

## **Erster Teil**



# 1.

## Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

### Zu § 6

**73.001.** Am Anfang jeder Gesetzesauslegung steht die **wörtliche** (sprachliche, grammatikalische) **Auslegung**, die nach dem Wortsinn der Norm und innerhalb des durch den äußerst möglichen Wortsinn abgesteckten Rahmens nach der Bedeutung eines Ausdrucks im allgemeinen Sprachgebrauch oder dem des Gesetzgebers und in seinem Zusammenhang innerhalb der Regelung fragt (RIS-Justiz RS0008896 [T4]; RS0008895). Die Gesetzesauslegung darf aber bei der Wortinterpretation nicht stehen bleiben. Der Sinn einer Bestimmung ist unter Bedachtnahme auf deren Zweck zu erfassen (**objektiv-teleologische Interpretation**). Die gesetzgeberische Regelung und die darin zum Ausdruck kommenden Wertmaßstäbe sind selbständig weiter und zu Ende zu denken (RIS-Justiz RS0008836 [T4]; RS0008788 [T3]). Der Zusammenhang der auszulegenden Worte und Sätze mit anderen Worten und Sätzen der betreffenden dig weiter und zu Ende zu denken (RIS-Justiz RS0008836). Die **historische Auslegung**, die Feststellung des Willens des geschichtlichen Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien, bedarf besonderer Vorsicht, weil diese nicht Gesetz geworden sind und mit dem wahren Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmen müssen. Sie haben eine gewisse Vermutung der Richtigkeit für sich. Das Gesetz steht allerdings mit seinem Wortlaut, seiner Systematik und mit seinem Zusammenhang mit anderen Gesetzen über der Meinung der Redaktoren (RIS-Justiz RS0008776). OGH 28. 9. 2021, 5 Ob 149/21 d immolex 2022/48 (*Horn*).

### Zu § 7

**73.002.** Jegliche **Gesetzesauslegung** hat mit der **Wortinterpretation** zu beginnen, worunter die Erforschung des Wortsinns der Bedeutung eines Ausdrucks oder eines Gesetzes nach dem Sprachgebrauch zu verstehen ist (RIS-Justiz RS0008896). Bleibt nach Wortinterpretation und logischer Auslegung die Ausdrucksweise des Gesetzes dennoch zweifelhaft, dann ist die **Absicht des Gesetzgebers** zu erforschen und zu versuchen, den Sinn einer Bestimmung unter Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung zu erfassen (objektiv-teleologische Interpretation). Der Auslegende hat die gesetzgeberische Regelung und die darin zum Ausdruck kommenden Maßstäbe selbständig weiter und zu Ende zu denken (RIS-Justiz RS0008836). Die **historische Auslegung**, die Feststellung des Willens des geschichtlichen Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien, bedarf besonderer Vorsicht, weil diese nicht Gesetz geworden sind und mit dem wahren Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmen müssen. Sie

haben eine gewisse Vermutung der Richtigkeit für sich. Das Gesetz steht allerdings mit seinem Wortlaut, seiner Systematik und mit seinem Zusammenhang mit anderen Gesetzen über der Meinung der Redaktoren (RIS-Justiz RS0008776). OGH 28. 9. 2021, 5 Ob 149/21 d immolex 2022/48 (*Horn*).

## Zu § 16

**73.003.** Gestützt auf Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG begehrt die ASt, der VfGH möge § 8 2. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II 2020/544, als verfassungswidrig aufheben.

§ 8 der Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, mit der besondere Schutzmaßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 getroffen werden (2. COVID-19-SchuMaV), BGBl II 2020/544, lautete ua:

### „Beherbergungsbetriebe

§ 8. (1) Das **Betreten von Beherbergungsbetrieben zum Zweck der Inanspruchnahme von Dienstleistungen von Beherbergungsbetrieben ist untersagt.**

(2) Beherbergungsbetriebe sind Unterkunftsstätten, die unter der Leitung oder Aufsicht des Unterkunftsgebers oder eines von diesem Beauftragten stehen und zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Unterbringung von Gästen zum vorübergehenden Aufenthalt bestimmt sind. . . .“

In der Sache sieht sich die ASt durch die angefochtene Bestimmung in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf **Freizügigkeit** (Art 4 StGG, Art 2 4. ZPEMRK), auf **Aufenthalt** (Art 6 StGG) sowie auf **Gleichheit aller Staatsbürger** vor dem Gesetz (Art 2 StGG) verletzt.

Der VfGH wies den Antrag zurück:

Die ASt bringt vor, dass es ihr und ihrer Familie aufgrund der angefochtenen Bestimmung nicht möglich sei, wie geplant für ein paar Tage eine Wohnung oder ein Haus abseits ihres Hauptwohnsitzes zu mieten. Ihre Möglichkeiten der Bewegung und des freien Aufenthalts seien aufgrund der Einschränkungen der angefochtenen Bestimmung und der Notwendigkeit des täglichen Rückkehrens an den Hauptwohnsitz stark eingeschränkt. Eine ganzjährige Miete oder Kauf einer Immobilie am Zielort und damit Begründung eines dauerhaften Zweitwohnsitzes sei aus finanziellen Gründen schwer möglich und aus diversen Gründen auch nicht erwünscht.

Mit diesem **allgemein gehaltenen Vorbringen zur Betroffenheit** ist es **der ASt nicht gelungen**, ihre **unmittelbare und aktuelle Betroffenheit** für ein Verfahren vor dem VfGH hinreichend konkret darzulegen: Sie hat es unterlassen darzulegen, inwiefern sie im Antragszeitpunkt konkret beabsichtigt hat, eine **Wohnung oder ein Haus abseits des Hauptwohnsitzes zum Zweck der Inanspruchnahme von Dienstleistungen dieser Beherbergungsbe-**

**triebe zu mieten** (vgl. idS VfGH 21. 9. 2020, V 365/2020; 1. 10. 2020, V 405/2020). Das **Erfordernis dieser Darlegung** durch die ASt **besteht aber auch dann, wenn bestimmte Annahmen** im Hinblick auf die sonst geschilderte Situation **naheliegen mögen** (vgl. VfGH 21. 9. 2020, V 365/2020 und V 375/2020; 1. 10. 2020, G 271/2020 ua, und V 405/2020). Da es sich dabei um kein behebbares Formgebrechen, sondern ein Prozesshindernis handelt, ist der Antrag schon aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen. VfGH 29. 9. 2021, V 601/2020.

## Zu § 97

### Ehewohnung

**73.004.** An einer Wohnung, an der der ehemals verfügungsberechtigte Ehepartner seine Rechte bereits verloren hat, kann ein Weiterwirken eines **Rechtsverhältnisses im Aufteilungsverfahren** mangels Zugehörigkeit zur Verteilungsmasse nicht in Betracht kommen. Die „Zuweisung“ einer Ehewohnung nach § 87 Abs 2 EheG wirkt ex nunc; Rechtsverhältnisse können nicht rückwirkend gestaltet werden (*Gitschthaler*, Aufteilungsrecht<sup>2</sup> [2017] Rz 114 mit Judikaturnachweisen).

Der einem Ehegatten nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe zustehende „**Aufteilungsanspruch**“ genießt den gleichen (beschränkten) Schutz gegen Beeinträchtigung durch Dritte wie jedes andere obligatorische Recht. Die Verletzung eines solchen Rechts gewährt dem Betroffenen dann einen – grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichteten – Schadenersatzanspruch, wenn der Dritte den Schuldner zur Rechtsverletzung verleitet, arglistig mit dem Schuldner zum Nachteil des Gl zusammengewirkt oder ein durch den Besitz typischerweise erkennbares Recht verletzt hat (vgl. auch RIS-Justiz RS0009553). Liegt eine solche Verletzung des „Aufteilungsanspruchs“ vor, so soll der Außerstreitrichter (im Aufteilungsverfahren), unbeschadet des formellen Eigentums des Dritten, Rechte und Pflichten begründen können (so 7 Ob 691/85 = RIS-Justiz RS0025891; 1 Ob 221/99b; *Hopf/Kathrein*, EheR<sup>3</sup> § 86 EheG Rz 5 mwN).

Mit dem **Wohnungserhaltungsanspruchs** nach § 97 ABGB soll einerseits die Weitergewährung dieses Anspruchs bis zur Beendigung des Verfahrens nur jenen Ehegatten schützen, dem nach aufteilungsrechtlichen Grundsätzen künftig ein Recht zur Benützung der Wohnung in einer der vom Gesetz vorgesehenen Varianten zukommen soll. Andererseits begründet der Anspruch nach § 97 ABGB auch bei aufrechter Ehe – unabhängig von Unterhaltsansprüchen – keineswegs generell das Recht auf eine in jeder Hinsicht kostenfreie Wohnmöglichkeit (vgl. nur 3 Ob 231/04y mwN). Aufzuteilen sind jene Sachen und Rechte der Ehegatten, die sie bei Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft hatten (vgl. RIS-Justiz RS0057331; RS0057486 [T1, T6]), wobei im Regelfall jedem ein gleichwertiger Anteil zu-

kommen soll (vgl RIS-Justiz RS0057501 [T3]; RS075969). OGH 16. 11. 2021, 1 Ob 202/21v.

## Zu § 231

**73.005.** Selbst wenn **Mieteinnahmen** der **Unterhaltsbemessungsgrundlage** hinzuzurechnen sind, sind **im Zusammenhang mit der Vermietung aufgewendete Ausgaben** als **Abzugsposten** anzuerkennen. Vermietet ein Unterhaltspflichtiger Wohnraum, ist dies daher unterhaltsrechtlich so lange neutral, als die erzielten Einnahmen die laufenden Finanzierungskosten nicht übersteigen (9 Ob 94/00i; 4 Ob 129/02b zur kreditfinanzierten Vermietung von Wohnraum). Gleiches gilt im Rahmen der Anspannung zur Vermietung von Wohnräumen, sodass auch in einem solchen Fall fiktiv erzielten Mieteinnahmen ein mit der Vermietung allenfalls verbundener Aufwand gegenüberzustellen ist. Das Rekursgericht sah es iS dieser Rsp als für den Vater gerechtfertigt an, den Bruder seiner Lebensgefährtin „gratis“ im Obergeschoß des Hauses wohnen zu lassen, weil er bei Vermietung eines Teiles des Hauses jemanden benötigt, der die Liegenschaft in Ordnung hält, wofür zumindest ein Betrag von € 440 monatlich aufzuwenden sei, der als Mieteinnahme für das Obergeschoß lukriert werden könnte. OGH 7. 1. 2021, 5 Ob 206/20k iFamZ 2021/45.

