

RECHT **RdU** DER UMWELT

Kelsen
und die Natur
U&T 2021, 13

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**
Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl, Erika Wagner**
Ständige Mitarbeiter **W. Berger, D. Ennöckl, D. Hinterwirth, W. Hochreiter,
V. Madner, N. Raschauer, P. Sander, R. Weiß**

April 2021 **02**

57 – 100

Beiträge

Wie weit reicht der Schutz von Fortpflanzungs- und Ruhestätten in der FFH-RL? *Anke Schumacher, Jochen Schumacher und Jürgen Trautner* ➔ 61

Haftung der Wasserkraftwerke *Franz Serajnik* ➔ 65

Beschwerderecht gegen V der Regulierungsbehörde, mit denen Netzzugangsentgelte festgesetzt werden

Ulrike Sehrschön, Titus Kahr und Lukas Krupitsch ➔ 71

Ein Baum ist kein Bauwerk *Ferdinand Kerschner* ➔ 74

Aktuelles Umweltrecht

EK: Entwicklung der Luftqualität bis 2030 ➔ 76

Novelle des EIWOG ➔ 78

Leitsatzkartei

Bau-, Gewerbe- und UVP-Recht ➔ 80

Umwelt & Technik

Mobile Abfallbehandlungsanlagen *Jakob A. Egger* ➔ U&T 16

Emissionshandel in Zeiten von COVID-19

Johannes Hartlieb und Emil Nigmatullin ➔ U&T 23

Rechtsprechung

VfGH beurteilt „Plastiksackerlverbot“ als verfassungskonform

Florian Schwetz ➔ 87

VwGH: „Zeitlich frühere“ Feststellungsverfahren sind in Kumulationsprüfung nicht mit einzubeziehen *Dominik Geringer* ➔ 89

OGH verneint amtshaftungsrechtliche Rettungspflicht bei Vertrauen auf Behörde *Ferdinand Kerschner* ➔ 93

Kein nachbarrechtlicher Anspruch bei seltenem Lackgeruch

Lydia Burgstaller ➔ 97

Ein Baum ist kein Bauwerk

Zur aktuellen Diskussion über die Baumhaftung und zur Leichtfertigkeit bei Analogien

Laut Regierungsprogramm soll die Baumhaftung evaluiert werden. Der Autor sieht als einen Hauptgrund der Haftungsängste in der Praxis die in Analogie zur Bauwerkehaftung angenommene Beweislastumkehr zu Lasten des Baumhalters. Diese Analogie steht nicht nur auf schwachen Beinen, sondern ist sachlich nicht begründbar.

RdU 2021/35

„So ist zB ein Baum kein Werk (§ 413: Pflanzung), die Haftung nach § 1319 aber auch da durchaus am Platze.“ Damit – und auch nur damit – hat Armin Ehrenzweig¹⁾ im Jahr 1928 eine „gesetzliche“, nur durch Entlastungsbeweis abgeschwächte Garantief Haftung des Baumhalters begründet, die noch immer herrschende Rspr ist, aber auch überwiegend in der Lehre vertreten wird. Die Begründung von Gschnitzer²⁾ („Es steht auch nichts im Wege, § 1319 analog auf Schäden durch **umstürzende Bäume** oder **abbrechende Äste** anzuwenden.“) enthält keinen sachlichen Mehrwert. Das ist weitgehend ohne nähere sachliche Begründung (außer vielleicht erhöhte Gefährlichkeit?) fortgeschrieben worden und hat jedenfalls auch aus Angst vor dem überhöhten Haftungsrisiko in der Praxis zu unnötigem und vorschnellem Fällen von Bäumen, Rückschneiden von Ästen und damit zu einer ökologisch höchst bedenklichen Entwicklung geführt, die auch die aktuelle Diskussion zur Baumhaftung ausgelöst hat.³⁾ Hier soll nicht die mE sehr zu hinterfragende **Hypertrophie analoger Rechtsanwendung** im Vordergrund stehen.⁴⁾ § 7 ABGB, der die Analogie regelt, ist vom Gesetzgeber außerordentlich restriktiv angelegt, bedarf einer Lücke und ausreichender (!) Wertungsähnlichkeit des unregulierten Falls, die auch sachlich zu begründen ist. Im Zweifel ist gegen Analogie zu entscheiden.⁵⁾ Wie Jandl/Wagner⁶⁾ und ich⁷⁾ schon vertreten haben, sprechen mehr Gründe gegen eine Analogie als für sie, va sind Baumgefahren Naturgefahren, Gebäude aber allein von Menschenhand geschaffene Werke. Zahlreiche die Baumgesundheit beeinflussende Faktoren liegen außerhalb der Einflussphäre des Baumhalters, zB Klimawandel, Schädlinge.⁸⁾ Dazu kommen historische, systematische Gründe gegen eine Analogie, die am Ende dieses Beitrags angeführt werden.

