

## → Zum Thema

**Über die Autoren:**

Mag. Wolfram Schachinger ist auf Umweltrecht spezialisierter Rechtsanwalt in der Kanzlei WOLF THEISS Rechtsanwälte in Wien.

Kontaktadresse: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 515 10 5241, Fax: +43 (0)1 515 10 25

E-Mail: wolfram.schachinger@wolftheiss.com

Internet: www.wolftheiss.com

Mag. Johann Hwezda ist auf Vergaberecht spezialisierter Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei WOLF THEISS Rechtsanwälte in Wien.

Tel: +43 (0)1 515 10 5243, Fax: +43 (0)1 515 10 25

E-Mail: johann.hwezda@wolftheiss.com

Internet: www.wolftheiss.com

Katharina Dabernig, LL.B., ist juristische Mitarbeiterin im öffentlich-rechtlichen Team der Kanzlei WOLF THEISS Rechtsanwälte in Wien.

Tel: +43 (0)1 515 10 5241, Fax: +43 (0)1 515 10 25

E-Mail: katharina.dabernig@wolftheiss.com

Internet: www.wolftheiss.com

**Von den selben Autoren erschienen:**

*Schachinger/Laimgruber*, (Kein) Ende für Starkstromfreileitungen, Oesterreichs Energie März 2015, 33;

*Hwezda/Laimgruber*, „Private“ Altlastensanierung – Was die Förderung fordert, Das Baumagazin 9/2015, 10.

## → Literatur-Tipp

VERGABERECHT  
UND BAUVERTRAGS-  
RECHT



ZVB – Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht; Kennenlern-Abo  
2015: 3 Hefte € 15,-;  
mehr unter <http://zvb.manz.at>

**MANZ Bestellservice:**

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

# Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB (analog)

## Verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch bei Beeinträchtigungen durch eine behördlich genehmigte Betriebsanlage

Ein Grundstückseigentümer, der durch Immissionen einer behördlich genehmigten Betriebsanlage gestört wird, muss diese Immissionen grundsätzlich dulden. Der Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB ist auf Grund der behördlichen Genehmigung entzogen. Als Ersatz für diese Duldungspflicht gewährt § 364 a ABGB einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch, sofern durch die Immissionen ein Schaden verursacht wird. Im Folgenden werden die Voraussetzungen und Grenzen eines solchen Anspruchs anhand aktueller Beispiele aus der Rsp dargestellt.

Von Martina Schickmair

## Inhaltsübersicht:

- A. Der Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB
  - 1. Praktische Fälle aus der Rsp des OGH
  - 2. Allgemeines
  - 3. Behördlich genehmigte Anlage
  - 4. Reichweite der Genehmigung
  - 5. Haftung des Grundstückseigentümers/ Störers
  - 6. Umfang der Haftung und Verjährung
- B. Der Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB analog
  - 1. Praktische Fälle aus der Rsp des OGH
  - 2. Anspruchsvoraussetzungen
    - a) Rsp
    - b) Kritik

### A. Der Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB

§ 364 a ABGB lautet: „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.“

## 1. Praktische Fälle aus der Rsp des OGH

### Beispiel 1

**Geruchsbelästigung durch Mastschweinestall –  
Umsatzeinbußen:**  
OGH 9 Ob 48/12<sup>1)</sup>

Die Bekl betreiben auf ihrer Liegenschaft (Steiermark) einen Mastschweinestall. In einer Entfernung von rund 100 Metern führen die Kl auf ihrer Liegenschaft eine Gastwirtschaft. Mit Bescheid des Bürgermeisters wird eine Bestandserweiterung des Mastschweinestalls (von 250 Schweinen auf 820 Schweine) baubehördlich bewilligt. Auf Grund der nun vom Mastschweinebetrieb der Bekl ausgehenden Geruchsbelästigungen kommt es beim Gastgartenbetrieb der Kl zu Umsatzeinbußen.

### Beispiel 2

**Erschütterung durch vorbeifahrende  
Baufahrzeuge – Schäden an der Hausfassade:**  
OGH 6 Ob 216/13 b<sup>2)</sup>

Die Bekl lässt auf ihrem Grundstück mehrgeschossige Büro- und Wohngebäude sowie eine Tiefgarage errichten. Um eine reibungslose Baustellenzufahrt auf der Gemeindestraße (Z-Gasse) zu sichern, wird mit Bescheid die Nutzung der öffentlichen Verkehrsflächen für einen bestimmten Zeitraum bewilligt und die Errichtung von Halte- und Parkverbotsbereichen vorgesehen. Im Rahmen des Baustellenbetriebs befahren nahezu täglich mit bis zu 40 Tonnen schwer beladene Lkw, manchmal nahezu im Minutentakt, die Z-Gasse. Das Haus der Kl liegt an der Z-Gasse ca 150 Meter von der Baustelleneinfahrt bzw vom Grundstück der Bekl entfernt. Der Baustellenverkehr verursacht Erschütterungen, die an der Hausfassade der Kl zahlreiche Risschäden verursachen.

## 2. Allgemeines

Nach der Anordnung des § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden wesentlichen und ortsunüblichen Immissionen grundsätzlich untersagen. Werden derartige Beeinträchtigungen durch eine behördlich genehmigte Anlage verursacht, ist der Grundbesitzer nicht berechtigt, deren Unterlassung zu begehren, sondern kann nach § 364 a ABGB nur den Ersatz des zugefügten Schadens verlangen. Ein Verschulden des Ersatzpflichtigen ist für diesen Anspruch nicht erforderlich. Nach dem Verhältnis dieser beiden Bestimmungen handelt es sich beim Wegfall des Rechts, Immissionen zu untersagen, um eine Ausnahmeregelung.<sup>3)</sup> Nur wenn die Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 364 a ABGB vorliegen, wird der Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB entzogen und als Ersatz für die normierte Duldungspflicht ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch gewährt.

§ 364 a ABGB baut tatbestandsmäßig auf § 364 Abs 2 ABGB auf, indem er auf diesen verweist („in einer dieses Maß überschreitenden Weise“); er schließt den Unterlassungsanspruch aber aus und nimmt des-

sen Stelle ein. Daher kommt die Anwendung des § 364 a ABGB nur in Betracht, wenn der Betroffene die schädigende Einwirkung grundsätzlich abwehren hätte können – also die Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB an sich vorliegen.<sup>4)</sup> Die schadensverursachenden Immissionen müssen also wesentlich und ortsunüblich sein. Fehlt es an den Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB, scheidet auch der Ersatzanspruch nach § 364 a ABGB aus. Zur Wesentlichkeit und Ortsunüblichkeit bereits ausführlich Lang, Abwehrmöglichkeit störender Lärm- und Geruchsimmissionen, RFG 2013/31.<sup>5)</sup>

