

geordneten Maßnahmen wurde im bisherigen Verfahren nicht berücksichtigt. Da das Gericht die Parteien in seiner E nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen darf, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat (RS0037300), und weil dieses Verbot von Überraschungsentscheidungen auch im Verfahren außer Streitsachen und dort auch für den OGH gilt (RS0037300 [T53; T55]), ist den Parteien Gelegenheit zur Äußerung zu diesem neuen Aspekt zu geben.

6.2. Soweit sich nach Erörterung des präzisen Umfangs der Anträge und allfälligen ergänzenden Vorbringen herausstellen sollte, dass die noch zu prüfenden Maßnahmen nach den dann im fortgesetzten Verfahren zu treffenden Feststellungen fiktive Erhaltungsarbeiten sind, wird auf den Aspekt der Dringlichkeit dieser Maßnahmen Bedacht zu nehmen sein. Zwar sind die im Bauauftrag genannten Fristen zur Umsetzung und auch die Frist laut Vollstreckungsverfügung bereits abgelaufen, was ein Indiz für die von der Rsp geforderte Dringlichkeit ist. Dem stehen aber die Einwendungen entgegen, dass – jedenfalls für das in Pkt 4 des Bauauftrags genannte Fenster – eine nachträgliche Baubewilligung beantragt wurde, dieses Bauverfahren noch anhängig sein soll und im Fall des von der Baubehörde nachträglich bewilligten Verbleibs des Fensters in Top 2 bis 3 der von den Ast verlangte Umbau mit unnötig großen Kosten verbunden wäre. Da die RevRekWerber zutreffend darauf verweisen, dass ein baupolizeilicher Auftrag nach § 129 Abs 10 der BauO für Wien dann gegenstandslos würde, wenn die Abweichung vom Baukonsens nachträglich baubehördlich bewilligt wird, wird auch dazu eine Tatsachengrundlage zu schaffen sein. Die Feststellung des ErstG, das Bauansuchen der Neunt-AG betreffend nachträgliche baubehördliche Bewilligung sei final vom „Verwaltungsgerichtshof“ (richtig: Verwaltungsgericht Wien) am 2. 7. 2015 abgewiesen worden, dürfte sich nämlich nicht auf diese von den AG erst am 1. 8. 2017 erhobenen (...) Einwendungen beziehen. Die vom ErstG genannte E betraf nach dem Akteninhalt vielmehr eine Zurückweisung des Antrags mangels Vorlage der vollständigen Unterlagen, die darauf Bezug nahm, dass der im Bauverfahren vorgelegte Umlaufbeschluss von zwei Mit-eigentümern (nämlich den Ast) bekämpft wurde und die Verfahren beim BG noch anhängig waren. Auf die in der RevRekBeantwortung dargestellten Entwicklungen (wie die angeblich vom RekursG am 20. 2. 2019 beschlossene Unwirksamklärung eines Mehrheitsbeschlusses der Mit- und Wohnungseigentümer betreffend nachträgliche Baugenehmigung zum Einbau eines Fensters) kann der OGH aufgrund des im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren geltenden Neuerungsverbots nicht eingehen.

7. Damit waren die angefochtenen Sachbeschlüsse zur Erörterung des präzisen Umfangs der Anträge und allfälligen Ergänzung des Sachverhalts im dargestellten Umfang aufzuheben. (...)

## ABGB

### 146.

*Unterlassungsklage wegen Immissionen eines Nachlokals Jahre nach Eröffnung*

<https://doi.org/10.33196/wobl202112051701>

§ 364 Abs 2, § 364a ABGB; § 79, § 113 Abs 5 GewO; § 405, § 477 ZPO;

Die in § 364 Abs 2 ABGB gebrauchten Ausdrücke „örtlich“ und „ortsüblich“ sind nicht idS zu verstehen, dass

es auf die Verhältnisse innerhalb der gesamten politischen Gemeinde ankommt. Maßgebend sind vielmehr die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu dem, von dem die Störung ausgeht, und die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften. Handelt es sich bei einem Lokal um das einzige Lokal im näheren Umkreis, das nach Mitternacht noch geöffnet hat und ist das Lokal kein Betrieb, der – vergleichbar einer Bahnanlage, einem industriellen Großbetrieb, einem Sportstadion oder einer großen Gondelbahn – den Charakter eines Raumes allein zu prägen im Stande ist, liegt keine durch Nachtgastronomie geprägte Örtlichkeit vor. Ist das Lokal für die Örtlichkeit idS § 364 Abs 2 ABGB nicht prägend, macht das Verhalten seiner Gäste dieses nicht ortsüblich. Es schadet demnach nicht, wenn die Klage erst viele Jahre nach Lokaleröffnung erhoben wurde.

