www.manz.at/rdu

RECHT DER UMWELT

RdU

Schriftleitung + Redaktion Ferdinand Kerschner
Redaktion Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl
Ständige Mitarbeiter W. Berger, M. Bydlinski, D. Ennöckl, B.-C. Funk, D. Hinterwirth, W. Hochreiter, P. Jabornegg, V. Madner, F. Oberleitner, B. Raschauer, N. Raschauer, J. Stabentheiner, E. Wagner, R. Weiß

Februar 2011 **01**

1 – 44

Schwerpunkt

Naturschutzrecht

Ausweisung von besonderen Schutzgebieten (Natura 2000)
Volker Mauerhofer ➔ 12

Leitsätze Naturschutzrecht ➔ 23

Ausweisung von Natura-2000-Gebieten
EuGH legt Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten fest ➔ 25

Keine Anwendung des Verkehrsprotokolls auf geplante Schnellstraße
VfGH zur Alpenkonvention *Max Hautzenberg* ➔ 27

Beitrag

Carbon Dioxide Capture and Storage (Teil 1) *Georg Granner und Nicolas Raschauer* ➔ 4

Beilage Umwelt & Technik

Hörversuche im Expertenforum
Wolfgang Gratt, Andreas Doppler, Martin Voglhofer und Tobias Bader ➔ 8

Aktuelles Umweltrecht

RL über Industrieemissionen ➔ 20

Rechtsprechung

Zweigleisiger Ausbau einer ÖBB-Fernverkehrstrecke
VwGH erklärt Umweltsenat für zuständig *Matthias Köhler* ➔ 30

UVP-Feststellungsverfahren
Keine Rechtsmittelbefugnis der Nachbarn *Nicolas Raschauer* ➔ 34

Gebäudeschaden durch Salzstreuung auf Straße
OGH bejaht Haftung des Straßenerhalters bei Ortsunüblichkeit
Wolfgang Berger ➔ 38

ISSN 1022-9442 Verlagspostamt 1010 Wien, Erscheinungsort Wien, Postentgelt bar bezahlt

MANZ

RdU 2011/20

§§ 364, 364 a, 1295, 1302, 1319 a und 1323 ABGB; § 228 ZPO

OGH 25. 11. 2009, 3 Ob 77/09 h

Ausgleichsanspruch;

Salzstreuung;

Bundesstraße als genehmigte Anlage;

➜ Haftung des Straßenerhalters für Schäden durch Salzstreuung

➜ Schäden an einem Gebäude, deren Ursache die Salzstreuung auf der daran vorbeiführenden Bundesstraße ist, hat der Straßenerhalter auf Grundlage des (verschuldensunabhängigen) Ausgleichsanspruchs nach § 364 a ABGB zu ersetzen, wenn das in § 364 Abs 2 ABGB genannte Maß der Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks überschritten ist. Die Beweislast für die Ortsüblichkeit der Immission trifft den bekl Störer (Straßenerhalter). Der Kl hat nur sein Eigentum und den Eingriff zu beweisen.

➜ Eine nicht übermäßige, zur Erhaltung der Verkehrssicherheit notwendige Salzstreuung kann nicht schon deshalb als „ortsüblich" angesehen werden. „Öffentliche Interessen" sind kein Auslegungskriterium in Bezug auf die Prüfung der Ortsüblichkeit.

➜ Da die Umstellung auf ausschließliche Salzstreuung noch nicht länger als drei Jahre vor Klageeinbringung erfolgte, ist die Frage nicht wesentlich, innerhalb welchen Zeitraums eine Immission ortsüblich werden kann.

➜ Den nachbarrechtlichen Bestimmungen wurde durch § 1319 a ABGB (Wegehalterhaftung) nicht materiell derogiert.

➜ Stellt eine notwendige Reparatur nicht nur den vor der Schädigung bestandenen Zustand wieder her, sondern bewirkt sie über die Naturalherstellung hinaus eine Verbesserung der geschädigten Sache, ist auch im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nach

§ 364 a ABGB ein Abzug „neu für alt" vorzunehmen. Für den Abzug „neu für alt" ist die bekl Partei behauptungs- und beweispflichtig.

➜ Eine Feststellung, wonach der Straßenerhalter dem Kl für alle (künftigen) Schäden aus der „Umstellung auf ausschließliche Salzstreuung" hafte, kommt nicht in Betracht, weil die Ortsüblichkeit einer künftigen Salzstreuung erst in der Zukunft zu beurteilen ist und sich die Ortsüblichkeit zuungunsten des Kl ändern könnte. Eine Verjährung von nur möglichen weiteren Ausgleichsansprüchen aufgrund zukünftiger Immissionen kommt nicht in Betracht.

Ortsüblichkeit; öffentliches Interesse; Schadensberechnung „neu für alt"; Feststellungsbegehren

Sachverhalt:

Der Kl ist Eigentümer eines Grundstücks mit dem sog „T-Häusl" im Ortsteil G des Ortsgebiets von G. Die Liegenschaft grenzt direkt an die B-Bundesstraße an, deren Straßenerhalter das bekl Land Tirol ist.

Die Straße wurde 1934 an das zum damaligen Zeitpunkt bereits stehende „T-Häusl" herangebaut. Die nordwestliche Gebäudekante hat etwa 25 cm Abstand vom Fahrbahnrand. Von der zuständigen Straßenmeisterei wurde im relevanten Bereich dann, wenn Schnee lag, Splittstreuung durchgeführt. Wenn der Schnee geschmolzen war, wurde auf der Bundesstraße teils Salz aufgebracht, um ein Vereisen der aufgetauten Schneeflächen bei Frost zu vermeiden. Es steht nicht fest, ob konkret im Bereich der Engstelle beim „T-Häusl" auch schon vor dem Winter 2004/2005 immer wieder Salz gestreut wurde. Seit diesem Winter wird vor dem Haus auf der Bundesstraße jedenfalls bis zur unmittelbaren Ortsdurchfahrt von G ausschließlich mit Salz gearbeitet und keine Splittstreuung mehr durchgeführt.

