemacht, noch dazu handelte es sich – wie schon zuvor ausgeführt – beim durchschnittlichen Wert nicht um den korrekten ortsüblichen Wert, sondern lediglich um die Immissionen, die von der Westtalautobahn herrühren.

⁷⁸ 12.3.2008, 3 R 503/07a Seite 3f.

⁷⁹ Revision Seite 5.

⁸⁰ <http://www.umweltmesstechnik-bayreuth.de/schallpegelmessung.html>.

⁸¹ <http://www.uni-essen.de/ibpm/BauPhy/Schall/Buch/24.00-vor25.htm>.

Darüber hinaus versucht der Kläger damit die ausdrücklichen Feststellungen des Erstgerichtes zu bekämpfen, dass sich durch die Nutzung der Liegenschaft der beklagten Partei als Ausweichparkplatz für das Tiwalsi-Stadion eine Erhöhung des Mittelungspegels auf dem klägerischen Grundstück um lediglich 4 dB (A) ergebe.⁸² Diese Vorgangsweise ist jedoch unzulässig, da nach § 503 ZPO ausschließlich die Nichtigkeit des Berufungsurteils, eine wesentliche Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, die eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war, ferner die Aktenwidrigkeit des Berufungsurteils und die unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache durch das Berufungsgericht als Revisionsgründe geltend gemacht werden können. Es ist also von den Entscheidungsfehlern neben der Aktenwidrigkeit nur die unrichtige rechtliche Beurteilung Revisionsgrund. Deshalb muss eine Unterscheidung zwischen revisiblen Rechtsfragen und irrevisiblen Tatfragen vorgenommen werden. Zur Tatfrage gehört die Feststellung der den Sachverhalt bildenden Tatsachen einschließlich der Beweiswürdigung und allen Schlussfolgerungen aufgrund von Erfahrungssätzen.⁸³ Die Feststellung des Erstgerichtes, dass die Benutzung der Liegenschaft der beklagten Partei als Ausweichparkplatz eine Erhöhung des Mittelungspegels um lediglich 4 dB (A) zur Folge hat, ist demnach eine unbekämpfbare Tatsachenfeststellung.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass dem Kläger bei der Berechnung, inwiefern die Geräuschmissionen das nach den örtlichen Verhältnisse gewöhnliche Maß übersteigen, mehrere Fehler unterlaufen sind. Zum einen hat er als Messgröße für die Ortsüblichkeit lediglich den Geräuschpegel der Westtalautobahn herangezogen, statt den der Westtalautobahn und des Stadions gemeinsam, und zum anderen hat er beim Vergleich der Werte auf der einen Seite einen Durchschnittswert und auf der anderen Seite einen Höchstwert herangezogen, statt sich auf beiden Seiten eines Durchschnittswertes zu bedienen. Schlussendlich hat er mit dieser Vorgangsweise unzulässigerweise die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes zu bekämpfen versucht.

Aus dem eben Ausgeführten ergibt sich, dass von einer Lärmsteigerung von 4 dB (A) über das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß auszugehen ist. Zutreffend führt sogar der Kläger aus⁸⁴, dass Erhöhungen der Lautstärke von bis zu 5 dB (A) vom menschlichen Gehör kaum wahrgenommen werden. Diese Erkenntnis stammt aus einem Sachverständigengutachten zu GZ 8 Ob 635/92 und wurde vom OGH auch danach mehrfach zitiert.⁸⁵ Die Erhöhung des ortsüblichen Maßes um 4 dB (A) ist also eine dermaßen geringe und unwesentliche Erhöhung gegenüber dem ortsüblichen Geräuschpegel, dass schon das Kriterium der Überschreitung des ortsüblichen Maßes zu verneinen ist.

⁸² 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 4.

⁸³ *Rechberger/Simotta*, aaO, Rz 859.

⁸⁴ Revision, Seite 5.

⁸⁵ OGH 29.10.1992, 8 Ob 635/92 = SZ 65/145; OGH 18.12.1996, 3 Ob 2413/96s; *Feil*, aaO, Rz 17.1.1; *Illedits/Illedits-Lohr*, aaO, Rz 565.

3.3 Keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung

Nachdem, wie schon zuvor ausgeführt, eine so minimale Überschreitung des ortsüblichen Maßes – lediglich 4 dB(A) – gegeben ist, muss die Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung umso wesentlicher sein, um einer Immissionsabwehrklage stattzugeben.

Bezüglich Geräuschimmissionen ist ständige Rechtssprechung des OGH, dass es nicht nur auf die Intensität, sondern auch auf die Art ihrer Einwirkung und den Grad ihrer Störungseignung ankommt. Es muss auf den Charakter der Gegend, die herkömmliche Übung und das öffentliche Interesse Bedacht genommen werden.⁸⁶ Es kommt bei Lärmimmissionen nicht nur auf die objektiv messbare Lautstärke an, viel mehr ist auch die subjektive Lästigkeit maßgebend, wobei für diese Lästigkeit neben der objektiv messbaren Lautstärke vor allem die Tonhöhe, die Dauer und die Eigenart der Geräusche entscheidend sind.⁸⁷ Eine verbotene Schwellgrenze tritt immer dann ein, wenn die objektiv gegebene Erhöhung des Grundgeräuschs zu einer subjektiven Lästigkeit für den normal empfindenden Menschen führt.⁸⁸

Nach den Feststellungen des Erstgerichts, wird der Ausweichparkplatz nur bei Großveranstaltungen genutzt, welche an etwa zwanzig Tagen pro Jahr abgehalten werden.⁸⁹ Die Dauer einer Einwirkung ist jedoch für die Beurteilung der Wesentlichkeit von Bedeutung. Je länger und öfter eine Störung stattfindet, desto eher kann sie als wesentlich eingestuft werden. Nun ist weiters zu bedenken, dass an diesen zwanzig Tagen pro Jahr die behaupteten Immissionen keineswegs durchgehend den ganzen Tag zu hören sind. Ganz im Gegenteil – es handelt sich um kurze Intervalle während derer Geräusche vernehmbar sind; nämlich lediglich zu den Zeitpunkten, an denen die Stadionbesucher ankommen und wieder wegfahren. Der Lärm, der während eines Fußballspiels aus der Sportanlage schallt, fällt hingegen nicht mehr unter die beanstandeten Immissionen, da diese – wie schon mehrfach ausgeführt – längst ortüblich sind und vom Kläger darüber hinaus auch nicht geltend gemacht worden sind. Die Belästigungen, die vom Ausweichparkplatz ausgehen, sind mit bloß zwanzig Tagen pro Jahr demnach von derartiger Seltenheit und darüber hinaus nur während einer derart kurzen Zeitspanne des jeweiligen Tages, dass die Einwirkungen als unwesentlich einzustufen sind.