Aus der Einführung des generellen Rauchverbots in Lokalen kann nicht abgeleitet werden, dass Nachbarn mehr Immissionen – von draußen rauchenden Gästen – zu erdulden hätten.

OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 76/21d – Zurückweisung der außerordentlichen Revision (OLG Linz 1 R 148/20w)

Die Kl ist Eigentümerin der Liegenschaft mit dem Eckhaus B-Straße 12/R-Gasse 8. Sie wohnt dort im 2. Stock. Ihr Schlafzimmer ist direkt zur Kreuzung ausgerichtet. Auch ihr eigenes Geschäftslokal (ein Kosmetikbetrieb) im EG des Hauses befindet sich unmittelbar an der Ecke. Es ist über einen sich dort befindlichen Stiegenaufgang zu betreten.

Die Erstbekl ist Eigentümerin der an das Haus der Kl angrenzenden Liegenschaften mit den Adressen zum einen B-Straße 10, wo die Zweitbekl als Pächterin der Erstbekl das Lokal „S“ betreibt, zum anderen R-Gasse 10/ V-Gasse 11+13, einem Eckhaus, in dem von der Zweitbekl als Pächterin der Erstbekl das Lokal „D“ betrieben wird. Die beiden Lokale sind im Inneren miteinander verbunden, was einen unmittelbaren Wechsel der Gäste vom einen in das andere Lokal ermöglicht. Das zumindest seit Ende 2004 regelmäßig betriebene Lokal „S“ hat – nach zeitweisen behördlichen Vorverlegungen der Sperrstunde auf 0:00 Uhr – nach Aufhebung eines diesbezüglichen Bescheides des städtischen Magistrates aus dem Jahr 2015 durch das LVwG im Jahr 2018 derzeit wieder (so wie bereits in den Jahren ab 2008) bis 4:00 Uhr geöffnet. An den Wochenenden ist der eigene Ein- und Ausgang dieses Lokals geschlossen; die Gäste benutzen dann den Ein- und Ausgang R-Gasse 10.

Die Objekte befinden sich im Stadtgebiet. Zu Fuß gehende Personen, die sich in normaler Lautstärke unterhalten, sind dort in den Nachtstunden üblich, nicht hingegen lautes Herumschreien. Es gibt im näheren Umkreis des Hauses der Kl keine anderen Lokale, die nach Mitternacht noch geöffnet hätten. Solche Lokale sind erst wieder in der S Hauptstraße angesiedelt.

Seit der Eröffnung des Lokals „S“ kommt es zwischen 0:00 und 4:00 Uhr immer wieder zu Lärm auf der Straße durch die die beiden Lokale verlassenden Gäste. Diese stehen teilweise in Gruppen im Bereich des Hauses der Kl zusammen und unterhalten sich laut bis schreiend oder grölend, dies zum Teil auch länger. Teilweise kommt es zu lautstarken Streitereien. An Freitagen und Samstagen sowie an den Abenden vor Feiertagen halten sich besonders viele Personen in den Lokalen auf. In diesen Nächten ist die Lärmbelästigung durch schreiende und grölende Personen, die die beiden Lokale verlassen, größer als an den übrigen Tagen. Personen, die die beiden Lokale verlassen, halten sich auch immer wieder beim Stiegenaufgang zum Geschäftslokal der Kl auf und stellen hier zum Teil Gläser oder Glasgebilde ab, die sie entweder selbst mitgebracht haben oder die aus den Lo-



kalen der Bekl stammen. Teilweise werden dabei auch Gläser oder Flaschen zerbrochen und die Scherben dann zurückgelassen. Es kommt auch immer wieder vor, dass sich Gäste der Lokale im Stiegenaufgangsbereich der Kl oder entlang ihres Hauses übergeben oder dort urinieren, wobei es auch zu Verschmutzungen unmittelbar am Haus der Kl kommt.

