

### III. Grundsätze

#### A. §§ 364 ff als dispositive Normen/Grundlegendes zum Verhältnis Nachbarrecht und Sonderrechtsbeziehung

Der Eigentümer kann grundsätzlich frei über sein Eigentumsrecht und die daraus entspringenden Befugnisse iSd § 354 verfügen. Er kann es – wie schon Zeiller<sup>10)</sup> formuliert – „ganz oder zum Theile gebrauchen, oder nicht gebrauchen; [...] auf einen anderen übertragen oder unbedingt aufgeben“; was so auch in § 362<sup>11)</sup> zum Ausdruck kommt. Dementsprechend sind auch die das Eigentumsrecht benachbarter Grundstückseigentümer konkretisierenden nachbarrechtlichen Regeln der §§ 364 ff nach ganz hL<sup>12)</sup> und stRsp<sup>13)</sup> dispositiv. Das kommt schon in den Mat<sup>14)</sup> zu § 364a zum Ausdruck, wenn sie darauf hinweisen, dass es „sachlich möglich und entsprechend ist“, „dass der Unternehmer den Schadenersatzanspruch des Nachbarn über eine Vereinbarung vermeidet oder abfindet“.

Die auf das Eigentumsrecht und insb auch auf das Nachbarrecht gegründeten Ansprüche sind – inter partes – sowohl durch schuldrechtliche Vereinbarungen bzw obligatorische Rechte als auch durch die Einräumung dinglicher Rechte – dann mit absoluter Wirkung – modifizierbar.<sup>15)</sup> Darüber hinaus ergibt sich aus § 364 Abs 1, dass auch das öffentliche Recht sowohl die Ausübungsschranken als auch zT den Inhalt des Eigentumsrechts selbst festlegen kann.<sup>16)</sup>

Dass eine Sonderrechtsbeziehung zur Modifikation bzw Verdrängung des Nachbarrechts führen kann, ist grundsätzlich unbestritten. Eine solche Modifi-

<sup>10)</sup> Commentar II/1 108.

<sup>11)</sup> „Kraft des Rechtes, frey über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Theile auf Andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.“

<sup>12)</sup> Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 30 ff; Spielbüchler in RummeF § 364 Rz 1; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 1; Winner in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 364 Rz 1; Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 364 Rz 1; Echer/Riss in KBB<sup>6</sup> § 364 Rz 3; E. Wagner, RFG 2016, 116 ff.

<sup>13)</sup> Siehe etwa OGH 5 Ob 23/71 SZ 44/22; 1 Ob 18/79 SZ 52/79; 1 Ob 21/82 SZ 55/105 = EvBl 1983/126; 5 Ob 180/98a wobl 1999, 102 (Call); 4 Ob 192/13h immolex 2014/63, 254 (Limberg); 1 Ob 127/15f SZ 2015/127 = EvBl 2016/86, 602 (Ballon); 7 Ob 174/18s RdW 2019/414; 5 Ob 21/19b immolex 2019/102 (Neugebauer-Herl) sowie die Nw bei FN 19. Vgl auch die Rsp zum Verhältnis zwischen Wohnungseigentümern desselben Hauses bei Kapitel VI.B.1.

<sup>14)</sup> HHB 3. TN 42.

<sup>15)</sup> Vgl nur OGH 5 Ob 180/98a SZ 71/147; 1 Ob 127/15f EvBl 2016/86, 602 (Ballon). Zur Einschränkung der Abwehransprüche nach §§ 364 ff als (zulässiger) Inhalt einer Dienstbarkeit OGH 5 Ob 93/70 SZ 43/117; vgl auch OGH 5 Ob 83/09f; 5 Ob 43/12b immolex 2014/69 (Stadlmann); 5 Ob 151/17t Zak 2018/162.

<sup>16)</sup> Dazu ausf Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) 364 Rz 2 f.

kation erfolgt aber – wie insb schon *Kerschner*<sup>17)</sup> und *Kerschner/Wagner*<sup>18)</sup> lehren und die Rsp<sup>19)</sup> zumindest teilweise anklingen lässt – nicht durch jede Sonderrechtsbeziehung zwischen Nachbarn, sondern nur insofern, als diese vertragliche oder öffentlich-rechtliche Regelung auch tatsächlich die nachbarrechtlichen Rechte und Pflichten inter partes (abschließend) regeln möchte.

### 1. Privatrechtliche Sonderrechtsbeziehungen

Hinsichtlich der Frage, ob einer schuldrechtlichen Vereinbarung ein das Nachbarrecht modifizierender Inhalt beigemessen werden kann, sind die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung heranzuziehen.<sup>20)</sup> Ob neben den Mitteln der einfachen Vertragsauslegung auch auf die ergänzende Vertragsauslegung zurückgegriffen werden kann, hängt davon ab, wie man das Verhältnis dieser Auslegungsinstrumente (insb der Verkehrssitte) zum dispositiven Recht beurteilt; dazu noch unten bei Kapitel VI.B.4.b). In Hinblick auf das Nachbarrecht ist es jedenfalls im Allgemeinen anerkannt, dass es auch hinter im Wege der ergänzenden Auslegung gewonnenen Ergebnissen zurücktritt: Die ganz hA<sup>21)</sup> zum Verhältnis zwischen Wohnungseigentümern geht bspw davon aus, dass auch eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnene Duldungspflicht die Maßstäbe des § 364 Abs 2 verdrängt.