Wie schon ausgeführt, muss auf den Charakter der Gegend, die herkömmliche Übung und das öffentliche Interesse Bedacht genommen werden. Aufgrund der Größe des Tiwalsi-Stadions und der langen Zeit während der an diesem Ort schon Fußballspiele und andere Veranstaltungen abgehalten werden, prägt diese Sportanlage schon seit geraumer Zeit den Charakter der Gegend. Der Betrieb eines großen Sportplatzes ist zwangsläufig mit erhöhten Lärmimmissionen verbunden. Vor allem in Anbetracht der Popularität dieser Sportart, ist in

⁸⁶ *Spielbüchler* in *Rummel*, aaO, Rz 13.

⁸⁷ OGH 14.1.2004, 7 Ob 286/03i.

⁸⁸ *Feil*, aaO, Rz 17.1; OGH 29.8.1994, 1 Ob 594/94 = SZ 67/138 = JBl 1995, 107 = ImmZ 1995, 78 = RdU 1995, 91.

⁸⁹ 12.3.2008, 3 R 503/07a, Seite 3.

unmittelbarer Nähe eines Fußballstadions mit größeren Menschenmengen, erhöhtem Parkplatzbedarf und emotionalen Verhaltensweisen zu rechnen. Der BGH misst genau solchen Veranstaltungen sozial einen sehr hohen Stellenwert bei, da dies das Identitätsgefühl, sowie das Zusammengehörigkeitsgefühl der Menschen eines Ortes stärkt.⁹⁰ Aus diesen Gründen werden damit verbundene Geräuscentwicklungen von einem verständigen Durchschnittsmenschen in einem höheren Maße akzeptiert, als lediglich privaten Interessen dienende Immissionen. Aufgrund dieser besonderen Charakterprägung der Gegend, sowie des hohen öffentlichen Interesses am Betrieb der Sportanlage werden für den Durchschnittsmenschen, der auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte wenigstens auch Bedacht nimmt, die Immissionen, die durch den Ausweichparkplatz hervorgerufen werden, als unwesentlicher empfunden als privaten Interessen dienende Immissionen.

Darüber hinaus muss neben der objektiv messbaren Lautstärke – wie oben bereits ausgeführt – auch auf die subjektive Lästigkeit abgestellt werden. Der OGH beschäftigte sich beispielsweise schon mit der Lästigkeit des Lärms einer Musikkapelle.⁹¹ In dieser Entscheidung sprach er aus, dass berücksichtigt werden müsse, inwiefern es sich um Musikproben handle, mit den dabei üblicherweise vorkommenden Fehlern, Misstönen und wiederholenden Übungen, da eine solche Form von Geräuschen vom menschlichen Ohr als lästiger empfunden wird. Darüber hinaus werden regelmäßig Verstärker benutzt, was dazu führt, dass bestimmte Töne vom menschlichen Gehör als sehr unangenehm empfunden werden können. In einer weiteren Entscheidung wurde der OGH mit dem Lärm einer Schießstätte befasst, bei der er den Betrieb einer Schießstätte und die damit verbundenen Einwirkungen als wesentlich beurteilte, da diese Arten von Geräuschen vom menschlichen Ohr nicht nur wegen ihrer Stärke, sondern vor allem wegen ihrer Art als besonders störend und unangenehm empfunden wird, insbesondere deshalb, weil von einem Schießstand sehr plötzliche und laute Lärmintervalle ausgehen.⁹² Im Gegensatz dazu handelt es sich bei ankommenden und wieder wegfahrenden Autos und gelegentlicher Musik aus einem Autoradio lediglich um ein normales Alltagsgeräusch, das vom menschliche Empfinden und Gehör nicht besonders erschreckend oder plötzlich wahrgenommen wird. Die Lästigkeit der vom Ausweichparkplatz herrührenden Immissionen ist demnach nicht mehr oder minder lästig als normale Alltagsgeräusche.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, das die beanstandeten Geräuschimmissionen unwesentlich sind, weil die Sportanlage sozial einen sehr hohen Stellenwert besitzt, weshalb die Immissionen als unwesentlicher empfunden werden. Darüber hinaus werden die Geräusche vom menschlichen Ohr nicht als besonders störend empfunden.

⁹⁰ BGH 26.9.2003 – V ZR 41/03.

⁹¹ OGH 28.10.1985, 6 Ob 720/83 = ImmZ 1985, 398.

⁹² OGH 18.2.1975, 4 Ob 619/74 = EvBl 1975/236 S 521 = SZ 48/15.