**73.006.** Nach § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB leistet der **Elternteil, der den Haushalt führt**, in dem er das Kind betreut, dadurch seinen Beitrag. Er **erfüllt** auf diesem Weg seine **Unterhaltspflicht** zur Gänze (RIS-Justiz RS0047436 [T3]). Dies gilt auch bei einem volljährigen Kind (*Hopf/Stefula* in KBB<sup>6</sup> § 231 ABGB Rz 10 mwN). Auch wenn das Kind während der Woche auswärts untergebracht ist und sich nur an Wochenenden, zu den Feiertagen oder während der Ferien beim haushaltsführenden Elternteil befindet, dieser aber tatsächlich für das Kind Betreuungsleistungen, wie etwa Sorge für dessen Kleidung und Wäsche, erbringt, so leistet dieser Elternteil dadurch seinen vollen Beitrag zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes (RIS-Justiz RS0047434; vgl auch RS0047443). Dies gilt auch, wenn das auswärtige Wohnen in einer eigenen Wohnung stattfindet (2 Ob 196/02s; *Stabenheimer/Reiter* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 231 ABGB Rz 39), und auch im Fall von immer noch regelmäßig „nach Hause kommenden“ Studenten (*Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 231 ABGB Rz 92; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.06</sup> § 231 Rz 27).

Stellt der **Geldunterhaltspflichtige** dem Unterhaltsberechtigten eine **Wohnung zur Befriedigung** seines **Wohnbedarfs** zur Verfügung, ist der so geleistete Naturalunterhalt – in angemessenem Umfang, nach jüngerer Rsp grundsätzlich mit dem fiktiven (marktüblichen) Mietwert – auf den Geldunterhaltsanspruch anzurechnen, weil dadurch der Unterhaltsbedarf des

Kindes teilweise gedeckt ist (9 Ob 48/13v EF-Z 2014/46 [Gitschthaler]; 10 Ob 110/15x EF-Z 2016/73 [Gitschthaler]; RIS-Justiz RS0130891; Neumayr, Glosse zu 2 Ob 224/08t iFamZ 2009/226). Voraussetzung für diese Anrechnung ist, dass die Wohnversorgung des Unterhaltsberechtigten dem Unterhaltspflichtigen zuzurechnen ist (10 Ob 110/15x; 1 Ob 93/19m). Ist zwar der Geldunterhaltspflichtige über die zur Verfügung gestellte Wohnung Verfügungsberechtigt, die Bedarfsdeckung aber ausnahmsweise wirtschaftlich zur Gänze dem betreuenden Elternteil zuzurechnen, etwa weil dieser sämtliche Kreditraten trägt, so hat nach der Rsp keine Anrechnung zu erfolgen (1 Ob 143/12d; 6 Ob 61/13h).

Jedenfalls dann, wenn die dem Kind nunmehr gehörige Wohnung diesem wirtschaftlich von einem Dritten – hier der Mutter – ohne Absicht, den Geldunterhaltspflichtigen zu entlasten, zugewendet wurde, ist keine Verminderung des Unterhaltsanspruchs anzunehmen. OGH 20. 1. 2021, 3 Ob 187/20a AnwBl 2021/127 = EF-Z 2021/56 (Gitschthaler) = iFamZ 2021/46.

**73.007. Verfahrensverstöße** können auch im AußStrVerf nur dann eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens bilden, wenn sie **abstrakt geeignet** sind, eine **unrichtige Entscheidung herbeizuführen**; die **Erheblichkeit** des Mangels ist **vom Rechtsmittelwerber darzulegen** (RIS-Justiz RS0043027 [T13]).

Hat der Unterhaltsberechtigte nicht für die Kosten der Wohnversorgung aufzukommen, so bedarf er regelmäßig nicht mehr des gesamten festgesetzten Geldunterhalts, um seinen vollständigen **Unterhalt** zu decken (RIS-Justiz RS0047254). Für die Frage der **Anrechnung von Wohnungskosten** auf den Unterhaltsanspruch des Kindes ist entscheidend, ob die Wohnversorgung des Unterhaltsberechtigten dem Unterhaltspflichtigen zurechenbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn entweder der Unterhaltsschuldner tatsächlich Aufwendungen für die Kosten der Wohnung trägt, in der das Kind wohnt, oder er dem Kind sein Eigentum (zB ausbezahlte Eigentumswohnung) zur Verfügung stellt (9 Ob 48/13v EF-Z 2014/46 [Gitschthaler]; 1 Ob 143/12d; RIS-Justiz RS0123485; RS0121283; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>9</sup> 202). Das ist hier aber nicht der Fall.

Die Kinder wohnen mit der Mutter im ehemaligen gemeinsamen Einfamilienhaus der Eltern. Nach der Scheidung wohnte auch der Vater noch bis August 2017 im Einfamilienhaus und zahlte den restlichen Kredit zur Gänze zurück. Dadurch hat er aber noch keine ihm auf die künftigen Unterhaltsansprüche der Kinder (ab 1. 1. 2020) anrechenbare Naturalleistung in Form der Wohnversorgung geleistet. Die Wohnversorgung der Kinder erfolgt nun vielmehr alleine durch die Mutter, in deren Alleineigentum das ausfinanzierte Haus steht. OGH 28. 9. 2021, 9 Ob 57/21d iFamZ 2021/237.

## Zu § 287

**73.008.** Als Gemeingebrauch wird die jedermann unter gleichen Bedingungen ohne besondere behördliche Bewilligung und ohne Zustimmung des über die betroffene Liegenschaft Verfügungsberechtigten zustehende Freiheit verstanden, bestimmte Sachen entsprechend ihrer **Zweckbestimmung** bzw im **Rahmen der Üblichkeit** zu verwenden (RIS-Justiz RS0009781 [T5]; RS0009760). Der Gemeingebrauch ist eine Art öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit, die aufgrund ausdrücklicher Widmung durch Gesetz, Verordnung, Erklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde oder die „Ersitzung“ durch entsprechend lang dauernde Benützung (RIS-Justiz RS0009781 [T6]) entsteht und bewirkt, dass der Eigentümer den Gebrauch dieser Sache durch jedermann nicht hindern kann, sofern sich dieser im Rahmen des Gemeingebruchs hält (RIS-Justiz RS0009781 [T4]). Der Gemeingebrauch besteht nicht nur am „öffentlichen Gut“, sondern kann auch am Privateigentum begründet werden (RIS-Justiz RS0009757 [T8]). OGH 29. 4. 2021, 8 Ob 25/21s.

## Zu § 309

**73.009.** Besitz entsteht, Besitzwille vorausgesetzt, durch die nach außen in Erscheinung tretende Herrschaft über die Sache entsprechend der Verkehrsauffassung (*Holzner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 309 ABGB Rz 2). Rechtsbesitz stellt sich als offene Ausübung eines besitzfähigen Rechts dar mit dem Willen, es als das eigene zu haben (*Kodek in Fasching/Konecny* III/2<sup>3</sup> § 454 ZPO Rz 23). **Besitzwille** in Ansehung eines Rechtes ergibt sich aus einem Verhalten, wie es ein Berechtigter typischerweise setzt (*Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 309 ABGB Rz 2). Der Umstand der zwangsweisen Räumung schließt nun nicht von vornherein aus, dass der Kl etwa weiterhin über einen Schlüssel zum Abstellraum verfügte, sich regelmäßig Zugang verschaffte und den Abstellraum wieder in Besitz nahm. Auch ein unredlicher, unrechtmäßiger und sogar unechter Besitzer genießt grundsätzlich Besitzschutz (*Kodek in Fasching/Konecny* III/2<sup>3</sup> § 454 ZPO Rz 16 mwN). Ebenso verhindern auch allfällige wechselseitige Besitzhandlungen der Parteien durch wiederholte Inanspruch- und Abwehrhandlungen (fortdauernder „Kampf um den Besitz“) mangels aufklärbarer faktischer Gewahrsamsverhältnisse jeglichen Besitzerwerb (vgl LG Krems MietSlg 54.016). LGZ Wien 16. 6. 2021, 39 R 105/21t.

## Zu § 326

**73.010.** Nach stRsp (RIS-Justiz RS0010137) ist ein Rechtsbesitzer dann redlich, wenn er glauben kann, dass ihm die Ausübung des Rechts zusteht. Der für die Ersitzung erforderliche gute Glaube fällt weg, wenn der Besitzer entweder positiv



Kenntnis erlangt, dass sein Besitz nicht rechtmäßig ist, oder wenn er Umstände erfährt, die zu Zweifeln an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes Anlass geben (RIS-Justiz RS0010184). Schon die Mitteilung des Rechtsstandpunkts des (grundbücherlichen) Eigentümers der Sache bzw die Inanspruchnahme des Besitzes der strittigen Sache durch den Ersitzungsgegner kann den guten Glauben des Ersitzungsbesitzers zerstören (RIS-Justiz RS0010175 [T4]; RS0034103; 1 Ob 41/08y mwN). Ein **Verbotsschild schließt idR den guten Glauben** an die Rechtmäßigkeit der Rechtsausübung aus (2 Ob 280/00s; 4 Ob 123/14p). Abzustellen ist bei der Beurteilung der Redlichkeit darauf, ob ein **durchschnittlicher Verkehrsteilnehmer** die in der Ausübungshandlung liegende Rechtsverletzung erkennen hätte können (RIS-Justiz RS0010184 [T11]; RS0034103 [T3]). OGH 22. 2. 2021, 5 Ob 1/21i Zak 2021/197 = immolex 2021/104 (*Beham*).