Das Nachbarrecht modifizierende (vertragliche) Regelungen können nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen auch konkludent zustande kommen (§ 863).<sup>22)</sup> Eine schlüssige (alleinige) Beschränkung der nachbarrechtlichen Verantwortlichkeit in Form der Ausdehnung der Nutzungsbefugnisse eines Nachbarn und der damit einhergehenden Versagung der Abwehrmöglichkeit des anderen muss aber mE den strengen Anforderungen an einen konkludenten Verzicht<sup>23)</sup> gerecht werden. Hinsichtlich dinglicher Rechte, die das Nachbarrecht

<sup>17)</sup> Siehe etwa *Kerschner* in *IUR/ÖWAV*, Jahrbuch Umweltrecht 2010, 46.

<sup>18)</sup> Vgl. *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) Vor §§ 364–364b Rz 23; *dies*, Nachbarrecht kompakt<sup>3</sup> 141; so auch *Pilgerstorfer*, Anm zu 3 Ob 249/08a, RdU 2010/22 (34).

<sup>19)</sup> Grundlegend schon OGH 5 Ob 23/71 SZ 44/22. IdS wird aber auch die E 1 Ob 18/79 SZ 52/79 zu verstehen sein, nach der – sofern eine vertragliche Regelung hinsichtlich der gegenseitigen Rechte und Pflichten unter Nachbarn vorliegt (!) – nur diese für die Ausübung und die Grenzen der beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten maßgeblich sei (anders aber offenbar für öffentlich-rechtliche Verhältnisse, dazu sogleich bei III.A.2.); so auch 7 Ob 228/16d RdU 2017/181 (*A. Müller*); s ferner RIS-Justiz RS0010642 [T2], zB 1 Ob 15/85 SZ 58/121; 1 Ob 589/89 SZ 67/211; 3 Ob 249/08a RdU 2010/22 (*Pilgerstorfer*); 1 Ob 74/09b immolex 2010/75 (*Cerha*) (Bestandvertrag zwischen dem geschädigten, benachbarten Grundstückseigentümer und dem Störer); 9 Ob 37/11y bbl 2012/72; 4 Ob 192/13h immolex 2014/63 (*Limberg*); 7 Ob 228/16d RdU 2017/181 (*A. Müller*); jüngst 7 Ob 174/18s. Von einer umfassenderen Verdrängungswirkung ausgehend (Anwendung des Nachbarrechts komme nur in Betracht, wenn keine öffentlich-rechtlichen oder vertraglichen Sonderbeziehungen bestehen) und daher mE verfehlt aber ua OGH 1 Ob 43/86 und die in FN 29 zitierte Rsp zum öffentlichen Recht.

<sup>20)</sup> So ausdrücklich etwa OGH 1 Ob 127/15f EvBl 2016/86 (*Ballon*).

<sup>21)</sup> Siehe dazu bei Kapitel VI.B.1.

<sup>22)</sup> Vgl. OGH 3 Ob 576/76 RIS-Justiz RS0010545.

<sup>23)</sup> So ist nach stRsp (s etwa RIS-Justiz RS0014190 und RS0014420, jüngst OGH 7 Ob 155/18x Zak 2019/17, 16) bei der Frage, ob auf ein Recht stillschweigend verzichtet wurde,

modifizieren, kommt auch die Möglichkeit der Ersitzung nach den einschlägigen Regeln in Betracht.<sup>24)</sup>

Eine Grenze für solche Vereinbarungen ist – wiederum nach allgemeinen Grundsätzen – im Sittenwidrigkeitskorrektiv verankert. Das wird insb gesundheitsschädliche, aber auch konkret gesundheitsgefährdende Einwirkungen betreffen.<sup>25)</sup> Eine Vereinbarung, die dem Nachbarn solche Immissionen gestattet, wird in aller Regel sittenwidrig und nichtig iSd § 879 Abs 1 sein: Der Schutz des absolut geschützten Rechtsguts Gesundheit ist als eines der vorrangigsten Prinzipien der Rechtsordnung zu verstehen. Hier – und hinsichtlich schwerwiegender Umwelteinwirkungen – wird auch das BVG-Nachhaltigkeit als klare gesetzgeberische Wertung<sup>26)</sup> in diese Abwägung einfließen müssen.<sup>27)</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine solche Vereinbarung idR ja nicht nur die Vertragsparteien, sondern bspw auch (selbst nicht negatorisch anspruchsberechtigte) Familienmitglieder oder Dienstnehmer betrifft und eine nachteilige Disposition über die Gesundheit Dritter ganz grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>28)</sup>

Die Frage, ob die §§ 364 ff auch im Verhältnis Bestandgeber/Bestandnehmer, Eigentümer/Dienstbarkeitsberechtigter und zwischen Wohnungs- und Miteigentümern zur Anwendung gelangen kann bzw welche Rolle den jeweiligen Sonderrechtsverhältnissen zukommt, soll später im Rahmen der einschlägigen Kapitel behandelt werden.

