

# Abmahnungen bei Besitzstörungen: Auswege aus der „Kostenfalle“

## Der Beitrag schnell gelesen

Das (mitunter aggressive) Abmahnwesen rund um Besitzstörungen mit Kfz ist in jüngerer Zeit – angesichts der Vielzahl betroffener (potenzieller) Besitzstörer – in den Fokus des öffentlichen Interesses gerückt. Die Aufmerksamkeit wurde durch den aktuellen OGH-Beschluss 4 Ob 5/24z,<sup>1</sup> mit dem das Geschäftsmodell eines „Besitzschutzunternehmens“ wegen Eingriffs in den Rechtsanwaltsvorbehalt (§ 8 RAO) untersagt wurde, verstärkt.<sup>2</sup> Das gegenwärtige Interesse soll zum Anlass genommen werden, den Abgemahnten Auswege aus der (potenziellen) „Kostenfalle“ aufzuzeigen.

## Zivilrecht

§§ 454 ff ZPO

OGH 4 Ob 5/24z; LGZ Wien 35 R 126/21w; 35 R 340/22t; LG Wr Neustadt 58 R 27/20y; LG Eisenstadt 13 R 211/23m

ZVR 2024/122



Mag. DOMINIK PRANKL ist Rechtsanwalt in Wien.

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Nicht empfehlenswerte Vorgangsweise
- C. Strafbewehrte Unterlassungserklärung und vollstreckbarer Unterlassungsvergleich
  1. Wegfall der Wiederholungsgefahr
  2. Vollstreckbarer Unterlassungsvergleich: Wegfall der Wiederholungsgefahr „im Regelfall“
  3. Gefahr des Widerrufs des Angebots eines Unterlassungsvergleichs
- D. Handlungsempfehlungen
  1. Prämisse: Bereitschaft zur Unterlassung *pro futuro*
  2. Berechtigte Abmahnung
  3. (Potenziell) unberechtigte Abmahnung
- E. Schluss

## A. Einleitung

In den Briefkästen der Österreicherinnen und Österreicher landen täglich Abmahnschreiben, in denen den Adressaten (angebliche oder tatsächliche) Besitzstörungen zur Last gelegt und diese – unter Androhung von Besitzstörungsklagen – zur Abgabe von Unterlassungserklärungen sowie zum Ersatz der Rechtsverfolgungskosten aufgefordert werden. Vielfach geht es um Besitzstörungen durch Kfz im Straßenverkehr iW (unberechtigte Nutzung von Privatparkplätzen, Verstellen von Zufahrten o.Ä.). Wie dem rezenten (wettbewerblich) Beschluss des OGH zu 4 Ob 5/24z<sup>3</sup> und der begleitenden medialen Berichterstattung<sup>4</sup> entnommen werden kann, hat sich das Abmahnwesen bei Besitzstörungen – das nicht immer von Rechtsanwälten betrieben wird – sogar als (lukratives) Geschäftsmodell etabliert: „Besitzschutzunternehmen“ kommen auf Besitzstörer zu, um ihnen Vergleichsangebote zu unterbreiten. Entweder es werde ein Pauschalbetrag zur Ablöse des Rechts auf Einbringung einer Besitzstörungsklage gezahlt (und allenfalls eine Unterlassungserklärung abgegeben) oder es werde die Besitzstörungsklage eingebracht. Die geforderten außergerichtl Vergleichsbeträge belaufen sich zwischen

€ 399,- und sagenhaften € 599,-. Die Angebote werden freilich nicht sachlich vorgetragen; die „Attraktivität“ des Angebots wird regelmäßig durch allerlei Drohgebärden verdeutlicht (zB roter, fettgedruckter, stampiglienhafter Schriftzug „FINALE FRIST VOR BESITZSTÖRUNGSKLAGE“, Androhung einer Besitzstörungs- und einer Unterlassungsklage, mit denen Kosten iHv mehreren tausend Euro einhergingen; Hinweise, dass die Sach- und Rechtslage „glasklar“ sei, weshalb auch ein allenfalls konsultierter RA zur Angebotsannahme raten werde etc), die den (angeblichen) Störer einschüchtern und zur raschen Zahlung bewegen sollen. Vielfach entsteht der Eindruck, als diene dieses Vorgehen nicht der Wahrung legitimer Besitzschutzansprüche, sondern deren Kapitalisierung. Dieser Verdacht wird auch dadurch genährt, dass die angedrohten Klagen bei Nichtzahlung oft gar nicht eingebracht werden.<sup>5</sup>

Lukrativ ist dieses Geschäftsmodell va deshalb, weil die geforderten Beträge zwar substanziell, aber letztlich doch zu gering sind, damit sich eine Investition in eigene Rechtsberatung als ökonomisch sinnvoll erweisen könnte. Diesem **rationalen Desinteresse**<sup>6</sup> des Abgemahnten soll hier insofern entgegengewirkt werden, als ihm Ratschläge zur kostengünstigen Problemlösung erteilt werden, die – kollektiv angewendet – gleichsam zu einer Eindämmung der Auswüchse des Abmahn(un)wesens geeignet sind. Der Verfasser hofft daher auf Verbreitung über die juristische Fachwelt hinaus.