Im Bereich R-Gasse Ecke B-Straße bewegen sich zwischen 0:00 und 4:00 Uhr nicht nur Gäste der Lokale der Bekl. Bei jenen Personen, die sich in Gruppen im Bereich des Hauses der Kl aufhalten und sich dort zum Teil laut bis laut schreiend und grölend unterhalten oder streiten, handelt es sich aber nahezu ausschließlich um deren Gäste.

Seit einem unbekanntem Zeitpunkt hat die Zweitbekl ihrem Hausmeister die Anweisung erteilt, am Morgen den Gehsteig rund um die beiden Lokale sowie auch den Stiegenaufgang zum Lokal der Kl zu säubern. Es kommt aber nach wie vor vor, dass in der Früh Verunreinigungen am Haus der Kl vorhanden sind bzw verbleiben, die dann von ihr entfernt werden.

Seit 2008 beschäftigt die Zweitbekl eine Sicherheitsfirma im Lokal „S“. Diese ist seit 2009 jeweils am Freitag und am Samstag sowie vor Feiertagen üblicherweise mit zwei, bei größeren Veranstaltungen mit vier Mitarbeitern dort tätig. Anfänglich war es ua Aufgabe der Sicherheitskräfte, beim Lokalausgang in der B-Straße die Lärmschleuse dahin zu bedienen, dass die beide Türen nicht gleichzeitig geöffnet sind, um zu verhindern, dass der Lärm aus dem Lokal nach draußen dringt. Seit der Verlegung des Eingangs in die R-Gasse befindet sich üblicherweise ein Security-Mitarbeiter beim dortigen Eingang. Die Aufgabe dieses Mitarbeiters ist es ua, die Gäste anzuhalten, bei Verlassen des Lokals leise zu sein. Es kann nicht festgestellt werden, in welchem Umfang dieser Aufgabe tatsächlich nachgekommen wird. Ob die Security-Mitarbeiter vormalige Gäste der Lokale, die sich in Gruppen vor dem Haus der Kl bzw in dessen Bereich aufhalten, auffordern, weiterzugehen bzw ruhig zu sein, kann nicht festgestellt werden.

(...)

Das ErstG stellte im Wesentlichen den eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt fest und erkannte die Erstbekl als Eigentümerin der Gebäude R-Gasse 10 und B-Straße 10 und die Zweitbekl als Betreiberin der Lokale „D“ und der Bar „S“ schuldig „gegenüber der kl P folgende Einwirkungen auf deren Liegenschaft B-Straße 12 zu unterlassen bzw deren Unterlassung zu bewirken:

- (a) die Erzeugung störenden Lärms in der Zeit von 24 Uhr bis 4:00 Uhr durch Gäste der Lokale „D“ und „S“ außerhalb dieser Lokale durch über normale Gesprächslautstärke hinausgehendes Lärmen, insb laute Gespräche, Schreien und Grölen, wodurch die nächtliche Ruhe der kl P gestört wird;
- (b) das Urinieren, Erbrechen und sonstige Verschmutzungen sowie das Zerschlagen von Glaskörpern durch die Gäste der Gastlokale „D“ und „S“.

Abgewiesen wurden vom ErstG „[d]ie Mehrbegehren, die erstbekl P sei zudem als Eigentümerin der Gebäude V-Gasse 11 + 13 zu Unterlassungen bzw zur Erwirkung von Unterlassungen laut Pkt 1. schuldig, sowie die erstbekl P als Eigentümerin der Gebäude R-Gasse 10 und B-Straße 10 je in \* und die zweitbekl P als Betreiberin der Lokale „D“ und „S“ seien weiters schuldig, gegenüber der kl P folgende Einwirkungen auf deren Liegenschaft B-Straße 12 zu unterlassen bzw deren Unterlassung zu bewirken:

- (a) die Erzeugung störenden Lärms in der Zeit von 24 Uhr bis 4:00 Uhr durch Gäste der Lokale „D“ und „S“, wodurch die nächtliche Ruhe der kl P gestört werde auch über Pkt 1.(a) hinaus und

- (b) das Umwerfen von Mülltonnen und das Läuten an Türglocken der Anrainer durch die Gäste der Gastlokale „D“ und „S“.

