

Idealfall werden mit dem Arbeitgeber auch Einigungen zum Verbleib im Homeoffice erzielt, und zwar durch entsprechende Regelungen vor einem klaren rechtlichen Hintergrund.

All diese und weitere Maßnahmen müssen ineinandergreifen, um die kommenden beiden Jahrzehnte zielicher Richtung Klimaneutralität steuern zu können und mögliche Einschnitte in gewissen Bereichen ausgleichen zu können. Jeder Einzelne kann etwas im

sprich-, aber auch wortwörtlichen Sinne dazu beitragen. Gleichzeitig ist klar: Der Staat kann sich unter Berufung auf den globalen Charakter des Klimawandels seiner nationalen Verantwortung nicht entziehen.²⁴⁷⁾

→ In Kürze

Für die Realisierung der Verkehrs- bzw Mobilitätswende steht ein breites Spektrum an Instrumenten zur Verfügung. Ordnungsrechtliche Maßnahmen etwa können va mit hoher Wirksamkeit punkten und scheinen angesichts der dringlichen Klimasituation prima facie vielversprechend. Dabei ergeben sich zahlreiche Anknüpfungspunkte zum EU-Recht, die es differenziert zu betrachten gilt: So etwa in Bezug auf das vieldiskutierte Verbot für „Verbrenner-Pkws“ oder innerstädtische Einfahrtsbeschränkungen („Umweltzonen“), die das Verhalten Betroffener direkt steuern. Ökonomische Ansätze wie bspw die voranschreitende Ökologisierung des Steuersystems oder ein fahrleistungsbezogenes Mautsystem bringen vermeintlich eine geringere Eingriffsintensität mit sich, werfen aber ebenso zahlreiche Rechtsfragen auf. Dasselbe gilt für planungsrechtliche und sonstige Maßnahmen.

Der Beitrag diskutiert eine Palette an „Werkzeugen“, die unterschiedlichste Rechtsgebiete erfassen und den Klimaschutz demnach nicht nur punktuell, sondern über eine gesamtheitliche und qualitative Anpassung des Verkehrssystems sicherstellen sollen. Dabei müssen sich speziell Effektivität und öffentliche Akzeptanz stets die Waage halten.

→ Zum Thema

Über die Autorin und die Autoren:
Univ.-Prof.ⁱⁿ MMag.^a Dr.ⁱⁿ Eva Schulev-Steindl, LL. M., war Universitätsprofessorin für Öffentliches Recht und Wirt-

schaftsrecht der Universität Graz und ist seit 1. 2. 2022 Rektorin der Universität für Bodenkultur.

Mag. Christoph Romirer, MA, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz.

Lukas Liebenberger ist Mitarbeiter im Rahmen des Projekts „MOBILEX“ und studentischer Mitarbeiter an Instituten der Universität Graz.

Kontaktadresse: Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Universitätsstraße 15/D III, 8010 Graz.

E-Mail: eva.schulev-steindl@uni-graz.at

christoph.romirer@uni-graz.at

lukas.liebenberger@uni-graz.at

Von derselben Autorin und demselben Autor erschienen: *Geringer/Romirer*, Fahrverbote und Umweltzonen aus Klimaschutzgründen: gangbarer Weg oder rechtliche Sackgasse? ZVR 2021, 158.

Schulev-Steindl/Kirchengast/Steininger/Schnedl, CO₂- und Umweltsteuern – Wege zu einer umwelt-, sozial- und wirtschaftsgerechten Steuerreform (2020).

Links:

<https://wegcwp.uni-graz.at/quality/>

Hinweis:

Teil 1 dieses Beitrags ist in Heft 6/2021 der RdU erschienen (RdU 2021/125).

Umweltprivatrecht – Quo vadis?

Vor allem zu den großen und kleinen Pflöcken des Nachbarrechts

Von Ferdinand Kerschner

Inhaltsübersicht:

- A. Funktion des Umweltprivatrechts, insb des Nachbarrechts
- B. Dilemmata
 1. Gefährdung durch grenznahe AKW bzw Atommüllendlager
 2. Verkehrsimmissionen
- C. Offene Fragen
 1. Ortsüblichwerden
 2. Quasi-Negatoria
 3. Rechtsstellung nachträglicher Nachbarn
 4. Ortsbegriff
- D. Roma locuta (Auswahl)
 1. Parteistellung als grundsätzliche Voraussetzung der Sperrwirkung
 2. Selbsthilferecht konkurriert mit Beseitigungsanspruch

3. Tiere als Immissionen?
4. Baugenehmigung (selbst mit Parteistellung) erzeugt keine Sperrwirkung
5. Gefährdung durch herabfallende Äste
6. Neue Baumhaftung
- E. Weitere neuere Entscheidungen zur Störungsabwehr
- F. Leitsätze des OGH zu § 364a bzw § 364b ABGB

A. Funktion des Umweltprivatrechts, insb des Nachbarrechts

Das Umweltprivatrecht, dabei va das Nachbarrecht, aber auch das Delikts- und Amtshaftungsrecht, ist primär auf das **Unterlassen** von schädigenden, gefährdenden, belästigenden Natureingriffen und Gesundheitsgefährdungen gerichtet, ersteres unmittelbar, letz-

RdU 2022/4

§§ 364, 364 a
ABGB;

Art 6 EMRK

OGH 24. 9. 2019,
8 Ob 61/19g;

OGH 11. 12. 2007,
4 Ob 196/07 p

Abwehranspruch;

Quasi-Negatoria;

Sperrwirkung;

„Beseitigungs-
anspruch“;

Selbsthilferecht

tere mittelbar über die **Präventivwirkung**, aber auch über die Naturalrestitution. Unterlassen bedeutet aber nicht Nichtstun – wie oft von Gegnern des Umweltprivatrechts eingewendet wird. Um dem Erfolgsverbot zu entsprechen, sind vielfach aufwendige Aktivitäten erforderlich.¹⁾ Bei Verletzung von beh. Auflagen führt die Abwehrklage im Ergebnis meist zur Auflagenerfüllung.²⁾

Die unverzichtbare Hauptfunktion des Umweltprivatrechts liegt mehr denn je in der maßgeblichen Ergänzung des öffentlichen (politischen) Umweltrrechts und damit in der Schaffung eines **apolitischen Frei-raums**. Dazu nur zwei aktuelle **Anmerkungen**:

- Noch immer und immer wieder versucht der einfache Gesetzgeber, die **Rechtsschutzansprüche** im öffentlichen Recht zu **beschneiden**; so etwa die GewO-Nov. BGBl. I 2013/85: Ua werden bestimmte (Groß-)Veranstaltungen (wie zB Public Viewing bei sportlichen Großereignissen) genehmigungsfrei gestellt; § 81 Abs 1 Z 11 GewO.³⁾
- Auch die neuen **LVwG** bieten bei ihrer derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung noch **keine** wirkliche Garantie für einen völlig **unabhängigen effektiven Rechtsschutz**. Nur zwei Argumente dazu:
 - Die LVwG entscheiden – mit Ausnahme von Verwaltungsstrafsachen – nach dem Gesetz (vgl. § 28 Abs 2 VwGVG) nur unter bestimmten Voraussetzungen meritorisch. Der VwGH hat dieses Prinzip nun allerdings – im Ergebnis sehr positiv – umgekehrt („möglichst in der Sache“); vgl. VwGH 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063; siehe aber das Widerspruchsrecht der Beh. nach § 28 Abs 3 VwGVG.
 - Und die in erster Instanz entscheidende Beh. kann mit „ihren“ ASV das Fundament der Entscheidung gestalten und diese „Start- und Streit-helfer“ sind auch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren heranzuziehen.⁴⁾

Daher wird das Umweltprivatrecht die ordentlichen Gerichte auch in Zukunft – so lästig das auch für diese sein mag – zumindest in gleicher Weise beschäftigen wie bisher. Und diese Last ist groß genug:

Seit der 3. Teilnovelle des ABGB 1916, durch die das Nachbarrecht im Wesentlichen in der heute gültigen Form geregelt worden ist, haben **gewaltige wissenschaftliche und technische Veränderungen** stattgefunden. In diesen 105 Jahren sind ganz neue Risiko- und Gefahrenlagen entstanden. Neue Industrien, Technologien, chemische Stoffe und Verkehrsinfrastrukturen führen zu viel komplexeren Konfliktszenarien. Andererseits hat aber die Technikfolgen- und Gefahrenforschung nicht Schritt gehalten. Es bestehen erhebliche, meist nicht quantifizierbare Restrisiken.