§ 364 a ABGB normiert eine sogenannte **Eingriffshaftung**. Der Geschädigte kann sich nicht mit einer Abwehrklage vor der Schädigung schützen, da die Schadenszufügung im Rahmen einer behördlichen Genehmigung erlaubt ist. Mit der Bestimmung des § 364 a ABGB sollen aber nicht nur Schädigungen, die durch die behördliche Genehmigung explizit erlaubt und von der Behörde vorhergesehen wurden, ausgeglichen werden, sondern auch Schäden auf Grund gelegentlichen Versagens von Schutzeinrichtungen (Betriebsunfälle), die typisch mit der rechtmäßigen Betriebsführung zusammenhängen.<sup>6)</sup> Die Schädigung durch rechtswidriges Verhalten ist in der Genehmigung zwar nicht erlaubt, der Anlagenbetreiber wird aber in die Lage versetzt, derart gefahrgeneigte Tätigkeiten ausführen zu können. Hat sich durch dieses Verhalten gerade die für den Betrieb typische Gefährlichkeit verwirklicht, soll nach dem Zweck des § 364 a ABGB ein Ausgleich stattfinden. Insofern ist in § 364 a ABGB auch ein Stück **Gefährdungshaftung** enthalten.<sup>7)</sup>

**Anspruchsberechtigt** sind neben dem beeinträchtigten Grundstückseigentümer auch dinglich Nutzungsberechtigte<sup>8)</sup> und Mit- und Wohnungseigentümer.<sup>9)</sup> Während die Aktivlegitimation auch bloß obligatorisch Berechtigter für § 364 Abs 2 ABGB von der stRsp bejaht wird, wird sie für § 364 a ABGB (mittlerweile) verneint.<sup>10)</sup> Von einem Teil der Lehre wird die Anspruchsberechtigung bloß obligatorisch Berechtig-

1) Zak 2013, 336 = bbl 2013/230 (Egglmeier-Schmolke) = RdU 2014, 38 (Kleewein); vgl Engel/Strauss, Zum Anlagenbegriff gem § 364 a ABGB im Hinblick auf baubewilligte Nutztierstallungen, RdU 2014/137.

2) ZVB 2014, 169 (Oppel) = RdU 2014, 82 (Schickmair) = Zak 2014, 53 = ZVR 2014, 199 = wobl 2014/64 = bbl 2014/102 = immolex 2014, 228 (Limberg) = EVBl 2014, 666 (Schima).

3) OGH 9 Ob 48/12t = Beispielfall 1.

4) Vgl zur Abhängigkeit des § 364 a ABGB von § 364 Abs 2 ABGB näher Gimpel-Hinteregger, Grundfragen der Umwelthaftung (1994) 325.

5) Vgl dieselbe, Ortsunüblichkeit und Wesentlichkeit von Immissionen (2011); Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang: § 364 Rz 196 ff.

6) Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang: § 364 a Rz 72 mwN.

7) Jabornegg, GA 9. ÖJT I/4 (1985) 74; Rummel, Ersatzansprüche bei summierten Immissionen (1969) 81 ff; Kerschner, Zur Haftung nach § 26 WRG und zum Deliktsstatut im IPR, JBl 1983, 337 (339); Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (1996) 53 f.

8) OGH 1 Ob 21/82 SZ 55/105; strittig allerdings beim Pfandberechtigten; vgl Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang: § 364 Rz 248.

9) OGH 3 Ob 14/81 SZ 54/55.

10) OGH 3 Ob 249/08a RdU 2010/22 (Pilgersdorfer); anders noch OGH 6 Ob 2323/96b RdU 1998/91 (Kerschner) ua.

ter mit überzeugenden Argumenten grundsätzlich abgelehnt.<sup>11)</sup> Zur Passivlegitimation siehe unten Punkt 5.

### 3. Behördlich genehmigte Anlage

Das Tatbestandsmerkmal der behördlich genehmigten Anlage erfasst nicht ganz allgemein öffentlich-rechtliche Bewilligungen, sondern nur solche, in deren Bewilligungsverfahren der betroffene Nachbar **Parteistellung** hatte. Dies hat der OGH unlängst in einer E, in der es um einen Hubschrauberlandeplatz für Rettungsflüge eines Sanatoriums ging, ausdrücklich klargestellt und dogmatisch umfassend begründet:<sup>12)</sup> Der Entzug des Untersagungsrechts könne grundsätzlich nur durch ein Verfahren gerechtfertigt sein, das dem Nachbarn eine immissionsbezogene Parteistellung, zumindest ein diesbezügliches Recht auf Gehör einräumt. Bei verfassungs-, verwaltungs- und europarechtskonformer Interpretation liege im **Fall einer mangelnden Beteiligungsmöglichkeit** des betroffenen Nachbarn keine „behördlich genehmigte Anlage“ iSd § 364 a ABGB vor. Die mangelnde Parteistellung im Verwaltungsverfahren müsse in Hinblick auf Art 6 EMRK zwingend dazu führen, dass vor den Zivilgerichten die vom Betrieb der Anlage ausgehenden Immissionen untersagt werden können.

Auch im vereinfachten Bewilligungsverfahren gem § 359 b GewO ist in Hinblick auf die Einschränkung der Parteistellung der Nachbarn keine „behördlich genehmigte Anlage“ iSd § 364 a ABGB gegeben.<sup>13)</sup>

Öffentliche Straßen sind nach stRsp des OGH als behördlich genehmigte Anlagen iSd § 364 a ABGB zu qualifizieren oder diesen zumindest gleichzuhalten.<sup>14)</sup> Die Bestimmungen der §§ 364 ff ABGB gelten auch im Verhältnis zwischen einem privaten Grundstück und Beeinträchtigungen, die von einem öffentlichen

Grund oder einer öffentlichen Anlage ausgehen, sofern es sich um Maßnahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Für Einwirkungen aus **Straßenbau, Straßenerhaltung und dem Bestand der Straße** sind daher die allgemeinen nachbarrechtlichen Bestimmungen des ABGB maßgeblich, da die Vorsorge und Verantwortung dafür, dass im Fall eines Defekts keine Immissionen in benachbarte Privatgrundstücke gelangen, nicht der Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung dienen (zB bei Ausfließen von Wasser aus einer im Straßengrund verlegten Wasserleitung infolge eines Rohrbruchs).<sup>15)</sup> Bei Beeinträchtigungen durch rein **hoheitliche Maßnahmen** greift das Nachbarrecht nicht.<sup>16)</sup> Deshalb werden bei Immissionen aus dem **Straßenbetrieb** (Abgase, Lärm etc) nachbarrechtliche Ansprüche gegen den **Grundstückseigentümer bzw Straßenhalter** grundsätzlich abgelehnt, da hier eine öffentlich-rechtliche Pflicht im Rahmen der Hoheitsverwaltung erfüllt werde.<sup>17)</sup> Gegen den **Straßenbenutzer** werden derartige Ansprüche deshalb verneint, weil ihm eine über den allgemeinen Gemeingebrauch hinausgehende besondere rechtliche Beziehung zum emittierenden Grundstück fehle.<sup>18)</sup> Nur bei einer Sondernutzung über den Gemeingebrauch hinaus könne eine Passivlegitimation des Straßennutzers bejaht werden (siehe dazu unter 5. und Beurteilung Beispielfall 2).

