

Vorwort

Auch in einer auf Öffentliches Recht und Europarecht spezialisierten Anwaltskanzlei stellen sich immer wieder zivilrechtliche Fragen. Eines der am häufigsten zu lösenden Rechtsprobleme ist die behauptete Belastung von Nachbarn durch Immissionen aus Gewerbe- und Industriebetrieben. Frau Kollegin *Dr. Sandra Tauß-Grill*, die wir von einer Laufbahn abseits der Gerichtsbarkeit überzeugen und für das Öffentliche Recht begeistern konnten, ist primär an dieser Schnittstelle zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht tätig. Gemeinsam haben wir in den vergangenen Jahren Dutzende Betriebe beim rechtlich richtigen Umgang mit zivilrechtlichen Forderungen auf Unterlassung von Einwirkungen auf Anrainer beraten.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zu diesem Thema ist im Fluss. Das und die vielen unterschiedlichen Fallkonstellationen machen eine einheitliche Handlungsempfehlung fast unmöglich. Man bekommt bei Studium der OGH-Judikatur der letzten Jahre das Gefühl, jede neue Entscheidung ist gleichzeitig Weiterentwicklung, aber auch Korrektur der bisherigen Rechtsprechung. Umso wichtiger erschien es uns, für unsere Vertretungstätigkeit den aktuellen Stand der Judikatur und die wissenschaftlichen Meinungen dazu zusammenzufassen. Die eingangs nur für unsere Kanzlei gedachte Zusammenfassung sprengte in kürzester Zeit den Rahmen eines unterstützenden Memos für unsere Anwaltstätigkeit. Die Problemfelder waren einfach zu umfangreich. Die Rechtsprechung zu kasuistisch.

Also entschieden wir uns, die erarbeitete interne Kurzzusammenfassung in ein Buchprojekt umzuwandeln. In ein Buchprojekt, das nicht nur Betriebe, sondern auch Anrainer auf die Vielschichtigkeit der Probleme von nachbarrechtlichen Klagen nach §§ 364 ff ABGB aufmerksam macht. Das Beratern dabei hilft, sich im Labyrinth der Rechtsprechung zu diesem Thema zurechtzufinden. Und in dem Gedanken und Vorschläge für eine Fortentwicklung dieser Rechtsprechung für die Gerichtsbarkeit entwickelt werden. Wir hoffen, unsere diesbezüglichen Anforderungen an das vorliegende Werk entsprechen zumindest teilweise auch den Erwartungen unserer Leser.

Graz, November 2022

Univ.-Prof. Dr. Georg Eisenberger

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | V |
| Abkürzungsverzeichnis | XI |
| Literaturverzeichnis | XV |
| Judikaturverzeichnis | XIX |
| 1. Einleitung | 1 |
| 2. Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB | 3 |
| 2.1. Immissionen | 4 |
| 2.2. Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit | 6 |
| 2.2.1. Ortsüblichkeit von Immissionen | 7 |
| 2.2.1.1. Örtliche Verhältnisse | 7 |
| 2.2.1.2. Gesundheitsgefährdende Immissionen | 10 |
| 2.2.1.3. Wann wird etwas ortstüblich? | 10 |
| 2.2.2. Wesentliche Beeinträchtigung der ortstüblichen Benutzung | 12 |
| 2.3. Aktivlegitimation | 14 |
| 2.4. Passivlegitimation | 15 |
| 2.4.1. Liegenschaftseigentümer | 15 |
| 2.4.2. Jeder, der das Grundstück für eigene Zwecke benützt ... | 17 |
| 2.4.3. Unmittelbarer Störer ohne Sonderbeziehung zum Grundstück | 18 |
| 2.4.4. Durch Betriebsanlage verursachte Emissionen auf fremdem Grund | 19 |
| 2.4.5. Nachbarrechtlicher Anspruch gegen Gebiets- körperschaften | 19 |
| 2.4.5.1. Hoheitliches Handeln und Zulässigkeit des Rechtswegs | 20 |
| 2.4.5.2. Gemeingebrauch | 21 |
| 2.4.5.3. Amtshaftungsansprüche | 23 |
| 2.5. Unterlassungsanspruch und Formulierung des Klagebegehrens ... | 23 |
| 3. § 364a ABGB: Kein Unterlassungsanspruch bei gewerblichen Betriebsanlagen | 30 |
| 3.1. Gewerbliche Betriebsanlage iSd § 364a ABGB | 32 |
| 3.1.1. Genehmigungspflicht und -voraussetzungen (§ 74 GewO) | 32 |
| 3.1.1.1. Prüfungsmaßstab | 34 |
| 3.1.1.2. Ermittlung der Immissionsbelastung | 35 |
| 3.1.2. Von Genehmigung umfasste Immissionen | 36 |