Die derzeitige rudimentäre, aus fast lauter unbestimmten Begriffen bestehende Regelung des § 364 Abs 2 iVm § 364a ABGB entspricht kaum mehr den Anforderungen des Rechtsstaats und der Rechtssicherheit. Vorschläge einer moderaten Weiterentwicklung sind bisher leider unerhört verhallt. Durch den entwicklungsbedingt entstandenen gewaltigen Spielraum haben die **Gerichte beinahe die Funktion eines Gesetzgebers zu erfüllen**. Die dabei auftretende Gefahr

ist systemimmanent und hier keinesfalls mit einem Vorwurf an die Gerichte verbunden: Die nötige kasuistische Einzelfallgerechtigkeit erschwert eine systematische Fortentwicklung.

Durch die in der Natur der Sache gelegene erhebliche Rechtsunsicherheit wird die Effizienz der Abwehrklage (Unterlassungsklage) stark geschwächt. „Dem Umweltschutz würde eine **schärfere Handhabung** der meist ohnedies bestehenden Untersagungsmöglichkeit besser dienen als nachträgliche Schadenersatzansprüche, die zum Zuwarten verleiten“ (Spielbüchler in Rummel, ABGB³ § 364 a Rz 6 [Hervorhebungen durch den Autor]).

Das der 3. Teilnovelle als Vorbild dienende Nachbarrecht des BGB ist in der Zwischenzeit immerhin bereits zweimal maßgeblich reformiert worden. Mit dem ZivilrechtsänderungsG 2004 (ZivRÄG 2004) hat der österr. Gesetzgeber nur in einem sehr engen Bereich Änderungen (in Kraft seit 1. 7. 2004) vorgenommen. Entgegen ersten Unkenrufen hat sich mE die Neuregelung bisher auch – zumindest grundsätzlich – in der Praxis bewährt.

Das **neue nachbarliche Rücksichtnahmegebot** hat sich – entgegen auch meinen Befürchtungen – nicht zu einer „Wunderwaffe“ des belästigten Nachbarn entwickelt. Die Fälle des Entzugs von Licht durch Bäume und andere Pflanzen hat die Judikatur – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – sinnvollerweise **auf Extremfälle beschränkt**. Auch die Modifikationen des Selbsthilferechts nach § 422 ABGB haben – soweit ersichtlich – eher befriedend gewirkt.

B. Dilemmata

In zwei Dilemmata haben die ordentlichen Gerichte den mE falschen Weg eingeschlagen; falsch deshalb, weil er nicht unserer Rechtsordnung entspricht. Nicht alles, was vielleicht pragmatisch richtig erscheint, muss auch juristisch richtig sein. Aber nur ganz kurz dazu.

1. Gefährdung durch grenznahe AKW bzw. Atommüllendlager

Es hat der Mut gefehlt, den Weg zu Ende zu gehen. Ohne irgendeine einschlägige sachliche Feststellung hat der OGH⁵⁾ vermeint zu wissen, dass vom AKW Temelin keine konkrete Gefährdung ausginge. Der faktische, völlig unverbindliche, rein politische Melker Prozess hat durchgeschlagen. Die AKW-Stresstester-

1) Vgl. später D.1.b); s. den Hubschrauberlandeplatzfall bzw. den Gondelseilbahnfall.

2) Vgl. aber zu einem Mühlenbetrieb OGH 6 Ob 247/20x: Auflagenverletzung allein reicht nicht; dazu *Von der Thannen*, RdU 2021, 273.

3) Vgl. näher *N. Raschauer/Ennöckl* in *IUR* (Hrsg.), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrrechts (2014) 38.

4) Vgl. dazu ausführlich *Kerschner*, Art 6 EMRK noch nicht voll erfüllt: Zu den neuen Verwaltungsgerichten, in *FS Stolzlechner* (2013) 347 ff. (356 ff.); siehe zuletzt den Bericht zu Gutachten im Hochmoor auf der Wurzeralm OÖN 2021 v. 7. 9. 2021, 26 und den erschütternden Gastkommentar von *Josef Lueger*, *Justitia* ist nur auf einem Auge blind, in *Wiener Zeitung* v. 26. 8. 2021. Zu gewichtigen grundrechtlichen Bedenken zuletzt auch *Walzel von Wiesentreu* in *Attmayer/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg.), *Sachverständigenrecht*³ (2021) 100 ff. Rz 2.074–2.076.

5) Vgl. RdU 2013/26, 40 mit Anm. *Kerschner*.

gebnisse haben ganz anderes erwiesen.⁶⁾ Es ist zu befürchten, dass Ähnliches auch bei den anstehenden Atommüllendlagern passieren wird.

2. Verkehrsimmissionen

Voller Ausgleich von Schäden/Entwertungen durch Verkehrsimmissionen würden va die ASFINAG und damit den Staat belasten, sodass kein öffentliches Interesse daran bestehen könne, solches im Wege des Nachbarrechts (OGH SZ 55/55) oder der Enteignungsentschädigung zuzusprechen. Der siebte Senat des OGH,⁷⁾ der diese im Jahr 2013 im Rahmen der Enteignungsentschädigung dem Enteigneten versagt, kann sich auf keine (!) Auslegungsmethode stützen, außer auf „in dubio pro fisco“.⁸⁾ Eine solche steht aber nicht in den §§ 6, 7 ABGB. Sein Verweis auf den Zivilrechtsweg, nämlich einen Anspruch nach § 364a ABGB, ist – vorsichtig ausgedrückt – Provokation, wird dieser doch nach st Rspr grundsätzlich abgelehnt.

Vor Kurzem hat allerdings der **sechste Senat** insofern dem 7. Senat widersprochen: Die Ansprüche nach § 364a ABGB stünden auch bezüglich Projektschäden im Rahmen der Enteignungsentschädigung zu.⁹⁾ Soweit damit die üblichen allgemeinen Verkehrsimmissionen gemeint sind, nützt das dem Enteigneten freilich auch nichts, da diese als „hoheitliche Immissionen“ nicht unter privates Nachbarrecht zu subsumieren seien.¹⁰⁾ Gemeint sein könnte vom 6. Senat allerdings ein anderer Haftungsansatz, nämlich die Haftung eines Anlagenbetreibers (zB Gasthaus, Discothek, Freizeitanlage) für die von ihm verursachte **Zunahme des Zu- und Abfahrtsverkehrs durch Kunden**,¹¹⁾ soweit sie dem Betreiber zurechenbar sind. § 74 Abs 3 GewO erfasst nämlich nach hA nur den **Verkehr innerhalb der Anlage**, nicht aber den außerhalb derselben. Das hat zuletzt wieder das LVwG Wien v. 23. 11. 2018, VGW-122/077/11325/2017 ua zum **Mehrverkehr durch ein Einkaufszentrum** klargestellt, sodass „daher möglicherweise der zivilrechtliche Immissionsschutz des § 364 ABGB greift“; so das LVwG Wien wörtlich; siehe auch VwGH 18. 8. 2021, Ra 2020/04/0103. Dieser in der Praxis wohl noch nicht „verinnerlichte“ Abwehranspruch sollte weiter verfolgt werden.

Die aber sonstige generelle Ablehnung des Ausgleichs der Haftung für Verkehrsimmissionen verfolgt mE rein politische Interessen. Das ist aber nicht Aufgabe einer der Gewaltenteilung verpflichteten Gerichtsbarkeit. Soll doch der Gesetzgeber sich trauen, die Ersatzansprüche zu beschränken, er muss dann auch die politische Verantwortung tragen, die Gerichte tragen sie nicht.

C. Offene Fragen

Nur kurz anzureißen sind Fragen, die die Judikatur auch zuletzt nicht befriedigend hat lösen können. Hier ist noch viel zu tun.

1. Ortsüblichwerden

Wann eine Immission ortsüblich und damit rechtmäßig wird, ist zumindest tendenziell nun dahin entschieden, dass drei, ja auch zehn Jahre dafür nicht ausreichen.¹²⁾ Eine andere als eine bewegliche und daher der Rechts-

sicherheit nicht gerade zuträgliche Lösung zeichnet sich nicht ab.¹³⁾ Das bloße Dulden (Untätigkeit) über einen längeren Zeitraum (an die zehn Jahre) kann nicht zur Ortsüblichkeit führen; so zutreffend OGH 26. 2. 2000, 9 Ob 80/19h; dazu auch *Kerschner*, RdU 2021/128, 51.