**73.011.** Gem § 326 ABGB ist ein redlicher Besitzer, wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält. Ein unredlicher Besitzer ist dagegen derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuten muss, dass die in seinem Besitz befindliche Sache einem Andern zugehöre. Bei **juristischen Personen** ist neben dem guten Glauben der Machthaber auch der **gute Glaube etwaiger Besitzmittler erforderlich**, um zugunsten einer juristischen Person etwa ein Wege-recht zu erwerben (vgl 1 Ob 41/08y = RIS-Justiz RS0010298 [T5] = RS0011542 [T5]; RS0010174). OGH 24. 2. 2021, 7 Ob 208/20v EvBl 2021/94 (*Ziegelbauer*).

## Zu § 328

**73.012.** Da die Redlichkeit des Besitzers gem § 328 ABGB vermutet wird, trifft die **Beweislast für die Unredlichkeit** seinen Prozessgegner (vgl RIS-Justiz RS0010187). OGH 10. 10. 2021, 3 Ob 125/21k NZ 2022/57 (*Ehgartner*).

## Zu § 339

**73.013. Besitzstörung** ist jede **tatsächliche Beeinträchtigung der Herrschaft**, wie sie beim Sachbesitz eine Verletzung des Eigentums und beim Rechtsbesitz eine solche des besessenen Rechtes bedeuten würde, bis hin zur Grenze der völligen Entziehung (*Kodek in Klang*<sup>3</sup> § 339 ABGB Rz 55 mwN). Übermäßiger Lärm, die Verbreitung von üblem Geruch oder von Staub durch Teppichklopfen sind räumliche Übergriffe, die nach der Rsp, abhängig von den Gesamtumständen, grundsätzlich auch als Beeinträchtigung der Sachherrschaft gewertet werden könnten. Allerdings ergeben sich aus dem Erfordernis der **Eigenmacht** und dem beschränkten Rechtsschutzziel im Besitzstörungsverfahren Einschränkungen. So geht die neuere Rsp inzwischen davon aus, dass die störende Handlung nur einen aus-

reichenden Bezug zu Gegenstand und Inhalt des Besitzes haben muss, ihrem **äußeren Bild nach** selbst **Ausübung von Sach- oder Rechtsbesitz** sein muss oder dessen Hinderung oder Erschwerung beim Gestörten zur Folge haben muss. Auf die nach der älteren Rsp darüber hinaus noch geforderte Besitzanmaßung im engeren Sinn (MietSlg 30.016, 32.011, 35.014) kommt es hingegen nicht mehr an. Beim Sachbesitz wird ein räumlicher Übergreif gefordert (MietSlg 52.012, 57.016, 66.009). Jedenfalls sind aber **Elemente der Besitzerwerbung erforderlich** (MietSlg 28.021, 30.018, 31.013, 32.012, 35.015, 37.009, 40.009 ua). Dort, wo nicht der Besitz, sondern „nur“ der Besitzer gestört oder die besessene Sache betroffen ist, bzw die Wiederherstellung eines früheren Zustands schon begrifflich nicht in Betracht kommt, gibt es keinen Besitzschutz. So hat die Rsp bereits festgehalten, dass vorübergehende Störungen im Zuge von Stemmarbeiten (MietSlg 30.018), die vorübergehende, nicht behindernde Lagerung von Leiter, Papierrolle und PVC-Behälter am Gang während einer Wohnungsrenovierung (MietSlg 55.024) oder Beschädigungen im Zuge der Adaptierung einer Nachbarwohnung (MietSlg 32.013), eine kurzfristige Unterbrechung der Wasserzufuhr infolge Reparaturarbeiten (MietSlg 46.012), die versehentliche Unterbrechung der Stromzufuhr einer Halle über sieben Tage infolge von Bauarbeiten, wenn sie so rasch wie möglich wiederhergestellt wird (MietSlg 54.025), sowie sonstige bloße Schadenszufügungen oder das Eintreten in die Wohnung, wenn der Aufforderung, sie zu verlassen, sofort Folge geleistet wird (MietSlg 30.013), keine Besitzstörung darstellen (*Holzner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 339 ABGB Rz 7 und 13).

Somit stellt auch nicht jede **störende Lärmeinwirkung** eine Besitzstörungshandlung dar. Selbst wenn Ansprüche im Rahmen des § 8 MRG bzw § 1096 ABGB oder auch nach § 372 ABGB (RIS-Justiz RS0010655; 7 Ob 654/89) denkbar wären, stellt nicht jede Lärmbeeinträchtigung im Zuge einer Baustelle auch eine Besitzstörungshandlung dar. Dafür müssten die entsprechende Erheblichkeit iSd § 364 Abs 2 ABGB und ein Bezug auf das Recht zum Besitz kumulativ vorliegen. LGZ Wien 14. 4. 2021, 38 R 259/20z.

**73.014.** Im Besitzstörungsverfahren ist der **Einwand der Schikane** auch dann beachtlich, wenn sich das fehlende Interesse einer Rechtsausübung bereits ohne Rückgriff auf die petitorische Rechtslage ergibt, also bei Fällen **extrem geringfügiger Eingriffe**, welche die Rsp – teilweise – unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Nachteils behandelt. Schikane liegt dabei immer dann vor, wenn dem, der sein Recht ausübt, jedes andere Interesse (als Schädigung) abgesprochen werden muss oder zumindest der Schädigungszweck so augenscheinlich im Vordergrund steht, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (EFSlg 69.091). LGZ Wien 12. 5. 2021, 38 R 238/20 m.

**73.015.** Besitzstörung ist **jede tatsächliche Beeinträchtigung der Herrschaft**, die den bisherigen Gebrauch einer Sache oder eines Rechtes verhindert oder erschwert (*Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*; ABGB<sup>37</sup> § 339 E 7, 8). LGZ Wien 19. 5. 2021, 40 R 81/21i.

**73.016.** Zunächst ist daran zu erinnern, dass Endbeschlüsse wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger **Beweiswürdigung** grundsätzlich nicht angefochten werden können, uzw ungeachtet der Regelung des § 518 Abs 3 ZPO. Diese Bestimmung soll für Besitzstörungsverfahren mit einem Streitwert von höchstens € 2.700 die Anfechtbarkeit übereinstimmend mit § 501 ZPO regeln; dies bedeutet jedoch nicht, dass damit die – im Rekursverfahren grundsätzlich unzulässige – Bekämpfung der erstgerichtlichen Beweiswürdigung im Besitzstörungsverfahren mit höheren Streitwerten ermöglicht werden sollte (*A. Kodek in Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 518 ZPO Rz 3 mwN; s auch *Klauser/Kodek*, JN-ZPO<sup>18</sup> § 526 ZPO E 34 und 36).

Besitzstörung iSd § 339 ABGB bedeutet Beeinträchtigung des bisherigen Besitzstandes zum Nachteil des Besitzers. Der Störer setzt der bisherigen Herrschaft des Besitzes, insb durch **räumliches Übergreifen** oder durch Sachentzug, einen eigenen Besitzwillen entgegen (*Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 339 ABGB Rz 2). Besitz wird gegen jede eigenmächtige Störung geschützt, dh immer dann, wenn eine Rechtswidrigkeit zu bejahen ist, nicht aber bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für den Eingriff. Ferner kann Gestattung durch den Besitzer die Rechtswidrigkeit ausschließen (*Eccher/Riss*, aaO Rz 6). Die Einwilligung des Besitzers, die die Eigenmacht ausschließt, muss im Zeitpunkt des Eingriffs unzweifelhaft vorliegen. Eine vorweg erteilte Zustimmung kann jederzeit frei widerrufen werden (MietSlg 54.020).

Das beschleunigt abzuwickelnde Verfahren über Besitzstörungsklagen beschränkt sich auf die **Feststellung des letzten Besitzstandes** und der erfolgten Störung. Alle Erörterungen über das Recht zum Besitz haben zu unterbleiben und könnten nur in einem späteren petitorischen Verfahren erfolgen (§ 457 ZPO; *Eccher/Riss*, aaO Rz 9). LGZ Wien 4. 8. 2021, 39 R 136/21w.

**73.017.** Besitzstörung kann nur sein, was mit den Elementen einer **Besitzerwerbung in Bezug auf den fremden Besitz** verbunden ist (*Eccher/Riss* in KBB<sup>5</sup> § 339 ABGB Rz 2; MietSlg 70.015). Wenn es dem Bkl ohne weiteres möglich ist, das Gelände der Kl zu betreten und er sich über Aufforderung auch sofort wieder entfernt, liegt keine Besitzstörung vor, zumal sich die Kl durch diese Handlungen zwar allenfalls belästigt, jedoch nicht in ihren Besitzrechten gestört fühlte. LGZ Wien 17. 11. 2021, 38 R 137/21k.

**73.018.** Nach stRsp ist **weder eine Absicht des Eingriffes, noch eine Absicht der Besitzanmaßung Voraussetzung** für das Vorliegen einer Besitzstörung, sodass auch ein irrtümlicher oder ungewollter Eingriff unbefugt bleibt (*Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB<sup>17</sup> § 339 ABGB E 71 ff). LGZ Wien 18. 11. 2021, 40 R 281/21 a.

