

# 1.

## Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

### Zu § 16

**66.001.** Der OGH hat bereits in der E 8 Ob 108/05 y (EvBl 2006/67 [Noll]) ausgeführt, dass es für die Zulässigkeit einer **systematischen, identifizierenden und verdeckten Videoüberwachung** nicht darauf ankommen kann, ob sich ex post herausstellt, dass der Eigentümer der von der Überwachung betroffenen Liegenschaft konkret diese Liegenschaft nicht nützt. Vielmehr ist die **Zulässigkeit ex ante zu beurteilen**. Dabei ist ein Recht des Liegenschaftseigentümers zu bejahen, dass die auf seiner Liegenschaft ein- und ausgehenden Personen (Familienangehörige, Mieter, Gäste, Angestellte) nicht systematisch beobachtet werden. Zur Gewährleistung der Privatsphäre des Liegenschaftseigentümers ist somit auch erforderlich, dass er nicht gewärtigen muss, dass die Nutzung (oder Nichtnutzung) seiner Liegenschaft durch ihn selbst oder Dritte systematisch überwacht und aufgezeichnet wird. In der E 8 Ob 125/11 g anerkannte der OGH die Aktivlegitimation einer Vermieterin für ihren Anspruch auf Entfernung einer Videokamera bzw Videokameraatrappe gegen ihre Mieterin. Auch in der E 6 Ob 38/13 a anerkannte der OGH die **Aktivlegitimation** einer Liegenschaftseigentümerin, die den von der Überwachung betroffenen Bereich ihrer **Liegenschaft nicht nutzte**, mit dem Hinweis, dass sie diesen Bereich jederzeit benutzen könne, sodass damit bereits ein Eingriff in die Privatsphäre erfolgt sei.

Darüber hinaus ist die Eigentümerin einer grundsätzlich zur Vermietung vorgesehenen Wohnung Ansprüchen ihrer künftigen Mieter ausgesetzt, Interessenbeeinträchtigungen ihrer Mieter bei Ausübung ihres Bestandrechts zu verhindern (vgl 5 Ob 69/13 b). Der Eigentümerin ist daher auch aus diesem Grund ein Interesse an der Klageführung zuzugestehen, auch wenn sie ihre Wohnung derzeit nicht zu eigenen Wohnzwecken nutzt. OGH 21. 10. 2014, 10 Ob 57/14 a Zak 2015/26.

### Zu § 97

#### Ehewohnung

**66.002.** Die **Beeinträchtigung des Wohnungserhaltungsanspruchs** der Kl wird nicht schon durch die Pfandbelastung der Liegenschaft, sondern erst durch die Versteigerung der Liegenschaft hergestellt. Die Revisionswerberin hat bei der nach den Grundsätzen über die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte zu prüfenden Drittwirkung des Anspruchs nach § 97 ABGB den Leitsatz der Rechtssatzkette RIS-Justiz RS0015114 für sich, wonach für die Annahme der **Schlechtgläubigkeit des Dritten** (hier der 1.-Bekl als betrP) grundsätzlich schon die