2. Quasi-Negatoria

Obwohl in anderen speziellen Zusammenhängen anerkannt, vom BGH längst judiziert,¹⁴⁾ hat sich die zivilrechtliche Abwehr der Gefährdung durch eine drohende Schutzgesetzverletzung in Österreich noch nicht durchsetzen können.¹⁵⁾ Nur die vorbeugende Handlungsklage beim Kontrahierungszwang ist ein – wenn gleich eher verstecktes – anerkanntes Vorbild.¹⁶⁾

Für das Nachbarrecht hat der OGH vor Kurzem in seiner E v 18. 2. 2021, 6 Ob 247/20x,¹⁷⁾ in der Sache die Quasi-Negatoria bei Verletzung von Auflagen eines Mühlenbetreibers hinsichtlich Betriebslärms abgelehnt, ohne dabei die Quasi-Negatoria beim Namen zu nennen. Bei Auflagenüberschreitung bestehe zwar ein Abwehranspruch (also keine Sperrwirkung nach § 364a ABGB), die Auflagenverletzung allein aber reiche nicht, es müssten auch die Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB erfüllt sein.¹⁸⁾ Wenn man beachtet, dass nach § 74 iVm § 77 GewO auch Auflagen nur bei Gefährdungen des Lebens, der Gesundheit oder dinglicher Rechte oder bei unzumutbarer Belästigung erteilt werden können, so müsste zumindest auch Wesentlichkeit der Immission indiziert sein. Es wäre höchst an der Zeit, vorbeugenden Rechtsschutz bei Schutzgesetzverletzung wieder verstärkt ins Visier zu nehmen.

3. Rechtsstellung nachträglicher Nachbarn

Dass ein Kaufvertrag so maßgeblich die dingliche Rechtslage nachträglich zu ändern vermag wie bisher nach h Rspr angenommen,¹⁹⁾ ist in Wahrheit dogma-

6) Dazu auch umfassend *E. Wagner*, Atomkraft an den Grenzen des Rechts? in FS *Kerschner* (2013) 557 ff; *dieselbe*, Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts (2014) 51 (auch zur ebenfalls gescheiterten Wiederaufnahmeklage).

7) Vgl 7 Ob 39/13f; dazu *Schlegler*, JBI 2014, 523, und *Kerschner*, SV 2014, 129.

8) Näher dazu *Kerschner*, Enteignungsentschädigung: Der versagte Projektschaden, JBI 2020, 722 ff.

9) OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 108/20f.

10) Ausf und krit dazu *Kerschner*, Verkehrsimmissionen – Haftung – Abwehr (2007) passim.

11) Näher dazu *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB⁹ § 364 Rz 299 ff.

12) Vgl zuletzt OGH 26. 2. 2020, 9 Ob 80/19h: Lichtimmissionen durch Solaranlage mehr als zehn Jahre.

13) Zu möglichen Elementen einer beweglichen Lösung vgl *Kerschner*, Anm zu OGH 2 Ob 94/509 RdU 2001/73; ähnlich auch *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁹ § 364 Rz 5, *Wagner* in *Altenburger* (Hrsg), Kommentar zum Umweltrecht⁹ 734 ff; vgl auch wieder OGH 6 Ob 247/20x RdU 2021/140, 273 (mit Anm *Von der Thannen*) und OGH 3 Ob 76/21 d wobl 2021, 517 ff (mit Anm *Kerschner*).

14) Siehe BGH 26. 2. 1993 – VZR 74/92.

15) Vgl aber im Ergebnis unten den „Tote-Äste-Fall“ D.5.

16) Dazu nun ausführlich *Schickmair*, Kontrahierungszwang (2020) 152 ff, 199 ff.

17) Publiziert in RdU 2021/140, 273 (mit Anm *Von der Thannen*).

18) Ausf zur Auflagenverletzung iZm der Quasi-Negatoria *Kerschner*, Reprivatisierung des Nachbarrechts? in Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1997, 283 ff.

19) Neue Nachbarn müssten sich mit der vorherrschenden Immissionslage abfinden; näher zur Rspr *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB⁹ § 364 Rz 254 ff.

tisch nicht zu begründen. Die früher stets nur fortschreibende Judikatur hatte die vorgetragenen Argumente nicht einmal ignoriert. Nun aber zutreffend und auf den Punkt gebracht *Oberhammer/Scholz-Berger*:²⁰⁾ „[...] neue Nachbarn haben Immissionen so zu dulden, wie sie zum Zeitpunkt des Zuzugs (insb vom Rechtsvorgänger) zu dulden waren“. Erfreulicherweise scheint sich auch in der Judikatur eine Kehrtwendung abzuzeichnen: Vgl OGH 1 Ob 190/05 f Zak 2006, 73; 6 Ob 160/08k; 4 Ob 13/09d; 1 Ob 84/16h.²¹⁾

4. Ortsbegriff

Eine erfreuliche Offenheit im Streit um den Ortsbegriff – Ort des Gefährdeten (wie richtig) oder (auch) des Gefährdenden (wie falsch) oder beides (wie Rspr) hat nun der OGH, nämlich in 30. 9. 2013, 6 Ob 166/13z, gezeigt. Seither hat sich – soweit ersichtlich – aber nichts mehr geändert.

D. Roma locuta (Auswahl)

Nun aber zu den wirklich überaus positiven Entwicklungen:

1. Parteistellung als grundsätzliche Voraussetzung der Sperrwirkung

§ 364a ABGB sperrt bekanntlich die gerichtliche Abwehr bei einer behördlichen Genehmigung. Es war ein langer, harter, aber letztlich doch erfolgreicher Kampf: Der OGH hat jetzt mehrfach und in der Hubschrauberlandeplatz-E überzeugend dogmatisch begründet, dass sich der Nachbar irgendwie effektiv zur Wehr setzen können muss, entweder vor den Verwaltungsbehörden oder den ordentlichen Gerichten. Er wäre sonst – so meine Ergänzung – bei unzulässigen Immissionen „entrechtet“.

a) Vereinfachtes Betriebsanlagengenehmigungsverfahren

Fundstelle: OLG RdU-LSK 2003/46, 108 mAnm Kerschner/E. Wagner; OGH 8. 7. 2003, 4 Ob 137/03 f RdU 2003/88, mit Anm Stolzlechner.

Sachverhalt

Die Nachbarn klagen den Inhaber einer im vereinfachten Verfahren (§ 359b GewO) genehmigten Betriebsanlage (konkret einer Kfz-Werkstätte) auf Unterlassung wesentlicher Lärmimmissionen.

Entscheidung

Abwehrensprüche von Nachbarn gegen Immissionen seien „civil rights“ iSd Art 6 EMRK. Das habe zur Folge, dass über sie nur in einem fairen Verfahren entschieden werden dürfe, in welchem Betroffene ihre Rechte effektiv vertreten können.

Eine „behördlich genehmigte Anlage“ iSd § 364a ABGB liege nur vor, wenn die Genehmigung nach Abwägung widerstreitender Interessen in einem Verfahren erteilt wird, in welchem das rechtliche Gehör der Nachbarn gewahrt ist (Hervorhebung durch den Autor).

Da das rechtliche Gehör der Nachbarn im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO nicht in vollem

Umfang gewahrt sei, müsse § 364a ABGB verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass eine im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO genehmigte Anlage keine behördlich genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB sei.

Anmerkung

1. Die 1. Instanz hat noch eine behördlich genehmigte Anlage nach § 364a ABGB bejaht. Va wegen Vergleichbarkeit mit der Nachbarsituation, die der sog „Sandstrahlentscheidung“ zugrunde lag, und fehlendem Recht auf Gehör iSd Art 6 EMRK (mangelnde Parteistellung der Nachbarn) hat das OLG Wien in einer ganz ausführlichen, dogmatisch sehr gut begründeten Entscheidung der Betriebsanlagengenehmigung im vereinfachten Verfahren keine Tatbestandswirkung nach § 364a ABGB zuerkannt.

