

1. Verhältnis öffentliches Recht–Privatrecht

Fall 1 Grundsätzliche Unabhängigkeit des privaten Nachbarrechts von öffentlich-rechtlichen Normen

OGH 20.3.1997, 2 Ob 13/97v

Fundstelle

RdU 1997/77 mAnm *Kerschner* = JBl 1997, 658 = ZVR 1998/47

Kurzleitsatz

Unterlassungsanspruch bei Erhöhung der Steinschlaggefahr durch Kahlschlag.

Sachverhalt

Durch Kahlschlag auf dem hangaufwärts gelegenen Grundstück kommt es zu vermehrtem Steinschlag auf dem darunterliegenden Grundstück.

Entscheidung

- Nicht jede Waldbewirtschaftung löse eine Immissionshaftung für Steinschlag oder Lawinengefahr aus. Werde aber in Hinblick auf das Naturwirken eine besonders gefährliche Nutzungsart gewählt, könne eine nachbarliche Haftung bestehen.
- Immissionsansprüche bestünden grundsätzlich unabhängig von forstrechtlichen Bestimmungen. Dass ein Verhalten öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, schließe einen Anspruch nach § 364 ebenso wenig aus, wie umgekehrt der Verstoß gegen öffentliches Recht nicht schon einen privatrechtlichen Anspruch begründe.

Anmerkungen

1. Haftungsgrund ist die **spezifische Risikoerhöhung durch menschliches Verhalten**: Veränderung des Naturwirkens durch spezifische, besonders gefährliche Nutzungsart.
2. Die nachbarrechtliche Haftung setzt zu Recht keine forstrechtliche Rechtswidrigkeit voraus!
3. Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch ist grundsätzlich **in beiderlei Richtung** von der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften unabhängig (Ausnahmen: § 364a; quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch). Das öffentliche Recht verfolgt ganz andere Funktionen (zB das Forstrecht ausschließlich öffentliche Interessen) als das Privatrecht, das der Besteuerung dient! Anderes gilt nur, wenn der Gesetzgeber dies in eindeutiger Weise anordnet; vgl auch **Fall 26!**

Fall 2 Ersitzung/öffentlich-rechtlich verbotene Nutzung

OGH 7.12.2001, 7 Ob 226/01p

Fundstelle

NZ 2003/9 = MietSlg 53.225; 53.779

Kurzleitsatz

Eine Ersitzung während eines maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Verbots ist rechtlich unmöglich (Bausperre nach § 8 Abs 1 Wr BauO).

Sachverhalt

Eine 400 m² große Teilfläche (damals Bauland) einer Liegenschaft wird 1932 käuflich erworben und konsenslos bebaut. 1978 wird der Flächenwidmungsplan vom VfGH aufgehoben. Es liegt noch kein neuer Bebauungsplan vor, daher besteht (vorübergehende) Bausperre nach der Wr BauO, wonach auch eine grundbücherliche Grundteilung derzeit ausgeschlossen ist.

Entscheidung

Der OGH verneint die Ersitzung der Teilfläche, weil wegen (derzeitiger) Unmöglichkeit der Teilung kein tauglicher Ersitzungsgegenstand vorliege.

Anmerkung

Siehe gleich unten die Anmerkung zu **Fall 3**.

Fall 3 Bindung an Bescheid trotz fehlender Parteistellung/vorübergehendes Verbot

OGH 20.12.2001, 6 Ob 77/01v

Fundstelle

MietSlg 53.066; 53.221; 53.687

Kurzleitsatz

Bindung der Gerichte an rechtskräftigen Aufforstungsbescheid trotz fehlender Parteistellung.

Sachverhalt

Auch bezüglich eines den Kl vertraglich eingeräumten Fahrtrechts erwirbt der Bekl einen rechtskräftigen Aufforstungsbescheid. Den Kl ist im forstrechtlichen Verfahren keine Parteistellung zuerkannt worden. Der Bekl versperrt den Weg.

Entscheidung

Der OGH meint, der Aufforstungsbescheid binde – mit Ausnahme absoluter Nichtigkeit – die Gerichte unabhängig von der Parteistellung der Kl im forstrechtlichen Verfahren. Hier liege aber nur ein vorübergehendes öffentlich-rechtliches Hindernis vor, sodass die Dienstbarkeit bloß ruhe.

Gerichte seien an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden – im Zweifel selbst dann, wenn diese Verfügungen unvollständig oder fehlerhaft sein sollten, außer sie seien absolut nichtig. Ob einer Partei die Parteistellung im Verwaltungsverfahren zu Recht verwehrt und ihre Rechtsmittellegitimation zu Recht verneint wurde, sei daher einer Prüfung im Rechtsstreit entzogen.

