

# TE OGH 2007/11/7 21R266/07m

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.11.2007

## Kopf

Das Landesgericht St. Pölten hat durch die Richter des Landesgerichtes Dr. Schramm (Vorsitzender) sowie Dr. Steger und Dr. Jungblut in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Mag. Heike M \*\*\*\*\*, 2. Dr. Michael U \*\*\*\*\*, ebenda, beide vertreten durch Dr. Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien

1. E \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Onz, Onz, Kraemmer, Hüttler, Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. P \*\*\*\*\* + B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Leonhard Romig, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert € 2.000,--), über die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Tulln vom 17.8.2007, 2 C 214/07p-9, gemäß § 501 Abs. 1 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: 1. E \*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Onz, Onz, Kraemmer, Hüttler, Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. P \*\*\*\*\* + B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Leonhard Romig, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert € 2.000,--), über die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Tulln vom 17.8.2007, 2 C 214/07p-9, gemäß Paragraph 501, Absatz eins, ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird F o l g e gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es zu lauten hat wie folgt:

"Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, jede Verwendung des auf der Liegenschaft EZ 92 GB \*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* mit der Adresse H\*\*\*\*\* \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, aufgestellten Baudrehkran, durch die dessen Horizontalausleger im Luftraum über der Liegenschaft der Kläger EZ 65 GB \*\*\*\*\* T\*\*\*\*\* bewegt oder ruhiggestellt wird, zu unterlassen sowie den Klägern binnen 14 Tagen deren mit € 1.085,19 (darin € 164,18 USt und € 100,10 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen."

Die Beklagten haben zur ungeteilten Hand den Klägern binnen 14 Tagen deren mit € 453,87 (darin € 53,21 USt und € 134,60 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen. Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt nicht € 4.000,--. Die Revision ist j e d e n f a l l s u n z u -

I ä s s i g .

## Text

Entscheidungsgründe:

Im Berufungsverfahren ist von folgendem, insoweit nicht mehr strittigen Sachverhalt auszugehen:

Das im Miteigentum der Kläger stehende Grundstück 421 inneliegend EZ 65 KG T\*\*\*\*\* grenzt an das Grundstück 410 KG T\*\*\*\*\* an, auf dem Baumaterialien gelagert sind. Die Erstbeklagte ist Eigentümerin des Grundstücks 401/1 inneliegend EZ 92 KG T\*\*\*\*\* mit der Adresse H\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* auf dem sie derzeit ein Einkaufszentrum durch die Zweitbeklagte errichten lässt. Die Errichtung erfolgt unter Verwendung eines Baukrans, der Materialien vom

Grundstück 410 KG T\*\*\*\*\* auf die Baustelle befördert. Das Bauvorhaben der Erstbeklagten wurde mit Bescheid der BH T\*\*\*\*\* vom 27.6.2006 baubehördlich bewilligt, dies betraf auch die Errichtung des Baukrans. Dass der klagsgegenständliche Kran gesondert behördlich bewilligt wurde, steht nicht fest. Er wurde im Dezember 2006 aufgestellt, indem er in eine Fundamentplatte einbetoniert wurde, er hat eine Höhe von rund 35 m und der Horizontalausleger eine Länge von rund 70 m. Er transportiert Ziegel, Schalungs- und Gerüstteile vom Grundstück 410 (dem Klagsgrundstück benachbart) auf das Grundstück 401/1, ohne dabei mit den Baumaterialien das Klagsgrundstück zu überqueren. Allerdings ragt der Horizontalausleger dabei etwa 4 m über das Klagsgrundstück. Wenn der Kran außer Betrieb ist, wird er windfrei gestellt, sodass er sich selbsttätig über das Klagsgrundstück bewegen kann.

