

C. Die Gefährdung des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte

Ferdinand Kerschner

Literatur: Davy, Gefahrenabwehr im Anlagerecht (1990); Duschaneck, Die Genehmigung gewerblicher Betriebsanlagen, in Rill (Hrsg), Gewerberecht. Beiträge zu Grundfragen der GewO 1973 (1978) 257; Duschaneck, Die Genehmigung von Betriebsanlagen nach der Gewerberechtsnovelle 1988, ZfV 1989, 216; Erlacher/Forster, Gewerbeordnung (2014); Feik, Gewerberecht, in Bachmann et al (Hrsg), BVR¹⁴ 267; Ferz, Mediation im öffentlichen Bereich (2013); Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung 25. Lfg (2018); Holzner in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2016) §§ 308, 383; Kerschner, Die Umsetzung von Mediationsvereinbarungen, in Ferz/Pichler (Hrsg), Mediation im öffentlichen Bereich (2000) 55; Kerschner, Entscheidungsanmerkung, JBl 2002, 390; Kerschner, Neues Nachbarrecht: Abwehr negativer Immissionen/Selbsthilferecht, RZ 2004, 9; Kerschner, Funktion der Liegenschaftsbewertung bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung, Der Sachverständige 2006, 156; Kerschner/Bergthaler/Hittinger, Umweltmediation im österreichischen Recht (2003) 140; Kerschner, Vorsorgeprinzip und Beweislast insbesondere bei Genehmigung von Betriebsanlagen, in FS Bergthaler (2023) 261; Milchrahm, Ein Schlaglicht auf den Nachbarn, GRAU 2023, 132; A. Müller, Das quasidingliche Recht (2019); Potacs, Betriebsanlagenrecht; Ramseiner, Eigentum am Grundwasser, RdU 2003/21; Reithmayer-Ebner in Altenburger (Hrsg), Kommentar zum Umweltrecht IP² (2020) zu § 74 GewO; Reithmayer-Ebner in E/R/W § 74; Schwaighofer, Mediation im öffentlichen Baurecht, bbl 2005, 99; Stolzlechner et al, GewO⁴; Wagner, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1997); Zauner/Eibl, Die Dispositionsfreiheit im Gewerbe-recht, RdU-U&T 2018, 15.

Inhalt

	Rz
1. Rechtsgrundlagen	192
2. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Eigentumsgefährdung und Immissionsbelästigung	193
3. Die Abgrenzung von Eigentumsgefährdung und Immissionsbelästigung in der Lehre	194
4. Die Eigentumsgefährdung in der Rechtsprechung	195
5. Die Gefährdung des Eigentums an beweglichen Sachen	196
6. Die Gefährdung „sonstiger dinglicher Rechte“	197
7. Die Vermeidung der Eigentumsgefährdung als Genehmigungsvoraussetzung	198
8. Verzichtbarkeit des Eigentumsschutzes	199
9. Verhältnis zu zivilrechtlichen Einwendungen	200

1. Rechtsgrundlagen

192 Die „Gefährdung des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte“ ist vor allem in § 74 Abs 2 Z 1, § 75 Abs 1 und Abs 2 und § 77 Abs 1, aber auch in den § 79 Abs 1 und 3, §§ 79 a, 79 c, 79 d, 81 und 360 Abs 4 bedeutsam. Den einzelnen Bestimmungen kommen unterschiedliche Funktionen zu, die unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe ergeben können.

Eine BA unterliegt gem § 74 ua dann einer Genehmigungspflicht, wenn sie aufgrund ihrer generell abschätzbaren Eigenschaften **abstrakt geeignet** ist, ua das Eigentum oder sonstige dingliche Rechte der Nachbarn zu gefährden (ebenso für die Änderung einer genehmigten Anlage nach § 81). Nachbar ist gem § 75 Abs 2 ua derjenige, dessen dingliche Rechtsposition gefährdet werden könnte (näher dazu *Baumgartner*, Die Nachbarn und ihre Parteistellung Rz 229). § 75 Abs 1 fingiert für die Genehmigung der BA (aber auch nur für diese), dass die **Möglichkeit einer bloßen Verkehrswertminderung keine Eigentumsgefährdung** ist. Für die Genehmigung gem § 77 muss **zu erwarten** sein, dass die nach den Umständen des Einzelfalls voraussehbaren Gefährdungen der Eigentümer **vermieden** werden; zur diesbzgl, durchaus differenziierten Beweislastverteilung *Kerschner* in FS Bergthaler 266 bzgl Gefährdung bzw Vermeidung.

Eine Genehmigungspflicht besteht daher immer dann, wenn durch Art und Wirkungsweise der Anlage bedingte Gefährdungen nicht von vornherein auszuschließen sind (VwGH 21. 12. 1977, 659/77; VwSlg 10.046 A/1980 und 10.286 A/1980; VwGH 28. 1. 1997, 96/04/0283); allerdings ist die Anlage zu genehmigen, wenn zu erwarten ist, dass eigentumsgefährdende Auswirkungen allenfalls durch die Auferlegung von Auflagen vermieden werden können. Für nachträgliche Auflagen nach § 79 muss sich ein nicht hinreichender Schutz des Eigentums **ergeben** haben. Für das Antragsrecht des Nachbarn nach § 79a muss dieser mangelnden Schutz glaubhaft machen. Dafür ist es ausreichend, Tatsachen vorzubringen, die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die Beeinträchtigung tatsächlich stattfindet, wobei stets eine Betroffenheit **in eigenen Rechten** glaubhaft gemacht werden muss (VwGH 25. 6. 2003, 2000/04/0092; *Stangl* in E/R/W § 79a Rz 8). Einstweilige Vorkehrungen bzw Sicherheitsmaßnahmen nach § 360 setzen hingegen eine konkrete Gefahr für das Eigentum voraus; vgl etwa *Stolzlechner et al*, GewO⁴ § 360 Rz 42.