**73.019.** Das **Schwenken eines im Zuge der Bauarbeiten im Dachgeschoß errichteten Turmkrans über dem Haus, den Innenhof oder auch den Balkon** des Kl in einer Entfernung von zumindest mehreren Metern stellt per se jedenfalls keinen erheblichen Eingriff in den ruhigen Besitz dar. Selbst wenn Licht, Lärm, Geruch, Staubentwicklungen grundsätzlich geeignet wären, eine Besitzstörung zu bewirken, sind diese Einwirkungen im Zusammenhang mit einem Dachausbau, der heute im innerstädtischen Bereich als weit verbreitet angesehen werden muss, unter der Voraussetzung, dass dieser zügig und möglichst schonend durchgeführt wird, durchaus ortsüblich und stellen die störenden Auswirkungen derartiger Baustellen jedenfalls **keine Besitzstörung** dar. LGZ Wien 24. 11. 2021, 38 R 218/21 x.

**73.020.** Einem **Untermieter** steht genauso wie einem Mieter **Besitzschutz** zu (vgl MietSlg 53.024 mwN; MietSlg 68.010). Dass nicht Schutz genießen soll, wer die Benützung des Bestandobjektes nur vom Bestandnehmer ableitet, ist nicht einzusehen; auf die Herleitung des Rechtsbesitzes kommt es nicht an (vgl *Holzner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 339 ABGB mwN; MietSlg 68.010). Für den possessorischen Schutz des Unterbestandnehmers ist nicht entscheidend, ob der Sachbesitzer die Untervermietung gestattet hat, oder ob der Unterbestandgeber überhaupt ein Mietrecht und damit zumindest ein Recht zum eigenen Besitz am Bestandobjekt hat (vgl MietSlg 68.010). LGZ Wien 29. 12. 2021, 38 R 199/21 b.

## **Zu § 364**

**73.021.** Die RevW betreibt am Gutshof A eine an den Ufern des Flusses T gelegene biologisch-dynamische Landwirtschaft. Zur Bewässerung der landwirtschaftlichen Flächen bezieht sie Wasser aus dem genannten Fluss.

Die erstmitbeteiligte Partei **stellt Lebensmittelzusatzstoffe in industriellen Produktionsanlagen** am Standort P in der Gemeinde W her.

Die **im Rahmen dieser Produktionen anfallenden Abwässer** werden von der ebenso am Standort P **befindlichen Abwasserreinigungsanlage** der zweitmitbeteiligten Partei **übernommen und in den Fluss T eingeleitet**. Der Einleitungspunkt der Abwässer liegt mehrere Kilometer flussaufwärts der Wasserentnahmestelle für den landwirtschaftlichen Betrieb der RevW.

Mit Bescheid der bel Beh (LVwG NÖ) v 5. 2. 2019 wurden der RevW jene **Umweltinformationen mitgeteilt**, die dem letztgenannten Schreiben der zweitmitbeteiligten Partei v 24. 1. 2019 entnommen werden konnten (dieses Schreiben wurde dem Bescheid als „Beilage A“ angeschlossen). Soweit die **begehrten Umweltinformationen** die Parameter **Zulaufwerte in die Abwasserreinigungsanlage**, Cyanid-Gehalt, Kupfer, Zink, Chlorid und Sulfat zum Inhalt hätten, wurden diese **nicht mitgeteilt** und **insofern dem Informationsbegehren** v 21. 12. 2018 **nicht stattgegeben**.

Die dagegen erhobene Beschwerde der RevW wies das VwG mit dem angefochtenen Erk ab. Ua legte das VwG näher dar, weshalb das Interesse der erstmitbeteiligten Partei an der **Geheimhaltung der Informationen** hinsichtlich der genannten Parameter als schutzwürdiges Geschäfts- und Betriebsgeheimnis über das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der Informationen zu stellen sei.

Der VwGH hob dieses Erk wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf:

Der österreichische Gesetzgeber hat von der in Art 4 Umweltinformations-RL vorgesehenen Möglichkeit, einen **Antrag auf Zugang zu Umweltinformationen** aus den in dieser Bestimmung genannten Gründen abzulehnen, Gebrauch gemacht. In § 6 Abs 1 und 2 Umweltinformationsgesetz – UIG (idF der Nov 2004, BGBl I 2005/6) wurden „**Mitteilungsschranken und Ablehnungsgründe**“, die im Wesentlichen die Ablehnungsgründe des Art 4 Abs 1 lit b bis e bzw Abs 2 lit a bis f und h Umweltinformations-RL umsetzen, normiert.

Nach § 6 Abs 2 UIG sind „andere als die in § 4 Abs 2 genannten Umweltinformationen“ – unbeschadet der Mitteilungsschranken des § 6 Abs 1 leg cit – mitzuteilen, sofern ihre Bekanntgabe **keine negativen Auswirkungen** auf die in § 6 Abs 2 Z 1 bis 7 leg cit genannten **Rechtsgüter** hat.

Zu diesen zählen nach Z 4 leg cit **Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, sofern diese durch innerstaatliches oder gemeinschaftliches Recht geschützt sind, um berechnigte wirtschaftliche Interessen, einschließlich des öffentlichen Interesses an der Wahrung der Geheimhaltung von statistischen Daten und des Steuergeheimnisses, zu schützen**. Dabei handelt es sich um die Umsetzung des Ablehnungsgrunds nach Art 4 Abs 2 lit d Umweltinformations-RL.

Aus der Wendung „andere als die in § 4 Abs. 2 genannten Umweltinformationen“ in § 6 Abs 2 UIG erhellt, dass nach der innerstaatlichen Rechtslage aber nur **der Bekanntgabe der in § 4 Abs 2 UIG genannten Umweltinformationen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse** iSd Art 4 Abs 2 lit d Umweltinformations-RL bzw § 6 Abs 2 Z 4 UIG **nicht entgegengehalten werden dürfen**.

Nun unterliegen nach § 4 Abs 2 Z 3 UIG dem freien Zugang Informationen über Emissionen gem § 2 Z 2 UIG in die Umwelt

„in zeitlich aggregierter oder statistisch dargestellter Form“. Folglich dürften nach der ausdrücklichen Anordnung des § 6 Abs 2 UIG **einem Antrag auf Zugang zu Informationen über Emissionen in die Umwelt Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse nur dann nicht entgegengehalten werden, wenn diese Informationen „in zeitlich aggregierter oder statistisch dargestellter Form“ vorliegen.**

**Art 4 Abs 2 UAbs 2 letzter Satz Umweltinformations-RL**, wonach einem Antrag auf Zugang zu Informationen über „Emissionen in die Umwelt“ Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht entgegengehalten werden dürfen, **sieht für den Zugang zu solchen Informationen aber keine solchen zusätzlichen Bedingungen vor.** Nach der Rsp des EuGH dürfen die dieser Bestimmung immanenten Begriffe „Emissionen in die Umwelt“ bzw „Informationen über Emissionen in die Umwelt“ vor dem Hintergrund des Ziels der Umweltinformations-RL auch **nicht eng ausgelegt** werden (vgl EuGH 23. 11. 2016, *Bayer Crop-Science und Stichting De Bijenstichting*, C-442/14).

Zudem hat der VwGH bereits ausgesprochen, dass mit dem in § 2 UIG normierten Begriff der „Umweltinformation“ die unionsrechtliche Vorgabe durch Art 2 Z 1 Umweltinformations-RL nahezu wörtlich übernommen wurde (vgl VwGH 30. 3. 2017, Ro 2017/07/0004). Demzufolge sind **„Umweltinformationen“** sämtliche Informationen in schriftlicher, visueller, akustischer, elektronischer oder sonstiger materieller Form über die dort angeführten Kategorien (wie etwa die im Revisionsfall relevanten **Emissionen in die Umwelt**).

Eine den Anforderungen der Umweltinformations-RL genügende Anwendung des § 4 Abs 2 Z 3 UIG ist aufgrund der darin vorgesehenen, der Richtlinie jedoch widersprechenden Einschränkung nicht möglich, **weshalb die nationalen Behörden und Gerichte verpflichtet sind, die Einschränkung „in zeitlich aggregierter oder statistisch dargestellter Form“ unangewendet zu lassen.** Nur die Nichtanwendung dieser Einschränkung führt zu dem richtlinienkonformen Ergebnis, dass es sich bei Informationen über Emissionen in die Umwelt **nicht um „andere als die in § 4 Abs 2 genannten Umweltinformationen“** iSd § 6 Abs 2 UIG handelt und diese daher dem freien Zugang unterliegen.

Aus diesem Grund **durften** dem Antrag der RevW **Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse** der erstmitteiligten Partei **jedenfalls nicht entgegengehalten werden.**

Daher kann auch dahinstehen, ob die vom VwG vertretene Ansicht, wonach dieser Antrag keine Daten in „zeitlich aggregierter oder statistisch dargestellter Form“ betreffe, überhaupt zutrifft.

Das angefochtene Erk war bereits deshalb gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben. VwGH 6. 7. 2021, Ra 2020/07/0065 ecolex 2021/756 (*Primosch*).