Anmerkung

UE kommt grundsätzlich eine privatrechtliche Ersitzung trotz öffentlich-rechtlichen Verbots in Betracht; nur die Rechtsausübung ist ausgeschlossen, wenn und solange diese verboten ist (vgl schon *Kerschner*, Anm zu OGH 7 Ob 361/97g, RdU 1998, 96; aA allerdings OGH 1 Ob 225/99s, SZ 72/162). Ausnahmsweise kann allerdings der Normzweck bereits dem Rechtserwerb entgegenstehen. Das bedarf auch in Ersitzungsfällen stets näherer Überprüfung. Jedenfalls liegt in beiden OGH-Fällen (**Fälle 2 und 3**) ein (möglicherweise) bloß vorübergehendes Verbot vor, sodass die beiden Entscheidungen nicht harmonieren.

Diese E (**Fall 3**) missachtet zudem eindeutig Art 6 EMRK: Hatte der Kl im Verwaltungsverfahren kein rechtliches Gehör, dann kann bzw darf der Bescheid auch die Gerichte insofern nicht binden; vgl näher *Kerschner*, Art 6 EMRK und Zivilrecht,

JBl 1999, 689 ff; *denselben*, Art 6 EMRK und Zivilrecht – neueste Entwicklungen, in *Bammer ua* (Hrsg), FS Machacek/Matscher, Rechtsschutz (2008) 775 ff; so nun auch OGH 8 Ob 128/09w vom 22.9.2010, RdU 2011/45 mAnm *Kisslinger* = JBl 2011, 234 mAnm *E. Wagner* (siehe **Fall 27**).

Fall 4 Errichtung eines Rückhaltebeckens

OGH 12.9.2006, 1 Ob 122/06g

Fundstelle

MietSlg 58.522

Kurzleitsatz

Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs verleiht kein subjektives Recht auf Wiederherstellung.

Sachverhalt

Der Kl transportiert seit Jahrzehnten Holz über einen im Eigentum der Gemeinde stehenden Weg. Aufgrund starker Regenfälle wird dieser durch einen Murenabgang verschüttet. In der Folge wird der Weg verändert und ua in diesem Bereich ein Rückhaltebecken errichtet. Durch diese baulichen Veränderungen sind dem Kl Holztransporte nicht mehr möglich. Der Kl begehrt, die Bekl zur Wiederherstellung des Weges zu verpflichten.

Entscheidung

Die Benutzung eines öffentlichen Weges (hier Gemeindestraße nach § 1 Abs 5 lit b Vbg StrG) im Rahmen des Gemeingebrauchs verleihe **kein subjektives Recht** auf Wiederherstellung. Ein solches könnte sich aus einem ersessenen Sondernutzungsrecht am Gemeingebrauch ergeben.

Zu diesem Kapitel vgl auch **Fall 27 Rettungshubschrauberlandeplatz**.

Fall 5 Müllsammelstelle

OGH 29.11.2013, 8 Ob 28/13w

Fundstelle

JusGuide 2014/13/12108 (OGH) = RZ-EÜ 2014/110 = EvBl 2014/60

Kurzleitsatz

Unterlassungsanspruch bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Sachverhalt

Neben der Liegenschaft des Kl befindet sich eine im Eigentum der Stadtgemeinde (Nebenintervenientin) stehende Liegenschaft. Auf dieser wurde der Bekl das Nutzungsrecht eingeräumt. Seit August 2010 betreibt sie dort eine „Müllinsel“ zur Altstoffsammlung (13 Müllcontainer). Ein behördliches Genehmigungsverfahren wurde nicht durchgeführt, auch wurden die Anrainer nicht angehört. Die Container sind nur wenige Zentimeter vom Garten des Kl entfernt. Von ihnen gehen Geruchs- und Lärmimmissionen sowie Verunreinigungen aus, auch kommt es zum Eindringen verunreinigter Gegenstände.

Der Kl begehrt Unterlassung nach § 364 ABGB.

Entscheidung

Das ErstG gab der Klage statt. Das BerG hob indes das Urteil mangels Zulässigkeit des Rechtsweges auf. Die Nebenintervenientin sei nach dem Tir AWG verpflichtet, eine öffentliche Müllabfuhr einzurichten. Da die Müllabfuhr und die Errichtung und das Betreiben der Sammelstellen der Hoheitsverwaltung zuzuordnen seien, seien deren Auswirkungen nicht mit privatrechtlichen Mitteln bekämpfbar, weil einander keine gleichrangigen Rechtssubjekte gegenüberstünden. Daran ändere nichts, dass die Nebenintervenientin die Bekl mit der Durchführung dieser Aufgaben betraut habe.

