

Julian Isci, LL.B. (WU)

Aktuelle Entwicklungen im Nachbarrecht

» Zak 2021/365

Das zivilrechtliche Nachbarrecht beschäftigt sich in den §§ 364, 364a ABGB mit Immissionen. Danach sind ortsübliche Immissionen zu dulden, ortsunübliche nicht (§ 364 Abs 2 ABGB),¹ sie können dem Störer untersagt werden (dazu Pkt 1.). Anderes gilt, wenn an sich unzulässige ortsunübliche Immissionen von einer behördlich genehmigten Anlage stammen. Die Interessen des Nachbarn sollen schon im Genehmigungsverfahren berücksichtigt werden, die dann aus der Genehmigung resultierende Duldungspflicht erkaufte sich der Störer mit einer Ausgleichspflicht im Rahmen einer Eingriffshaftung (dazu Pkt 2.).²

1. 10 Ob 74/19h: Neues zur „Grobkörperlichkeit“

Wann Immissionen ortsüblich sind, ist eine Abwägungsfrage, für die die Rsp Kriterien und Fallgruppen herausgearbeitet hat. Dieses System hat sich primär anhand unwägbarer Immissionen³ entwickelt, denen es an stofflichem Substrat fehlt (zB Lärm und Geruch). Grobkörperliche Immissionen fallen nicht darunter, sie sind nie zu dulden und können nach hA immer nach §§ 354, 523 ABGB untersagt werden.⁴ Dazu gehören feste Körper größeren Umfangs (zB Golfbälle,⁵ Tennisbälle,⁶ Glasscherben⁷),⁸ nicht aber „Feinstkörper“ wie Sand von Tennisplätzen,⁹ Staub¹⁰ oder Sägemehl,¹¹ die zwar körperlich sind, aber dennoch den Regeln über unwägbara Immissionen unterliegen.

Der 10. Senat hatte sich in 10 Ob 74/19h = Zak 2020/67, 49 mit Überresten von Feuerwerksraketen zu beschäftigen, die als Holzstäbe samt Plastikummantelung auf die Liegenschaft des Klägers gefallen sind. Der OGH ging von Grobkörperlichkeit aus, ein „feinstkörperlicher“ Stoff liege augenscheinlich nicht vor. Das folgt durchaus der Linie der bisherigen Rsp, allerdings rekurriert der OGH im Zusammenhang mit der Ablehnung des vom Beklag-

ten erhobenen Schikaneeinwandes auch auf die Zumutbarkeit von Vorkehrungen gegen diese Störung.¹² Dieser Hinweis ruft in Erinnerung, dass die grundsätzliche Ablehnung grobkörperlicher Immissionen zu apodiktisch gefasst ist.

Die Beherrschbarkeit ist in der nachbarrechtlichen Judikatur nämlich nicht unbekannt, weil damit bei der Abwehr von tierischen Immissionen operiert wird. Haustiere sind immer grobkörperlich, dennoch kann es zu dulden sein, wenn die Katze des Nachbarn durch den eigenen Garten streift. Für den Unterlassungsanspruch nach §§ 354, 523 ABGB ist bei einer Tierimmission nämlich neben der „Grobkörperlichkeit“ auch die „Beherrschbarkeit“ Voraussetzung,¹³ wofür wiederum die Körpergröße des Tieres und seine Beschaffenheit maßgebend sind.¹⁴

So liegt Beherrschbarkeit vor, wenn es dem Tierhalter – aufgrund der Wesensart und der anerkannten Haltung des Tieres – zumutbar ist, die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks abzuwenden.¹⁵ Sind zumutbare Vorkehrungen möglich, besteht ein Unterlassungsanspruch; wenn nicht, liegt mangels „Beherrschbarkeit“ trotz „Grobkörperlichkeit“¹⁶ eine Immission iSv § 364 Abs 2 ABGB vor, die nicht schlechthin unzulässig ist. Dabei beschäftigt sich die Judikatur vor allem mit Katzen. Inwiefern aus der Betonung der Zumutbarkeit von Vorkehrungen in 10 Ob 74/19h eine vorsichtige Annäherung an eine einheitliche Behandlung von Sach- und Tierimmissionen abgeleitet werden kann, bleibt offen. Eine (vom konkreten Fall losgelöste) nähere Betrachtung der Verallgemeinerungsfähigkeit der „Beherrschbarkeit“ über Tierimmissionen hinaus, rechtfertigt es dennoch.¹⁷

Das Kriterium der „Beherrschbarkeit“ resultiert aus einer teleologischen Betrachtung der beispielhaften Aufzählung von Immissionen in § 364 Abs 2 ABGB (ua Abwässer, Rauch, Gase, Wärme).¹⁸ Die Gemeinsamkeit dieser Immissionen ist ihre weitgehende „Unbeherrschbarkeit“, nicht ihre „Unwägbarkeit“.¹⁹ Die

¹ Iro/Riss, Sachenrecht⁷ § 4 Rz 4/10.

² Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 441.

³ Demonstrative Aufzählung in § 364 Abs 2 ABGB.

⁴ Aigner, Das Eindringen von Tieren im Lichte der neueren nachbarrechtlichen Judikatur, Zak 2012/693, 368; Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 Rz 168; Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht 171.

⁵ 2 Ob 558/93.

⁶ 8 Ob 635/92.

⁷ 5 Ob 776/81.

⁸ Kerschner/E. Wagner in Klang³ § 364 Rz 168; Winner in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 364 Rz 21; Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek⁵ § 364 Rz 4.

⁹ 8 Ob 635/92.

¹⁰ 8 Ob 523/92.

¹¹ 6 Ob 671/78.

¹² ZB Abschießen in eine andere Richtung.

¹³ 5 Ob 138/11x = Zak 2011/816, 433; 10 Ob 52/11m = Zak 2011/817, 434; Lang, Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkung im Nachbarrecht, RFG 2013, 183 (188); Zoppel, Anmerkung zu OGH 12. 6. 2012, 4 Ob 99/12f, ÖJZ 2012, 858 (860).

¹⁴ Erstmals Klang in Klang II² 171.

¹⁵ Aigner, Zak 2012, 368 (369); Pletzer, Anmerkung zu OGH 8. 11. 2011, 10 Ob 52/11m, immolex 2012, 23 (24).

¹⁶ 5 Ob 138/11x = Zak 2011/816, 433.

¹⁷ Kerschner/E. Wagner in Klang³ § 364 Rz 168 bejahen die Verallgemeinerungsfähigkeit „vorsichtig“.

¹⁸ Dasselbe gilt für die Aufzählung in § 906 dBGB.

¹⁹ Zumal mit „Abwasser“ in § 364 Abs 2 ABGB auch eine wägbara Immission normiert ist; zu § 906 dBGB siehe BGH NJW 1992, 1389; Jauernig, Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung, JZ 1986, 605 (608).

„Unbeherrschbarkeit“ ist freilich im Kontext des nachbarlichen Zusammenlebens zu verstehen: Ist eine Immission zB nur durch die Beseitigung ihrer Quelle beherrschbar, liegt dennoch „Unbeherrschbarkeit“ nach § 364 Abs 2 ABGB vor. Aus all dem ist nach *Aigner*²⁰ die Wertung erkennbar, dass (für den Eigentümer der störenden Liegenschaft) überwiegend unkontrollierbare und unbeherrschbare Immissionen²¹ an den Maßstäben der Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit zu messen sind. Rückt man so von der holzschnittartigen Trennlinie der „Grobkörperlichkeit“ ab,²² gibt es keinen Grund, die „Beherrschbarkeit“ bloß bei Tierimmissionen heranzuziehen. Der Zweck der Norm adressiert dann nämlich alle erfassten Sachverhalte.

Der Gedanke der „Beherrschbarkeit“ bindet das Immissionsregime auch an die nachbarrechtliche Rücksichtnahmepflicht zurück. Tritt eine Immission trotz Rücksichtnahme (im Sinn einer Obliegenheit zur Schadensminimierung)²³ des Störers auf, ist sie unbeherrschbar und nach § 364 Abs 2 ABGB zu beurteilen. Könnte die Immission durch zumutbare Vorkehrungen (zB Schallschutzmaßnahmen bei Klavierübungen)²⁴ verhindert werden, besteht ein Unterlassungsanspruch nach §§ 354, 523 ABGB. Dementsprechend könnte das Sägen von Holz gerade an der Grundstücksgrenze samt Flug von Sägespänen auf die Nachbarliegenschaft trotz „Feinstkörperlichkeit“ (unabhängig von Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit) zu unterlassen sein, weil die Immission so leicht zu verhindern ist.²⁵

2. 2 Ob 12/19g: Ersatz von Personenschäden

Gehen die Immissionen von einer behördlich genehmigten Anlage aus, kann trotz Ortsunüblichkeit und Wesentlichkeit der Immission keine Unterlassung verlangt werden. Die Genehmigung macht die Eingriffe in die Rechte des Nachbarn im Umfang der Genehmigung zulässig. An die Stelle des Unterlassungsanspruchs tritt ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch (Eingriffshaftung).²⁶

In 2 Ob 12/19g = Zak 2020/196, 118 ging die Immission von einem Flughafen (also einer behördlich genehmigten Anlage) aus. Ein Nachbar verweilte während einer Flugzeuglandung in seinem Garten und erlitt durch den Lärm einen Tinnitus, wofür er Ersatz nach § 364a ABGB forderte.