4. Keine Immissionsabwehrklage bei nachträglichem Zuzug in die Gegend

Nachbarn, die in ein Gebiet neu zuziehen, haben sich grundsätzlich mit den in diesem Gebiet vorherrschenden Immissionen abzufinden. Dieser Grundsatz geht sowohl aus der Literatur als auch aus der Judikatur des OGH hervor, zumal in immissionsbelasteteren Gebieten auch die Grundstückspreise entsprechend niedriger sind.⁹³ So entschied der OGH zu GZ 1 Ob 190/05f, dass jemand der sich in einem überwiegend zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzten Gebiet zu Wohnzwecken ansiedelt, sich nicht auf jene nachteiligen Auswirkungen der landwirtschaftlichen Nutzung von Nachbargrundstücken berufen kann, welche schon vorher bestanden haben und für den Emittenten ohne erhebliche eigene Nachteile nicht vermeidbar sind.⁹⁴

Diesen Grundsatz hält der OGH sogar bei gesundheitsschädlichen Immissionen aufrecht. Dort stellt er darauf ab, ob die Beeinträchtigung dem Käufer bekannt war, wobei allerdings nicht der subjektive Kenntnisstand des Käufers maßgeblich ist, sondern der Umstand, ob einem durchschnittlich sorgfältigen Käufer die Gesundheitsschädlichkeit erkennbar gewesen wäre. Ist dies der Fall, dann muss der Käufer auch eine gesundheitsschädliche Immission als ortsüblich dulden. Aus der Tatsache, dass der OGH bei Kennenmüssen eines sorgfältigen Käufers eine Duldungspflicht sogar gesundheitsschädlicher Immissionen annimmt, kann *argumento a maiori ad minus* geschlossen werden, dass nicht gesundheitsschädliche Immissionen, vorausgesetzt ein sorgfältiger Käufer hätte diese erkennen müssen, jedenfalls geduldet werden müssen.

Denselben Grundsatz vertritt auch der BGH in GZ V ZR 246/00. Dort fühlt sich ein Nachbar vom Lärm einer Hammerschmiede gestört, welche sich im Zeitpunkt der Klagserhebung schon dreißig Jahre dort befand; der Kläger hatte seine Liegenschaft jedoch erst zehn Jahre vor Klagserhebung erworben. Der BGH argumentiert, dass der Kläger beim Erwerb der Liegenschaft gewusst hat oder zumindest wissen hätte müssen, dass von der Hammerschmiede Lärm ausgeht. So war es ihm möglich, sich auf diese Situation einzustellen oder von der Ansiedlung Abstand zu nehmen beziehungsweise eigene Vorkehrungen zum Schutz gegen die Geräuschimmissionen zu treffen. All dies hat er aber nicht getan, sondern „sehenden Auges“ die absehbare Beeinträchtigung in Kauf genommen. Der BGH nimmt aus diesen Gründen eine gesteigerte Duldungspflicht an.⁹⁵

Im gegenständlichen Fall muss sich der Kläger beim Kauf des Grundstückes dessen bewusst gewesen sein, dass sich in unmittelbarer Nähe ein für öffentliche Spiele genutztes Fußballstadion befindet, zumal ein Fußballstadion in näherer Umgebung nicht übersehbar ist. Aus dieser Tatsache kann ein sorgfältiger Käufer nach allgemeiner Lebenserfahrung wohl

⁹³ OGH 23.9.1999, 2 Ob 236/99s; OGH 20.1.2000, 2 Ob 7/00v; OGH 9.7.2002, 2 Ob 162/02s; OGH 18.10.2005, 1 Ob 190/05f; OGH 16.3.2007, 6 Ob 51/07d; OGH 23.9.1999, 2 Ob 236/99s = RdU 2000/13; OGH 20.1.2000, 2 Ob 7/00v = RdW 2000/567; *Gimpel-Hinteregger*, aaO, S 278.; *Oberhammer* in *Schwimann*, aaO, Rz 15.

⁹⁴ OGH 18.10.2005, 1 Ob 190/05f.

⁹⁵ BGH 6.7.2001 – V ZR 246/00 (Hammerschmiede).

schließen, dass es speziell bei einem Volkssport wie Fußball zum Zeitpunkt eines Spieles zu erhöhtem Verkehrsaufkommen mit erhöhter Lärm- und Müllentwicklung kommen kann. Als neu zugezogener Nachbar hat er sich mit der Umgebung, die er sich als seine Wohngegend ausgewählt hat, so abzufinden, wie diese beim Kauf der Liegenschaft war. Er kann sich nachträglich nicht auf beim Kauf bereits offenkundige Tatsachen berufen; vielmehr hätte er in Kenntnis dieser Situation abwägen müssen, ob er trotzdem auf dieses Grundstück ziehen möchte und somit allfällige Mehrbelastungen ausgehend vom Stadion akzeptiert. Es kann nicht im Sinne der Regelung des friedlichen Zusammenlebens von Nachbarn sein, dass neu Hinzugezogene sich nicht in die Umgebung einfügen, sondern diese in ihrem Sinne neu zu gestalten versuchen. Der Kläger hätte bedenken müssen, dass mit einem Fußballstadion und einer Autobahn in unmittelbarer Nähe mit erhöhter Lärmentwicklung zu rechnen ist, nachdem er dies jedoch in Kauf genommen hat, resultiert daraus nun eine erhöhte Duldungspflicht.

Die negativen Aspekte einer Liegenschaft fließen nach allgemeiner Lebenserfahrung zumeist in den Verkehrswert und in weiterer Folge in den Kaufpreis ein, wodurch diese Nachteile kompensiert werden. So wird es vermieden, dass der Käufer einen Schaden erleidet. Könnte der Käufer danach jedoch zusätzlich die Immissionsabwehrklage anstellen, wäre er für ein und denselben Nachteil doppelt entschädigt. Ein solcher Zustand wäre jedenfalls ein Wertungswiderspruch mit den Grundsätzen der österreichischen Rechtsordnung, wo in keiner Regelung jemand für einen erlittenen Schaden doppelt entschädigt wird.

Es ist daher festzuhalten, dass der Kläger als nachträglich zugezogener Nachbar, die Immissionen zu dulden hat, da diese für eine sorgfältigen Käufer offensichtlich gewesen ist.

5. EURO 2008

Der Kläger äußerte mehrfach die Bedenken, die Fußballeuropameisterschaft im Juni 2008 in Österreich und in der Schweiz – im Folgenden kurz EURO 2008 genannt – würde zu weiteren Belästigungen in Bezug auf Lärmimmissionen und vermehrtem Abfall auf seiner Liegenschaft führen.

