

C. Zivilrechtliche Ansprüche und Einwendungen der Nachbarn

Ferdinand Kerschner

Literatur: Aicher, Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmäßigen hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen (1978); Aicher, Umweltschutz und Privatrecht, JbI 1979, 235; Aicher, Nachbarrecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, in Korinek/Krejci (Hrsg), Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts I (1988); Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) §§ 364, 364a; Eisenberger/Tauß-Grill, Reiterstall und Eisenbahn: Der Anwendungsbogen des § 364a ABGB, RdU 2023, 105; Eisenberger/Tauß-Grill, Lärm aus Betriebsanlagen (2023); Ecker, Nachbarrechtliche Sonderrechtsverhältnisse (2021); Erhart-Schippke, Bewertung ökologischer Lasten, Der Sachverständige 2007/2; Gimpel-Hinteregger, Grundfragen der Umwelthaftung (1993); Holzner, „Immissionsabwehransprüche“ für Superädifikateigentümer mit nur prekarietischem Grundbenützungsverhältnis? JbI 2012, 136; Holzner in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1,06} (2023) §§ 364, 364a; Illedits/Illedits-Lohr, Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen eine im vereinfachten Verfahren nach § 359b GewO genehmigte Anlage, RdW 2004, 16; Illedits/Illedits-Lohr, Handbuch Nachbarrecht: die Rechtsstellung der Nachbarn im öffentlichen und zivilen Recht⁴ (2021); Iro/Riss, Sachenrecht⁸ (2023); Jabornegg, Privates Nachbarrecht und Umweltschutz, ÖJZ 1983, 365; Jabornegg, Bürgerliches Recht und Umweltschutz, GA z 9. ÖJT (1985); Jabornegg/Strasser in Jabornegg/Rummel/Strasser (Hrsg), Privatrecht und Umweltschutz (1976); Kärner, Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen? in FS Iro (2013); Kerschner, Umwelthaftungssysteme des geltenden österreichischen Rechts, in Hanreich/Schwarzer (Hrsg), Umwelthaftung (1991); Kerschner, Umwelthaftung im Privatrecht, JbI 1993, 216; Kerschner, Nachbarrecht im Spannungsfeld zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JbI 1994, 781; Kerschner, „Reprivatisierung“ des Nachbarrechts? in Jahrbuch des Trierer Instituts für Umwelt- und Technikrecht, UTR 40 (1997) 279; Kerschner, Liegenschaftsentwertung durch Umweltbelastungen, Der Sachverständige 2002/4; Kerschner, Der Verkehrswert von Liegenschaften bei der Enteignungsentschädigung, JbI 2006, 355; Kerschner, Art 6 EMRK und Zivilrecht – Neueste Entwicklungen, in FS Machacek/Matscher (2008) 775; Kerschner, Umweltprivatrecht – Quo vadis, in IUR (Hrsg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2022 (2022) 43; Kerschner, Vorsorgeprinzip und Beweislast insbesondere bei Genehmigung von Betriebsanlagen – Eine Annäherung, in FS Wilhelm Bergthaler (2023) 261; Kerschner/Wagner, Nachbarrecht, in Straube/Aicher (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht (Loseblattwerk); Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ Großkommentar zum ABGB (2011) Vor §§ 364–364b, §§ 364, 364a; Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006); Klang, Bemerkungen zu den sachenrechtlichen Bestimmungen der Zivilnovellen (1917); Koziol, Eingriffs- und Gefährdungshaftung im Nachbarrecht. Einige grundsätzliche Überlegungen und deren Auswirkungen, RdW 2013/12; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht kompakt⁴ (2023); Koziol/Apathy/Koch, Österreichisches Haftpflichtrecht III³: Gefährdungs-, Produkt- und Eingriffshaftung (2014); Lang, Ortsunüblichkeit und Wesentlichkeit von Immissionen (2011); Lang, Ziviles Nachbarrecht, in Altenburger/N. Raschauer (Hrsg), Umweltrecht Kommentar (2013); Linder, Privates Umweltrecht – Ausgewählte Fragen des Nachbarrechts und der Umwelthaftung, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg), Handbuch Umweltrecht³ (2019) 163; Mayer, Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte? ÖZW 1991, 97; Milchrahm, Ein Schlaglicht auf den Nachbarn, GRAU 2023, 132; A. Müller, Das quasidingliche Recht (2019); Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar II⁵ (2019) §§ 364, 364a; Panholzer/Stichlberger, Der gewerberechtliche Schutz des Nachbarn gegen genehmigte Betriebsanlagen, ZfV 1979, 186; Pittl/Feldkircher, Zur Begründung der Passivlegitimation des Grundeigentümers als mittelbarer Störer, wobl 2014/151; B. Raschauer,

Immissionsschutz und Gewerberecht im Zivilrecht, ÖZW 1980, 7; B. Raschauer, Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506; N. Raschauer, Das vereinfachte Betriebsanlagengenehmigungsverfahren (§ 359b GewO) im Gefolge jüngster höchstgerichtlicher Entscheidungen, RdU 2005, 100; Reischauer, Zur Zulässigkeit landwirtschaftlicher Immissionen – ein Beitrag insbesondere zum Ortsbegriff des § 364 ABGB, JBl 1990, 217; Roth in Staudinger (Hrsg), Kommentar BGB¹³ (2009) § 906; Rummel, Erfolgshaftung im Nachbarrecht, JBl 1967, 120; Rummel, Ersatzansprüche bei summierten Immissionen (1979); Rummel/Kerschner, Umwelthaftung im Privatrecht (1991); Schauer, Zivilrechtliche Aspekte der Belästigung durch Verkehrslärm, Verkehrsannalen 1982 Heft 3, 5; Schulev-Steindl, Subjektive Rechte im öffentlichen Interesse? Anmerkungen zur Aarhus-Konvention, JRP 2004, 128; Schickmair, Umweltprivatrecht, in Ennöckl/Niederhuber (Hrsg), Jahrbuch Umweltrecht 2022 (2022) 225; Steiner, Zur Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit in § 364 Abs 2 ABGB, JBl 1978, 133; Thienel, Verfassungsrechtliche Grenzen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO, ZfV 2001, 718; Stolzlechner et al, GewO⁴; I. Vonkilch, Ergänzende Erwägungen für eine nachbarrechtliche Gefährdungshaftung nach § 364a ABGB analog, RdU 2024, 235; Wagner, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1997); Wagner, Die Gewerberechtsnovelle 1997 und deren Folgen für zivile Nachbarrechte, RdU 1997, 174; Wagner, Deregulierung im Baurecht und ziviler Rechtsschutz, bbl 1999, 131 und 171; Wagner, Muster: Klagebegehren bzw Urteilstenor, RdU 2005, 23; Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006); Winkler, Der Nachbar im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359b GewO zwischen Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht und zivilem Nachbarrecht, in FS Stolzlechner (2013) 783; Winner in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2016) §§ 364, 364a.

Inhalt

	Rz
1. Rechtsgrundlage	253
2. Die Geltendmachung im Betriebsanlagenverfahren	254
3. Die Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg	255
4. Der Ausschluss des Unterlassungsanspruchs	256
5. Der Unterlassungsanspruch (Fälle)	257
6. Der Schadenersatzanspruch	258
7. Die Aktivlegitimation	259
8. Die Passivlegitimation	260
9. Divergenzen im zivilrechtlichen und gewerberechtlichen Nachbarschutz	261
10. Zivilrechtliche Ansprüche des übergangenen Nachbarn	262

1. Rechtsgrundlage

253

Der **zivilrechtliche Immissionsschutz** hat seine maßgebliche Rechtsgrundlage in **§ 364 Abs 2** und für Beschattungsfälle seit dem ZivRÄG 2004 auch in **Abs 3** jeweils iVm **§ 354 ABGB**:

Abs 2: „Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Wärme, Gase, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.“

Abs 3: „Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und

zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstücks führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.“

Der **öffentlich-rechtliche Immissionsschutz** des Nachbarn hat seine maßgeblichen Rechtsgrundlagen in § 77 Abs 1 und 2 iVm § 74 Abs 2 Z 1, §§ 79 und 79a: Danach sind die Nachbarn vor Gefährdungen des Lebens, der Gesundheit, des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte und iVm § 74 Abs 2 Z 2 vor unzumutbaren Belästigungen durch Geruch, Lärm, Rauch, Staub, Erschütterung oder in anderer Weise zu schützen. Insoweit überschneiden sich der Immissionsschutz des öffentlichen Rechts und jener des Zivilrechts teilweise, decken sich aber keineswegs völlig. Soweit sich der Nachbar darauf beruft, dass von einer BA Einwirkungen ausgehen (werden), die sein Eigentum oder seine sonstigen dinglichen Rechte gefährden oder ihn unzumutbar belästigen, und er ferner geltend macht, dass die Einwirkungen das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen, kann das seine Grundlage **gleichzeitig im öffentlichen Recht** und im **Privatrecht** haben. Die Tatbestandsvoraussetzungen, aber auch die Rechtsfolgen sind keineswegs identisch; vgl näher schon *Kerschner*, JBl 1994, 789 ff.