Ob nach nachbarrechtlichen Grundsätzen Personenschäden überhaupt ersatzfähig sind, war allerdings lang umstritten.²⁷ Die Haftung für erlaubte Eingriffe nach § 364a ABGB kommt nicht in Betracht, weil es unzulässig ist, Eingriffe in die Gesundheit zu genehmigen (§ 77 Abs 1 iVm § 74 Abs 2 Z 1 GewO).²⁸

In der Lehre wurde aber von *Jabornegg*²⁹ die Ansicht entwickelt, dass § 364a ABGB über die Eingriffshaftung hinaus auch eine direkte Gefährdungshaftung enthält.³⁰ Dass das Nachbarrecht „sachenrechtlich“ geprägt ist, stört dabei nicht.³¹ Würden Personenschäden nicht ersetzt werden, wäre dies ein Wertungswiderspruch: Ein Sachschaden könnte einfacher geltend gemacht werden als ein – mit Blick auf die Höherwertigkeit des Rechtsguts „Leben und Gesundheit“³² schwerer wiegender – Personenschaden.³³ Darin sieht auch die E 2 Ob 12/19g das ausschlaggebende Argument dafür, erstmals die (generelle) Ersatzfähigkeit von Personenschäden im Nachbarrecht anzunehmen.

Der argumentative Grundstein der direkten Gefährdungshaftung liegt im Genehmigungsprozess. Die Behörde berücksichtigt nämlich nicht nur betriebstypische Gefahren, sondern auch alle mit der Anlage möglicherweise verbundenen Gefahrerhöhungen für die Güter des Nachbarn. Wenn sich nun trotz Genehmigung ein Restrisiko verwirklicht (zB ein Betriebsunfall) und eine Eingriffshaftung mangels Genehmigung (des konkreten Eingriffs)³⁴ ausscheidet, wird dennoch nach § 364a ABGB gehaftet.³⁵

Bejaht man die direkte Gefährdungshaftung, liegt der Ersatz von Personenschäden nahe. Da gerade die Gefahr für Leben und Gesundheit des Nachbarn eine Genehmigungspflicht nach § 74 GewO auslöst, bestehen ja besonders für diese Güter trotz Genehmigung weiterhin Restrisiken.³⁶ Es erschiene wenig intuitiv, dass bei der Verwirklichung eines Restrisikos für einen Sachschaden, aber nicht für einen Personenschaden gehaftet wird.

20 *Aigner*, Zak 2012, 368.

21 Dies sind natürlich idR unwägbar Immissionen.

22 *Pletzer*, immolex 2012, 23 (24).

23 *Kerschner/E. Wagner* in Klang³ § 364 Rz 38, 220.

24 7 Ob 286/03i.

25 Freilich wurden Lärmimmissionen einer Wärmepumpe an der Grundstücksgrenze in 9 Ob 56/20f = Zak 2021/52, 35 – ohne ihre „Beherrschbarkeit“ zu thematisieren – als zulässig erachtet. Dies verwundert aber nicht, denn die Immissionen waren „subjektiv nicht wahrnehmbar“; wo keine störende Immission vorliegt, erübrigt sich auch die Diskussion über ihre potentielle „Beherrschbarkeit“.

26 RS0010659; *Eccher/Riss* in KBB⁶ § 364 Rz 1; *Stabentheiner*, Zivilrechtliche Unterlassungsansprüche zur Abwehr gesundheitsgefährdender Umwelteinwirkungen, ÖJZ 1992, 78 (80); *Steininger*, Anmerkung zu OGH 26. 5. 1964, 8 Ob 147/64, JBl 1965, 417 (418).

27 Für einen Ersatz *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung 320 ff; *Jabornegg*, 9. ÖJT I/4 – Bürgerliches Recht und Umweltschutz 69; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 172 ff; aA *Kerschner*, Kausalitätshaftung im Nachbarrecht? RdU 1998, 10; *Kerschner/E. Wagner* in Klang³ § 364a Rz 188; nur mit Bezug auf die Eingriffshaftung *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 331 FN 10.