**73.022.** Nach der Rsp ist unter einer unmittelbaren Zuleitung gem § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB eine solche zu verstehen, die durch eine „**Veranstaltung**“ bewirkt wird, die für eine Einwirkung gerade in Richtung auf das Nachbargrundstück hin ursächlich ist (RIS-Justiz RS0010635). Sie **erfordert kein zielgerichtetes Verhalten** des Liegenschaftseigentümers (also dessen Absicht, den Nachbarn zu beeinträchtigen; vgl 1 Ob 206/15 y), setzt aber voraus, dass durch den belangten Nachbarn überhaupt eine Veränderung (seines Grundstücks) erfolgte (vgl RIS-Justiz RS0117337 [T3]). Der Begriff „Veranstaltung“ soll ausdrücken, dass **Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundes hinzunehmen** sind (RIS-Justiz RS0010635 [T12]), nicht aber Änderungen der natürlichen Gegebenheiten, wodurch Immissionen auf den Nachbargrund bewirkt werden (RIS-Justiz RS0010635 [T26]), wie dies etwa bei einer Veränderung der natürlichen (Wasser-)Abflussverhältnisse durch ein Bauwerk (RIS-Justiz RS0010635 [T22]; RS0115461 [T3]; RS0117337 [T2]) oder einer Zuleitung von Wasser durch Rohre oder Rinnen (2 Ob 11/05 i; 4 Ob 57/20 s; vgl auch 1 Ob 42/01 k mwN) der Fall ist. Für Unterlassungsansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB ist grundsätzlich der Nachbar passivlegitimiert, von dessen Grund Immissionen ausgehen. Der Unterlassungsanspruch kann sich aber auch gegen diejenigen richten, der die Störung nur mittelbar veranlasst hat; auch derjenige ist passiv legitimiert, der den Eingriff nicht selbst vornimmt, sondern nur veranlasst, indem er durch Handlungen oder Unterlassungen die Voraussetzungen dafür schuf, dass Dritte die Störung begehen können (RIS-Justiz RS0011737 [T5 und T11]). Für Störungen durch andere haftet der Grundeigentümer nur dann, wenn er das störende Verhalten duldet, obwohl er es zu hindern berechtigt und imstande gewesen wäre und damit der erforderliche Zusammenhang zwischen Sachherrschaft (über die Immissionsquelle) und dem Schadenseintritt (der Störung durch die Immission) hergestellt ist (vgl RIS-Justiz RS0053260; s auch *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 364 ABGB Rz 16; *Winner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 364 ABGB Rz 13). Die Unterlassungspflicht umfasst auch die Verpflichtung, auf solche Dritte einzuwirken, auf die der Unterlassungspflichtige Einfluss zu nehmen in der Lage ist (vgl RIS-Justiz RS0011737). OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 27/21 h RdU 2021/99 (*Kerschner*).

**73.023.** Den Eigentümer der Nachbarliegenschaft trifft als Reflex seiner Unterlassungspflicht auch eine gewisse Hinderungspflicht im Hinblick auf Störungen durch Dritte (5 Ob 133/09 h; 8 Ob 20/14 w mwN). Verursacht ein anderer die Störung, so wird die Haftung des Nachbarn dann als gerechtfertigt erachtet, wenn er die Einwirkung duldet, obwohl er sie zu verhindern berechtigt und dazu auch imstande gewesen wäre (RIS-Justiz RS0053260 [T6] = RS0010586 [T4] = RS0010648 [T13]). Die **passive Klagelegitimation eines „mittelbaren Stö-**

**riers**“ setzt voraus, dass er die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit hat, die störenden Handlungen Dritter zu steuern und gegebenenfalls zu verhindern (RIS-Justiz RS0011737 [T20, T32]). OGH 22. 6. 2021, 1 Ob 107/21y Zak 2021/416 = immolex 2021/165 (*Holly/Palma*).

**73.024.** Die aus § 364 Abs 2 ABGB abgeleiteten Ansprüche können nach stRsp nicht nur gegen den Eigentümer des Grundstücks, von dem die Immissionen ausgehen, geltend gemacht werden, sondern **gegen jeden, der durch Vorkehrungen auf dem Nachbargrundstück unzulässige Störungen hervorruft**, sofern er diesen Grund für eigene Zwecke benutzt. Gefordert wird dabei eine Beziehung zum emittierenden Grundstück bzw ein gewisser Zusammenhang zwischen Sachherrschaft und Störung (RIS-Justiz RS0010516 [T3]; RS0010654 [T13]). OGH 30. 8. 2021, 5 Ob 22/21b immo aktuell 2021/39 (*Höllwerth*) = EvBl 2022/24 (*Weixelbraun-Mohr*).

**73.025.** Nach den Feststellungen sind es so gut wie ausschließlich die Gäste der Bekl, die von Mitternacht bis 4.00 Uhr früh vor dem Haus der Kl lärmten und dasselbe verunreinigen. Diese Immissionen sind **nicht ortsüblich**. 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 [T2]; RS0010653 [T3]). Beim Lokal S handelt es sich nach den Feststellungen um das einzige Lokal im näheren Umkreis des Hauses der Kl, das nach Mitternacht noch geöffnet hat. Weil es sich beim Lokal S auch um keinen Betrieb handelt, der – vergleichbar einer Bahnanlage, einem industriellen Großbetrieb, einem Sportstadion oder einer großen Gondelbahn – den Charakter eines Raumes allein zu prägen imstande ist (vgl 8 Ob 61/19g mwN RdU 2020/26 [*Kerschner*]), gingen die Vorinstanzen zu Recht von keiner durch Nachtgastronomie geprägten Örtlichkeit aus.

Da das Lokal S für die Örtlichkeit iSd § 364 Abs 2 ABGB nicht prägend ist, machte das Verhalten seiner Gäste dieses nicht ortsüblich. Es schadet insofern nicht, dass die Kl erst im Jahr 2019, viele Jahre nach Lokaleröffnung, die Klage erhob. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB ist – als Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage – grundsätzlich auch nicht verjährbar (RIS-Justiz RS0124364; *Kerschner/Wagner* in *Klang*<sup>3</sup> § 364 ABGB Rz 218).

Für Unterlassungsansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB ist grundsätzlich der Nachbar **passiv legitimiert**, von dessen Grund Immissionen ausgehen. Der Unterlassungsanspruch kann sich aber auch gegen denjenigen richten, der die Störung nur mittel-



bar veranlasst hat; auch derjenige ist passiv legitimiert, der den Eingriff nicht selbst vornimmt, sondern nur veranlasst, indem er durch Handlungen oder Unterlassungen die Voraussetzungen dafür schuf, dass Dritte die Störung begehen können (RIS-Justiz RS0011737 [T5 und T11]). Für Störungen durch andere haftet der Grundeigentümer dann, wenn er das störende Verhalten duldet, obwohl er es zu hindern berechtigt und imstande gewesen wäre, und damit der erforderliche Zusammenhang zwischen Sachherrschaft (über die Immissionsquelle) und dem Schadenseintritt (der Störung durch die Immission) hergestellt ist (vgl. RIS-Justiz RS0053260; s. auch *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 364 ABGB Rz 16; *Winner* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 364 ABGB Rz 12f; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 364 ABGB Rz 13). Die Unterlassungspflicht umfasst auch die Verpflichtung, soweit möglich und zumutbar auf die unmittelbar störenden Dritten Einfluss zu nehmen, damit die Störung unterbleibt (vgl. RIS-Justiz RS0011737 [T3, T16, T31]; jüngst 1 Ob 27/21h).

Diese Rsp gilt insb auch für den Fall, dass ein **Liegenschaftseigentümer** ein **Lokal verpachtet** und Gäste des Lokalbetreibers Nachbarn iSd § 364 Abs 2 ABGB beeinträchtigen: Da ein Gastbetrieb den Nutzen aus dem Kundenverkehr zieht, müssen sich der Eigentümer des betreffenden Grundstücks und auch der Mieter (oder Pächter) des darauf betriebenen Lokals den **Lärm** zurechnen lassen, den die **Gäste**, wenngleich **außerhalb des Lokals**, so doch im Rahmen des Zutritts zu diesem oder von dessen Verlassen, verursachen (vgl. 3 Ob 2413/96s RdU 1997/42 [zust. *Wagner*]; RIS-Justiz RS0106885; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 364 Rz 6). Dies gilt genauso, wenn die Gäste im Nahebereich des Lokals urinieren oder auf andere Weise eine Nachbarliegenschaft verschmutzen (vgl. 1 Ob 196/00f RdU 2001/59 [zust. *Kerschner*]). **Geeignete Maßnahmen**, die einen Lokalbetreiber in die Lage versetzen, zu verhindern, dass seine Gäste außerhalb des Lokals durch Lärm oder Verunreinigungen Nachbarliegenschaften beeinträchtigen, sodass er als mittelbarer Störer iSd § 364 Abs 2 ABGB verantwortlich ist, sind etwa die Verweigerung des Ausschanks alkoholischer Getränke oder die Androhung bzw. Verhängung von Lokalverboten (1 Ob 196/00f). Beim das Lokal nicht selbst betreibenden Liegenschaftseigentümer wird die Möglichkeit zur Verhinderung von mit dem Lokalbetrieb einhergehenden Immissionen der geschilderten Art darin erblickt, dass das Lokal – zB aufgrund einer Verpachtung – mit seiner Zustimmung am Grundstück betrieben wird (7 Ob 327/98h; *Kerschner/Wagner* in *Klang*<sup>3</sup> § 364 ABGB Rz 298). OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 76/21d AnwBl 2022/15 = immolex 2022/30 (*Holzer*).

**73.026.** Sofern dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt, ist eine **unmittelbare Zuleitung** nach § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB unter allen Umständen, also ohne die Einschränkungen der

Wesentlichkeit und Ortsüblichkeit und unabhängig von einer behördlichen Genehmigung unzulässig (vgl 4 Ob 57/20s mwN). Demgegenüber sind **Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstücks hinzunehmen** (RIS-Justiz RS0010635 [T12]).

Unter einer unmittelbaren Zuleitung gem § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB ist eine direkte, gerade auf das Nachbargrundstück gerichtete Einwirkung zu verstehen (RIS-Justiz RS0010635): Durch eine dem Liegenschaftseigentümer zuzurechnende **Änderung der natürlichen Gegebenheiten** (eine „Veranstaltung“) werden Immissionen auf das Nachbargrundstück bewirkt (RIS-Justiz RS0010635 [T12]).

Das **Herüberwachsen(lassen) von Wurzeln und Ästen** ist idR nicht als unmittelbare Zuleitung zu qualifizieren (8 Ob 79/13w; ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 15; *Holzner*, Das neue Nachbarrecht im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung, SV 2009, 137 [139]), weil es an einem menschlichen Zutun fehlt (*Saria*, Der Nachbar, sein Baum und dessen Wurzeln [1. Teil], wobl 2019, 485 [487f]; *Eccher/Riss* in KBB<sup>6</sup> § 364 ABGB Rz 4).