Die Kläger begehrten von beiden Beklagten die Unterlassung wie im Spruch näher ersichtlich mit der Begründung, durch den in den Luftraum über dem Klagsgrundstück eindringenden Horizontalausleger sei ihr Eigentumsrecht verletzt; sie beriefen sich auf §§ 297 und 523 ABGB. Ergänzend wurde vorgebracht, dass unmittelbar hinter dem an der Grenze des Klagsgrundstücks errichteten Holzzaun Paletten mit Betonziegeln abgelagert seien und es bei Beförderung dieser Ziegel bereits zu Beschädigungen etwa des Gartenzauns gekommen sei. Die Beklagten bestritten das Klagebegehren, beantragten dessen Abweisung und wendeten ein, das Grundstück der Kläger werde durch die Arbeiten mit dem Baukran nicht beeinträchtigt, die Klagsführung sei schikanös. Insbesondere würden keinerlei Lasten über das Grundstück der Kläger bewegt. Der Kran werde im Rahmen des zulässigen Gemeingebräuchs betrieben. Die Zweitbeklagte brachte ergänzend vor, sie sei nicht passiv legitimiert, weil sie nur Eigentümerin des Krans sei. Sollte der Kran das Grundstück der Kläger überragen, sei dies lediglich die Verantwortung des jeweiligen Kranführers. Letztlich wurde noch vorgebracht, dass ein allfälliges Überschwenken des Klagsgrundstücks sich nur auf wenige Minuten pro Tag beziehen würde, ein Umstürzen des Krans sei konstruktionsbedingt ausgeschlossen, außerdem hätten die Kläger es verabsäumt, öffentlich-rechtliche Schritte gegen das Aufstellen des Krans zu unternehmen, was Thema des Bauverfahrens gewesen sei. Die Kläger begehrten von beiden Beklagten die Unterlassung wie im Spruch näher ersichtlich mit der Begründung, durch den in den Luftraum über dem Klagsgrundstück eindringenden Horizontalausleger sei ihr Eigentumsrecht verletzt; sie beriefen sich auf Paragraphen 297 und 523 ABGB. Ergänzend wurde vorgebracht, dass unmittelbar hinter dem an der Grenze des Klagsgrundstücks errichteten Holzzaun Paletten mit Betonziegeln abgelagert seien und es bei Beförderung dieser Ziegel bereits zu Beschädigungen etwa des Gartenzauns gekommen sei. Die Beklagten bestritten das Klagebegehren, beantragten dessen Abweisung und wendeten ein, das Grundstück der Kläger werde durch die Arbeiten mit dem Baukran nicht beeinträchtigt, die Klagsführung sei schikanös. Insbesondere würden keinerlei Lasten über das Grundstück der Kläger bewegt. Der Kran werde im Rahmen des zulässigen Gemeingebräuchs betrieben. Die Zweitbeklagte brachte ergänzend vor, sie sei nicht passiv legitimiert, weil sie nur Eigentümerin des Krans sei. Sollte der Kran das Grundstück der Kläger überragen, sei dies lediglich die Verantwortung des jeweiligen Kranführers. Letztlich wurde noch vorgebracht, dass ein allfälliges Überschwenken des Klagsgrundstücks sich nur auf wenige Minuten pro Tag beziehen würde, ein Umstürzen des Krans sei konstruktionsbedingt ausgeschlossen, außerdem hätten die Kläger es verabsäumt, öffentlich-rechtliche Schritte gegen das Aufstellen des Krans zu unternehmen, was Thema des Bauverfahrens gewesen sei.

Mit dem angefochtenen Urteil hat die Erstrichterin das Klagebegehren abgewiesen und die Kläger zum Kostenersatz verurteilt. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus ging sie von den Feststellungen auf den Seiten 3 und 4 der Urteilsausfertigung aus, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden darf. Rechtlich vertrat sie die Auffassung, dass zwar beide Beklagte grundsätzlich passiv legitimiert seien, allerdings sei das Hineinragen des Turmdrehkrans in den Luftraum des Klagsgrundstücks einer Immission im Sinn des § 364 Abs. 2 ABGB gleichzuhalten, die ortsüblich und unwesentlich sei. Der Kran rage nur 4 m in das Nachbargrundstück hinein, Transportgut werde dort nicht bewegt. Auch § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung lege dem Nachbarn eine Duldungspflicht in Ansehung von Beeinträchtigungen seines Luftraums auf. Dieses Urteil bekämpfen die Kläger mittels Berufung aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (auch wegen sekundärer Feststellungsmängel) mit dem Antrag, es im Sinn einer Klagsstattgebung abzuändern. Mit dem angefochtenen Urteil hat die Erstrichterin das Klagebegehren abgewiesen und die Kläger zum Kostenersatz verurteilt. Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus ging sie von den Feststellungen auf den Seiten 3 und 4 der Urteilsausfertigung aus, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden darf. Rechtlich vertrat sie die Auffassung, dass zwar beide Beklagte grundsätzlich passiv legitimiert seien, allerdings sei das Hineinragen des Turmdrehkrans in den Luftraum des Klagsgrundstücks einer Immission im Sinn des Paragraph 364, Absatz 2, ABGB gleichzuhalten, die ortsüblich und unwesentlich sei. Der Kran rage nur 4 m in das Nachbargrundstück hinein, Transportgut werde dort nicht bewegt. Auch Paragraph 7, Absatz eins,