Am 14. 9. 2003 bestanden im relevanten Bereich an der Fassade des Hauses des Kl keine erkennbaren Schäden im Sockelbereich. Die am Objekt des Kl aufgetretenen Schäden gehen auf den Kristallisationsdruck des Salzes zurück. Die ausschließliche Salzstreuung führte und führt zu einer erheblichen Belastung des Hauses. Das bestehende – nunmehr schadhaft gewordene – Wärmedämmverbundsystem entsprach dem damaligen Stand der Technik, war aber für die zu erwartenden Belastungen infolge Wasser-, Matsch- und Salzbelastung nicht geeignet. Die durch die Salzstreuung hervorgerufenen Schäden sind vor allem Putzschäden an der Deckschicht des Wärmedämmverbundsystems. Der Kostenaufwand für eine dauerhafte – zumindest längerfristige – Sanierung beläuft sich auf € 10.800,–. Bei einer – vom Sachverständigen vorgeschlagenen – Sanierung wäre das bestehende Wärmedämmverbundsystem zu entfernen, das Mauerwerk mit feuchteresistentem Dämmmaterial aus Schaumglas zu dämmen und eine Verkleidung der Dämmung mit Granitplatten vorzunehmen. Bei einer derartigen Sanierung wäre eine nachhaltige Wirkung für die Dauer von 15 bis 20 Jahren gewährleistet. Für die Folgezeit kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Salzstreuung im relevanten Bereich wiederum derzeit noch nicht absehbare künftige Schäden eintreten könnten.

Der Kl wandte sich erstmals am 8. 4. 2004 schriftlich an das Amt der Tir LReg, beanstandete die Salzstreuung der Straßenmeisterei und verwies darauf, dass die Salzstreuung auf der Bundesstraße das ortsübliche Ausmaß jedenfalls überschreite, zumal bis vor wenigen Jahren eine Salzstreuung überhaupt nicht bzw nicht im jetzigen Ausmaß betrieben worden sei.

Der Kl begehrt mit seiner am 13. 12. 2005 eingebrachten und ausdrücklich auf § 364 a ABGB gestützten Klage letztlich, die bekl Partei zur Zahlung von € 10.800,– sA zu verurteilen und festzustellen, dass sie ihm für alle Schäden hafte, die ihm daraus erwüchsen, dass sein Haus durch Immissionen in Form von mit Salz verunreinigtem Spritzwasser und Schneematsch beschädigt werde.

[ErstG]

Das ErstG gab dem Klagebegehren zur Gänze statt und führte aus, es könne nicht weiter strittig sein, dass eine vorzeitig notwendig werdende Fassadenerneuerung gegenüber einer nachhaltigen Sanierung der Fassade im Hinblick auf die salzhaltigen Immissionen eine wesentliche Grundstücksbeeinträchtigung darstelle. In zeitlicher Nähe sei dann von Ortsüblichkeit auszugehen, wenn Immissionen über einen Zeitraum von drei Jahren nicht vom Beeinträchtigten beanstandet und damit hingenommen würden. Da nach den Feststellungen im Winter 2003/2004 verstärkt und in den Wintermonaten 2004/2005 ausschließlich auf Salzstreuung umgestellt worden und die erste Beanstandung am 8. 4. 2004 erfolgt sei, könne von Ortsüblichkeit wegen mehr als dreijähriger Duldung ohne Beanstandung nicht ausgegangen werden. Die Beweislast für das Nichtvorliegen unzulässiger Immissionen treffe im Allgemeinen die bekl Partei, für die Frage des Ausmaßes der Salzstreuung schon aufgrund ihrer Beweisnähe. Damit sei die Kausalität der Salzstreuung evident. Es sei insgesamt von einer ortsunüblichen Immission auszugehen. Der Kl habe Anspruch auf Ersatz aller Aufwendungen für eine nachhaltige Sanierung. Die Ansprüche seien auch nicht verjährt, weil die Schäden erst nach dem Herbst 2005 eingetreten seien. Da nicht ausgeschlossen werden könne, dass trotz Sanierung nach 15 bis 20 Jahren weitere auf die Salzstreuung im relevanten Bereich zurückgehende Schäden auftreten könnten, erweise sich auch das Feststellungsbegehren als gerechtfertigt.

Bei Salzstreuungsschäden kommt es auf die Ortsüblichkeit an. Keine Feststellung der Haftung für künftige Immissionen.

[BerG]

Das BerG gab mit Teil- und Zwischenurteil der Berufung der bekl Partei teilweise dahin Folge, dass es in Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung das Feststellungsbegehren abwies und über das Zahlungsbegehren lediglich ein U über den Grund des Anspruchs fällte. Das BerG sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 20.000,– übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Das BerG übernahm die vom ErstG getroffenen Feststellungen, erachtete den dem Kl obliegenden Kausalitätsnachweis als erbracht und führte aus, die Negativfeststellung des ErstG über die Salzstreuung vor dem Winter 2004/2005 im konkreten Bereich gehe zulasten der bekl Partei, die beweisen hätte müssen, dass im gegenständlichen Straßenabschnitt mehr als drei Jahre

vor dem Winter 2004/2005 mit Salz gestreut und insofern die Salzstreuung dort ortsüblich geworden sei. Dem Kl stehe für die Pflicht zur Duldung der Beeinträchtigung durch die Salzstreuung dem Grunde nach ein Entschädigungsanspruch zu. Der Anspruch erfasse auch den entgangenen Gewinn und den merkantilen Minderwert, es könne auch Naturalrestitution begehrt werden. Unter Bedachtnahme darauf und auf den Abzug „neu für alt" erweise sich die vom ErstG erarbeitete Sachverhaltsgrundlage als noch nicht ausreichend. Mit der Leistungsklage seien das Rechtsverhältnis der Parteien sowie die Haftungsfrage abschließend geklärt, weshalb ein weitergehendes Rechtsschutzbedürfnis des Kl für eine Feststellungsklage zu verneinen sei. Für Schäden aufgrund von zukünftigen Immissionen stehe gegebenenfalls wieder die Leistungsklage offen.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revisionen beider Parteien sind entgegen dem den OGH nicht bindenden Ausspruch des BerG zulässig, weil zu Rechtsfragen des Ersatzes von Schäden, die durch die Salzstreuung bzw Schneeräumung auf öffentlichen Straßen verursacht wurden, eine Judikaturdivergenz vorliegt und auch zur Höhe des Ersatzanspruchs erhebliche Rechtsfragen zu beantworten sind.