Allerdings hat die Rsp beispielsweise auch das zwangsläufige und überdies beabsichtigte Emporranken von Kletterpflanzen (Veitschi) an einer im Eigentum des Nachbarn stehenden Grenzmauer als Eigentumseingriff iS einer unmittelbaren Zuleitung qualifiziert (6 Ob 255/00v RdU 2001/82 [*E. Wagner*]; RIS-Justiz RS0010327, RS0010608). Auch kann aus einem bloßen Naturwirken durch bewusstes Aufrechterhalten dieses Zustands eine unmittelbare Zuleitung werden, falls dadurch eine Gefährdung für Personen und Sachen begründet wird (Abbruch eines etwa 15 m langen Starkastes von einer Stieleiche: 4 Ob 43/11v RdU 2012/20 [*B. Lang*] = immolex 2012/41 [*E. Schön*]; krit *Wimmer*, Selbsthilfe und negatoria beim Überhang, JBl 2012, 743 [747]).

Mit der „Ahornbaum-Entscheidung“ (4 Ob 196/07p immolex 2008/55 [*Pfiel*] = SZ 2007/192) und der „Starkast-Entscheidung“ 4 Ob 43/11v hat sich die Rsp von der früher angenommenen Exklusivität des § 422 ABGB für den Fall des Herüberwachsens von Wurzeln und Ästen abgewendet.

Allerdings sieht der OGH insofern einen Vorrang des § 422 ABGB, als keine Ansprüche nach § 364 ABGB bestehen, wenn der gefährdende bzw beeinträchtigende Zustand durch die Ausübung des Selbsthilferechts leicht und einfach beseitigt werden kann (4 Ob 63/13p RdU 2013/169 [*E. Wagner*]; 10 Ob 47/13d EvBl 2014/72 [*Schneider*] = immolex 2014/42 [*Limberg*]; RIS-Justiz RS0122902; *Schickmair*, Abwehranspruch bei Beschattung durch Bäume vom Nachbargrundstück, RFG 2014/33 [173]). Um § 422 ABGB nicht völlig zu entwerten, kann diese Voraussetzung für Ansprüche nach § 364 ABGB erst dann angenommen werden, wenn die Ausübung der (vorrangigen) Selbsthilferechts unmöglich, unzumutbar erschwert oder nicht zielführend ist, weil der Nachbar auch bei Ausübung der

Selbsthilfe im Wesentlichen in der gleichen beeinträchtigenden Situation verbliebe (*Wimmer*, JBl 2012, 743 [745]).

Diese Sonderkonstellationen ändern jedoch nichts daran, dass im Allgemeinen das Herüberwachsen von Ästen und Wurzeln über die Grundgrenze auch weiterhin nicht untersagt werden kann (s etwa *Holzner*, Beschattungsverbot und Überhangrecht, JBl 2009, 144ff; *Saria*, wobl 2019, 485 [488]; aA etwa *E. Wagner*, Anmerkung zu 4 Ob 63/13p RdU 2013/169 [263]). Die **Behauptungs- und Beweislast** für Umstände, die die Qualifikation als unmittelbare Zuleitung tragen, trifft nach allgemeinen Grundsätzen die durch die Einwirkung Belasteten, hier die Kl. OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 22/21i EvBl 2022/79 = RdU 2022/66 = ZLB 2022/8.

**73.027.** Aus den Begriffen „Gase“ und „Luft“ in § 364 Abs 2 Satz 1 und Abs 3 ABGB ist abzuleiten, dass eine unmittelbare Zuleitung sehr wohl auch künstlich herbeigeführte Luftströme zum Gegenstand haben kann (§ 510 Abs 3 ZPO). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Luft ein natürliches Gasmisch ist, weil etwa auch die Veränderung von Abflussverhältnissen (1 Ob 92/02i) oder die Zuleitung von Wasser (1 Ob 42/01k) unzulässig sein können. Ob aus der **Luftwärmepumpenanlage** saubere oder verbrauchte Luft ausgeblasen wird, ist rechtlich irrelevant. Vielmehr geht es um die **künstliche Verursachung eines Luftstroms**, wobei dieser zusätzlich teilweise auch eine unterschiedliche Temperatur als die Umgebungsluft aufweist. Aus diesen Erwägungen spielt auch keine Rolle, ob im Bereich der Liegenschaft häufig Wind weht. Das zielgerichtete, mechanisch betriebene Ausblasen von Luft unmittelbar auf das Grundstück der Kl ist zu untersagen. Das „Entwicklungspotential und die steigende Bedeutung“ von Luftwärmepumpen rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. OGH 20. 10. 2021, 6 Ob 171/21x Zak 2022/14 = immolex 2022/29 (*Cerha*) = RdU 2022/44 (*Aigner*).

**73.028.** Die **Kriterien** des § 364 Abs 2 müssen **kumulativ** vorliegen, weshalb auch übermäßige Immissionen zu dulden sind, wenn sie die ortsübliche Nutzung nicht wesentlich beeinträchtigen, aber auch, wenn sie das ortsübliche Maß nicht übersteigen, obwohl die ortsübliche Nutzung des Grundstücks dadurch wesentlich beeinträchtigt wird (RIS-Justiz RS0010587 [T4, T8]). Der gesetzliche Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB steht dem WEer (unter den dort genannten Voraussetzungen) nur bei Immissionen zu, die durch eine **nicht verkehrsförmliche** oder der vertraglichen Sonderbeziehung entsprechenden **Nutzung** des Nachbarobjekts hervorgerufen werden (RIS-Justiz RS0110784). Nachbarrechtliche Ansprüche können auch zwischen WE-Bewerbern bestehen (RIS-Justiz RS0010614 [T4]). **Maßgeblich** für die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung ist **nicht** das **subjektive Empfinden** des sich gestört fühlenden

Nachbarn, sondern das eines Durchschnittsmenschen in der Lage des Gestörten (RIS-Justiz RS0010607). OGH 16.12.2021, 5 Ob 210/21z immo aktuell 2022/5 (*Höllwerth*) = immolex 2022/83 (*Streller*) = ImmoZak 2022/23 (*Setz*).

**73.029.** In einem **geschlossenen innerstädtischen Siedlungsgebiet** muss im Zusammenhang des allgemeinen Lebensrisikos angenommen werden, dass auch bei gleichbleibendem Charakter mit **gelegentlichen baulichen Maßnahmen** (Umbauten, Erweiterungen, Reparaturen an bestehenden Objekten) gerechnet werden muss. Die von solchen baulichen Maßnahmen ausgehenden Immissionen sind dabei grundsätzlich als **ortsüblich und als unvermeidbar** hinzunehmen (5 Ob 57/13p wobl 2014/29). LGZ Wien 24. 11. 2021, 38 R 218/21x.

## Zu § 364 Abs 2

**73.030.** Die Rsp bejaht in Fällen des § 364 Abs 2 ABGB einen **verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch** in analoger Anwendung des § 364a ABGB, wenn eine dieser Bestimmung vergleichbare Interessenlage gegeben ist (vgl RIS-Justiz RS0010449 [T18]; RS0037182 [T1] ua). Das wird insb in Fällen angenommen, in denen wegen des mit einer **behördlichen Genehmigung** verbundenen Anscheins der Gefahrlosigkeit der bewilligten Maßnahmen eine Schadensabwehr praktisch erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht wird (RIS-Justiz RS0010668 [zu Baubewilligungen]). OGH 20. 10. 2021, 5 Ob 160/21x immo aktuell 2022/4 (*Meller/Meller*) = immolex 2022/49 (*Hauswurz*).

## Zu § 364a

**73.031.** Entgegen der E 7 Ob 39/13f kann der Enteignete Schadenersatz für unter § 364a ABGB fallende zu duldende Immissionen im Rahmen des **außerstreitigen Entschädigungsverfahrens** geltend machen. OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 108/20f RdU 2021/77 (*Wagner*).

**73.032.** Sofern dafür kein besonderer Rechtstitel vorliegt, können **unmittelbare Zuleitungen** gem § 364 Abs 2 Satz 2 ABGB vom Nachbarn unter allen Umständen abgewehrt werden, selbst wenn sie von einer **behördlich genehmigten Anlage** ausgehen, es sei denn, die Genehmigung oder eine öffentlich-rechtliche Norm erlaubt gerade solche Eingriffe (RIS-Justiz RS0010528, RS0010683; 1 Ob 206/15y wobl 2016/98 [*Fasching*]; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 364a ABGB Rz 5; *Kerschner/Wagner* in *Klang*<sup>3</sup> § 364 ABGB Rz 193). Selbst wenn eine bewilligte Anlage iSd § 364a ABGB vorliegt, müssten daher die Kl über die aus dieser Gesetzestelle resultierende Duldungspflicht hinaus eine unmittelbare Zuleitung nur hinnehmen, wenn ein besonderer Rechtsgrund

dafür vorliegt. OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 22/21i EvBl 2022/79 = RdU 2022/66 = ZLB 2022/8.

**73.033.** Seit der Entscheidung des verst. Senats zu 7 Ob 645/89 wird auch dem **Bestandnehmer** einer unbeweglichen Sache als bloß obligatorisch Berechtigtem das Recht eingeräumt, eine Unterlassungsklage gegen den Störer seines Bestandsrechts geltend zu machen. Ihm steht daher grundsätzlich auch ein Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB zu (RIS-Justiz RS0010643). Der OGH hat auch bereits ausgesprochen, dass es sich bei **Wassereintritt** wegen einer **ungenügenden Dachabdeckung im Zug des Ausbaus eines Dachbodens** um Einwirkungen handelt, die für den Betrieb der „Anlage“ (dem behördlich genehmigten Ausbau) typisch sind (5 Ob 444/97b mwN), dh eine adäquat verursachte Folge dieser Arbeiten sind (RIS-Justiz RS0010670 [T4]). OGH 20. 10. 2021, 5 Ob 160/21x immo aktuell 2022/4 (*Meller/Meller*) = immolex 2022/49 (*Hauswurz*).

