

1.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

Zu § 97

Ehewohnung

71.001. Der Anspruch des Ehegatten, dem die Wohnung, über die der andere Verfügungsberechtigt ist, zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses dient, darauf, dass der Verfügungsberechtigte alles unterlasse und vorkehre, damit der auf die Wohnung angewiesene Ehegatte diese nicht verliere (§ 97 ABGB), richtet sich grundsätzlich **gegen den Verfügungsberechtigten Ehegatten**. Schuldhaftige Verletzung dieser Pflicht kann Schadenersatzansprüche auslösen (RIS-Justiz RS0005961). Der **Wohnungserhaltungsanspruch** des wohnbedürftigen Ehegatten ist gem § 97 Satz 2 ABGB ausgeschlossen, wenn der Wohnungsverlust „durch die Umstände erzwungen wird“, eine **Erhaltung der Wohnung** dem Verfügungsberechtigten anderen Ehegatten also **unzumutbar** ist. Das Gesetz verlangt demnach (arg: „erzwungen“) zwar eine gewisse **Zwangslage** des Verfügungsberechtigten Ehegatten, die ihn zur Aufgabe der Wohnung nötigt; eine echte „Zwangslage“ iS fehlender Alternativen ist aber nicht gefordert. Daher können auch **wirtschaftliche Gründe** (wie mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit) den Verfügungsberechtigten Ehegatten zur Wohnungsaufgabe nötigen. Ob ihm dann im Einzelfall dennoch die Erhaltung der Wohnung zumutbar gewesen wäre, ist aufgrund einer **Interessenabwägung** zu beurteilen (RIS-Justiz RS0015115; 4 Ob 49/01m mwN). OGH 23. 1. 2019, 1 Ob 10/19f.

Zu § 260

71.002. Nach der Rsp zur Rechtslage vor dem 2. ErwSchG indizierte die **Bestellung eines** (einstweiligen) **Sachwalters** für einen Beteiligten eine **Beschränkung seiner Handlungsfähigkeit**, die (maximal) ein Jahr vor dem Bestellungsakt bereits bestanden hat, sofern nicht konkrete Hinweise auf einen bereits länger anhaltenden Zustand beschränkter Handlungsfähigkeit vorlagen (RIS-Justiz RS0107975).

Mit dem am 1. 7. 2018 in Kraft getretenen 2. ErwSchG wurde das Rechtsinstitut der Vertretung selbst nicht mehr voll handlungsfähiger Personen neu geregelt und der bisherige Sachwalter durch den gerichtlichen Erwachsenenvertreter ersetzt (dazu näher bei *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*⁵ vor § 239 ABGB Rz 4). Zugleich wurde das Recht der Vorsorgevollmacht reformiert (vgl § 260 ABGB idF BGBl I 2017/59).

Wie die Bestellung eines Sachwalters – nunmehr gesetzlichen Erwachsenenvertreters – indiziert der Eintritt der **Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht**

in einem nahen zeitlichen Konnex zu ihrer Errichtung eine Beschränkung der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers. Mit einer Zeitspanne von 3 Monaten zwischen Errichtung der Vorsorgevollmacht und Eintritt ihrer Wirksamkeit wurde der in stRsp angenommene Zeitrahmen für diese Indizwirkung nicht überschritten, sodass das Rekursgericht zu Recht Bedenken gegen die Verfügungsfähigkeit und damit ein Eintragungshindernis iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG angenommen hat. Der Umstand, dass ein Notar die Vollmachterteilung beglaubigte und offensichtlich keine Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers hatte, schließt **Bedenken** iSd § 94 Abs 1 Z 2 GBG nicht zwingend aus (vgl RIS-Justiz RS0060632 [T 2], RS0107975 [T 9]). OGH 24. 9. 2019, 5 Ob 145/19p EvBl 2020/45.