## 2. Öffentlich-rechtliche Sonderrechtsbeziehungen

Eine tendenziell extensivere Haltung als zu privatrechtlichen Beziehungen haben manche Judikate zu den (im Rahmen dieser Arbeit grundsätzlich nicht behandelten) öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsbeziehungen eingenommen: Sofern eine Rechtsbeziehung über das öffentliche Recht hergestellt wurde, soll in deren Rahmen stets nur das öffentliche Recht gelten.<sup>29)</sup> Liegt dem Verhältnis zwischen Nachbarn zB eine Rechtsbeziehung nach einem öffentlich-rechtlichen Kanalgesetz zugrunde und ist der monierte Schaden „auf Grund und im Bereich“ dieser Beziehung entstanden, komme eine Anwendung der §§ 364 ff nicht in Frage<sup>30)</sup>. Zumindest für den Fall, dass zwar eine öffentlich-rechtliche Rechtsbe-

besondere Vorsicht geboten: Ein Verzicht darf immer nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände darauf hinweisen, dass er ernstlich gewollt ist. Die bloße Untätigkeit des Berechtigten auch durch einen längeren Zeitraum alleine stellt noch keinen Grund dar, einen Verzicht anzunehmen (ua OGH 4 Ob 234/13k mwN ecolex 2014, 945 [Wilhelm]).

<sup>24)</sup> Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 36.

<sup>25)</sup> So schon Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 37.

<sup>26)</sup> Dazu insb Kerschner in Kerschner, Staatsziel Umweltschutz 1 ff sowie zum verfehlten und in Hinblick auf die Verwirklichung des Staatsziels Umwelt- bzw Klimaschutz höchst bedauerlichen „3. Piste“ Judikat des VfGH ders, RdU 2017, 190; E. Wagner, ZVG 2017, 282; Madner/Schulev-Steindl, ZÖR 2017, 589 uva.

<sup>27)</sup> Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 37.

<sup>28)</sup> Vgl Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 364 Rz 272.

<sup>29)</sup> OGH 1 Ob 18/79 SZ 52/79; so auch OLG Wien 14 R 225/81 ÖJZ 1982/67 (EvBl); krit dazu schon Spielbüchler in Rummel<sup>B</sup> § 364 Rz 6; Holzner in ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 7; Winner in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 364 Rz 18.

<sup>30)</sup> So OGH 1 Ob 18/79 SZ 52/79.

ziehung besteht, aber diese den einschlägigen Schadensfall nicht erfasst, hat der 1. Senat<sup>31)</sup> die Anwendung der §§ 364 ff später jedoch bejaht: Die gegenüber dem Grundnachbarn bei der Errichtung von Gasleitungen oder bei der Vornahme von Instandsetzungsarbeiten obliegenden Pflichten sind idR nicht im einschlägigen Kanalgesetz geregelt bzw ergeben sich überhaupt nicht aus dem öffentlichen Recht, sondern aus der Nähe (Nachbarschaft) der Anlagen.

Das Postulat einer allgemeinen Verdrängung des Nachbarrechts durch öffentlich-rechtliche Sonderrechtsverhältnisse ist höchst kritisch zu betrachten. Einerseits können nach richtiger Ansicht – wie auch bei zivilrechtlichen Beziehungen – nur solche Regelungen zur Subsidiarität führen, die tatsächlich nachbarrechtliche Pflichten modifizieren wollen.<sup>32)</sup>

Andererseits besteht zwischen den öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeiten und jenen aus Privatrecht gerade keine zwingende Kongruenz: Grundsätzlich bestehen beide Rechtsschutzsysteme nebeneinander, dabei kommt dem Privatrecht – auch in Hinsicht auf die teilweise nur wenig effektive Rechtsschutzgewährleistung im öffentlichen Recht – eine ganz wesentliche, freiheitssichernde Funktion zu.<sup>33)</sup> So kann es durchaus vorkommen, dass die öffentlich-rechtliche Lastenverteilung nachträglich durch zivilrechtliche Rückgriffs- und Aufwandsersatzansprüche korrigiert wird.<sup>34)</sup>

Das Verhältnis zwischen Nachbarrecht und öffentlichem Recht kann also nicht pauschal, sondern nur anhand des Inhalts der jeweils einschlägigen öffentlich-rechtlichen Sonderrechtsbeziehung beurteilt werden, wobei auch grundrechtliche bzw verfassungsrechtliche Erwägungen (Stichwort: BVG-Nachhaltigkeit) einfließen müssen.

## **B. Zur Voraussetzung der grundstücksübergreifenden Einwirkung**

### **1. Meinungsstand in Österreich**

Die Frage, ob die §§ 364 ff auch bei Einwirkungen innerhalb der Grenzen ein- und derselben Liegenschaft zur Anwendung gelangen können, spielt insb für „hausinterne“ Ansprüche zwischen Mietern, Wohnungseigentümern, schlichten Miteigentümern und Eigentümern/Servitutsberechtigten eine gewichtige Rolle und soll daher bereits am Anfang der Untersuchung vertieft werden.