| | | |
|------------|---|----|
| 3.1.2.1. | Betriebs- und Projektbeschreibung | 37 |
| 3.1.2.2. | Zurechnung bestimmter Immissionen zur Betriebs- anlage | 39 |
| 3.1.2.2.1. | Vorgänge innerhalb der Betriebsanlage/Grundsatz der Einheit der Betriebsanlage | 39 |
| 3.1.2.2.2. | Vorgänge außerhalb der Betriebsanlage | 40 |
| 3.1.2.3. | Judikatur des OGH zu „typischen Immissionen“ | 42 |
| 3.1.3. | Im Bescheid festgelegte Grenzwerte (Auflagen) | 43 |
| 3.1.3.1. | Auflagen nach § 77 GewO | 43 |
| 3.1.3.2. | Grenzen durch Betriebsbeschreibung | 44 |
| 3.1.3.3. | Werte aus Sachverständigengutachten | 45 |
| 3.1.4. | Parteistellung im Genehmigungsverfahren | 46 |
| 3.1.4.1. | Nachbar iSd GewO | 46 |
| 3.1.4.2. | Unterschiedliche Parteistellung je nach Verfahrensart ... | 47 |
| 3.1.5. | Zwischenfazit | 50 |
| 3.2. | Von Erwartungen abweichende oder geänderte Immissions- belastung | 52 |
| 3.2.1. | Von der Genehmigung umfasste Immissionen | 53 |
| 3.2.1.1. | GewO: Nachträgliche Auflagen/Sanierungskonzept | 53 |
| 3.2.1.2. | (Weiterhin) Kein Unterlassungsanspruch nach § 364 ABGB | 56 |
| 3.2.1.3. | Zumutbare Vorkehrungen zur Verringerung der Belastung? | 58 |
| 3.2.2. | Von Genehmigung nicht umfasste Immissionen – Änderung der Betriebsanlage | 58 |
| 3.2.3. | Bedrohung von Leben und Gesundheit | 59 |
| 3.2.4. | Zwischenfazit | 62 |
| 3.3. | Zugezogene Nachbarn | 64 |
| 3.3.1. | Verwaltungsrecht (GewO) | 64 |
| 3.3.2. | Zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch (ABGB) | 66 |
| 3.3.2.1. | Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB (allgemein) | 66 |
| 3.3.2.2. | Entfall des Unterlassungsanspruchs nach § 364a ABGB | 67 |
| 3.3.3. | Zwischenfazit | 71 |
| 3.4. | Ausgleichs- statt Unterlassungsanspruch | 72 |
| 3.4.1. | Inhalt und Umfang des Ausgleichsanspruchs | 73 |
| 3.4.2. | Aktivlegitimation | 75 |
| 3.4.3. | Passivlegitimation | 76 |
| 3.4.4. | Verjährung | 77 |
| 3.4.5. | Analoge Anwendung des § 364a ABGB | 77 |
| 3.5. | Kapitelzusammenfassung | 78 |