2. Zusätzlich überzeugend ist auch ein bis dahin nicht vorgebrachtes Argument des OLG Wien: Der Genehmigungsbescheid habe lediglich die Feststellung der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit einer bestimmten Verfahrensart zum Inhalt, erfasse aber grundsätzlich nicht die konkret individualisierten Eigenschaften der genehmigten Anlage. Daher lasse sich auch nicht die inhaltliche Reichweite der behördlichen Genehmigung feststellen. Damit könne auch nicht der Umfang einer möglichen Duldungspflicht mit der erforderlichen Sicherheit abgegrenzt werden.²²⁾

3. Der OGH (4 Ob 137/03 f RdU 2003/88, 151 mit teilweise krit Anm Stolzlechner) hat die E des OLG Wien va mHa verfassungskonforme Auslegung iSd Art 6 EMRK (Recht auf Gehör) bestätigt; zustimmend die ganz überwiegende (auch öffentlich-rechtliche) Lehre; vgl zuletzt ausführlich Lindner in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg), Handbuch Umweltrecht³ (2019) 187f mwN. Die Bedenken Stolzlechners va wegen des Gewaltenteilungsprinzips nach Art 94 B-VG²³⁾ überzeugen nicht: Sowohl die Voraussetzungen (unzumutbare Belästigung oder substantielle Eigentumsgefährdung einerseits/wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung durch ortsunübliche Immission andererseits) als auch die Rechtsfolgen (bescheidmäßige Auflagen oder Versagung des Betriebs einerseits/Erfolgsverbot bezüglich unzulässiger Immissionen andererseits) sind verschieden. Außerdem verbietet Art 94 B-VG nur eine Kontrolle der Gerichtsbarkeit durch die Verwaltung, nicht aber umgekehrt eine Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte (wie sie ja jetzt auch deutlich bei den LVwG der Fall ist!). →

20) In Schwimann/Kodek, ABGB⁸ § 364 Rz 15.

21) „Soweit schon der Rechtsvorgänger bestimmte Einwirkungen von der Nachbarliegenschaft als ortsunüblich untersagen könnte, müsste auch dem Einzelrechtsnachfolger im Regelfall ein Unterlassungsanspruch zustehen, wäre doch schwer zu begründen, warum sich die Rechtsposition beeinträchtigter Nachbarn durch den Eigentümerwechsel verbessern sollte.“ Wie wahr!

22) Höchst vorbildlich beschäftigt sich das OLG Wien eingehend mit den konkreten öffentlich-rechtlichen Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolgen, wie es leider viel zu selten passiert.

23) RdU 2003/88, 151 (154f).

b) „Gemeinwichtiger Betrieb“ – Vorkehrungsanspruch

Fundstelle: OGH 22. 9. 2010, 8 Ob 128/ 09w, *Ret-tungshubschrauberlandeplatz*, EvBl-LS 2011/25 = JusGuide 2011/46/8125 = RdU 2011/45, 71 (mit Anm *Kisslinger*) = JBl 2011, 234 (mit Anm *E. Wagner*) = Zak 2011/87 = AnwBl 2011, 211.

Sachverhalt

Der Kl ist Hälfteeigentümer einer Liegenschaft in der Nähe eines Schigebiets. Im gleichen Ort auf der Liegenschaft des Bekl – dessen privates Sanatorium wurde 1995 errichtet – befindet sich ein Hubschrauberlandeplatz. Durch den Betrieb des Hubschrauberlandeplatzes kommt es zu einer Erhöhung der Gesamtschallimmission. Im Jahr 2000 wird dem Bekl die luftfahrtrechtliche Bewilligung zur Errichtung eines Zivilflugplatzes für Hubschrauber zur Durchführung von Rettungsflügen erteilt. Die Zivilflugplatzbewilligung wird 2004 dahin erweitert, dass zusätzlich täglich am Vormittag und am Nachmittag ein Bereitstellungsflug zugelassen wird.

Gutachten zufolge werde die **bestehende Umgebungslärmsituation deutlich verändert**, durch die Fluglärmbelastung sei aber keine Gesundheitsbeeinträchtigung zu befürchten und es liege auch keine unzumutbare Belästigung der Nachbarn vor.

Der Kl begehrt va die Unterlassung, auf dem Grundstück des Bekl Hubschrauber in Betrieb zu nehmen, von dort wegzufiegen oder zu landen, soweit dadurch die Lärmimmission 50 dB überschreite.

Entscheidung

Ob im Verwaltungsverfahren nur die öffentlich-rechtlichen Interessen beurteilt werden sollen oder auch die privaten Rechte der Anrainer, ergebe sich daraus, ob diese in dem Verwaltungsverfahren **Parteistellung** (§ 8 AVG) haben. Nur im letzteren Fall sei davon auszugehen, dass es sich auch um eine „genehmigte Anlage“ aufgrund einer „behördlichen Verhandlung“ iSd für den Individualrechtsschutz maßgeblichen Bestimmung des § 364a ABGB handelt.

Eine verwaltungsbehördliche Genehmigung könne aber – je nach dem geprüften Inhalt des Verwaltungsverfahrens – ein Indiz für die „Ortsüblichkeit“ iSd § 364 ABGB insoweit sein, als ja auch vom gestörten Nachbarn eine gewisse Bedachtnahme auf – allgemeine – Interessen erwartet wird, **wenn auch der „Störer“ alle zumutbaren Maßnahmen** setzt, um die Belastung für die gestörten Anrainer möglichst gering zu halten. Insoweit könne die „Ortsüblichkeit“ nicht nur statisch verstanden werden, sondern unter Berücksichtigung des bereits angelegten Entwicklungspotentials.

Wenn in einem Schigebiet in der Nähe eines Sanatoriums eine Änderung des Charakters des Ortsbereichs unter dem Aspekt des Lärmschutzes eintritt, dies aber durch zum Schutz höherwertiger Güter wie des Lebens und der Gesundheit erforderliche Rettungsflüge erfolgt, so könne dies als erwartbare Entwicklung noch als „ortsüblich“ iSd § 364 ABGB angesehen werden, **wenn**

a) die Grenzen der Bewilligung und deren Auflagen nicht überschritten werden,

b) damit keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Anrainer entstehen,

c) nur die Rettungsflüge im tatsächlich aus gesundheitlichen Gründen erforderlichen Ausmaß durchgeführt werden **und der Betreiber alle Maßnahmen trifft, um die Lärmbelastung für die Anrainer möglichst gering zu halten** (Hervorhebungen durch den Autor).

Anmerkung

Dazu aus der **Glosse Kisslinger**, RdU 2011/45, 78: „Der OGH hat sich in lobenswerter Ausführlichkeit, in eingehender Auseinandersetzung mit der bisherigen Judikatur und Lit sowie unter Einbeziehung von europa-, verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben mit der Frage beschäftigt, ob das Vorliegen einer beh genehmigten Anlage iSd § 364a ABGB auch dann angenommen werden kann, wenn den betroffenen Nachbarn im beh Bewilligungsverfahren keine Parteistellung zukommt. Der OGH verneint dies mit gelungener dogmatischer Begründung und beantwortet damit diese in Lit und Judikatur kontroversiell diskutierte Frage endlich mit der nötigen Klar- und Entschiedenheit. Soweit der OGH allerdings die öffentlichen Interessen im Rahmen der Ortsüblichkeitsprüfung nach § 364 Abs 2 ABGB berücksichtigen will, muss widersprochen werden ...“; siehe auch *E. Wagner*, Anm in JBl 2011, 234 ff.

Damit dürfte doch auf lange Sicht **entschieden sein, dass echte Parteistellung im Verwaltungsverfahren** zumindest grundsätzlich für die **Sperwirkung erforderlich** ist. Dass es bei Betriebspflicht aus öffentlichen Interessen, die der einfache Gesetzgeber normierte, anders sein soll (Enteignungsmöglichkeit vorausgesetzt), glaube ich noch immer nicht. **Damit hätte es wieder der einfache Gesetzgeber in der Hand, den Art 6 EMRK auszuhebeln!**

Dass die Rspr immer wieder auch öffentliche Interessen – hier in die Ortsüblichkeitsfrage – miteinbezieht, ist mE grundsätzlich verfehlt! Sollen sich doch die VerwaltungsBeh um die öffentlichen Interessen kümmern! Im Privatrecht geht es – mit Ausnahme ausdrücklicher Positivierung – um den Ausgleich privater Interessen. **Außerdem:** Hier ging es um private Interessen eines privaten, gewinnorientierten Sanatoriums.