Kenntnis vom dringenden Wohnbedürfnis ausreicht. Der Rechtssatz wird allerdings nur dort uneingeschränkt vertreten, wo es um die Kenntnis beim Erwerb einer Wohnungsliegenschaft oder einer Wohnung durch den Dritten geht, dieser also zuvor gegenüber dem nach § 97 ABGB verpflichteten Ehegatten noch keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch hatte. Anders verhält es sich jedenfalls bei **schon vorliegenden Rechtsansprüchen des Dritten**. Die **Durchsetzung eigener materieller Rechte** ist grundsätzlich nicht rechtswidrig und kann nur ausnahmsweise im Rahmen einer Interessenabwägung rechtswidrig sein (so schon 3 Ob 87/93 iZm § 97 ABGB; allgemein bei Verletzung absolut geschützter Rechte: RIS-Justiz RS0022917). Dem sich auf § 97 ABGB stützenden Ehegatten können nicht mehr Rechte eingeräumt werden als dem zur Wohnungserhaltung Verpflichteten. Wenn dieser bspw zur Zahlung des Mietzinses nicht mehr in der Lage ist, kann es nicht Ergebnis der Interessenabwägung sein, dass der Vermieter den Verbleib des wohnbedürftigen Ehegatten zu dulden und auf die Mietzinszahlungen zu verzichten hätte. Dies ergibt sich schon aus § 97, 2. Satz ABGB, wonach kein Wohnungserhaltungsanspruch besteht, wenn das Handeln oder Unterlassen des verfügungsberechtigten Ehegatten durch die Umstände erzwungen wird. Die exekutive Betreibung von Geldansprüchen ist ein solcher Umstand, bei dessen Vorliegen nur ein **doloses Zusammenwirken** des verfügungsberechtigten Ehegatten mit dem Dritten zu dessen Schadenersatzpflichten gegenüber dem wohnbedürftigen Ehegatten führen könnte (vgl 3 Ob 27/09f), also etwa dann, wenn ein Versteigerungsverfahren etwa nur zum Schein zulasten des Wohnbedürftigen geführt wird (so schon 3 Ob 155/87; missbräuchliche Exekutionsführung: RIS-Justiz RS0000980). Im vorliegenden Fall reicht also die allein geltend gemachte bloße Kenntnis vom Wohnbedürfnis ohne weitere Kenntnis der Absichten des Verfügungsberechtigten über die Wohnung für eine Haftung des Dritten nicht. OGH 18. 9. 2014, 3 Ob 27/14p.

### Zu § 140 aF

**66.003.** Nach nunmehr gefestigter Rsp des OGH ist der **fiktive Mietwert** einer dem Unterhaltsberechtigten vom Unterhaltspflichtigen **überlassenen Eigentumswohnung** wegen der damit verbundenen Verminderung des Unterhaltsbedarfs ganz oder teilweise als **Naturalunterhalt** anzurechnen (vgl RIS-Justiz RS0123485, RS0116145; zuletzt 6 Ob 61/13h). OGH 22. 10. 2014, 1 Ob 135/14f EvBl-LS 2015/43.

### Zu § 154

**66.004.** Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters können **pflugschaftsgerichtlich** in der vorgelegten Form nur

**genehmigt**, nicht aber abgeändert werden (3 Ob 293/01 m; 5 Ob 212/12 f; RIS-Justiz RS0048113, RS0048117 [T 3, T 5]). Der Vertragspartei des Betroffenen darf kein anderer Vertrag aufgezwungen werden (3 Ob 293/01 m). OGH 23. 7. 2014, 3 Ob 63/14 g Zak 2014/663.

### Zu § 287

**66.005.** Nach § 287 ABGB sind Sachen, welche dem Gemeingebrauch gewidmet sind, öffentliches Gut. Der **Gemeingebrauch** eines Weges schließt die Ersitzung einer Dienstbarkeit nicht aus (7 Ob 20/13 m RIS-Justiz RS0009757). Voraussetzung des Erwerbs eines Privatrechts durch Ersitzung in einem öffentlichen Weg ist, dass der Erwerber die Benützung in anderer Weise ausgeübt hat, als sie durch jedermann im Rahmen des Gemeingebrauchs ausgeübt werden konnte. Es muss also für den Eigentümer erkennbar sein, dass ein vom Gemeingebrauch verschiedenes Privatrecht in Anspruch genommen wird (4 Ob 21/10 g; 7 Ob 20/13 m; 5 Ob 30/14 v RIS-Justiz RS0009785). Schließlich kann auch ein im Umfang des Gemeingebrauchs bereits enthaltenes Recht ersessen werden, wenn die Benützung mit dem Willen verknüpft ist, damit ein vom Recht der Allgemeinheit losgelöstes Recht in Anspruch zu nehmen und für den Ersitzungsgegner erkennbar ist, dass ein vom Gemeingebrauch unabhängiges Recht in Anspruch genommen wird (8 Ob 170/68 SZ 41/68; *Stabentheiner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*<sup>3</sup>, Rz 12 zu § 287 ABGB. OGH 18. 12. 2014, 2 Ob 1/14 g ecolex 2015/110 = EvBl-LS 2015/62 (*Rohrer*)).