<sup>1</sup> Die Kanzlei des Verfassers trat in diesem Provisorialverfahren als Antragstellerin auf.

<sup>2</sup> Auch das neue Geschäftsmodell des betreffenden Unternehmens wurde vom HG Wien jüngst tw für unzulässig erklärt, weil es abermals gegen § 8 RAO verstieß (HG Wien 22. 4. 2024, 20 Cg 16/24t).

<sup>3</sup> OGH 4 Ob 5/24 ZVR 2024/70 (Hoffer) = Zak 2024/117, 74 = VbR 2024/12, 19f (Leupold/Leisentritt) = AnwBl 2024/138, 272f.

<sup>4</sup> Siehe etwa Kary, „Zupf Di“: Wer darf Falschparker abmahnen? Die Presse 5. 9. 2024; Pflügl, 400 Euro für Besitzstörung auf Parkplatz? Höchstgericht dreht Abmahnindustrie den Hahn zu, Standard-Online vom 23. 2. 2024, <https://www.derstandard.at/story/3000000208755/400-euro-fuer-besitzstoerung-auf-parkplatz-hoehstgericht-dreht-abmahnindustrie-den-hahn-zu> (zu-letzt abgerufen am 5. 5. 2024).

<sup>5</sup> Zu diesem Praxisbefund auch Hoffer, Zur Rechtswidrigkeit eines gewerbsmäßigen Abmahnwesens bei Besitzstörungen, ZVR 2024, 209.

<sup>6</sup> Vgl dazu (insb iZm Streuschäden) Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts<sup>5</sup> (2012) 413f. Ein emotionales Desinteresse ist bei den Abgemahnten idR hingegen keineswegs zu konstatieren.

Wiewohl Anlass für den Beitrag der OGH-Beschluss 4 Ob 5/24 z ist, gelten die Handlungsempfehlungen freilich auch für – wenn man so will – untadelige Abmahnungen, die (wenngleich mit Blick auf die Kostenregelung des § 45 ZPO nicht erforderlich<sup>7</sup>) in der Rechtsanwaltspraxis allg üblich sind.

## B. Nicht empfehlenswerte Vorgangsweise

Eine verbreitete Reaktion auf eine Besitzstörungsabmahnung ist die Abgabe einer (einfachen) Unterlassungserklärung (die idR vom Einschreiter auch gefordert wird) und die Überweisung eines Kostenersatzbetrags in der Größenordnung von € 100,-. Diese Vorgangsweise ist vor dem Hintergrund der E des **LGZ Wien** zu **35 R 126/21 w** zu sehen. Nach dieser (vom VKI erstrittenen) Entscheidung richtet sich der Ersatz der durch die Abmahnung entstandenen Rechtsanwaltskosten nach dem RATG, wobei das Abmahnschreiben lediglich nach TP 6 und eine etwaige Besprechung nach TP 8 zu honorieren seien. Im konkreten Fall ging das LGZ Wien von einem Kostenersatzanspruch iHv € 67,58 inkl USt (€ 14,30 für eine Halteranfrage inbegriffen) aus. Auf Basis der aktuellen RATG-Ansätze gebührten – nach Maßgabe dieser Entscheidung – für das Schreiben € 18,40 und für eine (uU fernmündliche) Besprechung € 52,50. Inkl USt und zzgl der Kosten für die Halteranfrage (derzeit € 15,30) betragen die **ersatzfähigen tariflichen Kosten** nunmehr sohin € 100,38.

**Inkl USt und zzgl der Kosten für die Halteranfrage (derzeit € 15,30) betragen die ersatzfähigen tariflichen Kosten nunmehr sohin € 100,38.**

Im Lichte der E des **LGZ Wien** zu **35 R 340/22 t** ist von dieser Handhabung jedenfalls dann abzuraten, wenn der Einschreiter zu erkennen gibt, nur unter der Voraussetzung von einer – auf Erwirkung eines Unterlassungstitels gerichteten – Besitzstörungsklage abzusehen, wenn dem unterbreiteten Vergleichsangebot zur Gänze entsprochen wird. Lautet das Vergleichsangebot – wie im entschiedenen Fall – auf Abgabe einer außergerichtl Unterlassungserklärung verbunden mit der Zahlung von € 390,- sowie dem Eingehen der Verpflichtung zur Zahlung von jeweils € 500,- im Fall weiterer Störungshandlungen, so soll die Wiederholungsgefahr laut LGZ Wien nur dann wegfallen, wenn diesem Angebot – iS eines „take it or leave it“-Prinzips – vollständig entsprochen wird.<sup>8</sup>

