

Umweltrecht

Jahrbuch 2016

herausgegeben

von

Assoz.-Prof. Mag. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M.

Universität Wien
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht

Mag. Martin Niederhuber

Rechtsanwalt,
Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH



Wien · Graz 2016

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Es darf empfohlen werden, Beiträge aus dem Jahrbuch für Umweltrecht wie folgt zu zitieren: „[Autor/in], Titel des Beitrages, in: *Ennöckl/Niederhuber* (Hg), Umweltrecht. Jahrbuch 16 (2016) [Seitenangabe].“

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-1130-2
NWV Verlag GmbH
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2016

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	3
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	7
 Leopold BUMBERGER/Martin NIEDERHUBER	
Abfallwirtschaftsrecht	15
 Dietlinde HINTERWIRTH/Paul REICHEL	
Wasserrecht	55
 Peter SANDER	
Gewerberecht	87
 Johannes DAUL/Alfred ZECHLING	
Mineralrohstoffgesetz	105
 Christian BAUMGARTNER/Daniel ENNÖCKL	
Umweltverträglichkeitsprüfung	139
 Daniel ENNÖCKL/Matthias KÖHLER	
Naturschutzrecht	211
 Stefan PERNER/Martina SCHICKMAIR	
Umweltprivatrecht	225
 Farsam SALIMI	
Umweltstrafrecht	249
 Eva ERLACHER/Alexander FORSTER	
Sonstiges Bundesumweltrecht	257

Inhaltsverzeichnis

Erich PÜRKY/Wolfgang WESSELY

Sonstiges Landesumweltrecht..... 323

Autorenverzeichnis..... 367

Stefan PERNER/Martina SCHICKMAIR

Umweltprivatrecht

Inhaltsübersicht

I	Rechtsquellen	226
A	Unionsrecht.....	226
B	Gesetze.....	226
C	Verordnungen	226
D	Weisungen/Erlässe	226
II	Judikatur	227
A	EuGH	227
B	VfGH.....	227
C	VwGH.....	227
D	OGH.....	227
1	Nachbarrecht	227
1.1	Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB	227
1.2	Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 3 ABGB	237
1.3	Ausgleichsanspruch gem § 364a ABGB (analog).....	238
2	Altlastenhaftung	239
2.1	Gewährleistung.....	239
2.2	Amtshaftung.....	240
3	Wasserrecht.....	241
3.1	§ 4 WRG – Ersitzungsverbot öffentlichen Wasserguts	241
3.2	§ 26 Abs 2 WRG – Rechtskraft und Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Erkenntnisse.....	242
3.3	§ 31 Abs 3 WRG – Ersatz der Sanierungskosten	243
3.4	§ 111 Abs 4 WRG – „Kleine Dienstbarkeit“	244
3.5	§ 117 WRG – Entschädigungsanspruch	244
E	BVwG.....	245
F	LVwG	245
III	Literatur.....	246
A	Monografien	246
B	Aufsätze	246
C	Entscheidungsbesprechungen	247
D	Kommentare	248

Der Beitrag beleuchtet die umweltprivatrechtlichen Entwicklungen im Berichtszeitraum 2014 und 2015. Der Schwerpunkt liegt auf der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, der zahlreiche Gelegenheiten hatte, zu umstrittenen Fragen des Nachbar- und Wasserrechts sowie zur (gewährleistungsrechtlichen) Altlastenhaftung Stellung zu nehmen.

I Rechtsquellen

A Unionsrecht

Im Berichtszeitraum gab es keine relevanten Änderungen.

B Gesetze

Im Berichtszeitraum gab es keine relevanten Änderungen.

C Verordnungen

Im Berichtszeitraum gab es keine relevanten Änderungen.

D Weisungen/Erlässe

Im Berichtszeitraum gab es keine relevanten Änderungen.

II Judikatur

A EuGH

Im Berichtszeitraum gab es keine einschlägigen Entscheidungen.

B VfGH

Im Berichtszeitraum gab es keine einschlägigen Entscheidungen.

C VwGH

Im Berichtszeitraum gab es keine einschlägigen Entscheidungen.

D OGH

1 Nachbarrecht

1.1 Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 2 ABGB

Wesentlichkeit und Ortsunüblichkeit

In einer Reihe von E hatte der OGH in den vergangenen beiden Jahren die Wesentlichkeit und Ortsunüblichkeit von **Lärmimmissionen** zu prüfen. Dabei hat er wiederholt darauf hingewiesen, dass deren Beurteilung eine Frage des Einzelfalles darstelle. Der Unterlassungsanspruch wurde zB bei störenden Geräuschen durch die Nutzung des Hartplatzes einer Sportanlage¹ und bei von Proberäumen ausgehender Heavy-Metal Musik, die in einer Wiener Stadtwohnung mit ruhiger Innenhoflage bei geschlossenen Fenstern hörbar war,² bejaht. Er wurde hingegen verneint bei Lärmbeeinträchtigungen durch Böllerschießen, das nur am Karsamstag und Ostersonntag stundenweise stattfindet,³ sowie bei Lärm durch das Quaken von Fröschen aus dem benachbarten Biotop in einer als „Seepark“ beworbenen Wohnanlage, in deren Umgebung sich weitere Biotope befinden.⁴

In den E wird auf die Grundsätze der stRsp verwiesen: Der *Maßstab der Wesentlichkeit* der Einwirkung ist in erster Linie ein objektiver, der auf die Benützung der Nachbargrundstücke abstellt und daher von der Natur und Zweckbestimmung des beeinträchtigten Grundstücks abhängig ist.⁵ Für die Beurteilung

1 OGH 25.6.2014, 3 Ob 53/14m, wobl 2014/105 = SpuRt 2014, 245/1 Heft 6 = bbl 2014/225; va durch das impulsartige „Gegen-die-Bande-spielen“ wurde der Lärm als besonders störend empfunden.

2 OGH 8.6.2015, 2 Ob 166/14x, Zak 2015, 295 = bbl 2015/247 = RdU 2016, 40 (*Weiß*); die Musik wurde als besonders „lästig“ eingestuft.

3 OGH 21.5.2014, 7 Ob 80/14m, wobl 2014/107 = bbl 2014/191.

4 OGH 19.3.2015, 6 Ob 33/15v, Zak 2015, 195 = bbl 2015/154.

5 OGH 19.3.2015, 6 Ob 33/15v – Froschquaken – Zak 2015, 195 = bbl 2015/154; OGH 25.6.2014, 3 Ob 53/14m – Sportanlage – wobl 2014/105 = SpuRt 2014, 245/1 Heft 6 = bbl 2014/225 (hier wird unzutreffend auch auf das „beeinträchtigende“ Grundstück abgestellt; dazu gleich unten).

der Wesentlichkeit ist nicht nur die objektiv messbare Lautstärke, sondern auch die subjektive „Lästigkeit“ maßgeblich. Dafür ist vor allem auf die Tonhöhe, die Dauer und die Eigenart der Geräusche abzustellen.⁶ Es kommt nicht auf das subjektive Empfinden des sich gestört fühlenden Nachbarn an, sondern auf das eines Durchschnittsmenschen⁷, der sich in der Lage des Gestörten befindet.⁸ Die Begriffe „örtlich“ und „ortsüblich“ iSd § 364 Abs 2 ABGB sind nicht iSe politischen Gemeinde zu verstehen. Die örtlichen Verhältnisse werden weiträumiger verstanden, als Gebietsteile bzw Stadtteile („Viertel“) mit annähernd gleichen Lebensbedingungen.⁹

Soweit der OGH bei der Beurteilung der örtlichen Verhältnisse teilweise nicht nur auf das beeinträchtigte Grundstück, sondern auch auf die störende Liegenschaft abstellt,¹⁰ geht dies am Wortlaut und Zweck des § 364 Abs 2 ABGB vorbei. Für die örtlichen Verhältnisse muss allein die *Umgebung der beeinträchtigten Liegenschaft* maßgeblich sein. Nicht das emittierende, sondern das von der Immission betroffene Grundstück ist Gegenstand des Schutzes.¹¹

Fichtennadeln qualifiziert der OGH grundsätzlich als „keine grobkörnigen Immissionen“, sodass sie nach § 364 Abs 2 ABGB zu beurteilen seien.¹² Die Fichten waren im konkreten Fall nicht ortsunüblich (Kleingartenanlage) und das Abfallen von Nadeln zwangsläufig mit dem zulässigen Fichtenbestand verbunden. Eine regelmäßig erforderliche Reinigung des betroffenen Grundstücks durch dessen Eigentümer sei zumutbar, sofern die Verunreinigung nicht ein besonderes, ortsunübliches Ausmaß erreiche.

Der E ist im Ergebnis zuzustimmen. Beeinträchtigungen durch Laub und Nadeln sind grundsätzlich zu dulden. Dass positive Immissionen von Bäumen und Pflanzen (nun) als Immissionen iSd § 364 Abs 2 ABGB zu verstehen seien (so die Materialien zum ZivilRÄG 2004), hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden und ist daher überaus fragwürdig.¹³ Doch selbst nach den Ma-

6 OGH 8.6.2015, 2 Ob 166/14x – Heavy-Metal-Musik – Zak 2015, 295 = bbl 2015/247; OGH 25.6.2014, 3 Ob 53/14m – Sportanlage – wobl 2014/105 = SpuRt 2014, 245/1 Heft 6 = bbl 2014/225.

7 Auf einen „verständigen“ Durchschnittsmenschen stellt die E OGH 21.12.1999, 1 Ob 6/99k – Klavierspielen – SZ 72/205 ab.

8 OGH 19.3.2015, 6 Ob 33/15v – Froschquaken – Zak 2015, 195 = bbl 2015/154; OGH 21.5.2014, 7 Ob 80/14m – Böllerschießen – wobl 2014/107 = bbl 2014/191; vgl dazu kritisch, *Kerschner*, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in: IUR (Hg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2015 (2015) 58.

9 OGH 8.6.2015, 2 Ob 166/14x – Heavy-Metal-Musik – Zak 2015, 295 = bbl 2015/247. 10 ZB OGH 25.6.2014, 3 Ob 53/14m – Sportanlage – wobl 2014/105 = SpuRt 2014, 245/1 Heft 6 = bbl 2014/225.

11 *Jabornegg*, GA 9. ÖJT I/4 (1985) 17 ff; *Kerschner*, Anm RdU 2005/57; *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), ABGB 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars (2011) Rz 205 f zu § 364 mwN; *E. Wagner*, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in: IUR/ÖWAV (Hg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2014 (2014) 51 (64). *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung (1996) 275 f; *Kleewein*, Anm RdU 1995, 57.