Die GewO stellt bei Normierung der Genehmigungsvoraussetzungen auf die **Auswirkungen der BA** ab, die von der errichteten und betriebenen Anlage ausgehend auf die Umgebung, insb die Nachbarn samt ihrem Eigentum und ihren dinglichen Rechten, voraussichtlich einwirken. Nur durch den **Betrieb der BA** kann es somit zu einer iSd § 77 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 Z 1 relevanten **Gefährdung eines dinglichen Rechts** kommen (vgl zB VwGH 29. 5. 2002, 2001/04/0104; VwGH 5. 5. 2023, Ra 2023/04/0028). Hingegen bildet die Frage der Vereinbarkeit der Errichtung des Projektes mit auf der Liegenschaft haftenden (dinglichen oder obligatorischen) privaten Rechten keinen Gegenstand des gewerberechtlichen Genehmigungsverfahrens. Ob die **Errichtung** (bzw der **Betrieb**) der BA unter den Gesichtspunkten der bestehenden privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zulässig ist, ist vielmehr eine ausschließlich in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallende **Frage des privaten Rechts** (VwG Wien 18. 8. 2014, VGW-122/008/17464/2014: Behauptung, BA werde auf Grundfläche errichtet, an der Nachbar eine **Dienstbarkeit** zustehe).

Der Grundeigentümer ist nach bürgerlichem Recht zu bestimmen, ein bloß obligatorischer Verschaffungstitel reicht dazu nicht aus (VwGH RdU-LSK 2007/15).

2. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Eigentumsgefährdung und Immissionsbelästigung

193 Ob die Auswirkungen einer BA eine Eigentumsgefährdung (§ 74 Abs 2 Z 1) oder eine Immissionsbelästigung (§ 74 Abs 2 Z 2) darstellen, ist für den Genehmigungsanspruch gem § 77 Abs 1 ganz maßgeblich: Nur wenn nach dem Stand der Technik (zum nach EU-Recht in weiten Bereichen geforderten, dem Vorsorgeprinzip vorbehaltenen Begriff der BVT bzw BAT näher *Kerschner in Kerschner* [Hrsg], WRG [2022] § 12a Rz 20 ff) und dem Stand einer allenfalls sonst noch einschlägigen Wissenschaft zu erwarten ist, dass eine nach den Umständen des einzelnen Falles voraussehbare **Eigentumsgefährdung vermieden** wird, ist die BA zu genehmigen. Im Fall der **Immissionsbelästigung** ist hingegen die Genehmigung schon zu erteilen, wenn zu erwarten ist, dass die Belästigung auf **ein zumutbares Maß beschränkt wird** (vgl statt vieler *Stolzlechner et al*, GewO⁴ § 77 Rz 27 ff). Dasselbe gilt auch für die nachträgliche Auflagenerteilung nach § 79 Abs 1 und für die Anlagenänderung gem § 81. Zusammenfassend: Bei nicht vermeidbarer Eigentumsgefährdung keine Genehmigung, bei Belästigung Genehmigung, wenn diese auf ein zumutbares Maß beschränkt werden kann. Die inhaltliche Abgrenzung zwischen zumutbarer und unzumutbarer Belästigung ist außerordentlich schwierig, da nähere Kriterien im Gesetz dazu fehlen. ME kann – ähnlich wie bei § 364 Abs 3 ABGB – darauf abgestellt werden, ob eine massive Beeinträchtigung der Verwendungs- und Nutzungsmöglichkeiten gegeben ist: Dann liegt Unzumutbarkeit vor (oder: „Das ist nicht auszuhalten.“); vgl *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB³ (2011) § 364 Rz 364 ff.

Bedeutungslos ist die Unterscheidung hingegen für die Genehmigungspflicht gem § 74, da sowohl die Eigentumsgefährdung nach § 74 Abs 2 Z 1 als auch die Immissionsbelästigung nach § 74 Abs 2 Z 2 die Genehmigungspflicht auslösen.

Die Unterscheidung ist schwierig, weil das zivile Eigentumsrecht natürlich nicht nur das statische Haben der Sache, sondern auch **deren Nutzung** schützt. Schutzobjekt des zivilen Immissionsrechts sind grds **alle aus dem Eigentumsrecht fließenden Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten** (einschließlich der Verkaufsmöglichkeit) – § 364 Abs 2 ABGB iVm § 354 ABGB – Innenseite des Eigentums (vgl OGH 21. 8. 2003, 3 Ob 193/03h; 19. 4. 1989, 8 Ob 636/88).

Fast jede der in § 74 Abs 2 Z 2 genannten Immissionen kann nun die Sachnutzungsmöglichkeiten des Nachbarn gefährden (zB durch üblen Geruch, starken Lärm, Rauch, Staub, Hexachlorbenzol) und manche sogar die Sachsubstanz (zB durch Erschütterung, Abwässer oder durch Entzug des mit dem Grundstückseigentum verbundenen Grundwassers [vgl *Ramsebner*, Eigentum am Grundwasser – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des VwGH v 28. 6. 2001, 2000/07/248, RdU 2003/21]). Immissionsbelästigungen werden somit in zivilrechtlicher Sicht häufig oder sogar meist Eigentumsgefährdungen darstellen.

Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind schon im Gesetz selbst angelegt, weil es den Gefährdungstatbestand des § 74 Abs 2 Z 1 durch die gefährdeten Schutzgüter und den Belästigungstatbestand des § 74 Abs 2 Z 2 durch die belästigenden Ursachen umschreibt, sodass Überschneidungen ganz unvermeidlich sind.

3. Die Abgrenzung von Eigentumsgefährdung und Immissionsbelästigung in der Lehre

3.1 Die nunmehr hL beruht auf den weitgehend überzeugenden Ausführungen **Aichers** in der 1. und 2. Auflage und verlangt für die Eigentumsgefährdung eine **substantielle Beeinträchtigung des Eigentums**. Eine solche sei nicht nur gegeben, wenn größere Sachbeschädigungen drohen oder jedwede sinnvolle Eigentumsnutzung vereitelt oder wesentlich beeinträchtigt ist, sondern **schon dann, wenn eine bestimmungsgemäße ortsübliche Eigentumsnutzung durch eine unmittelbar auf den Eigentumsgegenstand bezogene nachteilige Auswirkung der BA verhindert wird**; vgl *Stolzlechner et al*, GewO⁴ § 74 Rz 25 („nach der Verkehrsanschauung übliche bestimmungsgemäße (Sach)nutzung oder Verwertung ausgeschlossen“); gleich *Reithmayer-Ebner* in *E/R/W* § 74 Rz 49; *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 74 Anm 67; *Potacs*, Betriebsanlagenrecht 1167 ff; weiters *Feik* in *Bachmann et al* (Hrsg), BVR¹⁴ 267 ff; *Hanusch*, GewO § 74 Rz 33 zufolge sind unabhängig von einer Beeinträchtigung der Sachnutzung jegliche drohende Schäden für den Boden sowie den Bestand von Pflanzen und Tieren gemessen an der Verkraftbarkeit der Umwelt generell als Gefährdung zu qualifizieren. ME ist eine **wesentliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen üblichen Sachnutzung erforderlich, aber auch ausreichend**. Schon wegen fast unlösbarer Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen unmittelbarer und mittelbarer nachteiliger Auswirkung kann es mE nicht auf eine Art Unmittelbarkeit ankommen! Einer Verhinderung dieser und somit eines völligen Wertverlusts bedarf es daher für das Vorliegen einer Eigentumsgefährdung nicht; vgl auch *Reithmayer-Ebner* in *E/R/W* § 74 GewO Rz 50 („wesentlich beeinträchtigte[n] bestimmungsgemäße[n] Nutzung – und damit Eigentumsgefährdung“) und *Erlacher/Forster*, Gewerbeordnung 61 („übliche Nutzung bzw Verwertung der Sache wesentlich beeinträchtigt“). Diese Auslegung deckt sich auch mit der Absicht des historischen Gesetzgebers:

Obwohl nach der alten GewO 1859 der gewerbebehördliche Nachbarschutz (allein) von der Personengefährdung her konzipiert war (vgl VwSlg 5154 A/1959) und der Eigentumsschutz der Nachbarn den Zivilgerichten überlassen sein sollte, hat der VwGH schon sehr früh, nämlich seit 1907 (VwGH Budw 5242 A/1907) in stRsp ausgesprochen, dass sich der Schutz der Nachbarschaft nicht nur auf die Person, sondern auch auf das Eigentum beziehe (vgl zB VwSlg 5154 A/1959 und 7197 A/1967). Wegen der „Ergänzungsfunktion“ sollte das nur dann gelten, wenn die „Existenz des Eigentums“ (VwGH Budw 5242 A/1907) oder die „Substanz des Eigentums“ (VwGH 20. 10. 1976, 137/71) bedroht war. In diesem Sinn verstehen wohl auch die EB GewO 1973 (zu § 75 Abs 1 [S 163]) die Eigentumsgefährdung: Unter Verweis auf diese Jud wird die nunmehrige explizite Erwähnung des Eigentumsschutzes damit begründet, dass es mit der Verpflichtung, die Nachbarn vor bloßen Belästigungen zu schützen, nicht vereinbar wäre, ihrem Eigentum keinerlei Schutz angedeihen zu lassen. Das zwingt zwar zu keiner völligen Gleichsetzung mit der bisherigen Jud, weil eine Positivierung allein dieser wenig Sinn gemacht hätte. Das von der GewO 1973 grds rezipierte traditionelle Verständnis der Eigentumsgefährdung legt nur eine eher restriktive Interpretation des Tatbestandsmerkmals der „Gefährdung des Eigentums“ nahe, lässt aber zweifellos eine Erweiterung dergestalt zu, dass das Eigentum auch „gefährdet“ ist, wenn dessen **privatnützige Verwen-**