Die Revision der bekl Partei ist nicht berechtigt, diejenige des Kl ist teilweise berechtigt.

[Öffentliche Straßen als genehmigte Anlagen]

I. Zur Revision der bekl Partei, die eine gänzliche Abweisung der Klagebegehren anstrebt:

Öffentliche Straßen sind nach st Rspr des OGH behördlich genehmigten Anlagen nach § 364 a ABGB zumindest gleichzuhalten (RIS-Justiz RS0010596; *Eccher* in KBB² § 364 a Rz 2). Der dem auf Enteignungsentschädigung verwandte Entschädigungsanspruch nach § 364 a ABGB setzt ein Überschreiten des in § 364 Abs 2 ABGB genannten Maßes der Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks voraus. Es muss also die ortsübliche Benutzung des Grundstücks in einem das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitenden Umfang wesentlich beeinträchtigt sein.

[Beurteilung der Ortsüblichkeit]

1. Dass es für die Beurteilung der Ortsüblichkeit nicht auf die faktischen Verhältnisse in der ganzen politischen Gemeinde, sondern auf diejenigen in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften (hier Bundesstraße und Grundstück des Kl) ankommt, wurde schon in der E 6 Ob 109/02 a (SZ 2002/85 = RdU 2002/59, 155 [mit zust Anm *Wagner*] mwN) dargelegt. Wegen der Trennung des Ortsteils, in dem das Haus des Kl liegt, vom Ortszentrum ist es hier unerheblich, in welcher Form die Streuung der Bundesstraße im Ortszentrum selbst erfolgte.

[Keine Derogation nachbarrechtlicher Bestimmungen durch § 1319 a ABGB]

Die bekl Partei meint, es sei zu überdenken, ob nicht § 364 ABGB durch § 1319 a ABGB für die Beurteilung derartiger winterdienstlicher Maßnahmen des Straßenerhalters aufgehoben worden sei. § 1319 a sei sowohl das jüngere als auch das speziellere Gesetz. Dazu ist Folgendes auszuführen:

2. Soweit sich die bekl Partei auf eine materielle Derogation des § 364 ABGB durch die jüngere Bestimmung des § 1319 a ABGB beruft, ist ihr zu erwidern, dass § 1319 a ABGB über die Wegehalterhaftung eine Sonderregelung für die Schadenersatzpflicht des Wegehalters für *„durch den mangelhaften Zustand eines Weges"* verursachte Schäden von jedermann ist, während § 364 Abs 2 ABGB den Unterlassungsanspruch und § 364 a ABGB den Ersatzanspruch nur des Grundeigentümers sowie anderer Nutzungsberechtigter der Nachbarliegenschaft einer anderen gegenüber (hier einer Straße) statuiert. Eine Mangelhaftigkeit der (hier) Straße ist keine Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch nach § 364 a ABGB; umgekehrt hat § 1319 a ABGB nichts mit von der Straße ausgehenden Immissionen zu tun. Die völlig unterschiedlichen und sich nicht überschneidenden Regelungsgegenstände schließen daher eine materielle Derogation aus.

[Ortsüblichkeit vs öffentliches Interesse]

Die bekl Partei releviert, dass nach der E 3 Ob 534/90 (SZ 63/133) eine unzulässige Immission nach § 364 Abs 2 ABGB und damit ein Ersatzanspruch nach § 364 a ABGB nur dann gegeben wäre, wenn der Straßenerhalter das im Interesse der Sicherheit des Verkehrs nötige Maß der Salzstreuung überschreite. Solches sei aber nicht festgestellt worden, der Kl habe dazu auch gar kein Vorbringen erstattet.

3. Eine allfällige Judikaturdivergenz zwischen den E 3 Ob 534/90 und 6 Ob 109/02 a ist hier nicht entscheidungswesentlich:

Zwar wurde in der erstgenannten E ausgesprochen, dass keine nach § 364 Abs 2 ABGB unzulässige Immission vorliege, solange eine Straße nur in einer dem öffentlichen Interesse dienenden Weise angelegt, instand gehalten und betreut und dabei das nötige Maß nicht überschritten werde (gehaftet werde also nur für das „Übermaß" der Salzstreuung). Demgegenüber verneinte der 6. Senat in der E 6 Ob 109/02 a, dass es bei der Beurteilung von Immissionen, die von öffentlichen Straßen ausgehen, auf das öffentliche Interesse ankomme. Es könne nur die Ortsüblichkeit der Salzstreuung entscheidend sein. Öffentliche Interessen seien kein Auslegungskriterium. Auf das „Übermaß" stellte schließlich auch die E 4 Ob 239/08 p unter Zitierung beider Vorentscheidungen des 3. und des 6. Senats ab. Nur wenn man die E 3 Ob 534/90 strikt dahin auslegt, dass eine nicht übermäßige Salzstreuung immer, also schon ab dem ersten Einsatz des Salzes zulässig sei, liegt eine wesentliche Judikaturdivergenz vor. Gegen eine solche Interpretation spricht jedoch schon der Umstand, dass dabei der Begriff „ortsüblich" jede Bedeutung verloren hätte, eine Ansicht, die der 3. Senat aber aus zwei Gründen offenkundig nicht vertrat. Einerseits weil er – worauf schon der 6. Senat hinwies – die Haftung auch bejahte, wenn „in unrichtiger Einschätzung der Verhältnisse statt des ebenso möglichen Streusplitts Salz gestreut wurde", und andererseits, dass seiner Entscheidung ganz offenkundig der Sachverhalt einer schon mehr als 15 Jahre vor der Klageeinbringung begonnenen Salzstreuung zugrunde lag, diese also aus die-