der NÖ Bauordnung lege dem Nachbarn eine Duldungspflicht in Ansehung von Beeinträchtigungen seines Luftraums auf. Dieses Urteil bekämpfen die Kläger mittels Berufung aus dem Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung (auch wegen sekundärer Feststellungsmängel) mit dem Antrag, es im Sinn einer Klagsstattgebung abzuändern.

Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Beide Beklagte haben in ihren Berufungsbeantwortungen beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben, die Erstbeklagte hat auch die Unzulässigkeit des Rechtswegs unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung eingewendet. Beide Beklagte haben in ihren Berufungsbeantwortungen beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben, die Erstbeklagte hat auch die Unzulässigkeit des Rechtswegs unter Hinweis auf Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung eingewendet.

Die Berufung ist berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorweg ist die von der Erstbeklagten ins Spiel gebrachte - im Verfahren erster Instanz nicht eingewendete - Unzulässigkeit des Rechtswegs, die vom Berufungsgericht ja (wie in jeder Lage des Verfahrens) wahrzunehmen wäre, kurz zu erörtern. Maßgeblich bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind der Wortlaut des Klagebegehrens und der Klagssachverhalt (MGA JN/ZPO16, E. 12 zu § 1 JN), es ist dabei völlig ohne Bedeutung, was der Beklagte einwendet (MGA a.a.O., E. 18). Hier machen die Kläger eine Eigentumsfreiheitsklage im Sinn des § 523 ABGB wegen Verletzung des Luftraums über ihrem Grundstück (§ 297 ABGB) geltend, wobei selbst öffentlich-rechtliche Einwände gegen eine Eigentumsfreiheitsklage nichts an der Zulässigkeit des Rechtswegs ändern könnten (NZ 1996,142). Die Beurteilung einer Eigentumsfreiheitsklage hat nämlich auch dann im ordentlichen Rechtsweg zu erfolgen, wenn sich der Beklagte auf ein Recht beruft, für dessen Begründung, Inhalt und Umfang öffentlich-rechtliche Vorschriften maßgebend und hierüber Verwaltungsbehörden zur Entscheidung berufen sind (RIS-Justiz RS0012079; 1 Ob 63/02z). Vorweg ist die von der Erstbeklagten ins Spiel gebrachte - im Verfahren erster Instanz nicht eingewendete - Unzulässigkeit des Rechtswegs, die vom Berufungsgericht ja (wie in jeder Lage des Verfahrens) wahrzunehmen wäre, kurz zu erörtern. Maßgeblich bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs sind der Wortlaut des Klagebegehrens und der Klagssachverhalt (MGA JN/ZPO16, E. 12 zu Paragraph eins, JN), es ist dabei völlig ohne Bedeutung, was der Beklagte einwendet (MGA a.a.O., E. 18). Hier machen die Kläger eine Eigentumsfreiheitsklage im Sinn des Paragraph 523, ABGB wegen Verletzung des Luftraums über ihrem Grundstück (Paragraph 297, ABGB) geltend, wobei selbst öffentlich-rechtliche Einwände gegen eine Eigentumsfreiheitsklage nichts an der Zulässigkeit des Rechtswegs ändern könnten (NZ 1996,142). Die Beurteilung einer Eigentumsfreiheitsklage hat nämlich auch dann im ordentlichen Rechtsweg zu erfolgen, wenn sich der Beklagte auf ein Recht beruft, für dessen Begründung, Inhalt und Umfang öffentlich-rechtliche Vorschriften maßgebend und hierüber Verwaltungsbehörden zur Entscheidung berufen sind (RIS-Justiz RS0012079; 1 Ob 63/02z).