Obwohl (oder gerade weil) der Wortlaut des § 364 Abs 1 S 2 („*Eigentümer benachbarter Grundstücke*“) und Abs 2 („*Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen [...] untersagen*“) schon prima vista auf das Verhältnis zwischen zwei verschiedenen Grund-

<sup>31)</sup> OGH 1 Ob 21/82 SZ 55/105.

<sup>32)</sup> Speziell zu öffentlich-rechtlichen Beziehungen schon *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) Vor §§ 364–364b Rz 23. Ob das öffentlich-rechtliche Sonderrechtsverhältnis eine Regelung der nachbarrechtlichen Pflichten enthält, ist freilich nicht anhand der §§ 914 f, sondern qua Gesetzesinterpretation, also nach §§ 6, 7 zu klären.

<sup>33)</sup> Siehe dazu etwa *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) Vor §§ 364–364b Rz 24 ff und *Pilgerstorfer*, Öffentlich-rechtliche Bodensanierung und zivilrechtlicher Ausgleich 271 ff, 429 ff; *ders*, Anm zu 3 Ob 249/08a, RdU 2010/22 (35).

<sup>34)</sup> Vgl *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 37.

stückseigentümern abzielt, wurde zur Frage, ob die Anwendung der §§ 364 ff ein „grundstücksübergreifendes“ (iSv: „liegenschaftsübergreifendes“) Element verlangt, im Schrifttum nur vereinzelt ausdrücklich Stellung bezogen: So setzen etwa *Kerschner/Wagner*<sup>35)</sup> und *Schickmair*<sup>36)</sup> nachbarrechtlichen Ansprüchen grundsätzlich einen liegenschaftsübergreifenden Eingriff voraus.

Auch die Rsp hat das Kriterium der grundstücksübergreifenden Immission bislang nur sporadisch – insb in Hinblick auf Ansprüche gem § 364a – aufgegriffen. Nach der E OGH 7 Ob 510/80<sup>37)</sup> bestehen „nachbarrechtliche Ansprüche [...] iSd § 364 ABGB nur im Verhältnis zwischen Grundnachbarn. Sie richten sich gegen den „Nachbarn“, der durch Vorgänge auf dem Nachbargrundstück unzulässige Störungen hervorruft.“ In der E OGH 1 Ob 36/84 zum Anspruch gem § 364a (analog) wird festgehalten, dass eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Fälle, in denen die Einwirkung (in casu: von einer Kanalanlage) vom Grundstück des Beeinträchtigten selbst ausgeht, nicht zulässig sei, weil § 364a ABGB einen Fall der Eingriffshaftung wegen rechtmäßiger Inanspruchnahme fremden Grundes darstelle. Der OGH hat bei der Versagung der Ansprüche aber nicht vorrangig auf die Grundstücksidentität, sondern auf die allgemeine ratio des § 364a (Ausgleichsanspruch für das Hinnehmenmüssen der Einwirkung) abgestellt. Diese typischen Voraussetzungen einer Eingriffshaftung seien nach dem OGH bei Schädigungen, deren Ursache vom eigenen Grund des Beeinträchtigten ausgeht, gerade nicht gegeben: Die Einwirkungen seien dann entweder unrechtmäßig, so dass sich der Betroffene dagegen zur Wehr setzen könne, oder sie würden auf einer Gestattung des Betroffenen beruhen.<sup>38)</sup>

In der Folge wurde diese Rsp auch zur Versagung nachbarrechtlicher Ansprüche herangezogen, die zwischen zwei verschiedenen Grundstücken wirken, sofern das Grundstück, von dem die Störung ausgeht, und das beeinträchtigte Grundstück je im Miteigentum derselben Personen stehen.<sup>39)</sup> Zu diesem Thema, das freilich nicht mehr das Problem der Grundstücksidentität sondern eher das der Eigentümeridentität betrifft, s noch Kapitel V.C.1. Die Rsp zur Eigentümeridentität wird auch in den „Grenzmauer-Judikaten“ aufgegriffen, die eine Anwendung der §§ 364 ff in Hinblick auf „zwischen“ den Grundstücken verlaufende Scheidewände iSd §§ 854–858 behandeln.<sup>40)</sup> Diese Entscheidungen berücksichtigen zwar – zu Recht – das Verhältnis der Miteigentümer untereinander (mit gegenläufigen Ergebnissen)<sup>41)</sup>, lassen Überlegungen zur Voraussetzung der

<sup>35)</sup> In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 364 Rz 242 und 246.

<sup>36)</sup> *Kisslinger* (nunmehr *Schickmair*), Anm zu 1 Ob 117/05w, RdU 2006/36.

<sup>37)</sup> RIS-Justiz RS0010603.

<sup>38)</sup> IdS jüngst auch OGH 7 Ob 174/18s.

<sup>39)</sup> OGH 7 Ob 189/07f wobl 2008/49 (*Perner*); 1 Ob 74/09b immolex 2010, 214 (*Cerha*); 7 Ob 174/18s; aA bezüglich des Unterlassungsanspruchs 3 Ob 249/08a RdU 2010, 29 (*Pilgerstorfer*).

<sup>40)</sup> OGH 3 Ob 201/15b NZ 2016, 295 und 2 Ob 75/19x Zak 2020, 49.