Anders stellt sich die Rechtslage mit Blick auf die Wiederholungsgefahr mE dar, wenn der Einschreiter nur eine (einfache) Unterlassungserklärung und Rechtsverfolgungskosten begehrt, allerdings unangemessen hohe Kosten verzeichnet. Beschränkt sich der Störer diesfalls auf die Zahlung der ersatzfähigen Kosten, bewirkt dies den Wegfall der Wiederholungsgefahr. Dasselbe muss für den Fall gelten, in dem unberechtigte Schadenersatzansprüche (va nicht ersatzfähige Vorhaltekosten<sup>9</sup>) beansprucht werden. Um das Gesagte anhand eines Beispiels zu illustrieren: Wird die Besitzstörungsklage für den Fall angedroht, dass nicht binnen 14 Tagen eine vorformulierte Unterlassungserklärung unterfertigt retourniert und die Kosten des Einschreitens iHv € 300,- sowie die „verursachten“ Überwachungskosten iHv € 150,- ersetzt werden, sollte der Störer keine (erfolgreiche) Besitzstörungsklage fürchten müssen, wenn er die Unterlassungserklärung unterfertigt und die angemessenen (tariflichen) Kosten zur Anweisung bringt. Ein redlicher Erklärungsempfänger darf dieses Verhalten mE nämlich dergestalt einordnen, dass sich der Einschreiter mit einer einfachen Unterlassungserklärung abfin-

det. Im Übrigen ist die Aufforderung als Geltendmachung der ges zustehenden Rechtsverfolgungskosten zu deuten. IdS wird man wohl auch die E des LG Wr Neustadt zu 58 R 27/20y verstehen können.

## C. Strafbewehrte Unterlassungserklärung und vollstreckbarer Unterlassungsvergleich

### 1. Wegfall der Wiederholungsgefahr

Die soeben dargelegte Ansicht des LGZ Wien gründet sich auf die hA,<sup>10</sup> wonach die Abgabe einer einfachen, keiner besonderen Sanktionierung unterliegenden Unterlassungserklärung, die unter dem Druck eines drohenden Prozesses abgegeben wird, nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr iZm Unterlassungsansprüchen führt. Wenn das Gericht den „take it or leave it“-Ansatz vertritt, bringt es damit in erster Linie zum Ausdruck, dass die (einfache) Unterlassungserklärung für sich genommen nicht die Qualität aufweist, die für den Wegfall der Wiederholungsgefahr erforderl ist. Anderes gilt nur dann, wenn sich der Einschreiter – meist unter weiteren Bedingungen (zB Ablöse für das Klagsrecht) – selbst damit zufriedengibt und vom Störer sämtliche weiteren Bedingungen erfüllt werden (dazu bereits oben).

Daraus folgt gleichsam, dass der Störer zur Klagsvermeidung nicht auf die Vergleichsbedingungen eingehen muss, wenn er eine **qualifizierte Unterlassungserklärung** abgibt, die dem in seinem Besitz Gestörten Sicherheit hins der Nichtwiederholung gleichartiger Störungen gibt. Oder mit den präziseren Worten der Rsp: Dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit müssen (für den Wegfall der Wiederholungsgefahr) wichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungshandlungen Abstand zu nehmen.<sup>11</sup> Es entspricht gefestigter Rsp,<sup>12</sup> dass diese **Sicherheit** dann „im Regelfall“ (dazu noch unten) anzunehmen ist, wenn der Störer den **Abschluss eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs anbietet**, durch den der Gestörte inhaltlich all das erhält, was er auch durch einen Endbeschluss erhalte.

Ob auch eine bloß strafbewehrte Unterlassungserklärung dieselben Wirkungen (Wegfall der Wiederholungsgefahr) entfaltet, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Der Gestörte ist idZ insofern schlechter gestellt, als er eine strafbewehrte Unterlassungserklärung – anders als den vollstreckbaren Unterlassungsvergleich – nicht unmittelbar zum Anlass für Exekutionshandlungen (§ 355 EO) nehmen kann (fehlende Exequierbarkeit).

<sup>7</sup> Schindler/Schmoliner in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 45 ZPO Rz 11 (Stand 9. 10. 2023, rdb.at): Vorprozessuale Aufforderung bei Besitzstörungsklagen nach hA nicht erforderl. IdS jüngst BG Bruck an der Mur 24. 4. 2024, 4 C 428/24 x.

<sup>8</sup> Vgl *Hoffer*, Anwaltskosten bei Androhung einer Besitzstörung für Falschparken, ZVR 2023, 256. Krit zu dieser Entscheidung jüngst *Steininger*, Besitzstörung wegen Befahrens eines Grundstücks – Wann fällt die Wiederholungsgefahr weg? *Zak* 2023, 249. Siehe zu diesem Problemkreis mit Rsp-Nachw *Leupold* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 454 ZPO Rz 5 (Stand 9. 10. 2023, rdb.at).