**Baubehördliche Genehmigungen** entsprechen nach einhelliger Lehre und Rsp nicht den Erfordernissen einer behördlich genehmigten Anlage iSd § 364 a ABGB.<sup>19)</sup> Beim Baubewilligungsverfahren steht nämlich die bauliche Anlage im Vordergrund, um deren Bewilligung vom Bauwerber angesucht wird, und nicht ein umfassendes, den Individualrechtsschutz ausschließendes Immissionsschutzkonzept, wie es in § 364 a ABGB iVm § 74 Abs 2 Z 2 GewO 1994 verfolgt wird.<sup>20)</sup>

#### Beurteilung Beispielfall 1:

Die baubehördliche Genehmigung für den Umbau des Mastschweinestalls ist nicht als behördlich genehmigte Anlage iSd § 364 a ABGB zu qualifizieren.

11) *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 Rz 251 ff, und *Spielbüchler in Rummel, ABGB*<sup>3</sup> § 372 Rz 5.

12) OGH 8 Ob 128/09w JBl 2011, 234 (*E. Wagner*) = RdJ 2011/45 (*Kisslinger*); bestätigt in OGH 8 Ob 95/11 w. Das Erfordernis einer solchen ausdrücklich eingeräumten Parteistellung wurde von einem Teil der Lehre unter Hinweis auf Art 6 EMRK schon lange eingefordert: *E. Wagner*, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1996) 133 ff; *Kerschner*, Anm RdU 2008, 71; *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 a Rz 47 ff; *Thienerl*, Verfassungsrechtliche Grenzen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 359 GewO, ZfV 2001/1558; *Musger*, Verfahrensrechtliche Bindungswirkung und Art 6 MRK, JBl 1991, 499 ff (505); *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen 293; aA *Spielbüchler in Rummel, ABGB*<sup>3</sup> § 364 a Rz 4; *Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>102</sup> § 364 a Rz 5; *Wessely*, Eckpunkte der Parteistellung: Wegweiser für Gesetzgebung und Vollziehung (2008) 104 ff; *Muzak*, Zuständigkeit ordentlicher Gerichte bei Unterlassung der Vorschreibung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbeordnung? AnWB 1997, 19 ff; nach diesem Teil der Lehre sei es Sache des öffentlichen Rechts, in welcher Weise es auf die Interessen der betroffenen Anrainer Rücksicht nehme. Der Genehmigungsbescheid entfalte nach § 364 a ABGB Tatbestandswirkung und sei insoweit bindend für die Gerichte.

13) OGH 4 Ob 137/03f: 1 Ob 123/08g; *Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB*<sup>2</sup> § 364 a Rz 8; *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 a Rz 172 ff; zweifelnd *Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>102</sup> § 364 a Rz 3.

14) RIS-Justiz RS0010596; vgl dazu *Jabornegg*, GA 9. ÖJT I/4 (1985) 64 ff; *E. Wagner*, Betriebsanlage 29 ff, 233 ff; *dies*, Anm RdU 2002/59; *Kerschner/E. Wagner in Kerschner* (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verkehrsrecht (2001) 205 ff; *P. Bydliński*, Straßenverkehr und Waldschäden, JBl 1990, 489; *Hinteregger*, Ersatz von Forstschäden infolge Salztreuung, *ecolex* 1991, 77; *dies*, Grundfragen 307 ff; *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang* § 364 a Rz 91 ff.

15) OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 ua; für Immissionen beim **Bau einer Bundesstraße** gilt allerdings das **Haftungsprivileg des Bundes** gem § 24 Abs 5 BStG (lex specialis): Bei Einwirkungen, die vom Bau oder Ausbau einer Bundesstraße ausgehen, wird der Unterlassungsanspruch entzogen und der Schadenersatzanspruch von einem Verschulden abhängig gemacht. Dies gilt nicht für Einwirkungen, die sich als Folge des Bestands und der Beschaffenheit der fertiggestellten Straßenanlage ergeben. Damit sind die allgemeinen nachbarrechtlichen Bestimmungen des ABGB bei Immissionen von Bundesstraßen maßgeblich, sobald deren Bauführung abgeschlossen ist; näher dazu *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 a Rz 96 ff.

16) Im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Müllinsel durch die Gemeinde hat die Rsp jüngst auch bei hoheitlichen Maßnahmen nachbarrechtliche Abwehransprüche nicht ausgeschlossen, soweit in Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung und den Betrieb keine „hoheitliche Anordnung“ bestehe: OGH 8 Ob 28/13 w RdU 2014/132; vgl dazu auch *Schlager*, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch gegen „Müllinsel“? RFG 2015/9.

17) Krit *Kerschner*, Verkehrsimmissionen – Haftung und Abwehr (2007) 94 ff, da das „Ob“ und Ausmaß des Verkehrs durch die Gebietskörperschaften weitgehend gestaltbar und beschränkbar seien (zB § 43 StVO); auch in *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 Rz 150.

18) OGH 6 Ob 608/95 RdU 1996/133 (krit *Kerschner*).

19) Vgl *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 364 a Rz 19; *Spielbüchler in Rummel, ABGB*<sup>3</sup> § 364 a Rz 4; *Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>102</sup> § 364 a Rz 4; *Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB*<sup>2</sup> § 364 a Rz 8.

20) OGH 9 Ob 48/121 = Beispielfall 1.

ren.<sup>21)</sup> Die Land- und Forstwirtschaft, wozu auch das Halten von Nutztieren zur Zucht, Mästung und Gewinnung tierischer Erzeugnisse gehört, unterliegt nicht der Gewerbeordnung (§ 2 Abs 1 Z 1, Abs 2 und 3 Z 2 GewO 1994). Insoweit können sich die Bekl auch auf keine sonstige behördliche Genehmigung berufen. Es besteht daher ein Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB, nicht aber ein Anspruch nach § 364a ABGB auf Ersatz der Umsatzeinbuße.