dung, orientiert am bestimmungsgemäßen, ortsüblichen Gebrauch, durch eine auf den Eigentumsgegenstand bezogene Auswirkung der BA **wesentlich beeinträchtigt** wird. **Beurteilungsmaßstab** dieser Kriterien muss die **Verkehrsanschauung** sein, weil sich danach auch der Verkehrswert und damit die Verwertbarkeit der Liegenschaft richten; vgl konkrete Fälle (wie Beschädigung der bei der Nutzung verwendeten Sachen; zB Schäden an Kulturen, am Weidevieh, an Betriebseinrichtungen; Veränderung der chemisch-physikalischen Bodenbeschaffenheit vgl *Davy*, Gefahrenabwehr 395; Erhöhung der Schadstoffkonzentration in den Pflanzen in einer die landwirtschaftliche Nutzung einschränkende Weise; Verminderung des Wachstums von Bäumen und Sträuchern; durch Veränderung bedingte Vertrocknung eines Weingartens; Erschütterungen, die Gebäudeschäden bewirken) bei *Reithmayer-Ebner* in *E/R/W* § 74 Rz 49 und *Hanusch*, GewO § 74 Rz 30. Wegen der teilweisen Deckungsgleichheit der Fälle der Eigentumsgefährdung mit der unzumutbaren Belästigung (die aber auch Nichteigentümer erfasst) erscheint es geboten, unter teleologischen Gesichtspunkten jedenfalls die Eingriffsintensität der Immissionen in beiden Fällen weitgehend anzugleichen; aA *Reithmayer-Ebner* in *E/R/W* § 74 GewO Rz 49.

3.2 Diese Ansicht steht in keiner Weise mit § 75 Abs 1 in Widerspruch: Unter einer Gefährdung des Eigentums iSd § 74 Abs 2 Z 1 ist danach die Möglichkeit einer bloßen Minderung des Verkehrswertes des Eigentums nicht zu verstehen. Die Bestimmung soll ausweislich der EB GewO 1973 lediglich klarstellen, dass es nicht Aufgabe der Verwaltung sein könne, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens durch die Errichtung der Anlage bedingte Minderungen des Verkehrswertes der Nachbarliegenschaften hintanzuhalten. Dies kann freilich dann nicht gelten, wenn die Minderung des Verkehrswertes durch eine Bedrohung der Eigentumssubstanz oder durch den Entzug – oder wohl auch die wesentliche Beeinträchtigung – bestimmungsgemäßer üblicher Nutzungsbefugnisse hervorgerufen wird (zu letzter Einschränkung sogleich unter 4.); zur eingeschränkten Bedeutung des § 75 Abs 1 vgl schon *Kerschner*, JBl 2002, 393.

4. Die Eigentumsgefährdung in der Rechtsprechung

195 Die Jud des VwGH steht grds mit der von *Aicher* begründeten hL (s oben 3.1) in Einklang, wobei freilich zum einen noch keine völlig einheitlichen Kriterien erkennbar sind bzw im Einzelfall **nach wie vor zu restriktiv judiziert wird**. Unter Berücksichtigung der Jud des VwGH gewinnt der Begriff der „Eigentumsgefährdung“ folgende Konturen. Eine **Eigentumsgefährdung** ist danach gegeben:

4.1 Wenn die **Substanz des Eigentums** bedroht ist (VwGH 29. 1. 2018, Ra 2017/04/0094; 20. 10. 1976, 137/71; 19. 9. 1989, 86/04/0103; 6. 2. 1990, 89/04/0089, 0090; 26. 9. 2012, 2008/04/0118; 25. 3. 2014, 2013/04/0165; LVwG Tirol 15. 12. 2014, LVwG-2013/22/2099-26; *Reithmayer-Ebner* in *Altenburger*, Umweltrecht II² § 74 GewO Rz 33; bei gravierender Änderung der Abflusssituation durch die Fundamente der BA, bei Entzug des mit dem Liegenschaftseigentum verbundenen Grundwassers [vgl *Ramsebn*, RdU 2003/21 mwN; *Kerschner*, RZ 2004, 11]), bei Entzug der erforderlichen Stütze der Liegenschaft bzw eines darauf errichteten Gebäudes (vgl § 364b ABGB) oder bei Entzug des Winddeckungsschutzes. Dazu gehört die Gefahr von Sachbeschädigungen, wenn sie

weiligen Umstände beurteilt werden (VwGH 22. 12. 2020, Ra 2019/04/0014). Das alles muss mE auch bei anderen als betrieblichen Nutzungen gelten.

Ein Grundstück, als Eigenjagd verwendet und anderweitig nicht nutzbar, wird durch Lärmimmissionen eines benachbarten Steinbruchs praktisch wertlos (VwGH 21. 12. 2004, 2000/04/0201; 28. 1. 1993, 92/04/0220; 20. 10. 1976, 137/71; 18. 5. 2005, 2004/04/0099; 27. 1. 2006, 2003/04/0130; 24. 6. 2009, 2007/05/0171). Die wesentliche Beeinträchtigung bzw Unmöglichkeit der Nutzung muss **auf Dauer** erfolgen; so zB für Servituten VwGH 8. 5. 2002, 2000/04/0186.

Ergibt sich aus einer Nachbareinwendung die Befürchtung einer wesentlichen Beeinträchtigung der Nutzung von zum Schotterabbau verwendeten Grundstücken, so muss sich die Behörde damit auseinandersetzen: Entweder um darzutun, weshalb trotz rechtzeitig geäußelter Befürchtungen kein zur Begründung der Parteistellung geeignetes Vorbringen vorliegt, oder um auf dieses Vorbringen meritorisch einzugehen (VwGH 6. 2. 1990, 89/04/0089, 0090).

4.4 Wenn eine wesentliche bestimmungsgemäße ortsübliche Nutzungsweise des Eigentums durch die Auswirkung einer BA vereitelt wird.