Zu § 294

71.003. Der Begriff „Bestandteil“ ist im ABGB nicht ausdrücklich geregelt oder auch nur erwähnt, aber in Rechtslehre und Rsp fest umrissen. Als **Bestandteile** bezeichnet man die **Teile einer zusammengesetzten Sache**; ist die Verbindung von Teilen mit der Hauptsache so eng, dass sie von dieser tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise abgesondert werden könnten, spricht man von **unselbständigen Bestandteilen**, die **sonderrechtsunfähig** sind; lassen sich die Bestandteile hingegen tatsächlich und wirtschaftlich von der Rechtssache trennen, nennt man sie **selbständige Bestandteile**, die **sonderrechtsfähig** sind, also nicht notwendig das sachenrechtliche Schicksal der Hauptsache teilen müssen (RIS-Justiz RS0009891, RS0009909).

Von einer untrennbaren Einheit kann nicht gesprochen werden, wenn sich das Werk in einzelne Teile zerlegen lässt, die eines selbständigen Bestands fähig sind und durch die Trennung in ihrem Wesen nicht verändert werden. Die Teile eines Werks sind dann eines selbständigen Bestands fähig, wenn sie sich ohne unverhältnismäßige Wertzerstörung theoretisch gesondert verwerten lassen, ohne dass dies zu einer Zergliederung des Gesamtwerks und damit eine Ergänzungsbedürftigkeit des Restwerks führen würde (RIS-Justiz RS0131704). **Teilbarkeit** setzt den selbständigen Bestand der einzelnen Teile nach deren Trennung bzw die Wiederherstellung einer selbständigen Sache voraus (vgl RIS-Justiz RS0009909, RS0013378 [T 4]).

Um einen unselbständigen Bestandteil handelt es sich hingegen dann, wenn durch seine Absonderung das Wesen der Hauptsache oder des Bestandteils so verändert wird, dass sie wirtschaftlich als etwas anderes angesehen wird, und wenn die Absonderung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden wäre, wobei jedenfalls die Verkehrsauffassung entscheidet (3 Ob 112/87). Verliert das mit der Hauptsache in Verbindung

gebrachte Material seine physische Existenz, liegt ein unselbständiger Bestandteil vor (RIS-Justiz RS0009909 [T 1, T 7]). OGH 18. 9. 2019, 7 Ob 81/19s.

Zu § 297

71.004. Zu einer Liegenschaft gehören nach § 297 ABGB grundsätzlich auch die darauf errichteten Gebäude (*superficies solo cedit*). Davon sieht das Gesetz Ausnahmen für **Superädi-fikate** (§ 435 ABGB) und für Räume und Bauwerke unter der Erdoberfläche (§ 300 ABGB) vor (zB 4 Ob 111/12w, 7 Ob 145/14w uva). Ob eine solche Ausnahme vorliegt, hat jene Partei, die sich darauf beruft, zu behaupten und zu beweisen; verbleibende Unklarheiten gehen zu ihren Lasten (1 Ob 513/93; RIS-Justiz RS0009887). OGH 26. 3. 2019, 4 Ob 34/19g wobl 2020/10 (*Bittner*) = bbl 2019/157.

Zu § 339

71.005. Die Behauptung der Besitzstörung infolge eines „**kollusiv organisierten Räumungsvergleichs**“ ist im Besitzstörungsverfahren verfehlt: Gem § 339 ABGB ist niemand befugt, den Besitz „eigenmächtig“ zu stören. Eigenmacht fehlt nicht nur dort, wo der Eingriff durch den Besitzer gestattet wurde, sondern ferner dann, wenn der unmittelbare Eingriff durch Gesetz oder behördliche Anordnung erlaubt ist, ohne dass es auf die Rechtmäßigkeit des Aktes ankäme (*Holzner in Rummel/Lukas*⁴ § 339 Rz 15 mwN; *Kodek*, Besitzstörung 580 mwN; *ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 339 Rz 217; *Grüblinger in Schwimann/Kodek*⁴ § 339 Rz 20; zur Räumungsexekution explizit LGZ Wien MietSlg 64.014). Ein Räumungsvergleich ist ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Exekutionstitel und keineswegs ein rechtlich unzulässiges Mittel zur Rechtsdurchsetzung. Ein „absolut nichtiger Exekutionstitel“ ist der österreichischen Rechtsordnung fremd; die gegenteilige Ansicht der Rekurswerberin würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen. Es ist daher irrelevant, wie der Exekutionstitel erwirkt wurde, weil dieser im Zeitpunkt der zwangsweisen Räumung jedenfalls dem Rechtsbestand angehört hat. LGZ Wien 5. 6. 2019, 39 R 4/19f.