Über den Unterlassungsanspruch der Kläger ist daher jedenfalls im ordentlichen Rechtsweg zu entscheiden. Ob die Kläger gemäß § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung überhaupt und in welchem Umfang gegebenenfalls eine Beeinträchtigung ihres Luftraums anlässlich der Errichtung des Bauwerks auf einem Nachbargrundstück dulden müssen, ist tatsächlich eine Frage, deren Beurteilung der Verwaltungsbehörde ausschließlich obliegt (MGA JN/ZPO16, E. 93 zu § 1 JN). Auch in der Entscheidung 9 Ob 132/00b, die die Erstbeklagte zitiert und die sich mit der Duldungspflicht des Nachbarn nach der vergleichbaren Bestimmung des § 36 des Steiermärkischen Baugesetzes befasst, hat der OGH zwar ausgesprochen, dass Streitigkeiten über die aus der genannten Gesetzesstelle resultierende Duldungspflicht des Nachbarn von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden sind. Auch dort waren es allerdings die Bauführer, die mit ihrer Klage begehrten, die beklagten Nachbarn schuldig zu erkennen, das Befahren und Begehen ihrer Liegenschaft im notwendigen Ausmaß zum Zweck der Entfernung der auf dieser Liegenschaft befindlichen Mauerteile zu dulden. Dass in einem solchen Fall, wenn also eine Frage nach dem Ausmaß der Duldungspflicht des Nachbarn an die staatlichen Entscheidungsträger herangetragen wird, darüber ausschließlich die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, kann nicht zweifelhaft sein. Der Unterschied zum hier zu beurteilenden Fall liegt aber darin, dass eben nicht die Beklagten als Errichter bzw. Bauführer des Einkaufszentrums eine Entscheidung über eine allfällige Duldungspflicht der Nachbarn begehrten, sondern die Nachbarn sich gegen eine Inanspruchnahme des Luftraums über ihrem Grundstück zur Wehr setzen, hierüber kommt der Verwaltungsbehörde keine Entscheidungskompetenz zu. Ein über Antrag der Beklagten erlassener Bescheid betreffend eine Duldungspflicht der Kläger in einem bestimmten Umfang, was die

Inanspruchnahme ihres Grundstücks betrifft, wäre vielmehr lediglich ein Eingriffstitel in diesem Umfang und würde insoweit den grundsätzlich gegebenen Unterlassungsanspruch der Kläger vernichten, die Klagsführung der Kläger aber keineswegs unzulässig machen. Über den Unterlassungsanspruch der Kläger ist daher jedenfalls im ordentlichen Rechtsweg zu entscheiden. Ob die Kläger gemäß Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung überhaupt und in welchem Umfang gegebenenfalls eine Beeinträchtigung ihres Luftraums anlässlich der Errichtung des Bauwerks auf einem Nachbargrundstück dulden müssen, ist tatsächlich eine Frage, deren Beurteilung der Verwaltungsbehörde ausschließlich obliegt (MGA JN/ZPO16, E. 93 zu Paragraph eins, JN). Auch in der Entscheidung 9 Ob 132/00b, die die Erstbeklagte zitiert und die sich mit der Duldungspflicht des Nachbarn nach der vergleichbaren Bestimmung des Paragraph 36, des Steiermärkischen Baugesetzes befasst, hat der OGH zwar ausgesprochen, dass Streitigkeiten über die aus der genannten Gesetzesstelle resultierende Duldungspflicht des Nachbarn von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden sind. Auch dort waren es allerdings die Bauführer, die mit ihrer Klage begehrt hatten, die beklagten Nachbarn schuldig zu erkennen, das Befahren und Begehen ihrer Liegenschaft im notwendigen Ausmaß zum Zweck der Entfernung der auf dieser Liegenschaft befindlichen Mauerteile zu dulden. Dass in einem solchen Fall, wenn also eine Frage nach dem Ausmaß der Duldungspflicht des Nachbarn an die staatlichen Entscheidungsträger herangetragen wird, darüber ausschließlich die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, kann nicht zweifelhaft sein. Der Unterschied zum hier zu beurteilenden Fall liegt aber darin, dass eben nicht die Beklagten als Errichter bzw. Bauführer des Einkaufszentrums eine Entscheidung über eine allfällige Duldungspflicht der Nachbarn begehren, sondern die Nachbarn sich gegen eine Inanspruchnahme des Luftraums über ihrem Grundstück zur Wehr setzen, hierüber kommt der Verwaltungsbehörde keine Entscheidungskompetenz zu. Ein über Antrag der Beklagten erlassener Bescheid betreffend eine Duldungspflicht der Kläger in einem bestimmten Umfang, was die Inanspruchnahme ihres Grundstücks betrifft, wäre vielmehr lediglich ein Eingriffstitel in diesem Umfang und würde insoweit den grundsätzlich gegebenen Unterlassungsanspruch der Kläger vernichten, die Klagsführung der Kläger aber keineswegs unzulässig machen.