### Zu § 326

**66.006.** Auch wenn nach § 326, 2. Satz ABGB derjenige unredlich ist, welcher weiß oder aus den Umständen vermuten muss, dass die in seinem Besitz befindliche Sache einem anderen zugehöre, regelt Satz 3 ausdrücklich den Fall, dass jemand doch ein **redlicher Besitzer** sein kann, **wenn** er aus Irrtum über Tatsachen oder Unkenntnis gesetzlicher Vorschriften **an seiner Berechtigung nicht zweifelt**. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Prokurist der Bekl zumindest bis Oktober 2001 der Ansicht war, auch die – vor mehr als 40 Jahren eingeeckerten und seither bewirtschafteten – früheren Weggrundstücke stünden im Eigentum der Bekl. OGH 23. 1. 2014, 1 Ob 233/13 s.

### Zu § 339

**66.007. Eigenmacht** des Eingriffs liegt immer dann vor, wenn der Eingriff weder durch den Besitzer genehmigt ist noch auf einem behördlichen Auftrag beruht. Eigenmächtig

bleibt das Vorgehen auch dann, wenn der Störer der Meinung war, zur Hintanhaltung einer eigenen Haftung oder von Unfällen oder aus Sicherheitsgründen Maßnahmen ergreifen zu müssen. LGZ Wien 22. 1. 2014, 39 R 274/13b.

**66.008.** Zu unterscheiden ist zwischen der Auflösung (bzw hier der Beendigung) des Mietvertrages (30. 4. 2012) und der Aufgabe des Rechtsbesitzes. Die einvernehmliche Auflösung des Mietverhältnisses, die Kündigung oder der der Ablauf der Bestandzeit beenden den Besitz ebenso wenig wie die Tatsache, dass der vereinbarte Räumungstermin verstrichen ist (*Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup>, Rz 3 zu § 351 ABGB; *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>37</sup>, E 32, 36 zu § 351; LGZ Wien MietSlg 55.026 uva). Ein Rückschluss vom Erlöschen des Rechtes auf den Verlust des Besitzes ist daher unzulässig (LGZ Wien MietSlg 47.014, 55.026).

Unter Rechtsbesitz versteht man den Zustand der Ausübung eines fortdauernd ausübbareren Rechtes im eigenen Namen, ohne Rücksicht darauf, ob dem Ausübenden dieses Recht tatsächlich zukommt. Aus den Feststellungen über den Ablauf der Mietdauer des befristeten Mietvertrages und der eingeschränkten Benützung (auch noch nach Ablauf der Mietdauer) kann daher nicht auf die Beendigung des Rechtsbesitzes geschlossen werden. Zur Aufgabe des Rechtsbesitzes bedarf es eines nach außen hin erkennbaren Entschlusses, das Recht nicht mehr zu besitzen (*Spielbüchler* aaO, Rz 6; *Klicka* in *Schwimmann*<sup>3</sup>, Rz 7 zu § 351 ABGB).

Das Klagebegehren im Besitzstörungsverfahren muss neben der Feststellung der Störung und dem Unterlassungsbegehren grundsätzlich auch ein Wiederherstellungsbegehren enthalten. Dieses ist ein materiellrechtliches Erfordernis, das dazu dient, den Besitz des Störers nicht entstehen zu lassen. Es kann nur dort entfallen, wo der ruhige Besitz vor Schluss der Verhandlung wiederhergestellt wurde oder eine Wiederherstellung – etwa mangels Beeinträchtigungen, die über bloße Störungshandlungen hinausgehen – nicht möglich ist (LGZ Wien MietSlg 48.651 uva). Von einer Unmöglichkeit der Wiederherstellung kann jedoch in den Fällen der Doppelvermietung nicht gesprochen werden: Durch den Spruch 48 neu (29. 5. 1957 EvBl 1957/315 = JBl 1957, 559 = MietSlg 5.524 = SZ 30/33), der auf alle Fälle anzuwenden ist, in denen ein Vertragsteil in schuldhafter Verletzung seiner Vertragspflicht deren Erfüllung unmöglich macht, wurde klargestellt, dass dem vertragsbrüchigen Vermieter die Einrede der Unmöglichkeit der Leistung nicht zukommt (vgl MietSlg 23.097/8).