| | |
|--|-----|
| 4. § 364a ABGB: Behördlich genehmigte Anlagen außerhalb der GewO | 81 |
| 4.1. Entscheidend: Parteistellung im Verwaltungsverfahren | 81 |
| 4.2. Sonderfall: Landwirtschaftliche Betriebsanlagen in der Steiermark | 83 |
| 4.3. Lärm von öffentlichen Straßen | 85 |
| 4.3.1. Ansprüche gegen den Eigentümer oder Erhalter der Straße | 85 |
| 4.3.2. Ansprüche gegen Dritte – Zurechnung des Straßenlärms zu Betriebsanlagen | 88 |
| 4.4. Öffentliches Interesse und gemeinwichtige Anlagen | 92 |
| 4.4.1. Öffentliche Interessen | 93 |
| 4.4.2. Gemeinwichtige Anlagen (insbesondere Eisen- und Straßenbahnen) | 94 |
| 4.5. Kapitelzusammenfassung | 98 |
| 5. Tipps für das Verwaltungsverfahren zur Vermeidung von späteren Unterlassungsansprüchen nach § 364 ABGB | 99 |
| 5.1. Betriebsbeschreibung | 99 |
| 5.2. Parteistellung, Präklusion und qualifizierte Kundmachung | 100 |
| 5.2.1. Unterlassungsanspruch übergangener Nachbarn | 100 |
| 5.2.2. Persönliche Verständigung und qualifizierte Kundmachung | 102 |
| 5.2.2.1. Formen der qualifizierten Kundmachung | 103 |
| 5.2.2.2. Inhalt der persönlichen Verständigung und Kundmachung | 105 |
| 5.2.2.3. Zeitpunkt und Dauer der Kundmachung | 105 |
| 5.2.3. Handlungsempfehlung | 106 |
| 5.3. Heranrückende Wohnbebauung | 107 |
| 5.3.1. Überblick über die Einwendung der heranrückenden Wohnbebauung | 107 |
| 5.3.2. Regelung in den Landesgesetzen | 108 |
| Stichwortverzeichnis | 113 |

1. Einleitung

Mit dem Eigentum ist das Recht verbunden, alle anderen davon auszuschließen.¹ Ein Eingriff in das Eigentum liegt nicht nur vor, wenn zB eine dazu nicht berechnigte Person ein Grundstück betritt oder befährt. Auch Immissionen (zB Lärm, Geruch, Abwässer) greifen in das Eigentumsrecht ein. Grundsätzlich kann der Eigentümer eines Grundstücks mit der negatorischen Eigentumsklage nach § 523 ABGB gegen jeden unberechnigten Eingriff in sein Eigentumsrecht vorgehen und Unterlassung fordern. Für vom Grund des Nachbarn ausgehende Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Erschütterung und Ähnliches kommt die speziellere Regelung des § 364 Abs 2 ABGB zur Anwendung. Solche Einwirkungen können nur insoweit untersagt werden, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen.² Um ein gedeihliches Zusammenleben zwischen Nachbarn zu ermöglichen, soll nicht schon jede noch so kleine Einwirkung zu einem Unterlassungsanspruch führen.

Typische Anwendungsfälle von Unterlassungsklagen sind zB klavierspielende oder am Balkon rauchende Nachbarn, krähende Hähne oder Lichteinwirkungen durch die benachbarte Swimmingpoolbeleuchtung. Neben solchen Einwirkungen aus benachbarten Privathaushalten sind Eigentümer und Mieter oft auch von Einwirkungen aus benachbarten Betriebsanlagen betroffen.

Diese Immissionen sind grundsätzlich bereits im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren zu berücksichtigen. Dort hat die Behörde vor allem zu prüfen, ob es durch die Anlage zu subjektiven Beeinträchtigungen von Personen und Eigentum kommt.³ Die Nachbarn haben Anspruch darauf, durch eine gewerblich genehmigte Betriebsanlage weder in ihrem Leben, in ihrer Gesundheit, in ihrem Eigentum oder in sonstigen dinglichen Rechten gefährdet noch in unzumutbarer Weise belästigt zu werden.⁴ Betreiber von Betriebsanlagen sind meist schon bei der Errichtung oder bei (umfassenderen) Änderungen der Anlage mit Nachbarn konfrontiert, die Immissionen befürchten und diesen kritisch gegenüberstehen. Auch nach Erteilung der gewerberechnlichen Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb der Betriebsanlage bietet das Anlagenrecht Nachbarn Schutz vor Immissionen: Die Behörde kann zB nachträglich (weitere) Auflagen vorschreiben oder von der Betriebsanlagengenehmigung nicht gedeckte Immissionen untersagen und verwaltungsstrafrechtlich ahnden.

1 § 354 ABGB.

2 OGH 2.7.2020, 4 Ob 64/20w.

3 *Potacs*, Gewerbliches Betriebsanlagenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 2¹ (2019) 1167 (1191); s dazu noch Punkt 3.1.1.1.