Der OGH hielt den Rekurs für zulässig und berechtigt. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – insb im Bereich der Daseinsvorsorge – schließe nachbarrechtliche Ansprüche nicht von vornherein aus. Nur Immissionen aus dem einer hoheitsrechtlichen Verpflichtung entsprechenden Gebrauch eines Grundstücks ließen keine nachbarrechtlichen Ansprüche entstehen. Im vorliegenden Fall wende sich der Kl nicht gegen die Errichtung der Müllsammelstelle an sich, sondern gegen die sich daraus ergebenden Immissionen.

Die Bestimmungen des Tir AWG und der Müllabfuhrordnung würden zwar vorsehen, dass eine öffentliche Müllabfuhr mit genügend Müllsammelstellen einzurichten sei, sie enthielten aber keine näheren Regelungen über die Größe und die

Lage einer konkreten Müllinsel oder die konkrete Situierung der einzelnen Müllcontainer. Auch gebe es hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung und für den konkreten Betrieb keine hoheitlichen Anordnungen. Zudem enthielten Tir AWG und Müllabfuhrordnung auch keine verpflichtenden Regelungen zu den Betriebszeiten der Müllinsel.

Begehren und Vorbringen des Kl würden auf die konkrete Ausgestaltung und den Betrieb der in Rede stehenden Müllinsel abzielen. In Bezug darauf bestünden keine hoheitlichen Anordnungen. Die konkrete Ausgestaltung und der konkrete Betrieb der zu beurteilenden Müllinsel könnten daher nicht als Erfüllung einer hoheitlichen Verpflichtung qualifiziert werden, weshalb der vom Kl erhobene Abwehranspruch im Rechtsweg geltend gemacht werden könne.

Anmerkung

Bei Immissionen von Anlagen, die der Staat hoheitlich betreibt, wird insb unter Berufung auf die E des OGH SZ 61/88 = JBl 1988, 594 (Unterlassungsklage gegen Lärm, der durch die Stationierung von Abfangjägern verursacht wurde) vertreten, dass solche Immissionen nicht untersagt werden können: Die Untersagung von Immissionen, die ihre Ursache in Hoheitsakten haben, würde zur Rückgängigmachung des Hoheitsakts führen (vgl näher zum Ganzen E. Wagner, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht [1997] 51 ff). „*Der Private tut, was er will, die Hoheitsverwaltung, was sie muss*“ [Herz, Zur nachbarrechtlichen Haftung der Gebietskörperschaft, ÖJZ 1966, 483 ff]. Richtiger Ansicht nach ist diese Sichtweise auf solche Fälle zu reduzieren, in denen der Unterlassungsanspruch den Zweck des Verwaltungshandelns vereiteln würde (vgl dazu Kerschner, Anm zu OGH 8 Ob 28/13w, RdU 2014, Heft 5). Hoheitliche Maßnahmen sind also solche, die aus öffentlichem Interesse durchgeführt werden **müssen** und nicht bloß – wie bei Genehmigungen – erlaubt sind; hat man das erkannt, so müssen – wie der OGH hier zutreffend entschieden hat – auch die Grenzen des „Müssens“ gelten; vgl schon Kerschner/E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), *Klang*³ Vor §§ 364–364b Rz 27. Damit ist die pauschale privatrechtliche Vollimmunität von hoheitlichen Maßnahmen aufgegeben. Soweit also das öffentliche Recht – hier das Tir AWG – die konkrete Ausgestaltung und den konkreten Betrieb einer „Müllinsel“ zur Altstoffsammlung offenlässt, gilt insoweit das private Nachbarrecht. Bereits in SZ 38/106 (Betrieb einer Kaserne) hat der OGH ausgesprochen, dass die Vorsorge dafür, dass vom Kasernenbereich nicht Abwässer, Rauch etc die Nachbargrundstücke beeinträchtigen, nicht zum Bereich der Hoheitsverwaltung gehöre. Die konkrete Ausgestaltung und der konkrete Betrieb der Müllinsel sind per se noch nicht Erfüllung der hoheitlichen Verpflichtung. Ein Betrieb, der die Grenzen des nachbarrechtlich Erlaubten überschreitet, braucht insoweit nicht geduldet zu werden, als nicht dazu zwingende hoheitliche Anordnungen solches (verfassungskonform) nötigen.