### Zu § 364 c

**73.034.** Die Erst-AST und der Zweit-AST sind jeweils Eigentümer eines Anteils einer Liegenschaft, mit dem WE an der gemeinsamen Wohnung verbunden ist. Seit dem Jahr 2005 leben sie in einer **aufrechten Lebensgemeinschaft** und führen einen gemeinsamen Haushalt. Die AST haben zwei gemeinsame leibliche Kinder, die ebenfalls im gemeinsamen Haushalt leben und ihren Wohnsitz in der gemeinsamen Wohnung haben. Im Jahr 2020 schlossen die AST eine **Vereinbarung über ein gegenseitiges Veräußerungs- und Belastungsverbot** hinsichtlich der in ihrem Eigentum stehenden Anteile an der Liegenschaft in notariell beglaubigter Form ab und beantragten am 4. 1. 2021 beim BG D als zuständigem Grundbuchsgericht die **Einverleibung des vereinbarten gegenseitigen Veräußerungs- und Belastungsverbot**es im Grundbuch.

Mit Beschluss v 11. 1. 2021 wies das BG D den Antrag ab und begründete dies damit, dass die gem § 364 c ABGB zur Einverleibung erforderliche Urkunde über eine Heirat oder eine eingetragene Partnerschaft nicht vorgelegt worden und ein **Veräußerungs- und Belastungsverbot zwischen Partnern einer Lebensgemeinschaft nicht eintragungsfähig** sei.

Dagegen erhoben die AST Rekurs und stellten aus Anlass dieses Rechtsmittels unter einem den vorliegenden Gesetzesprüfungsantrag auf Aufhebung der Wortfolge „zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- und Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern“ in Satz 2 des § 364 c ABGB idF BGBl I 2009/135.

Der VfGH wies diesen Antrag ab:

Der VfGH teilt die von den AST vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht.

Der **Gleichheitsgrundsatz** bindet auch den Gesetzgeber (s etwa VfSlg 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl zB VfSlg 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s etwa VfSlg 16.176/2001, 16.504/2002). Er kann im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes einfache und leicht handhabbare Regelungen treffen (zB VfSlg 10.455/1985, 11.616/1988, 15.674/1999, 20.224/2017). Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht mit dem Maß des Gleichheitsgrundsatzes gemessen werden (zB VfSlg 14.301/1995, 15.980/2000, 16.814/2003 und 20.343/2019).

Im vorliegenden Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass es den Ast **nicht verwehrt ist, ein schuldrechtliches Veräußerungs- und Belastungsverbot** gem § 364 c Satz 1 ABGB **abzuschließen**. Ein Eingriff in dieses schuldrechtliche Veräußerungs- und Belastungsverbot kann Dritte unter bestimmten Voraussetzungen auch zum Schadenersatz verpflichten (vgl *Frössel*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte an Liegenschaften [2019] 259 f mwN). Die derzeit geltende Rechtslage **verwehrt es ihnen lediglich, dieses Veräußerungs- und Belastungsverbot durch Eintragung im Grundbuch auch mit (genereller) Wirkung gegenüber Dritten auszustatten**.

Die Bundesregierung hat in ihrer Äußerung zutreffend ausgeführt, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 364 c Satz 2 ABGB einen **Interessenausgleich** zwischen dem Erhalt des Familienvermögens einerseits und dem Interesse der Allgemeinheit an der Verkehrsfähigkeit von Liegenschaften andererseits verfolgt hat. Ein **Veräußerungs- und Belastungsverbot mit Drittwirkung soll demnach nur in engen (personellen) Grenzen erlangt werden können**, um die Veräußerbarkeit von Liegenschaftsvermögen nicht in unbilliger Weise zu beschränken. Aus diesem Grund überschreitet der Gesetzgeber seinen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nicht, wenn er Lebensgefährten von der Möglichkeit ausschließt, ein zwischen ihnen geschlossenes Veräußerungs- und Belastungsverbot im Grundbuch eintragen zu lassen und damit mit Wirkung gegenüber Dritten auszustatten.

Im Übrigen ist auch darauf zu verweisen, dass das **Grundbuchsverfahren** dem Grundsatz nach als **reines Urkundenverfahren** ausgestaltet ist (vgl *Kodek in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 75 GBG Rz 33). Gem § 26 GBG 1955 können Einverleibungen und Vormerkungen nur aufgrund von Urkunden bewilligt werden, die in der in der Gültigkeit vorgeschriebenen Form ausgefertigt sind. Dies gilt auch für Veräußerungs- und Belas-

tungsverbote (vgl *Hagleitner in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 26 GBG Rz 45 f).

**Bei Lebensgefährten** kann – anders als bei den in § 364 c Satz 2 ABGB genannten Personen bzw Rechtsverhältnissen – bei der Prüfung des Grundbuchsesuches **nicht auf (öffentliche) Urkunden zurückgegriffen** werden, die das **Vorliegen einer Lebensgemeinschaft unzweifelhaft bestätigen könnten**. Das Bestehen einer Lebensgemeinschaft muss nämlich im jeweiligen Einzelfall anhand einer Reihe von Kriterien beurteilt werden. Die von den Ast behauptete unsachliche Ungleichbehandlung liegt daher auch insofern nicht vor. VfGH 23. 6. 2021, G 32/2021 ecollex 2021, 1050.

**73.035.** Ergibt sich aus dem Grundbuchstand, dass eine eingetragene **Verfügungsbeschränkung** gem § 364 c ABGB der begehrten Bewilligung entgegenstehen könnte, ist gem § 94 Abs 1 Z 1 GBG im Grundbuchsverfahren materiell zu prüfen, ob sie der begehrten Eintragung wirklich entgegensteht. Ist dies der Fall, bedarf eine Verfügung regelmäßig der Zustimmung des Verbotsberechtigten in einverleibungsfähiger Form (§ 32 Abs 1 lit b GBG; 5 Ob 196/11 a; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.0</sup> § 364 c Rz 6).

Ein wirksam vereinbartes und bücherlich eingetragenes Veräußerungs- und Belastungsverbot verliert nach stRsp durch die **Scheidung der Ehe** seine Rechtswirkung nicht (RIS-Justiz RS0010724). An dieser Rechtsansicht hat der OGH ungeachtet der Kritik von Teilen der Lehre (vgl *Oberhammer/Scholz-Berger in Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 364 c ABGB Rz 6 mwN; *Winner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 364 c ABGB Rz 13; *Leupold in Klang*<sup>3</sup> § 364 c ABGB Rz 52 ff) festgehalten (zuletzt 5 Ob 109/11 g). Die Ehegatteneigenschaft ist insoweit Begründungs-, nicht aber auch Bestandsvoraussetzung des Verbots nach § 364 c ABGB (vgl RIS-Justiz RS0010724 [T1]). Gleiches gilt auch im Verhältnis zwischen Stiefeltern/Stiefkindern (RIS-Justiz RS0124550) und für die Schwägerschaft (RIS-Justiz RS0011957; vgl auch RS0131864 = 5 Ob 143/17 s), sodass durch die Rsp des OGH bereits klargestellt ist, dass allein der durch die Auflösung der Ehe bedingte Wegfall eines dadurch vermittelten Angehörigenverhältnisses iSd § 364 c ABGB den Bestand der Rechtswirkungen eines zu diesem Zeitpunkt bereits verdinglichten Verbots nicht berührt. Schwiegereltern und -kinder gehören zu dem in § 364 c ABGB normierten Kreis von Personen, zwischen denen ein gegen Dritte wirkendes grundbücherliches Belastungs- und Veräußerungsverbot begründet werden kann (5 Ob 143/17 s Pkt 1.2; *Winner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 364 c ABGB Rz 11). OGH 20. 7. 2021, 5 Ob 93/21 v EvBl-LS 2021/162 (*Weixelbraun-Mohr*) = Zak 2021/635 = wobl 2021/134 (*Höllwerth*).

**73.036.** Nach dem Gesetzeswortlaut (§ 364 c letzter Satz ABGB) wirkt ein vertragliches oder letztwilliges **Veräuße-**

**rungs- oder Belastungsverbot** (nur) dann gegen Dritte, wenn es zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern, Wahl- oder Pflegekindern oder deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern begründet und im Grundbuch eingetragen wird. Diese Ausnahme des § 364 c ABGB von der prinzipiellen Verfügungsfreiheit des Liegenschaftseigentümers dient der Erhaltung des Familienbesitzes; die Begründung eines Belastungs- oder Veräußerungsverbots mit Drittwirkung durch grundbücherliche Eintragung setzt daher ein familiäres Verhältnis zwischen den Beteiligten iSd § 364 c ABGB voraus (5 Ob 143/17 s; RIS-Justiz RS0010722).

Während **Schwiegereltern und -kinder** in § 364 c ABGB ausdrücklich genannt sind, zählt die Rsp des OGH in analoger Ausdehnung dieses Kreises der begünstigten Personen auch Stiefeltern und -kinder zum Personenkreis des § 364 c ABGB (5 Ob 143/17 s; 2 Ob 34/15 m; vgl RIS-Justiz RS0109934; RS0124550). Dies wird damit begründet, dass der offenkundige Zweck der Bestimmung, nämlich die Erhaltung des Familienbesitzes, die analoge Anwendung auf Stiefkinder und Stiefeltern als geboten erscheinen lässt, weil nur dies den Widerspruch vermeidet, dass Pflegekinder und deren Ehegatten unter die Bestimmung fallen, die leiblichen Kinder des anderen Ehegatten dagegen nicht. Wer zur Familie gehört, bestimmt sich demnach nicht ausschließlich durch Satzungen, sondern zunehmend durch die Intensität des Zusammenlebens und des Zusammengehörigkeitsgefühls (5 Ob 143/17 s; 5 Ob 104/98 z). Eine familiäre Verbundenheit zwischen Stiefeltern und -kindern bzw Pflegeeltern und -kindern ist danach nicht anders zu beurteilen als zwischen Schwiegereltern und -kindern (5 Ob 143/17 s). Das Kriterium der Intensität des Zusammenlebens allein ist aber nicht ausschlaggebend, weil Geschwister – unbestritten – nicht unter die Privilegierung des § 364 c ABGB fallen und außerdem die ursprüngliche Intention zur Einführung der Bestimmung die Möglichkeit der Erhaltung des Familienbesitzes war, diese aber zugunsten der Freiheit des Liegenschaftsverkehrs nur im eingeschränkten Umfang ermöglicht werden sollte (5 Ob 143/17 s; 2 Ob 34/15 m mwN).