**Hinweis:** Nach dem UVP-G 2000 genehmigte Betriebe der Massentierhaltung sind als Anlagen iSd § 364 a ABGB zu qualifizieren, da die Parteistellung und Rechte der Nachbarn weitgehend dem gewerblichen Verfahren zur Genehmigung von Betriebsanlagen entsprechen (§ 17 Abs 2 iVm § 19 Abs 1 Z 1 UVP-G). UVP-pflichtig sind aber erst Betriebe ab 1.400 Mastschweineplätzen, wenn sich in einem Umkreis von 300 Metern ein Siedlungsgebiet befindet (Anh 1 Z 43 lit b iVm Anh 2 Kat E).<sup>22)</sup>

**4. Reichweite der Genehmigung**

Ganz allgemein sind nach § 364 a ABGB nur solche Eingriffe zu dulden bzw auszugleichen, die vom behördlichen Genehmigungsbescheid gedeckt sind. Von der Genehmigung sind idR nur **betriebstypische Beeinträchtigungen** erfasst. Es ist dabei auf den Inhalt des Bescheids und des damit genehmigten, konkreten Betriebs abzustellen. Zu den „genehmigten“ Schäden gehören ebenso die mit der Genehmigung implizierten (stillschweigend mitgenehmigten) Immissionen, mögen sie auch nicht ausdrücklich im Genehmigungskonsens genannt sein.<sup>23)</sup> Immissionen, die auf das Versagen von Schutzvorrichtungen zurückgeführt werden, sind ebenfalls erfasst, soweit sie zumindest abstrakt vorhersehbar waren. Für nicht einmal abstrakt vorhersehbare Gefahren konnten die Nachbarinteressen zum Zeitpunkt der Genehmigung nicht ausreichend berücksichtigt werden.<sup>24)</sup>

Bei der Beurteilung von Lärmimmissionen durch **Steinbrecherarbeiten iZm dem Bau einer Bundesstraße** hat der OGH erst jüngst wiederholt: § 364 a ABGB schließt die Unterlassungsansprüche bei Beeinträchtigungen durch behördlich genehmigte Anlagen nur insoweit aus, als es sich um Immissionen handelt, die mit dem bewilligungsgemäßen Betrieb der Anlage (typisch) verbunden sind. Ein Unterlassungsanspruch bestehe hingegen hinsichtlich solcher Immissionen, die dadurch entstehen, dass sich der Inhaber der Anlage nicht an den Genehmigungsbescheid, insb an darin enthaltene Auflagen hält.<sup>25)</sup> Für Einwirkungen beim Bau und Ausbau einer Bundesstraße greift zwar die Privilegierung durch § 24 Abs 5 BStG (kein Unterlassungsanspruch; Schadenersatz nur bei Verschulden; vgl FN 15); inwieweit die Nachbarn Einwirkungen im Einzelnen hinzunehmen haben, ergibt sich aber auch hier letztlich aus den behördlichen Bescheiden, mit denen der Straßenbau bewilligt wird. Daraus ergibt sich zu § 364 a ABGB folgende Parallele: Immissionen, die bei Bauarbeiten im Zuge der Errichtung einer Bundesstraße entstehen, aber durch die behördlichen Geneh-

migungen nicht gedeckt sind, sind somit von § 24 Abs 5 BStG nicht erfasst und können unter den Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB untersagt werden.

**5. Haftung des Grundstückseigentümers/ Störers**

Nachbarrechtliche Ansprüche können sowohl gegen den Grundstückseigentümer, von dessen Grundstück die Immissionen ausgehen (Zustandsstörer), als auch gegen den Störer, der die Immission verursacht (Handlungsstörer), gerichtet werden.

**Haftung des Grundstückseigentümers**

Grundsätzlich haftet der Liegenschaftseigentümer für von seinem Grundstück ausgehende Immissionen. Für **Immissionen durch Dritte** auf seinem Grundstück ist er aber nur dann verantwortlich, wenn er diese duldet, obwohl er sie zu **hindern berechtigt und dazu imstande gewesen wäre**. Die Rsp fordert für die Passivlegitimation einen gewissen sachlichen Zusammenhang zwischen der Sachherrschaft an der Liegenschaft und den Immissionen.<sup>26)</sup>

Handelt es sich um Auswirkungen der **natürlichen Beschaffenheit** des Grundstücks, ist der Grundstückseigentümer nicht verantwortlich. Solche Auswirkungen sind grundsätzlich hinzunehmen, sodass keine schadenersatzrechtlichen Einstandspflichten bestehen.<sup>27)</sup> Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen allerdings im Falle **risikoerhöhenden Verhaltens**, also dann, wenn das Risiko der Einwirkung von Naturgewalt durch menschliches Verhalten erhöht und zu Lasten der Grundstücksnachbarn verändert wird.<sup>28)</sup>

**Haftung des Handlungsstörers**

Nach stRsp setzt die Haftung des unmittelbaren Störers, der nicht Grundstückseigentümer ist, voraus, dass sein Handeln zumindest in **irgendeiner rechtlichen Beziehung zum Grundstückseigentümer** steht; es

21) Kritisch für den konkreten Fall *Engel/Strauss*, Zum Anlagenbegriff gem § 364 a ABGB im Hinblick auf baubewilligte Nutztierstallungen, RdU 2014/137.  
 22) Anm *Kleewein*, RdU 2014/38.  
 23) So *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>2</sup> § 364 a Rz 72.  
 24) *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>2</sup> § 364 a Rz 70 ff; aA *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 364 a Rz 3; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1/02</sup> § 364 a Rz 3: Auch fehlende abstrakte Vorhersehbarkeit schade nicht, da die Prüfung neuer Erkenntnisse der Behörde obliege.  
 25) OGH 1 Ob 239/14z unter Berufung auf *Oberhammer* in *Schwiemann/Kodek*, ABGB<sup>2</sup> § 364 a Rz 4, und *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>2</sup> § 364 a Rz 54 ff; für Auflagen aA *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1/02</sup> § 364 a ABGB Rz 5: Die Nichterfüllung bloßer Auflagen (im Rechtssinn) sollte nur die Verwaltungsbehörde ahnden dürfen, nicht das Gericht, weil sonst Auflagen in auflösende Bedingungen der Genehmigung umgedeutet würden.  
 26) OGH 1 Ob 135/97b; OGH 1 Ob 82/00s uva; zustimmend *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>2</sup> § 364 a Rz 280.  
 27) Erst jüngst wieder OGH 8 Ob 22/14i mwN; bei erkennbaren Gefahren durch reines Naturwirken könne nach *Karner* (Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen, in FS Iro [2013] 19 [31 ff]) der Gefährdete selbst auf eigene Kosten die Gefahrenquelle auf fremden Grund beseitigen, ohne dass andere Eigentümer dies verweigern könnten; gegen die Ansicht *Karners* überzeugend *E. Wagner/Jandl*. Anm zu OGH 3 Ob 132/14 d, RdU 2015/85.  
 28) OGH 2 Ob 13/97v: 1 Ob 221/98a; *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>2</sup> § 364 a Rz 336.

wird eine Nutzung des Grundstücks für eigene Zwecke gefordert.<sup>29)</sup> Das Erfordernis einer solchen Sonderbeziehung des Handlungsstörers zum emittierenden Grundstück ist nicht unumstritten.<sup>30)</sup> Die Rsp hält aber ihren Kurs: Im Rahmen des § 364 a ABGB haftet nicht nur der Eigentümer des Nachbargrundstücks, sondern jeder, der die Beeinträchtigung durch eine behördlich genehmigte Anlage herbeiführt, sofern er das Grundstück für eigene Zwecke benützt. Mangels Nutzung des Grundstücks für eigene Zwecke wird von der Rsp die Passivlegitimation eines Werkunternehmers (zB Bauführers), der auf Grund eines Werkvertrags Arbeiten auf dem Grundstück durchführt, verneint. Durch den Werkvertrag werde keine bzw nur eine eingeschränkte Nutzungsbefugnis eingeräumt; damit fehle der erforderliche Zusammenhang zwischen Sachherrschaft und Immission.<sup>31)</sup>