Es wird, wie dies sogar der Kläger selbst zutreffend ausführt⁹⁶, nach der Rechtsprechung des OGH ein Abwehranspruch lediglich dann gewährt, wenn die Einwirkung von gewisser Dauer ist oder mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrt.⁹⁷ Dies bedeutet, dass eine Immission, die keine länger währenden Folgen nach sich zieht und darüber hinaus auch keine Wiederholung befürchten lässt nicht zum Anlass von Untersagungs- und Ersatzansprüche genommen werden soll.⁹⁸ Kurzfristige Einwirkungen ohne Dauerfolgen sind demnach nicht vom Regelungsgegenstand des § 364 ABGB umfasst.

⁹⁶ Revision, Seite 5.

⁹⁷ Oberhammer in Schwimann, aaO, Rz 6.

⁹⁸ OGH 1.7.1959, 5 Ob 325/59 = SZ 32/88; OGH 16.9.1971, 1 Ob 236/71 = SZ 44/140.

Aus den vom OGH aufgestellten Kriterien der Dauer, Regelmäßigkeit, länger währenden Folgen und Wiederholungsgefahr der Einwirkungen folgt, dass die während der EURO 2008 zu erwartenden erhöhten Lärmimmissionen nicht in den Anwendungsbereich des § 364 Abs 2 ABGB fallen. Das Tiwalsi-Stadion ist Austragungsort von lediglich drei Fußballspielen der EURO 2008, wobei das erste am 10. Juli 2008 stattfinden wird und das letzte am 18. Juli 2008. Von einer gewissen Dauer oder gar Regelmäßigkeit kann wohl bei einem Zeitraum von drei Tagen nicht gesprochen werden. Als länger währende Folgen könnten lediglich die positiven Einflüsse, beispielsweise auf die Wirtschaft oder in sozialer Hinsicht, gesehen werden. Nachwirkungen der kurzfristigen Erhöhung des Geräuschpegels sind jedoch ausgeschlossen. Um noch kurz auf die Wiederholungsgefahr einzugehen, ist festzuhalten, dass die Wiederholung einer derartigen Veranstaltung im Tiwalsi-Stadion nicht zu erwarten ist, zumal eine Europameisterschaft lediglich alle vier Jahre stattfindet und eine solche in Österreich mangels großer Erfolge der österreichischen Nationalmannschaft und des Rotierens der Austragungsstädte in näherer Zukunft nicht mehr zu erwarten ist.

Darüber hinaus kann es wohl nicht ratio des Gesetzes sein, einmalige Großveranstaltungen, die zumal sowohl wirtschaftlichen als auch integrationspolitischen und sozialen Interessen der Öffentlichkeit dienen, gänzlich unmöglich zu machen oder zumindest derart zu erschweren, dass der Veranstalter mit unzumutbaren Einschränkungen und Auflagen zu rechnen hat. Eine erhöhte Lärmentwicklung kann vom Veranstalter der EURO 2008 kaum vermieden werden; jedenfalls aber würde es die Möglichkeit solche Großveranstaltungen, die im öffentlichen Interesse liegen, drastisch vermindern. Die Auswirkungen einer einmaligen Großveranstaltung können demnach keinesfalls Gegenstand einer Immissionsabwehrklage sein.

Diese Wertung liegt wohl auch hinter der kürzlich ergangenen Novelle LGBl. Nr. 25/2008 zum Wiener Veranstaltungsgesetz, durch die im § 21a Wiener Veranstaltungsgesetz der Absatz 2a neu eingefügt wird. Dieses Gesetz ist natürlich im gegenständlichen Fall nicht unmittelbar anwendbar; doch liegt es nahe anzunehmen, dass wohl in anderen Bundesländern ähnliche Regelungen getroffen werden beziehungsweise gibt das Gesetz durchaus Aufschluss darüber, welche Haltung der Gesetzgeber gegenüber solchen Großveranstaltungen vertritt. Wie schon unter Punkt 1.2.2 ausgeführt, kommt öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Rang einer Interpretationshilfe zu. Im Wesentlichen sieht die Änderung des Gesetzes folgendermaßen aus: Bei Veranstaltungen im Freien, an denen mehr als 100.000 Personen teilnehmen können (lit a), oder die aufgrund von Vereinbarungen mit internationalen Organisationen (zum Beispiel Welt- und Europameisterschaften) stattfinden (lit b) oder die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit Veranstaltungen gemäß lit b stattfinden und an denen mehr als 1.000 Personen teilnehmen können, ist in der Zeit von 6:00 bis 24:00 Uhr eine Überschreitung der Lärmgrenzen gestattet. Durch diese Gesetzesnovelle wird die reibungslose Durchführung einer Großveranstaltung wie der EURO 2008 garantiert. Es handelt sich also eindeutig um eine Veranstaltung, der Ausnahmecharakter beizumessen ist und die demnach nicht zur Begründung einer Immissionsabwehrklage herangezogen werden kann.

6. Missbräuchliche Rechtsausübung durch den Kläger

6.1 Rechtsmissbrauch als Schikane und andere missbilligende Ausübungsinteressen

Im österreichischen Recht wird Rechtsmissbrauch im § 1295 Abs 2 ABGB normiert, welcher im Wesentlichen zwei Problemkreise erfasst: Seine erste Alternative behandelt ganz allgemein das Problem sittenwidriger Schädigung (Schikane) und der zweite Problemkreis behandelt den Missbrauch eines an sich bestehenden Rechts (interesselose Rechtsausübung). Bei dieser Variante geht es um die Begrenzung eines an sich zustehenden Rechts.⁹⁹ Das Wort Rechtsmissbrauch stellt insofern einen Überbegriff dar, welcher beide der eben beschriebenen Varianten umfasst.