Gleichsinnig nimmt der VwGH Verlust der Verwertbarkeit und damit Eigentumsgefährdung an, wenn die bestimmungsgemäße (Sach-)Nutzung oder Verwertung **ausgeschlossen** ist; VwGH 29. 1. 2018, Ra 2017/04/0094; 10. 12. 2009, 2007/04/0168; 27. 6. 2003, 2001/04/0236; 8. 5. 2002, 2000/04/0186; 25. 6. 1991, 91/04/0004; ihm folgend LVwG NÖ 26. 2. 2015, LVwG-AB-07 – 0119; *Reithmayer-Ebner in Altenburger*, Umweltrecht II² § 74 GewO Rz 33. Eine (bloße) Erschwerung der Verwertung der Liegenschaft reicht aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 75 Abs 1 für eine Eigentumsgefährdung gerade nicht aus (LVwG NÖ 12. 2. 2015, LVwG-AB-13 – 0004).

Ein Weggrundstück kann nur mehr begangen, aber nicht mehr befahren werden (VwSlg 10.109 A/1980). Ein Grundstück kann nicht mehr als Viehweide, sondern nur mehr zum Grasanbau verwendet werden. Der **Ausschluss** der Verwertbarkeit bzw **Nutzung** der Liegenschaft **für den Fremdenverkehr** zum Zweck der Gästebeherbergung soll hingegen keine Eigentumsgefährdung sein; so VwGH 27. 1. 2006, 2003/04/0130. Diese Einschränkung durch den VwGH ist mE klar verfehlt, wenn und soweit die bestimmungsgemäße Verwendung die Nutzung für Fremdenverkehrszwecke ist. Außerdem handelt es sich dabei um eine **sinnvolle Nutzung** (vgl oben 4.3), wo bereits nach hA eine **wesentliche Beeinträchtigung** ausreicht. Ganz grds kann mE nicht zwischen sinnvoller Nutzung (oben 4.3) und ortsüblicher bestimmungsgemäßer Verwendung unterschieden werden: Es muss vielmehr **stets** um die nach der Verkehrsanschauung ortsübliche bestimmungsgemäße und (selbstverständlich) sinnvolle Nutzung gehen: **In allen Fällen muss dabei aber die wesentliche Beeinträchtigung für das Vorliegen einer Eigentumsgefährdung reichen.**

5. Die Gefährdung des Eigentums an beweglichen Sachen

196

Bezüglich des Eigentumsschutzes bei der BA-Genehmigung unterscheidet das Gesetz nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Daher ist grds auch das Eigentumsrecht an beweglichen Sachen vom Schutzbereich umfasst (ebenso *Potacs*, Be-

triebsanlagenrecht 1167 ff; Hanusch, GewO § 74 Rz 34). Im Einzelnen sind zwei Fragen auseinanderzuhalten:

5.1 Ist jemand nach den Kriterien des § 75 Abs 2 Nachbar, wird auch sein **Eigentum an beweglichen Sachen** geschützt. Dabei ist freilich der mögliche Zirkel teleologisch aufzulösen, der dadurch entsteht, dass der Nachbarbegriff seinerseits (auch) beim Eigentumsrecht anknüpft.

Gewerberechtlichen Eigentumsschutz genießen daher die Sachen des Mieters sowie der PKW des Pächters, den dieser auf dem gepachteten Grund abstellt; ähnlich wohl nun auch Gruber/Paliego-Barfuß, GewO⁷ § 74 Anm 66. Es ist aber nicht zutreffend, wenn Gruber/Paliego-Barfuß, GewO⁷ (§ 74 Anm 66) Kfz auf öffentlichem Grund aufnehmen wollen. Sofern sich die Eigentümer zulässigerweise und **nicht nur vorübergehend** (vgl § 75 Abs 2 Satz 2) in der Nähe der BA aufhalten, müssen auch deren bewegliche Sachen geschützt sein.

5.2 Damit ist ebenso die andere Frage entschieden: Kann allein das Eigentum an einer beweglichen Sache, die sich im Nachbarschaftsbereich befindet, die Nachbarstellung iSd § 75 Abs 2 begründen? **Aufgrund des § 75 Abs 2 können nur Eigentümer von beweglichen Sachen ausgenommen sein, die sich entweder rechtswidrig oder nur vorübergehend im Einflussbereich der BA aufhalten.** Daraus ergibt sich folgender Schutzbereich: 1. Das Eigentum an der beweglichen Sache steht dem Eigentümer oder Nutzungsberechtigten an der Liegenschaft zu. 2. Der Eigentümer der beweglichen Sache hält sich mit dieser zulässigerweise und nicht nur vorübergehend in der Nähe der BA auf; anders Aicher in der 2. Auflage.

Der Eigentümer eines PKW, den dieser, wenn auch regelmäßig, auf einer öffentlichen Verkehrsfläche parkt, ist daher Nachbar iSd § 75 Abs 2. Es gibt auch keinerlei teleologischen Grund, diesen vom Immissionschutz auszuschließen. Die Schutzgüter des Immissionsrechtes sind unmittelbar weder die Substanz der Liegenschaft noch dessen Wert, noch auch der Grundstücksnachbar, sondern vielmehr die aus dessen Eigentumsrecht fließenden Nutzungen oder Nutzungsmöglichkeiten (vgl OGH 21. 8. 2003, 3 Ob 193/03 h; 19. 4. 1989, 8 Ob 636/88).