Die Behauptung in den Materialien zur GewO (EB zur RV GewO 1973), dass die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts keinen unmittelbaren Schutz der Nachbarn gegen Immissionen gewährten, überrascht nicht nur, sondern ist schlichtweg falsch. Es liegt in der Tat nahe, dass die Gesetzesverfasser auf § 364 Abs 2 ABGB einfach vergessen haben. Denn sie zitieren zum Beweis der Schutzlosigkeit die §§ 340 bis 342 ABGB. Die Bauverbotsklage betrifft nur einen ganz spezifischen Fall der Eigentumsgefährdung und ist in der Tat kein tauglicher und umfassender Schutz gegen Immissionen; zur Bauverbotsklage umfassend *Wagner*, bbl 1999, 131 ff und 171 ff. § 364 Abs 2 ABGB wäre dagegen eine fast alle Umweltmedien (integrativ) erfassende und starke Schutzbestimmung. Die III. TN hat jedoch nicht nur § 364 Abs 2, sondern auch § 364a ABGB eingeführt: Der Nachbar, dessen privatrechtliche Einwendung gegen die BA im Verwaltungsverfahren nicht berücksichtigt werden kann (vgl § 357), hat nun aufgrund des § 364a ABGB mit rk(!) gewerbebehördlicher Genehmigung der BA seinen an sich durch § 364 Abs 2 ABGB gegebenen Unterlassungsanspruch nicht mehr, soweit die Immissionen von der BA-Genehmigung gedeckt sind. Nach dem Grundsatz „dulde und liquidiere“ ist der Nachbar auf einen **Ausgleichsanspruch (Schadenersatzanspruch)** verwiesen (s unten 4.). Insoweit der Unterlassungsanspruch durch § 364a ABGB ausgeschlossen ist, gibt das Zivilrecht den Nachbarn tatsächlich keinen unmittelbaren Schutz gegen die von einer BA ausgehende Immission.

2. Die Geltendmachung im Betriebsanlagenverfahren

Der Nachbar kann eine Beeinträchtigung iSd § 364 Abs 2 ABGB als Einwendung im BA-Verfahren geltend machen. Soweit sich die Beeinträchtigung mit den öffentlich-rechtlichen relevanten Einwirkungen (zumindest teilweise) deckt (also Gefährdung des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte oder der Gesundheit bzw unzumutbare Belästigung), muss diese öffentlich-rechtliche Einwendung von der Behörde überprüft

254

und ihr, wenn sie berechtigt ist, durch Auflagen oder eine Abweisung des Antrags auf Genehmigung der BA Rechnung getragen werden. Soweit die Einwendung *nur auf das Privatrecht* (vor allem auf § 364 Abs 2 ABGB oder sonstige private Rechtstitel) gestützt ist, hat der Verhandlungsleiter gem § 357 GewO auf eine Einigung hinzuwirken und mangels Einigung den Nachbarn mit seinem Vorbringen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen (VwGH 20. 10. 1976, 137/71); **dingliche oder obligatorische Rechte**, die der Errichtung einer BA entgegenstehen, bilden **keinen Gegenstand des gewerbebehördlichen Genehmigungsverfahrens** (VwG Wien 18. 8. 2014, VGW-122/008/27464/2014 = ZVG-Slg 2015/11, 83) Das (nämlich: Pflicht zur Hinwirkung auf Einigung, bei mangelnder Einigung Verweisungspflicht) gilt mE auch im vereinfachten Verfahren gem § 359 b, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet; so auch *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ § 357 Anm 5; aA *Stolzlechner et al*, GewO⁴ § 357 Rz 2. Nach neuerer Rsp (zB VwGH 14. 9. 2005, 2004/04/0079) soll weder das Unterlassen der Verweisung auf den Zivilrechtsweg noch die Zurückweisung erhobener privatrechtlicher Einwendungen eine Rechtsverletzung sein (VwG Wien 18. 8. 2014, VGW-122/008/27464/2014 ZVG-Slg 2015/11). Es trifft zwar zu, dass dadurch dem Einwendenden nicht die Möglichkeit genommen wird, den Zivilrechtsweg zu beschreiten, doch haben die Pflichten nach § 357 mE darüber hinausgehende Zwecke, sodass von einer **bekämpfbaren Rechtsverletzung** auszugehen ist.

Die beim Einigungsversuch allenfalls erzielte privatrechtliche Einigung ist nur in der Verhandlungsniederschrift zu beurkunden, nicht aber in den Spruch des Genehmigungsbescheids aufzunehmen; so auch *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ § 357 Anm 7.

Privatrechtliche Einwendungen sind vor allem solche nach § 364 Abs 2 ABGB, Schadenersatzansprüche nach § 364a ABGB (zB auch wegen Wertminderung der Nachbarliegenschaft; vgl dazu iZm Amtshaftung OGH JBl 2002, 390 mAnm *Kerschner*), negatorische Ansprüche aus Dienstbarkeiten, Ansprüche wegen Verletzung von Bestandrechten durch die Errichtung der BA uam.

3. Die Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg

255

Auf dem Zivilrechtsweg kommen für den Nachbarn vor allem der **Anspruch auf Unterlassung** (einschließlich Beseitigung, Entfernung einer Störungsquelle auf dem Nachbargrundstück) und der **Ausgleichsanspruch** nach § 364a ABGB in Betracht. Beide Ansprüche sind von einem Verschulden der Emittenten unabhängig. Selbstverständlich können auch gegebenenfalls verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden. Dagegen kann der Nachbar im Zivilrechtsweg grds weder zusätzliche Auflagen noch eine Änderung der Anlage noch eine Aufhebung der BA-Genehmigung selbst begehren, und zwar selbst dann nicht, wenn damit die Störung gemindert würde und der Betrieb der Anlage nicht gefährdet wäre (*Klang*, Bemerkungen 39). Der OGH bejaht nun seit 2010 (OGH 22. 9. 2010, 8 Ob 128/09 w – „Rettungshubschrauberlandeplatz“) in stRsp bei sog gemeinwichtigen Betrieben (Duldungspflicht der Nachbarn auch bei fehlender Parteistellung) einen sog **Vorkehrungsanspruch**, dessen nähere Ausgestaltung allerdings wohl noch fehlt: Als Grundsatz gilt: Der „Störer“ hat **alle zumutbaren Maßnahmen** zu setzen, **um die Belastung für den gestörten Anrainer möglichst gering zu halten** (so OGH 22. 9. 2010, 8 Ob 128/09 w). Das soll wohl die fehlende

Parteistellung im Genehmigungsverfahren einigermaßen ausgleichen; näher zum Vorkehrungsanspruch *Kerschner*, JBl 2016, 318 ff; *Eisenberger/Tauß-Grill*, Lärm 94 ff; *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 85. Offen erscheint in der Rsp die Rechtslage, wenn die immissionsreduzierenden Maßnahmen unzumutbar bzw unmöglich sind. ME muss wegen sonstiger Grundrechtsverletzung ein Abwehrrecht und nicht bloß ein Vorkehrungsanspruch bestehen; vgl EGMR 25. 9. 2014, 29878/09, *Anderson ua/Schweden*; vgl näher auch *Eisenberger/Tauß-Grill*, Lärm 94 ff.

Das Klagebegehren bei Abwehr- (Unterlassungs-)ansprüchen muss auf Unterlassen der (unzulässigen) Immissionen (Zuleitung) lauten (Erfolgsverbot; OGH 19. 04. 2023, 3 Ob 21/23 v; OGH JBl 1998, 309). Der Nachbar hat seinem Gegner die zur Unterlassung oder Verhinderung von Immissionen erforderlichen Schutzmaßnahmen zu überlassen und ist daher nicht berechtigt, von ihm ganz bestimmte Vorkehrungen zu deren Verminderung zu begehren (OGH 1. 12. 1982 EvBl 1983/82; 13. 4. 1988 JBl 1988, 594 mwN), er kann aber geeignete Vorkehrungen vorschlagen; wenn es offenkundig nur eine Möglichkeit gibt, die Störung abzustellen (zB Beendigung eines Mietvertrages), kann diese begehrt werden (OGH 5 Ob 2/11 x mwN; zuletzt 22. 11. 2023, 7 Ob 186/23 p). Zum richtigen Klagebegehren vgl *Wagner*, Muster: Klagebegehren bzw Urteilstenor, RdU 2005, 23. Kein Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 besteht, wenn die Störung von einer hoheitlichen Tätigkeit ausgeht, die Unterlassungsklage also darauf abzielt, einen Hoheitsakt rückgängig zu machen oder das hoheitliche Handeln sonstwie zu beeinflussen (OGH 8 Ob 128/09 w mwN); anderes gilt für Immissionen, die zwar im Rahmen der Hoheitsverwaltung entstehen, deren Untersagung aber die hoheitliche Aufgabe an sich nicht konterkarieren würde (zuletzt am Beispiel einer Müllinsel OGH 8 Ob 28/13 w; dazu *Schlager*, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch bei „Müllinsel“? RFG 2015, 42); *Kerschner*, Anm zu OGH 8 Ob 28/13 w RdW 2014, 217 ff.