12 OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p, wobl 2014/108 = bbl 2014/192 = ecolx 2015, 192; idS auch die Materialien zum ZivilRÄG 2004 für positive Immissionen von Bäumen, ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 13.

13 Überzeugend *Kerschner*, Neues Nachbarrecht, RZ 2004, 9; *derselbe*, Neues Nachbarrecht „Recht auf Licht“, RFG 2003/45: Dies stelle einen Wertungswiderspruch zu den Fällen unmittelbarer Substanzbeeinträchtigung durch Äste und Wurzeln dar, wo

terialien soll eine wesentliche Beeinträchtigung nicht vorliegen, wenn dem Nachbarn nur ein Arbeitsaufwand (zB Zusammenkehren, Kompostieren oder Ausputzen der Dachrinnen und Abflüsse) entsteht; bei Verursachung unmittelbarer Schäden könne dies aber anders sein.¹⁴

Der OGH begründet sein Ergebnis zudem mit einem Verzicht auf den Unterlassungsanspruch bei folgendem Sachverhalt: Kl und Bekl sind Mitglieder eines Kleingartenvereins, der Generalpächter von Liegenschaften ist. Die Kl ist Unterpächterin einer Kleingartenparzelle. Der Bekl war zunächst Pächter und ist mittlerweile Eigentümer der benachbarten Parzelle, auf der die Fichten stehen. Beim Pachtvertragsabschluss zwischen Generalpächter und Bekl wurde über die Fichten nicht gesprochen. Nach dem OGH könne das „Nichterwähnen“ der Fichten im Pachtvertrag mit dem Bekl nur so verstanden werden, dass der Pächter die Fichten auf der Parzelle belassen dürfe. Der Schutz der Unterpächterin gehe nicht weiter als der des Generalpächters, sodass die grundsätzliche Frage des Rechtsschutzes von Unterpächtern gleich dem Mieter gem § 372 ABGB analog dahingestellt bleiben könne.

Abgesehen davon, dass einiges dafür spricht, die Aktivlegitimation von Unterpächtern zu verneinen,¹⁵ erscheint die vorgenommene Auslegung des Pachtvertrages uE zweifelhaft. Zudem könnte der Generalpächter seinen Unterpächtern auch miteinander kollidierende vertragliche Rechte einräumen.¹⁶

Zutreffend beurteilt der OGH das Unterlassungsbegehren als Schikane, wenn in drei Jahren insgesamt vier **Volleybälle** auf das unbebaute Nachbargrundstück gelangen.¹⁷ Eine solche gegen die guten Sitten verstoßende missbräuchliche Rechtsausübung sei nicht nur dann anzunehmen, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen oder überwiegenden Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis bestehe, also das unlautere Motiv der Rechtsausübung das lautere Motiv eindeutig überwiege.¹⁸

Grundsätzlich sind Bälle als grob körperliche Stoffe zu qualifizieren,¹⁹ sodass ein Unterlassungsanspruch schon nach § 354 ABGB besteht, wenn keine Schikane vorliegt. Auf die Kriterien der Ortsunüblich- und Wesentlichkeit kommt es daher nicht an.

ein Unterlassungsanspruch nur bei Gefährdung für Personen und Sachen zulässig ist.

14 ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 13.

15 Auch bei Unterbestandnehmern verneint der OGH mitunter – anders als bei Bestandnehmern – die Aktivlegitimation: OGH 31.5.1989, 6 Ob 569/89, wobl 1990, 94 (*Würth*); offen lassend OGH 11.7.2001, 7 Ob 218/00k.

16 So *Kerschner*, in: IUR (Hg), Jahrbuch Umweltrecht 2015, 53 (54).

17 OGH 17.2.2014, 4 Ob 220/13a, wobl 2014/66 = Zak 2014, 154.

18 Vgl RIS-Justiz RS0026265; kritisch *Kerschner*, in: IUR (Hg), Jahrbuch Umweltrecht 2015, 59: Die vom OGH auch vorgenommene Interessenabwägung (die gesetzlich nicht vorgesehen ist) habe nichts mit der Lauterkeit bzw Unlauterkeit der Motive zu tun.

19 Fußball: OGH 28.6.2011, 9 Ob 29/11x, JBl 2011, 788 = bbl 2011/203 = NZ 2012/45 = SZ 2011/77; OGH 3.10.2006, 10 Ob 37/05x, RZ 2007/4; OGH 7.11.1995, 4 Ob 579/95, RdU 1996, 100 (*Kerschner*); Tennisbälle: OGH 29.10.1992, 8 Ob 635/92, RdU 1994/3 (*Kerschner*); Golfbälle: OGH 12.1.1995, 2 Ob 558/93.

☐ Unmittelbare Zuleitung

Die höchstgerichtliche Beurteilung unmittelbarer Zuleitungen ist vom Grundsatz geprägt, dass Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstücks grundsätzlich hinzunehmen und nur willkürliche Änderungen der natürlichen Abflussverhältnisse unzulässig sind. IdS wurde die nachbarrechtliche Haftung verneint, als durch einen baubehördlich bewilligten **Hausabriss** die natürlichen Abflussverhältnisse wieder hergestellt wurden, was zu Feuchtigkeitsschäden beim in gekuppelter Bauweise angebauten Nachbarhaus führte.²⁰ Es gebe keine Verpflichtung, den wiederhergestellten natürlichen Wasserablauf, wie er auch ohne Haus schon immer bestanden hätte, künstlich zu regulieren. Konsequenterweise verneint der OGH mangels Unterlassungsanspruchs auch eine Haftung gem § 364a ABGB analog für die eingetretenen Feuchtschäden.

Eine unmittelbare Zuleitung liegt auch nicht vor, wenn es durch **Dampfröhrenausslässe** eines unterirdischen Presshauses, die im Garten des Nachbarn unter der Erde münden, zu Wasser- und Schlammeintritt im Presshaus kommt. Eine unmittelbare Zuleitung erfordert ihre *Ursache in einer Veranlassung des Eigentümers*; ihm muss die Änderung der natürlichen Gegebenheiten zuzurechnen sein. Dass der Nachbar die Anlage dieser Röhren veranlasst habe, sei angesichts der Bohrrichtung von unten nach oben und des Verwendungszwecks (Kellerentlüftung) praktisch ausgeschlossen.²¹ Vielmehr hat der kl Eigentümer des Presshauses (bzw dessen Rechtsvorgänger) die Zuleitung zu verantworten.

Drainage und Dachablaufrohre, die in Richtung Nachbargrundstück zeigen, seien zwar als die unmittelbare Zuleitung verursachende „Veranstaltungen“ zu qualifizieren, das Unterlassungsbegehren sei aber dann als Rechtsmissbrauch (Schikane) zu beurteilen, wenn sich die Änderung der Abflussverhältnisse zulasten des Nachbarn nur geringfügig auswirkt und kein Vernünftiger dies als nennenswerten Nachteil ansieht. So der Fall bei leichter Verschlechterung der Abflussverhältnisse auf einem unbebauten Grundstück bei Starkregen, wie er im Durchschnitt alle fünf Jahre zu erwarten ist.²² Dementsprechend wird in einer anderen E der Unterlassungsanspruch verneint, als bei einem Starkregenereignis (alle fünf Jahre) die Gesamtwassermenge, die auf die Liegenschaft des Unterliegers fließt, durch **Abdeckung einer Holzlagerung** nur geringfügig erhöht wird (unter 10%).²³ Der OGH verneint hier schon das Vorliegen einer unmittelbaren Zuleitung, doch „selbst bei Beurteilung des Zuflusses bei Starkregen als unmittelbare Zuleitung, wären Unterlassungsansprüche wegen der Geringfügigkeit der Zuleitung zu verneinen.“

Als unmittelbare Zuleitung qualifiziert der OGH die „Überschwemmung“ einer Liegenschaft als Folge einer **Überlastung der Regenabflussanlage** einer Gemeinde. Bei Regen trat das Wasser aus dem Gully und rann dem Gefälle der Straße folgend auf das benachbarte Grundstück.²⁴ Der OGH beruft sich auf die stRsp, wonach eine unmittelbare Zuleitung dann vorliege, wenn sie durch eine

20 OGH 28.5.2015, 9 Ob 18/15k, Zak 2015, 296 = OIZ 2015, 24 = immolex 2016, 25 (*Klein*) = RdU 2016, 59 (*Wagner*); vgl zu dieser E schon näher *Schickmair*, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gem § 364a ABGB (analog), RFG 2015, 179, Beispielfall 3.

21 OGH 25.11.2014, 8 Ob 22/14i, Zak 2015/124.

22 OGH 26.8.2014, 10 Ob 45/14m, immolex 2015/42 (*Limberg*).

23 OGH 16.12.2015, 3 Ob 201/15b.

24 OGH 24.11.2015, 1 Ob 206/15y, bbl 2016/80 (*Eggelmeier-Schmolke*).

Veranstaltung bewirkt wird, die für die Einwirkung gerade in Richtung auf das Nachbargrundstück hin ursächlich ist.²⁵

Die bloße (Mit-)Ursächlichkeit der Tätigkeit für die Einwirkung kann uE aber wohl nicht genügen; damit wäre beinahe jede immissionsauslösende Tätigkeit als unmittelbare Zuleitung zu werten. Folgt aus der Art der Nutzung nicht objektiv erkennbar eine zielgerichtete Zuleitung, sondern ist diese nur zufällige, unerwartete Begleiterscheinung, liegt uE keine unmittelbare Zuleitung, sondern eine Immission vor.²⁶ Bei Wassermassen durch Kanalarückstau muss es auf die Wesentlichkeit und Ortsunüblichkeit der Einwirkungen ankommen. Ist es doch gerade Sinn und Zweck eines Kanals, das Wasser ab- und nicht zuzuleiten²⁷. Das Vorliegen einer behördlich genehmigten Anlage iSd § 364a ABGB wird vom OGH mangels Parteistellung der beeinträchtigten Person im Kanal-Genehmigungsverfahren zutreffend verneint. Der Gerichtshof weist in seinem Judikat noch darauf hin, dass unmittelbare Zuleitungen selbst bei behördlich genehmigten Anlagen unzulässig seien.²⁸

Bei Veränderung der natürlichen Abflussverhältnisse im Zuge **landwirtschaftlicher Bewirtschaftung** kommt **§ 39 WRG** als *lex specialis* zur Anwendung. Gem § 39 Abs 3 WRG ist eine Änderung der Abflussverhältnisse zum Nachteil des Unterliegers zulässig, soweit sie durch die „ordnungsgemäße Bearbeitung des landwirtschaftlichen Grundstücks des Oberliegers notwendigerweise bewirkt“ wird. Wenn daher durch ordnungsgemäßen Maisanbau der Abfluss von Oberflächenwasser und Schlamm bei starkem Regen auf das unterliegende Grundstück begünstigt wird, greift § 39 Abs 3 WRG; eine unmittelbare Zuleitung könne dann nach dem OGH nicht vorliegen.²⁹ Ob neben § 39 Abs 3 WRG grundsätzlich auch ein Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 Satz 1 ABGB bestehen kann, lässt der OGH offen, da es sich im konkreten Fall um eine nur ganz unmaßgebliche Auswirkung handelte.³⁰

Wird der ordentliche Lauf eines Flusses verändert, kommt ein **Unterlassungsanspruch nach § 413 ABGB** in Betracht. Der OGH hatte hierzu folgenden

25 RIS-Justiz RS0010635.

26 So schon *Kerschner*, Anm JBl 1993, 388; *derselbe*, Anm RdU 1996/122; *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 189 zu § 364; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006) 34; *Lang*, Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkung im Nachbarrecht, RFG 2013/39; der OGH fordert ausdrücklich kein zielgerichtetes Verhalten; vgl OGH 26.8.2014, 10 Ob 45/14m – Dachablaufrohre – immolex 2015/42 (*Limberg*).