Das BerufungsG ließ über Berufung der Kl Pkt a des klageabweisenden Teils ersatzlos entfallen. Das ErstG habe den Urteilsspruch zu Recht von Amts wegen dem tatsächlichen Begehren – iSv RS0041254 – angepasst. Die Kl sei hinsichtlich ihres Begehrens auf Unterlassung von Lärm – insofern bejahte das BerufungsG das Vorliegen der Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB ohne Einschränkung – voll durchgedrungen, „sodass die Abweisung eines nicht näher definierten Mehrbegehrens im Pkt 2. lit a und des Eventualbegehrens zu entfallen hat“.

#### Aus der Begründung:

Eine Rechtsfrage der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Qualität wird in der ao Rev der Bekl nicht aufgezeigt.

1. Ob mit einer vorgenommenen Neuformulierung des Spruchs dem Rechtsschutzziel inhaltlich entsprochen oder aber das Begehren iSd § 405 ZPO überschritten wird, hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab, weshalb regelmäßig eine iSd § 502 Abs 1 ZPO erhebliche Rechtsfrage nicht zu lösen ist (RS0041192). Eine Überschreitung der von § 405 ZPO gesetzten Grenzen ist hier nicht ersichtlich. Die Ansicht der Bekl, der Entfall des teilabweisenden Pkt a) bedeute im Umkehrschluss den Zuspruch des Eventualbegehrens, überzeugt nicht. Der Entfall einer Teilabweisung ist für sich noch keine Klagestattgebung, bleibt doch der klagestattgebende Teil des Urteilsspruchs – was auch hier der Fall war – unverändert. Die Ansicht des BerufungsG, die Kl sei in Hinsicht auf den von ihr beanstandeten Lärm bei inhaltlicher Betrachtung ihres Klagebegehrens voll durchgedrungen, weshalb die – bloß auf einer formalen Betrachtung des Klagebegehrens durch das ErstG beruhende – Teilabweisung insofern (nämlich zu Pkt a)) unrichtig sei, ist jedenfalls vertretbar. Warum dies – wie in der Zulassungsbeschwerde behauptet – einen inneren Widerspruch des Berufungsurteils iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO darstellen soll, erschließt sich dem Senat nicht.

2. (...)

3. Ein Zusammenhang zwischen den – der Klagestattgebung zugrunde liegenden – Verhaltensweisen der Gäste und der Einführung des gesetzlichen Rauchverbots in Lokalen ist nicht ersichtlich. Die von den Bekl in der ao Rev aufgeworfene Frage, ob wegen des durch die Novelle BGBl I 2019/66 zum Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG) eingeführten generellen Rauchverbots in Lokalen die Nachbarn vermehrte Lärmimmissionen durch vor Lokalen rauchende Gäste hinnehmen müssten, stellt sich demnach nicht. Entgegen der Ansicht der RevWerber kann auch aus dem Satz „Es steht dem Gesetzgeber auch frei, Beeinträchtigungen von Nachbarn in Kauf zu nehmen, zumal gewerberechtliche Vorschriften (vgl § 79 Abs 1 bis 3 und § 113 Abs 5 GewO 1994) und allfällige zivilrechtliche Rechtsansprüche bestehen, die deren Schutz ermöglichen.“ im Beschluss des VfGH vom 3. 10. 2019, G 189/2019, nicht abgeleitet werden, der VfGH ginge davon aus, dass Nachbarn als Folge der Einführung des absoluten Rauchverbots in Lokalen mehr Immissionen zu erdulden hätten, verwies dieser doch selbst auf allfällig bestehende zivilrechtliche Rechtsansprüche der Nachbarn und darauf, dass diese deren Schutz ermöglichen.

4. Die Vorinstanzen vertraten unter Bezugnahme auf RS0106886 = 3 Ob 2413/96s die Ansicht, § 364a ABGB stehe der Immissionsabwehrklage der Kl nach § 364 Abs 2 ABGB nicht entgegen, weil das Verhalten der Gäste des Lokals „S“ außerhalb der Betriebsanlage bei der gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung außer Betracht gelassen wurde. Warum diese rechtliche Beurtei-



lung unrichtig sein soll, wird in der ao Rev nicht dargelegt; deren Rechtsrüge ist insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt (vgl RS0043654 [T5, T12]). Die Beurteilung der Vorinstanzen entspricht im Übrigen der herrschenden Auffassung (vgl nur *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364a Rz 185 mwN).