Der auf § 364 Abs 2 iVm § 354 ABGB gestützte **Unterlassungsanspruch verjährt** – als Unterfall der Eigentumsklage – durch die bloße Duldung der Immission über einen längeren Zeitraum hin nicht (§ 1459 ABGB), sofern nicht der Immittent nach den allgemeinen Grundsätzen des Ersitzungsrechts eine diesbzgl Servitut erwirbt (OGH 23. 2. 1886 GIU 10.947). Abgesehen davon würde sich die Frage der Verjährung von Unterlassungsansprüchen gegenüber Immissionen – selbst bei einer – mE (wegen § 1478 ABGB) nicht vertretbaren – Annahme einer dreijährigen Verjährungsfrist – praktisch kaum stellen. Immissionen sind idR fortgesetzte Einwirkungen, bei denen mit jeder Einwirkung ein neuer Unterlassungsanspruch mit eigener Verjährungsfrist entsteht. Während der fortdauernden Immission könnte eine Verjährung nicht eintreten. Von **höchster praktischer Bedeutung** ist aber der Umstand, **dass durch längeres widerspruchsfreies Hinnehmen einer Immission diese ortsüblich werden kann**. Die Rsp schwankt insofern zwischen drei und dreißig Jahren; vgl einerseits OGH JBl 1989, 578 (30 Jahre) zu Industrieimmissionen und andererseits OGH RdU 2001, 30 (3 Jahre, soweit Immissionen verwaltungsrechtlich zulässig sind); offenlassend OGH 19. 2. 2008, 5 Ob 8/08 z RdU 2008/90 mAnm *Kerschner*. Die jüngere Judikatur lässt mE eine deutliche Tendenz zu einer weit längeren Frist als die dreijährige erkennen; vgl näher *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 36 ff. Wegen der sachlichen Nähe zur Ersitzung einer an sich unzulässigen Immissionsausübung muss grds die dreißigjährige Ersitzungsfrist analog angewendet werden; vgl *Jabornegg*, RdU 2001/49, 35; *Kerschner*, RdU 1998, 96

(allenfalls Differenzierung nach beweglichem System); *Lang*, Ortsunüblichkeit 130 ff; *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364 Rz 213–224. Wird die Immission beendet und verlangt der Nachbar nach Verlauf längerer Zeit Unterlassung, wäre meist der Anspruch schon mangels Wiederholungsgefahr nicht gegeben.

Schadenersatzansprüche gem § 364a ABGB verjähren nach ganz herrschender und zutreffender Ansicht in drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers (§ 1489 ABGB); vgl näher *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 48. Sofern der Schaden (nur) in der fortwährenden Immission besteht, beginnt die Verjährungsfrist mit jeder Immission neu zu laufen (vgl OGH JBl 1993, 191; zuletzt 1 Ob 74/09b).

4. Der Ausschluss des Unterlassungsanspruchs

256

§ 364a ABGB bestimmt:

„Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.“

Nach zutreffender und nunmehr ganz hA muss § 364a ABGB iSd Art 6 EMRK verfassungskonform ausgelegt werden, wonach der **Ausschluss des dem Kernbereich des Zivilrechts angehörenden Immissionsabwehranspruchs nur dann** gegeben sein kann, wenn dem Nachbarn im BA-Genehmigungsverfahren ein **Recht auf Gehör iS einer Parteistellung mit Einwendungs- und Rechtsmittelbefugnis** und damit **effektiver Rechtsschutz** zukommt. Allein dann liegt ein faires Verfahren vor. Eine entsprechende Verpflichtung lässt sich nunmehr auch aus Art 47 der GRC in deren Anwendungsbereich („Durchführung des Rechts der Union“, vgl Art 51 Abs 1 GRC) ableiten. Insofern haben Art 6 EMRK bzw Art 47 GRC alle dogmatischen Ansätze bei der Bergwerksanlage, für deren Genehmigung im Jahre 1916 gerade keine Parteistellung der Nachbarn vorgesehen war (vgl näher *Wagner*, Betriebsanlage 85 ff), überholt. Danach kann es eben gerade nicht mehr ausreichen, dass im Gesetz selbst eine generelle Interessenabwägung vorgenommen ist oder dieses eine solche der entscheidenden Behörde aufträgt; so aber noch *Spielbüchler in Rummel*, ABGB³ § 364a Rz 4; iSd hA wohl nun auch *Winner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 364a Rz 5 Abs 2 und OGH 8 Ob 135/06 w. Diese Auffassung kann deshalb nicht zutreffen, weil damit dem einfachen Gesetzgeber eine völlige Aushöhlung des Art 6 EMRK bzw des Art 47 GRC möglich wäre! Gewaltenteilungsaspekte, die gerade auch dem Art 6 EMRK zugrunde liegen (vgl näher *Kerschner in FS Machacek/Matscher* 775 ff), sprechen gerade nicht gegen diese Auslegung, sondern umgekehrt dafür (vgl näher *Kerschner*, JBl 1994, 781 [781 ff]; *Thienel*, ZfV 2001, 718 [727 ff] uva). Bergwerksanlagen können folglich nur dann vom Haftungsprivileg des § 364a ABGB profitieren, wenn sie einem UVP-Verfahren unterzogen wurden, da hierbei den Nachbarn eine immissionsbezügliche Parteistellung zukommt; vgl *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364a Rz 90; vgl aber auch *I. Vonkilch*, RdU 2024, 235 ff.

Bereits seit Längerem hat der OGH ausdrücklich festgehalten, dass eine vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung nicht ausreicht; **Nachbarn** müsse vielmehr in verfassungskonformer Interpretation (Art 6 iVm Art 13 EMRK) **Parteistellung** im Verfahren zukommen, um § 364a ABGB zur Anwendung zu bringen; OGH 8 Ob 128/09 w JBl 2011, 234 mAnm *Wagner* = RdU 2011/45 mAnm *Kisslinger*. Ist demnach der Abwehranspruch gem § 364 Abs 2 ABGB nur soweit genommen, als und soweit die Immissionen von einer rk BA-Genehmigung gedeckt sind, die in einem Verfahren mit effektivem Rechtsschutz der Nachbarn erteilt worden ist (vgl auch *B. Raschauer*, ZfV 1999, 506 ff), sind die Grenzen des § 364a ABGB abgesteckt. Abwehrfähig sind daher vor allem

- Immissionen vor Rechtskraft der BA-Genehmigung;
- Immissionen, die inhaltlich (räumlich und sachlich) nicht von der BA-Genehmigung gedeckt sind;
- Immissionen nach Aufhebung der BA-Genehmigung.

Fälle, in welchen der **Unterlassungsanspruch nicht ausgeschlossen ist**, werden im folgenden Kapitel dargestellt. Wie bereits oben zu 3. erörtert, soll nach der Judikatur und Teilen der Literatur das Abwehrrecht trotz fehlender Parteistellung bei sog gemeinwichtigen Betrieben (Anlagen) genommen sein.

5. Der Unterlassungsanspruch (Fälle)

§ 364a ABGB knüpft seiner historischen Absicht nach an die gewerbebehördliche Genehmigung an. Obwohl nunmehr die BauO schon weitgehend, aber in sehr unterschiedlichem Ausmaß Immissionsschutz vorsehen, **reicht eine baubehördliche Genehmigung** der Anlage nach ganz hA **nicht aus** (so zuletzt wieder OGH 18. 10. 2022, 10 Ob 19/22 z; zur novellierten Stmk BauO näher auch *Eisenberger/Tauß-Grill*, RdU 2023, 105 ff; OGH 11. 7. 1956 EvBl 1957/19; 24. 2. 1971 MietSlg 23.035; 18. 2. 1975 SZ 48/15; jüngst auch 9 Ob 48/12 t RdU 2014/23 mAnm *Kleewein* = bbl 2013/230 mAnm *Egglmeier-Schmolke*; VfSlg 4227/1962, 5334/1966; *Klang*, Kommentar 167 f mwN; ausführlichst *Wagner*, Betriebsanlage 257 ff; *Aicher*, Nachbarschutz 20, 38 ff; *Jabornegg*, Bürgerliches Recht 64 f; aA *Schauer*, Aspekte 8; *Engel/Strauss*, RdU 2014, 236 ff). Vor Rechtskraft des gewerbebehördlichen Genehmigungsbescheides liegt keine behördlich genehmigte Anlage vor (vgl schon *B. Raschauer*, Umweltschutzrecht 31). Eine **ausländische BA-Genehmigung** zeigt nur Tatbestandswirkung nach § 364a ABGB, wenn sie gleichwertig einer inländischen Genehmigung ist. Gleichwertigkeit liegt nur vor, wenn die grenzüberschreitende Immission völkerrechtlich zulässig ist, die ausländische BA-Genehmigung materiell an die gleichen Voraussetzungen anknüpft wie die inländische und den potentiell gefährdeten Inländern ausreichend Verfahrensbeteiligung gewährt worden ist (*Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ Vor §§ 364–364b Rz 22 mwN zur Rsp und Lit zuletzt *Wagner/Ecker* in *Laimer* [Hrsg], IPR Praxiskommentar [2023] Art 7 Rom II-VO Rz 187).