Seit etwa 1991 existiert eine neue Beschreibungsformel des OGH, welche den engen Tatbestand der Schikane beschreibt. Mit dieser Formel wurde die vom OGH, seit etwa Mitte der Fünfzigerjahre judizierte, rigide Schikaneformel ersetzt. Schikane liegt also nach neuerer Rechtsprechung dann vor und kann jemandem, der sich auf ein subjektives Recht beruft, entgegengehalten werden, wenn der Schädigungszweck so augenscheinlich im Vordergrund steht, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten. Diese Formel wird vom OGH durch Fälle der „interesselosen Rechtsausübung“ ergänzt und somit eine Art Auffangtatbestand für Schikanefälle geschaffen. Liegt die Vermutung einer Schädigungsabsicht zwar nahe, gelingt jedoch kein Beweis, so kann – gewissermaßen auf zweiter Ebene – der Gesichtspunkt der Interessellosigkeit geprüft werden. Der objektiv ausgerichtete Tatbestand der interesselosen Rechtsausübung ergänzt damit den subjektiven Tatbestand der Schikane.¹⁰⁰

Nach dem bisher Gesagten haben sich im Laufe der Jahre gewisse Grundsätze in der Rechtsprechung des OGH herausgebildet, von denen einige kurz hervorgehoben werden sollen. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung liegt Schikane nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund für die Rechtsausübung bildet, sondern bereits dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen ein krasses Missverhältnis besteht.¹⁰¹ Schikane liegt auch dann vor, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiegt.¹⁰² Ganz allgemein wurde von den Höchstgerichten ausgesprochen, dass eine Klagsführung zu einem ganz unwesentlichen Nachteil der Schikane gleichzuhalten ist.¹⁰³ Selbst das Eigentumsrecht wird durch das Verbot der schikanösen Rechtausübung beschränkt.¹⁰⁴

In den folgenden Absätzen wird die Rechtsausübung des Klägers bezüglich der Beseitigung von Abfallrestmengen als rechtsmissbräuchlich – sowohl interesselos als auch schikanös – qualifiziert.

⁹⁹ Reischauer in Rummeß (2003), § 1295 Rz 54.

¹⁰⁰ Mader, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, JBl 1998, 677.

¹⁰¹ 3.12.1986 EvBl 1987/49 = wbl 1987, 37; 12.1.1993 ecolex 1993, 304.

¹⁰² Reischauer, aaO, Rz 63, 64.

¹⁰³ Reischauer, aaO, Rz 58.

¹⁰⁴ 9 Ob 35/01 immolex 2001/158 = MietSlg 53.193.

6.2 Nachweis der interesselosen Rechtsausübung des Klägers

Selbst wenn die verfahrensgegenständlichen Abfallrestmengen grobkörperlich sein sollten – was ausdrücklich bestritten wird – und damit die Tätigkeit in jedem Fall unzulässig sein sollte, so hat das Erstgericht dennoch festgestellt, dass der Kläger die ohnehin geringen Restmengen „stets unwidersprochen geduldet hat“.¹⁰⁵

Die beklagte Partei hat an der Großveranstaltung EURO 2008 ein großes wirtschaftliches, wie auch sonstiges Interesse, insbesondere weil das Stadion aufgestockt und die Sitzplätze verdoppelt wurden und insofern bereits wesentliche Investitionen seitens der beklagten Partei getätigt wurden. Der positive Verlauf der Großveranstaltung ist für die beklagte Partei durch den im Unterlassungsbegehren enthaltenen Antrag – „die beklagte Partei solle die Nutzung ihrer Liegenschaft als Ausweichparkplatz unterlassen, in eventu sich jeder Einwirkung auf das klägerische Grundstück enthalten“¹⁰⁶ – jedenfalls gefährdet.

Die vom Kläger geäußerte Befürchtung, „durch die EURO 2008 werde der Abfall in einem womöglich noch nie da gewesenen Ausmaß ansteigen, da in dieser Zeit sehr viele Fußballfans zu erwarten sind“¹⁰⁷, ist weder nachvollziehbar, noch wird der Gehalt dieser Behauptung vom Kläger näher begründet. Die Kapazität des Ausweichparkplatzes ist trotz der bevorstehenden EURO 2008 gleich geblieben. Ein Mehr an Besuchern auf diesem Parkplatz im Vergleich zu anderen Großveranstaltungen in der Vergangenheit ist insofern nicht möglich. Darüber hinaus wurden von Seiten der beklagten Partei stets alle zumutbaren und üblichen Schritte zur Vermeidung von Abfall und Abfallrestmengen auf dem klägerischen Grundstück gesetzt, da die klägerische Liegenschaft nach jeder Veranstaltung im Auftrag der beklagten Partei gereinigt und der Abfall, soweit dies dem Reinigungspersonal erkennbar und möglich war, entfernt wurde. Die Interessen des Klägers wurden von der beklagten Partei stets nach Möglichkeit gewahrt. Darüber hinaus hat der Kläger die Maßnahmen der beklagten Partei stets unwidersprochen geduldet und insofern durch das von ihm gesetzte Verhalten schlüssig zu verstehen gegeben, dass er diese als zureichend erachtet.

Ein vollinhaltliches Stattgeben des Unterlassungsbegehrens hätte de facto die Unbenützbarkeit des Grundstücks der beklagten Partei als Ausweichparkplatz zur Folge. Der reibungslose Ablauf der Großveranstaltung EURO 2008 ist nur durch das zusätzliche Kosten verursachende Anmieten eines Ersatzparkplatzes gewährleistet. Dies stellt für die beklagte Partei einen übertriebenen und unzumutbaren Mehraufwand dar, welcher mit dem vom Kläger verfolgten Eigeninteresse in einem auffallenden Missverhältnis steht.

Stellt man, gemäß den höchstgerichtlichen Grundsätzen, die vom Kläger verfolgten Eigeninteressen mit jenen der beklagten Partei einander gegenüber, so stehen diese in einem krassen Missverhältnis, welches die Rechtsausübung des Klägers jedenfalls als interesselos und damit missbräuchlich erscheinen lässt.

¹⁰⁵ 12.03.2008, 3 R 503/07a, Seite 3.

¹⁰⁶ 12.03.2008, 3 R 503/07a, Seite 3.

¹⁰⁷ Revision, Seite 10.