5. Nach den Feststellungen sind es so gut wie ausschließlich die Gäste der Bekl, die in der Zeit von Mitternacht bis 4:00 Uhr früh vor dem Haus der Kl lärmten und dasselbe verunreinigen.

Diese Immissionen sind entgegen der Ansicht der Bekl nicht ortsüblich. Die in § 364 Abs 2 ABGB gebrauchten Ausdrücke „örtlich“ und „ortsüblich“ sind nicht idS zu verstehen, dass es auf die Verhältnisse innerhalb der gesamten politischen Gemeinde ankomme. Maßgebend sind vielmehr die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu dem, von dem die Störung ausgeht, und die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften (RS0010678 [T2]; RS0010653 [T3]). Beim Lokal „S“ handelt es sich nach den Feststellungen um das einzige Lokal im näheren Umkreis des Hauses der Kl, das nach Mitternacht noch geöffnet hat. Solche Lokale sind „erst wieder in der S Hauptstraße angesiedelt“. Zumal es sich beim Lokal „S“ auch um keinen Betrieb handelt, der – vergleichbar einer Bahnanlage, einem industriellen Großbetrieb, einem Sportstadion oder einer großen Gondelbahn – den Charakter eines Raumes allein zu prägen im Stande ist (vgl 8 Ob 61/19g [Pkt 2.2.] mwN = RdU 2020/26 [*Kerschner*]), gingen die Vorinstanzen zu Recht von keiner durch Nachtgastronomie geprägten Örtlichkeit aus.

6. Da das Lokal „S“ für die Örtlichkeit idS § 364 Abs 2 ABGB nicht prägend ist, machte das Verhalten seiner Gäste dieses nicht ortsüblich. Es schadet insofern nicht, dass die Kl erst im Jahr 2019, viele Jahre nach Lokalöffnung, die Kl erhob. Wie bereits vom ErstG zutreffend erkannt, ist der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB – als Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage – grundsätzlich auch nicht verjährbar (RS0124364; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 218).

7. Dass die von Gästen des Lokals „S“ gezeigten Verhaltensweisen die Benutzung der klägerischen Liegenschaft objektiv betrachtet wesentlich beeinträchtigen, bedarf keiner Erörterung. Ob die Kl – wie offenbar in der ao Rev angenommen – überdurchschnittlich empfindlich ist, ist angesichts dessen ohne Belang.

8.1. Für Unterlassungsansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB ist grundsätzlich der Nachbar passivlegitimiert, von dessen Grund Immissionen ausgehen. Der Unterlassungsanspruch kann sich aber auch gegen denjenigen richten, der die Störung nur mittelbar veranlasst hat; auch derjenige ist passiv legitimiert, der den Eingriff nicht selbst vornimmt, sondern nur veranlasst, indem er durch Handlungen oder Unterlassungen die Voraussetzungen dafür schuf, dass Dritte die Störung begehen können (RS0011737 [T5 und T11]). Für Störungen durch andere haftet der Grundeigentümer dann, wenn er das störende Verhalten duldet, obwohl er es zu hindern berechtigt und imstande gewesen wäre und damit der erforderliche Zusammenhang zwischen Sachherrschaft (über die Immissionsquelle) und dem Schadenseintritt (der Störung durch die Immission) hergestellt ist (vgl RS0053260; siehe auch *Eccher/Riss* in *KBB*<sup>6</sup> § 364 ABGB Rz 16; *Winner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 364 ABGB Rz 12 f; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimm/Kodek*<sup>5</sup> § 364 ABGB Rz 13). Die Unterlassungspflicht umfasst auch die Verpflichtung, soweit möglich und zumutbar auf die unmittelbar störenden Dritten Einfluss zu nehmen, damit die Störung unterbleibt (vgl RS0011737 [T3, T16, T31]; jüngst 1 Ob 27/21h [Rz 18]).