Dass es der Bekl im Hinblick auf eine längere Mietdauer des neuen Mieters nicht möglich sein könnte, dem Wiederherstellungsbegehren zu entsprechen, ist nicht Gegenstand des Besitzstörungsverfahrens, sondern bleibt dem Exekutions- oder

petitorischen Verf vorbehalten (MietSlg 43.004 mwN). Der OGH sprach in seiner E vom 20. 12. 1967, 3 Ob 128/67, aus, dass der Endbeschluss gegen den Störer selbst dann vollstreckbar bleibt, wenn dieser den Gegenstand, auf den sich die Handlung bezieht, veräußert hat; ein solches Verfügungsrecht befreit den Besitzstörer nicht von den Rechtsfolgen seiner Handlung (vgl SZ 61/189). Die Passivlegitimation der Bekl bleibt daher auch dann bestehen, wenn sie den Bestandgegenstand weiter vermietet hat. LGZ Wien 26. 2. 2014, 39 R 262/13 p.

**66.009.** Voraussetzung für eine Besitzstörungsklage ist der Eingriff in fremde Besitzrechte. In erster Linie bedarf es hiezu eines **räumlichen Übergreifens** in die Macht und Gewahrsame des Besitzers. Entscheidend für diese Elemente der Besitzstörung ist, ob der Störer der bisherigen Macht und Gewahrsame des Besitzers einen eigenen Besitzwillen in Richtung der Entziehung des Besitzers entgegengesetzt, also einen Tatbestand setzt, der selbst zum Besitz führen würde, wenn der bisherige Besitzer sich nicht mit Besitzstörungsklage dagegen zur Wehr setzt. Wird weder das äußere Erscheinungsbild der Macht und Gewahrsame verändert, noch dem Willen des bisherigen Besitzers ein anderer Besitzwille entgegen gesetzt, dann liegt keine Besitzstörung vor (*Grüblinger* in *Schwimmann/Kodek*, Rz 27 zu § 339 ABGB). LGZ Wien 13. 6. 2014, 40 R 148/14 g.

**66.010.** Der **Rechtsbesitz** endet nicht schon mit dem **Wegfall der Berechtigung** zur Ausübung des Rechts, sondern erst dadurch, dass der Besitzer deutlich kundtut, er wolle das Recht nicht mehr ausüben (Aufgabe des Besitzwillens, Verzicht; vgl *Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup>, Rz 1 ff zu § 351 ABGB; *Schwimmann*<sup>3</sup>, Rz 21 zu § 339 ABGB; EFSlg 84.282 ua).

Der Willensentschluss über die Besitzaufgabe muss zwar nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann auch schlüssigen Handlungen entnommen werden, jedoch müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen die ernstliche bewusste Absicht der Aufgabe des Besitzwillens hervorgeht. Für die Annahme eines schlüssigen Verzichts ist idS besondere Vorsicht geboten, iZw ist die Besitzaufgabe nicht zu vermuten, und kann insb aus der Nichtbenützung einer Wohnung nicht abgeleitet werden (vgl MGA ABGB<sup>37</sup>, § 351/E 3, E 5, E 6 a, E 6 b, E 6 c). Auch eine **Besitzaufgabe an der Ehwohnung** ist iZw nicht zu vermuten und ist insb dann nicht anzunehmen, wenn der Ehegatte über einen Schlüssel zur Wohnung verfügt, seine Sachen noch in der Wohnung hat und die Wohnung sporadisch benützt (vgl EFSlg 117.170, 117.169, 104.594 ua).