<sup>9</sup> *Leupold/Leisentritt*, Besitzstörung: Abmahnpraxis bei Falschparken (Glosse zu 4 Ob 5/24z), VbR 2024, 20; *Binderlehner/Wachter*, *Zak* 2024, 87. Zur fehlenden Verursachung von Vorhaltekosten allg *Kozioł*, HPR I<sup>4</sup> B/2/ Rz 32 (Stand 1. 4. 2020, rdb.at).

<sup>10</sup> OGH 4 Ob 13/20w; 4 Ob 24/05s („Eine derartige Erklärung ist – anders als das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs – nämlich kein verlässliches Indiz für eine Willensänderung des Verletzers, bildet doch diese Zusage keine exekutionsfähige Verpflichtung“); 4 Ob 302/02v; vgl auch *Kodek*, Besitzstörung als „Kostenfalle“? – Zu den Grenzen des Besitzschutzanspruchs, *Zak* 2024, 90.

<sup>11</sup> RIS-Justiz RS0012087; dazu auch *Binderlehner/Wachter*, *Zak* 2024, 85.

<sup>12</sup> RIS-Justiz RS0079899; LG Wr Neustadt 18. 5. 2020, 58 R 27/20y; s auch *Kodek*, *Zak* 2024, 90.

Maßgeblich Bedeutung wird idZ der Willensrichtung des Störers zukommen, konkret, ob der Störer den **Rechtsstandpunkt** des Gestörten im Zuge der Abgabe der (strafbewehrten) Unterlassungserklärung **vorbekanntlos anerkennt** oder nicht.<sup>13</sup> Zu berücksichtigen ist aber auch die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung von Störungen,<sup>14</sup> die etwa bei bloß einmaligem Verparken eines Privatparkplatzes durch einen nicht ortsansässigen Besucher eines Konzerts als gering einzustufen ist. Bei zwiespältigem Verhalten wird die Wiederholungsgefahr nur durch das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs wegfallen.<sup>15</sup> Fraglich ist, ob in Zweifelsfällen auch der Umstand ins Kalkül zu ziehen ist, dass der Einschreiter sich (wenn auch im Rahmen eines Vergleichsangebots) aufforderungsgemäß mit einer einfachen Unterlassungserklärung begnügt hätte. Ich neige dazu, dies tendenziell zu bejahen.

## 2. Vollstreckbarer Unterlassungsvergleich: Wegfall der Wiederholungsgefahr „im Regelfall“

Die Rsp lässt sich mit dem Einschub, wonach das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs „im Regelfall“ die Wiederholungsgefahr beseitigt, eine Hintertür für **atypische Fälle** öffnen. Das LG Eisenstadt als RekG vermeinte jüngst zu 13 R 211/23 m,<sup>16</sup> eine derartige Ausnahmekonstellation beurteilen zu müssen. Der Bekl in einem Besitzstörungsverfahren bestritt aus unterschiedl. Gründen die Berechtigung der Besitzstörungsklage, gab aber – weil ihm nicht daran gelegen war, weiterhin auf der klagsgegenständlichen Liegenschaft zu parken – in der vorbereitenden Tagsatzung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Da sich die Kl aufgrund der „Uneinsichtigkeit“ des Bekl damit nicht zufriedengab, bot der Bekl zusätzl. an, die zuvor abgegebene strafbewehrte (!) Unterlassungserklärung sofort (in der Verhandlung) als vollstreckbaren Unterlassungsvergleich abzuschließen. Wiewohl die Kl dieses Angebot ausschlug, obsiegte sie. Das ErstG ging vom Fortbestehen der Wiederholungsgefahr aus. Das LG Eisenstadt bestätigte die Entscheidung: Zwar sei die Bereitschaft zu einem exekutierbaren Vergleich ein Indiz für den Wegfall der Wiederholungsgefahr. Gleichwohl spräche das Verhalten des Bekl (Bestreitung einer Besitzstörung; „bis zuletzt zu erkennen gegeben, dass das Unrecht nicht eingesehen werde“) in Zusammenschau mit der Weigerung, ein Teilanerkennnis abzugeben, für den weiteren Bestand der Wiederholungsgefahr.

Diese Rechtsauffassung ist mE unvertretbar. Die Kl hätte – zumal das Angebot in der Verhandlung unterbreitet wurde – iS der Rsp sogleich alles erhalten, was sie mit dem Endbeschluss erhalten hätte. **Auf einen „Sinneswandel“** (verstanden als Unrechtsbewusstsein) **kann es in dieser Konstellation nicht ankommen**. Der Gestörte hat kein Wahlrecht zwischen (vollstreckbarem) Vergleich und Endbeschluss. Für Gesinnungserwägungen ist idZ kein Platz. Mit dem Vorhalt, der Bekl habe kein Anerkenntnis abgegeben, wird überdies ein Fehlverständnis des Zwecks des Unterlassungsvergleichs offenbart: Der Unterschied zwischen Unterlassungsvergleich und Anerkenntnis liegt va im **Kostenrecht**: Während mit dem Anerkenntnis auch ein Kostenanerkennnis verbunden ist,<sup>17</sup> besteht beim Unterlassungsvergleich die Möglichkeit, eine gesonderte Kostenentscheidung zu erwirken, bei der die Berechtigung des Anspruchs als Vorfrage geklärt wird.<sup>18</sup>