Fundstelle: OGH 24. 9. 2019, 8 Ob 61/19g, *Gondelseilbahn*, RdU 2020/26, 38 (mit Anm *Kerschner*).

Sachverhalt

Die Bekl betreibt in einem Tourismusort eine Gondelseilbahn, die eine Baubewilligung und eine Konzession nach dem SeilbG aufweist. Der Schallimmissionswert überschreitet den Grenzwert der Raumplanung und jenen nach ÖAL-RLG/18 von 55 dB. Eine zumutbare Maßnahme wären pyramidenförmige Schallelemente an der Talstation. Die kl Nachbarn begehren Unterlassung der unzulässigen Lärmimmission.

Entscheidung

Der OGH lehnt den Unterlassungsanspruch trotz fehlender Parteistellung ab, weil hier eine „gemeinwichtige Anlage“ vorliege. Der Kl habe aber einen Anspruch

auf geeignete aktive Maßnahmen. Pyramidenförmige Schalldämmelemente seien wirtschaftlich zumutbar.

Anmerkung

Warum ein solcher Vorkehrungsanspruch nur bei einem „gemeinwichtigen Betrieb“ und nicht bei einer „normal“ beh Anlage bestehen soll, ist mE nicht einzusehen. Der OGH hat dafür aber auch nichts ausdrücklich abgelehnt.

c) Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit von Vorkehrungen

Der „Zug“ (Straßenbahn, Gondelseilbahn, aber auch Rettungshubschrauber) des Vorkehrungsanspruchs ist somit zwar abgefahren, **aber es ist noch nicht klar, wie weit der OGH fährt**. Die Rechtslage in Fällen, in denen nämlich immissionsreduzierende **Maßnahmen unzumutbar bzw unmöglich** sind (so etwa allenfalls beim Straßenbahnfall), erscheint offen und der Unterlassungsanspruch auch für den 8. Senat könnte fraglich sein. ME muss hier wegen sonstiger Grundrechtsverletzungen ein Abwehrrecht bestehen; so auch *Angyan und Kolbitsch/Prankl/Messner* und der EGMR 25. 9. 2014, 29878/09 Rs *Anderson/Schweden*, die alle der 8. Senat zitiert hat.

2. Selbsthilferecht konkurriert mit Beseitigungsanspruch

Das Selbsthilferecht bei Ästen und Wurzeln auf dem Nachbargrund bedurfte – wegen des Eingriffs in fremdes Eigentum – zumindest der Klarstellung,²⁴⁾ das wollte aber schon 1811 nichts am Beseitigungsanspruch bei Substanzbeeinträchtigungen ändern.²⁵⁾ Diese auch nach dt BGB bestehende Rechtslage ist in Österreich lange verkannt worden. Der Judikaturumschwung erfolgte 2007 durch den 4. Senat und ist nun zuletzt immer wieder bestätigt worden (OGH 23. 5. 2013, 4 Ob 63/13 p RdU 2013/169, 261 [mit Anm *E. Wagner*]); so auch kürzlich OGH 14. 6. 2021, 5 Ob 232/20 h (Immissionsabwehr nach § 364 Abs 2 oder 3 bei hereinragenden Pflanzen außer bei leichter und einfacher eigener Beseitigung); jüngst zwar grundsätzlich gleich, aber nur in den Voraussetzungen mE in sehr bedenklicher Weise restriktiver OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 22/21 i. Sehr verbreitet scheint diese Judikatur noch immer nicht zu sein, obwohl es maßgeblich um die **Kosten** geht: Beim Beseitigungsanspruch hat diese der Störer, beim Selbsthilferecht der Beeinträchtigte zu tragen.

Fundstelle: OGH 11. 12. 2007, 4 Ob 196/07 p, *Umschwungentscheidung*

Sachverhalt

Kl und Bekl sind Alleineigentümer zweier aneinander grenzender Liegenschaften. Am Grundstück des Bekl (Größe: 500 m²) befinden sich 4 Ahornbäume (Höhe 16–17 m) in einem Abstand von 0,8 bis 1,2 m von der Grundgrenze des Kl entfernt. Im Hochsommer ist bereits ab Mittag Schatten im Garten, weshalb Obstbäume liquidiert werden mussten. Der Kl hat wegen der beschattenden und überhängenden Äste eine Schlichtungsstelle befasst. Der Bekl behauptet, vom gegen ihn eingeleiteten Schlichtungsverfahren überhaupt keine Kenntnis gehabt zu haben. Der Kl begehrt, den

Bekl schuldig zu erkennen, einen von den Pflanzen seiner Liegenschaft ausgehenden, ortsunüblichen Entzug von Licht und Luft von seiner Liegenschaft zu unterlassen, insb einen solchen, welcher von den auf der Liegenschaft des Bekl im Abstand von 0,8–1,2 m zur kl Grundgrenze gesetzten 4 Ahornbäumen ausgeht.

Entscheidung

Das ErstG gab der Klage statt. Das BerG hob das U auf und verwies die Sache an das ErstG zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurück. Der OGH bestätigte die E des BerG und gab folgende Leitlinien vor:

Der OGH verweist auf den Wertungswiderspruch, der dadurch entstehe, dass positive Immissionen (Laub, Nadeln, Wurzeln) – freilich nur ab einer bestimmten Intensität – abgewehrt werden könnten, nicht aber substanzbeeinträchtigende Wurzeln und Äste nach § 422.²⁶⁾

Das Höchstgericht klärt erstmals das Verhältnis zwischen § 364 Abs 3 ABGB und § 422 ABGB: Der Gesetzgeber des ZivRÄG 2004 habe in den Mat (RV 173 BlgNR 22. GP 13) ausgeführt, dass mit Einführung des § 364 Abs 3 die Rechtsfragen rund um Bäume auf fremdem Grund nicht mehr exklusiv in § 422 geregelt seien. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sei es notwendig, dem durch fremde Äste im Luftraum gestörten Eigentümer Unterlassungsansprüche „zur Behebung eines seine Güter konkret gefährdeten und deshalb rechtswidrigen Zustands“ nach § 364 ABGB zu gewähren.

Ein **Immissionsabwehranspruch** nach § 364 Abs 3 ABGB infolge einer konkreten Eigentumsgefährdung werde durch das Recht auf Selbsthilfe gem § 422 ABGB **nicht ausgeschlossen**. Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs seien, dass die Benutzung des betroffenen Grundeigentums durch einen das ortsübliche Maß überschreitenden Entzug von Licht oder Luft wesentlich beeinträchtigt wird und dieser Zustand unzumutbar ist, ohne dass ihm durch eine **leichte und einfache Ausübung des Selbsthilferechts** abgeholfen werden kann. Die **Kosten der Beseitigung** hat dann der **Störer allein zu tragen**.

3. Tiere als Immissionen?

Wird das Eindringen von Tieren als grobkörperliche Einwirkung gewertet, dann besteht stets – also unabhängig von weiteren Voraussetzungen – ein Abwehranspruch. Gelten sie hingegen als Immission iSd § 364 Abs 2 ABGB, dann besteht Abwehr nur bei Wesentlichkeit und Ortsunüblichkeit. Katzen und Hühner sind nunmehr juristisch verschieden zu qualifizieren.

a) Katzen

Fundstelle: OGH 9. 11. 2011, 5 Ob 138/11 x, *Entscheidung Katzen*; JBl 2012, 299 = immolex 2012/7

24) Zu einer anderen Sichtweise, nämlich dass sich das Selbsthilferecht schon aus dem Liegenschaftseigentumsrecht ergebe, vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 43 ff.

25) Vgl *Zeller*, Commentar II § 364, 126: „Dagegen ist er [scil: der Eigentümer] nicht befugt, [...] oder Bäume zu pflanzen, deren Äste und Wurzeln auf fremden Boden geduldet werden sollen u.d.g!“.

26) Auf diesen Wertungswiderspruch hat erstmals der Verfasser hingewiesen.

= EvBl 2012/37 = Zak 2011/816 = bbl 2012/61 = AnwBl 2012, 65 = bbl 2012/61 = RZ 2012/12; vgl dazu auch *Kommenda*, Ungleiche Freiheit von Huhn und Katz, Die Presse 2011/49/04.