Der OGH hat kürzlich im Zusammenhang mit der Beurteilung von Immissionen aus dem Straßenbau die Haftung der ASFINAG als Handlungsstörerin bejaht. Die ASFINAG habe zwar als Fruchtgenussberechtigte ein ertragsunabhängiges Entgelt an den Bund zu leisten, darüber hinaus könne sie aber über sämtliche Mehreinnahmen selbst verfügen. Zudem ziehe sie nicht nur eigene wirtschaftliche Vorteile aus dem Bau (und der späteren Benützung) der Straße, sondern ist aufgrund eigener Antragstellung auch Trägerin der behördlichen Bewilligung zur Errichtung der – von ihr selbst zu planenden, zu bauenden und zu erhaltenden (§ 9 ASFINAG-ErmächtigungsG) – Straße.<sup>32)</sup> Die Passivlegitimation bzw die Nutzung für eigene Zwecke wird hier mit der besonderen Rechtsposition der ASFINAG begründet. Die Haftung des Bundes als Grundstückseigentümer und Zustandsstörer war im Verfahren nicht zu beurteilen.

Ebenfalls unter Berufung auf die besondere Position des Störers bejahte der OGH die Passivlegitimation eines Unternehmers, dem die Stadtgemeinde durch privatrechtliche Vereinbarung ein (dauerndes) Nutzungsrecht an ihrem Grundstück eingeräumt hat, um darauf eine Müllinsel zu errichten:<sup>33)</sup> Das Unternehmen habe nicht nur den Standort ausgesucht und die Müllinsel errichtet, es hatte auch die Entscheidungsbefugnis über die Art der Errichtung und die Aufgabe, die Müllinsel auf Dauer zu betreiben und zu organisieren (Reinigung, Entsorgung des Mülls etc). Aufgrund ihrer Beziehung zum benützten Grundstück habe es der Unternehmer in der Hand, die Nachbarn vor (allenfalls) unzulässigen Immissionen zu schützen. Diese durchaus zutreffende Beurteilung wird aber wohl auch für einen Bauunternehmer gelten, der in einer werkvertraglichen Beziehung zum privaten Grundeigentümer steht. Die hier vorgenommene Differenzierung erscheint inkonsequent.<sup>34)</sup> Im Sinne einer sachgerechten Lösung soll die Passivlegitimation grundsätzlich auch auf den vom Grundstückseigentümer beauftragten Werkunternehmer erstreckt werden, da dieser das Grundstück wohl für eigene Zwecke nutzt.

Nach bisheriger Rsp kann der Werkunternehmer aber mangels Nutzung des Grundstücks für eigene Zwecke nicht gem § 364 a ABGB in Anspruch genommen werden. Er haftet allerdings im Rahmen der Verschuldenshaftung nach allgemeinem Schadenersatzrecht.

Hier wird eine vertragliche Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter (der Nachbarn) angenommen und werden zB die Nachbargebäude dem Schutz des Vertrags zwischen Werkunternehmer (Bauführer) und Bauherrn unterstellt. Das Zusammenreffen der Haftung des Grundstückseigentümers gem § 364 a ABGB und des von diesem beauftragten Werkunternehmers wegen Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht gem § 1295 ABGB wird ausdrücklich bejaht.<sup>35)</sup> Die grundsätzlich angenommene Subsidiarität des Vertrags mit Schutzwirkung besteht gegenüber nachbarrechtlichen Ansprüchen nicht. Eine Zurechnung des Werkunternehmers an den Grundstückseigentümer nach der Gehilfenzurechnung gem § 1313 a ABGB wird von der Rsp – trotz berechtigter Kritik von einem Teil der Lehre, der das Nachbarschaftsverhältnis als gesetzliche Sonderverbindlichkeit sieht<sup>36)</sup> – verneint. Bei entsprechender Zurechnung könnte oftmals eine Verschuldenshaftung des Grundstückseigentümers begründet werden; dadurch würde sich ein Rückgriff auf die – teilweise sehr zweifelhaften – Haftung gem § 364 a ABGB analog in vielen Fällen erübrigen (vgl unten Beispielfall 4).

#### Beurteilung Beispielfall 2:

Die Erschütterungen gehen in diesem Fall nicht vom Grundstück des bekl Bauherrn aus, sondern von Baufahrzeugen auf einer öffentlichen Straße, die als behördlich genehmigte Anlage gilt. Der Geschädigte ist daher nach Ansicht des OGH auf einen Ausgleichsanspruch verwiesen. Grundsätzlich werden zwar nachbarrechtliche Ansprüche bei Immissionen aus dem Straßenbetrieb gegen den Straßennutzer abgelehnt (siehe oben), im gegenständlichen Fall liege aber seitens des Bauherrn keine Nutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs vor, sondern sei auf Grund der festgestellten behördlichen Maßnahmen (mehrfache Verordnung von Park- und Halteverbotszonen, Sperre für den allgemeinen Fahrzeugverkehr etc) eine entsprechende Sonderbeziehung zum emittierenden öffentlichen Straßengrundstück gegeben. Die Passivlegitimation des straßenbenutzenden Bauherrn als Handlungsstörer sei daher zu bejahen. Eine allfällige Haftung der Gemeinde als Eigentümerin des Straßengrundstücks wird in der E nicht thematisiert.

29) RIS-Justiz RS0010654.

30) Ablehnend Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>9</sup> § 364 Rz 12; für „mittelbare“ Störer gefordert von Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>112</sup> § 364 Rz 6; ähnlich Spielbüchler in Rummel, ABGB<sup>9</sup> § 364 Rz 5; für einen sehr weit gefassten Nutzungszusammenhang Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 279.

31) Jüngst OGH 8 Ob 132/14s; 1 Ob 2337/96z uvm; kritisch dazu Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 286f.

32) OGH 1 Ob 239/14z unter Berufung auf Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 97.

33) OGH 8 44/14z bbl 2014/231; siehe dazu auch FN 17.

34) Auch Schlager, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch gegen „Müllinsel“? RFG 2015/9 (49).

35) OGH 8 Ob 132/14s mwN; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>111</sup> § 1295 Rz 65.

36) Kerschner, JBl 1983, 337 (343); ders, Anm JBl 1991, 580 (584); ders, Anm RdU 1994, 70 (72); ders, Kausalitätshaftung im Nachbarrecht, RdU 1998, 10 (13); ders, Anm RdU 1998/121; Janovsky, Boden- und Wasserschutz (1997) 248; E. Wagner, Betriebsanlage 28; Kisslinger, Gefährdungshaftung 188ff.