## 3. Gefahr des Widerrufs des Angebots eines Unterlassungsvergleichs

Wiewohl das LG Eisenstadt die Relativierung „im Regelfall“ rechtsirrig zum Leben erweckt hat, schärft die Entscheidung das Problembewusstsein. Wird ein Unterlassungsvergleich in der

mündlichen Streitverhandlung angeboten, kann sogleich ein Exekutionstitel erzeugt werden. Den Rechtsschutzinteressen des Gestörten wird unmittelbar zum Durchbruch verholfen. An dieser Imminenz fehlt es indes, wenn der Störer ein entsprechendes Angebot zB in der außergerichtl. Korrespondenz unterbreitet. Bei unbefangener Betrachtung besteht die Gefahr, dass der Störer sein Angebot zum Vergleichsabschluss nach Ablauf der 30-tägigen Frist für die Einbringung der Besitzstörungsklage (§ 454 ZPO) wieder zurückzieht (innerhalb dieser Frist ist es erfahrungsgemäß schwer, einen Termin für eine Vergleichstagsatzung gem § 433 ZPO zu organisieren). Dieses Problem lässt sich mE allerdings ohne besondere methodische Anstrengungen lösen. Qualifiziert man die Frist des § 454 ZPO mit der Rsp als materiellrechtl. Präklusivfrist,<sup>19</sup> sind auch die Hemmungs- und Unterbrechungsgründe (§§ 1494, 1497 ABGB) analog anwendbar.<sup>20</sup> Konkret kommt der **Hemmungsgrund** der (ernsthaft geführten) **Vergleichsverhandlungen** in Betracht.<sup>21</sup> Widerruft der Störer sein Angebot kurzerhand, hat der Gestörte zur Fristwahrung unverzüglich die Besitzstörungsklage einzubringen. Denkbar wäre es grds. auch, den Gestörten dergestalt auf den Rechtsweg zu verweisen, als er die Klage auf Abschluss eines gerichtl. Unterlassungsvergleichs einzubringen hat. Angesichts der Eilbedürftigkeit des Besitzschutzes scheint mir dieser Ansatz aber nicht sachgerecht.

Will der Abgemahnte vermeiden, dass ihm aus dem denkbaren Widerruf des Angebots zum Unterlassungsvergleich ein „Strick gedreht“ wird, so könnte er für den Fall der Zurückziehung des Widerrufs eine Konventionalstrafe versprechen. Damit wäre auch diese Flanke abgesichert.

## D. Handlungsempfehlungen

### 1. Prämisse: Bereitschaft zur Unterlassung *pro futuro*

Im Anschluss an diese Erwägungen sollen Handlungsempfehlungen erarbeitet werden, die dem Störer einen möglichst **kosten-schonenden Ausweg aus dem Besitzstörungsdilemma** eröffnen sollen. Dabei wird folgende Prämisse zugrunde gelegt, die den meisten Besitzstörungsfällen mit Kfz im Straßenverkehr gemein ist: Der Störer hat bewusst oder unbewusst eine fremde Liegenschaft befahren, er hat aber kein besonderes Interesse, diese Liegenschaft weiterhin (allenfalls zu bestimmten Bedingungen) zu nutzen, weshalb er bereit ist, sich *pro futuro* zur Unterlassung zu verpflichten. Darauf aufbauend sollen zwei Fallgruppen gebildet werden:

### 2. Berechtigte Abmahnung

Geht der Adressat eines Abmahnschreibens davon aus, dass der Vorwurf der Besitzstörung *in casu* berechtigt ist, sollte wie folgt reagiert werden:

<sup>13</sup> Vgl. dazu OGH 2 Ob 116/23 g.

<sup>14</sup> RIS-Justiz RS0012064 (T 2); s. auch LG Wr Neustadt 18. 5. 2020, 58 R 27/20y.

<sup>15</sup> RIS-Justiz RS0079692 (T 17).

<sup>16</sup> Der Verfasser war an diesem Verfahren als Beklagtenvertreter beteiligt.

<sup>17</sup> Obermaier in Höllwerth/Ziehensack, ZPO-TaKom § 41 ZPO Rz 2; M. Bydliński in Fasching/Konecny<sup>3</sup> II/1 § 41 ZPO Rz 47 (Stand 1. 9. 2014, rdb.at); s. bereits OGH 6. 2. 1907 GIUNF 4458 (1910): „Da nun B [...] unter das Klagebegehren submittiert und keinen Vorbehalt wegen der Kosten gemacht hat, mithin iSd § 41 ZPO als unterliegende Partei anzusehen ist, ist er nach dieser Gesetzesbestimmung auch verpflichtet, der Kl die Prozesskosten zu ersetzen.“

<sup>18</sup> Instruktiv OGH 4 Ob 311/78.