5.1 Gem § 78 dürfen unter den dort näher umschriebenen Voraussetzungen bereits vor Eintritt der Rechtskraft gew BA errichtet und betrieben (längstens drei Jahre

nach der Zustellung des Genehmigungsbescheides an den Genehmigungswerber) werden (s dazu Glossar „Errichtung und Betrieb einer Betriebsanlage [allenfalls ohne rk Genehmigung]“ Rz 45). Gem § 359 c darf die BA längstens ein Jahr nach Aufhebung des Genehmigungsbescheids durch den VfGH weiterbetrieben werden. In diesen Fällen liegt eindeutig keine formell-rk Genehmigung vor, Errichtung und Betrieb (im Fall des § 359 c: lediglich der Betrieb) erfolgen zwar aufgrund einer gesetzlichen Erlaubnis, die für die **Rechtsfolgen der GewO** (aber auch nur für diese) den noch nicht rk Genehmigungsbescheid **ersetzt**. Auch wenn die gesetzliche Errichtungs- bzw Betriebsbefugnis erst nach Durchführung eines die Nachbarinteressen berücksichtigenden Genehmigungsverfahrens sowie auf der Grundlage der vorgeschriebenen Auflagen in Anspruch genommen werden darf, erfolgt das **ohne effektiven Rechtsschutz** der Nachbarn.

Die öffentlich-rechtliche Befugnis der §§ 78 und 359 c ist daher einer rk Genehmigung **nicht gleichzuhalten** (anders *Aicher* in der 2. Auflage; wie hier *B. Raschauer*, ÖZW 1980, 12). Gem § 78 ist der Betrieb auch im Fall einer Beschwerde (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG) der Nachbarn möglich. Soweit ein Nachbar Beschwerde erhebt, liegt dann auch keine Rechtskraft gegenüber diesem Nachbarn vor.

5.2 Ähnliche Überlegungen gelten für den genehmigten Versuchsbetrieb (§ 354). Ein solcher Versuchsbetrieb darf zwar nur angeordnet werden, wenn anzunehmen ist, dass die Errichtung und der Betrieb einer BA bei Vorschreibung bestimmter Auflagen zulässig sein wird. Auch darf diese Anordnung erst nach Durchführung einer die Nachbarschaftsinteressen ausreichend berücksichtigenden mündlichen Verhandlung erfolgen (vgl Glossar „Versuchsbetrieb“ Rz 146). Zum einen beruht der Versuchsbetrieb aber auf einer recht vorläufigen Prognose („wenn anzunehmen ist“), zum anderen besteht eben **kein effektiver Rechtsschutz** der Nachbarn.

Das entspricht auch der Auffassung des VfGH, wenn er in seinem Erk v 4. 3. 1992, B 1208/90 et al (verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Versuchsbetriebs) ausführt: „Des Rechtsschutzes entraten die Nachbarn gleichwohl auch beim ‚genehmigten‘ Versuchsbetrieb nicht: unbenommen bleibt ihnen nämlich der zivilrechtliche Untersagungsanspruch unter den Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB, solange nicht eine (nach Durchführung des Verfahrens gem § 356 GewO) gem §§ 74 ff GewO ‚behördlich genehmigte Anlage‘ (iSd § 364 a ABGB) vorliegt.“ Ein möglicher nachträglicher Schadenersatzanspruch nach § 364 a ABGB entspräche allein hingegen dem Gebote effektiven präventiven Rechtsschutzes nicht; zutreffend *B. Raschauer*, ZfV 1999, 514 ff. Im Übrigen widerspricht das nicht dem Gewaltentrennungsgrundsatz, dieser fordert geradezu eine gerichtliche Prüfung der Immissionslage nach § 364 Abs 2 ABGB. Den Gerichten wird dabei auch gar nicht erlaubt, die Errichtung oder den Betrieb (auch nur vorübergehend) behördlich genehmigter Anlagen zu untersagen; so aber *Aicher* in der 2. Auflage und auch *Mayer*, ÖZW 1991, 97 ff. Die Gerichte können nur die nach § 364 Abs 2 ABGB unzulässigen Immissionen untersagen; vgl näher *Kerschner*, JBl 1993, 216; diesem folgend *Thienel*, ZfV 2001, 730 FN 63 mwN.

5.3 Auch der Genehmigungsbescheid im vereinfachten Verfahren gem § 359 b begründet nach ganz herrschender Rsp des OGH und der überwiegenden Lehre **keine Sperrwirkung** nach § 364 a ABGB. Die EB (351 BlgNR 17. GP 57) gehen ausweislich

des Hinweises auf § 364 a ABGB iZm § 359 b letzter Halbsatz zwar offensichtlich davon aus. Maßgeblich ist aber die Auslegung der privatrechtlichen Norm, eben des § 364 a ABGB. Denn die Genehmigung gem § 359 b ist dadurch gekennzeichnet, dass Nachbarn neben ihrem Anhörungsrecht nur beschränkte Parteistellung betreffend die Frage, ob die Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens überhaupt vorliegen, haben. Dagegen stehen ihnen keine Rechtsmittelbefugnisse in Bezug auf ihre allfällige Gefährdungen bzw Belästigungen betreffenden Einwendungen zu (Näheres s *Baumgartner*, Die Nachbarn und ihre Parteistellung Rz 242). Im Gegensatz dazu hängt die Anwendbarkeit des § 364 a ABGB nach zutreffender hA davon ab, dass die Anlagengenehmigung aufgrund eines **Verfahrens** erfolgt, **in welchem die Berücksichtigung der Interessen der Nachbarn** in gleich wirksamer Weise vorgesehen ist, wie im „normalen“ BA-Genehmigungsverfahren (vgl statt vieler OGH 18. 2. 1975 SZ 48/15; *B. Raschauer*, Umweltschutzrecht 32; *Jabornegg*, Bürgerliches Recht 63 mwN). Daher ist die Genehmigung nach § 359 b keine Anlagengenehmigung iSd § 364 a ABGB; wie hier OGH RdU 2003/88 = RdW 2004/7 = bbl 2003/166 = JBl 2004, 173 = EvBl 2003/185; OGH 1 Ob 123/08 g RdU 2009/62 mAnm *Kerschner*; *Wagner*, Betriebsanlage 182 f; *Wagner*, RdU 1997, 183; *Kerschner*, JBl 1999, 697; *Kerschner*, UTR 40 291 ff; *Stolzlechner et al*, GewO⁴ § 79 a Rz 4; *Mayer*, ÖZW 1991, 100; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 18 f; *Linder*, Privates Umweltrecht 163; *Thienel*, ZfV 2001/1558 uva. Auch das Gewaltenteilungsprinzip lässt sich gegen das hier vertretene Ergebnis nicht ins Treffen führen (vgl OGH 4 Ob 137/03 f), ganz im Gegenteil gebietet dieses in solchen Fällen effektiven privatrechtlichen Rechtsschutz. Die bisherige Praxis hat die Notwendigkeit eines zivilrechtlichen Rechtsschutzes deutlich ergeben.

Die Sperrwirkung des § 364 a ABGB ist auch dann nicht gegeben, wenn **gar kein Genehmigungsverfahren** durchgeführt werden muss. Dies ist bei all jenen BA der Fall, die mittels V des BMWFW (aktuell: BMWET) gem § 74 Abs 7 von der Genehmigungspflicht ausgenommen sind; vgl die 2. GenehmigungsfreistellungsV (BGBl II 2015/80); näher dazu *Baumgartner*, Die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage Rz 170, 5.2.

5.4 Unterlassungsanspruch besteht auch, soweit die Anlage nicht konsensgemäß betrieben wird (Überschreitung der Genehmigung oder Verletzung von Bescheidaufgaben).