71.006. Der Rechtsbesitz eines Mieters erstreckt sich auf den vertragsgemäßen, der Verkehrssitte entsprechenden Gebrauch am Bestandsobjekt. Ein darüber hinausgehendes Eingreifen in den Sachbesitz des Vermieters kann eine **Besitzstörungshandlung** begründen, wenn daraus ein wirklicher oder zumindest möglicher Nachteil entsteht (LGZ Wien MietSlg 52.012 mwN). Während die Rsp bei Änderungen innerhalb des Bestandsobjekts eher großzügig ist (Bspe bei LGZ Wien MietSlg 52.012), werden Eingriffe in allgemeine und somit nicht mitvermietete

Teile des Hauses strenger beurteilt. So stellt die Änderung des Farbtons der Fassade Besitzstörung dar (LGZ Wien MietSlg 56.017; s aber bereits LGZ Wien MietSlg 32.020 und LGZ Graz MietSlg 42.011).

Maßt sich der Bekl durch sein Vorgehen (Anstrich auf Trämen und Stahlträgern im Deckenbereich) Besitzrechte an allgemeinen Teilen des Hauses an, die mangels einer dahin lauteten Vereinbarung und auch nach der Verkehrssitte nicht zustehen, kann sich der Sachbesitzer selbst mit Rücksicht darauf, dass in der getroffenen Maßnahme vielleicht auch eine Verbesserung der Bausubstanz erblickt werden könnte, mit Besitzstörungsklage zur Wehr setzen (s dazu etwa LGZ Graz MietSlg 42.011). Genauso, wie ein Begehren auf Wiederherstellung von abgeschnittenen Ästen oder Bäumen oder auf Wiedererrichtung eines entfernten oder beschädigten Zauns im Besitzstörungsverfahren verfehlt ist, ist auch ein Begehren auf Entfernen des Anstrichs auf den Eisenträgern und des Benzolanstrichs an den Trämen nicht im Besitzstörungsverfahren geltend zu machen, sondern etwa in einem AußStrVerf gem § 9 MRG. Was nach der Bauordnung für Wien genehmigungsfähig ist oder nicht, spielt im Besitzstörungsverfahren überhaupt keine Rolle. Das Besitzstörungsverfahren dient der Verwirklichung des Eigenmachverbotes und der schnellstmöglichen Wiederherstellung des letzten ruhigen Besitzstandes (*Fucik in Rechberger*⁴ § 454 ZPO). Das Verf ist auf den Schutz und die Wiederherstellung des letzten Besitzstandes gerichtet (§ 454 Abs 1 ZPO). Der Umfang der Wiederherstellungsverpflichtung ergibt sich somit eindeutig aus der festgestellten Störungshandlung. LGZ Wien 5. 6. 2019, 39 R 23/19z.

71.007. Die Beweiswürdigung ist im Rekursverfahren grundsätzlich nicht anfechtbar. Nur in bestimmten Fällen können die Tatfrage und die Beweiswürdigung mit Rekurs bekämpft werden, ohne dass auch der im Rekursverfahren geltende Unmittelbarkeitsgrundsatz durch Umwürdigung der in erster Instanz aufgenommenen Beweise verletzt wird. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird dann nicht verletzt, wenn schon die Beweisaufnahme beim Erstgericht nicht unmittelbar, sondern im Rechtshilfeweg erfolgte oder zulässigerweise gem § 281a ZPO durch Verlesung der Beweisaufnahmeprotokolle aus anderen gerichtlichen Verf durchgeführt wurde oder wenn das ErstG Feststellungen nur aufgrund von ihm unmittelbar vorliegenden Augenscheinsgegenständen und Urkunden getroffen hat. Nur in diesen Fällen sind Tatfrage und Beweiswürdigung mit Rekurs bekämpfbar (*Fasching, Handbuch*² Rz 1988; *Kläuser/Kodek*, JN-ZPO¹⁸ § 526 E 34 ff). Auch § 518 Abs 3 ZPO soll nur für Besitzstörungsverfahren mit einem Streitwert von höchstens € 2.700,- die Anfechtbarkeit übereinstimmend mit § 501 ZPO regeln, ohne damit auch die Möglich-