sem Grund als ortsüblich angesehen werden konnte. Dann war es folgerichtig, nur das „Übermaß" der Salzstreuung als ortsunüblich zu qualifizieren und nur darauf eine nachbarrechtliche Haftung zu stützen. Auch wenn zur Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Immission ortsüblich wird, im Schrifttum und der Rspr ganz unterschiedliche Fristen angeführt werden – a) für drei Jahre: 7 Ob 361/97 g SZ 70/251; 3 Ob 201/99 a; *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB³ § 364 Rz 15; b) drei Jahre ablehnend: 5 Ob 65/03 z; 3 Ob 591/87 SZ 61/273; c) 30 Jahre: *Kerschner,* JBl 1993, 216 [217] und in *Hanreich/Schwarzer,* Umwelthaftung 46 f; *Jabornegg,* ÖJZ 1983, 365 [370 – 372] –, ist dies hier nicht wesentlich, weil selbst bei der für den Kl ungünstigsten Variante die Salzstreuung, also die schadensstiftende Umstellung von Splittstreuung bzw gemischter Streuung auf ausschließliche Salzstreuung (wie in der E 6 Ob 109/02 a), noch nicht länger als drei Jahre vor der Klageeinbringung erfolgte, also noch nicht ortsüblich geworden sein konnte. Diese Erwägungen gelten auch für die E 4 Ob 239/08 p, bei der ohne Zweifel von einer bereits lange ortsüblich gewordenen Schneeräumung ausgegangen wurde, sodass der insofern andere Sachverhalt die Prüfung der Frage nach dem „Übermaß" der Schneeräumung erforderlich machte, während es im hier zu entscheidenden Fall im Wesentlichen auf die noch nicht ortsüblich gewordene Salzstreuung iSd E 6 Ob 109/02 a ankommt.

[Beweislastverteilung]

4. Nach überwiegender hM trifft den bekl störenden Nachbarn die Beweislast über die Ortsüblichkeit der Immission. Der Kl hat nur sein Eigentum und den Eingriff zu beweisen (RIS-Justiz RS0010474; *Oberhammer* in *Schwimann,* ABGB³ § 364 Rz 22; *Kisslinger,* Gefährdungshaftung im Nachbarrecht 46; *Kerschner* in *Hanreich/Schwarzer,* Umwelthaftung 47):

Die **Negativfeststellung** („*nicht festgestellt werden kann, ob konkret im Bereich der Engstelle beim T-Häusl seitens der Straßenmeisterei auch schon vor dem Winter 2004/2005 immer wieder Salz gestreut wurde […]*") geht zulasten der bekl Partei. Der Kl hat bewiesen, dass ihm ein Schaden durch die Salzstreuung entstand. Feststeht, dass (erst) 2004/2005 auf gänzliche Salzstreuung umgestellt wurde. Der Kl hat daher den Schaden und seine Ursache erwiesen. Dass eine weitere Ursache mitverantwortlich wäre (nämlich der Umstand, dass bereits 2003/2004 auch im Bereich der Engstelle des Hauses des Kl Salz gestreut wurde), steht nicht fest, wobei der zitierten Negativfeststellung auch das Vorbringen des Kl über die in der Vergangenheit erfolgte teilweise Umstellung auf Salzstreuung nicht entgegensteht, weil eben gerade nicht feststeht, ob im relevanten örtlichen Bereich (Haus des Kl) schon vor 2004/2005 Salz gestreut wurde und der Kl das auch nicht behauptete.

Die Revision der bekl Partei ist daher nicht berechtigt.

[Umfang des Ausgleichsanspruchs nach § 364 a ABGB]

II. Zur Revision des Kl:

1. Das auf Ersatz der Sanierungskosten gerichtete Zahlungsbegehren ist berechtigt:

a) Im Ergebnis wendet sich der Kl zu Recht gegen die Auffassung des BerG, es sei bei seinem Schadenersatzanspruch ein Abzug „neu für alt" zu berücksichtigen. Dieses trennte nicht klar zwischen der Frage des vom bekl Land schon in erster Instanz erhobenen Einwands und der Frage, ob der Ersatzberechtigte nach § 364 a ABGB auch verlangen kann, dass ihm die Kosten von Baumaßnahmen ersetzt werden, wodurch die beschädigte Sache (nicht nur wegen der verlängerten Lebensdauer) in einen besseren Zustand versetzt würde, als er vor der Schädigung bestand. Zu Unrecht vermeint allerdings der Kl, es sei grundsätzlich verfehlt, schadenersatzrechtliche Grundsätze auf den Anspruch nach § 364 a ABGB anzuwenden. Da das G keine näheren Regelungen trifft, ist es gerechtfertigt und zweckmäßig, Grundsätze des Schadenersatzrechts analog anzuwenden. Das entspricht auch schon der bisherigen Rspr des OGH (ausführlich 10 Ob 113/98 k ecolex 1999, 86 mwN). Abweichend vom Schadenersatzrecht im Allgemeinen wurde von der Judikatur bisher lediglich entschieden, dass es nach § 364 a ABGB nicht auf ein Verschulden des Ersatzpflichtigen ankommt (RIS-Justiz RS0010691) und dass der Ausgleichsanspruch zur vollen Schadloshaltung verpflichtet (RIS-Justiz RS0037927). Dem Gesetz kann nicht entnommen bzw unterstellt werden, im Bereich der Haftung nach § 364 a ABGB sei entgegen allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts mehr zu ersetzen als nach § 1323 S 1 ABGB, wonach primär die Zurückversetzung in den vorigen Stand geschuldet wird oder mangels Tunlichkeit der Ersatz des Schätzwerts.