§ 364 a ABGB schließt den Unterlassungsanspruch eindeutig nur aus, soweit Immissionen grds von der Genehmigung mitumfasst sind (so zB auch *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 111; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁵ § 364 a Rz 4; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁸ Rz 4/18; aA nur *Spielbüchler* in *Rummel*³ § 364 a ABGB Rz 4 [„wohl“]; wie hier die stRsp; OGH 1. 12. 1982 EvBl 1983/82; RdU 1997, 140 mAnm *Wagner*; MietSlg 34.031; RdU 2001/59 = NZ 2001, 374 = MietSlg 52.025; MietSlg 52.794; RdU 2008/90 mAnm *Kerschner*). Könnten die Gerichte die Reichweite von Genehmigungen (einschließlich erteilter Auflagen) nicht überprüfen, könnte jede noch so enge Genehmigung jegliche private Abwehr ausschließen.

5.5 Wenn eine bereits genehmigte BA so geändert wird, dass sich neue oder größere Gefährdungen, Belästigungen udgl ergeben, solange die Änderung nicht rk gewerbebehördlich genehmigt ist.

Gem § 81 bedarf auch die Änderung der Anlage eines Genehmigungsverfahrens nach den §§ 74 und 77. Während des Verfahrens ist die Änderung noch nicht genehmigt. *B. Raschauer*, Immissionsschutz 12, hielt die Vorstellung, dass die Anlage hinsichtlich der Änderung nicht „genehmigt“ iSd § 364a ABGB ist, für „wenig praktisch“. Dem hat bereits *Aicher* zu Recht in der 2. Auflage widersprochen. Es ist eindeutig das Risiko des Unternehmers, wenn er sich nicht vorher um eine Genehmigung der Anlagenänderung bemüht und sich daher das nachbarschützende Potenzial des Genehmigungsverfahrens (§ 74 Abs 2, § 77) noch nicht entfalten konnte. Auch eine neu errichtete Anlage ist vor Genehmigung mit § 364 Abs 2 ABGB bekämpfbar und muss erst nach Genehmigung geduldet werden.

B. Raschauer (Immissionsschutz 7, 12) will dem Nachbarn über § 360 Abs 2 GewO helfen. Danach hat die Behörde gegenüber Gefährdungen und Belästigungen durch eine nicht genehmigte BA in Fällen drohender Gefahr sofortige Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, die bis zur Schließung der Anlage oder von Anlageteilen gehen. Dieser Weg ist freilich nicht gangbar, weil der gefährdete oder belästigte Nachbar diesen Schutz mangels Parteistellung nicht aktualisieren kann. Eine solche wird nämlich vom VwGH in stRsp (VwSlg 9045 A/1976; 9475 A/1978; VwGH 24. 10. 2001, 2001/04/0173 uam) abgelehnt; s auch *Giese*, Einstweilige Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen Rz 242.

5.6 Erforderlichkeit einer Gesamtsanierung

Der OGH hat in der bekannten Sandstrahlentscheidung (OGH RdU 1996, 39 mAnm *Kerschner/B. Raschauer* = JBl 1996, 446 mAnm *Jabornegg* = ZVR 1996/97 = EvBl 1996/83) **bei Erforderlichkeit nachträglicher Auflagen** gem § 79 bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen oder damaligem Irrtum der Genehmigungsbehörde im Ergebnis einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch bejaht; die restriktive, bloß auf Schadenersatz fokussierte Interpretation der Sandstrahlentscheidung durch *B. Raschauer* (ZfV 1999, 515 ff) ist nicht begründet; vgl selbst *Kerschner/B. Raschauer*, RdU 1996, 39 (44 f). Diese Sandstrahljudikatur des OGH hat zu einer Änderung der GewO, nämlich zum Antragsrecht der Nachbarn nach § 79a auf Einleitung eines Verfahrens zur Verschreibung nachträglicher Auflagen geführt. Wegen dieses öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes nach § 79a hält der OGH (RdU-LSK 2003/63) eine zivilrechtliche Unterlassungsklage für nicht mehr erforderlich.

Soweit Nachbarn **kein Antragsrecht** nach § 79a eingeräumt ist (s dazu *Baumgartner*, Die Nachbarn und ihre Parteistellung Rz 242), muss ihnen eine privatrechtliche Abwehr jedenfalls weiterhin möglich sein.

5.7 Unterlassungsanspruch besteht auch gegen **Einwirkungen**, die **nicht typisch** mit der genehmigten BA verknüpft sind.

Nur typischerweise mit der BA verbundene Immissionen sind idR von der Genehmigung gedeckt; so *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 111; *Schauer*, Aspekte 14; *Jabornegg*, Nachbarrecht 373; *Spielbüchler in Rummel*³ § 364a ABGB Rz 2. Daher besteht etwa der Unterlassungsanspruch, wenn der Unternehmer auf dem Betriebsgrundstück stark rußende oder stinkende Abfälle verbrennt, es wäre denn, dass dies durch die Anlagen-genehmigung gedeckt ist. Allgemein sind auch sonst nach der übrigen Rechtsordnung verbotene Verhaltensweisen von der Genehmigung nicht gedeckt.

Der Ausbruch eines Brandes in einer chemischen Produktionsanlage mag aber idR zur typischen abstrakten Gefährlichkeit der BA gehören; soweit sich bereits die Gefahr konkretisiert hat, muss zudem Abwehr möglich sein.

5.8 Unterlassungsanspruch besteht gegen Einwirkungen, die im Zeitpunkt der Genehmigung **nicht einmal abstrakt vorhersehbar** waren, also als völlig inadäquat angesehen werden müssen. § 364 a letzter Halbsatz ABGB soll dem nach *Aicher* (in der 2. Auflage), *Schauer* (Aspekte 14) und *Jabornegg* (Nachbarrecht 373) nicht entgegenstehen.

5.9 Unterlassungsanspruch besteht gegen **Einwirkungen grobkörperlicher Art**. Es muss sich um das Eindringen **fester Körper größeren Umfangs** handeln (RG 29. 6. 1939 EvBl 1939/525; OGH 13. 7. 1978 EvBl 1978/210). Bloße Natureinwirkungen müssen hingegen hingenommen werden, es sei denn, die benachbarte BA hat die entsprechende Naturgefahr durch eine gefährliche Nutzungsart begünstigt; OGH 8 Ob 79/13 w immolex 2014/6 mAnm *Limberg*; s dazu auch *Karner*, Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen, in FS Iro 24f; *Wagner/Jandl*, Anm zu OGH 3 Ob 132/14 d RdU 2015/85.

§ 364 a ABGB knüpft an Immissionen iSd § 364 Abs 2 ABGB an, zu denen das Eindringen fester Körper nicht gehört (*Klang*, Kommentar 170; *Ehrenzweig*, Sachenrecht 134; *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 111). Freilich setzt der OGH den Begriff der **grobkörperlichen Immission** eher hoch an, indem er – die ratio des § 364 a ABGB berücksichtigend – verhältnismäßig kleine Körper, deren völliges Fernhalten vom beeinträchtigten Grundstück auch bei ordnungsgemäßem Betrieb der behördlich genehmigten Anlage tatsächlich unmöglich ist, den Immissionen des § 364 Abs 2 ABGB gleichsetzt, um die Anwendbarkeit des § 364 a ABGB zu erreichen (so OGH EvBl 1978/210 für **Holzspäne eines Sägewerkes**, die offenbar in reichlichem Ausmaß Wiese und Schwimmbecken des Nachbarn erreicht hatten). Die Toleranzgrenze des OGH dürfte erst bei Stein-splittern überschritten sein. Dagegen ist **Staub** eine Immission iSd § 364 Abs 2 ABGB. Im Einzelfall kann aber die BA-Genehmigung auch allfällige, mit dem Betrieb der Anlage verbundene typische grobkörperliche Immission (etwa Metallspäne) decken. Dann scheidet eine Abwehr aus; so auch *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 172. Maßgebliche Rechtsgrundlage zur Abwehr grobkörperlicher Einwirkungen ist § 354 ABGB (actio negatoria). Der Abwehranspruch besteht bereits bei manifestierter Einwirkungsgefahr; *Holzner* in ABGB-ON^{1.06} § 354 Rz 5.

5.10 Unterlassungsanspruch besteht gegen **eine unmittelbare Zuleitung** iSd § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB, wie zB die Zuführung von Abwässern (RIS-Justiz RS0117337; OGH 28. 1. 1976 EvBl 1977/36). Auch hier mag im Einzelfall eine Deckung durch die BA-Genehmigung gegeben sein. Zigarrenrauch ist dagegen keine unmittelbare Zuleitung, weil der Rauch nur mittelbar (über ein weiteres Medium: Luft) auf eine benachbarte Wohnung einwirkt (vgl OGH 16. 11. 2016, 2 Ob 1/16k; *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 46). Zu **Substanzbeeinträchtigungen** vgl oben 4.1.

5.11 Unterlassungsanspruch besteht gegen Immissionen, die **die Gesundheit der Nachbarn konkret und in erheblicher, ernsthafter Weise gefährden**.

Zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung von lebens- und gesundheitsgefährlichen Beeinträchtigungen können nicht durch die BA-Genehmigung ausgeschlossen werden. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, die (relativ) höchsten Rechtsgüter wirtschaftlichen Interessen opfern zu wollen; so auch OGH 26. 7. 2006, 3 Ob 134/06 m RdU 2006/103 mAnm Kerschner = JBl 2006, 580 = Zak 2006/355 und die ganz überwiegende Auffassung in der Lehre; zuerst wohl Moser, ÖJZ 1974, 377; dann Jabor-negg, Bürgerliches Recht 67 f; P. Bydlinski, JBl 1990, 492; Stabentheiner, ÖJZ 1992, 782 und Kerschner, JBl 1993, 219; ders, RdU 2000, 34; Wagner, Betriebsanlage 293; Kisslinger, Gefährdungshaftung 172; Koziol-Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹⁴ Rz 904; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ Vor §§ 364–364b Rz 10; wohl auch Iro/Riss, Sachenrecht⁸ Rz 4/14 uva; zwischen abstrakten und konkreten Gefährdungen differenzierend Koziol/Apathy/Koch, Haftpflichtrecht III¹⁵ 531 f. Ein Unterlassungsanspruch besteht nach der Rsp bei ernstlich drohender und unmittelbar bevorstehender Schädigungsgefahr, wobei der Kläger nachweispflichtig ist; OGH 3 Ob 134/12 w mwN zur Rsp = RdU 2013/26 mAnm Kerschner. Der Abwehranspruch des in seiner Gesundheit bzw seinem Leben Gefährdeten ist richtigerweise auf § 16 ABGB zu stützen. Die §§ 364 ff ABGB regeln nur das Liegenschaftseigentum. Einem nachträglich zugezogenen Nachbarn soll allerdings nach OGH 2 Ob 57/09 k selbst bei Gesundheitsgefährdung **kein Unterlassungsanspruch** zukommen, wenn die Beeinträchtigung einem durchschnittlichen Käufer erkennbar war (ebenso OGH 6 Ob 113/11 b); die Entscheidung steht dogmatisch auf wackeligen Beinen (vgl die krit Anm von Kerschner, RdU 2010/119). Ebenso besteht eine Duldungspflicht betreffend Lärmemissionen für Sicherungsmaßnahmen bei gemeinwichtigen Betrieben (etwa bei Eisenbahnanlagen), es gibt daher keinen Unterlassungsanspruch (zuerst OGH 28. 1. 2016, 1 Ob 47/15 s; bestätigend OGH 24. 11. 2017, 1 Ob 194/17 m; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 83 f). Jedenfalls bei unmittelbarer, konkreter Gesundheitsgefährdung sollten auch nachträgliche Nachbarn zivilrechtliche Untersagungsmöglichkeiten haben. Keine Duldungspflicht besteht für Nachbarn einer Abfallverbrennungsanlage bei schädlichen Immissionen, die aufgrund Anlageversagen verursacht wurden (OGH 29. 1. 2019, 4 Ob 233/18 w; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 189).

5.12 Unterlassungsanspruch besteht gegen Störungen, die von **Benützern** und **Kunden außerhalb der BA** bewirkt werden.

Gem § 74 Abs 3 sind für die Genehmigungspflicht und damit auch für die Einwendungsmöglichkeiten der Nachbarn nur jene Emissionen relevant, die von Personen, welche die Anlage der Art des Betriebes gem in Anspruch nehmen, **innerhalb der BA verursacht werden** (s näher Baumgartner, Die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage Rz 166, 1.3). Nur auf derartige Belästigungen und Gefährdungen hat die Behörde bei der Genehmigung abzustellen (VwGH 6. 2. 1990, ecolex 1990, 454 mAnm Schmelz). Soweit solche Beeinträchtigungen von Benutzern **außerhalb der BA** gesetzt werden (zB Verkehrslärm, sonstige Lärmerregung, Schadstoffemissionen), bleibt der Unterlassungsanspruch bei nachbarrechtlicher Zurechenbarkeit aufrecht. Anspruchsgegner ist einerseits die unmittelbar störende „betriebsfremde Person“ selbst („Handlungsstörer“ §§ 354, 523 ABGB; vgl Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 354 Rz 13; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 364 Rz 285–288; Hofmann in Rummel³

§ 523 ABGB Rz 9; OGH 21. 1. 1936 ZBl 1936/220), andererseits auch der Anlagenbetreiber, weil er die Störung zumindest mittelbar veranlasst und deshalb gehalten ist, auf die Unterlassung durch Anlagenbenutzer hinzuwirken (OGH ZBl 1936/220; OLG Wien 13. 1. 1976 MietSlg 28.032; OGH 22. 9. 1977 MietSlg 29.064; RdU 1997, 90 mAnm Wagner = RdW 1997, 525 „Harley-Davidson“ – Lärmimmission durch Motorräder, und RdU 2001/59 = immolex 2001/9 [Zurechnung von Diskothekengästen; ebenso OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 76/21 d, wobl 2021, 517 ff mAnm Kerschner]), sofern er nicht ohnehin das Zumutbare gegen erwartbare Belästigungen vorgekehrt hat (OGH 5. 3. 1986 JBl 1986, 719). Vorausgesetzt wird eine betriebstypische und mit dem Betrieb der Anlage notwendig verbundene Immission sein. Zum praktisch wichtigen **Zu- und Abfahrtslärm** bei BA s näher Baumgartner, Die Genehmigungspflicht der Betriebsanlage Rz 166, 1.4; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 364 a Rz 157.

Wenn ein Nachbar im BA-Verfahren keine Einwendungen bzgl Zu- und Abfahrtsverkehr geltend machen kann, steht ihm soweit die Abwehr nach § 364 Abs 2 ABGB zu.

6. Der Schadenersatzanspruch

Der Schadenersatzanspruch als **verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch** 258 besteht dann, wenn der Unterlassungsanspruch gem § 364 a ABGB ausgeschlossen ist (s oben 4.), und – in Analogie zu § 364 a ABGB – trotz eines bestehenden Unterlassungsanspruches dann, wenn durch die mit einer behördlichen Genehmigung verbundene faktische Vermutung der Gefahrlosigkeit der (besonders gefährlichen?) Handlung dessen Geltendmachung erschwert wird – **nachbarrechtliche Gefährdungshaftung** (grundlegend Rummel, Erfolgshaftung 126 ff; OGH 12. 12. 1977 SZ 50/160; 20. 1. 1981 EvBl 1981/155; 12. 12. 2000 RdU 2001/74 = bbl 2001/Z 6; 21. 2. 2017, 1 Ob 6/17 f; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 184 f; zuletzt OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 12/19 g; umfassend und überzeugend Kisslinger, Gefährdungshaftung; weiters Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 364 a). Der 6. Senat des OGH verlangt für die analoge Anwendung auch einen konkreten individuellen behördlichen Rechtsakt; vgl OGH RdU 1998, 41 (Wäscherei) und RdU 1999/177 (generell genehmigtes Pflanzenschutzmittel); anders der 5. Senat in OGH RdU 1999/178 mAnm Oberhammer = JBl 1999, 520 mAnm Rummel, sowie der 2. Senat in OGH 2 Ob 216/08 s RdU 2009/130 mAnm Kerschner. Ebenfalls kritisch zu den Weiterungen der nachbarrechtlichen Gefährdungshaftung Aicher, Nachbarschutz 41 f; Koch zu OGH 9. 12. 1987 JBl 1989, 315; OGH 16. 3. 1988, 1 Ob 1188; 15. 1. 1986 SZ 59/5; gegen eine reine Erfolgshaftung im Nachbarrecht auch Kerschner, RdU 2000, 154 und Kisslinger, Gefährdungshaftung, passim. § 364 a analog ist auch zwischen Miteigentümern anwendbar (OGH 13. 6. 2019, 5 Ob 21/19 b; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 190). Ersetzt werden auch Personenschäden nach § 364 a analog (OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 12/19 g; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 191).

Ersetzt wird nach zutreffender hA und stRsp nur der **Schaden, der über das ortsüblich zu duldende Maß hinausgeht** (Jabornegg/Strasser, Privatrecht 111; RIS-Justiz RS0010671). Auch im Rahmen des § 364 a ABGB gilt das Primat der Naturalrestitution. Führt die Reparatur zu einer über die Wiederherstellung des vorherigen Zustands hinausgehenden Verbesserung der beeinträchtigten Sache, können Abzüge entsprechend

dem Grundsatz „neu für alt“ geltend gemacht werden; diesbzgl ist die bekl Partei behauptungs- und beweislaspflichtig (OGH 3 Ob 77/09h). Der Anspruch ist nicht nur auf den Ersatz des positiven Schadens, sondern auf das gesamte subjektiv berechnete Interesse, also auch unter Einschluss des entgangenen Gewinns, gerichtet (vgl näher *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 47 f; OGH SZ 68/101; bbl 2002/94). Entgegen *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 114 f, kann der Ersatz des ideellen Schadens nicht verlangt werden; vgl OGH EvBl 1983/82; *Kerschner* in *Hanreich/Schwarzer*, Umwelthaftung 53; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364 a Rz 326. Es sind aber **adäquate Vor- und Folgeschäden** zu ersetzen. Der OGH bejaht nunmehr auch den **Ersatz von Personenschäden** (immer ortsunüblich und wesentlich) analog § 364 a; so OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 12/19 g; dazu *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 191 ff.