Nicht geteilt werden kann nämlich auch die Meinung der Erstrichterin, das Hineinragen des Turmdrehkrans in den Luftraum der Kläger sei als Immission im Sinne des § 364 Abs. 2 ABGB zu werten. Dabei missversteht die Erstrichterin offenbar die Ausführungen Spielbüchlers (in Rummel3, Rz 7 zu § 364), der ausdrücklich sagt, dass das Eindringen grob körperlicher Stoffe nicht als Immission zu werten sei. Er nennt - der Entscheidung SZ 42/116 folgend, die überzeugend begründet erscheint - das Hereinragen eines Turmdrehkrans eben gerade als Beispiel des Eindringens eines grob körperlichen Stoffs, bei dem die Kriterien der Wesentlichkeit und der Ortsüblichkeit jedenfalls keine Rolle spielen. Eine nähere Erörterung der Frage, ob es im verbauten Gebiet als ortsüblich anzusehen ist, dass Baukrane 4 m weit in den Luftraum von Nachbargrundstücken ragen, erübrigt sich somit. Auf die Frage, ob mit diesem Kran tatsächlich Lasten über das Klagsgrundstück transportiert werden, kommt es daher ebensowenig an wie auf die Beurteilung der Rationalität der Ängste der Kläger, der Baukran könnte umstürzen. Der Luftraum ist gemäß § 297 ABGB Zubehör einer darunterliegenden Liegenschaft, und zwar jedenfalls so weit, als eine Herrschaft über diesen Luftraum möglich ist, auch wenn dieser Luftraum im Moment vielleicht ohne Interesse für den Eigentümer ist. Nach den überzeugenden Ausführungen in der Entscheidung SZ 42/116 verletzt ein Turmdrehkran den Luftraum des Grundeigentümers keineswegs in einer Höhe, in der keine Möglichkeit einer Einwirkung besteht, und es kann ganz abstrakt mit Rücksicht auf die mit der Arbeit eines derartigen Krans verbundene Gefährdung des darunterliegenden Grundstücks und seiner Bewohner keineswegs gesagt werden, dass der Grundeigentümer überhaupt kein Interesse an der Ausübung seines Eigentumsrechts am Luftraum in dieser Höhe hätte. Von einer schikanösen Rechtsausübung kann keine Rede sein. Schikane liegt zwar nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht. Auch das Eigentumsrecht wird grundsätzlich durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt (9 Ob 334/97a mwN); sobald aber ein berechtigtes Interesse auch nur mitbestimmend bei der Klagsführung sein kann, liegt Schikane nicht vor (MietSlg 34.284). Im Regelfall ist allerdings die Verfolgung der sich aus der Freiheit des Eigentums ergebenden Rechte - insbesondere die Abwehr von Eingriffen in das Eigentumsrecht an Grund und Boden - nicht als schikanös anzusehen, weil bei Gewährenlassen etwa auch eine Dienstbarkeit ersessen werden könnte (MGA ABGB36, E. 953 f zu § 1295). Demgemäß ist das Begehren auf Entfernung eines Überbaus auf einer Grundfläche von nur 1,1 m<sup>2</sup> ebensowenig schikanös (MietSlg 46.172) wie das Begehren, den eigenen Luftraum nicht mit einer Tafel zu benutzen, die nur 5 cm hineinragt (SZ 34/49). Selbst das Begehren auf Entfernung eines nur 9 cm in das Erdreich des