[Einwand „neu für alt" beim Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB]

Schon zu 1 Ob 814/81 SZ 55/28 wurde zu einem Ausgleichsanspruch analog § 364 a ABGB entschieden, dass dann, wenn die notwendige Reparatur nicht nur den vor der Schädigung bestandenen Zustand wiederherstellt, sondern über die Naturalherstellung hinaus eine Verbesserung des Hauses herbeiführt, der Schaden nicht in der vollen Höhe der Reparaturkosten besteht, sondern nur in der Differenz zwischen dem auch ohne das Schadensereignis verminderten Verkehrswert und dem durch das schädigende Ereignis noch weiter verminderten Verkehrswert (ebenso weitere Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0010494). Überhaupt ist es ein Grundsatz des Schadenersatzrechts, dass der Geschädigte nur Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens hat, aber durch die Ersatzleistung weder schlechter noch besser als vor dem Schadensereignis gestellt werden darf (10 Ob 31/00 g ecolex 2001, 604 mAnm *Helmich*).

[Behauptungs- und Beweislast für den Einwand „neu für alt"]

b) Den eingewendeten Abzug „neu für alt" hat die behauptungs- und beweispflichtige bekl Partei aber überhaupt nicht näher ausgeführt und substanziiert. Dass der Kl durch die begehrte, dem Gutachten des Sachverständigen folgende Art der Schadensbehebung auch noch bereichert würde, fehlt jegliches Vorbringen. Wenn sich eine Bereicherung nämlich nicht von selbst versteht, müsste der Schädiger nähere Gründe dafür an-

geben, weshalb er einen Abzug „neu für alt" fordert (2 Ob 159/98 s), er trägt die Behauptungs- und Beweislast für eine mit der notwendigen Reparatur verbundene Werterhöhung der Sache (9 Ob 415/97 p).

c) Berücksichtigt man das mangelnde Vorbringen der bekl Partei und den Umstand, dass von einer den Kl bereichernden „Verbesserung" nach den bisherigen Feststellungen nicht auszugehen ist, weil er nach diesen Feststellungen eine Fassadensanierung in der vom Sachverständigen vorgeschlagenen Art braucht, um den Zustand samt Lebensdauer der Fassade bei nicht ausschließlicher Salzstreuung zu erreichen, ist der Ergänzungsauftrag des BerG in Ansehung der zu ermittelnden Verkehrswerte entbehrlich. Für die Notwendigkeit der „besseren" Fassadensanierung spricht illustrativ schon der erstinstanzliche Einwand der bekl Partei über eine Schadensminderungspflicht des Kl. Die Bejahung einer solchen führte aber zum nicht begründbaren Ergebnis, der Kl müsste den durch die Salzimmissionen verursachten Schäden teilweise selbst tragen, also ein Sonderopfer bringen.

Die Stattgebung des Leistungsbegehrens durch das ErstG ist daher wiederherzustellen.

[Keine Feststellung der Haftung für künftige Immissionen]

2. Hingegen erfolgte die Abweisung des Feststellungsbegehrens aus den vom BerG angeführten Gründen zu Recht:

Abgesehen von der verfehlten Fassung des Feststellungsbegehrens (keine Einschränkung auf künftige Schäden: *Rechberger/Klicka in Rechberger,* ZPO[3] § 228 Rz 5 mwN) vermeint der Kl, er könne alle künftigen Schäden seines Hauses aus einem einzigen „Ereignis" ableiten, das er offenbar mit der *„Umstellung auf ausschließliche Salzstreuung"* gleichsetzt. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Feststellung einer Haftung für künftige Schäden käme grundsätzlich dann infrage, wenn derartige Schäden aufgrund der bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz geschehenen Immissionen noch denkbar bzw nicht auszuschließen wären. Davon ist hier aber keine Rede. In Wahrheit geht es dem Kl darum, eine Haftung der bekl Partei für künftige Immissionen festzuschreiben. Dabei übersieht er nicht nur, dass sich einerseits die „Ortsüblichkeit der Salzstreuung" zu seinen Ungunsten ändern könnte, weshalb für weitere Schädigungen aus der ortsüblichen Salzstreuung ohnehin nicht zu haften wäre. Auch das Argument drohender Verjährung trifft nicht zu. Die Verjährung von nur möglichen weiteren Ausgleichsansprüchen aufgrund von zukünftigen Immissionen ist nicht möglich (vgl dazu zutreffend *Oberhammer* § 364 a Rz 10). Schließlich kommt es für die Frage der Ortsüblichkeit auf den Zeitpunkt der Beurteilung an (RIS-Justiz RS0010554), bei künftigen Immissionen auf deren Beurteilung in der ungewissen Zukunft. Einer weiteren Begründung zu diesem Punkt bedarf es nicht (§ 510 Abs 3 ZPO).

Anmerkung:

Nachbarrechtliche Haftung für Salzstreuung auf öffentlichen Straßen

Der **Wegehalter** muss für einen ordnungsgemäßen **Winterdienst** sorgen, um nicht für Schäden infolge mangelhaften Zustands der Straße nach § 1319 a ABGB verantwortlich zu werden.[1] Zudem kann sich seine Haftung aus einem Vertragsverhältnis ergeben.[2] Damit der Wegehalter seinen Sorgfaltspflichten ordnungsgemäß nachkommt, kann eine Salzstreuung erforderlich sein, wobei sich die gesetzlichen Parameter für Art und Umfang der zu setzenden Maßnahmen bei Bundesstraßen insb in § 7 Abs 1 BundesstraßenG finden. Nach dieser Gesetzesbestimmung sind Bundesstraßen *„derart zu planen, zu bauen und zu erhalten, dass sie […] ohne Gefahr benützbar sind; hiebei ist auch auf die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs sowie auf die Umweltverträglichkeit Bedacht zu nehmen"*.

Die durch den Einsatz von Streusalz bewirkte Erhöhung der Verkehrssicherheit führt aber immer wieder zu Schäden von **Straßennachbarn** an deren Grundstücken. Deshalb haben sich die Gerichte regelmäßig mit nachbarrechtlichen Ansprüchen aus diesem Grund zu beschäftigen.