Die praktisch wichtigsten Schadensfälle im Bereich der direkten Anwendung des § 364 a ABGB sind **Waldschäden**. Zunehmend an Bedeutung gewinnen auch **Wertminderungen** von Nachbarliegenschaften, die durch nach § 364 Abs 2 ABGB an sich unzulässige Immissionen eintreten (dauernder merkantiler Minderwert); OGH 1 Ob 74/09 b mwN immolex 2010/75 mAnm *Cerha*. § 75 Abs 1 GewO will nur – trotz Wertminderungen – BA-Genehmigungen ermöglichen und steht einem zivilrechtlichen Ausgleich nicht entgegen; vgl *Kerschner*, JBl 2002, 393; zu Verkehrswertermittlungen bei Umweltbelastungen *Kerschner*, Liegenschaftsentwertung durch Umweltbelastungen, Der Sachverständige 2002/4, 185 ff; die Kritik von *Erhart-Schippe* (Bewertung ökologischer Lasten, Der Sachverständige 2007, 75 ff) überzeugt nicht; zur Verkehrswertermittlung allgemein *Kerschner*, JBl 2006, 355 ff, zum merkantilen Minderwert bei Grundstücken s *Kerschner/Kleiber/Ertl*, Merkantiler Minderwert von Liegenschaften² (2023). Ist die Verkehrswertminderung nur vorübergehender Natur, gebührt Ersatz nur bei Nachweis des Verlusts einer konkreten Verkaufs- bzw Verwertungsmöglichkeit; zB OGH 1 Ob 74/09 b bbl 2010, 30 = wobl 2010, 112.

7. Die Aktivlegitimation

259

Aktiv legitimiert ist der „**Grundbesitzer**“ (§ 364 a ABGB). Das sind – auch für den Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB, obwohl dort nur vom „Eigentümer“ die Rede ist – der Eigentümer und alle dinglich Berechtigten kraft ihres absoluten Rechts an der Sache, unter Einschluss des Hypothekargläubigers, nach überwiegender, mE aber verfehlter Ansicht aber auch jeder bloß obligatorisch berechnete Rechtsbesitzer, also zB der Bestandnehmer (*Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz 23; *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 111; *Aicher* in der 2. Auflage); aus der Rsp: OGH 14. 12. 1989 wbl 1990, 42 = JBl 1990, 447 mAnm *Spielbüchler* = JAP 1990/91, 36 mAnm *Kerschner*, anders OGH 22. 10. 2010, 9 Ob 69/10 b; vgl auch *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 136 f. In OGH 8. 6. 2011, 9 Ob 29/11 x hat der 9. Senat einen Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB beim **Superädifikatseigentümer** bejaht, obwohl dieser am Grundstück nur ein prekaristisches Nutzungsrecht hatte; aus teleologischen Gründen zustimmend *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364 Rz 248; krit *Holzner*, JBl 2012, 136). In der Entscheidung 3 Ob 249/08 a (RdU 2010/22 mAnm *Pilgerstorfer*) schien sich der 3. Senat in einem obiter dictum von der bisherigen Rsp abzuwenden, da er einen Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB für bloß obligatorisch

Berechtigte verneint. Gegen die Aktivlegitimation bloß obligatorisch Berechtigter nun auch ausführlich J. Ecker, Sonderrechtsverhältnisse 114ff (mwN) und A. Müller, Das quasidingliche Recht, passim. Der Eigentümer soll mE allein über das Verhältnis zum Nachbarn entscheiden können. Nur das passt mit der zutreffenden Judikatur des OGH überein, dass eine wirksame Vereinbarung zwischen Eigentümer und Nachbarn zur Duldung von Immissionen auch für die Bestandnehmer des Eigentums gilt; vgl OGH 29. 3. 2017, 7 Ob 228/16 d; zu dieser E auch Milchrahm, GRAU 2023, 133.

Auch **Miteigentümer** können den Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB im Ausmaß ihres ideellen Anteils geltend machen; ein Anspruch besteht selbst dann, wenn der Rechtsvorgänger des klagenden Nachbarn auch Miteigentümer jener Liegenschaft ist, von der die Störung ausgeht; OGH 3 Ob 249/08 a RdU 2010/22 mAnm Pilgerstorfer. Stehen hingegen störende wie auch gestörte Liegenschaft im Miteigentum derselben Personen, ist der Ersatzanspruch ausgeschlossen; OGH 7 Ob 189/07 f.

8. Die Passivlegitimation

Passiv legitimiert ist der **Nachbar, der die genehmigte Anlage betreibt**, unabhängig davon, ob er Grundstückseigentümer ist, aber auch der **Grundstückseigentümer**, wenn ein ausreichender sachlicher Zusammenhang zwischen der Sachherrschaft an der Liegenschaft und den Immissionen besteht. Ein solcher ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Grundstückseigentümer mit dem störenden Dritten (hier Betreiber der BA) in einem Rechtsverhältnis bzgl der Benützung der Liegenschaft steht; vgl zB OGH JBl 1995, 168; Kerschner, RdU 1994, 151. Diese Unterlassungspflicht bedeutet auch, dass soweit möglich und zumutbar auf den unmittelbaren Störer Einfluss genommen werden muss, sodass die Störung unterbleibt (vgl OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 76/21 d). Kann der Eigentümer hingegen keinen Einfluss auf den Störer nehmen, etwa weil er aufgrund einer Servitut verpflichtet ist, einen fremden Kanal auf seinem Grundstück zu dulden, ist er nicht passivlegitimiert; OGH 9 Ob 86/10 b JBl 2011, 503 mAnm Kisslinger = immolex 2011/58 mAnm Cerha. Koziol leitet aus der Berechtigung, in fremde Eigentumssphären einzugreifen, – freilich mit nicht überzeugenden Argumenten – ab, dass ausschließlich der BA-Betreiber und nicht auch der Grundeigentümer passivlegitimiert sei (RdW 2013/12, 8). Der Nichtnachbar haftet für den durch Immissionen der in § 364 a ABGB umschriebenen Art verursachten Schaden nur dann, wenn eine Beziehung zum emittierenden Grundstück bzw wenn eine gewisse Verknüpfung zwischen Sachherrschaft und Immission gegeben ist (vgl OGH 25. 11. 2021, 9 Ob 73/21 g, EvBl-LS 2022/35).

Nicht passivlegitimiert sind die einzelnen Miteigentümer. Stattdessen ist nach stRsp die nachbarrechtliche **Klage gegen alle Eigentümer** des Grundstücks zu richten, von dem die Störung ausgeht (OGH 16. 11. 2007, 7 Ob 189/07 f; Kerschner/Wagner, Nachbarschaftsrecht⁴ 148 f).

Sind **mehrere Störer** vorhanden, die jedoch dem Raum noch kein zur Ortsüblichkeit der Störung führendes Gepräge gegeben haben, kann trotz Ortsüblichkeit der jeweils einzelnen Störung die Gesamtstörung ein ortsunübliches Ausmaß annehmen. In einem solchen Fall „summierter Immissionen“ haften die Störer, wenn sie nicht ohnehin als Mittäter zusammenwirken (§§ 1301, 1302 ABGB), solidarisch, es sei denn, dass jeder von ihnen nachweislich nur einen Teil des Schadens verursacht hat. Diesfalls be-

260

steht Anteilshaftung; zum Ganzen *Rummel*, Ersatzansprüche; *Jabornegg/Strasser*, Privatrecht 59 ff; *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364 a Rz 306 ff; vgl auch OGH 14. 12. 1988 JBl 1989, 578 (Einwirkung von Rauchgasen auf einen Waldbestand).

9. Divergenzen im zivilrechtlichen und gewerberechtlichen Nachbarschutz

261 Die nur teilweise Deckungsgleichheit der gewerberechtlichen Genehmigungskriterien – zumutbares Maß der Immissionsbelästigung (§ 77 Abs 2 GewO) – mit der entschädigungslosen Duldungspflicht ortsüblicher bzw unwesentlicher Immissionen (§ 364 Abs 2 ABGB; Ortsüblichkeit als raumbezogenes Zumutbarkeitskriterium; dazu: *Steiner*, Ortsüblichkeit 133 ff; *Jabornegg*, Nachbarrecht 369; *Reischauer*, JBl 1990, 217 ff), verhindert es nur zum Teil, dass von genehmigten BA ortsunübliche Immissionen ausgehen, die die ortsübliche Nutzung des Nachbargrundstücks wesentlich beeinträchtigen und wegen § 364 a ABGB gegen Entschädigung geduldet werden müssen.