6. Die Gefährdung „sonstiger dinglicher Rechte“

Der Schutz der „sonstigen dinglichen Rechte“ ist eine Neuschöpfung der GewO 1973. Dingliche Rechte iSd GewO sind nur jene Rechte, die ein im Verhältnis zum Eigentumsrecht beschränktes dingliches, mit Ausschließungsanspruch gegenüber jedermann bewehrtes Nutzungs-, Gebrauchs-, Verwertungs- oder Bezugsrecht an einer Sache gewähren, welches durch die Auswirkungen einer BA gefährdet werden könnte. Das trifft vor allem für die **Dienstbarkeiten**, die **Bergwerksberechtigungen** (§§ 22 ff MinroG), das **Baurecht** (§ 1 BauRG) und für das vom Grundeigentum gelöste **Fischereirecht** (vgl OGH 12. 6. 1963 SZ 36/82 und die einschlägigen Fischereilandesgesetze) in vollem Umfang zu; vgl aber VwGH 27. 3. 1981, 04/1101/80: Die Fischereiberechtigung allein sei keine Ausübung des Eigentumsrechts. Das **Jagdrecht** als Teil des Liegenschaftseigentums kann – anders als früher – nicht mehr als Dienstbarkeit weitergegeben werden; vgl Holzner in Rummel/Lukas, § 383 ABGB Rz 3. Der VwGH (20. 10. 1976,

197

137/71) hält (demnach) den Liegenschaftseigentümer als Jagdausübungsberechtigten (Eigenjagd) für einwendungsberechtigt, nicht hingegen den bloß Jagdberechtigten; vgl auch Kerschner, Der Sachverständige 2006, 163 f; iZm Jagdschäden Kerschner, Enteignungsentschädigung bei Jagdschäden (2010).

Die **Dienstbarkeit des Wasserbezugsrechts** wird auch gefährdet, wenn durch die Betriebserweiterung die auf der Betriebsliegenschaft befindlichen Anlagen zur Ausübung des Wasserbezugsrechts gefährdet sind (VwGH 30. 6. 1987, 87/04/0024). Wird die Gefährdung einer Dienstbarkeit eingewendet, hat die Behörde die **Vorfrage** nach dem Bestand der Dienstbarkeit im Rahmen ihrer Entscheidung zu lösen (VwGH 27. 5. 1986, 85/04/0183). Das wird auch bei allen anderen geschützten beschränkten dinglichen Rechten gelten. Das Vorbringen, die gew Nutzung seiner Privatstraße weite unzulässig die Wegedienstbarkeit durch den Konsenswerber aus, reicht nicht, um die Eigentumsgefährdung darzutun. Die Servitutsausweitung muss der „Nachbar“ auf dem Zivilrechtsweg abwehren (VwGH 27. 5. 1986, 85/04/0127).

Dienstbarkeiten, die auf der Betriebsliegenschaft lasten, fallen unter § 74 Abs 2; so zutreffend VwGH 27. 5. 1986, 85/04/0183. Das soll dort nicht gelten, wo die Ausübung der Dienstbarkeit und die BA nebeneinander nicht möglich sind; so VwGH 14. 4. 1999, 98/09/0140. Der durch die BA gefährdete Servitutsberechtigte muss sich in der Tat auf dem Zivilrechtsweg wehren und ist auch dorthin zu verweisen; vgl § 357.

Gem § 74 Abs 2 Z 1 letzter Halbsatz gelten auch die der Regulierung (Ablösung) nach dem Wald- und Weideservituten-GrundsatzG (WWSGG) unterworfenen **Wald- und Weidenutzungsrechte** (§ 1 Abs 1 Z 1 bis 3 WWSGG) sowie andere Felddienstbarkeiten (§ 32 WWSGG) – trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung – als dingliche Privatrechte iSd GewO. Diese Nutzungsberechtigten kommen daher ebenfalls als Nachbarn gem § 75 Abs 2 in Betracht, ihre Rechte sind gleich wie dingliche Rechte geschützt. Die durch die GewRNov 1988 vorgenommene Ergänzung hat – soweit ersichtlich – zu keiner wesentlichen Vermehrung genehmigungspflichtiger Vorhaben geführt (vgl schon die Prognose von Duschaneck, ZfV 1989, 217); s auch die Übergangsbestimmung des Art VI Abs 5 und Abs 6.

Keine dinglichen Rechte sind – entgegen dem Wortlaut des § 1095 ABGB – das verbücherte Bestandrecht wegen der „eingeschränkten“ Wirkung der Verbücherung (lediglich „Ausschluss“ des § 1120 ABGB; vgl näher Holzner in Rummel/Lukas, § 308 ABGB Rz 4), ebenso wenig Wasserbenutzungsrechte (§ 22 Abs 1 WRG), wohl aber Wasserbezugsrechte als Servituten; zu diesen schon oben.

Fraglich ist die Qualifikation als **dingliches Recht** iSd GewO für:

6.1 Grundpfandrechte (Hypotheken)

Durch die Auswirkungen einer BA kann auch die Substanz des Pfandrechts als absolut geschütztes Verwertungs- und Befriedigungsrecht tangiert werden; anders noch die 2. Auflage unter Verweis auf eine Analogie zu § 75 Abs 1, wonach die Möglichkeit einer bloßen Minderung des Verkehrswertes keine Gefährdung des Eigentums darstellt. So wie beim Eigentum die wesentliche Beeinträchtigung der üblichen bestimmungsgemäßen Nutzung zur Eigentumsgefährdung führt, gilt das unter denselben Voraussetzungen auch für den Eigentumssplitter Pfandrecht.