ME ist die Haftung des Bauherrn als Eigentümer des benachbarten Grundstücks im Rahmen der Zustandsstörerhaftung zu begründen. Die Immissionen sind ihm bzw seinem Grundstück als adäquate Folge des Baustellenbetriebs zuzurechnen, selbst wenn sie auf dem öffentlichen Grundstück verursacht werden.<sup>37)</sup>

## 6. Umfang der Haftung und Verjährung

Auf den Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB ist die Bestimmung des § 1323 ABGB anzuwenden und damit primär Naturalrestitution geschuldet. Danach hat der Schädiger den Schaden in erster Linie durch Zurücksetzung in den vorigen Stand auszugleichen. Nur wenn dies „nicht tunlich“ oder nicht möglich ist, hat er den Schaden in Geld zu ersetzen. Va bei Liegenschaften ist nach zutreffender Rsp dem Grundsatz des Vorrangs der Naturalrestitution besondere Geltung zu verschaffen.<sup>38)</sup> Ist Naturalrestitution nicht möglich, kann nach hL<sup>39)</sup> und Rsp<sup>40)</sup> sowohl der positive Schaden als auch der entgangene Gewinn im Rahmen des § 364 a ABGB gefordert werden. Es ist also voller Ersatz zu leisten. Dies erfasst auch den Aufwand, der zur notwendigen Abwehr des Eingriffs entstanden ist (Vermögensvorschäden), sowie adäquat verursachte Vermögensfolgeschäden.<sup>41)</sup> Auch der dauernde merkantile Minderwert ist auszugleichen.<sup>42)</sup> Der Ersatz des ideellen Schadens ist im Rahmen des § 364 a ABGB abzulehnen.<sup>43)</sup> Als Besonderheit ist beim Haftungsumfang nach § 364 a ABGB zu berücksichtigen, dass der hinzunehmende Schadensbetrag (ortsübliche und wesentliche Beeinträchtigungen) in Abzug gebracht werden muss („Sockelbetrag“). Nur der über das zu dulden Maß hinausgehende Schaden ist zu ersetzen.<sup>44)</sup>

Nach herrschender Auffassung verjährt der Ausgleichsanspruch des § 364 a ABGB gem § 1489 ABGB nach drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Die Verjährung beginnt mit Schadenseintritt.<sup>45)</sup> Bei sich ständig wiederholenden Immissionen und fortgesetzter Beeinträchtigung beginnt die Verjährungsfrist mit jeder weiteren Einwirkung neu zu laufen.<sup>46)</sup>

## B. Der Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB analog

### 1. Praktische Fälle aus der Rsp des OGH

#### Feuchtschäden durch Abbruch des „angebauten“ Nachbarhauses: OGH 9 Ob 18/15k<sup>47)</sup>

Das Wohnhaus des Kl ist in gekuppelter Bauweise an das zuvor errichtete Haus der Bekl unmittelbar anschließend angebaut worden. Die Mauer des Wohnhauses des Kl, die an das Nachbarhaus der Bekl anschließt, ist eine unverputzte Feuermauer aus Ziegeln, die über keine Feuchtigkeitsisolierung verfügt. Als die Bekl ihr Haus abreißen lässt, zeigt sie dies bei der Baubehörde an. Durch den Abbruch

wird die unverputzte Feuermauer des kl Hauses freigelegt, wodurch es zu Wasserschäden in der Garage des Kl kommt.

#### Beispiel 4

#### Wasserschaden durch Einbau eines Überlaufrohrs: OGH 5 Ob 82/13<sup>48)</sup>

Die Bekl lassen von einem Professionisten auf ihrem Grundstück ein Überlaufrohr knapp vor der Grundstücksgrenze errichten, das direkt in Richtung der Liegenschaft der Kl weist. Infolge starken Regens wird durch dieses Rohr so viel Wasser auf das kl Grundstück zugeleitet, dass es am Haus der Kl zu einem Wasserschaden kommt.

## 2. Anspruchsvoraussetzungen

### a) Rsp

In Fällen, in denen die Anwendung des § 364 a ABGB mangels Vorliegens einer behördlich genehmigten Anlage scheitern müsste, billigt die stRsp einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch in Analogie zu § 364 a ABGB dann „wenn sich aus der Interessenlage ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Analogie ergeben“. Eine zu § 364 a ABGB analoge Situation wird angenommen, wenn durch eine Bewilligung<sup>49)</sup> der Anschein der Gefährlosigkeit und damit der Rechtmäßigkeit der bewilligten Maßnahme hervorgerufen und dadurch die Abwehr zwar nicht rechtlich ausgeschlossen, aber faktisch derart erschwert wird, dass der Nachbar die Maßnahme praktisch hinnehmen muss, so va bei behördlich genehmigten Bau- und Abbrucharbeiten.<sup>50)</sup> Es geht hier va um Fälle, in denen der Schaden bereits eingetreten ist, bevor der Betroffene das Untersagungsrecht faktisch ausüben konnte. Er befindet sich dann in einer Situation wie derjenige,

37) Vgl dazu näher Schickmair, Anm RdU 2014/55; ähnlich gelagert OGH 3 Ob 2413/96 s RdU 1997/42 (E. Wagner) für Beeinträchtigungen durch zu- und abfahrende Gäste auf öffentlicher Straße zu einem Lokal.

38) OGH 1 Ob 620/94 SZ 68/101 = JBl 1995, 785; Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 200; Kisslinger, Gefährdungshaftung 48 f.

39) Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>4</sup> § 364 a Rz 203, 210; Spielbüchler in Rummel, ABGB<sup>5</sup> § 364 a Rz 9; Gimpel-Hinterregger, Grundfragen 322.

40) OGH 8 Ob 523/92 JBl 1992, 641 (Rummel); 1 Ob 620/94 JBl 1995, 785 mwN; 1 Ob 132/07 d.

41) Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>4</sup> § 364 a Rz 212 ff.

42) OGH 1 Ob 74/09 b immolex 2010/75 (Cerha) ua.

43) OGH 1 Ob 658/82 EvBl 1983/82; zustimmend Kerschner in Hanreich/Schwarzer, Umwelthaftung (1991) 53; aA Jabornegg, GA 9. ÖJT I/4 (1985) 77.

44) OGH 3 Ob 146/13 m.

45) OGH 3 Ob 146/13 m.

46) OGH 2 Ob 531/92 JBl 1993, 191 ua; Jabornegg, GA 9. ÖJT I/4 (1985) 71; Spielbüchler in Rummel, ABGB<sup>5</sup> § 364 a Rz 10; Kerschner in Hanreich/Schwarzer, Umwelthaftung (1991) 53 f; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II- (1984) 325.

47) Zak 2015, 296 = OIZ 2015, 24.