Nachbargrundstücks in einer Tiefe von 50 cm hineinragenden Streifenfundaments - wobei die über dem Erdreich aufgehende Garagenwand selbst direkt an der Grundstücksgrenze steht - wurde vom OGH nicht als schikanös angesehen (1 Ob 265/01d). Angesichts dieser Judikatur kann von einer schikanösen Rechtsausübung der Kläger hier keine Rede sein, wobei nur ergänzend darauf hingewiesen werden soll, dass die von der Erstrichterin ins Spiel gebrachte Bestimmung des § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung ja deutlich zeigt, dass auch der Landesgesetzgeber davon ausging, dass eine Inanspruchnahme fremder Grundstücke und insbesondere fremden Luftraums im Zug von Bauarbeiten keineswegs von vornherein zulässig sein sollte, sondern vielmehr eines verwaltungsbehördlichen Eingriffstitels in Form eines Bescheides nach Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens vor der Baubehörde bedarf. Die Beurteilung der Frage, inwieweit die Kläger tatsächlich allenfalls nach § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung zur Duldung der Inanspruchnahme des Luftraums über ihrem Grundstück verpflichtet werden könnten oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Einerseits hätte dies die Baubehörde im Verwaltungsverfahren zu entscheiden, die von der Erstbeklagten zitierten Rechtssätze des Verwaltungsgerichtshofes sind ja auch in Verfahren ergangen, wo der Nachbar bzw. Bauführer, der Nachbargrundstücke in Anspruch nehmen wollte, einen Bescheid über das Ausmaß dieser Duldungspflicht verlangt hatte. Andererseits gibt es im Verfahren erster Instanz keinerlei Behauptungen der beklagten Parteien, die Kläger seien überhaupt und gegebenenfalls in welchem Ausmaß nach § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung duldungspflichtig. Niemand hat vorgebracht, dass darüber ein Bescheid erlassen worden wäre, und es wurde auch nicht behauptet, dass die Voraussetzungen für die Erlassung eines derartigen Duldungsbescheids gegeben gewesen wären. Eine nähere Erörterung der Frage, ob die Zivilrichterin überhaupt berechtigt gewesen wäre, anstelle der dafür exklusiv bestimmten Baubehörde die Voraussetzungen einer Duldungspflicht nach § 7 Abs. 1 der NÖ Bauordnung als verwaltungsrechtliche Vorfrage zu beurteilen, ist daher nicht erforderlich. Letzteres wird im Übrigen nicht einmal im Berufungsverfahren von den Beklagten reklamiert, insbesondere die Erstbeklagte beharrt ja darauf, dass diese Frage von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden gewesen wäre. Nicht geteilt werden kann nämlich auch die Meinung der Erstrichterin, das Hineinragen des Turmdrehkrans in den Luftraum der Kläger sei als Immission im Sinne des Paragraph 364, Absatz 2, ABGB zu werten. Dabei missversteht die Erstrichterin offenbar die Ausführungen Spielbüchlers (in Rummel3, Rz 7 zu Paragraph 364,), der ausdrücklich sagt, dass das Eindringen grob körperlicher Stoffe nicht als Immission zu werten sei. Er nennt - der Entscheidung SZ 42/116 folgend, die überzeugend begründet erscheint - das Hereinragen eines Turmdrehkrans eben gerade als Beispiel des Eindringens eines grob körperlichen Stoffs, bei dem die Kriterien der Wesentlichkeit und der Ortsüblichkeit jedenfalls keine Rolle spielen. Eine nähere Erörterung der Frage, ob es im verbauten Gebiet als ortsüblich anzusehen ist, dass Baukrane 4 m weit in den Luftraum von Nachbargrundstücken ragen, erübrigt sich somit. Auf die Frage, ob mit diesem Kran tatsächlich Lasten über das Klagsgrundstück transportiert werden, kommt es daher ebensowenig an wie auf die Beurteilung der Rationalität der Ängste der Kläger, der Baukran könnte umstürzen. Der Luftraum ist gemäß Paragraph 297, ABGB Zubehör einer darunterliegenden Liegenschaft, und zwar jedenfalls so weit, als eine Herrschaft über diesen Luftraum möglich ist, auch wenn dieser Luftraum im Moment vielleicht ohne Interesse für den Eigentümer ist. Nach den überzeugenden Ausführungen in der Entscheidung SZ 42/116 verletzt ein Turmdrehkran den Luftraum des Grundeigentümers keineswegs in einer Höhe, in der keine Möglichkeit einer Einwirkung besteht, und es kann ganz abstrakt mit Rücksicht auf die mit der Arbeit eines derartigen Krans verbundene Gefährdung des darunterliegenden Grundstücks und seiner Bewohner keineswegs gesagt werden, dass der Grundeigentümer überhaupt kein Interesse an der Ausübung seines Eigentumsrechts am Luftraum in dieser Höhe hätte. Von einer schikanösen Rechtsausübung kann keine Rede sein. Schikane liegt zwar nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht. Auch das Eigentumsrecht wird grundsätzlich durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt (9 Ob 334/97a mwN); sobald aber ein berechtigtes Interesse auch nur mitbestimmend bei der Klagsführung sein kann, liegt Schikane nicht vor (MietSlg 34.284). Im Regelfall ist allerdings die Verfolgung der sich aus der Freiheit des Eigentums ergebenden Rechte - insbesondere die Abwehr von Eingriffen in das Eigentumsrecht an Grund und Boden - nicht als schikanös anzusehen, weil bei Gewährenlassen etwa auch eine Dienstbarkeit ersessen werden könnte (MGA ABGB36, E. 953 f zu Paragraph 1295,). Demgemäß ist das Begehen auf Entfernung eines Überbaus auf einer Grundfläche von nur 1,1 m<sup>2</sup> ebensowenig schikanös (MietSlg 46.172) wie das Begehen, den eigenen Luftraum nicht mit einer Tafel zu benutzen, die nur 5 cm hineinragt (SZ 34/49). Selbst das Begehen auf Entfernung eines nur 9 cm in das Erdreich des Nachbargrundstücks in einer Tiefe von 50 cm hineinragenden Streifenfundaments - wobei die über dem Erdreich