keit der Bekämpfung der erstgerichtlichen Beweiswürdigung im Rekursverfahren zu eröffnen (*Kodek in Rechberger*⁴ § 518 ZPO Rz 3; *Klausner/Kodek*, aaO § 518 ZPO E 12 mwN; LGZ Wien MietSlg 38.798, 38.801 ua). LGZ Wien 12. 6. 2019, 39 R 22/19b.

71.008. Fehlt es einem Klagebegehren an **Bestimmtheit**, so ist die Klage gar nicht ordnungsgemäß erhoben (*Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 226 Rz 7 mwN). Die Bestimmtheit des Klagebegehrens ist eine von Amts wegen zu beachtenden prozessuale Klagsvoraussetzung (vgl dazu *Rechberger/Klicka* aaO; *Klausner/Kodek* JN-ZPO¹⁸ § 226 E 42, E 43). Dem Erfordernis der Bestimmtheit ist entsprochen, wenn aus dem Klagebegehren unter Berücksichtigung des Sprach- und Ortsgebrauches und nach den Regeln des Verkehrs zweifelsfrei zu entnehmen ist, was begehrt wird (*Klausner/Kodek* aaO E 42/2). Dabei ist zwar primär vom Wortlaut des Klagebegehrens auszugehen, dieser ist aber objektiv auszulegen und so zu verstehen, wie er im Zusammenhang mit dem Tatsachenvorbringen gemeint ist. Zur Bestimmtheit eines Klagebegehrens gehört ganz allgemein auch, dass es in sich selbst alle Elemente der Konkretisierung enthält (*Geroldinger in Fasching/Konecny*³ III/1 § 226 ZPO Rz 98). Das Klagebegehren ist dann mangelhaft, wenn ein dem Begehren stattgebendes Urteil nicht die Grundlage einer Exekution bilden könnte. Was nicht vollstreckbar ist, kann nicht Gegenstand einer Leistungsklage sein (RIS-Justiz RS0000799; RS0037469, *Klausner/Kodek*, aaO E 63f).

Das **Wiederherstellungsbegehren** im Besitzstörungsverfahren ist ein Leistungsbegehren, es muss daher entsprechend bestimmt (und damit exequierbar) sein. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Umfang der Verpflichtung zur Wiederherstellung abgrenzen lässt. Dabei muss zumindest Umfang und Objekt der Wiederherstellung aus dem Urteilsantrag selbst und der wiederherzustellende Zustand zumindest aus der Klagserzählung zweifelsfrei ersichtlich sein (*Kodek in Klang*³ § 339 Rz 182f).

Der **Entzug von Licht** kann grundsätzlich eine Besitzstörung darstellen. Eine Besitzstörung liegt aber regelmäßig nur dann vor, wenn es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung handelt. Bei bloß geringfügigen Eingriffen, bei denen im Verhältnis zur bisherigen Lage kein wirklicher Nachteil angenommen werden kann, liegt keine Besitzstörung vor (vgl dazu *Holzner in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 339 Rz 12 mwN). Im Fall des Entzugs von Licht bedeutet dies, dass die Belichtungssituation der betreffenden Räume erheblich verschlechtert sein muss, wobei es nicht auf bauliche Richtlinien, sondern auf einen Vergleich zwischen dem früheren Zustand (dem letzten ruhigen Besitzstand) und dem nunmehrigen Zustand ankommt. LGZ Wien 14. 8. 2019, 39 R 211/19x.