<sup>41)</sup> Die E 3 Ob 201/15b verneint sowohl den nachbarrechtlichen Unterlassungs- als auch den Ausgleichsanspruch in dieser Konstellation unter Berufung auf die oben dargestellte Rsp zur (Mit-)Eigentümeridentität bzw zu Einwirkungen vom eigenen Grundstück. Die jüngere E 2 Ob 75/19 geht allerdings davon aus, dass die §§ 364 ff durchaus zur Anwendung gelangen

grundstücksübergreifenden Einwirkung allerdings außen vor. Dazu noch unten bei Kapitel III.B.4.e)bb).

An anderer Stelle sprach der OGH<sup>42)</sup> aus, dass der Begriff „Nachbar“ nicht so eng zu verstehen sei, dass nur an verschiedenen Liegenschaften dinglich Berechtigten wechselseitige Nachbarrechte zukämen: Wie eben auch Wohnungseigentümer im selben Haus gegeneinander Nachbarrechte geltend machen könnten, seien auch an derselben Liegenschaft dinglich Berechtigte befugt, gegenseitig ihre Rechte nach den Grundsätzen des Nachbarrechtes zu wahren. In casu hielt er das für den Berechtigten einer Tunnel servitut im Verhältnis zu einem auf derselben Liegenschaft ebenfalls dinglich (qua Legalservitut) berechtigten Betreiber einer Kanalisationsanlage fest.

Auch jene Rsp und Lehre (dazu unten bei Kapitel IV.B.), die Bestandnehmern und Wohnungseigentümern „hausinterne“ Ansprüche zugesteht, setzt sich über das Kriterium des grundstücksübergreifenden Eingriffs zumindest implizit hinweg.<sup>43)</sup> Jüngst hat der 5. Senat dazu sogar ausdrücklich – aber abgesehen vom Hinweis auf die eben erwähnte Vorjudikatur<sup>44)</sup> ohne nähere Begründung – Stellung bezogen und klargestellt, dass der Umstand, dass das emittierende und das beeinträchtigte WE-Objekt Teil derselben Liegenschaft sind, der (analogen) Anwendung des § 364a ABGB nicht im Weg stehe.<sup>45)</sup>

**Zusammengefasst:** Das Kriterium des grundstücksübergreifenden Eingriffs ist zwar in der österreichischen Diskussion nicht gänzlich unbeachtet geblieben, eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Tatbestandselement ist – obwohl bei einer Vielzahl „moderner“ nachbarrechtlicher Sachverhalte potentiell von Relevanz – bislang aber noch ausständig. Welche dogmatische Bedeutung dem Kriterium des grundstücksübergreifenden Eingriffs in Hinblick auf die Anwendung der §§ 364 ff tatsächlich zukommt, soll im Folgenden einer näheren Analyse unterzogen werden.

## 2. Das Kriterium der grundstücksübergreifenden Immission in der deutschen Rechtsprechung

Da der historische Gesetzgeber der §§ 364 ff ausdrücklich Anleihen bei § 906 BGB genommen hat<sup>46)</sup> und das Kriterium in Österreich zwar grundsätzlich

können, wenn das Miteigentumsverhältnis an der Grenzmauer keinen hinreichenden Schutz biete (was nach der Aufhebung in die erste Instanz zu klären sei).

<sup>42)</sup> OGH 1 Ob 1/86 JBl 1986, 782.

<sup>43)</sup> Siehe darüber hinaus LGZ Wien 38 R 58/01p MietSg 53.030: Nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch eines kraft Nutzungsvereinbarung gebrauchenden Miteigentümers gegen einen anderen Miteigentümer desselben Grundstücks (samt Hinweis auf die Rsp zum Bestandnehmer bzw § 372 analog).

<sup>44)</sup> Zitiert wird RIS-Justiz RS0010603 [T1] und RS0010614 [T1]. Diese Judikate bejahen die Anwendung des § 364 Abs 2 auch zwischen Wohnungseigentümern ein- und desselben Hauses, wenn ein Wohnungseigentümer im Rahmen der Ausübung seines ausschließlichen Benützungrechtes an einer bestimmten Wohnung Störungen verursacht; auf dazu unten bei Kapitel IV.B.

<sup>45)</sup> OGH 5 Ob 21/19b immolex 2019/102 (*Neugebauer-Herl*) = RdU 2020/145 (*Ecker*).

<sup>46)</sup> HHB 3. TN 41; s dazu unten bei Kapitel III.B.4.c).

anerkannt, aber bislang spärlich erforscht ist, soll und kann an dieser Stelle auch der Meinungsstand in Deutschland in die Untersuchung einbezogen werden.<sup>47)</sup>

Insb die deutsche Judikatur hat sich bereits ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob nachbarrechtliche Ansprüche gem § 906 BGB auch wegen Störungen zustehen, die nicht von einem anderen Grundstück aus in den Bereich des Beeinträchtigten eindringen, sondern lediglich von einem anderen Teil desselben Grundstücks aus einwirken. Dabei bezieht die hRsp<sup>48)</sup> in Deutschland eindeutig Stellung und verlangt in Hinblick auf die Anwendung des § 906 BGB ausdrücklich eine die Grundstücksgrenze überschreitende Einwirkung bzw eine Einwirkung „von außen“: Wenn (bloß) die Nutzung eines Teils des Grundstücks durch die Nutzung eines anderen Teils desselben Grundstücks beeinträchtigt werde, liegt nach dem BGH grundsätzlich keine tatbestandsmäßige grundstücksübergreifende Einwirkung vor. Ob ein diesem Grundsatz entsprechender Eingriff „von außen“ vorliegt, beurteilt der BGH in Hinblick auf die verschiedenen Konstellationen (Mieter, Wohnungseigentümer, Miteigentümer etc) allerdings unterschiedlich.