28 1 Ob 6/99k; 7 Ob 286/03i; 10 Ob 25/11s; *Holzner* in ABGB-ON¹⁻⁰⁵ § 364 Rz 13; *Kerschner/E. Wagner* in Klang³ §§ 364-364b Rz 10; *Koziol*, Eingriffs- und Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, RdW 2013, 3 (6); *Stabentheiner*, ÖJZ 1992, 78 (84).

29 Erstmals *Jabornegg*, Umweltschutz 74 ff.

30 In der Judikatur zuvor bloß *obiter*, siehe 5 Ob 3/99y; 5 Ob 21/19b = Zak 2019/503, 277; 8 Ob 636/88. Davon streng zu unterscheiden ist das Problem, dass in Fällen, in denen es keine Genehmigung iSd § 364a ABGB gibt, eine analoge Gefährdungshaftung angenommen wird, weil ein Unterlassungsanspruch ob dem durch zB eine Baugenehmigung erzeugten Anschein der Gefahrllosigkeit faktisch nicht möglich war.

31 *E. Wagner*, Der Ersatz von Gesundheitsschäden im Nachbarrecht, RdU 2020, 98.

32 *F. Bydliński*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 291.

33 *Koziol*, RdW 2013, 3 (9); *Stabentheiner*, ÖJZ 1992, 78 (81).

34 Der Ersatz besteht bei einer konkreten Gefährdung parallel neben dem Unterlassungsanspruch.

35 *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 320 ff.

36 *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 323 f; *Hinteregger*, Anmerkung zu OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 12/19g, ZVR 2020, 9 (10); *Koziol/Apathy/Koch*, HPR III³ Rz C/2/1.

3. 2 Ob 12/19g und 1 Ob 62/20d: „Objektive“ Gesundheitsschäden des Durchschnittsmenschen?

Letztendlich wurde der Ersatzanspruch des Tinnitus-Geschädigten (trotz grundsätzlicher Ersatzfähigkeit von Personenschäden) in 2 Ob 12/19g = Zak 2020/196, 118 freilich versagt. Der Lärm der Landung wurde nämlich als ortsüblich eingestuft. Mit wortgleicher Begründung wurde in 1 Ob 62/20d = Zak 2020/301, 191 ein Unterlassungsanspruch gegen ortsübliche Geruchsmissionen eines Bauernhofs verneint. Besonders brisant sind die beiden Fälle, weil Nachbarn an ihrer Gesundheit geschädigt (oder gefährdet)³⁷ wurden und gesundheitsschädliche Immissionen an sich immer untersagbar sind, weil sie nie ortsüblich sein können.³⁸ Dies wurde in beiden Entscheidungen erneut bestätigt. Ob eine (stets ortsübliche) gesundheitsschädliche Immission vorliegt, beurteilt der OGH jedoch am objektiven Maßstab des „subjektiven Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der Lage des Gestörten“.³⁹ Die besondere Empfindlichkeit (Übersensibilität) eines Nachbarn bleibt hierbei außer Acht.⁴⁰ Dadurch ist nicht jede tatsächlich gesundheitsschädliche Immission auch rechtlich gesundheitsschädlich, sondern nur jene Immission, die auch bei einem „Durchschnittsmenschen“ gesundheitliche Schäden hervorruft.

Diese Wertung wird auch bei betrieblichen Immissionen angewendet. Ein Ersatzanspruch nach § 364a ABGB entsteht nämlich nur bei Immissionen, die einen Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB auslösen würden.⁴¹ So wurde sowohl in 2 Ob 12/19g als auch in 1 Ob 62/20d betont, dass die Übersensibilität der Nachbarn die Gesundheitsschädlichkeit der Immission verhindere, weil die Immission für „durchschnittliche“ Nachbarn unschädlich sei. Die Ausklammerung der Übersensibilität vom Schutzbereich des Nachbarrechts wird allerdings auch kritisiert. *E. Wagner*⁴² meint, aufgrund der steigenden Anzahl an Allergikern⁴³ sei ein immer größerer Teil der Bevölkerung von der Figur des „Durchschnittsmenschen“ nicht mehr geschützt. Dies führt konsequent zu Ende gedacht jedoch nur zu einer Verschiebung des Maßstabs. Ab einer gewissen Häufigkeit an Allergikern hat dann eben auch der „Durchschnittsmensch“ gewisse Allergien.