Zu § 364

71.009. § 364 Abs 2 ABGB dient als Sonderform des negatorischen Eigentumsschutzes bei Immissionen **nur** der **Störungsabwehr** und gewährt einen Anspruch auf Unterlassung und nach stRsp sowie hL auf **Beseitigung der Immission** (4 Ob 43/11v RdU 2012/20, 39 [zustimmend *B. Lang*] = bbl 2012/68 [Egglmeier-Schmolke] = immolex 2012/41 [zustimmend *E. Schön*]; 9 Ob 7/18x immolex 2019/20 [*A. Klein*]; *Kerschner/E. Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 64ff). OGH 3. 4. 2019, 1 Ob 24/19i RdU 2019, 174 (*Kerschner*).

71.010. Es entspricht stRsp, dass § 364 Abs 2 ABGB auch im Verhältnis zwischen WEer ein- und desselben Hauses anwendbar ist, solange ein WEer im Rahmen der Ausübung seines ausschließlichen Benützungsrechts an einem bestimmten WE-Objekt Störungen verursacht (RS0010614 [T 1]). Ein **nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch** kann also auch **zwischen WEer ein- und desselben Hauses** für eine von einem WE-Objekt ausgehende Störung bestehen (RS0010603 [T 1]). Dass das emittierende und das beeinträchtigte WE-Objekt Teil derselben Liegenschaft sind, steht der (analogen) Anwendung des § 364a ABGB also nicht im Weg. OGH 13. 6. 2019, 5 Ob 21/19b immolex 2019/102 = Zak 2019/503.

71.011. Die in § 364 Abs 2 ABGB gebrauchten Ausdrücke „örtlich“ und „ortsüblich“ sind nicht in dem Sinne zu verstehen, dass es auf die Verhältnisse innerhalb der gesamten politischen Gemeinde ankomme. Maßgebend sind vielmehr die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu dem, von dem die Störung ausgeht, und die **Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung** beider Liegenschaften (RIS-Justiz RS0010678 [T 2], RS0010653 [T 3]).

In der Regel hängt die Ortsüblichkeit von Immissionen in dem zu betrachtenden Raum davon ab, ob schon eine größere Anzahl von Grundstücken dieses Gebiets so genutzt wird, dass Einwirkungen von ihnen ausgehen, die den zu beurteilenden Immissionen entsprechen (RIS-Justiz RS0010653 [T 17]). Unter besonderen Umständen können aber auch etwa schon ein einziger Großbetrieb (3 Ob 391/87), eine große Sportanlage (3 Ob 586/78; 6 Ob 611/82 MietSlg 34.033) oder Bahnanlagen (6 Ob 668/81) den Charakter eines Raumes prägen. In der zuletzt zitierten Entscheidung kam der OGH daher auch zum Ergebnis, dass Einwirkungen, die der Betrieb einer **Eisenbahn** üblicherweise mit sich bringt, zu den Umständen gehören, die den Charakter der Landschaft formen, und dass sie daher als ortsüblich anzusehen sind. Auch eine **Seilbahnanlage** wie die hier streitgegenständliche ist für die Beurteilung des maßgeblichen Raumes prägend.

Übersteigen die Immissionen das ortsübliche Ausmaß und nimmt der Nachbar diesen mehr als 3 Jahre unbeanstandet hin, so ist nach einem Teil der Rsp die Ortsüblichkeit unter Berücksichtigung der zunächst untersagbaren Mehrbelastung zu beurteilen, sodass ein Anspruch auf Unterlassung der Immissionen nicht mehr besteht (7 Ob 361/97g; 3 Ob 201/99a).

Dass schon das **mehrfährige Hinnehmen einer Immission** durch den Betroffenen diese ortsüblich machen könne, lehnt ein anderer Teil der Rsp ab (5 Ob 65/03z; 1 Ob 263/06t; dazu RIS-Justiz RS0117865). Begründung hierfür ist, dass die Umgebung, die der in § 364 Abs 2 ABGB verwendete Begriff „Ort“ umschreibt, sich im Regelfall nicht auf das emittierende und das oder die davon wesentlich beeinträchtigte(n) Grundstück(e) reduzieren lässt, die „örtlichen Verhältnisse“ weiträumiger zu verstehen sind und es um Gebiets- bzw Stadtteile („Viertel“) mit annähernd gleichen Lebens- und Umweltbedingungen geht (5 Ob 65/03z).