Besitzschutz ist Ausdruck des Eigenmachverbots. Ihn genießt der Rechtsbesitzer ohne Rücksicht auf die absolute oder obligatorische Natur seines Rechts. Rechtmäßigkeit und Red-

lichkeit sind nicht nötig. Das Besitzstörungsverfahren muss sich daher auf die Erörterung des Besitzes und auf die Gewährung des Besitzschutzes beschränkt bleiben. Gegenstand der Verhandlung darf daher nur die Erörterung und der Beweis des letzten Besitzstandes und die erfolgte Störung sein. Die Prüfung des dem Besitzverhältnis zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ist ausgeschlossen (vgl MietSlg 63.008 mwN). Es ist daher **irrelevant**, ob das **Mietverhältnis** mit der über die Wohnung verfügungsberechtigten Ehegattin noch aufrecht ist oder wirksam beendet wurde.

Zwar fehlt es bei der **Gestattung** durch oder unter Mitwirkung auch nur **eines Mitbesitzers** (bzw dessen Vertreters) an der Eigenmacht, doch findet diese Gestattung durch den Mitbesitzer dort ihre Grenze, wo durch seine Erlaubnis anderen Mitbesitzern der Besitz entzogen oder die vereinbarte Gebrauchsordnung geändert wurde. Der Mitbesitzer kann nämlich einem Dritten **nicht mehr** gestatten, **als er selbst dürfte** (MietSlg 59.012 mwN). LGZ Wien 25. 6. 2014, 38 R 71/14 v.

**66.011.** Nicht nur der **unmittelbare Störer**, sondern auch derjenige kann belangt werden, von dem Abhilfe zu erwarten ist, dessen Hilfsperson der Störer ist und in dessen Interesse die Störungshandlung vorgenommen wurde (LGZ Wien MietSlg 64.015 mwN), doch reicht diese Passivlegitimation nicht weiter als das Kausalverhältnis, das den Vertretenen mit der Mittelsperson verbindet. Die Zurechnung allein auf Grund des „Interesses“ oder der Möglichkeit der Abhilfe geht daher zu weit (*Grüblinger* in *Schwimann*<sup>4</sup>, Rz 11 zu § 339 ABGB; LGZ Wien MietSlg 60.012). Soll daher nicht der unmittelbare Störer, sondern der **mittelbare Störer** direkt belangt werden, müssen daher besondere Zurechnungskriterien vorliegen.

Die **Passivlegitimation** des mittelbaren Störers ist danach abzugrenzen, ob der unmittelbare Störer Hilfsperson oder Auftragnehmer des mittelbaren Störers ist oder ein für die Störung sonst kausales Verhalten setzt (LG Salzburg MietSlg 56.013; LGZ Wien 60.014; *G. Kodek*, Besitzstörung, 354 ff). Der mittelbare Störer ist demnach derjenige, der die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten hat, die Störung zu verhindern (LGZ Wien MietSlg 61.020). Zum „Störer“ und damit passiv Legitimierten im Besitzstörungsverfahren wird man aber nicht dadurch, dass man es unterlässt, den früheren Zustand wieder herzustellen. LGZ Wien 30. 9. 2014, 39 R 174/14 y.

**66.012.** Der **Rechtsbesitz des Bestandnehmers** umfasst die ausschließliche Nutzung des Bestandgegenstandes, sodass der Eigentümer ein Betretungsrecht bei Verweigerung gerichtlich durchsetzen müsste. Das betrifft aber nicht nur ein dem Vermieter gesetzlich zustehendes **Betretungsrecht**, sondern

auch ein vertraglich eingeräumtes, wie überhaupt jedes vom Vermieter in Anspruch genommene Recht, mit dem in den Rechtsbesitz des Mieters eingegriffen werden soll, wenn ein solches Recht, auch wenn es dem Vermieter tatsächlich zusteht, ihm lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch, aber keinen Rechtsbesitz verleiht. Die Weigerung der bekl Grundstücksmieterin, der kl Eigentümerin den Zutritt zum Grundstück zu erlauben, war daher weder ein Eingriff in den Sachbesitz der Kl, weil das Betreten des Grundstücks der Bekl als Rechtsbesitzerin zukommt, noch ein Eingriff in einen den Rechtsbesitz der Bekl einschränkenden Rechtsbesitz der Kl, weil sie nicht Besitzerin eines Betretungsrechtes ist. LGZ Wien 25. 11. 2014, 40 R 154/14i.