### a) Zu „hausinternen“ Ansprüchen von Mietern

Noch in der E VI ZR 35/53<sup>49)</sup> hat der BGH die Grundsätze des § 906 Abs 1 S 1 BGB für das Verhältnis von Mietern eines Hauses untereinander als maßgeblich erachtet, soweit es um die Bestimmung des hinnehmbaren Geräuschpegels hinsichtlich Belästigungen ging, die vom Mietobjekt eines anderen Bestandnehmers ausgingen. Auf das „grundstücksübergreifende Element“ ging der BGH in dieser E aber (noch) nicht ein.

In der E V ZR 180/03<sup>50)</sup> (HausordnungsE) hielt der BGH entgegen des eben zitierten Vorjudikats – das er als bar jeder Begründung verwarf – ausdrücklich fest, dass zumindest der nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch gem § 906 Abs 2 analog grundsätzlich nur bei Beeinträchtigung eines Grundstückseigentümers bzw -Nutzers „von außen“ greife, nicht aber im Falle eines Konflikts zweier Nutzer desselben Grundstücks. Das gelte im Speziellen für das Verhältnis zweier Mieter desselben Hauses: Im grundstücksbezogenen Regelungszusammenhang des § 906 BGB seien keine Normen zu erwarten, die das Verhältnis von Mietern untereinander regeln. Mietende Hausgenossen könnten auch nicht an den Gedanken der Beschränkung der Eigentümerrechte nach § 903 BGB anknüpfen, der § 906 BGB zugrunde liege. Eine Anwendung des § 906 BGB (dann aber analog) käme nach Ansicht des BGH nur bei Fällen in Frage, die mit einem grundstücksübergreifenden Eingriff von außen strukturell vergleichbar seien. Dies sei im Verhältnis verschiedener Mieter desselben Hauses aber aus mehreren Gründen nicht

<sup>47)</sup> Vgl etwa Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 6 Rz 32 und *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) §§ 6, 7 Rz 89.

<sup>48)</sup> Aus der höchstgerichtlichen Rsp BGH V ZR 180/03 BGHZ 157, 188; V ZR 222/06 BGHZ 175, 253; V ZR 10/10 BGHZ 185, 371; V ZR 137/11 NJW 2012, 2343; vgl zur Voraussetzung der Einwirkung auf ein fremdes Grundstück ua auch BGH V ZR 311/16. Zu den unterinstanzlichen Judikaten s unten bei den jeweiligen Fallkategorien.

<sup>49)</sup> VersR 1954, 288.

<sup>50)</sup> BGHZ 157, 188.

gegeben, weshalb eine Analogie ausscheide. Davon abgesehen findet der BGH klare Worte zum Verhältnis der Mieter untereinander, das in Hinblick auf den Immissionsschutz gerade nicht planwidrig lückenhaft sei: Da der Gesetzgeber für Mieter keine mit § 906 BGB vergleichbare Regelung getroffen habe, könne man davon ausgehen, dass er eine solche für entbehrlich und wohl auch für sachlich fragwürdig gehalten habe. Darüber hinaus spreche bei Mietern der umfassende Rechtsschutz, den sie gegen ihren Vermieter, aber auch gegen ihre Mitmieter genießen, gegen das Vorliegen einer Lücke. Zu den beiden letztgenannten Aspekten ausführlich Kapitel IV.4 und IV.6.

Auch die E V ZR 222/06 des BGH hält ausdrücklich an der Voraussetzung einer die Grundstücksgrenze überschreitenden Einwirkung fest. Hier nimmt der BGH wohl ausdrücklich auf die gesamte Norm des § 906 BGB, nicht bloß auf den verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch (analog) Bezug.<sup>51)</sup>

Hinsichtlich eines „hausinternen“ Anspruchs eines Mieters gegen Tabakimmissionen eines anderen Mieters desselben Hauses hat der BGH aber in seiner später ergangenen „RaucherE“ V ZR 110/14 zur Bestimmung des vom Beeinträchtigten (im Rahmen des Besitzschutzes) noch zu dulgenden Maßes die Kriterien des § 906 Abs 1 S 1 BGB herangezogen. Dabei stützte er sich auf die bereits in der HausordnungsE erörterte – und dort mangels jedweder Begründung verworfene – ältere Rsp<sup>52)</sup> sowie auf Teile der dLehre.<sup>53)</sup> Zur HausordnungsE V ZR 180/03 sah der BGH keinen Widerspruch, da diese bloß den nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch verneine, nicht aber auch besitzschutz- und deliktsrechtliche Abwehransprüche<sup>54)</sup> behandle. Auf das Kriterium der grundstücksübergreifenden Einwirkung geht der BGH in der gegenständlichen E aber nicht ausdrücklich ein.