Wie bereits ausgeführt liegt hier aber ein Ausnahmefall vor, weil die Seilbahnanlage den für die Beurteilung maßgeblichen Raum prägt. In einem solchen Fall ist kein Grund ersichtlich, warum vom betroffenen Anrainer über 3 Jahre unbeanstandet gebliebene Immissionen der den Raum prägenden Seilbahnanlage nicht ortsüblich werden sollen.

Die unzulässige Einwirkung wird nach § 364 Abs 2 ABGB zum einen durch das Kriterium, dass sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet, zum anderen durch jenes, dass sie die **ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigt**, bestimmt. Da die beiden Kriterien kumulativ vorliegen müssen, sind selbst ortsunübliche Immissionen zu dulden, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen, sowie auch ortsübliche, obwohl die ortsübliche Nutzung des Grundstücks durch sie wesentlich beeinträchtigt wird (idS 7 Ob 286/03i mwN).

Für das Kriterium der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung des Grundstücks durch die Einwirkung kommt es bei Lärm **nicht nur** auf den **Geräuschpegel, sondern auch** auf die **Lästigkeit des Lärms** an (*Winner in Rummel/Lukas*⁴ § 364 ABGB Rz 34). Die Lästigkeit kann je nach Lärmquelle eine unterschiedliche Ursache haben, insb in der Tonhöhe, der Dauer und der Eigenart der Geräusche begründet sein (vgl RIS-Justiz RS0010557). So wird zB ein Tennisplatz wegen der Impulsartigkeit der mit ihm einhergehenden Geräusche als lästig empfunden (8 Ob 635/92; 3 Ob 53/14m). OGH 24. 9. 2019, 8 Ob 61/19g RdU 2020/26.

71.012. Für die – sowohl hinsichtlich des Ausmaßes der Immissionen als auch der Beeinträchtigung des dadurch betroffenen Grundstücks – zu berücksichtigenden örtlichen Verhältnissen

se kommt es neben Dauer und Intensität unter anderem auch auf die Art der Einwirkung, den Grad ihrer Störungseignung sowie auf den „**Charakter der Gegend**“ an (vgl RIS-Justiz RS0010678 [„zB Betrieb von Buschenschanken“]). Die Ortsüblichkeit ist nach den tatsächlichen Verhältnissen in der maßgebenden Umgebung zu beurteilen (RIS-Justiz RS0010653 [T 22]), die sich im Regelfall nicht auf das emittierende und das beeinträchtigte Grundstück reduzieren lässt, sondern Gebietsteile mit annähernd gleichen Lebens- und Umweltbedingungen umfasst (RIS-Justiz RS0010653 [T 14]). Erforderlich ist ein Vergleich der Benützung des störenden (nicht des betroffenen) Grundstücks mit anderen Grundstücken des betreffenden Gebiets, wobei die Ortsüblichkeit einer Immission im zu betrachtenden Raum idR davon abhängt, ob schon eine größere Anzahl von dort gelegenen Grundstücken so genutzt wird, dass von ihnen den zu beurteilenden Immissionen entsprechende Einwirkungen ausgehen (vgl RIS-Justiz RS0010653 [T 17]).

Der **Maßstab** der Wesentlichkeit der Einwirkung ist ein objektiver, es kommt auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen an, der sich in der Lage des Gestörten befindet (vgl RIS-Justiz RS0010607). OGH 19. 11. 2019, 1 Ob 198/19b immolex 2020/48 (*Maier-Hülte*) = bbl 2020/52.