aufgehende Garagenwand selbst direkt an der Grundstücksgrenze steht - wurde vom OGH nicht als schikanös angesehen (1 Ob 265/01d). Angesichts dieser Judikatur kann von einer schikanösen Rechtsausübung der Kläger hier keine Rede sein, wobei nur ergänzend darauf hingewiesen werden soll, dass die von der Erstrichterin ins Spiel gebrachte Bestimmung des Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung ja deutlich zeigt, dass auch der Landesgesetzgeber davon ausging, dass eine Inanspruchnahme fremder Grundstücke und insbesondere fremden Luftraums im Zug von Bauarbeiten keineswegs von vornherein zulässig sein sollte, sondern vielmehr eines verwaltungsbehördlichen Eingriffstitels in Form eines Bescheides nach Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsverfahrens vor der Baubehörde bedarf. Die Beurteilung der Frage, inwieweit die Kläger tatsächlich allenfalls nach Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung zur Duldung der Inanspruchnahme des Luftraums über ihrem Grundstück verpflichtet werden könnten oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Einerseits hätte dies die Baubehörde im Verwaltungsverfahren zu entscheiden, die von der Erstbeklagten zitierten Rechtssätze des Verwaltungsgerichtshofes sind ja auch in Verfahren ergangen, wo der Nachbar bzw. Bauführer, der Nachbargrundstücke in Anspruch nehmen wollte, einen Bescheid über das Ausmaß dieser Duldungspflicht verlangt hatte. Andererseits gibt es im Verfahren erster Instanz keinerlei Behauptungen der beklagten Parteien, die Kläger seien überhaupt und gegebenenfalls in welchem Ausmaß nach Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung duldungspflichtig. Niemand hat vorgebracht, dass darüber ein Bescheid erlassen worden wäre, und es wurde auch nicht behauptet, dass die Voraussetzungen für die Erlassung eines derartigen Duldungsbescheids gegeben gewesen wären. Eine nähere Erörterung der Frage, ob die Zivilrichterin überhaupt berechtigt gewesen wäre, anstelle der dafür exklusiv bestimmten Baubehörde die Voraussetzungen einer Duldungspflicht nach Paragraph 7, Absatz eins, der NÖ Bauordnung als verwaltungsrechtliche Vorfrage zu beurteilen, ist daher nicht erforderlich. Letzteres wird im Übrigen nicht einmal im Berufungsverfahren von den Beklagten reklamiert, insbesondere die Erstbeklagte beharrt ja darauf, dass diese Frage von der Verwaltungsbehörde zu entscheiden gewesen wäre.