48) RdU 2013/106 (Kerschner) = ecolex 2013/269 (Wilhelm) = bbl 2013, 212 = immolex 2014/87.

49) Aber keine behördlich genehmigte Anlage iSd § 364 a ABGB.

50) OGH 9 Ob 18/15k mwN = Beispielfall 3.

dem aus anderen Gründen die Unterlassungsklage verwehrt war.<sup>51)</sup>

In Hinblick auf diese Judikatur könnte in Erwägung gezogen werden, die durch die Geruchsbelästigungen des Mastschweinstalls entstandenen Umsatzeinbußen des Gastgartenbetriebs im **Beispielfall 1** im Rahmen des Ausgleichsanspruchs gem § 364 a ABGB analog geltend zu machen. Auf Grund der länger andauernden Beeinträchtigungen erscheinen das berechnete Sicherheitsvertrauen und der damit verbundene faktische Entzug der Unterlassungsklage für die gesamten Umsatzeinbußen aber äußerst fraglich.<sup>52)</sup> Zum anspruchsbegründenden Erfordernis des faktischen Entzugs der Unterlassungsklage siehe näher unten B.2.b.

Die Rsp nimmt zB im vereinfachten Anzeigeverfahren eine analoge Situation dann an, wenn die Baubehörde eine bauliche Maßnahme dadurch gestattet, dass sie die Anzeige eines anzeigepflichtigen Bauvorhabens zur Kenntnis nimmt.<sup>53)</sup> Ebenso kann ein vereinfachtes Genehmigungsverfahren gem § 359 b GewO beim Nachbarn ein berechtigtes Vertrauen in die Rechtmäßig- und Gefährlosigkeit der Anlage erwecken.<sup>54)</sup>

#### Beurteilung Beispielfall 3:

Der OGH bejaht hier grundsätzlich die analoge Anwendung des § 364 a ABGB für anzeigepflichtige Bauvorhaben. Im konkreten Fall war der Anspruch aber zu versagen: Die Bekl ist nicht verpflichtet, die durch den Abbruch ihres Hauses wiederhergestellten natürlichen Einwirkungen künstlich zu regulieren. Es besteht keine Pflicht, ihre Liegenschaft in einem solchen Zustand zu halten, dass der Nachbar vor von außen entstehenden Einwirkungen geschützt ist. Wenn die Bekl für mehrere Jahre hindurch dem Kl dadurch einen Vorteil verschafft, dass dieser sein Haus mit nicht verputzter Feuermauer in gekuppelter Bauweise daneben stellen kann, so erwächst dem Kl daraus kein Recht, dass dieser Zustand erhalten bleibt.

In einigen E hält der OGH die für eine Analogie zu § 364 a ABGB gleichartige Grundsituation auch dann angezeigt, wenn die Immission auf ein einmaliges Ereignis (zB Unfall) zurückgeht und dadurch jede Unterlassungsklage zu spät kommt.<sup>55)</sup> Damit lässt der OGH allein die faktische Unmöglichkeit der Störungsabwehr genügen, um die Haftung nach § 364 a ABGB analog zu begründen. Als maßgebliche Kriterien werden teilweise noch eine besondere Gefährdung und die damit verbundene Kalkulierbarkeit des Schadens durch den Schädiger angeführt.<sup>56)</sup> Teilweise wird allein auf die Unvorhersehbarkeit des Schadens abgestellt.<sup>57)</sup> Eine öffentlich-rechtliche Genehmigung oder ein individuell behördlicher Rechtsakt wird in diesen E nicht gefordert.

#### Beurteilung Beispielfall 4:

Der OGH hat den Ersatzanspruch gem § 364 a ABGB analog bejaht: Durch den Einbau des – direkt in Richtung der Liegenschaft der Kl weisenden – Überlaufrohrs haben die Bekl in die natürlichen Ab-

flussverhältnisse unmittelbar eingegriffen. Beim schadensbegründenden Vorfall habe sich gerade der „betriebstypische“ Zweck dieser Einrichtung, nämlich die Ableitung eines infolge Starkregens nicht mehr anders beherrschbaren Wasseraufkommens, verwirklicht. Die Kl durfte die von einem Professionisten errichtete Anlage zunächst für gefahrlos halten; immerhin nehmen auch die Bekl infolge Beauftragung eines Installationsunternehmens für sich in Anspruch, sie hätten die Gefahrengeneigntheit nicht erkennen können. Schließlich sei die Möglichkeit der analogen Anwendung auch in Schadensfällen ohne Zusammenhang mit einer gewerblichen Nutzung zu bejahen.

ME geht eine verschuldensunabhängige Haftung hier mangels Vorliegens einer behördlichen Genehmigung aber zu weit (siehe Kritik unter b).<sup>58)</sup>

#### b) Kritik

Die Rsp, die einen verschuldensunabhängigen (!) Ausgleichsanspruch analog schon dann bejaht, wenn allein der Unterlassungsanspruch faktisch entzogen ist, wird in der Lehre zu Recht heftig kritisiert.<sup>59)</sup> Lässt man allein den faktischen Entzug der Unterlassungsklage für einen analogen Anspruch ausreichen, wird das Verschuldensprinzip, das dem österreichischen Recht zugrunde liegt, weitgehend oder gar völlig unterlaufen und die bestehenden Gefährdungshaftungen systemwidrig ausgeweitet. Im Ergebnis läuft diese Haftung auf eine völlig unbegrenzte, generelle Gefährdungshaftung im Nachbarrecht hinaus. Denn der Unterlassungsanspruch ist fast bei jedem Unfall bzw plötzlichem Schadensereignis faktisch entzogen. Hier den Nachbarn gegenüber Dritten derart zu privilegieren und ihm einen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch zu gewähren, ist weder aus dem Nachbarrecht und schon gar nicht aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht ableitbar. Eine derartige Sonderstellung des Nachbarn ist analog nur in jenen Fällen zu rechtfertigen, in denen der Wertung des § 364 a ABGB entsprochen wird. Nur wenn ein wertungsähnlicher, gleichgelagerter Fall zu § 364 a ABGB gegeben ist, kommt eine Analogie in Betracht. Für eine Wertungsähnlichkeit ist

51) OGH 5 Ob 82/13i mwN = Beispielfall 4; umfassend zum Ausgleichsanspruch analog *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 242 ff.

52) Nach *Kleewein* (Anm RdU 2014/23) müsse sich der Geschädigte, wenn er den Ausgleichsanspruch verzögert geltend macht, allenfalls eine Verletzung der Schadensminderungspflicht zurechnen lassen.

53) RIS-Justiz RS0010668; OGH 9 Ob 18/15k = Beispielfall 3.

54) OGH 4 Ob 137/03f RdU 2003/88; zuvor schon *E. Wagner*, Betriebsanlage 182f.

55) Vgl Beispielfall 4; OGH 1 Ob 132/07 d; 1 Ob 19/93 RdU 1994, 73 (*Kerschner*) uva.