8.2. Diese Rsp gilt insb auch für einen Fall, dass ein Liegenschaftseigentümer ein Lokal verpachtet und Gäste des Lokalbetreibers Nachbarn idS § 364 Abs 2 ABGB beeinträchtigen: Da ein Gastbetrieb den Nutzen aus dem Kundenverkehr zieht, müssen sich der Eigentümer des betreffenden Grundstücks und auch der Mieter (oder Pächter) des darauf betriebenen Lokals den Lärm zurechnen lassen, den die Gäste, wenngleich außerhalb des Lokals, so doch im Rahmen des Zutritts zu diesem oder von dessen Verlassen, verursachen (vgl 3 Ob 2413/96s = RdU 1997/42 [zust *Wagner*]; RS0106885; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,05</sup> § 364 Rz 6). Dies gilt genauso, wenn die Gäste im Nahebereich des Lokals urinieren oder auf andere Weise eine Nachbarliegenschaft verschmutzen (vgl 1 Ob 196/00f = RdU 2001/59 [zust *Kerschner*]). Geeignete Maßnahmen, die einen Lokalbetreiber in die Lage versetzen, zu verhindern, dass seine Gäste außerhalb des Lokals durch Lärm oder Verunreinigungen Nachbarliegenschaften beeinträchtigen, sodass er als mittelbarer Störer idS § 364 Abs 2 ABGB verantwortlich ist, sind etwa die Verweigerung des Ausschanks alkoholischer Getränke oder die Androhung bzw Verhängung von Lokalverboten (1 Ob 196/00f). Beim Lokal nicht selbst betreibenden Liegenschaftseigentümer wird die Möglichkeit zur Verhinderung von mit dem Lokalbetrieb einhergehenden Immissionen der geschilderten Art darin erblickt, dass das Lokal – zB aufgrund einer Verpachtung – mit seiner Zustimmung am Grundstück betrieben wird (7 Ob 327/98h; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 298).

8.3. Die Vorinstanzen legten diese Rsp zutreffend ihren Entscheidungen zugrunde. Die bisher seitens der Bekl gesetzten Maßnahmen, etwa die Beauftragung einer Sicherheitsfirma mit der Überwachung des Geschehens im Außenbereich sowie die Verlegung des Ein- und Ausgangs zum bzw vom Lokal „S“ zu jenem des Lokals „D in der R-Gasse 8 an den Wochenenden, reichten offenbar nicht, um die wiederholten und massiven Beeinträchtigungen der Liegenschaft der Kl durch die von den Gästen gesetzte Verhaltensweisen hintanzuhalten. Dass die vom BerufungsG angeführten, von den Bekl bis dato nicht gesetzten Maßnahmen, wie etwa die Vorverlegung der Sperrstunde und/oder der Verkauf von Alkohol nur bis zu einer bestimmten Uhrzeit, die Erwerbsfreiheit(en) der Bekl unverhältnismäßig beeinträchtigen würden, ist nicht ersichtlich. Die Erwerbsfreiheit(en) bestünde(n) fort. Von den Bekl kann bei deren Ausübung verlangt werden, dass sie ihren gesetzlichen Verpflichtungen entsprechen, darunter jene gegenüber der Kl nach § 364 Abs 2 ABGB.

\* \* \*

Der E des 3. Senats zur nachbarrechtlichen Zurechnung von Gästeverhalten<sup>1</sup> ist zur Gänze im Ergebnis, aber auch in der Begründung weitgehend zuzustimmen. Damit wird die zutreffend vom 3. Senat<sup>2</sup> begründete, vom 1. Senat<sup>3</sup> übernommene Judikatur nun konsequent fortgesetzt. Dass in fast einem Vierteljahrhundert seit der Leit-E nun erst jetzt wieder der OGH mit den leider wohl sehr häufigen massiven nächtlichen Belästigungen durch Lärm bzw Verunreinigungen von Nachbarn durch den Betrieb von (Nacht-)Lokalen befassen

<sup>1</sup> Ausführlich zur Zurechnung von Kunden- und Gästeverhalten *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 299 ff.

<sup>2</sup> Siehe OGH 3 Ob 2413/96 s, RdU 1997, 90 (*Wagner*) („Harley-Davidson“).