27 *Kerschner*, Anm RdU 1996/122.

28 So die wohl hL; vgl *Oberhammer*, in: *Schwimann/Kodek* (Hg), Praxiskommentar zum ABGB⁴ (2012) Rz 2 zu § 364a; kritisch *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 193 zu § 364: Maßgeblich für die Sperrwirkung sei der Bescheidinhalt.

29 OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m, Zak 2015, 114 = bbl 2015/122 = immolex 2015, 253 (*Limberg*). = wobl 2015/91 (*Graf*).

30 Bei konsequentem Weiterdenken der Rsp müsste nach *Kerschner/E. Wagner* (in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* [Hg], Klang³, Rz 352 zu § 364) ein Unterlassungsanspruch verneint werden; nach *B. Raschauer* (Kommentar zum WRG [1993] Rz 1 zu § 39) lasse § 39 Abs 3 WRG zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche unberührt. Bei einer unzulässigen Immission gem § 364 Abs 2 ABGB könne dann aber prima facie keine ordnungsgemäße Bewirtschaftung vorliegen, so *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 352 zu § 364.

Fall zu beurteilen: Durch die Errichtung einer Stützmauer an einer Uferböschung kommt es bei starken Regenfällen zu einer geringfügigen Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse des Gerinnes, wodurch das Grundstück auf der anderen Uferseite, das zur Gänze aus Gerinnebett besteht, geringfügig mehr Wasser aufnehmen muss.³¹ Unter eingehender Auseinandersetzung mit der Rsp und Literatur zu § 413 ABGB begründet der OGH überzeugend, dass die Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse im Anwendungsbereich dieser Bestimmung (Uferbefestigungen) nur insoweit verboten werde, als sie sich zum Nachteil des Ober- oder Unterliegers auswirke.³² Ein solcher Nachteil sei im konkreten Fall aber zu verneinen, da es bei starkem Regen jedenfalls – auch ohne die Stützmauer – zu einer Überflutung des Gerinnebettes komme und „sowieso“ keine andere Nutzung möglich sei. Das Verhältnis des § 413 ABGB zu § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB lässt der OGH ausdrücklich offen,³³ da hier selbst ein Anspruch auf Unterlassung einer unmittelbaren Zuleitung wegen einer bloß geringfügigen Änderung, die kein Vernünftiger als nennenswerten Nachteil ansieht, scheitern müsse.

Passivlegitimation

ASFINAG – Einwirkungen durch den Bau einer Bundesstraße³⁴

Bei Lärmimmissionen durch den Bau einer Bundesstraße (Steinbrecharbeiten) bejaht der OGH die Passivlegitimation der ASFINAG als Handlungsstörerin mit folgender Begründung: Die ASFINAG habe als Fruchtgenussberechtigte (§§ 2 ff ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997) eine weitergehende Rechtsposition als ein Bauunternehmer, der aufgrund eines Werkvertrags Bauarbeiten auf dem Nachbargrund durchführt.³⁵ Sie habe zwar ein ertragsunabhängiges Entgelt für die Einräumung des Fruchtgenussrechts an den Bund zu leisten, dürfe aber über sämtliche (Mehr-)Einnahmen selbst verfügen und werde damit durchaus auch im eigenen (Erwerbs-)Interesse tätig; sie führe den Straßenbau zu eigenen wirtschaftlichen Zwecken durch und sei aufgrund eigener Antragstellung auch Trägerin der behördlichen Bewilligung zur Errichtung der – von ihr selbst zu planenden, zu bauenden und zu erhaltenden – Straße.³⁶

31 OGH 27.8.2015, 1 Ob 124/15i.

32 Vgl auch OGH 23.2.2011, 1 Ob 227/10d, RdU 2011, 155 (*Schlager*).

33 Dazu näher *Schlager*, Haftung bei Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse, RFG 2011/48.

34 OGH 19.3.2015, 1 Ob 239/14z, bbl 2015/155 = *ecolex* 2015, 545 = *Zak* 2015, 213 = *RdU* 2015, 216 (zust *Geretschläger*) = *EvBl* 2016, 168 (*Wagner*).

35 Ein Bauunternehmer, der auf dem emittierenden Grundstück Bauarbeiten durchführt, ist nach stRsp aufgrund des mit dem Grundeigentümer bestehenden Werkvertrags nicht zu der geforderten „Nutzung für eigene Zwecke“ der Liegenschaft berechtigt; der für die Annahme seiner Passivlegitimation erforderliche Zusammenhang zwischen Sachherrschaft und Immission liege bei ihm aufgrund seiner eingeschränkten Befugnisse nicht vor; vgl OGH 28.4.2015, 8 Ob 132/14s, bbl 2015/202. Diese Ansicht wird von einem Teil der Lehre zu Recht heftig kritisiert, da auch der Werkunternehmer das Grundstück für eigene (wirtschaftliche) Zwecke nutze; vgl *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), *Klang*³, Rz 286 f zu § 364; *Schlager*, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch gegen „Müllinsel“? RFG 2015/9; *Geretschläger*, *Anm RdU* 2015/134.

36 Unter Berufung auf *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), *Klang*³, Rz 97 zu § 364.

Die Ausführungen des OGH erschöpfen sich nicht in dieser begrüßenswerten Beurteilung der Passivlegitimation, sondern werden in Hinblick auf die **Anwendung des § 24 Abs 5 BStG 1971 und dessen Sperrwirkung** zutreffend fortgesetzt: Auch der ASFINAG komme bei ihren Arbeiten im Zusammenhang mit dem Straßenbau die Privilegierung durch § 24 Abs 5 BStG³⁷ insoweit zu Gute, als es sich um Bauarbeiten an den eigentlichen Straßeneinrichtungen samt (allenfalls zu bearbeitenden) Nebenflächen handelt, die notwendigerweise in diesem Bereich vorzunehmen sind. Die Bestimmung immunisiere aber nicht alle denkbaren Immissionen durch Baumaßnahmen gegen Unterlassungsansprüche von beeinträchtigten Nachbarn. Welche Einwirkungen die Nachbarn im Einzelnen hinzunehmen haben, ergebe sich letztlich aus den behördlichen Bescheiden, mit denen der Straßenbau bewilligt wird, wobei auch die dem Anrainerschutz dienenden Bestimmungen des UVP-G 2000 zu berücksichtigen sind. Insoweit ergebe sich eine Parallele zu § 364a ABGB. Immissionen, die bei Bauarbeiten im Zuge der Errichtung einer Bundesstraße entstehen, aber durch die behördlichen Genehmigungen nicht gedeckt sind, werden von § 24 Abs 5 BStG nicht erfasst; sie können unter den Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB unter sagt werden.

Betreiber einer Müllinsel – privatrechtliche Vereinbarung mit der Stadtgemeinde³⁸

Die Passivlegitimation des Betreibers einer Müllinsel, dem die Stadtgemeinde durch privatrechtliche Vereinbarung ein (dauerndes) Nutzungsrecht an ihrem Grundstück eingeräumt hat, wird unter Berufung auf die hier vorliegende vertragliche Sonderkonstellation bejaht. Der Betreiber habe nicht nur den geeigneten Standort ausgesucht und die Müllinsel errichtet, sondern auch über die Art der Errichtung entschieden. Er betreibe und organisiere die Müllinsel auf Dauer und liege es in seiner Hand, die Nachbarn vor (allenfalls) unzulässigen Immissionen zu schützen.

Diese Beurteilung des OGH ist uE zutreffend. Der Hinweis, dass diese Situation mit den eingeschränkten Befugnissen eines Baumeisters bei Errichtung eines Hauses nicht vergleichbar sei, erscheint aber fraglich, zumal es doch in vergleichbarer Weise in seiner Macht liegt, die Nachbarn vor unzulässigen Immissionen zu schützen. Ein Unterschied liegt allenfalls im Element der Dauerhaftigkeit, was mit Blick auf den Unterlassungsanspruch jedoch nur bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr eine Rolle spielen könnte. Zudem wird der Eigentümer bessere Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Werkunternehmer als auf einen Rechtsbesitzer haben. Aber auch dies ist für die Passivlegitimation des Bauunternehmers nicht entscheidend. Dieser sollte daher nachbarrechtlich pas-

37 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 fertig gestellten 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/Vonkilch* (Hg), *Klang*³, Rz 96 ff zu § 364.