Dass § 1319 a ABGB, der eine verschuldensabhängige Haftung des Wegehalters vorsieht, diesbezüglich nicht einschlägig ist, hat der OGH in der vorliegenden E zutreffend ausgesprochen. Den rechtlichen Rahmen für Ansprüche wegen Salzstreuungsschäden gibt ausschließlich das **Nachbarrecht des ABGB** vor, das allerdings im Zusammenspiel von Unterlassungs- und Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB unter Berücksichtigung **öffentlich-rechtlicher (Genehmigungs-) Normen** ausgelegt werden muss.

Die st Rspr zum Nachbarrecht des ABGB unterscheidet nicht zwischen privaten Grundeigentümern und Gebietskörperschaften. **„Immissionen der öffentlichen Hand",** die von Straßen ausgehen, wären nur dann nicht nach dem Nachbarrecht des ABGB zu beurteilen, wenn sie klar der **Hoheitsverwaltung** zuzuordnen sind.[3] Da **Bau und Erhaltung von Straßen** nach dem OGH nicht in den hoheitlichen Bereich der Verwaltung fallen, stehen diesbezüglich nachbarrechtliche Ansprüche gegen den Straßenerhalter zu;[4] dieser haftet nachbarrechtlich für Einwirkungen, die von der **Salzstreuung auf öffentlichen Straßen** ausgehen, ebenso wie auch bei Schneeablagerungen im Zuge der Straßenschneeräumung.[5]

Öffentliche Straße als behördlich genehmigte Anlage

Der OGH hat die Frage offengelassen, ob die öffentliche Straße eine **behördlich genehmigte Anlage** iSd § 364 a ist oder ob sie dieser nur **„gleichzuhalten"** ist.[6] Dies

1) Zur Haftung wegen unterlassener Salzstreuung etwa OGH ZVR 1990/15.
2) Dazu siehe die in RIS-Justiz RS0023459 zit Rspr.
3) Gegen hoheitliches Handeln ist der Zivilrechtsweg ausgeschlossen; vgl OGH SZ 61/88, *Draken,* sowie jüngst 14. 9. 2010, 1 Ob 139/10 p.
4) Vgl zB OGH JBl 1990, 450; RdU 1996/122; RdU 2002/58; *Sander* in *Raschauer/Wessely,* Handbuch Umweltrecht[2] (2010) 146 mwN.
5) ZB OGH EvBl 1991/10; ecolex 2009/184.
6) Vgl dazu RIS-Justiz RS0010596; *Eccher* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[3] § 364 a Rz 2 mwN.

würde auch nur dann eine Rolle spielen, wenn das Gericht nicht Ersatzansprüche zu behandeln hat, sondern wenn es darum ginge, ob der Nachbar die Einwirkungen auch **untersagen** kann.[7)]

Auf die Frage, ob es für das Vorliegen einer „behördlich genehmigten Anlage" iSd § 364 a ABGB ausschließlich darauf ankommt, ob die betroffenen Nachbarn **Parteistellung** im Genehmigungsverfahren hatten, braucht daher im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Erwähnt sei nur, dass der OGH in seiner ganz aktuellen Entscheidung v 22. 9. 2010, 8 Ob 128/09 w, diesen Standpunkt ausführlich begründet erneut untermauert hat: Fehlt es an der Parteistellung, so komme der Ausschluss des Unterlassungsanspruchs durch behördliche Genehmigung gem § 364 a ABGB nicht zur Anwendung[8)] – unabhängig davon, ob an der Existenz der Anlage (wie bei öffentlichen Straßen) ein besonderes öffentliches Interesse besteht.[9)]

Berücksichtigung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Ortsüblichkeit?

Während der OGH in seiner ersten E zu Salzstreuungsschäden[10)] das Ausmaß der Salzstreuung, das zur Erhaltung der – im öffentlichen Interesse gelegenen – Verkehrssicherheit erforderlich ist, als jedenfalls **ortsüblich** beurteilte[11)] (was Ausgleichsansprüche ausgeschlossen hätte, weil diese nur für die ohne behördliche Genehmigung untersagbaren Einwirkungen zustehen), geht der OGH in der vorliegenden E ausdrücklich davon aus, dass **öffentliche Interessen** im Rahmen der ausschließlich an den faktischen Verhältnissen orientierten Beurteilung der Ortsüblichkeit **keine Relevanz** haben.

Die Rspr ist allerdings weit davon entfernt, in der Frage der Berücksichtigung der Notwendigkeit von Maßnahmen im öffentlichen Interesse eine einheitliche Linie zu verfolgen. Während der OGH auch in seiner E v 20. 6. 2002[12)] keinen Zusammenhang zwischen Ortsüblichkeit und öffentlichem Interesse sah, kehrte die zuvor dargestellte Ansicht nun bereits mehrfach in jüngeren E wieder. In einer E, die sich mit Schäden an einem Zaun durch im Zuge der Schneeräumung abgelagerten Schnee zu beschäftigen hatte,[13)] wird ausgeführt, dass der Ersatzanspruch voraussetze, *„dass die schadenskausale körperliche Einwirkung durch den geräumten und abgelagerten Schnee jenes Maß überschreitet, das für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Betreuung der Straße erforderlich ist"*. Auch in einer E betreffend Immissionen einer Sportanlage brachte der OGH das öffentliche Interesse ins Spiel und führte aus, dass am Betrieb von Sportanlagen *„trotz Immissionen ein öffentliches Interesse bestehen"* kann.[14)] Allerdings komme dieses öffentliche Interesse dann nicht zum Tragen, wenn die von der Sportanlage ausgehende Beeinträchtigung nicht unbedingt mit dem Betrieb der Anlage verbunden sei und durch gewisse Schutzeinrichtungen abgestellt oder vermindert werden könne, und auch, wenn keine Notwendigkeit bestehe, die Anlage an einem solchen Ort zu betreiben, an dem eine Beeinträchtigung über das gewöhnliche Maß der dortigen Verhältnisse hinausgeht. Schließlich hat der OGH in seiner jüngsten, ausführlich begründeten E v 22. 9. 2010, 8 Ob 128/09 w, (dazu näher *Kisslinger* im nächsten Heft der RdU) für die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses ganz massiv die Lanze gebrochen:

Allgemeine Interessen seien *„auch bei der Beurteilung der ‚Ortsüblichkeit' mit einzubeziehen"*, handle es sich doch beim Begriff der Ortsüblichkeit *„um einen wertungsabhängigen Rechtsbegriff, der auch unter Berücksichtigung der im Zusammenhang stehenden Rechtsbereiche auszulegen ist. Insoweit kann die ‚Ortsüblichkeit' auch nicht nur statisch verstanden werden, sondern […] auch mit Berücksichtigung des bereits angelegten Potentials einer Entwicklung"*.