<sup>3</sup> OGH 1 Ob 196/00f, RdU 2001, 91 (*Kerschner*) (Lärm, Urinieren, Verunreinigung).



musste, kann vor allem zwei Gründe haben: Zum einen kann es sein, dass sich diese Judikatur noch nicht ausreichend herumgesprochen hat. Zum anderen mag diese aber doch eine gewisse Präventivwirkung in der Praxis erzeugt haben. Wie dem auch sei: Dass der nachbarlichen Unterlassungsklage nicht die Sperrwirkung gem § 364a ABGB entgegensteht, kann mehrere Gründe haben: Der Betreiber hat seine Anlagengenehmigung überschritten, (Lärmschutz-)Auflagen verletzt oder aber die Immission bzw Substanzbeeinträchtigung ist – wie hier – auf öffentlichen Straßen bzw am Nachbargrundstück (wie bei Verunreinigungen) selbst erfolgt. Zutreffend hat der 3. Senat darauf hingewiesen, dass Gäste- bzw Kundenverhalten außerhalb der Betriebsanlage im Betriebsanlagenehmigungsverfahren nicht zu berücksichtigen sind und daher insofern keine Einwendungsmöglichkeit der Nachbarn besteht.<sup>4</sup> Damit besteht auch in wohl vielen Fällen eines betriebsbedingten Mehrverkehrs (Abfahrts- bzw Zufahrtslärm) grundsätzlich keine Sperrwirkung gem § 364 a ABGB! Auch das scheint noch nicht allgemein und ausreichend im Bewusstsein leidgeprüfter Nachbarn verankert zu sein.

Völlig zu Recht hat der 3. Senat auch die fast absurde Berufung der Bekl auf das gesetzliche Rauchverbot in Lokalen verworfen: Dieses dient doch dem Gesundheitsschutz und soll nicht die Nachbarrechte beschränken.<sup>5</sup> Auch die Ansicht des OGH, dass die von den Bekl getroffenen Maßnahmen unzureichend waren, vielmehr auch andere effektive Maßnahmen wie Vorverlegung der Sperrstunde und/oder zeitliche Alkoholausgabebeschränkung zumutbar seien, verdient volle Zustimmung. Die eingewendete Erwerbsfreiheit kann doch natürlich nicht rechtswidriges Verhalten rechtfertigen.

Nur in einem Punkt ist mE die dogmatische Begründung des 3. Senats, dass hier keine Ortsüblichkeit vorliege, in mehrerer Hinsicht zu hinterfragen. Die Klage ist ja offensichtlich erst sehr lange Zeit nach Lokaleröffnung eingebracht worden, sodass wohl die früher vom OGH überwiegend vertretene Dreijahresfrist des Ortsüblichwerdens schon längst abgelaufen wäre. Bezüglich des Urinierens bzw der Verunreinigungen stellt sich ja mE ohnehin das Fristproblem nicht, da hier unmittelbare Zuleitungen bzw Substanzbeeinträchtigungen vorliegen, bei denen es auf die Ortsüblichkeit von vornherein gar nicht ankommt.

Es bleiben aber die Lärmimmissionen. Der OGH versucht sich mit zwei Argumenten aus der Schlinge zu ziehen. Dass der Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB als Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage grundsätzlich nicht verjährbar ist, trifft zwar zu, kann aber ein Ortsüblichwerden nicht ausschließen.

Der zweite Versuch liegt darin, den beiden Lokalen den ortsprägenden Charakter – nach dem OGH anders als bei einer Bahnanlage, einem industriellen Großbetrieb, einem Sportstadion oder einer Gondelbahn – abzuspüren. Das ist in mehrere Richtung höchst problematisch bzw missverständlich: Erstens kann nicht ein die Gegend prägender Betrieb automatisch ortstüblich sein.<sup>6</sup> Zweitens kann mE auch ein nicht prägender Betrieb ortstüblich werden, es geht ja um dessen konkrete Immissionen und nur um diese! Schließlich erinnern die vom OGH gebrachten Beispiele an den sogenannten gemeinwichtigen Betrieb bzw die gemeinwichtige Anlage.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Vgl zuletzt wohl LVwG Wien 23.11.2018, VGW-122/077/11325/2017: Mehrverkehr durch ein Einkaufszentrum; zu einem solchen Fall bereits *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkileh*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 299.

<sup>5</sup> Siehe auch den VfGH 3. 10. 2019, G 189/2019.