6.3 Zumindest bedingt vorsätzliche Schädigungsabsicht des Klägers

Auch bloß bedingter Vorsatz kann zur Schikane führen; dies selbst dann, wenn der mit bedingtem Vorsatz Handelnde nicht direkt auf den schädigenden Erfolg abzielt, ihn vielmehr nur in Kauf nimmt. Entscheidend ist allein, dass die unlauteren Motive des bedingt vorsätzlich Schädigenden in ihrem Gewicht die lauterer eindeutig überwiegen.¹⁰⁸

Nach allgemeiner Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass die obigen Umstände (Investitionen, Mehraufwand, usw.) dem Kläger im Wesentlichen bekannt sein mussten, da sowohl das wirtschaftliche Interesse an der Großveranstaltung offensichtlich, sowie auch die bereits getätigten Investitionen für den Kläger erkennbar waren. Darüber hinaus ergibt sich schon aus dem klägerischen Vorbringen, dass dieser vom Vorhaben der beklagten Partei, die Liegenschaft als Parkplatz für die EURO 2008 zu verwenden, Kenntnis hatte.

Vollends gegen die Interessenlage des Klägers spricht auch, dass sich die beklagte Partei jahrelange – nach den unbekämpften Feststellung des Erstgerichts drei Jahre¹⁰⁹ – nicht um die Geltendmachung ihrer Ansprüche gekümmert hat und die von der beklagten Partei gesetzten Maßnahmen stets widerspruchslos seitens des Klägers geduldet wurden. Durch dieses Verhalten hat der Kläger schlüssig zu verstehen gegeben, dass er die Maßnahmen, welche von der beklagten Partei gesetzt wurden, als ausreichend erachtet hat. Die Unterlassungsklage wurde vom Kläger – im Hinblick auf die kurz bevorstehende EURO 2008 – jedenfalls zur Unzeit erhoben. Die Vermutung liegt nahe, dass der Kläger eher schädigende Motive hatte, die Klage gerade vor der EURO 2008 zu erheben, und es ihm nicht primär um die Abwehr von Immissionen ging.

Darüber hinaus drohen dem Kläger durch die Parkplatzbenützung nicht mehr Beeinträchtigungen als in der Vergangenheit – wie dies bereits oben unter Punkt 6.2 thematisiert wurde – was ebenfalls auf eine Schädigungsabsicht des Klägers hindeutet.

Unter Anbetracht all dieser Umstände kann gesagt werden, dass der Kläger es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, die beklagte Partei durch die Ausübung eines Rechts zu schädigen. Der Kläger handelt zumindest bedingt vorsätzlich und übt insofern ein Recht in Schädigungsabsicht aus. Das unlautere Motiv der Rechtsausübung überwiegt das lautere Motiv eindeutig, weshalb der Tatbestand der Schikane insofern erfüllt ist.

6.4 Unerheblichkeit eines tatsächlich bestehenden Anspruchs

Falls dem Kläger ein Anspruch auf Unterlassung dem Grunde zustehen sollte, so schadet dies dennoch nicht der Rechtsauffassung der beklagten Partei, dass der Kläger sein Recht missbräuchlich ausübt, da unter „Rechtsmissbrauch“ das unberechtigte Ausüben eines an

¹⁰⁸ Reischauer in Rummel, aaO, Rz 79.

¹⁰⁹ 12.03.2008, 3 R 503/07a, Seite 2 erster Absatz.

sich bestehenden Rechts verstanden wird.¹¹⁰ Insofern steht das tatsächliche Bestehen eines klägerischen Anspruchs der Einrede der missbräuchlichen Rechtsausübung nicht entgegen.

6.5 Einrede der missbräuchlichen Rechtsausübung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs durch den Kläger kurz vor der EURO 2008 aufgrund des krassen Missverhältnisses der Interessenlagen und aufgrund der offenkundigen Schädigungsabsicht des Klägers einen Rechtsmissbrauch im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB darstellt. Dem Unterlassungsanspruch des Klägers ist somit der Erfolg zu versagen, denn „der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz“.¹¹¹

7. **Die uneigentliche Ersitzung einer offenkundigen Grunddienstbarkeit**

Selbst wenn die Immissionen, welche vom Grundstück der beklagten Partei auf das Grundstück des Klägers gelangen, das ortsübliche Maß überschreiten und darüber hinaus auch noch wesentlich sein sollten, so verfügt die beklagte Partei dennoch über einen Rechtstitel, der die gegenständlichen Immissionen erlaubt und vor Unterlassungsansprüchen des Klägers schützt. Die beklagte Partei hat nach den allgemeinen Grundsätzen des Ersitzungsrechts – im Wege einer uneigentlichen Ersitzung gemäß § 1477 ABGB – eine Grunddienstbarkeit an der Liegenschaft des Klägers erworben, welche sie vor Unterlassungsklagen desselben schützt.¹¹²

7.1 Grunddienstbarkeiten im allgemeinen bürgerlichen Recht

Dienstbarkeiten sind beschränkte dingliche Rechte, durch welche ein Eigentümer verbunden wird zugunsten einer anderen – natürlichen oder juristischen – Person etwas zu dulden oder zu unterlassen.

Im konkreten Fall handelt es sich bei der von der beklagten Partei ersessenen Dienstbarkeit um eine Grunddienstbarkeit. Bei einer Grunddienstbarkeit steht das Recht dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Liegenschaft zu. Eine solche Grunddienstbarkeit ist nicht auf die persönlichen Bedürfnisse, sondern auf die Erfordernisse des herrschenden Grundstücks zugeschnitten, dessen vorteilhaftere Benutzung ermöglicht werden soll. Das Grundstück, das hierfür benützt werden darf, heißt dienendes Grundstück.¹¹³

¹¹⁰ Kölber (Hrsg), Deutsches Etymologisches Wörterbuch 1995.

¹¹¹ Art 2 II ZGB (Schweizer Zivilgesetzbuch).

¹¹² OGH 26. 04. 2000, 3 Ob 201/99a = RdU 2001/49.