56) ZB OGH 5 Ob 3/99y RdU 1999/178 = JBl 1999, 520; 1 Ob 196/01 i bbl 2007/61; 1 Ob 221/98a bbl 1999/267; näher *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 284.

57) Erst jüngst wieder OGH 3 Ob 132/14 d RdU 2015/85 (*E. Wagner/Jandl*): Hangrutschung durch Ablagerung von Aushubmaterial auf dem Oberliegergrundstück – Schaden an der Garage des Unterliegers.

58) Auch *Kerschner*, Anm RdU 2013/106: Der Grundstückseigentümer hafte aber aus Verschulden. Die Gefahrenquelle war ihm erkennbar; eine unmittelbare Zuleitung jedenfalls unzulässig.

59) Insb und mehrmals *Kerschner* und *E. Wagner*; vgl *Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 288 ff mwN.

aber zumindest „irgendeine“ öffentlich-rechtliche Genehmigung zu fordern, die ein derartiges Sicherheitsvertrauen erweckt, dass die Unterlassungsklage faktisch entzogen ist. Das muss unverzichtbare Analogiebasis sein.<sup>60)</sup>

Kann bzw konnte der Unterlassungsanspruch mangels begründeten Rechtmäßigkeitsanscheins rechtzeitig geltend gemacht werden, scheidet die Frage nach einer analogen Anwendung des § 364 a ABGB mE von vornherein aus. Auch das wird in den E teilweise zu wenig berücksichtigt.<sup>61)</sup> Es liegt in gewissem Maße im Verantwortungsbereich des Nachbarn, sich mit der Abwehrklage vor (weiteren) Schäden zu schützen; er sollte sich nicht auf den Schadenersatzanspruch „vertrösten“ können. Blindes Vertrauen in die Genehmigung der Behörde bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit sollte nicht geschützt sein. Der Anschein der Gefahrlosigkeit wird zB dann „zerstört“ sein, wenn der Nachbar bereits gestört wird und die Störung nach wie vor andauert oder bei Schädigung durch ein einmaliges Er-

eignis Wiederholungsgefahr besteht.<sup>62)</sup> An die Sorgfaltspflicht des Nachbarn darf man dabei aber wohl keinen allzu zu hohen Maßstab anlegen. Ein Teil der Lehre folgert aus der Nichtunteragung bei tatsächlicher Möglichkeit zur Unterlassungsklage nicht gleich den Wegfall des Haftungsanspruchs, sondern bewertet dies im Rahmen der Mitverschuldensprüfung (Verletzung der Schadensminderungspflicht).<sup>63)</sup> Damit wird dem Erfordernis des faktischen Entzugs der Unterlassungsklage als anspruchsbegründendes Element aber zu wenig Beachtung geschenkt.

60) Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang<sup>3</sup> § 364 a Rz 288 ff; Kerschner, Anm RdU 2013/106; Kisslinger, Gefährdungshaftung 149 ff.

61) ZB OGH 8 Ob 523/92 JBI 1992, 641 (Rummel); 5 Ob 3/99y RdU 1999/178 (Oberhammer).

62) Vgl Rummel, Erfolgshaftung im Nachbarrecht, JBI 1967, 120 ff; Kerschner, Anm JBI 1991, 580; Kisslinger, Gefährdungshaftung 157 ff.

63) Gimpel-Hinteregger, Grundfragen 321; Kleewein, Anm RdU 2014/23.

#### ► In Kürze

§ 364 a ABGB gewährt einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch, wenn der Nachbar durch betriebstypische Immissionen einer behördlich genehmigten Betriebsanlage zu Schaden kommt. Eine „behördlich genehmigte Anlage“ iSd § 364 a ABGB, die den Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB entzieht und zur Duldung der Immissionen verpflichtet, liegt nur dann vor, wenn die Genehmigung in einem Verfahren erteilt wurde, das dem Nachbarn eine immissionsbezogene Parteistellung einräumt. Als behördlich genehmigte Anlagen gelten zB öffentliche Straßen. Baubehördliche Bewilligungen erfüllen mangels entsprechender Parteistellung dieses Tatbestandsmerkmal nicht.

Ein Ausgleichsanspruch gem § 364 a ABGB analog wird in jenen Fällen gewährt, in denen durch „irgendeine“ Bewilligung der Anschein der Gefahrlosigkeit und damit der Rechtmäßigkeit der bewilligten Maßnahme hervorgerufen und dadurch die Abwehr faktisch derart erschwert wird, dass der Nachbar die Maßnahme praktisch hinnehmen muss. Entgegen einem Teil der Rsp muss das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung unverzichtbare Analogiebasis sein. Nur dann wird ein berechtigtes Sicherheitsvertrauen erweckt, das den Nachbarn zu Recht untätig bleiben lässt, und nur dann ist die Situation mit § 364 a ABGB wertungsmäßig vergleichbar.

#### Über die Autorin:

Mag. Dr. Martina Schickmair (vormals Kisslinger) ist Assistentinprofessorin am Institut für Zivilrecht, Abteilung Finanzmarktrecht der Johannes Kepler Universität Linz.

Kontaktadresse: JKU Linz, Institut für Zivilrecht, Altenbergerstraße 69, 4040 Linz.  
Tel: +43 (0)732 2468 3567  
E-Mail: [martina.schickmair@jku.at](mailto:martina.schickmair@jku.at)  
Internet: [www.zivilrecht.jku.at](http://www.zivilrecht.jku.at)

#### Von derselben Autorin erschienen:

Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, Schriftenreihe Recht der Umwelt Band 19 (2006).  
**Serie Nachbarrecht – bisher erschienen:**  
*Lang*, Abwehrmöglichkeit störender Lärm- und Geruchsmissionen, RFG 2013/31;  
*Lang*, Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkung im Nachbarrecht, RFG 2013/39;  
*Schickmair*, Abwehranspruch bei Beschattung durch Bäume vom Nachbargrundstück, RFG 2014/33;  
*Schickmair*, Beeinträchtigungen durch Licht, RFG 2014/40;  
*Schlager*, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch gegen „Müllinsel“? RFG 2015/9.

#### ► Literatur-Tipp



Barth/Dokalik/Potyka, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 24. Auflage (2014)

#### MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100  
Fax: (01) 531 61-455  
E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

Humanitäre Soforthilfe. Unabhängig. Unparteiisch. Unbürokratisch.

# Wir lassen die Hilfe nicht untergehen.

Ärzte ohne Grenzen ist mit Schiffen auf dem Mittelmeer unterwegs, um Bootsflüchtlinge in Seenot zu retten und medizinisch zu versorgen.

Erste Bank IBAN AT43 2011 1289 2684 7600 Telefon 0901 700 800 (Mehrwertnummer: 7 Euro Spende pro Anruf) [www.aerzte-ohne-grenzen.at](http://www.aerzte-ohne-grenzen.at)