ME ist die Berücksichtigung von **öffentlichen Interessen bei der Prüfung der Ortsüblichkeit** bzw Beurteilung nachbarrechtlicher (Ausgleichs-)Ansprüche fragwürdig. Der Versuch, sie im Rahmen der Ortsüblichkeit zu berücksichtigen, macht aber offensichtlich, dass man im Nachbarrecht ohne sie eigentlich nicht auskommt! Jedoch spielen öffentliche Interessen mE primär bei der Frage des Vorliegens einer behördlich genehmigten Anlage (§ 364 a) und im Rahmen des § 364 Abs 1 ABGB eine Rolle. Ergeben sich aus dem öffentlichen Recht im Interesse der Allgemeinheit Eigentumsbeschränkungen, schließen diese die Anwendbarkeit des Unterlassungsanspruchs nach Abs 2 generell aus, worauf sich die Frage der Ortsüblichkeit nicht mehr stellt, weil insofern dem Eigentumsrecht gem **§ 364 Abs 1** ABGB überhaupt Grenzen gesetzt sind.

Ortsüblichkeit nach 3 Jahren?

Die Frist, innerhalb der zuvor nicht übliche Immissionen **ortsüblich werden** können, ist in Lehre und Rspr bekanntlich strittig. Es kommen dafür sowohl die kurze Verjährungsfrist von **drei Jahren,** innerhalb deren die Immissionen unbeanstandet hingenommen wurden, als auch die allgemeine Verjährungsfrist von **30 Jahren** in Betracht,[15)] nach einer anderen Auffassung soll die Ortsüblichkeit einer Immission unter Vornahme einer umfassenden, nicht auf einen festen Zeitraum abstellenden Interessenabwägung vorgenommen werden.[16)]

Der 3. Senat legte sich in dieser Frage nicht fest, doch deutet mE viel darauf hin, dass die Rspr jedenfalls

7) Dazu *Wagner,* RdU 2002/59 (Anm zu OGH 6 Ob 109/02 a); *dieselbe,* Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1997) 75 ff (130 ff).
8) OGH SZ 68/180; *Gimpel-Hinteregger,* Grundfragen der Umwelthaftung (1994) 295 ff; *Oberhammer* in *Schwimann,* ABGB³ § 364 a Rz 3 mwN; aA *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB³ § 364 a Rz 4 zu OGH 8 Ob 135/06 w siehe auch das Editorial in diesem Heft.
9) Darauf abstellend *Wagner,* Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht 130 ff; vgl auch *Kerschner/Wagner* in *Kerschner,* Österreichisches und Europäisches Verkehrsrecht (2001) 205 ff; *W. Berger,* Haftung für Schäden durch Salzstreuung, RFG 2010, 168.
10) 3 Ob 534/90 SZ 63/133. Ebenso zuletzt OGH 24. 2. 2009, 4 Ob 239/08 p, in Bezug auf Schäden an einem Zaun im Zuge der Schneeräumung. Dazu sogleich bei FN 13.
11) Anderes gelte nur bei forstschädlichen Luftverunreinigungen gem § 56 Abs 1 letzter Satz ForstG.
12) RdU 2002/59 mAnm *Wagner.*
13) OGH 24. 2. 2009, 4 Ob 239/08 p.
14) OGH 17. 3. 2010, 7 Ob 192/09 z; vgl idS auch schon OGH RdU 1998/105 mit krit Anm *Kerschner;* SZ 14/224; siehe auch RdU 2000/32 mAnm *Kerschner.*
15) Vgl die Zitate in der oben abgedruckten E des OGH.
16) *Linder* in *Raschauer/Wessely* 145; vgl auch *Oberhammer* in *Schwimann,* ABGB³ § 364 Rz 19 und – wie oben zitiert – OGH 8 Ob 128/09 w.

die lange, 30-jährige Frist nicht mehr heranziehen möchte. Auch in der schon angesprochenen neuesten E 8 Ob 128/09 w geht der OGH auf die Kontroverse übrigens nicht ein und spricht von einer „Wertungsabhängigkeit" der Ortsüblichkeit.

Ist ein bestimmtes Ausmaß von Salzstreuung bereits vor mehr als drei Jahren ortsüblich gewesen, so würde jedenfalls nur das **„Übermaß",** welches über das ortsübliche Streuausmaß hinausging, ersatzpflichtig machen.[17] Um ein Ortsüblichwerden zu verhindern, muss sich der Nachbar den Immissionen zumindest iSd § 1488 ABGB (analog) widersetzen, noch besser aber gegen diese rechtzeitig (vorsichtshalber innerhalb von drei Jahren!) gerichtlich vorgehen.

Beweislastverteilung

Die Lösung des konkreten Falls ergab sich für den OGH nun aus der Beweislastverteilung: Nach hM trifft den **Bekl,** also den störenden Nachbarn (hier: Land Tirol), die **Beweislast** dafür, dass der Eingriff die vom Gesetz gezogenen Grenzen nicht überschritt, die schadensauslösende Immission also bereits **ortsüblich geworden** ist.[18] Der Kl hat nur sein Eigentum, den erfolgten Eingriff und den Schaden zu beweisen.[19]

Da das ErstG festgestellt hatte, dass *„nicht festgestellt werden kann, ob konkret im Bereich der Engstelle beim T-Häusl seitens der Straßenmeisterei auch schon vor dem Winter 2004/2005 immer wieder Salz gestreut wurde"*, ist der OGH vom Misslingen des Beweises der Ortsüblichkeit früherer Salzstreuung zulasten des bekl Landes ausgegangen. Da nicht festgestellt werden konnte, in welchem Umfang im konkreten **Umgebungsbereich des geschädigten Hauses** sowie der Straße[20] vor der Umstellung auf gänzliche Salzstreuung bereits eine teilweise Salzstreuung üblich gewesen war, konnte der OGH die gesamte (ausschließliche) Salzstreuung als schadensverursachend ansehen.