Hier geht es vornehmlich darum aufzuzeigen, dass die Analogie zu § 1319 ABGB das **Kardinalproblem der Baumhaftung** darstellt, dem eine ganz enorme praktische Bedeutung zukommt. Manchmal

scheint nämlich die Beweislastumkehr analog § 1319 ABGB in der nichtjuristischen Praxis ein eher theoretisches Randproblem, eine zu vernachlässigende juristische Spitzfindigkeit zu sein. Genau das Gegenteil ist der Fall: Beweislastumkehr kann oft, wenn der Entlastungsbeweis bezüglich aller erforderlichen Sorgfalt nicht gelingt, zur **reinen Erfolgshaftung mit uU dramatischen Folgen für den Baumhalter** werden, insb dann, wenn es um Personenschäden geht. Existenzen können davon abhängen. Um Koziol⁹⁾ zu zitieren: „So führt ein Abweichen von der Grundregel, dass derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die Haftungsvoraussetzung etwa des Verschuldens zu beweisen hat, zu einer **erheblichen Verschärfung der Haftung**.“

Die Dramatik der Frage soll hier an einem wohl durchaus typischen Baumhaftungsfall (Pilzbefall) aufgezeigt werden, der im Jahr 2019 von einem dt Gericht, nämlich dem OLG Düsseldorf (16. 10. 2019, I-18U32),¹⁰⁾ entschieden worden ist.

1) Das Recht der Schuldverhältnisse² (1928) 681.

2) SchR BT² (1988) 523.

3) Dazu va Jandl/Wagner, Umweltrelevante Haftungsfragen bei Bäumen, Pflanzen und Wegen (2016); Stabentheiner/Büchl-Kammerstätter (Hrsg), Kriterien für eine differenzierte Baumhaftung (2020); dazu meine krit Besprechung in RdU 2020, 219 (dort auch zur einschlägigen, bisher wenig beachteten LULUCF-Verordnung der EU); schon im Jahr 2015 Kerschner, Grenzen der Baumhaftung, Sachverständige 2015, 12; ders, Neue Baumhaftung in Sicht? – Das Spannungsfeld zwischen Recht und Klima-/Umweltschutz, RFG 2020, 45.

4) Es finden sich im RIS 5.300 (!) OGH-E zu „analog“ bzw 2.771 zu „Analogie“ (Abfrage im Dezember 2020).

5) Ausführlich dazu Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) zu § 7 ABGB.

6) Umweltrelevante Haftungsfragen 115 ff; E. Wagner, Novellierung der Baumhaftung: Wo ein Wille ist, ist ein Weg, in Stabentheiner/Büchl-Kammerstätter (Hrsg), Baumhaftung 60.

7) Sachverständige 2015, 12 (14 f).

8) So zutreffend E. Wagner in Stabentheiner/Büchl-Kammerstätter (Hrsg), Baumhaftung 60.

9) Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) 852.

10) Nachzulesen auf <https://baumkonvention.at/downloads> Der Baumexperte Gunther Nikodem hat mich dankenswerterweise auf diese E aufmerksam gemacht.

Der maßgebliche **Sachverhalt** in gebotener Kürze: Eine Eiche fällt aufgrund eines Brandkrustenpilzes auf einen nachbarlichen Carport und beschädigt diesen und einen Pkw. Das ErstG konnte nicht feststellen, ob sich schon vor dem Umsturz der Pilz auch oberhalb der Erdoberfläche gebildet hatte und damit erkennbar gewesen wäre. Der gerichtliche Sachverständige hat zwar einhalb Jahre nach dem Schadensereignis Fruchtkörper des Pilzes am Stamm festgestellt. Es sei aber nicht feststellbar, ob das eben auch schon vor dem Umsturz war. Wörtlich aus dem Urteil 1. Instanz: „Der Sachverständige habe bei seiner Anhörung gesagt, man könne weder mit hinreichender Sicherheit bestätigen noch ausschließen, ob sich eventuelle Fruchtkörper schon vor dem Zeitpunkt des Umsturzes des Baumes an diesem befunden hätten.“ Das ist eine eindeutige Situation eines „non liquet“: Das Gericht weiß nicht, ob die Mangelhaftigkeit des Baums vor dem Umsturz erkennbar war oder nicht. Solch schwierige Fragen werden sich oft den Sachverständigen stellen: Man weiß es nicht, **es kann, muss aber nicht sein!** **Das OLG Düsseldorf hat eine Haftung des Baumhalters abgelehnt, da die Beweislast beim geschädigten Kläger liegt.**