6.2 Reallastberechtigungen

Inhalt der Reallastberechtigung ist es, dass der Berechtigte zur Befriedigung seines Anspruches auf eine idR wiederkehrende Leistung Exekution in die haftende Liegenschaft führen kann. Die Reallast ist nämlich nur eine besondere und atypische Form der Dienstbarkeit (§ 530 ABGB) und teilt insofern auch hier deren rechtliche Beurteilung; die Atypizität (Verpflichtung zu positivem Tun) kann keine Verschiedenbehandlung rechtfertigen. Soweit die Reallast im Einzelfall von der BA nicht betroffen ist, liegt eben auch keine Gefährdung vor.

6.3 Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte

Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte sind im Fall der Verbücherung dingliche Rechte, freilich besonderer Art. Sie sind durch die Ausübung – Vorkaufsrechte überdies durch den Vorkaufsfall – bedingte Rechte. Die „Dinglichkeit“ der Rechtsstellung des Berechtigten wirkt sich vor allem so weit aus, als er das Recht über die Sache auch gegenüber jedem Dritten, der die Sache erworben hat, unmittelbar durchsetzen kann, also in der Absolutheit des Rechts; vgl dazu auch *Holzner in Rummel/Lukas*, § 308 ABGB Rz 4. Die Ausübungserklärung begründet ein Kaufverhältnis zum Vorkaufsverpflichteten (bzw zu demjenigen, der den Vorkaufsfall herstellt), vor dessen Erfüllung auch der dingliche Vorkaufsberechtigte keine Nutzungsrechte an der Sache besitzt. Für diese zwar absolute Rechtsstellung, aus der jedoch – was wesentlich ist – allein noch keine Nutzungsrechte an der Sache erfließen, gewährt die GewO keinen Schutz (nunmehr ausdrücklich VwGH 14. 3. 2012, 2010/04/0143).

6.4 Da auch aus einem **verbücherten Veräußerungs- und Belastungsverbot** kein Nutzungsrecht an der Sache erfließt, liegt kein dingliches Recht vor (VwGH 14. 3. 2012, 2010/04/0143).

6.5 Der VwGH (19. 9. 1989, 86/04/0103) qualifiziert das der Verpflichtung des jeweiligen Liegenschaftseigentümers, die natürlichen Abflussverhältnisse nicht zum Nachteil des unteren Grundstücks zu verändern, korrespondierende **Recht des Unterliegers** richtigerweise als dingliches Recht, da es sich um einen Bestandteil des Liegenschaftseigentums handelt.

7. Die Vermeidung der Eigentumsgefährdung als Genehmigungsvoraussetzung

Auf die oben (4.1 bis 6.5) umschriebenen Gefährdungen hat die Behörde zum Schutz des Eigentums (und der sonstigen dinglichen Rechte) Bedacht zu nehmen, soweit sie nach den Umständen des Einzelfalles voraussehbar, dh hinreichend wahrscheinlich sind (Vernachlässigbarkeit eines unerheblichen „Restrisikos“ überhaupt denkbarer Gefährdungen; *Duschanek*, ZfV 1989, 224; *Potacs*, Betriebsanlagenrecht 1167 ff), und dabei zu beurteilen, ob überhaupt oder ob bei Einhaltung erforderlichenfalls vorzuschreibender bestimmter geeigneter Auflagen die technische Funktionsweise der Anlage unter Zugrundelegung des technischen Erkenntnisstandes erwarten lässt, dass der durch § 74 Abs 2 Z 1 verpönte Wirkungszusammenhang vermieden wird. Vorhersehbare „Störfälle“ aufgrund einer unzureichenden Technologie sind jedenfalls zu berücksichtigen; zu-

198

treffend VwGH RdU 2005, 177 mit zust Anm *Schulev-Steindl*. ME muss die Behörde jedenfalls dann, wenn feststeht, dass Gefährdungen iSd § 77 Abs 2 Z 1 GewO voraussehbar sind, nachweisen, dass diese vermieden werden, also nicht eintreten werden. Beweislast liegt insofern bei der Behörde. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, darf sie nicht genehmigen; so schon *Kerschner* in FS *Bergthaler* 266. Dass die Vorschreibung von Auflagen zur Vorbeugung gegen oder zur Abwehr von **Katastrophen** – abgesehen von Maßnahmen zu Störfälle umfassenden Auflagen – über den § 77 Abs 1 hinausgingen, weil Katastrophen nicht voraussehbar seien (so *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 77 Anm 50), wird in dieser Allgemeinheit nicht zutreffen. Insb Hochwasserkatastrophen nehmen zu und sind daher durchaus vorhersehbar. Sind mit der BA insofern für die Nachbarn erhebliche Gefahrenerhöhungen verbunden, müssen mE wirtschaftlich zumutbare Vorsorgemaßnahmen verlangt werden. (Richtschnur: 30-jährliche Hochwässer; vgl § 38 WRG). iSd unionsrechtlichen Vorsorgeprinzips (Art 191 Abs 2 AEUV) und der Neufassung des § 71 a (beste verfügbare Techniken – BVT), dem auch das Vorsorgeprinzip zugrunde liegt, **darf kein zu hoher Wahrscheinlichkeitsgrad** bzgl der Gefährdung verlangt werden. Aus demselben Grund ist auch die Erheblichkeitsschwelle des hinzunehmenden Restrisikos nicht zu hoch anzusetzen.