38 OGH 23.7.2014, 8 Ob 44/14z, bbl 2014/231 = Zak 2014/706; vgl dazu ausführlich *Schlager*, RFG 2015/9.

sivlegitimiert sein.³⁹

Bemerkenswert ist hier auch schon die Vorentscheidung aus dem Jahr 2013, die wohl als revolutionär bezeichnet werden kann. Der OGH prüfte, ob das Betreiben der Müllinsel der Hoheitsverwaltung zuzurechnen und damit der Rechtsweg ausgeschlossen sei.⁴⁰ Er kam unter eingehender Beurteilung des Tiroler Abfallwirtschaftsgesetzes und der Müllabfuhrordnung zum Schluss, dass die *konkrete Ausgestaltung und der konkrete Betrieb nicht hoheitlich* angeordnet werden und daher nicht als Erfüllung einer hoheitlichen Verpflichtung zu qualifizieren seien. Die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, etwa im Rahmen der Daseinsvorsorge, sei nicht gleichbedeutend mit der Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe. Nur wenn eine Maßnahme vorliegt, die eindeutig der Hoheitsverwaltung zuzuordnen ist, sei der Rechtsweg ausgeschlossen.⁴¹

Wohnungseigentümer – mangelhafter Schallschutz

In dem einer weiteren E zur Passivlegitimation zugrunde liegenden Sachverhalt hörte ein Wohnungseigentümer auf Grund mangelhaften Trittschallschutzes in der Geschoßdecke „jeden Schritt“ laut dröhnend aus der darüber liegenden Dachgeschosswohnung. Deren Eigentümer hatte die Sanierung durch die Eigentümergemeinschaft (im Rahmen der ordentlichen Verwaltung gem § 28 Abs 1 Z 1 WEG) verhindert.⁴² Nach dem OGH sei ein Wohnungseigentümer gegenüber einem anderen Wohnungseigentümer derselben Liegenschaft grundsätzlich nur bei Immissionen passivlegitimiert, die durch eine *nicht verkehrsübliche oder nicht der vertraglichen Sonderbeziehung entsprechende Nutzung* des Nachbarobjekts hervorgerufen werden.⁴³ Zwischen den Mitgliedern der Eigentümergemeinschaft bestehe nämlich eine den nachbarschaftsrechtlichen Immissionsschutz gestaltende Sonderrechtsbeziehung. Die mit dem bestimmungsgemäßen (vertragsgemäßen) Gebrauch einer Wohnung verbundenen üblichen Geräusche rechtfertigen eine Unterlassungsklage nach dem OGH daher selbst dann nicht, wenn sie durch mangelhafte Schallisolierung stärker hörbar seien. Wenn der störende Wohnungseigentümer den Lärmimmissionen verursachenden Umstand allerdings selbst geschaffen habe und er die gebotene Rücksichtnahme bis zur Beseitigung der Störquelle vermissen lasse, könne gegen ihn die Immissionsabwehrklage erhoben werden.⁴⁴ Die gebotene Rücksichtnahme fehle auch dann, wenn der Wohnungseigentümer – wie hier – die Sanierungsmaßnahmen durch die Eigentümergemeinschaft verhindert.

Die Anwendung des nachbarrechtlichen Schutzes zwischen Wohnungseigentümern ist auf Grund der besonderen Ausgestaltung des Wohnungseigentums trotz fehlender Grundstücksüberschreitung wohl zutreffend, wenn ein Wohnungseigentümer im Rahmen der Ausübung seines ausschließlichen Benutzungs-

39 Vgl dazu FN 35.

40 OGH 29.11.2013, 8 Ob 28/13w, Zak 2014/165 = EvBl 2014/60 (*Ballon*) = RdU 2014/132 (zust *Kerschner*).

41 *Kerschner* (Anm RdU 2014/132) bezeichnet diese E als einen Meilenstein im privaten Nachbarrecht des ABGB, der zuzustimmen sei.

42 OGH 25.9.2015, 5 Ob 173/15z, Zak 2015, 376 = immolex-LS 2015/72.

43 Unter Berufung auf die durch die E OGH 15.9.1998, 5 Ob 180/98a, SZ 71/147 eingeleitete Rsp; vgl RIS-Justiz RS0110784.

44 Schon OGH 29.5.2012, 9 Ob 13/12w, JBl 2012, 518 = bbl 2012/195 = Zak 2012, 257 = wobl 2012/126 = MietSlg 64.025 = Der Mieter 2012,11/Heft 4 (*Seebacher*).

rechts an einer bestimmten Wohnung Störungen verursacht.⁴⁵ Eine Modifikation des Immissionsschutzes dahingehend, dass der bestimmungsgemäße (vertragsgemäße) Gebrauch zu dulden sei, erscheint vertretbar. Allerdings wird es bei verkehrsüblicher und bestimmungsgemäßer Nutzung der Wohnung nur in seltenen Fällen, wie zB bei mangelhaftem Schallschutz zwischen den benachbarten Objekten, zu ortsunüblichen und wesentlichen Beeinträchtigungen kommen. Ob § 364 Abs 2 ABGB gegen den Wohnungseigentümer „aktiviert“ werden kann, wenn er die Sanierung des Schallschutzes durch die Eigentümergemeinschaft verhindert, bedürfte näherer Untersuchung. Der beeinträchtigte Wohnungseigentümer kann sich aber jedenfalls auf die Duldungspflicht des Wohnungseigentümers (§ 16 Abs 3 Satz 2 WEG) zur Durchführung von Sanierungsarbeiten durch die Eigentümergemeinschaft (§ 30 Abs 1 WEG) berufen.

Miteigentümer⁴⁶

Im Rahmen der Beurteilung einer Eigentumsfreiheitsklage gem § 523 ABGB, die gegen sämtliche Miteigentümer der störenden Liegenschaft gerichtet ist, prüft der OGH zunächst deren Passivlegitimation. Da es sich um keine Angelegenheit der Verwaltung handle, sei die Eigentumsfreiheitsklage bei Wohnungseigentum nicht gegen die Eigentümergemeinschaft, sondern gegen *sämtliche* Miteigentümer zu richten.⁴⁷ Dies gelte auch bei der auf das Nichtbestehen einer behaupteten Dienstbarkeit gestützten Klage auf Wiederherstellung und Unterlassung. Gegen einen einzelnen Miteigentümer könne nur ausnahmsweise dann mit schlichter Unterlassungsklage vorgegangen werden, wenn dessen Störung und nicht ein allen Miteigentümern gemeinsam zustehendes vermeintliches Recht Gegenstand des Verfahrens ist.⁴⁸ Dabei könne sich der Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB sowie der nach § 523 ABGB auch gegen denjenigen richten, der die Störung nur mittelbar veranlasst hat.

Bei Beeinträchtigungen durch eine im gemeinsamen Eigentum der benachbarten Liegenschaftseigentümer stehende Grenzmauer (§ 854 ABGB) ist ein Unterlassungsanspruch des einen Miteigentümers gegen den anderen Miteigentümer zu versagen.⁴⁹

Stadt – Beeinträchtigung durch eine frei zugängliche Aussichtsplattform⁵⁰

Für die Frage, ob die Stadt Linz passivlegitimiert ist, wenn Besucher von einer im Privateigentum der Stadt stehenden frei zugänglichen Aussichtsplattform (Pöstlingberg) Müll auf das darunterliegende (private) Grundstück werfen, prüfte der OGH, ob der Stadt die Verhinderung der Einwirkungen wegen „Gemeingebrauchs“

45 Kerschner/E. Wagner, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 242 zu § 364.

46 OGH 26.11.2015, 6 Ob 188/15p; es ging um die Frage der Ersitzung einer Dienstbarkeit.

47 Vgl Koch, in: *Koziol/Bydliński/Bollenberger* (Hg), Kommentar zum ABGB⁴ (2014) Rz 13 zu § 523; Spath, in: *Schwimmann/Kodek* (Hg), ABGB⁴, Rz 21 zu § 523. Siehe Perner, Miteigentümer im Zivilprozess, ÖJZ 2010, 7 f.

48 So auch OGH 19.11.2014, 6 Ob 70/14h, Zak 2015/27 = ZVB 2015/39 (Oppe) = ecolex 2015/67 = bbl 2015/83 = immolex 2015/55 (Limberg) = wobl 2015, 279. Siehe Perner, ÖJZ 2010, 7 f.

49 OGH 16.12.2015, 3 Ob 201/15b.

50 OGH 30.10.2014, 8 Ob 20/14w, JBI 2015, 42 = Zak 2015/20 = immolex 2015/33 (Limberg) = bbl 2015/80 = ecolex 2015, 545.

überhaupt möglich sei.⁵¹ Der Grundstückseigentümer haftet für Störungen Dritter nämlich nur dann, wenn er die Einwirkung duldet, obwohl er sie zu hindern berechtigt und dazu auch imstande gewesen wäre.⁵² Wird der Gemeingebrauch – wie hier – nicht durch öffentlich-rechtliche Regelungen gestaltet, ist für eine durch langdauernde Benützung (Ersitzung) entstandene privatrechtliche Dienstbarkeit zusätzlich ein *dringendes Verkehrsbedürfnis der Gesamtheit der Benützenden* zu fordern, was im vorliegenden Fall verneint wurde. Auch stehen keine Rechtspositionen einer Regelung, Einschränkung oder Gestaltung der Nutzungsmöglichkeiten zur Verhinderung von Emissionen entgegen.

Die E wurde medial aufgegriffen, weil die Stadt auf das Urteil mit der Sperrung der Aussichtsplattform reagierte. Rechtlich ist die E uE zutreffend. Die Stadt hat sich entschlossen, eine in ihrem Eigentum stehende Liegenschaft für eine bestimmte Nutzung der Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen. Es liegt damit auch in ihrer Macht und ist es ihre Aufgabe, die von ihrem Grundstück ausgehenden Immissionen auf das Nachbargrundstück zu unterbinden. Selbst wenn man einen Gemeingebrauch an der Benutzung der Aussichtsplattform bejahte, wäre das Hinunterwerfen von Gegenständen wohl nicht von diesem gedeckt.⁵³

Exekution von Unterlassungsansprüchen

Im Rahmen einer Impugnationsklage hatte sich der OGH mit der Zulässigkeit der Exekution eines auf § 413 ABGB beruhenden Unterlassungstitels⁵⁴ zu befassen.⁵⁵ Da § 413 ABGB – als Spezialbestimmung für Maßnahmen zur Wasserabwehr – das allgemeine nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot gem § 364 Abs 1 ABGB konkretisiere, sei ein auf § 413 ABGB beruhender Unterlassungstitel einem allgemein-nachbarrechtlichen Titel gleich zu behandeln. Der nachbarrechtliche Unterlassungstitel enthalte ein *bloßes Erfolgsverbot und kein Handlungsverbot*. Er wolle den Verpflichteten zu einem – der Art nach ihm zu überlassenden – Handeln zwingen, das bewirken soll, dass die verbotene Immission unterbleibt. Der Exekutionstitel setze das Bestehen der Gefahr von (allenfalls erstmaligen) Immissionen voraus und werde ihm schon dadurch zuwider gehandelt, dass diese konkret bestehende Immissionsgefahr nicht durch tatsächliche Maßnahmen beseitigt werde.⁵⁶ Die Exekutionsführung sei nicht

51 Als „Gemeingebrauch“ wird die jedermann unter gleichen Bedingungen ohne besondere behördliche Bewilligung und ohne Zustimmung des über die betroffene Liegenschaft Verfügungsberechtigten zustehende Freiheit verstanden, bestimmte Sachen entsprechend ihrer Zweckbestimmung bzw im Rahmen der Üblichkeit zu verwenden.