71.013. Gewisse mittelbare Einwirkungen im Rahmen des ortsüblichen Ausmaßes, die keine erhebliche Beeinträchtigung der Benützung des Grundstücks hervorrufen, muss der Eigentümer dulden. „**Unmittelbare Zuleitung**“ nach § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB im Sinn eines positiven Tuns ist hingegen **immer** – ohne die Einschränkungen der Wesentlichkeit und Ortsüblichkeit – **unzulässig** (*Eccher/Riss* in KBB⁵ § 364 Rz 4). Als derartige unmittelbare Zuleitungen gelten auch sogenannte **grobkörperliche Immissionen**. Nach der Rsp ist die Größe der eindringenden Stoffe maßgebend. Ist ihr Umfang äußerst gering (herabfallendes Laub oder Nadeln) fallen sie unter § 364 Abs 2 Satz 1 ABGB (RS0010613 [T 7], RS0010624 [T 2]). Das Eindringen solcher Stoffe ist hinzunehmen, solange das ortsübliche Maß nicht überschritten wird. Handelt es sich aber um – von den sonst in § 364 Abs 2 ABGB angeführten Beeinträchtigungen deutlich unterscheidbare – größere feste Körper, stellen diese grob körperliche Einwirkungen dar, die ohne Einschränkung abgewehrt werden können, wie etwa Fußbälle (4 Ob 579/95, 10 Ob 37/05 x), Golfbälle (2 Ob 558/93), Volleybälle (4 Ob 220/13 a), Tennisbälle (8 Ob 635/92), gefällte Baumstämme (10 Ob 33/00 a), herabfallendes Gestein und Erdreich (5 Ob 23/71), Felsbrocken (2 Ob 13/97 v), Glasscherben und Betonstücke (5 Ob 776/81 MietSlg 33.024) oder durch Kinder geworfene Bälle oder sonstige Gegenstände (7 Ob 562/77). Darauf, ob eine größere oder kleinere Teilfläche des Grundstücks durch die Einwirkungen vom Nachbargrund beeinträchtigt

wird, kommt es jeweils nicht an. Die Ansicht der Vorinstanzen, dass **Überreste von Silvesterraketen** (Holzstäbe samt Plastikummantelung) grob körperliche Immissionen darstellen, die weder mit den in § 364 Abs 2 ABGB genannten Einwirkungen noch mit herabfallenden Blättern und Baumnadeln gleichzusetzen sind, hält sich im Rahmen dieser Rsp. OGH 17. 12. 2019, 10 Ob 74/19h.

Zu § 364 a

71.014. Die Streitteile ziehen nicht in Zweifel, dass die maßgeblichen Grundsätze des Nachbarrechts (§§ 364 f ABGB) auch im Verhältnis einer öffentlichen Straße zu einem Privatgrundstück zum Tragen kommen (RIS-Justiz RS0010565) und die **Straße der bekl Gemeinde als behördlich genehmigte Anlage** gem § 364 a ABGB (dazu RIS-Justiz RS0010596) anzusehen ist. Die Beurteilung, dass der durch die Anlage einer Straße hervorgerufene **Wasserabfluss** eine unmittelbare Zuleitung gem § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB begründet (vgl dazu RIS-Justiz RS0115461; vgl auch die Nachweise bei *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 190), wird im Revisionsverfahren nicht in Frage gestellt.

Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks den Nachbarn die von deren Grund ausgehenden Einwirkungen etwa durch Abwässer insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Bei der Schaffung des § 364 a ABGB entschied der Gesetzgeber im Interesse der Volkswirtschaft insoweit jedoch zugunsten des Anlagenbetreibers, als die Nachbarn die von einer den einschlägigen Verwaltungsvorschriften entsprechenden und daher behördlich bewilligten Anlage ausgehenden typischen Einwirkungen nicht unter Berufung auf § 364 Abs 2 ABGB untersagen lassen können, sondern auf einen Ausgleichsanspruch zur Abgeltung ihrer durch die Immissionen bewirkten Vermögensnachteile verwiesen werden (vgl nur 1 Ob 47/15s). **Unmittelbare Zuleitungen** – insb auch von Wasser – sind aber ohne besonderen Rechtstitel unzulässig. Das gilt nach der Jud auch, wenn sie von einer behördlich genehmigten Anlage ausgehen (RIS-Justiz RS0010528, RS0010683; *Spielbüchler in Rummel*³ § 364 a ABGB Rz 2; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*⁴ § 364 a ABGB Rz 5; differenzierend *Kerschner/Wagner*, aaO § 364 ABGB Rz 193).