Sachverhalt

Die Bekl hält zwei Katzen. Diese dringen zwei- bis dreimal täglich (va nachts) auf das Grundstück des Kl ein und verrichten dort ihre Notdurft. Das vom Bekl zur Verfügung gestellte „Rindenmulch-Katzenklo“ verweigern diese. Die Grundstücke werden durch einen 1 m hohen Maschendrahtzaun getrennt, der auf einem 1 m hohen Betonsockel errichtet ist. Die Liegenschaften von Kl und Bekl befinden sich in der Nähe eines ehemaligen Dorfbereichs einer Tiroler Gemeinde mit ca 9.000 Einwohnern.

Der Kl begehrt das U, die bekl Partei sei schuldig, als Eigentümerin der Liegenschaft es zu unterlassen, dass ihre Katzen durch Kot und Urin die Liegenschaft des Kl verschmutzen.

Entscheidung

Das **ErstG** gab dem Klagebegehren statt und stützte sich auf eine Vor-E des OGH,²⁷⁾ in der dieser Katzen nicht den in § 364 Abs 2 ABGB aufgezählten Einwirkungen gleichgehalten hatte, sondern als größere Tiere betrachtete, deren Eindringen mit der actio negatoria nach § 523 ABGB abgewehrt werden könne.

Das **BerG** gab der Berufung der Bekl nicht Folge und sprach aus, dass die o Rev zulässig sei, da unklar sei, ob größere Tiere als Immissionen nach § 364 ABGB zu bewerten seien.

Auch der **OGH** sah Bedarf zur Klarstellung in dieser Frage, da durch die **VorE** (OGH 26. 6. 2008, 2 Ob 167/07h)²⁸⁾ Missverständnisse entstanden seien. Kurz sei der Sachverhalt der VorE in Erinnerung gerufen: Danach verunreinigten 10–15 Katzen das Grundstück des Nachbarn. Der OGH sprach aus, dass dem Kl ein Abwehranspruch nach § 523 ABGB zustehe.

Der OGH im Ergebnis: Die Aufzählung der Immissionen in § 364 Abs ABGB sei nur demonstrativ. Das Eindringen größerer Tiere wie Schafe und Ziegen falle nicht unter § 364 Abs 2 ABGB. Das Eindringen grob körperlicher Immissionen sei keinesfalls zu dulden. Tiere können aber zT Einwirkungen iSd § 364 Abs 2 gleichgehalten werden (darunter: Insekten, Tauben, Ratten, Mäuse). § 364 Abs 2 ABGB gilt bei größeren Tieren nur, wenn es nach Berücksichtigung der Wesensart dieser Tieren möglich ist, Vorkehrungen in einem gesetzlich zumutbaren Ausmaß zu treffen, um das Eindringen auf das Nachbargrundstück zu verhindern.

Anmerkung

Bei Katzen ist eine sinnvolle Beherrschung gerade auf dem Land nicht gegeben, da diese auch durch zumutbare Maßnahmen nicht abgehalten werden können, die Grundstücksgrenzen zu verlassen. Daher sind Katzen im ortsüblichen Ausmaß zu dulden, selbst wenn damit eine wesentliche Beeinträchtigung verbunden ist.

In einer Gemeinde von 9.000 Einwohnern mit ländlichem Charakter überschreitet das Eindringen von zwei Katzen nicht die Grenze der Ortsüblichkeit (aber bei 15 sicher!).

b) Hühner

Fundstelle: OGH 8. 1. 2011, 10 Ob 52/11 m, *Entscheidung Hühner*, Zak 2011/817 = immolex 2012/8 (Pletzer) = AnwBl 2012, 65 = bbl 2012/60

Was für Katzen (jedenfalls) am Land nun die Freiheit bedeutete, bedeutet für Hühner nun ein Ende ihrer bislang durch die Rspr gewährten **Freizügigkeit** im Hinblick auf das Nachbargrundstück.

Sachverhalt

Die Streitparteien sind Eigentümer benachbarter Liegenschaften mit Wohngebäuden. Die Liegenschaft des Kl hat eine Fläche von 2.000 m², das Grundstück des Bekl hat eine Gesamtfläche von 20 ha und wird vom Onkel als Pächter landwirtschaftlich genutzt. Die Hühner scharren Erde und Rindenmulch aus den Blumenbeeten, beschädigen die Blumenzwiebeln und hinterlassen, bevor sie vor Anbruch der Dunkelheit in den Stall geholt werden, ihren Kot auf dem gepflasterten Vorplatz des Kl. Die Hühner des Bekl waren während der letzten 70 Jahre zu keiner Zeit eingezäunt. Der Kl kaufte die Liegenschaft im Jahr 2000.

Der Kl begehrt die Unterlassung des Eingriffs in sein Eigentum durch das Eindringen von auf der Liegenschaft des Bekl gehaltenen Hühnern.

Entscheidung

Das **ErstG** gab dem Unterlassungsbegehren statt. Das **BerG** bestätigt das ErstU.

Der **OGH** stützt seine E auf den exakt gleichen Wortlaut der bereits zuvor erörterten „Katzen-E“ und legt dar, dass es bei Hühnern darauf ankomme, ob diese zu unbeherrschbaren Tieren zählen. Der OGH führt aus, dass freilaufende Haltung von Hühnern heute „nicht mehr üblich“ sei, die Hühner vielmehr eingezäunt gehalten werden, weil sie in Gärten Schäden verursachen könnten. Davon ausgehend sei bei Hühnern anders als bei Katzen eine faktische Beherrschbarkeit gegeben. Eine Gleichstellung mit Immissionen sei daher auszuschließen.

Anmerkung

Nach der E OGH 2. 7. 2020, 4 Ob 64/ 20w, sind Pfaue wie Hühner zu behandeln.

c) Wilde Tauben

Fundstelle: OGH 29. 8. 2013, 8 Ob 78/13y

Sachverhalt

Die Streitparteien sind jeweils Eigentümer benachbarter Grundstücke in der Wiener Innenstadt samt darauf errichteten Wohnhäusern. Das Haus des Kl verfügt über einen Innenhof, der an einer Seite direkt an die Mauer des Hauses der Bekl angrenzt. Die im **Dachgarten des Hauses der Beklagten befindlichen Pflanzen** ragen über die Grundstücksgrenze hinaus über den Innenhof. Knapp unterhalb der beiden Dachgärten wird der ge-

27) Vgl OGH 26. 6. 2008, 2 Ob 167/ 07h RdU 2008/129, 213 (mit krit Anm Kerschner).

28) Vgl dazu auch bereits E. Wagner, *Aktuelles zum Umweltpatentrecht*, in IUR/OWAV (Hrsg), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltpatentrechts* 2009 (2009) 41 (67 ff).

samte Innenhof von einem Taubengitter bedeckt. An dem zum Innenhof gerichteten Gesims des Hauses der Bekl sind in einigen Bereichen, aber nicht lückenlos, Taubenabwehrspitzen angebracht. In diesem Bereich hielten sich häufig wildlebende Tauben auf, die den Innenhof sowie die dort aufgestellten Müllcontainer durch Taubenkot erheblich verschmutzten.

Der Kl begehrte, die Bekl schuldig zu erkennen, die Verunreinigung seines Innenhofs und der Müllcontainer durch den Kot von Tauben, die sich im Bereich der angrenzenden Hausmauer bzw des Gesimses und der Dachterrasse des Hauses der Bekl aufhalten, zu unterlassen. Die Bepflanzung der Dachterrasse auf dem Haus der Bekl habe sich zu einem Gestrüpp entwickelt. Diesen kleinen Wald hätten viele Tauben als idealen Aufenthaltsort entdeckt. Dies führe dazu, dass durch die sich auf der Liegenschaft der Bekl aufhaltenden Tauben der Innenhof sowie die dort befindlichen Müllcontainer mit **Taubenkot massiv verunreinigt würden**. Dieser Zustand sei bereits als sanitärer Übelstand gerügt worden.