*Ecker*⁴⁴ hält die Beurteilung einer einen Gesundheitsschaden auslösenden Immission anhand ihrer Ortsüblichkeit über-

haupt für verfehlt, weil § 364 Abs 2 ABGB nur auf die Interessensabwägung „Eigentum gegen Eigentum“ und nicht auf „Eigentum gegen Gesundheit“ angelegt sei. Demnach entstehe ein Unterlassungsanspruch bei Vorliegen eines Gesundheitsschadens unabhängig von einer objektivierten Betrachtung der schädigenden Immission. Für diese Differenzierung existiert allerdings kein gesetzlicher Anhaltspunkt, denn nach § 364 Abs 2 ABGB sind Immissionen generell (und nicht ausschließlich bei Sachschäden) anhand ihrer Ortsüblichkeit zu bewerten.

*Kerschner/Felbauer*⁴⁵ überlegen eine Parallele zum allgemeinen Deliktsrecht, in dem man sich den Geschädigten auch nicht „aussuchen“ könne,⁴⁶ sodass eine Übersensibilität des Opfers Risiko des Schädigers sei, der auch für Schäden hafte, die bloß darauf zurückgehen. Allerdings sind erlaubte Immissionen gerade nicht rechtswidrig, sodass eine Verschuldenshaftung der Emittenten für die Körperverletzungen in 2 Ob 12/19g und 1 Ob 62/20d ausscheidet. Hierdurch wird erkennbar, dass sich die Frage der Übersensibilität im Delikts- und Nachbarrecht auf verschiedenen Ebenen stellt. So wäre die Übersensibilität im Nachbarrecht das haftungsbegründende Element und nicht, wie im Schadenersatz, das haftungserweiternde Element.

4. Fazit

- Überreste von Feuerwerksraketen lassen sich nahtlos in die bisherige Rsp von grobkörperlichen Immissionen einfügen. Ob die „Beherrschbarkeit“ einer Immission über die Anwendung bei Tierimmissionen hinaus ein verallgemeinerungsfähiges Kriterium für einen Unterlassungsanspruch bildet, bleibt offen. Der Zweck von § 364 Abs 2 ABGB würde dafürsprechen.
- Durch die erstmalige höchstgerichtliche Bestätigung der direkten Gefährdungshaftung nach § 364a ABGB sind nun Personenschäden im Nachbarrecht ersatzfähig. Somit entsteht ein Ersatzanspruch iSd § 364a ABGB auch dann, wenn ein Nachbar durch die Verwirklichung eines Restrisikos der genehmigten Anlage (zB Betriebsunfall) an der Gesundheit geschädigt wird.
- Auch einen Gesundheitsschaden auslösende Immissionen müssen nach einem objektiven Maßstab beurteilt werden. Denn eine (immer ortsunübliche) gesundheitsschädliche Immission nach § 364 Abs 2 ABGB liegt nur dann vor, wenn bei einem Durchschnittsmenschen gesundheitliche Schäden auftreten.

³⁷ In 1 Ob 62/20d = Zak 2020/301, 191 wurde die Gefährdung der Gesundheit geltend gemacht.

³⁸ 7 Ob 80/14m; 7 Ob 286/03i; 10 Ob 25/11s.

³⁹ RS0010607; 1 Ob 6/99k; 6 Ob 166/13z = Zak 2013/759, 417; 7 Ob 80/14m; 10 Ob 25/11s; aA *Ecker*, Anmerkung zu OGH 30. 1. 2020, 2 Ob 12/19g, JBl 2020, 626 (632).

⁴⁰ RS0010557.

⁴¹ Für *Hinteregger*, ZVR 2020, 9 (10) bestehen an der Anwendbarkeit desselben Maßstabs „keine Zweifel“; aA *Ecker*, JBl 2020, 626 (633), für den die Anwendung des Maßstabs Durchschnittsmensch bei Unterlassungsansprüchen „besonders problematisch“ und „jedenfalls abzulehnen“ ist.

⁴² *E. Wagner*, RdU 2020, 98 (103) FN 57 mit Verweis auf *E. Wagner* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² Rz 92 ff; zustimmend *Burgstaller*, Anmerkung zu OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 123/20m, RdU 2021, 97 (99).

⁴³ Eine Form der Übersensibilität.

⁴⁴ *Ecker*, JBl 2020, 626 (632).

⁴⁵ *Kerschner/Felbauer*, Anmerkung zu OGH 28. 4. 2020, 1 Ob 62/20d, RdU 2020, 215 (218).

⁴⁶ *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung 141.



Der Autor:

Julian Isci, LL.B. (WU) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

✉ julian.isci@wu.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Isци/Julian

Foto: privat