„Neu für alt"

Dass das bekl Land mit seinem Einwand nicht durchgedrungen ist, es sei von den Kosten der Fassadenerneuerung – auch im Rahmen des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs – ein Abzug „neu für alt" vorzunehmen, ist letztlich ebenfalls auf die Beweislast zurückzuführen, weil dieser Einwand überhaupt nicht näher ausgeführt und substanziiert worden war. Das bekl Land hätte Gründe dafür angeben und unter Beweis stellen müssen, dass mit der notwendigen Reparatur eine Werterhöhung der Sache verbunden sei, welche den Ersatzanspruch vermindert hätte. Dass der Kl damit eine „bessere" Fassade bekam als ursprünglich, führte der OGH darauf zurück, dass dies notwendig sei, um die Schäden durch Salzstreuung hintanzuhalten und dieselbe Lebensdauer für die Fassade zu erhalten, die gegeben wäre, falls keine Salzstreuung erfolgt wäre.

Feststellungsbegehren und künftige Änderungen der Ortsüblichkeit

Dass der Kl nicht auch mit seinem Begehren auf Feststellung, dass das bekl Land ihm für **alle (künftigen) Schäden** aus der Verunreinigung seines Hauses durch mit Salz verunreinigtes Spritzwasser und Schneematsch hafte, erfolgreich war, ist mE zutreffend. Tatsächlich leiten sich solche Schäden ja aus künftigen Immissionen ab und nicht aus der im gegenständlichen Verfahren beurteilten Salzstreuung. Es kommt daher selbstverständlich auch keine Verjährung dieser Ansprüche in Betracht, denen mit einer Feststellungsklage vorgebeugt werden müsste.[21] Interessant ist idZ aber der Hinweis des OGH, dass sich die Ortsüblichkeit **zuungunsten des Kl** ändern könne.

Das wirft die Frage auf, wie lange sich Nachbarn auf einen störungsfreien „Urzustand" berufen können. In der Rspr wird dazu die Meinung vertreten, dass eine durch die normalerweise **voraussehbare Entwicklung** begründete Zunahme von Einwirkungen zu dulden sei, nicht aber eine schlagartige Verstärkung.[22] Ein „Einfrieren" eines bestehenden Zustands – zumal wenn dabei unter Anwendung der langen Verjährungszeit vielleicht gar 30 Jahre zurückgegangen würde – wäre mE keinesfalls sachgerecht. Der OGH hat neuerdings wieder festgehalten, dass die Ortsüblichkeit **nicht statisch** gesehen werden darf.[23] Das Abstellen auf die normalerweise voraussehbare Entwicklung taugt als Argument jedenfalls nicht nur gegenüber jenem, der sich neben einer schon bestehenden (Verkehrs-)Anlage ansiedelt (er muss jedenfalls damit rechnen, dass es im Laufe der Zeit zu „normalen" Ausweitungen kommt). Auch Nachbarn, die schon vor der Genehmigung der Straße Grundeigentümer waren, können gegen eine notwendige Anpassung des Ausmaßes der Salzstreuung mE nichts mehr unternehmen, sobald der Charakter der Umgebung durch die Straße geprägt ist.

Um das zu verhindern, müsste der Nachbar gegen unliebsame Immissionen, die den Ortscharakter prägen, sicherheitshalber innerhalb von **drei Jahren** ab deren erstem Auftreten vorgehen. Dazu muss sich der Nachbar den Immissionen iSd § 1488 ABGB (analog) widersetzen, also den Emittenten durch Klagseinbringung oder etwa auch durch Einwendungen in einem Verwaltungsverfahren daran hindern bzw zu hindern versuchen, die in Rede stehenden Immissionen zu verursachen. Ein außerhalb von Verfahren stattfindendes „Verbot" durch den Belasteten reicht jedenfalls nicht aus, um hinzunehmende Veränderungen der Ortsüblichkeit hintanzuhalten.

Wolfgang Berger

---

17) Vgl zu einem solchen Sachverhalt (bzgl Schneeräumung) die E 4 Ob 239/08 p.
18) OGH RIS0010474.
19) RIS-Justiz RS0010474; *Oberhammer* in *Schwimann,* ABGB³ § 364 Rz 22; *Kisslinger,* Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006) 46; *Kerschner* in *Hanreich/Schwarzer,* Umwelthaftung 47.
20) Der OGH berief sich bzgl des für die Ortsüblichkeit maßgeblichen Bereichs auf die schon mehrfach zitierte E RdU 2002/59; siehe etwa auch OGH 3 Ob 201/99 a. Auf *„Gebiets- bzw Stadtteile (‚Viertel') mit annähernd gleichen Lebens- und Umweltbedingungen"* abstellend dagegen OGH 1 Ob 6/99 k SZ 72/205; 5 Ob 65/03 z.
21) Zutreffend *Oberhammer* in *Schwimann* § 364 a Rz 10.
22) Vgl SZ 70/251; RdU 2001/49 mAnm *Jabornegg* und *Kerschner;* SZ 52/53; SZ 48/15; *Oberhammer* in *Schwimann* § 364 Rz 19.
23) OGH 22. 9. 2010, 8 Ob 128/09 w (siehe das Zitat aus dieser E oben nach FN 14); vgl auch schon 2 Ob 57/09 k; 2 Ob 7/00 v; SZ 54/158; SZ 52/53 und 5 Ob 120/70 (Anpassung an zeitbedingte Verkehrsbedürfnisse).