<sup>19</sup> Leupold in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON § 454 ZPO Rz 22 (Stand 9. 10. 2023, rdb.at) mit Rsp-Nachweisen.

<sup>20</sup> Leupold in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON § 454 ZPO Rz 24 (Stand 9. 10. 2023, rdb.at).

<sup>21</sup> Garber in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom<sup>6</sup> § 1494 Rz 8. Zur Anwendung dieses Hemmungsgrundes auch auf Präklusivfristen s. RIS-Justiz RS0020748.



Fordert der Einschreiter lediglich die Abgabe einer (idR vorformulierten) Unterlassungserklärung und Kostenersatz nach RATG (= ein Betrag in der Größenordnung von € 100,-), sollte der Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist zur Gänze nachgekommen werden.

Fordert der Einschreiter für das Absehen von einer Besitzstörungsklage zusätzl zur Unterlassungserklärung demgegenüber einen Betrag iHv € 400,- bis € 600,- (so die Geschäftspraktiken der bekannten „Besitzschutzunternehmen“), sollte eine **strafbewehrte Unterlassungserklärung** abgegeben **und** zusätzl das **Angebot zum Abschluss eines gerichtl Unterlassungsvergleiches gegen Kostenübernahme** unterbreitet werden. Rechtsverfolgungskosten für das außergerichtl Einschreiten sollten nur dann ersetzt werden, wenn das Aufforderungsschreiben von einem RA stammt, und dies nur insoweit, als diese den Tarifansatz nach RATG nicht übersteigen (dazu oben). Ist das Schreiben nicht von einem Anwalt gefertigt, sollten nur die Barauslagen, dh va die Kosten für die Halteranfrage (€ 15,30), ersetzt werden.

Ein Antwortschreiben könnte wie folgt lauten:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich komme auf Ihr Schreiben vom [DATUM] zurück. Ich bedaure, auf der näher bezeichneten Liegenschaft eine Besitzstörung begangen zu haben. Ihr Schreiben nehme ich zum Anlass, folgende strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben:

[UNTERLASSUNGSEKTLÄRUNG]

Für den Fall der Verletzung der Unterlassungsverpflichtung schulde ich eine Vertragsstrafe iHv € 400,00 pro Verstoß.

Zusätzlich bin ich bereit, die Unterlassungsverpflichtung kurzfristig im Rahmen eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches zu bekräftigen und die dafür entstehenden (tariflichen) Kosten zu übernehmen. Ich ersuche um Bekanntgabe bis [DATUM], ob Sie auf dieses Angebot zurückkommen wollen.

[Optional: Für den – von mir keineswegs angedachten – Widerruf des Angebots zum Abschluss eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches verpflichte ich mich zur Zahlung einer Vertragsstrafe iHv € 400,00.]

Einen Betrag iHv € 100,38 inkl USt [alternativ € 15,30] habe ich bereits auf das angegebene Konto zur Anweisung gebracht.

[Optional: Für den Fall, dass Sie nicht auf einen gerichtlichen Unterlassungsvergleich bestehen, verpflichte ich mich zur Zahlung eines weiteren Pauschalbetrages iHv € 70,00 binnen sieben Tagen ab entsprechender Erklärung/Aufforderung Ihrerseits.]

Mit freundlichen Grüßen,

[VORNAME, NACHNAME]“

**Auf dieser Grundlage entstünden Gesamtkosten iHv € 249,90 inkl USt. Schreitet außergerichtl kein RA ein, betragen die Kosten – unter denselben Voraussetzungen – nur € 161,82 inkl USt.**

Davon ausgehend, dass sich der Störer nicht anwaltlich vertreten lässt, entstehen ihm in dieser Konstellation (unter der Voraussetzung, dass auf der Gegenseite ein ortsansässiger RA einschreitet) Kosten iHv € 234,40 inkl USt (davon € 134,02 für die Vergleichstagsatzung TP 2/einfacher Einheitssatz inkl USt) zzgl der gerichtl PG. Die streitwertabhängige PG nach TP 1 ermäßigt sich bei prätorischen Vergleichen auf die Hälfte (Anm 2 TP 1 GGG). § 16 Abs 1 Z 1 lit c GGG sieht für Besitzstörungsklagen eine Bemessungsgrundlage iHv € 750,- vor. Diese Bemessungsgrundlage ist bei prätorischen Vergleichen über Besitzschutzansprüche mE nicht zwingend anzuwenden. Vielmehr obliegt es den Parteien,

eine Bewertung (§ 14 GGG iVm § 56 Abs 2 JN) vorzunehmen. Wird der Unterlassungsvergleich mit € 150,- bewertet, beträgt die reduzierte PG € 12,50. Auf dieser Grundlage entstünden **Gesamtkosten iHv € 249,90 inkl USt**. Schreitet außergerichtl kein RA ein, betragen die Kosten – unter denselben Voraussetzungen – nur **€ 161,82 inkl USt**. Aufgrund des geringen tarifl Honorars für eine Vergleichstagsatzung besteht überdies die Chance, dass sich der Einschreiter mit der strafbewehrten Unterlassungserklärung begnügt. Um den Anreiz zum kostenverursachenden gerichtl Vergleichsschluss bereits antizipativ zu nehmen, könnte die Ablöse dieses Rechts offeriert werden (s den optionalen Baustein im Mustertext).