Entscheidung

In der Rspr ist anerkannt, dass Natureinwirkungen, also Einwirkungen, die nicht auf menschliches Handeln, sondern auf Naturvorgänge zurückzuführen sind, nicht nach § 364 Abs 2 ABGB abgewehrt werden können. Dem Nachbarn kann somit nicht in jedem Fall ein schädlicher Erfolg durch Immissionen untersagt werden (7 Ob 218/02p; vgl auch RIS-Justiz RS0107625). Vielmehr setzt der Abwehrensanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB einen **vom Störer geschaffenen Störungszustand** durch menschliches Handeln oder durch eine besondere Rechtswidrigkeit voraus (vgl RIS-Justiz RS0079560). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gartengestaltung dem Grundeigentümer obliegt und ihm in dieser Hinsicht auch nachbarrechtlich weitgehende Handlungsfreiheit zuzubilligen ist. Ähnlich wie bei unmittelbaren Immissionen eine gefährliche Nutzungsart eine Gefahrenerhöhung aus den Naturwirkungen begründen kann (vgl 2 Ob 13/97v), kann **es durch unübliche Nutzung zur Erhöhung der Beeinträchtigungen** durch natürliche Vorgänge iSd § 364 Abs 2 ABGB kommen. Ein geschaffener Störungszustand kann im gegebenen Zusammenhang – abgesehen von einer Tierhaltung oder einem sonstigen Anlocken – daher nur im Fall einer unüblichen Nutzung (zB Müllablagerungen) oder einer unüblichen Bepflanzung (zB ungepflegtes Gestrüpp) der Dachterrasse oder bei einem rechtswidrigen Überhang (vgl 4 Ob 43/11v; 4 Ob 63/13p) angenommen werden.

Der OGH hat zur weiteren Sachverhaltsklärung zurückverwiesen.

4. Baugenehmigung (selbst mit Parteistellung) erzeugt keine Sperrwirkung

Fundstelle: OGH 24. 7. 2013, 9 Ob 48/12t, 24. 7. 2013, *Schweinemastfall*

Sachverhalt

Die Bekl betreiben in kleiner Gemeinde im Ortszentrum einen Mastschweinestall. Der Kl betreibt in 100m Entfernung eine Gastwirtschaft mit Gartenbetrieb. Mit

Bescheid des Bgm als BauBeh (31. 5. 2007) wird dem Bekl eine Bestandserweiterung bewilligt (Neubau des Mastschweinestalls mit Güllegrube und Ganzkornsilo). Vor dem Umbau wurden 200 bis 250 Schweine, nun aber werden über 800 Schweine gehalten. Es kommt zu einer massiven Zunahme der Geruchsbelästigung, die geeignet ist, das Wohn-, Ess- und Sozialverhalten der Anrainer zu beeinflussen; mehrfach werden die medizinisch tolerierbaren Geruchshäufigkeiten überschritten.

Entscheidung

Alle drei Instanzen **bejahen die Abwehr unzulässiger Geruchsimmissionen**. Der OGH bestätigt konsequent die bisherige, völlig einhellige hL und Rspr: Baubewilligung ist keine beh Genehmigung iSd § 364a ABGB trotz verbesserten Immissionsschutzes im Stmk BauG. Va biete das Bauverfahren kein umfassendes Immissionsschutzkonzept; die bauliche Anlage sei im Vordergrund.

Anmerkung

Die konsequente Haltung des OGH kann nur – aus vielerlei Gründen – begrüßt werden. In einer E-Besprechung hat *Kleewein* auch im Detail nachgewiesen, dass der – nun auch relativ weite – Immissionsschutz nach der letzten Nov des Stmk BauG **nicht dem privatrechtlichen Immissionsschutz äquivalent** ist.²⁹⁾ Zum Prognoseschutz anhand abstrakter Kennzahlen *BMU* (Hrsg), Vorläufige RL zur Beurteilung von Immissionen aus der Nutztierhaltung in Stallungen (1995); auch nach neuem Recht reichen nachträgliche Auflagen nicht; keine Auflagen bei Unverhältnismäßigkeit uam. Zur Abwehr gesundheitsschädlicher Geruchsimmissionen durch einen Schweinemastbetrieb vgl nun auch OGH 28. 4. 2020, 1 Ob 62/20d RdU 2020/120, 215 (mit Anm *Kerschner/Felbauer*).

5. Gefährdung durch herabfallende Äste

Fundstelle: OGH 2. 10. 2013, 7 Ob 109/13z

Sachverhalt

Ein Nachbar fühlt sich durch Bäume („tote“ Äste) auf dem Nachbargrundstück (durch 5,6m breite Straße getrennt) gefährdet – 2008 ist schon ein Auto des Kl durch Ast beschädigt worden; die Unterinstanzen lehnen Unterlassungsanspruch ab.

Entscheidung

Der OGH **bejaht Abwehrensanspruch grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen**; nicht bei äußerst geringen Einwirkungen (kleine Äste) – hier idR ortsüblich – auch bei Laub und Nadeln. Der OGH lehnt Haftung bei Elementarereignis ab.

Anmerkung

Die Differenzierung in kleine und große Äste ist sicher, aber auch schwierig zu treffen; die Prüfungsfolge müsste sein:

→ 1. Eindringen größerer Äste grundsätzlich abwehrtüchtig; →

29) RdU 2014/23, 38 ff.

- 2. keine dingliche Zurechnung bei alleinigem Naturwirken;
- 3. Gegenausnahme: Haftung
 - auch bei Elementarereignis bei erheblicher Risiko Erhöhung durch menschliches Verhalten;
 - hier jedenfalls bei mangelhaftem Zustand iSd § 1319 ABGB.

Auf letzteres Ergebnis scheinen auch die Aufträge des OGH zur SV-Ergänzung hinzuweisen. Zum Anspruch auf Beseitigung (als Unterfall der Unterlassung) der Gefährdung durch schadhafte Eschen vgl OGH 3. 4. 2019, 1 Ob 24/19i.

6. Neue Baumhaftung

Bereits jahrelang „tobt“ der Kampf um eine neue, „mildere“ Baumhaftung, um übermäßigen Rückschnitt oder Fällen von den ökologisch so wichtigen Bäumen aus Angst vor Haftung zu verhindern. Es liegt ein **Ministerialentwurf** für eine novellierte Baumhaftungsregel vor: BG, mit dem zur Lösung haftungsrechtlicher Fragen bei Bäumen das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch geändert wird (**Haftungsänderungsgesetz 2022 – HaftRÄG 2022**). Nach § 1319a ABGB soll folgender § 1319b samt Überschrift eingefügt werden:

„6b, durch einen Baum § 1319b.

(1) Wird durch das Umstürzen eines Baumes oder durch das Herabfallen von Ästen ein Mensch getötet oder an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet der Halter des Baumes für den Ersatz des Schadens, wenn er diesen durch Vernachlässigen der erforderlichen Sorgfalt bei der Kontrolle, Pflege und Sicherung des Baumes verursacht hat.

(2) Die Sorgfaltspflichten des Baumhalters hängen insbesondere vom Standort und der damit verbundenen Gefahr, von der Art und dem Zustand des Baums sowie von der Zumutbarkeit von Kontroll-, Pflege- und Sicherungsmaßnahmen ab. Im Allgemeinen genügt es, wenn ein Baum jährlich auf mögliche Gefahrenquellen untersucht wird. Besteht ein besonderes Interesse an einem möglichst naturbelassenen Zustand eines Baumes, wie etwa in Nationalparks oder sonstigen Schutzgebieten oder bei einem Naturdenkmal, so ist das bei der Beurteilung der dem Baumhalter zumutbaren Maßnahmen angemessen zu berücksichtigen.

(3) Der Beweis, dass der Baumhalter die erforderliche Sorgfalt vernachlässigt hat, obliegt außerhalb vertraglicher Beziehungen dem Geschädigten.“ (Hervorhebungen durch den Autor)

Dem § 1503 ABGB wird folgender Abs 17 angefügt:
„(17) § 1319b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr XXX/2021 tritt mit 1. Jänner 2022 in Kraft und ist in dieser Fassung auf Schadensereignisse anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2021 eintreten.“

Zum Sachproblem vgl auch Kerschner, Ein Baum ist kein Bauwerk, RdU 2021/35, 74ff, und Th. Rabl, Bau (m)werkehaftung, oder: Die Angst vor den Angstschnitten, ecolex 2021/390, 601ff.

In der Zwischenzeit soll angeblich dieser Ministerialentwurf leicht modifiziert worden sein.