4 VwGH 15.9.2004, 2004/04/0142, 0143; 10.4.2020, Ra 2018/04/0154; näher Punkt 3.1.1.1.

1. Einleitung

Es stellt sich die Frage, inwieweit Nachbarn von gewerberechtlich genehmigten Betriebsanlagen frei entscheiden können, ob sie sich bei Belästigungen oder gar Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Immissionen an die Bezirksverwaltungsbehörde als zuständige Gewerbebehörde oder mit einer Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 ABGB an die ordentlichen Gerichte wenden. Grundsätzlich stehen Zivil- und Öffentliches Recht in keinem Rangordnungsverhältnis (keine Verwaltungsakzessorietät).⁵ Für Immissionen aus Betriebsanlagen ist das Verhältnis zwischen Zivil- und Öffentlichem Recht aber ausdrücklich im Gesetz geregelt, nämlich in § 364a ABGB. Soweit eine genehmigte Anlage vorliegt und sich deren Emissionen im Rahmen der Genehmigung halten, besteht lediglich ein Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB und kein Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB.⁶

In der Praxis werfen auf § 364 Abs 2 ABGB gestützte Unterlassungsklagen, die sich gegen Immissionen aus Betriebsanlagen richten, trotz der auf den ersten Blick klaren Regelung des § 364a ABGB zahlreiche Fragen auf. Im Zentrum steht meist die Frage, ob die aus nachbarlicher Sicht unerwünschten Immissionen von der Betriebsanlagengenehmigung umfasst sind und sich der Nachbar daher mit dem Ausgleichsanspruch begnügen muss. Schwierigkeiten gibt es aber oft auch schon bei der Beurteilung der Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB erfüllt sind, also überhaupt ein Unterlassungs- bzw Ausgleichsanspruch bestehen kann. Diese Schwierigkeiten betreffen zB Fragen wie: *„Wann sind Immissionen noch/nicht mehr ortsüblich? Können Immissionen ortsüblich werden und wenn ja, wie viel Zeit muss dafür vergehen? Stehen zugezogenen Nachbarn dieselben Rechte zu wie jenen, die schon bei Errichtung der Betriebsanlage Nachbarn waren?“*

In den folgenden Kapiteln sollen diese und noch zahlreiche weitere Fragen beantwortet werden. Da sich Klagen gegen Anlageninhaber nach § 364 Abs 2 ABGB besonders häufig gegen Lärmeinwirkungen richten, haben wir den Fokus auf diese Einwirkungen gerichtet. Die dargestellten Grundsätze sind aber natürlich auch auf andere Immissionen, wie zB Staub oder Gerüche, anwendbar.

5 Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB³ (2011) Vor §§ 364-364b Rz 23 ff.

6 OGH 19.2.2008, 5 Ob 8/08z.

2. Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB

Im Zentrum des zivilen Nachbarrechts steht der drei Absätze umfassende § 364 ABGB.

- § 364 **Abs 1** ABGB grenzt die Befugnisse benachbarter Grundeigentümer voneinander durch Verweisung auf den Eigentümer beschränkende oder belastende Rechtsvorschriften ab und normiert das **nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot**.⁷
- § 364 **Abs 2** ABGB verschafft dem Eigentümer eines Grundstücks einen Anspruch auf Abwehr unzulässiger **Immissionen** und schränkt diesen Anspruch gleichzeitig auf Immissionen ein, die das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung wesentlich beeinträchtigen.
- § 364 **Abs 3** ABGB, eingefügt im Jahr 2004, ergänzt die nachbarrechtliche Immissionsabwehrregel des Abs 2 um eine Möglichkeit zur Abwehr unzumutbarer „negativer“ Immissionen (Entzug von Licht und Luft), die von Pflanzen ausgehen.⁸

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

§ 364. (1) Überhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur insofern statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.

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

(3) Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs. 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.

7 OGH 14.12.1988, 3 Ob 591/87; Holzner in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 364 Rz 1 (Stand 1.2.2020).

8 Siehe dazu zB Holzner in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 364 Rz 10 (Stand 1.2.2020).

Für Anlagenbetreiber wesentlich ist der nachbarrechtliche Immissionsabwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB: Der Eigentümer eines Grundstücks kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen – somit ohne Betrachtung der Ortsüblichkeit – unzulässig.