2. Gesundheitsschädliche Immissionen

Fall 6 Nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch – „Kohlenmeiler“

OGH 23.9.1999, 2 Ob 236/99s; vgl auch LG St. Pölten 36 R 175/00d-109

Fundstelle

RdU 2000/13 mAnm *Kerschner*

Kurzleitsatz

Grundsätzlich keine Duldungspflicht bei gesundheitsschädlichen Immissionen.

Sachverhalt

Die Kl erwerben 1995 eine Liegenschaft als Hauptwohnsitz. Durch die Immissionen einer Holzkohlerei (landwirtschaftlicher Nebenbetrieb) der bekl Nachbarn kommt es zu Gesundheitsbeeinträchtigungen der Kl, außerdem ist das Krebsrisiko erhöht.

Entscheidung

- Bei gesundheitsschädlichen Immissionen bestehe eine Duldungspflicht nur dann, wenn die Duldung in Kenntnis der Gesundheitsschädlichkeit erfolgt.
- Maßgeblich sei, ob einem durchschnittlich sorgfältigen Käufer die Gesundheitsschädlichkeit der vom Nachbargrundstück ausgehenden Immissionen erkennbar gewesen wäre.
- Kennt der Erwerber die Immissionen, treffe ihn die Behauptungs- und Bescheinigungslast für die Nichterkennbarkeit der Gesundheitsschädlichkeit.
- Leitsatz aus LG St. Pölten 36 R 175/00d-109: Dass die Öffentlichkeit mit jeder Art von Ausscheidungen wie Rauch, Gasen und Gestank automatisch auch Krebsrisiko und Gesundheitsgefährdung verbindet, trifft nicht zu. Dies mag für chemische Industrie oder Raffinerien und deren Immissionen möglicherweise zutreffen.

Anmerkungen

1. Dass gesundheitsschädliche Immissionen nicht ortsüblich werden können, hat der 1. Senat (1 Ob 6/99k) in RdU 2000, 110 bestätigt.
2. Eine behördliche Genehmigung iSd § 364a ABGB kann an diesem Ergebnis nichts ändern; vgl auch OGH 1 Ob 5/06a, RdU 2006/103 mAnm *Kerschner*; näher dazu unten **Fall 175**.
3. Dass nachträgliche Nachbarn bei objektiver Erkennbarkeit der Gesundheitsschädlichkeit eine Duldungspflicht trifft, ist uE allgemein dogmatisch nicht begründbar. Das gilt auch für die Behauptungs- und Bescheinigungslast des

Kl. Zu überlegen ist – aber auch nur einzelpersonbezogen – als Rechtfertigungsgrund Einwilligung oder Handeln auf eigenes Risiko; dazu OGH 2 Ob 236/99s, RdU 2000, 34 mAnm *Kerschner*. Einen solchen Rechtfertigungsgrund hat aber der Eingreifende zu behaupten und zu beweisen.

4. Der dogmatische Ansatz bei konkreter Gesundheitsgefährdung (bzw. Beeinträchtigung) liegt aber ohnehin nicht im Nachbarrecht, sondern im Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB.

Entscheidungen im fortgesetzten Verfahren

Das LG St. Pölten (26.2.2002, 36 R 38/02k-164) und – bestätigend – der OGH (9.1.2002, 2 Ob 162/02s) haben – entgegen der 1. Instanz – entschieden, dass im Kohlenmeilerfall die Gesundheitsschädlichkeit der Kohlenmeilerimmissionen objektiv nicht erkennbar war, und daher der Klage auf Unterlassung der gesundheitsschädlichen Immissionen stattgegeben.

Aus dem Urteil des LG St. Pölten: Einem Durchschnittsmenschen sei die Einhaltung eines umwelthygienischen Gutachtens nicht abzuverlangen. Das LG weist zutreffend daraufhin, dass ein durchschnittlicher Käufer auch darauf vertrauen wird (scil können), dass eine gewerblich hergestellte Holzkohle in einem Verfahren produziert wird, welches Umweltschutzaufgaben erfüllt, und dass die Einhaltung dieser Auflagen behördlich überprüft wird.

Anzumerken ist, dass der Betrieb der Köhlerei als landwirtschaftliches Nebengewerbe allerdings nicht der GewO unterliegt; vgl allerdings nun die Landes-IPPC-Gesetze.

Der OGH hat eine grobe Fehlbeurteilung des LG verneint. Die Frage der Erkennbarkeit gesundheitsschädlicher Immissionen hänge immer von den Umständen des Einzelfalles ab.

Zu Folgeentscheidungen vgl aber auch OGH 2 Ob 7/00v; OGH 2 Ob 57/09k, RdU 2010/119 mAnm *Kerschner* (vgl **Fall 109**).