9.1 Gem § 77 Abs 2 GewO hat sich das **Beurteilungsmaß** lediglich am **Istmaß** (den örtlichen Verhältnissen) zu orientieren (s Glossar „Istmaß-Beurteilungsmaß“ Rz 74); ein davon abweichendes (höheres) Widmungsmaß ist nicht mehr miteinzubeziehen. Abzulehnen ist jene Judikatur, nach welcher dem Flächenwidmungsplan (OGH 4 Ob 24/13b immolex 2013/80 mAnm *Cerha*; krit *Lang*, Ortsunüblichkeit 103 f sowie *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 364 Rz 210 f) bzw einer bestehenden verwaltungsbehördlichen Genehmigung (OGH 8 Ob 128/09w JBl 2011, 234 mAnm *Wagner* = RdU 2011/45 mAnm *Kisslinger*) Indizfunktion betreffend die Ortsüblichkeit zukommen soll.

Bzgl der **Ortsüblichkeit der Immission** ist somit ein weitgehend **gleicher fachlicher Maßstab** anzulegen, doch stellt der OGH bei der Wesentlichkeit der Störung auf einen **verständigen Durchschnittsmenschen**, der sich in der Lage des Gestörten befindet, ab; vgl zB OGH RdU 2000/32 = NZ 2001/165; 6 Ob 166/13z immolex 2014/26 mAnm *Cerha*. Der Begriff „örtlich“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass es auf die Verhältnisse der gesamten politischen Gemeinde ankommt. Entscheidend sind vielmehr die Lage der beeinträchtigten Liegenschaft zur Liegenschaft, die die Störungen verursacht, und die Gegebenheiten in der unmittelbaren Umgebung der Grundstücke. Maßgeblich sind neben der Störungsintensität die Art der Einwirkung sowie der Grad ihrer Störungseignung. Darüber hinaus muss der Charakter der Gegend (etwa beim Betrieb von Buschenschenken) und das öffentliche Interesse (etwa Anlage und Erhaltung von Straßen oder Betrieb öffentlicher Verkehrsanlagen) berücksichtigt werden. Richtigerweise kann es nur auf die örtlichen Verhältnisse der gestörten Liegenschaft ankommen (arg: „Einwirkungen“); so schon *Jabornegg*, Anm zu OGH 3 Ob 201/99, RdU 2001, 34 f; ebenso *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ (2019) Rz 4/11; offenlassend OGH 30. 9. 2013, 6 Ob 166/13z. Die Unzumutbarkeit der Belästigung grenzt der VwGH nur negativ von der gesundheitsgefährdenden Immission ab, während der wesentliche Eingriff nach § 364 Abs 2 ABGB nur den Schutz des Liegenschaftseigentums im Auge hat; vgl oben 5.11. Die unzumutbare Belästigung ist ferner von der Rsp des VwGH mit keinem erkennba-

ren inhaltlichen Kriterium gefüllt; vgl näher *Paliege-Barfuß*, Die Belästigung der Nachbarn Rz 187.

9.2 Zugunsten der **nach Genehmigung** der BA „zugezogenen Nachbarn“ („nachträgliche Nachbarn“) sind gem § 79 Abs 2 GewO **Auflagen** bei Betroffenheit einzelner unmittelbarer Nachbarn nur soweit vorzuschreiben, als diese **zur Vermeidung einer Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit** dieser Personen notwendig sind. Diese können sich zivilrechtlich auf § 16 ABGB stützen. In anderer Weise von Immissionen betroffene zugezogene Nachbarn erwerben die dingliche Rechtsposition des Vorgängers, sodass insofern die Rechtslage gleich bleibt. Sie müssen dann entweder dulden und können Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit der Immission nach § 364a ABGB liquidieren; zutreffend *B. Raschauer*, ÖJZ 1980, 11; *Wagner*, Betriebsanlage 190. Anders ist das nur, wenn der immittierende Betrieb, allenfalls im Verein mit anderen Anlagen, nicht ohnehin schon die Raumstruktur geprägt hat, sodass es an der Ortsunüblichkeit der Immission fehlt (OGH 4. 11. 1981, EvBl 1982/50). Die Auffassung, dass demjenigen, der sich erst nach dem Beginn der Immissionen in der beeinträchtigten Gegend angesiedelt hat, die Berufung auf die Ortsunüblichkeit versagt ist (so *Aicher* in der 2. Auflage unter Berufung auf *Koziol*, Haftpflichtrecht² 323), entbehrt einer Begründung. Abzulehnen ist jene Jud, die den nachträglich Zugezogenen selbst bei Gesundheitsgefährdung einen Unterlassungsanspruch versagen möchte (s oben 5.11); vgl auch *Lang* in *Altenburger/N. Raschauer* (Hrsg), Umweltrecht 614 Rz 50. Erfreulicherweise hat sich nun auch in der Judikatur eine **Kehrtwende zur Rechtsstellung nachträglicher Nachbarn** ergeben. Soweit der Rechtsvorgänger Immissionen abwehren konnte, muss auch dem Einzelnachfolger idR ein Unterlassungsanspruch zustehen; vgl OGH 1 Ob 84/16 h; s näher *Kerschner* in *IUR* (Hrsg), Jahrbuch Umweltrecht 2022, 43 mwN; weiter *Kerschner/Wagner*, Nachbarschaftsrecht⁴ 161 f.

9.3 Der nachbarliche Belästigungsschutz nach der GewO hat längere Zeit die Bedeutung der zivilrechtlichen Entschädigung nach BA-Genehmigung erheblich reduziert. Die bisherige Rsp mag diesen Befund auch bestätigt haben. Die publizierten Entscheidungen betreffen nämlich fast keine Entschädigungsansprüche im Gefolge einer BA-Genehmigung, sondern Fälle analoger Anwendung des § 364a ABGB zur Begründung nachbarlicher Gefährdungshaftung (s oben 6.) Es erweckt sogar den Anschein, dass man in der Praxis auf den Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB weitgehend vergessen hat. Gerade in Hinblick auf **Verkehrswertminderungen** infolge der Nähe zu einer BA und damit verbundener Immissionen kann und wird der Ausgleichsanspruch wieder eine „Renaissance“ erleben.

10. Zivilrechtliche Ansprüche des übergangenen Nachbarn

Gem § 42 Abs 1 und 2 AVG iVm § 356 GewO verlieren Nachbarn ihre Parteistellung, wenn sie nicht spätestens bei der Verhandlung Einwendungen gegen die Anlage iSd § 74 Abs 2 Z 1 oder 2 GewO erheben. Dabei kann jedoch ein Nachbar, der nachweist, dass er durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, und dass ihn kein Verschulden oder nur

262

ein milderer Grad des Versehens trifft, bis zur rK Entscheidung auch noch nachträglich von der Behörde zu berücksichtigende Einwendungen erheben (§ 42 Abs 3 AVG).

Letztere Möglichkeit nützt freilich dem **übergangenen Nachbarn** nichts, der vom BA-Genehmigungsverfahren erst so spät oder gar nicht erfahren hat, sodass er vor formeller Rechtskraft des Genehmigungsbescheides keine Einwendungen erheben konnte.

Wie Aicher in der 2. Auflage nachgewiesen hat, scheidet eine Analogie zu § 26 Abs 3 WRG aus; vgl auch Wagner, Betriebsanlage 190 f.

Um den Anforderungen des **Art 6 EMRK** zu entsprechen, muss der unverschuldet übergangene Nachbar aber Unterlassung von wesentlichen und ortsunüblichen Immissionen behördlich genehmigter Anlagen geltend machen können; so zutreffend *Wagner*, Betriebsanlage 190f; ebenso *Mayer*, ÖZW 1991, 100, mit anderer Begründung; OGH 8 Ob 95/11 w RdU 2012/109 mAnm *Kleewein*. Bei verfassungs- und europarechtskonformer Interpretation liegt eben im Fall mangelnder Beteiligungsmöglichkeit keine behördlich genehmigte Anlage iSd § 364a vor; iSd auch schon OGH JBl 2011, 234 mAnm *Wagner* = RdU 2011/45 mAnm *Kisslinger*; ebenso *Milchrahm*, GRAU 2023, 134.

Zum Begriff des übergangenen Nachbarn und zur nachträglichen Geltendmachung seiner subjektiven Interessen im Verwaltungsverfahren s. *Baumgartner*, Die Nachbarn und ihre Parteistellung Rz 238.