52 So die stRsp; zB OGH 30.11.2006, 8 Ob 111/06s.

53 So bereits *Schickmair*, Aktuelle Judikatur zum nachbarrechtlichen Unterlassungsanspruch, RFG 2016, 47.

54 Baumaßnahmen für Hochwasserschutzbauten der KI veränderten das Fließverhalten eines Baches, wodurch das Bachufer der Bekl beeinträchtigt wurde und mit einer iSd § 413 ABGB nachteiligen unzulässigen Einwirkung zu rechnen war. Die Bekl wurde mit Urteil zur Unterlassung dieser Immissionen verpflichtet; vgl OGH 23.2.2011, 1 Ob 227/10d, RdU 2011/98 (*Schlager*); dazu *E. Wagner*, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in: IUR/ÖWAV (Hg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2012 (2012) 49 ff.

55 OGH 19.11.2014, 3 Ob 156/14h, *ecolex* 2015, 209 = RdU 2015/159 (*Ecker*).

56 Unter Berufung auf *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 525 f.

davon abhängig, ob tatsächlich weitere der Unterlassungsverpflichtung widersprechende Erfolge eingetreten seien.

Zutreffend spricht der OGH aus, dass bereits das Bestehen einer Gefährdungslage den verpönten Erfolg gem § 413 ABGB nach sich zieht, ohne dass es einer aktuellen oder bereits eingetretenen Schädigung des anderen Ufereigentümers bedarf.⁵⁷ Bei einem solchen Unterlassungstitel ist daher schon in der Untätigkeit eine Zuwiderhandlung gegen den Titel zu sehen, der die Beendigung der Gefährdungslage bezweckt.⁵⁸

1.2 Unterlassungsanspruch gem § 364 Abs 3 ABGB

Der OGH verneint mit zutreffender Begründung die Anwendung des § 364 Abs 3 ABGB auf *Beschattung durch Pflanzen in beweglichen Pflanzentrögen*.⁵⁹ Auch wenn § 364 Abs 3 ABGB allgemein von Bäumen und sonstigen Pflanzen spricht, ergebe sich aus den Materialien zum ZivilRÄG 2004⁶⁰ und dem Zweck der Bestimmung, dass sie nur auf mit dem Erdreich verwurzelte Pflanzen Anwendung finden soll. Es gebe keine Grundlage dafür, verstellbare Pflanzen anders zu behandeln als etwa einen Paravent, einen künstlichen Sichtschutz oder sonst an der Liegenschaftsgrenze aufgestellte Objekte.⁶¹

Die *Beschattung eines Baumes durch eine benachbarte Feuermauer* fällt weder in den Anwendungsbereich des § 364 Abs 2 noch des Abs 3 ABGB.⁶² Nach den Materialien zum ZivilRÄG⁶³ ist davon auszugehen, dass der durch Bauwerke verursachte Entzug von Licht oder Luft nicht von § 364 Abs 3 ABGB erfasst sein und weder einen Unterlassungs- noch einen Ausgleichsanspruch begründen soll. Es besteht auch kein Anspruch darauf, dass sich Bäume über die Grundgrenze auf die Nachbarliegenschaft ausdehnen können.

Wird allerdings eine *vertragliche Servitut* eingeräumt, wonach jede Bauführung unzulässig sei, die den Nachbarn Licht und Sonne oder den Luftdurchzug für ihre Wohnung oder ihren Grund wegnehmen oder schmälern könnte, ist eine Beschattung nach der zutreffenden Rsp des OGH durch Bauführung unzuläs-

57 Vgl Ecker, Anm RdU 2015/159; Schlager, RFG 2011/48.

58 Vgl dazu E. Wagner, Unterlassungsansprüche 473, 475 f; Kerschner/E. Wagner, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Klang³, Rz 119 zu § 364; Jelinek, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen (1974) 44; Lepeska, Der negatorische Beseitigungsanspruch im System des privatrechtlichen Eigentumsschutzes (2000) 80 f; Rassi, Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, ÖBl 2015/44.

59 OGH 24.2.2015, 10 Ob 58/14y, Zak 2015/352 = JBl 2015, 441 = EvBl 2015/114 = immolex 2016, 121 (Ruckenbauer); aA Klicka, Eine Rose ist eine Rose ist keine Rose – der OGH auf dem Weg zu einem gespaltenen Pflanzenbegriff im Nachbarrecht? immolex 2015, 812: Für die Beeinträchtigung des Nachbarn mache es keinen Unterschied, welches Objekt zum unzumutbaren Entzug von Licht und Luft des Nachbarn führe; auch Wagner, Sind bewegliche Pflanzentröge vom Pflanzenbegriff des § 364 Abs 3 ABGB umfasst?, wobl 2016/20.

60 ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 11 ff.

61 Nach der Rsp (vgl RIS-Justiz RS0010627; RS0010576) kommt auch § 364 Abs 2 ABGB nicht zur Anwendung.

62 OGH 23.4.2014, 5 Ob 16/14k, Zak 2014/461 = wobl 2014/106 = immolex 2015/6 (Limberg).

63 ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 8; Kerschner, Neues Nachbarrecht: Abwehr negativer Immissionen/Selbsthilferecht, RZ 2004, 9 (11).

sig.⁶⁴ Hier vermittele die Servitut eine deutlich bessere Rechtsposition als das allgemeine Nachbarrecht. Ein Baubewilligungsbescheid hat auf die zivilrechtliche Stellung des verpflichteten Eigentümers keinen Einfluss.

Ist ein Bauverbot bei wörtlicher Interpretation des (nicht verbücherten) Servitutsbestellungsvertrags als reine Aussichtsservitut einzuordnen und würde auch durch eine kostenintensive Beseitigung des verbotswidrig errichteten Gebäudes diese Sicht nicht wieder erlangt, qualifizierte der OGH bei Unredlichkeit beider Parteien⁶⁵ im Rahmen einer gegenseitigen Interessenabwägung den Unterlassungsanspruch als rechtsmissbräuchlich.⁶⁶

1.3 Ausgleichsanspruch gem § 364a ABGB (analog)

Der OGH bejahte die Haftung in einem Fall, in dem Ablagerungen von Aushubmaterial am Oberliegergrundstück *Hangrutschungen* verursachten, die zu Schäden an der Garage des Unterliegers führten. Die Haftung bestehe, weil die Rutschung für den Unterlieger nicht vorhersehbar war.⁶⁷ Zur Begründung zog der OGH eine Analogie zu § 364a ABGB und berief sich auf den Zweck des § 364b ABGB, die Festigkeit und Standsicherheit des Nachbargrundstücks gegen „menschliche“ Einwirkungen zu sichern.

Nach stRsp wird eine Haftung gem § 364a ABGB analog angenommen, wenn durch „irgendeine“ Bewilligung 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 vor allem bei behördlich genehmigten Bau- und Abbruchsarbeiten.⁶⁸ Dann sei der Fall nämlich mit einer „echten“ behördlichen Genehmigung iSd § 364a ABGB vergleichbar. In der vorliegenden E hält der OGH die für eine Analogie zu § 364a ABGB gleichartige Grundsituation schon allein deshalb für angezeigt, weil die Immission auf ein einmaliges Ereignis zurückgeht und wegen dessen Unvorhersehbarkeit jede Unterlassungsklage zu spät kommt. Auf das Erfordernis einer Bewilligung, die ein entsprechendes Sicherheitsvertrauen erweckt, wird verzichtet. UE ist eine derart weitgehende Haftung bei Fehlen jedweder Genehmigung mangels eines wertungsmäßig gleich gelagerten Falls zu § 364a ABGB zu verneinen.⁶⁹

In einem anderen Fall gelangten durch Bauarbeiten in Mieträumlichkeiten

64 OGH 19.11.2014, 6 Ob 129/14k, Zak 2015/89 = bbl 2015/84 = wobl 2015/130.

65 Die Bekl haben trotz des Hinweises auf ein Bauverbot mit der Bauführung begonnen. Die Kl wiederum haben die Bauverbotsfläche jeweils unterschiedlich und stets zu groß angegeben, ohne einen urkundlichen Nachweis zu erbringen.

66 OGH 21.12.2015, 6 Ob 175/15a.

67 OGH 21.8.2014, 3 Ob 132/14d, bau aktuell 2014/12 = Zak 2014/671 = RdU 2015/85 (zust *E. Wagner/Jandl*).

68 OGH 28.5.2015, 9 Ob 18/15k, Zak 2015, 296 = OIZ 2015, 249; zur Kritik einer zu weitgehenden Haftung analog bzw zu den erforderlichen Analogiekriterien vgl insb *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 288 ff zu § 364a mwN; *Kerschner*, Anm RdU 2013/106; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 149 ff; *Schickmair*, RFG 2015, 179.

69 AA *E. Wagner/Jandl*, Anm RdU 2015/85; *E. Wagner*, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in: *IUR/ÖWAV* (Hg), Jahrbuch des österreichischen und europäischem Umweltrecht 2014 (2014) 51 (70), bei Gefährdung des Nachbarn und Nutzziehung des Schädigers.

Feinstaubimmissionen in ein als Archiv für Tonträger genutztes Mietobjekt desselben Hauses und *verschmutzten die gelagerten Tonträger*. Der OGH verneint den Ausgleichsanspruch analog § 364a ABGB gegen den beauftragten Bauunternehmer iSd stRsp mangels Passivlegitimation.⁷⁰ Aus dem Werkvertrag werden jedoch Schutzwirkungen zu Gunsten des beeinträchtigten Mieters abgeleitet, sodass vertragliche Schadenersatzansprüche gegen den Bauunternehmer geltend gemacht werden können. Die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter kann – so ausdrücklich der OGH – neben eine Haftung aus Nachbarrecht – also die des Grundstückeigentümers – treten.