### Zu § 354

**66.013.** Bei Ansprüchen aus dem **Hausrecht** an einem Gastlokal handelt es sich um einen auf § 354 ABGB gegründeten Abwehranspruch des Eigentümers (4 Ob 139/03z EvBl 2004/19 mWN; zuletzt etwa 5 Ob 21/13v JBl 2013, 432). Dieser steht in Analogie zu § 372 ABGB (actio publiciana) auch dem **Mieter** einer unbeweglichen Sache zu (7 Ob 251/03t SZ 2003/143 mWN; RIS-Justiz RS0106815). OGH 23. 4. 2014, 4 Ob 48/14h immolex-LS 2014/56 = JBl 2014, 589 = Zak 2014/395.

### Zu § 364

**66.014.** Die Vitalität eines Baumes auf der Liegenschaft der Kl wird durch die Verringerung des Lichteinfalls und die Beschneidung seines Lebensraums, die von jener Feuermauer ausgehen, welche die Bekl in ihrer Grundgrenze errichtet hat, auf Dauer reduziert. Der geringe Abstand der Baumkrone zur Fassade macht zur Vermeidung von Schäden an dieser eine jährliche Beschneidung des Baumes notwendig. Durch diese Schnitte besteht auch die Möglichkeit einer dauerhaften Schädigung des Baumes. Eine **Verringerung des Lichteinfalls** ist eine negative Einwirkung (negative Immission), die wie das Schattenwerfen oder das Entziehen der wärmenden Kraft der Sonne und ihres Lichts durch Bauwerke auf einem Nachbargrundstück nach hRsp schon begrifflich keine Emission iSd § 364 ABGB darstellt (RIS-Justiz RS0010627, RS0010576). Die Hälfte der Rückschnittskosten laut der teilweisen Stattgebung des Feststellungsbegehrens entspricht § 422 Abs 2, 2. Satz ABGB. OGH 23. 4. 2014, 5 Ob 16/14k EvBl-LS 2014/106 = wobl 2014/106 = Zak 2014/461 = immolex 2015/6 (*Limberg*).

**66.015.** **Herabfallendes Laub und Nadeln** sind keine grobkörperlichen Immissionen (RIS-Justiz RS0010613 [T 7]), sodass sie nach § 364 Abs 2 ABGB zu beurteilen sind. Danach besteht

das Untersagungsrecht nur dann, wenn die auf den betroffenen Grund wirkenden Einflüsse einerseits das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Ausmaß übersteigen und zugleich die ortsübliche Benutzung dieser Liegenschaft wesentlich beeinträchtigen. Dabei sind die örtlichen Verhältnisse in beiden Belangen zu beachten (RIS-Justiz RS0010587). Der Maßstab der **Wesentlichkeit der Einwirkung** ist in erster Linie ein objektiver, der auf die Benützung der Nachbargrundstücke abstellt und daher von der Natur und der Zweckbestimmung des beeinträchtigten Grundstücks abhängig ist. Maßgeblich ist demnach nicht das subjektive Empfinden des sich gestört fühlenden Nachbarn, sondern das eines Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet (RIS-Justiz RS0010607). Grundsätzlich müssen sich neu hinzukommende Nachbarn mit der im Gebiet vorherrschenden Immission abfinden (RIS-Justiz RS0112502). Die **Ortsüblichkeit** ist nach den tatsächlichen Verhältnissen in der maßgebenden Umgebung zu beurteilen (RIS-Justiz RS0010653 [T 11]). Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass eine gelegentliche Reinigung der Dachrinne von Laub und Nadeln einem Nachbarn nach den örtlichen Verhältnissen jedenfalls zumutbar ist (4 Ob 96/11p).

Dem Wortlaut nach gilt die Bestimmung des § 364 Abs 2 ABGB nur für den **Eigentümer**. Die Rsp dehnte den Anwendungsbereich auf **sonstige dingliche Berechtigte** und seit der E des verst Senats 7 Ob 654/89 SZ 62/204 = wobl 1990, 42 (*Apathy*) = JBl 1990, 447 (*Spielbüchler*) auf den **Bestandnehmer** aus. Die Frage, ob auch einem Unterpächter der petitorisch-publizianische Rechtsschutz iS der Entscheidung des verst Senats in Analogie zu § 372 ABGB zukommt, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Auch wenn man dem Unterbestandnehmer grundsätzlich einen solchen Rechtsschutz zuerkennen würde, könnte sein Schutz nicht weitergehen als der des Hauptbestandnehmers (vgl 4 Ob 168/02p).