In diesem Kapitel wird untersucht,

- welche Immissionen dem Anwendungsbereich des § 364 Abs 2 ABGB unterliegen (Punkt 2.1.);
- wann Immissionen ortsunüblich sind (bzw werden) und die ortsübliche Benutzung wesentlich beeinträchtigen (Punkt 2.2.);
- wer einen auf § 364 Abs 2 ABGB gestützten Anspruch geltend machen kann (Punkt 2.3.);
- gegen wen ein auf § 364 Abs 2 ABGB gestützter Anspruch geltend gemacht werden kann (Punkt 2.4.);
- welche Anforderungen an die Formulierung eines Unterlassungsbegehrens zu stellen sind (Punkt 2.5.).

2.1. Immissionen

Als Immission iSd § 364 Abs 2 ABGB wird grundsätzlich die „Zuleitung sinnlich wahrnehmbarer, nicht wägbarer Stoffe auf mechanischem oder physikalischem Wege auf der Erde oder durch die Luft“ verstanden.⁹ Das Gesetz zählt als mögliche Immissionen Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch und Erschütterung auf.¹⁰ Es handelt sich dabei um eine demonstrative Aufzählung.¹¹ Bei solchen Zuleitungen wird zwischen mittelbaren (indirekten) und unmittelbaren (direkten) Immissionen unterschieden.

- **Mittelbare (indirekte) Zuleitungen** treten nur zufällig auf dem Nachbargrundstück ein. Sie können insoweit untersagt werden, als sie ortsunüblich sind und die ortsübliche Nutzung wesentlich beeinträchtigen. Beispiele für typische mittelbare Zuleitungen sind **Lärm**¹² und Geruch.¹³
- **Unmittelbare (direkte) Zuleitungen** werden hingegen durch eine Veränderung bzw Tätigkeit (der OGH spricht von einer „Veranstaltung“)¹⁴ bewirkt, die für

9 OGH 28.6.1983, 5 Ob 599/83; vgl auch OGH 20.6.2002, 6 Ob 109/02a.

10 § 364 Abs 2 ABGB.

11 Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut („und ähnliche“); s auch *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*⁶ (2020) § 364 ABGB Rz 5.

12 ZB OGH 19.3.2013, 4 Ob 24/13b; 25.11.2020, 9 Ob 56/20f.

13 ZB OGH 28.1.2009, 10 Ob 123/08g; 24.7.2013, 9 Ob 48/12t.

14 OGH 21.4.2021, 1 Ob 27/21h: „Der Begriff ‚Veranstaltung‘ soll zum Ausdruck bringen, dass Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstücks hinzunehmen sind (...), nicht aber Änderungen der natürlichen Gegebenheiten, wodurch Immissionen auf den Nachbargrund bewirkt werden.“; vgl auch OGH 27.2.2007, 1 Ob 263/06t.

eine Einwirkung gerade in Richtung des Nachbargrundstücks hin ursächlich ist.¹⁵ Sie erfordert eine dem belangten Nachbarn zuzurechnende Änderung der natürlichen Gegebenheiten, jedoch kein zielgerichtetes (absichtliches) Verhalten.¹⁶ Zu den unmittelbaren Zuleitungen zählt insbesondere die Zuleitung von Ab- oder Niederschlagswässern durch Rohre oder Rinnen,¹⁷ aber auch künstlich herbeigeführte Luftströme.¹⁸ Unmittelbare Zuleitungen sind nach dem Gesetzeswortlaut „*unter allen Umständen*“ – also ohne weitere Prüfung einer Ortsunüblichkeit oder wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung – unzulässig. Sie müssen vom Nachbarn nicht geduldet werden.¹⁹ Nach der Judikatur des OGH besteht aber bei unmittelbaren Zuleitungen dann kein Unterlassungsanspruch, wenn sich diese auf das Nachbargrundstück nur geringfügig auswirken und dies „*kein vernünftiger Mensch als nennenswerten Nachteil ansähe*.“²⁰

Grobkörperliche Immissionen sind grundsätzlich keine Immissionen iSd § 364 Abs 2 ABGB. Aber auch hier ist im Detail zu unterscheiden:

- Grobkörperliche Immissionen **fester Körper größeren Umfangs** (zB herabfallendes Gestein, Erdreich und größere Äste,²¹ Fuß-,²² Golf-²³ oder Tennisbälle,²⁴ Überreste von Silvesterraketen²⁵) sind wie unmittelbare Zuleitungen zu behandeln. Es besteht ein Unterlassungsanspruch unabhängig von den Kriterien der Ortsunüblichkeit oder der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung.²⁶
- Grobkörperliche Immissionen, die **verhältnismäßig klein** sind und deren völlige Fernhaltung vom beeinträchtigten Grundstück auch bei ordnungsgemäßem Betrieb tatsächlich unmöglich ist, können mittelbaren, nichtkörperlichen Immissionen iSd § 364 Abs 2 ABGB gleichgehalten werden (zB Hobelspäne eines Sägewerksbetriebs,²⁷ herabfallendes Laub oder Nadeln,²⁸ Tennissand²⁹). Das Eindringen solcher Stoffe ist hinzunehmen, solange das ortsübliche Maß nicht überschritten wird.³⁰

15 RIS-Justiz RS0010635; OGH 16.11.2016, 2 Ob 1/16k.

16 OGH 16.11.2016, 2 Ob 1/16k; 21.4.2021, 1 Ob 27/21h.

17 OGH 25.11.2020, 9 Ob 56/20f.

18 OGH 20.10.2021, 6 Ob 171/21x.

19 § 364 Abs 2 zweiter Satz ABGB.

20 OGH 26.8.2014, 10 Ob 45/14m; 21.4.2021, 1 Ob 27/21h.

21 OGH 24.2.1971, 5 Ob 23/71.

22 OGH 7.11.1995, 4 Ob 579/95; 3.10.2006, 10 Ob 37/05x.

23 OGH 12.1.1995, 2 Ob 558/93.

24 OGH 29.10.1992, 8 Ob 635/92.

25 OGH 17.12.2019, 10 Ob 74/19h.

26 Vgl RIS-Justiz RS0010613; OGH 17.12.2019, 10 Ob 74/19h; Holzner in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 364 Rz 8 (Stand 1.2.2020); Gimpel-Hinteregger, Grundfragen der Umwelthaftung (1994) 267 f. Ein Abwehranspruch ist aber auch bei größeren grobkörperlichen Immissionen ausgeschlossen, wenn er schikanös geltend gemacht wird (OGH 29.10.1992, 8 Ob 635/92).

27 OGH 13.7.1978, 6 Ob 671/78.

28 OGH 21.5.2014, 7 Ob 71/14p.

29 RIS-Justiz RS0010601.

30 OGH 17.12.2019, 10 Ob 74/19h; RIS-Justiz RS0010624.

| Unterlassungsanspruch nur bei Ortsunüblichkeit und wesentlicher Nutzungsbeeinträchtigung | Unterlassungsanspruch unabhängig von Ortsunüblichkeit und wesentlicher Nutzungsbeeinträchtigung |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Mittelbar eindringende nicht körperliche Einwirkungen (zB Lärm, Geruch) • Äußerst kleine grobkörperliche Stoffe (zB Abwässer, Laub, Tennis-sand) | <ul style="list-style-type: none"> • Unmittelbare Zuleitung nicht körperlicher Einwirkungen (zB durch Abwasserrohr oder abflussändernden Abstellplatz) • Grobkörperliche Stoffe (zB Golfbälle, Gestein, Erdreich, Äste) |

Abbildung 1: Übersicht Immissionen

Das Vorliegen von Immissionen als Eingriff in das Eigentumsrecht ist vom Nachbarn zu beweisen.³¹

2.2. Ortsüblichkeit und Wesentlichkeit

Nachbarn können nicht jeden Eingriff in ihr Eigentumsrecht durch Immissionen untersagen. Mittelbare Zuleitungen – wie zB Lärmeinwirkungen – und verhältnismäßig kleine grobkörperliche Zuleitungen sind zu dulden, wenn sie ortsüblich sind und die ortsübliche Nutzung dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird.³² Könnten jegliche, also auch übliche und nicht wesentlich beeinträchtigende Immissionen abgewehrt werden, würde dies ein gedeihliches Zusammenleben unmöglich machen.³³

Für das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs nach § 364 Abs 2 ABGB müssen bei mittelbaren Zuleitungen demnach zwei Kriterien erfüllt sein:

- Die Immission ist ortsunüblich (sie übersteigt das „nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß“).
- Die Immission beeinträchtigt die ortsübliche Nutzung wesentlich.