E. Weitere neuere Entscheidungen zur Störungsabwehr

Fundstelle: OGH 22. 6. 2021, 1 Ob 107/21 y, Rauch- und Gasentwicklung durch Lagerfeuer

Sachverhalt

Freizeitsuchende errichten mit Schwemmholz auf einem Ufergrundstück des Bundes Lagerfeuer in großer Zahl. Ein Nachbar begehrt Unterlassung der Gas- und Rauchentwicklung.

Entscheidung

Der OGH weist die ao Rev mangels erheblicher Rechtsfrage zurück. Beim Grundstück der Bekl handelt es sich um öffentliches Wassergut iSd § 4 Abs 1 WRG mit „großem“ Gemeingebrauch. Das Entzünden von Feuerstellen ist von diesem nicht umfasst. Der OGH hält die Meinung des ErstG, dass ständige Kontrollen der Bekl unzumutbar und stichprobenartige Kontrollen nicht ausreichend seien, für nicht korrekturbedürftig.

Anmerkung

Angesichts der möglichen Gesundheitsgefährdung ist mE die Versagung der Abwehr sehr problematisch. Auch eine Auslegungsregel „in dubio pro fisco“ existiert nicht. Stichprobenkontrollen und Verbotstafeln unter Androhung von Strafen könnten mE durchaus eine gewisse Präventivwirkung entfalten.

Fundstelle: OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 60/20 x, Poolbeleuchtung

Sachverhalt

Auf der Liegenschaft der Bekl befindet sich auf der der kl Liegenschaft zugewandten Seite ein Swimmingpool mit Beleuchtung. Der Kl begehrt Unterlassung der Beleuchtungseinwirkung.

Entscheidung

Es liegt keine wesentliche Beeinträchtigung vor, wenn die Poolbeleuchtung in den Dunkelstunden eingeschaltet wird und die Beleuchtung nur noch in türkiser Farbe ca sechs Mal im Jahr von 20:30–22.30 Uhr verwendet wird, auch wenn die Werte der maximal zulässigen Lichtstärke nach der ÖNORM 01052 überschritten werden.

Anmerkung

Die mE zutreffende E bedeutet wohl auch, dass bei häufigerer Beleuchtung (Klimawandel, mehr Badetage) auch die Rechtslage anders sein kann.

Fundstelle: OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 27/21 h, Änderung der Abflussverhältnisse, RdU 2021, 185 (mit Anm Kerschner)

Sachverhalt

Der Bekl hat geringfügig durch eine Mauer bzw ein Drainagerohr über ein Grundstück eines Dritten die Abflussverhältnisse geändert.

Entscheidung

Wegen Geringfügigkeit der Auswirkung hat der OGH die Abwehr abgelehnt.

Anmerkung

Da es bei einer unmittelbaren Zuleitung – wie hier – nicht auf Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit der Immission ankommt, kann das Ergebnis des OGH mE nur mit Schikane begründet werden (kein vernünftiger Mensch – so der OGH – sieht die Auswirkung als nennenswerten Nachteil an).

Zu einem Schikane- bzw Rechtsmissbrauchseinwand einer unmittelbaren Zuleitung mittels Drainagerohr vgl OGH 11. 8. 2020, 4 Ob 57/20s. Zum Einwand des Rechtsmissbrauchs bei grobkörperlichen Immissionen (von Volleyballplatz aus) vgl OGH 17. 2. 2014, 4 Ob 220/13a.

Fundstelle: OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 123/20m, *Lackierarbeiten am Nachbargrundstück*, RdU 2021, 97 (mit krit Anm Burgstaller).

Sachverhalt

Vom Grundstück des Bekl gehen Geruchsmissionen durch das Spritzen und Lackieren von Fahrzeugen aus. Sie sind von geringer zeitlicher Dimension.

Entscheidung

Für die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung der von der Immission betroffenen Grundstücke geht es darum, ob der Kern der geschützten Nutzung betroffen ist. Aufgrund der geringen zeitlichen Dimension trifft das hier nicht zu.

Anmerkung

Bei Lackdämpfen handelt es sich um gesundheitsgefährdende Immissionen, bei denen ein strenger Maßstab angelegt werden sollte. Der von *Kerschner/E. Wagner* vorgeschlagene Fokus des Kerns der Nutzung sollte auch nicht zur Relativierung des Nachbartschutzes verwendet werden;

Fundstelle: OGH 23. 7. 2020, 1 Ob 89/20z, *Verschlechterung der Hochwassersituation durch Kanal/Amtshaftung*, RdU 2021/53, 93 (mit Anm *Kerschner*)

Sachverhalt

Infolge der wasserrechtlich bewilligten Errichtung eines Schutz- und Regenwasserkanals wird für den Kl seine Hochwassersituation – entgegen der Prognose des ASV – verschlechtert. Das ErstG hat die Kausalität für die Überschwemmungen ohne Beweisaufnahme in

unvertretbarer Weise verneint, das BerG hat diese rechtliche Unvertretbarkeit der Unterlassung der inhaltlichen Behandlung der Beweisrüge zu Unrecht verneint.

Entscheidung

Der OGH hat im Amtshaftungsverfahren auf Aufhebung der E der Vorinstanz entschieden. Der Kl durfte auf die Darlegungen des ASV in der wasserrechtlichen Verhandlung vertrauen. Eine Verletzung der Rettungspflicht des Kl ist verneint worden.

Anmerkung

Siehe dazu meine zustimmende Anm in RdU 2021/54, 93 (97). Dabei habe ich auf die unbefriedigende Rechtslage nach § 21 a WRG im Verhältnis zu § 79 GewO zu nachträglichen Auflagen hingewiesen.

Fundstelle: OGH 25. 11. 2020, 9 Ob 56/20f, *Lärmimmission durch Wärmepumpe*

Sachverhalt

An der Grundstücksgrenze sowie im Badezimmer der Bekl, nicht aber in den Wohnräumlichkeiten sind die Betriebsgeräusche einer Wärmepumpe subjektiv wahrnehmbar.

Entscheidung

Mangels Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB wird der Abwehranspruch abgelehnt. Es liege keine unmittelbare Zuleitung vor (mE fraglich).

F. Leitsätze des OGH zu § 364 a bzw § 364 b ABGB

- OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 8/21a: Die bloße Konsenswidrigkeit eines Gebäudes schließt die Ersatzfähigkeit nicht aus; anders bei Baugebrechen, die wegen der Gefährdung von Personen oder Sachen zum Einschreiten der BauBeh führen müssten.
- Zur Haftungslage bei Verschlechterung einer Trinkwasserquelle durch Errichtung eines Güterwegs siehe OGH 23. 7. 2020, 1 Ob 08/20v, zu § 364a ABGB, aber auch § 31 Abs 1 WRG.
- Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB erfasst auch Personenschäden; OGH 2 Ob 12/19g RdU 2020, 98 (*Wagner*) = JBl 2020, 626 (*Ecker*) = ZVR 2020, 335.

→ In Kürze

Der Rund- und Ausblick auf die neuere Judikatur bestätigt das weite Feld des Nachbarrechts. In vielen Fragen kommt der OGH den maßgeblichen Funktionen des Umweltprivatrechts nach, wengleich noch in einigen Bereichen harte Feldarbeit zu leisten ist.

Es ist deutlich, dass das Umweltprivatrecht als wesentliche Ergänzung des öffentlichen Umweltrechts unverzichtbar war, ist und immer bleiben wird. Dem Umweltprivatrecht stehen aber wohl weiterhin stürmische Zeiten bevor. Dieses wird aber zur Verteidigung eines so wichtigen Freiheitsraums der Bürger auch den Ansturm des öffentlichen Umweltrechts abwehren können.

→ Zum Thema**Über den Autor:**

Univ.-Prof. iR Dr. Ferdinand Kerschner war Vorstand des Instituts für Umweltrecht und des Instituts für Zivilrecht an der JKU Linz; er ist Visiting Professor an der Karls-Universität Prag und Schriftleiter bzw Redakteur der RdU.
E-Mail: ferdinand.kerschner@jku.at

Vom selben Autor zuletzt erschienen:

Schulev-Steindl/Ruppel/Kerschner, Climate Law – Current Opportunities and Challenges, Essays from the Official Opening of ClimLaw: Graz (2021);
Kerschner/Wagner (Hrsg), Umwelt- und Anlagenrecht, Band II: Umweltprivatrecht und Umwelthaftung (2020).