Bei fast identer Rechtslage (§ 1319 ABGB entspricht § 836 dt BGB) läge die Beweislast wegen der Analogie zur Bauwerkhaftung in Österreich beim Baumhalter. Dieser kann sich nicht entlasten, dass ihm der Mangel des Baumes nicht erkennbar war.

Bei fast gleichem Wortlaut wird in Deutschland ganz einheitlich eine Analogie zu § 836 BGB, der sogar ausdrücklich Vorbild für § 1319 ABGB war,¹¹⁾ abgelehnt.¹²⁾ Und es sind diesbezüglich keine Unzulänglichkeiten bzw „Aufgeregtheiten“ in Deutschland soweit ersichtlich erkennbar.

Die „Brandkrustenpilz“-E des OLG Düsseldorf enthält im Übrigen noch weitere, höchst vernünftige Rechtsansichten:

- 1. Keine gesteigerte Pflicht zur regelmäßigen und fachkundigen Kontrolle, wenn sich der Baum nicht an einer Straße befindet, sondern nur allgemeine Pflicht, Bäume **in angemessenen Abständen** auf Krankheitsbefall zu überwachen.
- 2. Anzeichen für Erkennbarkeit des Mangels (die eine eingehendere Untersuchung nach sich ziehen würde) sind „*trockenes*

Laub, dürre Äste, oder verdorrte Teile, Pilzbefall, äußere Verletzungen oder Beschädigungen, hohes Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung und sein statischer Aufbau [...]; vgl BGH NJW 2004, 3328; OLG Düsseldorf MDR 2014, 156“. Man mag über solche Erkennbarkeitskriterien im Einzelnen noch diskutieren können.¹³⁾

Lässt sich nun eine Analogie des § 1319 ABGB für Bäume schon wegen ausreichender Wertungsähnlichkeit nicht begründen, so spricht auch die historische Auslegung („Absicht des Gesetzgebers“ gem § 7 ABGB) gegen eine solche. So wird in den Mat zum neuen § 1319 (3. TN) darauf hingewiesen, dass die Begriffe „Gebäude oder Werk“ in der Rechtsanwendung mit Verweis auf §§ 340, 342 ABGB (Bauverbotsklage) „geläufig“ seien. IZm der Bauverbotsklage scheint aber eine Analogie iZm Bäumen in keiner Weise auf. Ob dieses Verweises befürchtete man auch keine allzu weite Ausdehnung des Begriffs Werk.¹⁴⁾ **Von Bäumen weit und breit keine Spur!**

Es ist daher an der Zeit klarzustellen, dass ein Baum kein Bauwerk ist. Da sich die Gerichte dazu – obwohl methodisch zweifellos möglich, mE sogar geboten – kaum durchringen werden können, ist der Gesetzgeber gefordert. Das neue Regierungsprogramm gibt dafür schon die Richtung vor. Denn nicht nur Gründe des Klimaschutzes und der LULUCF-VO der EU sprechen dafür, sondern auch alle anderen methodischen Auslegungsregeln der §§ 6, 7 ABGB (einschließlich Rechtsvergleichung). **Und es sollte auch Eigenverantwortung und allgemeines Lebensrisiko geben (§ 1311 ABGB).**

Ferdinand Kerschner

11) Vgl die Mat zur 3. TN 1916, 271.

12) Vgl nur *Hilsberg*, Haftung der Waldeigentümer: Die Rechtslage in Deutschland, in *Stabentheiner/Büchl-Kammerstätter* (Hrsg), Baumhaftung 85.

13) Und nur insofern kann ein geplanter Leitfaden einen Gewinn bringen, wenn er zudem auf praktischer Erfahrung, tatsächlich üblichem Verhalten beruht und nicht nur manchen Interessengruppen entgegenkommt; abschließend und auf jeden Fall anwendbar wird ein solcher auch nicht sein können.

14) Vgl Mat zur 3. TN 272.