Die beiden Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein, um einen Unterlassungsanspruch geltend machen zu können. Nachbarn müssen daher auch ortsunübliche Immissionen dulden, wenn durch diese die ortsübliche Nutzung ihres Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Ebenso sind Immissionen zu dulden, die zwar die ortsübliche Nutzung wesentlich beeinträchtigen, die aber ortsüblich sind.³⁴ Zwischen den Kriterien der Ortsüblichkeit und Unzumutbarkeit besteht ein Zusammenhang: Unzumutbarkeit wird umso weniger anzunehmen sein, je näher eine – an sich ortsunübliche – Beeinträchtigung an der Grenze zur Ortsüblichkeit liegt.³⁵

31 OGH 3.5.2011, 10 Ob 25/11s.

32 RIS-Justiz RS0010584.

33 Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB³ (2011) Vor §§ 364-364b Rz 2.

34 OGH 28.4.2020, 1 Ob 62/20d; 25.11.2020, 6 Ob 123/20m; RIS-Justiz RS0010587 (T4 und T8).

35 OGH 12.6.2012, 4 Ob 99/12f; 23.4.2020, 6 Ob 60/20x.

Die Beweislast dafür, dass die Immissionen die vom Gesetz gezogenen Schranken nicht überschreiten (sie also ortsüblich sind und/oder eine nur allenfalls unwesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung des Grundstücks vorliegt), liegt beim Störer.³⁶

Die Frage, ob die vom Nachbargrund einwirkenden Belästigungen das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigen und die ortsübliche Benutzung der Liegenschaft wesentlich beeinträchtigen, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.³⁷ In der Praxis ist die Beantwortung dieser Frage oft nicht einfach. Diese Kriterien werden daher im Folgenden näher beleuchtet.

2.2.1. Ortsüblichkeit von Immissionen

2.2.1.1. Örtliche Verhältnisse

Um beurteilen zu können, ob die Immissionen das ortsübliche Ausmaß überschreiten, müssen zunächst die ortsüblichen Immissionen ermittelt werden. Es handelt sich dabei um eine Einzelfallbeurteilung,³⁸ für die der OGH folgende Anhaltspunkte gibt:

- Die Ortsüblichkeit ist nach den **tatsächlichen Verhältnissen** in der maßgebenden Umgebung zu beurteilen.³⁹
- Die Begriffe „örtlich“ und „ortsüblich“ sind nicht im Sinn einer politischen Gemeinde zu verstehen. Es ist aber auch nicht auf das beeinträchtigte Grundstück allein abzustellen, sondern auf die **unmittelbare Umgebung der störenden und der gestörten Liegenschaft**. Es geht um Gebiets- bzw Stadtteile („Viertel“) mit annähernd gleichen Lebens- und Umweltbedingungen.⁴⁰
- Auch der **Charakter der Gegend** ist in die Beurteilung miteinzubeziehen. In der Regel wird die Ortsüblichkeit von Immissionen danach bestimmt, ob in dem zu beurteilenden Gebiet eine größere Anzahl von Grundstücken so genutzt wird, dass von ihnen entsprechende Einwirkungen ausgehen.⁴¹ Aber auch ein **einzelner Betrieb** kann den Charakter einer Gegend prägen und damit die Ortsüblichkeit von Immissionen bestimmen, wenn der größere Teil des „Orts“ von den Immissionen des Betriebs betroffen ist.⁴²
- Bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit kommt es nicht nur auf die **Intensität**, sondern auch auf die **Art** der Einwirkungen und auf den Grad ihrer **Störungs-**

36 OGH 22.1.2009, 2 Ob 194/08f; 3.5.2011, 10 Ob 25/11s; RIS-Justiz RS0010474.

37 OGH 19.11.2019, 1 Ob 198/19b; 25.11.2020, 6 Ob 123/20m.

38 OGH 19.11.2019, 1 Ob 198/19b; 25.11.2020, 6 Ob 123/20m.

39 RIS-Justiz RS0010653.

40 OGH 8.6.2015, 2 Ob 166/14x; 28.4.2020, 1 Ob 62/20d; 2.7.2020, 4 Ob 64/20w; 1.9.2021, 3 Ob 76/21d; RIS-Justiz RS0010653; RS0010678.