<sup>6</sup> Vgl dazu schon kritisch *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht kompakt<sup>3</sup> (2014) 42 f.

<sup>7</sup> Dazu kritisch *Kerschner*, JBl 2016, 321.

Dessen Erfindung hat aber nichts mit der Orts(-un-)üblichkeit einer Immission zu tun. Es soll bei diesen eine genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB auch dann vorliegen, wenn den Nachbarn im Genehmigungsverfahren keine Parteistellung zugekommen ist.

Das Ergebnis des 3. Senats lässt sich daher nur einerseits mit einer wesentlich längeren Frist des Ortsüblichwerdens<sup>8</sup> begründen. Andererseits liegt mE eine andere Begründung viel näher: In den meisten hier einschlägigen Fällen liegt zumindest eine *ungebührliche Lärmerregung* in der Zeit zwischen 24.00 und 04.00 Uhr vor, somit eine verwaltungsstrafrechtliches Delikt. Ein solches rechtswidriges Verhalten kann nicht ortstüblich iSd § 364 Abs 2 ABGB werden, läge sonst wohl ein massiver Wertungswiderspruch vor.

Den Fragen der Ortsüblichkeit einer Immission müsste wohl noch grundlegend näher nachgegangen werden.

*Univ.-Prof. i.R. Dr. Ferdinand Kerschner*

## 147.

*Lärm einer Luftwärmepumpe ist keine unmittelbare Immission*

<https://doi.org/10.33196/wobl202112052001>

### § 364 Abs 2 ABGB:

**Lärmeinwirkungen sind eindeutig mittelbare Immissionen, die nur so weit, als sie das ortstübliche Ausmaß überschreiten und die ortstübliche Benützung wesentlich beeinträchtigen, untersagt werden können.**

**Die Verneinung der Beeinträchtigung der ortstüblichen Nutzung eines Grundstücks liegt im Rahmen der Rsp, wenn eine Luft-Wasser-Wärmepumpe, die in einem Abstand von 1,6 m zur Nachbargrundstücksgrenze aufgestellt ist, zur Tageszeit eine Schallpegelveränderung von 1 dB verursacht, und die Geräusche der Luft-Wasser-Wärmepumpe nur im Badezimmer subjektiv wahrnehmbar sind.**

OGH 25. 11. 2020, 9 Ob 56/20f (LG Wiener Neustadt 58 R 41/20g; BG Neunkirchen 4 C 305/17v)

Die Kl und die Bekl sind Eigentümer benachbarter Liegenschaften. Die Bekl stellten 2014 in einem Abstand von 1,6 m zur Grundstücksgrenze zur Liegenschaft der Kl eine Luft-Wasser-Wärmepumpe auf und zwar so, dass der Luftdurchsatz (Ansaugung und Ausblasung) parallel zur Grundstücksgrenze erfolgt.

An der linken Grundstücksgrenze sowie im Badezimmer der Bekl sind die Betriebsgeräusche der Wärmepumpe subjektiv wahrnehmbar, nicht jedoch in den Wohnräumlichkeiten der Kl oder an sonstigen Stellen ihres Grundstücks. Durch den Betrieb der Wärmepumpe kommt es außer an der linken Grundstücksgrenze der Liegenschaft der Kl zu keiner Veränderung der örtlichen akustischen Umgebungssituation. An der linken Grundstücksgrenze überschreiten die Betriebsgeräusche der Wärmepumpe die Planungsrichtwerte nach der Flächenwidmung. Einen Meter von der linken Grundstücksgrenze entfernt beträgt die äquivalente Schallpegelveränderung zur Tageszeit 1 dB, die vom Menschen subjektiv nicht wahrnehmbar ist.

Die Kl begehrt, die Bekl zu verpflichten, die Einwirkung von Lärm zu unterlassen, der von der Luftwärmepumpe ausgeht, „da dadurch das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschritten und die ortstübliche Nutzung des Klagsgrundstücks durch massive Minderung der Schlaf- und Ruhensqualität beeinträchtigt werde“.

<sup>8</sup> Nämlich grundsätzlich 30 Jahre; so zuerst *Jabornegg*, RdU 2001, 35 und zust *Kerschner*, Anm zu OGH 7 Ob 361/ 979, RdU 1998, 96.