Stets ist ein **konkretes Vorbringen** bzgl der Gefährdung der geschützten Rechte vorausgesetzt; so für die Eigentumsgefährdung VwGH 27. 6. 2003, 2001/04/0236.

8. Verzichtbarkeit des Eigentumsschutzes

- 199 Fraglich ist einerseits, ob ein Nachbar auf die Einwendung einer allfälligen Eigentumsgefährdung durch privatrechtliche Vereinbarung mit der Folge verzichten kann, dass diese Frage im Genehmigungsverfahren nicht mehr releviert werden kann. Andererseits ist die Auswirkung einer (privatautonden) Verschiebung der dinglichen Rechtslage (vor allem durch Begründung von Dienstbarkeiten) auf die Genehmigungslage zu prüfen.

8.1 Es entsprach der früheren hL und Jud, dass der durch privatrechtliche Vereinbarung erfolgte Verzicht von Nachbarn, Einwendungen gegen die Errichtung gew BA zu erheben, im gewerbebehördlichen Verfahren unerheblich sei.

Dies wurde vor allem damit begründet, dass es sich bei den in § 74 Abs 2 angeführten Interessen um öffentlich-rechtliche handle, die von der Behörde von Amts wegen wahrzunehmen seien (vgl *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO⁷ § 74 Anm 47; vgl auch schon VwGH Budw 3621 A/1905; VwSlg 9158 A/1976; s auch VwGH 20. 10. 1976, 1355/74; 20. 1. 2016, Ra 2015/04/0103; 26. 9. 2005, 2003/04/0098 mwN).

8.2 Auf eine Ausnahme hat bereits *Aicher* in der 2. Auflage hingewiesen: Wenn sich eine Gefährdung des Eigentums (oder sonstiger dinglicher Rechte) nur in solcher Weise aktualisiere, dass öffentliche Belange des Nachbarschutzes schlechterdings nicht berührt werden können, dann kann die Behörde ja insofern gar nicht öffentliche Interessen berücksichtigen.

Dies ist zB der Fall, wenn ein aufgrund einer Wegeservitut Fahrberechtigter über das Grundstück des Genehmigungswerbers nicht mehr fahren kann, weil der Weg durch den Steinschlagbereich des zu genehmigenden Steinbruchs führt. **Darüber hinaus**

ist die **privatrechtliche Wirkung von Einwendungs- und Berufungsverzichten** nach der zwingenden Wertung des § 42 AVG bzw § 63 Abs 4 AVG und nunmehr auch des § 7 Abs 2 VwGVG zu bestimmen (vgl näher *Kerschner in Ferz/Pichler* [Hrsg], *Mediation* 55 f; ebenso nun *Ferz*, *Mediation im öffentlichen Bereich* 827): Ein „a-priori-Verzicht“ kann danach nicht wirksam sein, erst ab Ende der mündlichen Verhandlung bzw ab Zustellung bzw Verkündung des Bescheids ist ein solcher Verzicht wirksam; so auch *Schwaighofer*, bbl 2005, 108 f; s auch *Milchrahm*, GRAU 2023, 136 (bei Verlust der Parteistellung bzw der Rechtsmittelbefugnis); vgl weiters *Zauner/Eibl*, RdU-U&T 2018, 19, die de lege ferenda für eine weitreichende Dispositionsbefugnis der Parteien plädieren.

8.3 Eine Veränderung der dinglichen Rechtspositionen (vor allem durch Dienstbarkeiten) wirkt auch nach den §§ 74 ff, soweit eben diese Bestimmungen beim Inhalt des dinglichen Rechts anknüpfen. So können etwa die Nachbarn an sich nach § 364 Abs 2 ABGB unzulässige Immissionen dulden (Projektwerber als Servitutsberechtigter; vgl näher *Kerschner/Bergthaler/Hittinger*, *Umweltmediation* 140 ff; *Kerschner in Ferz/Pichler* [Hrsg], *Mediation* 58).

8.4 Zur „heranrückenden Wohnbebauung“ (mögliche Einwendungen des Betriebsinhabers im baurechtlichen Bewilligungsverfahren gegen eine heranrückende Bebauung) zB *Milchrahm*, GRAU 2023, 136 mwN.

9. Verhältnis zu zivilrechtlichen Einwendungen

Die auf Gefährdung des Eigentums bzw anderer dinglicher Rechte gestützten Einwendungen iSd §§ 74, 77 und 79 sind öffentlich-rechtliche Einwendungen (subjektiv-öffentliche Rechte); vgl VwGH 28. 4. 1959, 1151/56; 26. 9. 2017, Ra 2015/04/0011.

Der Einwand unzulässiger Immissionen kann aber auch zugleich auf § 364 Abs 2 ABGB gestützt sein (vgl VwGH 28. 4. 1959, 1151/56), sodass eine solche Einwendung nach Versuch gütlicher Einigung auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist; vgl § 357 und *Kerschner*, *Zivilrechtliche Ansprüche und Einwendungen der Nachbarn* Rz 254. Die zivilrechtliche Abwehr ist aber im Rahmen des rk BA-Genehmigungsbescheids durch § 364a ABGB maßgeblich eingeschränkt.

Sonstige besondere privatrechtliche Einwendungen können sich vor allem aus (verneinenden) Dienstbarkeiten ergeben, die dem Bau und Betrieb der BA ganz oder teilweise entgegenstehen können.

200

201