Abgesehen von der grundsätzlich kritisch zu beurteilenden Aktivlegitimation eines bloß obligatorisch Berechtigten und der zweifelhaften Verneinung der Passivlegitimation eines Werkunternehmers, erscheint fraglich, ob die Beeinträchtigung beweglicher Sachen in den Schutzbereich der nachbarrechtlichen Bestimmungen fällt.⁷¹ UE soll darüber die Zubehöreigenschaft entscheiden, da für das Nutzungsinteresse nicht nur die Liegenschaft, sondern die jeweilige Nutzungsfunktion entscheidend ist.⁷² Tonträger stellen aber wohl kein Liegenschaftszubehör dar.

Ein *Feststellungsbegehren* zur Haftung zukünftiger Schäden auf Basis des § 364a ABGB ist zulässig.⁷³

2 Altlastenhaftung

2.1 Gewährleistung

Der OGH hatte die gewährleistungsrechtliche Haftung des Verkäufers einer Liegenschaft zu beurteilen, deren Erdreich mit Bauschutt verunreinigt war. Im Kaufvertrag war ein allgemeiner Haftungsausschluss des Verkäufers für bestimmte Eigenschaften der Liegenschaft vereinbart, die Freiheit der Liegenschaft von jeglicher Kontaminierung aber zugesichert worden.⁷⁴ Der OGH prüfte, ob der im Vertrag verwendete Begriff der „Kontaminierung“ auch im Erdreich befindlichen Bauschutt erfasst. Unter Einbeziehung des gesamten Vertragstextes und der Begleitumstände (Gespräche über Kontaminierung durch einen vergrabenen Öltank) sei im konkreten Fall „jegliche Kontaminierung“ so zu verstehen, dass die Haftung eine Verunreinigung mit Öl und alle vergleichbaren Auswirkungen erfasse, also die Gefährdung von Umwelt und/oder Gesundheit; nicht aber Bauschutt. Das entspreche dem festgestellten Verständnis des Verkäufers und jenem eines redlichen Erklärungsempfängers in der konkreten Situation. Das vom Boden ausgehende Risiko der Bebaubarkeit der Liegenschaft, also zB ob tragfähiger Grund vorhanden ist oder ein solcher, der besondere Baumaßnahmen bei der Fundierung erfordert, habe generell die Käuferin übernommen.

70 OGH 28.4.2015, 8 Ob 132/14s, bbl 2015/202.

71 Dafür *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung (1994) 323; für das deutsche Recht *Gerlach*, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts (1989) 231 ff; *Pfeiffer*, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes (1987) 169 ff; dagegen *Krahe/Middelberg*, Die analoge Anwendung des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs, zfs 2002, 557.

72 *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 175 f; vgl auch *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 218 zu § 364a.

73 OGH 17.3.2014, 2 Ob 180/13d mwN; OGH 24.11.2015, 1 Ob 206/15y.

74 OGH 22.1.2014, 3 Ob 200/13b, bau aktuell 2014/3 = Zak 2014, 93 = bbl 2014/111 = ecolx 2014/196 (*Wilhelm*) = RdW 2014/279 = immolx 2015, 59 (*Limberg*).

In einer anderen Entscheidung sah der OGH eine *Ölkontaminierung* von dem in einem Liegenschaftskaufvertrag erklärten Gewährleistungsverzicht „für eine bestimmte Beschaffenheit, den Zustand der Liegenschaft oder eine bestimmte Verwendungsfähigkeit“ nicht erfasst.⁷⁵ Aus der Vertragsklausel, welche unter Bezugnahmen auf die durchgeführten Probeschürfe den „Nachweis der Freiheit von relevanten Kontaminationen“ (unrichtig) festhält, ergebe sich, dass die Vertragsparteien eine erhebliche Kontamination nicht hinnehmen wollten. Die Gewährleistungsbeschränkung erfasse eine Haftung für erhebliche Kontaminationen nicht, wenn beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass sich diese Problematik nicht stellen könne.⁷⁶

Einen generellen *Gewährleistungsausschluss* mit der auf Wunsch des Käufers getroffenen Vereinbarung, dass das Objekt „frei von Altlasten im Sinne der §§ 24 und 25 Oö Bodenschutzgesetz“ sei, beurteilt der OGH wie folgt:⁷⁷ Der Verkäufer habe zwar grundsätzlich nicht für das Vorhandensein von baulichen Resten der historischen Stadtmauer, Bauschutt etc und für Gesundheits- oder Umweltgefährdung bewirkende Fremdstoffe einzustehen. Es sei aber keine Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts, wenn es die Bezugnahme auf das Oö Bodenschutzgesetz, das den Begriff der „Altlast“ nicht kennt, dahingehend versteht, dass der Verkäufer für die Überschreitung der Prüfwerte Gewähr zu leisten habe, die in der auf Basis des Gesetzes zu erlassenden VO festgelegt sind. Auch eine Beschränkung der Gewährleistungspflicht auf die oberste Bodenschicht sei aus der vertraglichen Vereinbarung nicht abzuleiten. Die Käuferin habe die Liegenschaft zum Zweck der Bauführung erworben, womit jedenfalls im städtischen Bereich in der Regel auch eine Unterkellerung der Liegenschaft verbunden sei.

2.2 Amtshaftung

Mit Altlasten hatte sich der OGH auch in einem amtshaftungsrechtlichen Fall zu befassen.⁷⁸ Eine Tiroler Gemeinde widmete ein Grundstück, auf dem sich eine stillgelegte Hausmülldeponie befand, deren Altablagerungen durch Aufschüttung abgedeckt waren, über Antrag des Eigentümers von Freiland auf Gewerbe- und Industriegebiet um. Ein Gutachten über die Bodenbeschaffenheit wurde nicht eingeholt. Nach der Umwidmung wird das Grundstück verkauft. Aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Verpflichtung des Verkäufers, den Käufer hinsichtlich einer allfälligen Kontamination schad- und klaglos zu halten, ersetzt der Verkäufer dem Käufer den Sanierungsaufwand. Der OGH bejaht wegen rechtswidriger Umwidmung grundsätzlich einen Amtshaftungsanspruch, weil der Schutzzweck des Tiroler Raumordnungsgesetzes auch Vermögensschäden des Liegenschaftseigentümers erfasse. Es wäre ein Wertungswiderspruch, zwar dem Käufer, der eine kontaminierte Liegenschaft im Vertrauen auf ihre Bebaubarkeit erwirbt, nach der OGH-Judikatur einen Amtshaftungsanspruch auf Ersatz seiner (Vermögens-)Schäden zuzubilligen, nicht aber dem Verkäufer, der aufgrund seiner kaufvertraglichen Haftung für Kontaminierungsschäden letztlich den Sa-

75 OGH 27.3.2014, 1 Ob 38/14s, Zak 2014, 174 = bbl 2014/150.

76 Vgl dazu auch *Kerschner*, in: IUR (Hg), Jahrbuch Umweltrecht 2015, 53 (63).

77 OGH 17.9.2014, 6 Ob 125/14x, Zak 2014/749 = bbl 2015/33 = ecolex 2015/68 = NZ 2015/52.

78 OGH 6.3.2014, 1 Ob 239/13y, ZVB 2014, 316 (*Oppel*) = bbl 2014/221 = RdU 2015/58 (krit *Ecker*) = ecolex 2014/278.

nierungsaufwand wirtschaftlich zu tragen habe.⁷⁹ Allerdings müsse der VfGH für die Rechtswidrigkeit der Umwidmung die Gesetzwidrigkeit des Flächenwidmungsplanes feststellen.

Eine durch die Umwidmung eingetretene Wertsteigerung sei zu berücksichtigen (Vorteilsausgleich). Die absolute zehnjährige Verjährungsfrist gem § 6 Abs 1 AHG beginne mit dem Zeitpunkt, in dem der Schaden aufgrund der erklärten Übernahme der Haftung für Kontaminierungsschäden wirksam geworden ist.

Auch komme nach dem OGH ein Ausgleichsanspruch des Verkäufers gegen die Gemeinde gem § 1042 ABGB in Betracht, falls diese nach den abfallwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen primär zur Vornahme von notwendigen Maßnahmen verpflichtet gewesen wäre (noch nicht geklärt). Scheidet § 1042 ABGB aus, weil die Zahlung durch das Vertragsverhältnis mit dem Käufer gerechtfertigt war, stehe als Anspruchsgrundlage § 896 ABGB zur Verfügung. Im Regressverhältnis führe eine nach § 74 Abs 4 AWG 2002 lediglich subsidiär bestehende Haftung des Verkäufers als (früherer) Liegenschaftseigentümer zu keiner Teilung des Ausgleichsanspruchs.

3 Wasserrecht

3.1 § 4 WRG – Ersitzungsverbot öffentlichen Wasserguts

Grundfläche, die durch die Seespiegelabsenkung des Wörthersees im Jahr 1885 im Zuge der Glanfurtregulierung gewonnen wurde, könne nach dem OGH ersessen werden.⁸⁰ Eine solche künstlich hergestellte Landfläche sei kein verlassenes Wasserbett iSd § 4 Abs 1 WRG und stehe daher einer Ersitzung an dieser Fläche das Verbot nach § 4 Abs 6 WRG 1959 (zuvor § 4 Abs 5 WRG 1934) nicht entgegen. Zu diesem Ergebnis kommt der OGH unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Rechtslage und der hL im Jahr 1885. Nach dem RWRG 1869⁸¹ war das verlassene Wasserbett eines öffentlichen Gewässers noch nicht öffentliches Wassergut. Der damalige § 47 Kmt LWRG wies den durch Regulierungsbauten gewonnenen Grund und Boden demjenigen zu, der die Kosten der Unternehmung trug. Ging die Glanfurtregulierung auf Kosten der Rep Ö (bzw deren Rechtsvorgänger), fiel der gewonnene Grund zwar ins Staatsvermögen, war aber nicht mehr öffentliches Gut und daher ersitzungsfähig.

Die Möglichkeit der Ersitzung eines Bootshauses, das auf Pfählen im Attersee errichtet ist, hat der OGH verneint.⁸² Solange das Bett von der Wasserwelle umspült wird, bildet dieses auch nach dem RWRG 1869 einen integrierten Bestandteil des Gewässers und ist bei öffentlichen Gewässern als öffentliches Gut iSd § 287 ABGB anzusehen. Die auch schon nach dem RWRG 1869 notwendige

79 Die Einbeziehung des reinen Vermögensschadens in den Schutzbereich des Raum- und Bauordnungsrechts wird von einem Teil der Lehre grundsätzlich abgelehnt; vgl *Kerschner*, in: *Kerschner* (Hg), Handbuch Naturkatastrophenrecht (2008) 250; *derselbe*, Amtshaftung der Gemeinden bei Baugenehmigung in hochwassergefährdeten Gebieten, RFG 2008/22; *derselbe*, in: IUR (Hg), Umweltrecht 2015, 53 (62); *Ecker*, Anm RdU 2015/58 mwN.