Liegt eine bewilligte Anlage iSd § 364 a ABGB vor, muss der Nachbar über die aus dieser Gesetzesstelle resultierende Duldungspflicht hinaus, eine unmittelbare Zuleitung (zu diesem Begriff auf *Kerschner/Wagner*, aaO § 364 ABGB Rz 186 ff) daher nur hinnehmen, wenn ein **besonderer Rechtsgrund** dafür vorliegt. Dem Nachbar muss auch insoweit ein Abwehrrecht

genommen sein, das ihm sonst nach dem Inhalt seines Eigentums zugestanden wäre.

Dem § 10 Sbg LandesstraßenG 1972 vergleichbare Duldungspflichten finden sich sowohl in den einzelnen Landesstraßengesetzen (s dazu die Nachweise bei *Kerschner/Wagner*, aaO § 364 ABGB FN 193) als auch in § 24 Abs 2 BundesstraßenG 1971 idGF. Danach sind die **Anrainer der Bundesstraßen verpflichtet, den freien Abfluss des Wassers von der Straße auf ihren Grund** und die Ablagerung von Schnee **zu dulden**. Zu dieser Bestimmung wurde bereits ausgesprochen, dass sie eine **Legalservitut** einräumt (3 Ob 534/90; so auch *Kerschner/Wagner*, aaO § 364a ABGB Rz 106). Als solche stellt sie einen Rechtstitel für die Zuleitung von abfließendem Wasser iSd § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB dar.

Die in § 10 Abs 1 Sbg LStG normierten Duldungspflichten der Besitzer von an die öffentliche Straße angrenzenden Grundstücken sind als eine Legalservitut konzipiert. Auch unmittelbare Zuleitungen sind daher, wenn sie von deren Reichweite erfasst sind, zu dulden. Ein auf das Nachbarrecht gestützter Unterlassungsausspruch kommt dann nicht mehr in Betracht. OGH 23. 1. 2019, 1 Ob 224/18z.

71.015. Die Rsp bejaht in Fällen des § 364 Abs 2 ABGB und § 364b ABGB einen vom Verschulden unabhängigen Ausgleichsanspruch, wenn sich aus der Interessenlage ausreichende Anhaltspunkte für eine Analogie zu § 364a ABGB ergeben (RIS-Justiz RS0010449 [T 18]; RS0037182 [T 1]; RS0010668 [T 13, T 17]). Auch die analoge Anwendung der Haftung nach § 364a ABGB auf **nicht behördlich genehmigte Anlagen** ist möglich (RS0010668 [T 7, T 8]). Bei ohne behördliche Genehmigung durchgeführten Arbeiten wird ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch des Geschädigten bejaht, wenn der Schaden bereits eingetreten gewesen ist, ehe der von dieser Einwirkung Betroffene die Möglichkeit zur Ausübung des Unterlassungsrechts faktisch nützen konnte, sodass er sich in einer Situation wie derjenige befunden hat, dem aus anderen Gründen die Unterlassungsklage verwehrt gewesen ist (RS0010668 [T 7]; RS0010573; vgl RS0010659; RS0010550). In den Fällen fehlender behördlicher Genehmigung ist demnach eine Regelungslücke anzunehmen, die durch **analoge Heranziehung der im § 364a ABGB enthaltenen Gefährdungshaftung** geschlossen werden kann, wenn ein Immissionsschaden auftritt und einerseits der geschädigte Nachbar der Schadensgefahr ausgeliefert war und andererseits für den Haftpflichtigen der Eintritt des Schadens ein kalkulierbares bzw kalkuliertes Risiko ist, das er zu seinem Nutzen eingegangen ist (RS0111420 [T 1]; RS0106324 [T 4]; RS0010668 [T 16]; RS0010670 [T 7]). Die analoge Anwendung des § 364a ABGB setzt voraus, dass die Immission von der schadenverursachenden Anlage ausgeht und