¹¹³ Koziol/Welser, aaO, S 419 ff.

Eine Dienstbarkeit hat möglichst schonend ausgeübt zu werden, damit dies für den Belasteten möglichst wenig beschwerlich ist. Dies scheint im Hinblick auf das Verhalten der beklagten Partei nicht weiter problematisch.

Für den Erwerb von Dienstbarkeiten gilt wie für die Begründung anderer dinglicher Rechte die Regel von Titel und Modus. Darüber hinaus ist aber auch der Erwerb einer Grunddienstbarkeit durch Ersitzung möglich, was allerdings qualifizierten Besitz während einer gesetzlich bestimmten Zeit voraussetzt. Solch eine Ersitzung führt zu einem originären Rechtserwerb. Dies hat zur Folge, dass der bisherige Rechtsinhaber sein Recht verliert und der Erwerber ein Recht - welches inhaltlich dem bisher ausgeübten Recht entspricht - erhält.

7.2 Die Grunddienstbarkeit im gegenständlichen Fall

Inhaltlich handelt es sich bei der gegenständlichen Grunddienstbarkeit um das Recht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks – der beklagten Partei – Immissionen auf das dienende Grundstück abzugeben. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks – der Kläger – ist aufgrund dieses Rechtstitels verpflichtet, derartige Immissionen zu dulden.

In dritter Instanz sind jedenfalls offenkundige Tatsachen zu berücksichtigen. Dazu gehören auch solche Tatsachen, die bloß gerichtsnotorisch sind.¹¹⁴ Es ist dem Gericht jedenfalls bekannt, dass schon vor der Eröffnung des Tiwasi-Stadions im Jahre 2000 gleichartige Events in einem nahe gelegenen anderen Stadion durchgeführt wurden. Das letztgenannte Stadion wurde bereits im Jahre 1953 eröffnet.

7.2.1 Uneigentliche Ersitzung einer Grunddienstbarkeit durch die beklagte Partei

Bei der Ersitzung ist zunächst zwischen der eigentlichen und der uneigentlichen Ersitzung zu unterscheiden. Während bei der eigentlichen Ersitzung auf das Vorliegen eines rechtmäßigen, redlichen und echten Besitzes abgestellt wird, ist die Rechtmäßigkeit im Sinne des § 316 ABGB für die uneigentliche Ersitzung nicht Voraussetzung; das bedeutet, dass insbesondere ein entgeltlicher Vertrag keine notwendige Voraussetzung für die uneigentliche Ersitzung darstellt.

§ 1477 erster Satz ABGB normiert: „*wer die Ersitzung auf einen Zeitraum von 30 oder 40 Jahren stützt, bedarf keiner Angabe eines rechtmäßigen Titels.*“ Sogar ein abweichender Grundbuchstand hindert die uneigentliche Ersitzung nicht.¹¹⁵

Es kann also gesagt werden, dass durch den redlichen¹¹⁶ und echten¹¹⁷ Besitz – die Ausübung eines bestehend geglaubten Rechts - während einer Zeit von dreißig Jahren an

¹¹⁴ Zechner in Fasching/Konecny, aaO, § 504 ZPO Rz 24.

¹¹⁵ Koziol/Welser, aaO, S. 337 ff.

¹¹⁶ § 326 ABGB.

¹¹⁷ § 345 ABGB.

einer Liegenschaft eine Grunddienstbarkeit, auch ohne Vorliegen eines gültigen Titels, erworben werden kann.

7.2.2 Fünfzigjährige Nutzung der Liegenschaft in gutem Glauben

Im konkreten Fall hat die beklagte Partei die streitgegenständliche Liegenschaft seit mindestens fünfzig Jahren als Ausweichparkplatz bei Großveranstaltungen benutzt. Seit genau so langer Zeit werden von der beklagten Partei in gutem Glauben Immissionen auf die klägerische Liegenschaft abgegeben.

Die beklagte Partei konnte aus wahrscheinlichen Gründen davon ausgehen, dass ihr die Ausübung des Rechts zustehe und war bezüglich der Annahme, dass ein solches Recht besteht, redlich im Sinne des § 326 ABGB; dies insbesondere deshalb, da vom Kläger keine negativen Rückmeldungen erfolgt sind. Darüber hinaus gilt gemäß der Beweislastregel des § 328 ABGB im Zweifel die Vermutung für die Redlichkeit des Besitzes. Sollte der Kläger der beklagten Partei Bösgläubigkeit unterstellen, obliegt ihm diesbezüglich die Beweisführungspflicht; diesen Beweis hat der Kläger jedoch nicht erbracht, er hat ihn vielmehr nicht einmal angetreten.

Für die Ersitzung eines Rechts ist darüber hinaus grundsätzlich die Ausübung des Rechts, im Wesentlichen gleich bleibend, zu bestimmten Zwecken in bestimmtem Umfang erforderlich. Notwendig ist dafür eine für den Eigentümer des belastenden Gutes erkennbare Rechtsausübung, um von der Duldung der Ausübung eines Rechtes sprechen zu können. Für den Eigentümer des belastenden Grundstücks muss daher erkennbar sein, dass der den Rechtsbesitz Behauptende die Benützung der fremden Sache so ausübt, als hätte er ein Recht. Die Rechtsprechung des OGH hat hierzu stets nur die Erkennbarkeit für den Belasteten gefordert. Auf die positive Kenntnis des Eigentümers der belasteten Sache kommt es daher nicht an.¹¹⁸

Dem, von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung geforderten, Erfordernis der im Wesentlichen gleich bleibenden Rechtsausübung wird durch das jahrzehntelang gleich bleibende Verhalten der beklagten Partei jedenfalls entsprochen. Darüber hinaus war die Rechtsausübung dem Eigentümer des belasteten Grundstücks – dem Kläger und wohl auch dem Rechtsvorgänger – jedenfalls erkennbar. Daraus folgt, dass die beklagte Partei, entsprechend den gesetzlichen und richterlichen Erfordernissen, eine Grunddienstbarkeit ersessen hat.