80 OGH 22.10.2015, 1 Ob 98/15s, Zak 2016, 15 = bbl 2016, 64 = NZ 2016, 212.

81 Gesetz vom 30. Mai 1869 betreffend die der Reichsgesetzgebung vorbehaltenen Bestimmungen des Wasserrechts, RGBl Nr 93.

82 OGH 22.1.2015, 1 Ob 181/14w, Zak 2015/232 = bbl 2015, 145.

vierzigjährige Ersetzungszeit müsste vor der Einführung des Ersetzungsverbotes durch § 4 WRG 1934⁸³ abgelaufen sein. Dies war hier nicht der Fall.

Zum öffentlichen Wassergut gehört gem § 4 Abs 1 WRG auch das Abflussgebiet von 30-jährlichen Hochwässern, sofern diese Gebiete dem Bund gehören und faktisch dem Hochwasserabflussgebiet bzw den Zwecken des § 4 Abs 2 WRG dienen.⁸⁴

3.2 § 26 Abs 2 WRG – Rechtskraft und Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Erkenntnisse

Der OGH hatte sich mit der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse in einem wasserrechtlichen Fall zu beschäftigen: Die Wasserrechtsbehörde erteilte dem Liegenschaftseigentümer die Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb einer Teichanlage und der Ausleitung von Wasser aus dem M-Bach in den K-Bach. Im Zuge des Kollaudierungsverfahrens gem § 121 WRG bemängelte der benachbarte Liegenschaftseigentümer mögliche Beeinträchtigungen durch eine nachträgliche – seinem Standpunkt nach nicht durch den Bewilligungsbescheid gedeckte – unzulässige Anhebung der Bachsohle und einer daraus resultierenden Gefährdung der „Froschlappenfunktion“ (mechanische Sperrvorrichtung gegen Rückstauereignisse) seiner Trinkwasseranlage. Die Wasserrechtsbehörde stellt bescheidmäßig fest, dass die Teichanlage mit der Bewilligung übereinstimme und genehmigt nachträgliche Änderungen. Die Berufung gegen den Bescheid wird vom Landesverwaltungsgericht als unbegründet abgewiesen, die ordentliche Revision nicht zugelassen; die außerordentliche Revision wurde vom VwGH zurückgewiesen.

Der betroffene Liegenschaftseigentümer begehrt nun Unterlassung gem § 364 Abs 2 ABGB⁸⁵. Bei Schluss der Verhandlung erster Instanz lag die E des VwGH noch nicht vor. Der OGH verneint einen Unterlassungsanspruch unter Berufung auf § 26 Abs 2 WRG, der eine verschuldensunabhängige Haftung für Beeinträchtigungen durch eine Wasserbenutzungsanlage normiert und als *lex specialis* die nachbarrechtlichen Ansprüche verdrängt.⁸⁶ Die Sperrwirkung des § 26 Abs 2

83 Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Ersetzungs Ausschlusses werden keine Bedenken gehegt; vgl OGH 23.6.1995, 1 Ob 20/95 mwN; OGH 26.7.1996, 1 Ob 2143/96w mwN: Wasser zählt(e) als natürlich vorhandene Lebensgrundlage, die nicht unbeschränkt zur Verfügung steht (knappes Gut), zu den wertvollen Ressourcen eines Staates. Das öffentliche Wassergut ist für die Wasserwirtschaft, aber auch für die Allgemeinheit von großer Bedeutung und bedarf deshalb des besonderen Schutzes, was ebenso wie für die Wasserwelle auch für das Wasserbett als mit der Bewirtschaftung des Wassers im Regelfall in Einheit stehend gilt.

84 OGH 23.4.2015, 1 Ob 10/15z, Zak 2015/424 = JBI 2015, 518; es ging hier um die Frage der Ersitzung durch Nutzung der strittigen Fläche durch Weidenlassen von Kühen.

85 OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f, Zak 2016, 19 = ecoclex 2016, 136 = JBI 2016, 188 = RdW 2016, 331 = EvBI 2016, 602 (*Ballon*).

86 So auch *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 334 zu § 364a; *E. Wagner*, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1996) 19 ff; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 112 ff; aA *B. Raschauer*, Kommentar Wasserrecht (1993) Rz 10 zu § 26 WRG; zur umstrittenen Rechtsnatur des § 26 Abs 2 WRG in Lehre und Rsp siehe *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 335 zu § 364a.

WRG, also das Abschneiden von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, erfasse den Bestand und Betrieb der Wasserbenutzungsanlage im (auch nachträglich) genehmigten Umfang. Zur Frage der *Rechtskraft und der Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses*, das an die Stelle des angefochtenen Bescheids getreten ist, legt der OGH unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der Lehre und Rsp sowie den Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012⁸⁷ dar, dass die außerordentliche Revision an den VwGH die Rechtskraft nicht hemme. Damit sei von einer Bindung der Zivilgerichte an ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis auszugehen, auch wenn dagegen eine außerordentliche Revision erhoben wurde.⁸⁸

Zentraler Ansatzpunkt für die Frage der Sperrwirkung des § 26 Abs 2 WRG muss die Einräumung einer dem gewerbebehördlichen Verfahren vergleichbaren immissionsschutzbezogenen Parteistellung der Nachbarn im wasserrechtlichen Genehmigungsverfahren sein, weil sonst ein Verstoß gegen Art 6 EMRK vorliegt.⁸⁹ Dies muss auch für die nachträgliche Genehmigung nach § 121 WRG gelten. Laut Sachverhalt ist hier eine entsprechende Parteistellung wohl anzunehmen. Soweit eine Wasserbenutzungsanlage mangels entsprechender Parteistellung nicht als behördlich genehmigte Anlage zu qualifizieren ist, lässt § 26 Abs 2 WRG nachbarrechtliche Immissionsabwehransprüche unberührt.⁹⁰

3.3 § 31 Abs 3 WRG – Ersatz der Sanierungskosten

Der frühere Eigentümer einer Liegenschaft – der die Liegenschaft mit einem Öltank im Erdreich erworben und in unverändertem Zustand weiterveräußert hat – könne nach dem OGH dann nicht zum Ersatz der durch ausgeflossenes Öl verursachten Sanierungskosten gem § 31 Abs 3 WRG herangezogen werden, wenn der Ölaustritt weder auf den Betrieb der Anlage noch auf eine allfällige Pflichtverletzung durch Belassen des Öltanks im Erdreich zurückgeht, sondern durch die unsachgemäße Entfernung des Öltanks durch ein vom neuen Liegenschaftseigentümer beauftragtes Fachunternehmen verursacht wird. Hier habe der frühere Eigentümer das Risiko eines Ölaustritts weder geschaffen noch erhöht.⁹¹

Auf Grund offener Sachverhaltsfragen bzw nicht behandelte Beweistrüben hob der OGH eine rekursgerichtliche E auf, in der eine GmbH und deren Geschäftsführer zum Ersatz der Sanierungskosten gem § 31 Abs 3 WRG verpflichtet wurden.⁹² Die GmbH hat eine Tankstelle jahrelang mit Mineralölprodukten beliefert. Nach dem Tod des Tankstellenbetreibers erklärte sich die GmbH gegenüber dessen Erben bereit, die Schließung der Tankstelle abzuwickeln. Im Zuge dessen wurde der GmbH mit Bescheid aufgetragen, alle im Tankstellenbereich vorhandenen Verunreinigungen durch Mineralölprodukte zu beseitigen. Als sich Jahre später in der näheren Umgebung Kontaminierungen durch Mineralöl zeigten,

87 BGBl I 2012/51.

88 AA *Wagner*, Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Bescheide nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, RdU 2016, 143 und *Kneihls*, Rechtskraft, ZfV 2015, 171.

89 Dazu ausführlich *E. Wagner*, Betriebsanlage 130 ff und 267 ff; *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 43 ff und ff zu § 364a; siehe auch OGH 22.9.2010, 8 Ob 128/09w, RdU 2011/45 (*Kisslinger*) = JBI 2011, 234 (*E. Wagner*).

90 *Kerschner/E. Wagner*, in: *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Klang³, Rz 334 zu § 364a.

91 OGH 23.1.2014, 1 Ob 235/13k.

92 OGH 22.12.2015, 1 Ob 151/15k, EvBl 2016, 733.

wurde die GmbH zum Kostenersatz der behördlich durchgeführten Sanierung verpflichtet. Die GmbH begehrt die gerichtliche E, dass sie für die vorgeschriebenen Kosten nicht hafte. Das Erstgericht verneinte die Haftung, da die GmbH weder Betreiberin noch Eigentümerin der Tankstelle war. Das Rekursgericht bejahte hingegen die Ersatzpflicht, da die GmbH eine Maßnahmenbeschwerde nach § 67c AVG unterlassen habe, obwohl sie von der gegen sie gerichteten Maßnahme (behördliche Sanierung) Kenntnis hatte; damit liege ein bindender Verwaltungsakt vor, dessen Rechtmäßigkeit nicht mehr überprüft werden könne. Anders sieht das der OGH: Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns stehe nicht in Frage, sodass es keinen Grund für eine Maßnahmenbeschwerde gab. Die Klärung, wer für die Sanierung kostenersatzpflichtig ist, obliege den ordentlichen Gerichten. Für eine Haftung wegen Nichterfüllung der auferlegten Verpflichtungen fehle es an der Feststellung, ob sich auf der Betriebsliegenschaft noch Verunreinigungen befunden haben, die zu beseitigen gewesen wären bzw ob das Unterlassen der Beseitigungspflicht zu (weiteren) Kontaminationen benachbarter Liegenschaften geführt habe. Die GmbH hafte für vor der Stilllegung vorhandene Kontaminationen nur dann, wenn sie Betreiberin der Tankstelle war (Beweisrüge ist noch zu behandeln). Eine (Mit-)Haftung des Geschäftsführers der GmbH komme nur dann in Betracht, wenn er im Rahmen seiner Tätigkeit für die Anlagenbetreiberin Maßnahmen vorgenommen oder angeordnet habe, die die kostenverursachenden Sanierungsmaßnahmen ausgelöst haben (Feststellungen fehlen).