Der Unterlassungsanspruch besteht im vorliegenden Fall nicht zu Recht. **Generalpächter** ist der **Kleingartenverein**. Die Kl als **Subpächterin** kann ihre Ansprüche nur vom Generalpächter ableiten. Dieser übergab nach den Feststellungen die Kleingartenparzelle im Jahr 1986 an den Bekl als damaligen Pächter mit den darauf stehenden Fichten ohne Einschränkungen oder Auflagen. Der Bekl musste sich bei der Übernahme nur verpflichten, die Pflanzung von Waldbäumen zu unterlassen, was bedeutet, dass er keine Neupflanzungen vornehmen darf. Der Bestand wurde nicht thematisiert. Dieses Verhalten des Generalpächters kann nur so verstanden werden, dass er dem Bekl gestattete, die Fichten, von denen 2 damals bereits eine Höhe von 15 m erreichten, auf der Parzelle zu belassen. Der Generalpächter erklärte dem Bekl gegenüber damit stillschweigend seine Zustimmung, dass die Fichten auf der Parzelle weiterwachsen dürfen. Da die Kl ihre Rechtsposition



nur vom Generalpächter ableiten kann, kann sie nicht mehr Rechte geltend machen als dieser hat. Sie kann sich daher schon deshalb nicht darauf berufen, dass hohe Waldbäume in der Kleingartenanlage nicht gestattet oder ortsunüblich seien.

Weiters ist zu bedenken, dass auf über 14% der Parzellen Waldbäume stehen. Davon, dass das Wachsen von Bäumen in der Kleingartenanlage unüblich wäre, kann auch aus diesem Grund keine Rede sein. Ein entsprechendes Aufkommen an abfallenden Nadeln, die vom Wind verweht werden, ist mit dem – zulässigen – Fichtenbestand zwangsläufig verbunden und nicht schon an sich ortsunüblich. Das ganzjährige Abfallen von Nadeln erfordert eine regelmäßige Reinigung der davon betroffenen Grundstücke samt Gebäuden auch durch die Nachbarn. Dies ist grundsätzlich hinzunehmen, sofern die Verunreinigung nicht ein besonderes, ortsunübliches Ausmaß erreicht. OGH 21. 5. 2014, 7 Ob 71/14 p ecolec 2015/65.

**66.016.** Das Verbot, fremde Liegenschaften durch **ortsunübliche Immissionen** zu beeinträchtigen, hat auch den Zweck, Gesundheitsschäden des Eigentümers dieser Liegenschaft hintanzuhalten (1 Ob 5/06 a SZ 2006/54). **Lärmeinwirkungen** sind mittelbare Immissionen, die nur so weit, als sie das ortsübliche Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benutzung wesentlich beeinträchtigen, untersagt werden können. Der Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB setzt daher voraus, dass die Beeinträchtigung (Immission) sowohl ortsunüblich als auch unzumutbar ist (RIS-Justiz RS0010587).

Bei der Beurteilung, ob die ortsübliche Nutzung der Liegenschaft des Kl wesentlich beeinträchtigt ist, ist nicht auf eine besondere Empfindlichkeit der betroffenen Person, sondern auf das Empfinden eines durchschnittlichen Bewohners des betroffenen Grundstücks abzustellen (RIS-Justiz RS0010557). **Maßgeblich** ist demnach nicht das subjektive **Empfinden** des sich gestört fühlenden Nachbarn, sondern das **eines Durchschnittsmenschen**, der sich in der Lage des Gestörten befindet (RIS-Justiz RS0010607). Gefährdet jedoch die Einwirkung die Gesundheit davon betroffener Menschen, so kann sie nicht als ortsüblich beurteilt werden (7 Ob 286/03 i). Ist allerdings die **Gesundheitsgefährdung** oder gesundheitliche Beeinträchtigung nur auf eine **besondere Sensibilität des Nachbarn** zurückzuführen, so kann dies für sich allein noch nicht zum Anlass genommen werden, die Einwirkung gänzlich zu untersagen. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Immission überhaupt – und nicht nur für übersensible Menschen – gesundheitsgefährdend oder gesundheitsbeeinträchtigend ist. Dafür trifft den betroffenen Nachbarn (Kl) die **Beweislast** (10 Ob 25/11 s; 6 Ob 166/13 z, jeweils mwN).