Jüngst wurde jene Rsp, die eine (allenfalls analoge) Anwendung des § 906 BGB im Verhältnis zwischen Mietern desselben Hauses ausschließt, vom OLG Frankfurt am Main<sup>55)</sup> wieder ausdrücklich fortgeschrieben.

## **b) Zu Ansprüchen von schlichten Miteigentümern („Bruchteilseigentümern“) untereinander**

Erstmals hat sich der BGH mit der Anwendung nachbarrechtlicher Normen im Verhältnis von Bruchteilseigentümern (nach östDiktion: schlichten Miteigentümern) in der E V ZR 276/06<sup>56)</sup> beschäftigt. Obwohl im Rechtssatz von

<sup>51)</sup> Das Ergebnis bezüglich der Versagung hausinterner Ansprüche von Mietern wird auch in den Entscheidungen zum Bruchteils- und Wohnungseigentum gebilligt, s dazu gleich unten ab Unterkapitel b).

<sup>52)</sup> BGH VI ZR 35/53 JZ 1954, 613, 614 sowie E RG, HRR 1931 Nr 1219.

<sup>53)</sup> *Säcker* in MüKoBGB<sup>8</sup> § 906 Rz 165; für die Heranziehung der Kriterien des § 906 BGB zur Konkretisierung des Besitzschutzanspruches der Mieter untereinander ua auch *Brückner* in MüKo-BGB<sup>8</sup> § 906 Rz 60, 62; *Roth*, JZ 2004, 919; *ders* in *Staudinger*, BGB (2020) § 906 Rz 107 (anders aber bei Rz 120); *Siems*, JuS 2005, 885.

<sup>54)</sup> In Deutschland wird die Aktivlegitimation des Mieters bei Störungen durch Immissionen von der hA über den Besitzschutz hergeleitet (§ 862 Abs 1 iVm § 906 BGB), s dazu statt vieler *Brückner* in MüKoBGB<sup>8</sup> § 906 Rz 60 mwN.

<sup>55)</sup> OLG Frankfurt am Main 10 U 8/18 BeckRS 2018, 22708.

<sup>56)</sup> BGHZ 174, 20, 22.

Bruchteils- und Wohnungseigentümern die Rede ist, ging es um eine Liegenschaft (Gartenfläche), an der zwar den Wohnungseigentümern einer angrenzenden Liegenschaft Eigentümerrechte zukamen, aber nicht in Form gemeinschaftlichen Eigentums iSd dWEG, sondern nur in Form des schlichten Bruchteileigentums. Durch eine Vereinbarung wurden den einzelnen Bruchteileigentümern jeweils räumlich abgegrenzte, nebeneinanderliegende Teile der Gartenfläche zur alleinigen Nutzung zugewiesen. In Anbetracht dieser Umstände seien nach dem BGH die Bruchteileigentümer im Hinblick auf die jeweiligen Teilflächen tatsächlich wie Alleineigentümer anzusehen. Deshalb bestehe zwischen ihnen ein nachbarschaftsähnliches Verhältnis, das die entsprechende Anwendung (bundes- und landesrechtlicher) nachbarrechtlicher Vorschriften rechtfertige. Auch ein Konflikt mit dem Gemeinschaftsverhältnis (Sonderrechtsverhältnis) der Bruchteileigentümer zueinander liege nicht vor.<sup>57)</sup> Dem Element der grundstücksübergreifenden Einwirkung scheint der BGH hier keine Bedeutung beizumessen.

In der jüngeren E V ZR 137/11, die ebenfalls eine Nutzungsvereinbarung zwischen Bruchteileigentümern betraf, hat der BGH die oben dargestellte Entscheidung aber völlig revidiert. Den beteiligten Bruchteileigentümern waren in casu jeweils Teilflächen (Wohnungen) des gemeinschaftlichen Grundstücks zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen. In der Wohnung des beklagten Bruchteileigentümers trat ein Riss am Durchlauferhitzer auf, woraufhin Wasser in die darunterliegende Wohnung des Klägers drang. Der Kläger begehrte sodann (verschuldensunabhängigen) Schadensersatz gem § 906 Abs 2 S 2 BGB.

Dazu hielt der BGH fest, dass es zwischen Bruchteileigentümern eines Hausgrundstücks iZm Immissionen, die von einem Nutzungsbereich auf einen anderen einwirken, schon an der in § 906 Abs 2 S 2 BGB vorausgesetzten Grenzüberschreitung mangle. Auch eine Nutzungsregelung (§ 745 Abs 2 BGB), nach der die Wohnungen zur jeweils alleinigen Nutzung zugewiesen werden und die Eintragung dieses Alleinnutzungsrecht in das Grundbuch (§ 1010 BGB) samt einer damit einhergehenden „gewissen dinglichen Wirkung“ könne nichts daran ändern, da es sich dabei lediglich um eine schuldrechtliche Rechtszuweisung handle. Diese habe auf das gemeinschaftliche Eigentum aller Bruchteileigentümer an den Wohnungen keinen Einfluss. Da es sich hier bloß um einen Konflikt im Innenverhältnis zwischen den Eigentümern desselben Grundstücks handle, könne die Situation mit einem grenzüberschreitenden Eingriff iSd § 906 Abs 2 S 2 BGB strukturell gerade nicht gleichgesetzt werden. Ausdrücklich offengelassen hat der BGH die Frage, ob die Anwendung des § 906 Abs 2 S 2 uU auch schon wegen der zwischen den Bruchteileigentümern getroffenen Nutzungsvereinbarung bzw der rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung verneint werden müsste.