### 3. (Potenziell) unberechtigte Abmahnung

Geht der Abmahnte davon aus, möglicherweise zu Unrecht in Anspruch genommen zu werden, erscheint es zweckmäßig, wie folgt zu reagieren: Der Abgemahnte kommuniziert dem Einschreiter innerhalb der gesetzten Frist, dass er – aus welchen Gründen immer (fehlende Aktiv- oder Passivlegitimation, Verstoß gegen das Schikaneverbot<sup>22</sup>, fehlende Eigenmacht etc) – keine Besitzstörung zu verantworten habe, dessen ungeachtet aber eine **strafbewehrte Unterlassungserklärung** abgebe und weiters – **ohne Kostenpräjudiz** – zum **Abschluss eines gerichtl Unterlassungsvergleiches** bereit sei. Etwaige verzeichnete Rechtsverfolgungskosten werden nicht ersetzt.

Ein Antwortschreiben könnte in diesem Fall wie folgt lauten:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich komme auf Ihr Schreiben vom [DATUM] zurück. Ihr Vorwurf, ich hätte auf der näher bezeichneten Liegenschaft eine Besitzstörung begangen, ist unrichtig, weil [...].

Zur Streitvermeidung gebe ich dessen ungeachtet folgende strafbewehrte Unterlassungserklärung ab:

[UNTERLASSUNGSEKTLÄRUNG]

Für den Fall der Verletzung der Unterlassungsverpflichtung schulde ich eine Vertragsstrafe iHv € 400,00 pro Verstoß.

Zusätzlich bin ich bereit, die Unterlassungsverpflichtung kurzfristig im Rahmen eines gerichtlichen Unterlassungsvergleiches zu bekräftigen. Ein Ersatz der Rechtsverfolgungskosten kommt allerdings nur in Frage, sofern ein Gericht Ihr Einschreiten – entgegen meiner Auffassung – als berechtigt ansehen und mich zum Ersatz dieser Kosten verpflichten sollte.<sup>23</sup> Ich ersuche um Bekanntgabe bis [DATUM], ob Sie auf dieses Angebot zurückkommen wollen.

Mit freundlichen Grüßen,

[VORNAME, NACHNAME]“

### E. Schluss

Um das Kostenrisiko iZm einer (potenziellen) Besitzstörung möglichst gering zu halten, sollte bereits zielgerichtet auf ein entsprechendes Abmahnschreiben reagiert werden. Gibt der (potenzielle) Störer innerhalb der gesetzten Frist eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, mit der das Angebot zum Abschluss eines gerichtl Unterlassungsvergleiches verbunden wird, kann er sich verhältnismäßig kostengünstig aus der unangenehmen Situation befreien. Angesichts des geringen Rechtsanwalts-hono-

<sup>22</sup> Vgl zur praxisrelevanten Schikanekonstellation des ganz kurzfristigen Befahrens einer (Park-)Fläche zum Umdrehen ohne Behinderung anderer jüngst Kodek, Zak 2024, 89.

<sup>23</sup> Die Rechtsverfolgungskosten für die außergerichtl Anspruchsdurchsetzung können wegen Aufhebung der Akzessorietät infolge vergleichsweiser Bereinigung gesondert eingeklagt werden (dazu M. Bydliński in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/1 Vor §§ 40ff ZPO Rz 4 [Stand 1. 9. 2014, rdb.at]).

rars, das für eine Vergleichstagsatzung gebührt, ist überdies die Chance intakt, dass der Einschreiter nicht auf den gerichtl Vergleichsabschluss besteht. Bestehen Anhaltspunkte, dass es der Einschreiter auf eine Vergleichstagsatzung ankommen lassen könnte, sollte das Angebot einer Ablöse für den Verzicht auf den gerichtl Vergleichsschluss in Erwägung gezogen werden.

Plus

### ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: d.prankl@rpb-law.at

# Neue Wurzeln für die Baumhaftung: § 1319b ABGB

## Der Beitrag schnell gelesen

Mit dem HaftRÄG 2024 BGBl I 2024/33 trat am 1. 5. 2024 die neue Baumhaftung in Kraft. § 1319b ABGB stellt in vier (!) Abs klar, dass auf die Haftung für durch Bäume verursachte Schäden nun die allg schadenersatzrechtl Grundsätze anzuwenden sind. Das soll Baumhaltern die Haftungsängste nehmen und Bäume vor nicht gebotenen Beschnitt schützen. Dieser Beitrag stellt die nun geltende Regelung dar und bewertet

sie, zeigt die Unterschiede zur alten Rechtslage auf und verknüpft sie mit der bisherigen Rsp.