Nach den Feststellungen verursacht das zumindest 410 m Luftlinie von der Liegenschaft des Kl entfernte (nur an

Karsamstagen und Ostersonntagen stattfindende) Böllerschießen auf dieser einen Immissionsspitzenpegel von 62–72 dB. Diese Spitzenpegel der Böllerschüsse liegen durchschnittlich um –3,3 dB unter den Spitzen der am Grundstück des Kl vorbeifahrenden Fahrzeuge, deren Immissionsspitzenpegel zwischen 63 und 84 dB liegen. Für einen Durchschnittsmenschen ist durch das Böllerschießen eine Gesundheitsgefährdung aus umweltmedizinischer Sicht ausgeschlossen. In den Jahren 2007 und 2008 bestand beim Kl eine behandlungsbedürftige Angststörung. Ein Lärmereignis wie das **Osterböllerschießen** kann bei ihm zu Schlafstörungen, Reizbarkeit und Nervosität geführt haben.

Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass eine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzbarkeit als Wohngrundstück nicht vorliegt, ist zumindest vertretbar. Berücksichtigt man, dass das Böllerschießen zeitlich eingeschränkt an zwei Tagen des Jahres – am Abend des Karsamstags und am Morgen des Ostersonntags – stattfindet, die einzelnen Schussereignisse den gesundheitsgefährdenden Grenzwert nicht erreichen und die gemessene Lärmintensität im Vergleich zum täglichen Straßenlärm der Landesstraße geringer ist, ist in der nach den konkreten Umständen des Falles vorgenommenen Abwägung der Vorinstanzen keine vom OGH aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken. OGH 21. 5. 2014, 7 Ob 80/14 m.

**66.017.** Im Bereich **nachbarrechtlicher Ansprüche** ist unstrittig, dass der Kl dem Bekl nur die Einwirkung (den Eingriff) untersagen kann (7 Ob 562/77 SZ 50/99; 1 Ob 658/82; 2 Ob 656/87 SZ 61/278; 8 Ob 635/92 SZ 65/145; RIS-Justiz RS0010526, RS0010566). Der Verpfl hat dafür zu sorgen, dass sein Nachbar nicht durch unzulässige Immissionen beeinträchtigt wird; die **Auswahl der Mittel** bleibt dabei ihm überlassen (8 Ob 635/92 SZ 65/145; 8 Ob 135/06 w SZ 2007/106; RIS-Justiz RS0010566 [insb T 2], RS0010526; zuletzt etwa 4 Ob 99/12 f EvBl 2012/125 [*Zoppel*]). Dieser Auffassung liegt – neben dem Wortlaut des § 364 ABGB – zugrunde, dass der Kl **kein berechtigtes Interesse am Setzen bestimmter Maßnahmen** hat, weil es für ihn gleichgültig ist, auf welche Weise der Bekl die unzulässigen Immissionen verhindert. Folgerichtig gewährt ihm sein Eigentum nur einen Abwehranspruch gegen Einwirkungen, nicht einen weitergehenden Anspruch auf bestimmte Maßnahmen zu deren Vermeidung. Dies wiederum ermöglicht es dem Bekl, die für ihn günstigste noch zielführende Maßnahme zu ergreifen. Dabei handelt er zwar auf eigenes Risiko, muss er doch bei einer Fehleinschätzung mit einer Beugestrafe nach § 355 EO rechnen. Dem steht jedoch gegenüber, dass er sein Verhalten an eine Änderung der Verhältnisse anpassen kann, ohne an bestimmte Anordnungen gebunden zu sein. Diese Flexibilität ist gerade bei Unter-