3.4 § 111 Abs 4 WRG – „Kleine Dienstbarkeit“

Enthält ein wasserrechtlicher Bescheid zur Bewilligung einer Wasserleitung nur den allgemein gehaltenen Hinweis, dass „mit der Erteilung der Bewilligung die erforderlichen Dienstbarkeiten der Inanspruchnahme fremden Grundes beim Ausbau und Betrieb der gegenständlichen Wasserversorgungsanlage als eingeräumt anzusehen sind“, lasse sich nach Auffassung des OGH daraus keine sogenannte „kleine Dienstbarkeit“ iSd § 111 Abs 4 WRG ableiten.⁹³ Der Bescheidinhalt gebe bei richtigem Verständnis lediglich § 111 Abs 4 *leg cit* wieder, ohne dass hier eine konkrete Dienstbarkeit ausreichend bestimmt worden wäre. Im gegenständlichen Fall sei die Ersitzung einer Leitungsdienstbarkeit aber nach den Bestimmungen des ABGB zu bejahen. Der Austausch von Eisenrohrleitungen gegen Kunststoffrohrleitungen stelle keine unzulässige Erweiterung der ersessenen Servitut dar, auch wenn diese rund einen Meter tiefer als bisher verlegt werden. Die frostsichere Verlegung einer Wasserleitung bewege sich als Anpassung an den technischen Fortschritt im Rahmen des ersessenen Rechts zur Versorgung mit Nutzwasser.⁹⁴

3.5 § 117 WRG – Entschädigungsanspruch

Der OGH hatte über die Art der Entschädigungsleistung nach § 117 WRG abzusprechen. Einem Fischereiberechtigten, der durch die Ausführung des Baues eines Wasserkraftwerks einen jährlichen Schaden iHv € 1.920 erleidet, war von

93 OGH 18.9.2014, 1 Ob 115/14i, Zak 2014/819 = bbl 2015/35 = ecolex 2015/66 (*Schoditsch*).

94 OGH 18.9.2014, 1 Ob 115/14i, Zak 2014/819 = bbl 2015/35 = ecolex 2015/66 (*Schoditsch*).

der Wasserrechtsbehörde ein wiederkehrender, jährlicher und wertgesicherter Anspruch als angemessene Entschädigung für 60 Jahre zugesprochen worden.⁹⁵ Der bei Gericht gestellte Antrag, den Anlagenbetreiber zu verpflichten, anstelle der jährlichen Entschädigung einen kapitalisierten Gesamtschadensbetrag gem § 117 WRG zu zahlen, wird abgewiesen. Müsste die Entschädigung für die gesamte Laufzeit in der Form eines Einmalbetrags bezahlt werden, hätte der Beeinträchtigte bereits jetzt einen finanziellen Vorteil in voller Höhe, obwohl die vermögensrechtlichen Nachteile erst in zukünftigen Jahren eintreten werden.

Weist das Erstgericht den Antrag auf Entschädigung gem § 117 Abs 1 WRG wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurück (sukzessive Zuständigkeit) und trägt das Rekursgericht mit Beschluss die Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens auf, steht dem Antragsgegner kein Rechtsmittel gegen diesen Beschluss zu.⁹⁶ Für das streitige Verfahren wird dies seit dem Judikat 61 neu⁹⁷ in stRsp judiziert. Nun soll es wohl auch – entgegen der bisherigen Rsp⁹⁸ – in einem außerstreitigen Zweiparteiverfahren gelten.

E BVwG

Im Berichtszeitraum gab es keine einschlägigen Entscheidungen.

F LVwG

Im Berichtszeitraum gab es keine einschlägigen Entscheidungen.

95 OGH 23.4.2015, 1 Ob 57/15m, Zak 2015/423.

96 OGH 18.6.2015, 1 Ob 62/15x, Zak 2015/572 = NZ 2015/117 (*Mayr*) = JBl 2015, 728.

97 OGH 13.11.1954, Prä 488/54, SZ 27/290.

98 Vgl RIS-Justiz RS0099604; RS0039200; RS006900.

III Literatur

A Monografien

Kerschner Ferdinand/Wagner Erika, Nachbarschaftsrecht kompakt³ (Linde 2014)

Koziol Helmut/Apathy Peter/Koch Bernhard, Österreichisches Haftpflichtrecht III³ (Jan Sramek 2014)

B Aufsätze

Buchleitner Christina/Mrvošević Ljubica, Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung Schaden zu! Rauchen am Balkon, *ecolex* 2015, 748

Engel Christopher/Strauss Clemens, Zum Anlagenbegriff des § 364a ABGB im Hinblick auf baubewilligte Nutztierstallungen, *RdU* 2014/137, 236

Götz Angelika, Hochwasserschutz mittels Zwangsrechtseinräumung zur Schaffung weitgehend natürlicher Retentionsräume? *RdU* 2015/138, 228

Graf Georg, Der sichtbare Dritte – zur Haftung des sogenannten mittelbaren Störers, *JBl* 2015, 17

Hagen Christian, Nachbarrechtliche Verantwortung ohne relevante Gefahrenerhöhung durch eine gefährliche Nutzungsart, *ZRB* 2014, 37

Kerschner Ferdinand, Grenzen der Baumhaftung, *Sachverständige* 2015, 12

Kerschner Ferdinand, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in *IUR* (Hrsg), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2015* (2015) 53

Kind Martin, Paradigmenwechsel im Wasserrecht – Erwerb von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten am Bette eines Sees, *NZ* 2014, 117

Klicka Thomas, Eine Rose ist eine Rose ist keine Rose – der OGH auf dem Weg zu einem gespaltenen Pflanzenbegriff im Nachbarrecht? *immolex* 2015, 812

Kleewein Wolfgang, Amtshaftung im Umweltrecht, in *IUR/ÖWAV* (Hrsg), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2014* (2014) 167

Lang Brigitte, Ziviles Nachbarrecht, in *Altenburger/N. Raschauer* (Hrsg), *Kommentar zum Umweltrecht* (2014) 593

Lindinger Eike, Bedungener Gebrauch und ortsübliche Nutzung – Mietzinsminderung im Lichte des § 364 Abs 2 ABGB, *immolex* 2015, 107

Perner Stefan, Miteigentümer im Zivilprozess, *ÖJZ* 2010/2, 5

Pittl Raimund/Feldkircher Thomas, Zur Begründung der Passivlegitimation des Grundeigentümers als mittelbarer Störer, *wobl* 2014, 151

Prechtl Elisabeth, Was alles kann eine Immission iSd § 364 Abs 2 ABGB sein? JAP 2015/2016/11

Rassi Jürgen, Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, ÖBI 2015/44

Schickmair Martina, Abwehranspruch bei Beschattung durch Bäume vom Nachbargrundstück, RFG 2014/33

Schickmair Martina, Beeinträchtigungen durch Licht, RFG 2014/40

Schickmair Martina, Der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gem § 364a ABGB (analog), RFG 2015/38

Schlager Melanie, Keine Enteignungsentschädigung für Projektschäden, JBI 2014, 523

Schlager Melanie, Nachbarrechtlicher Immissionsabwehranspruch gegen „Müllinsel“? RFG 2015/9

Wagner Erika, Aktuelles zum Umweltprivatrecht, in IUR/ÖWAV (Hrsg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2014 (2014) 51

Wagner Erika, Sind bewegliche Pflanzentröge vom Pflanzenbegriff des § 364 Abs 3 ABGB umfasst, wobl 2016/20, 61

Wagner Erika, Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Bescheide nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, RdU 2016/89, 143

C Entscheidungsbesprechungen

Ballon Oskar, Anm zu OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f, EvBI 2016/86, 602

Christoph Brenn/Erika Wagner, Anm zu OGH 19.3.2015, 1 Ob 239/14z, EvBI 2016/23, 168

Ecker Julius, Anm zu OGH 6.3.2014, 1 Ob 239/13y, RdU 2015/58, 83

Ecker Julius, Anm zu OGH 19.12.2014, 3 Ob 156/14h, RdU 2015/159, 262

Eggmeier-Schmolke Barbara, Anm zu OGH 24.11.2015, 1 Ob 206/15y, bbl 2016/80, 70

Georg Graf, Anm zu OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m, immolex 2015, wobl 2015/91, 238

Geretschläger Beate, Anm zu OGH 19.3.2015, 1 Ob 239/14z, RdU 2015/134, 216

Kerschner Ferdinand, Anm zu OGH 29.11.2013, 8 Ob 28/13w, RdU 2014/132, 217

Klein Alexander, Anm zu OGH 28.5.2015, 9 Ob 18/15k, immolex 2016/4, 25

Limberg Clemens, Anm zu OGH 23.4.2014, 5 Ob 16/14k, immolex 2015/6, 21

- Limberg Clemens*, Anm zu OGH 22.1.2014, 3 Ob 200/13b, immolex 2015/18, 59
- Limberg Clemens*, Anm zu OGH 30.10.2014, 8 Ob 20/14w, immolex 2015/33, 123
- Limberg Clemens*, Anm zu OGH 26.8.2014, 10 Ob 45/14m, immolex 2015/42, 155
- Limberg Clemens*, Anm zu OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m, immolex 2015/78, 253
- Mayr Peter*, Anm zu OGH 18.6.2015, 1 Ob 62/15x, NZ 2015/117, 353
- Oppel Albert*, Anm zu OGH 6.3.2014, 1 Ob 239/13y, ZVB 2014/94, 316
- Wolfgang Ruckebauer*, Anm zu OGH 24.2.2015, 10 Ob 58/14y, immolex 2016/37, 121
- Schoditsch Thomas*, Anm zu OGH 18.9.2014, 1 Ob 115/14i, Zak 2014/819, 433
- Wagner Erika*, Anm zu OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f, RdU 2016/89, 143
- Wagner Erika*, Anm zu OGH 28.5.2015, 9 Ob 18/15k, RdU-UT 2016/13, 59
- Wagner Erika*, Anm zu OGH 24.2.2015, 10 Ob 58/14y, wobl 2016/20, 61
- Wagner Erika/Jahndl Claudia*, Anm zu OGH 21.8.2014, 3 Ob 132/14d, RdU 2015/85, 130
- Weiß Rainer*, Anm zu OGH 8.6.2015, 2 Ob 166/14x, RdU 2016/32, 40
- Wilhelm Georg*, Anm zu OGH 22.1.2015, 2 Ob 229/14m, ecolex 2014, 517

D Kommentare

Umfassend zum Nachbarrecht vgl *Kerschner Ferdinand/Wagner Erika* in Fenyves/*Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang³ § 364 Rz 2 (2011)