7.2.3 Eigentümerwechsel unterbricht die Ersitzungsfrist nicht

Die Tatsache, dass es einen Eigentümerwechsel auf Seiten des dienenden Grundstücks gegeben hat, schadet der Rechtsauffassung der beklagten Partei nicht. Ein bloßer

¹¹⁸ OGH 18.01.1995, 7 Ob 637/94 = MietSlg 47.158.

Eigentümerwechsel auf Seiten des Ersitzungsgegners stellt keinen Unterbrechungsgrund für eine Ersitzung dar.¹¹⁹ Darüber hinaus ist die Grunddienstbarkeit bereits zu einer Zeit erworben worden, als der Kläger noch nicht Eigentümer der Liegenschaft war.

7.3 Durchbrechung des Eintragungsprinzips bei offenkundigen Dienstbarkeiten

Das Eintragungsprinzip gemäß § 4 Allgemeines Grundbuchsgesetz wird nach der Rechtsprechung vor allem dann durchbrochen, wenn man vom dienenden Grundstück aus bei einiger Aufmerksamkeit Einrichtungen und Vorgänge wahrnehmen kann, die das Bestehen einer Dienstbarkeit in Abweichung vom Grundbuchstand vermuten lassen, oder wenn diese dem Erwerber der dienenden Liegenschaft sogar bekannt sind; in solchen Fällen wird die Dienstbarkeit als offenkundige Dienstbarkeit bezeichnet.¹²⁰

Die gegenständliche Dienstbarkeit ist zwar nicht im Grundbuch – genauer im Lastenblatt des dienenden Grundstücks – sicher gestellt, der Kläger als neuer Eigentümer kann sich aber dennoch nicht auf einen Gutgläubensschutz im Sinne des Erwerbs eines unbelasteten Grundstücks berufen, weil die Dienstbarkeit eine Offenkundige gewesen ist. Diese Offenkundigkeit ergibt sich insbesondere aus der jahrzehntelang gleich bleibenden Nutzung der Liegenschaft der beklagten Partei als Ausweichparkplatz bei Großveranstaltungen und den damit zwangsläufig verbundenen Geräuschimmissionen. Darüber hinaus kann die Offenkundigkeit aus der Tatsache, dass die an der klägerischen Liegenschaft vorbeiführende Stadionstraße die Einzige ist, über welche man diesen Parkplatz erreichen kann, gefolgert werden.

Ein lastenfreier Erwerb findet gemäß § 1500 ABGB – mangels guten Glaubens – nicht statt, da der Vertrauensschutz demjenigen nicht zugute kommt, der bei gehöriger Aufmerksamkeit die Abweichung des Buchstandes von der wahren Rechtslage erkennen konnte.¹²¹ Der Kläger hat insofern eine, mit dem beschränkten dinglichen Recht der Grunddienstbarkeit, belastete Liegenschaft erworben.

7.4 Dem Kläger steht kein Unterlassungsanspruch zu

Durch das Verstreichen der gesetzlich vorgesehenen Ersitzungsfrist von dreißig Jahren hat die beklagte Partei an der klägerischen Liegenschaft eine offenkundige Grunddienstbarkeit gemäß §§ 472 ff ABGB im Wege der uneigentlichen Ersitzung gemäß § 1477 ABGB erworben. Die beklagte Partei ist zur Zuleitung von Immissionen berechtigt. Der Unterlassungsanspruch steht dem Kläger somit nicht zu. Dem Begehren des Klägers ist daher auch diesbezüglich der Erfolg zu versagen.

¹¹⁹ VwGH 24.4.1990 = ZfVB 1991/398 = ÖJZ 1191/86, 394.

¹²⁰ Gert Iro in Peter Apathy (Hrsg.), Bürgerliches Recht³, Band IV, Sachenrecht (2008) Rz 15/18.

¹²¹ M. Bydlinski in Rummel³ (2003), § 1500 Rz 3.

V. Fazit

Der Revision des Klägers ist aus folgenden Gründen der Erfolg zu versagen:

- Schon mangels Rechtzeitigkeit und mangels Zulässigkeit der Revision des Klägers ist das Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil zurückzuweisen.
- Die vom Kläger beanstandeten Abfallmengen stellen lediglich geringe Restmengen dar und sind demnach unter § 364 Abs 2 erster Satz ABGB zu subsumieren. Daher sind sie als ortsübliche und unwesentliche Einwirkungen zu dulden.
- Die behaupteten Lärmimmissionen kommen ausschließlich in einem duldungspflichtigen Umfang vor, der aufgrund der Ortsüblichkeit sowie mangels Wesentlichkeit keinen Unterlassungsanspruch begründet.
- Darüber hinaus hat die beklagte Partei durch den bereits seit Jahren durchgeführten und vom Kläger geduldeten Gebrauch der Liegenschaft als Ausweichparkplatz eine Grunddienstbarkeit begründet.
- Der klägerischen Revision ist auch deshalb der Erfolg zu versagen weil nach einer Abwägung der Interessen des Klägers und der beklagten Partei von einer schikanösen Rechtsausübung durch den Kläger auszugehen ist.

VI. Antrag

Aus den oben genannten Gründen stellt die beklagte Partei den

ANTRAG,

der Oberste Moot Court Innsbruck als Revisionsgericht möge

(i) die Revision des Klägers als unzulässig zurückweisen;

in eventu

(ii) der Revision des Klägers nicht Folge zu geben und das Urteil des Berufungsgerichts vollinhaltlich bestätigen; und

(iii) dem Kläger den Ersatz der Kosten aller Instanzen an die beklagte Partei gemäß § 19a RAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen auferlegen.

Wien, am 05. Mai 2008

Stadtgemeinde Salzbruck

VII. Kostenverzeichnis¹²²

Als Kosten werden verzeichnet:

Schriftsatz TP3c € 232,20

60% ES € 139,32

€ 371,52

20% USt € 74,30

Gesamt € 445,82

¹²² Angemerkt wird, dass die Kosten des Klägers unrichtig verzeichnet wurden.