### Haftungsrecht

§§ 1319, 1319a, 1319b ABGB; § 176 ForstG

ZVR 2024/123



Univ.-Ass.<sup>in</sup> Mag.<sup>a</sup> CHRISTINA DIESENREITHER ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz.

## Inhaltsübersicht:

- A. Passivlegitimation
- B. Beweislastregelung
- C. Sachlicher Anwendungsbereich
- D. Die erforderliche (und zumutbare) Sorgfalt
- E. Sorgfaltsmaßnahmen
- F. Haftung ab leichter Fahrlässigkeit
- G. Betonung der Eigenverantwortung
- H. Haftung für Dritte
- I. Verhältnis zwischen § 1319a und § 1319b
- J. Haftung am Waldrand
- K. Fazit

## A. Passivlegitimation

Haftungsträger nach § 1319b ABGB ist, wie bereits bisher bei analoger Anwendung des § 1319 ABGB,<sup>1</sup> der Baumhalter. Damit reiht sich der neue Spezialtatbestand in das Gefüge der Haftung für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten ein.<sup>2</sup> Der Halter haftet, weil er primär den Nutzen aus dem Baum zieht, ihm die faktische Verfügungsmacht zukommt und er die Möglichkeit zur Gefahrenabwehr hat. Das kann etwa der Eigentümer oder Pächter des Grundstücks sein, auf dem sich der Baum befindet.<sup>3</sup>

## B. Beweislastregelung

Die wohl praktisch bedeutsamste Änderung stellt die neue Beweislastregelung dar. Nach § 1319 ABGB, der bisher analog auf

Bäume angewendet wurde, musste die geschädigte Person – neben der Haltereigenschaft des Bekl – bloß die mangelhafte Beschaffenheit des Baumes als Schadensursache beweisen, dem Baumhalter oblag sodann der Freibeweis vom Vorwurf, er hätte nicht „alle zur Abwendung der Gefahr erforderl Sorgfalt angewendet“.<sup>4</sup> Konnte nicht festgestellt werden, ob der Baumhalter seinen Sorgfaltspflichten entsprochen hatte, führte die Beweislastregel dennoch zu seiner Haftung. Darauf reagierten Baumhalter mit sog „Angstschnitten“, also nicht gebotenen Zurückschneiden oder Fällen von Bäumen, um präventiv einer Haftung zu entkommen.<sup>5</sup> § 1319b Abs 3 ABGB soll dem entgegenwirken,<sup>6</sup> indem er die Anwendung der allg Regeln über die Beweislast anordnet.<sup>7</sup> Kurz: Die geschädigte Person muss nun sowohl den Nachw der mangelhaften Beschaffenheit des Baumes erbringen als auch beweisen, dass der Baumhalter die erforderl (und zu-

<sup>1</sup> Fischer-Czermak/Schürz, Haftung für Schäden durch Bäume, RFG 2009/45, 199 mwN.

<sup>2</sup> Stabentheiner/Wieser, Gesetzliche Neuregelung der Haftung für Bäume – das Haftungsrechts-Änderungsgesetz 2024, Zak 2024/218, 126.

<sup>3</sup> ErläutRV 2462 BlgNR 27. GP 5. Zum (gleichgebliebenen) Baumhalterbegriff s OGH 1 Ob 93/00h ZVR 2001/21; Reischauer in Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1319 Rz 12 mwN (Stand 1. 1. 2004, rdb.at).

<sup>4</sup> OGH 1 Ob 93/00h ZVR 2002/21; Danzl/Karner in P. Bydliński/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB ABGB<sup>7</sup> (2023) § 1319 Rz 4 mwN.

<sup>5</sup> Borkowski, Das HaftRÄG 2022: Eine Neuordnung der Haftung für Bäume, ZVR 2023/20, 57; Kerschner, Neue Baumhaftung in Sicht? Das Spannungsfeld zwischen Recht und Klima-/Umweltschutz, RFG 2020/10, 46; Wagner, Hurra – Ministerialentwurf zur Baumhaftung (endlich) da! RdU 2024/6, 5; ErläutRV 2462 BlgNR 27. GP 1, 4.

<sup>6</sup> Vgl Stabentheiner/Wieser, Zak 2024/218, 128.

<sup>7</sup> Das wird betont, um die Regelung klar von der bisher aus der Analogie zu § 1319 ABGB abgeleiteten Beweislastumkehr abzugrenzen. Abs 3 hat bloß klarstellende Wirkung. Siehe ErläutRV 2462 BlgNR 27. GP 5, 8.