Die Passivlegitimation der Zweitbeklagten, die die Erstrichterin explizit bejaht hat, wird im Berufungsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen und kann nach ständiger Rechtsprechung vor allem für die Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB nicht zweifelhaft sein; hat doch die Zweitbeklagte jedenfalls Einflussmöglichkeiten auf die konkreten Betreiber des Baukrans. Die Passivlegitimation der Zweitbeklagten, die die Erstrichterin explizit bejaht hat, wird im Berufungsverfahren nicht mehr in Zweifel gezogen und kann nach ständiger Rechtsprechung vor allem für die Eigentumsfreiheitsklage nach Paragraph 523, ABGB nicht zweifelhaft sein; hat doch die Zweitbeklagte jedenfalls Einflussmöglichkeiten auf die konkreten Betreiber des Baukrans.

Damit war der Berufung Folge zu geben und das angefochtene Urteil im Sinn einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung abzuändern. Gemäß §§ 41, 50 ZPO haben die Beklagten den Klägern zur ungeteilten Hand die im Wesentlichen tarifgemäß verzeichneten Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz zu ersetzen; in erster Instanz wurde allerdings die Pauschalgebühr überhöht verzeichnet und ein nicht nachvollziehbarer Betrag von € 20,-- an "Auskunftsosten" verrechnet, in zweiter Instanz steht ein ERV-Zuschlag nach § 23 a RATG nicht zu, weil dieser nur für das Verfahren einleitende Schriftsätze zuerkannt werden kann, außerdem gebührt hier nur der einfache Einheitssatz (§§ 23 Abs. 10 RATG, 501 Abs. 1 ZPO). Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientiert sich an der Streitwertangabe der Kläger, die unbedenklich ist. Damit war der Berufung Folge zu geben und das angefochtene Urteil im Sinn einer vollinhaltlichen Klagsstattgebung abzuändern. Gemäß Paragraphen 41, 50 ZPO haben die Beklagten den Klägern zur ungeteilten Hand die im Wesentlichen tarifgemäß verzeichneten Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz zu ersetzen; in erster Instanz wurde allerdings die Pauschalgebühr überhöht verzeichnet und ein nicht nachvollziehbarer Betrag von € 20,-- an "Auskunftsosten" verrechnet, in zweiter Instanz steht ein ERV-Zuschlag nach Paragraph 23, a RATG nicht zu, weil dieser nur für das Verfahren einleitende Schriftsätze zuerkannt werden kann, außerdem gebührt hier nur der einfache Einheitssatz (Paragraphen 23, Absatz 10, RATG, 501 Absatz eins, ZPO). Die Bewertung des Entscheidungsgegenstandes orientiert sich an der Streitwertangabe der Kläger, die unbedenklich ist.

Die Revision ist daher jedenfalls unzulässig (§ 502 Abs. 2 ZPO). Landesgericht St. Pölten Die Revision ist daher jedenfalls unzulässig (Paragraph 502, Absatz 2, ZPO). Landesgericht St. Pölten

3100 St. Pölten, Schießstattring 6

#### **Anmerkung**

ESP00076 21R266.07m

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LG00199:2007:02100R00266.07M.1107.000

**Zuletzt aktualisiert am**

01.08.2008

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)