41 OGH 9.11.1983, 1 Ob 742/83; 25.4.2018, 2 Ob 67/18v; 28.4.2020, 1 Ob 62/20d; 18.2.2021, 6 Ob 247/20x.

42 OGH 14.12.1988, 3 Ob 591/87; 17.2.2010, 2 Ob 57/09k zum Betrieb einer Eisenbahnanlage; OGH 30.10.2020, 2 Ob 12/19g zu einem Flughafen; 24.9.2019, 8 Ob 61/19g zu einer Gondelseilbahn; vgl auch *Jabornegg*, Privates Nachbarrecht und Umweltschutz, ÖJZ 1983, 365 (369).

eignung an.⁴³ Bei Lärmimmissionen ist nicht nur die objektiv messbare Lautstärke relevant. Maßgebend ist auch die subjektive „Lästigkeit“. Diese ist am Empfinden eines durchschnittlichen Bewohners des betroffenen Grundstücks zu messen. Es ist vor allem auf die Tonhöhe, die Dauer und die Eigenart der Geräusche abzustellen.⁴⁴ In diesem Sinn stellt der Vergleich der bisherigen und der neuen Lärmsituation anhand des (energie-)äquivalenten **Dauerschallpegels** ($L_{A,eq}$) nicht zwingend ein taugliches Mittel zur Beurteilung der Ortsüblichkeit der neuen Lärmsituation dar. Bei besonderer Lästigkeit impulsartiger Geräusche kann auch bei annähernd gleichem (energie-)äquivalenten Dauerschallpegel eine Ortsunüblichkeit von früher nicht gegebenen **Lärmspitzen** und damit ein Untersagungsanspruch gegeben sein.⁴⁵

- Die Gewährung des Immissionsschutzes darf nicht überspannt werden.⁴⁶ Es führt nicht bereits jede objektiv messbare Lärmerhöhung zu einer Ortsunüblichkeit der Immission. In einzelnen Entscheidungen stellte der OGH bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit darauf ab, ob sich der Beurteilungspegel (Mittelungswert) um weniger oder mehr als 10 dB über den vorhandenen Grundgeräuschpegel erhob.⁴⁷ Dies ist vor allem deswegen kritisch zu betrachten, weil eine Erhöhung um 10 dB als eine Verdoppelung des Lärms wahrgenommen wird und daher auch Erhöhungen von (knapp) unter 10 dB zu einer erheblichen Änderung der ortsüblichen Verhältnisse führen können.
- **Ö-Normen** und **ÖAL-Richtlinien** können für die Beurteilung der Ortsüblichkeit und Intensität (nur) als Anhaltspunkt dienen.⁴⁸ Auch von der Wissenschaft entwickelte Grenzwerte können als Beurteilungskriterium herangezogen werden.⁴⁹
- Mehr als eine hilfswise Heranziehung **öffentlich-rechtlicher Vorschriften** kommt bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit nicht in Betracht. Die Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften schließt einen Anspruch gemäß § 364 ABGB nicht aus. Umgekehrt begründet der Verstoß gegen Öffentliches Recht nicht schon automatisch einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch.⁵⁰ **Flächenwidmungsplänen** kommt daher (nur) Indizfunktion für die im betreffenden Raum bestehenden Verhältnisse zu.⁵¹ Eine **verwaltungsbehördliche Genehmigung** kann als Indiz für die Ortsüblichkeit der Immissionen eine gewisse Bedeutung gewinnen.⁵²

43 RIS-Justiz RS0010678.

44 OGH 24.9.2019, 8 Ob 61/19g; 22.10.2020, 5 Ob 95/20m.

45 OGH 25.6.2014, 3 Ob 53/14m.

46 OGH 16.12.2021, 5 Ob 210/21z.

47 OGH 28.1.2009, 1 Ob 123/08g; 16.12.2021, 5 Ob 210/21z.

48 OGH 24.6.2005, 1 Ob 73/05z; 16.6.2011, 6 Ob 105/11a; 19.3.2013, 4 Ob 24/13b; 23.4.2020, 6 Ob 60/20x.

49 OGH 23.4.2020, 6 Ob 60/20x.

50 OGH 20.3.1997, 2 Ob 13/97v.

51 OGH 28.4.2020, 1 Ob 62/20d.

52 OGH 22.9.2010, 8 Ob 128/09w; 18.2.2021, 6 Ob 247/20x.