Den ganz eklatanten Widerspruch zwischen diesen beiden Entscheidungen versucht der BGH in der E V ZR 230/12<sup>58)</sup> zum WE aufzulösen. Dort bekräftigt

<sup>57)</sup> Angesichts der Einräumung wechselseitiger Alleingebruuchsrechte ergeben sich für die Bruchteileigentümer aus dem Gemeinschaftsverhältnis – anders als bei der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 14 dWEG) – nach Ansicht des BGH keine Pflichten, die über die Verpflichtungen zwischen Eigentümern benachbarter Grundstücke hinausgingen.

<sup>58)</sup> BGHZ 185, 371.

er seine Aussage, dass auch hinsichtlich im Grundbuch eingetragener Sondernutzungsrechte von Bruchteilseigentümern (§ 1010 BGB) kein erforderlicher Eingriff von außen vorliege, da solche Rechte – im Gegensatz zum Sondereigentum und zu im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechten nach dem WEG – nur das ideelle Bruchteilseigentum ausgestalten. Die Gleichstellung von verdinglichten Sondernutzungsrechten von Wohnungseigentümern (wie sie in der ersten BruchteilseigentümerE vorgelegen seien) mit dem Sondereigentum (bzw WE) sei aber deshalb gerechtfertigt, weil derartige Rechte dem Sondereigentum als Inhaltsbestimmung<sup>59)</sup> zugeordnet seien und dessen rechtliche Einordnung in Bezug auf die Anwendung von § 906 Abs 2 S 2 BGB jedenfalls dann teilen, wenn sie ein Recht zur Alleinnutzung einräumen.

Diese Unterscheidung leuchtet angesichts der besonderen Stellung von Sondernutzungsrechten im deutschen WE-Recht grundsätzlich ein. Solche Gebrauchsregelungen sollen nämlich nach § 15 Abs 1, § 5 Abs 4, § 10 Abs 2 WEG durch die Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums werden und damit tatsächlich dingliche Wirkung erlangen.<sup>60)</sup> Im konkreten Fall übersieht der BGH aber mE, dass der 1. BruchteilseigentümerE gar keine Sondernutzungsrechte nach dem dWEG zugrunde lagen: Nach den Feststellungen des BGH handelte es sich dabei um eine hinter den Häusern gelegene „Gartenfläche, die nicht zu dem gemeinschaftlichen Eigentum im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes gehört, sondern im Bruchteilseigentum der Wohnungseigentümer steht.“ Insofern handelte es sich wohl schlicht um eine (weitere) Liegenschaft, an denen den einzelnen Wohnungseigentümern ideelle Anteile zukamen, nicht aber um eine Liegenschaft, an der WE begründet wurde. Damit im Einklang steht, dass sich die erste BruchteilseigentümerE schlicht auf die Normen bzgl Benützungsregeln und deren „Verdinglichung“ für Bruchteilseigentümer nach dem BGB, keineswegs aber auf jene nach dem WEG stützt.

### c) Zum Verhältnis zwischen Wohnungseigentümern bzw Sondereigentümern

Auch Beeinträchtigungen, die zwischen zwei Sondereigentumsobjekten (bzw nach östDiktion: WE-Objekten) wirken, waren bereits Gegenstand der dRsp<sup>61)</sup>: Da es sich beim Sondereigentum bzw dem „grundstücksgleichen“ Recht des WE um „echtes Eigentum“ iSd § 903 S 1 BGB und eben nicht bloßes Bruchteilseigentum mit ideellen Anteilen sämtlicher Wohnungseigentümer handle, könne es wertungsmäßig als „Alleineigentum“ an bestimmten dinglich-gegenständlich abgegrenzten Gebäudeteilen gelten.<sup>62)</sup> Hier stünden sich die Sondereigentümer mit gegensätzlichen Interessen gegenüber, die mit jenen von Grundstückseigentümern in den idealtypischen – unmittelbar von § 906 Abs 2 S 2 BGB

<sup>59)</sup> Vgl BGH V ZB 11/77 BGHZ 73, 145, 148; V ZR 20/07 NZM 2008, 732, 734.

<sup>60)</sup> Dazu grundlegend BGH V ZB 11/77 BGHZ 73, 145, 148.

<sup>61)</sup> V ZR 230/12 BGHZ 198, 327.

<sup>62)</sup> Mit diesen Gebäudeteilen kann der Wohnungseigentümer grundsätzlich nach Belieben verfahren und jeden anderen von Einwirkungen hierauf ausschließen (§ 13 Abs 1 dWEG). Insofern hält schon Dötsch, ZMR 2006, 391 f fest, dass das Sondereigentum – auch in der Wahrnehmung des Rechtsverkehrs – als eine Art Ersatzgrundstück fungiert.