In dem zu 5 Ob 253/08 d entschiedenen Fall war die Stiefmutter vertraglich begünstigt und wurde iS dieser Rsp zum (durch Analogie erweiterten) Kreis der Angehörigen nach § 364 c Satz 2 ABGB gezählt. Dass diese Grundsätze auch für die **Stiefgroßmutter** anwendbar sind – zumal Verwandtschaftsverhältnisse über mehrere Stufen hinweg für die Verbücherung des Rechtes dann genügen, wenn auf jeder Ebene dazwischen ein begünstigtes Verhältnis vorliegt (1 Ob 146/35 ZBl 1935/290) – ist im Revisionsrekursverfahren nicht strittig.

Ein zu Recht nach § 364 c ABGB vereinbartes und verbüchertes Belastungs- und Veräußerungsverbot zwischen einem Stiefgroßelternteil und seinem Stiefenkel verliert nicht schon allein aufgrund des **Todes** des diese **Schwägerschaft** vermit-



**telnden Grobelterteils** seine dingliche Wirkung. Es ist daher nicht bloß aufgrund einer Sterbeurkunde nach § 136 Abs 1 GBG, sondern nur aufgrund einer grundbuchsfähigen Löschungserklärung des Berechtigten zu löschen. OGH 27. 9. 2021, 5 Ob 55/21f.

## Zu § 365

**73.037.** Das **Eigentumsrecht des Enteigners** wird nicht vom Enteigneten abgeleitet, sondern **entsteht originär** (RIS-Justiz RS0010847 [T2]). Der Enteignungsbescheid bildet dafür nur den Rechtsgrund (RIS-Justiz RS0010847 [T3]). Für die Begründung des Eigentums des Enteigners bedarf es gem § 35 Abs 1 EibEG noch des **Vollzugs der Enteignung als Modus** des Rechtserwerbs iSd § 380 ABGB. Der Erlag der Entschädigung ist kein tauglicher Vollzugsakt, anders als die freiwillige Besitzübertragung oder die zwangsweise Besitzeinweisung. Für letztere ist wiederum die Leistung oder der Erlag der im Bescheid festgesetzten Entschädigung Voraussetzung (RIS-Justiz RS0010841 [T8]; 5 Ob 179/16h).

Die **Einverleibung durch zwangsweisen Vollzug** wirkt konstitutiv (RIS-Justiz RS0010841 [T9]; 5 Ob 187/17m) und erfordert den Nachweis der Vollzugsvoraussetzungen, wobei die Annahme des Entschädigungserlags die Rechtmäßigkeit des Erlags nicht dartut und daher keine Einverleibung erlaubt (5 Ob 108/12m; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 365 Rz 5 mwN). Es ist daher unrichtig, die **Anmerkung des Erlags der Entschädigung** würde suggerieren, das Eigentum sei bereits übergegangen.

Es trifft zwar für den Regelfall zu, dass die Rechtskraft des Enteignungsbescheids Voraussetzung für den Vollzug der Enteignung ist (vgl RIS-Justiz RS0010847 [T3]). Doch ist dies dann nicht der Fall, wenn der Bescheid ausnahmsweise schon vor Rechtskraft vollstreckbar ist (*Probst*, Grundeinlöse und Enteignung [2017] Rz 3.293; *Holzner aaO*; *Spielbüchler in Rummel*<sup>3</sup> § 365 ABGB Rz 5).

Nach § 34 Abs 2 Satz 2 EibEG ist der Erlag bücherlich anzumerken. Dass dies nur dann zu geschehen habe, wenn der der Enteignung zugrunde liegende Bescheid rechtskräftig geworden ist, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Vielmehr kommen gem § 34 Abs 3 EibEG der Anmerkung des Erlags der Entschädigung die mit der **Anmerkung der Erteilung des Zuschlags** im Versteigerungsverfahren verbundenen Wirkungen zu (§ 183 Abs 3 EO). Die Erteilung des Zuschlags ist ebenfalls im Grundbuch anzumerken (§ 72 Abs 1 GBG), uzv vor dessen Rechtskraft (vgl RIS-Justiz RS0117693; *Kodek in Kodek*, Grundbuchsrecht<sup>2</sup> § 72 GBG Rz 1). Sie hat zur Folge, dass weitere Eintragungen gegen den bisherigen Eigentümer nur für den Fall ein Recht bewirken, als die Enteignung für unwirksam

erklärt oder aufgehoben wird (*Holzner*, aaO Rz 6; vgl RIS-Justiz RS0003162).

In diesem Zusammenhang ist allgemein darauf hinzuweisen, dass die bloße Anmerkung aufgrund einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung deren Rechtskraft nicht voraussetzt (*Kodek*, aaO § 20 GBG Rz 45, 103). OGH 27. 5. 2021, 4 Ob 54/21a.

## Zu § 366

**73.038.** Auch ein **obligatorisches Wohnrecht** der Bekl (allgemein zu dessen Zulässigkeit vgl nur RIS-Justiz RS0011659; RS0011840) steht der begehrten Räumung entgegen. OGH 27. 1. 2021, 7 Ob 218/20i.

**73.039.** Eine **Räumungsklage gegen den Unterbestandnehmer wegen titelloser Benützung** kommt erst nach Auflösung des Bestandvertrags in Betracht, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Unterbestandnehmer sein vom Hauptbestandnehmer abgeleitetes Gebrauchsrecht der Räumungsklage des Eigentümers nicht mehr entgegenhalten kann (vgl RIS-Justiz RS0020641 [T5, T6]; 3 Ob 163/15i; *Kulhanek* in *Höllwerth/Ziehensack* § 568 ZPO Rz 1; *Iby* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 568 ZPO Rz 6; *Frauenberger* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 568 ZPO Rz 3). OGH 20. 5. 2021, 3 Ob 71/21v AnwBl 2021/214 = immolex 2021/178 (*Klein*).

**73.040.** Mit der **Räumungsklage gegen einen titellosen Inhaber** einer Wohnung setzt der Kl als Eigentümer einen auf sein Eigentumsrecht gestützten Herausgabeanspruch nach § 366 ABGB durch (RIS-Justiz RS0062419). Der bekl Sachinhaber kann dem Eigentümer gegenüber unter Angabe entsprechender Tatsachen ein wirksames eigenes **dingliches oder obligatorisches Recht** einwenden (RIS-Justiz RS0125784; RS0010849; 1 Ob 132/08f). OGH 27. 5. 2021, 9 Ob 28/21i.

**73.041.** Da mit der **Aufnahme einer Lebensgemeinschaft** allein nicht nur keine dinglichen und obligatorischen, sondern auch keine familienrechtlichen Beziehungen entstehen, kann der Lebensgefährte, der Eigentümer des Hauses ist, das die Lebensgefährten bewohnten, jederzeit, jedenfalls aber bei Aufhebung der Gemeinschaft, die **Räumung des Hauses verlangen**. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der (ehemalige) Lebensgefährte einen von der Lebensgemeinschaft unabhängigen Rechtstitel besitzt. Ein solcher kann iZw nicht angenommen werden, die Beweislast trifft also den Bekl (RIS-Justiz RS0011874; vgl auch RS0010849). OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 65/21m iFamZ 2021/264 (*Deixler-Hübner*) = immo aktuell 2021/40 (*Höllwerth*).

## Zu § 418

**73.042.** Der Bauführer erwirbt ausnahmsweise kraft Gesetzes durch die **Bauführung mit eigenem Material** auf fremdem Grund außerbücherliches Eigentum am Bauwerk und der für

das Bauwerk und dessen Benützung unentbehrlichen Grundfläche (RIS-Justiz RS0011104; RS0011092). Die Bestimmung ist (auch) auf einen Grenzüberbau anwendbar (8 Ob 11/12v; RIS-Justiz RS0012742).

Erste Voraussetzung für einen Eigentumserwerb nach § 418 Satz 3 ABGB ist die **Redlichkeit** des Bauführers, die dieser zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0103699 [T4]). Zweite Voraussetzung ist, dass der Liegenschaftseigentümer von der Bauführung auf seinem Grund (oder der diesbezüglichen Absicht) weiß, sie aber vorwerfbar – zumindest leicht fahrlässig – **nicht untersagt** (RIS-Justiz RS0011074; RS0011088; RS0011121). An die Aufmerksamkeit des Bauführers ist ein strengerer Maßstab anzulegen als an die Aufmerksamkeit desjenigen, in dessen Eigentum durch die Bauführung eingegriffen wird (RIS-Justiz RS0103699 [T6]).

Das **rechtlich entscheidende Moment** für den originären Eigentumserwerb ist, dass der Bauführer redlich und der Grundeigentümer insoweit unredlich ist, als er den Bauführer bauen lässt, obwohl er weiß, dass dieser auf fremdem Grund baut und zusieht, wie dem Bauführer aus Unkenntnis dieses Rechts Vermögensnachteile zu erwachsen drohen. Es handelt sich also um eine Sanktion für unredliches Verhalten (2 Ob 94/12f; RIS-Justiz RS0011074). Erlangt der Grundeigentümer erst Jahre nach Abschluss der Bauführung Kenntnis davon, dass das Bauwerk teils auf seinem Grund gebaut wurde, führt der Umstand, dass er nicht sogleich die Beseitigung des Überbaus fordert, zu keinem Eigentumserwerb des Bauführers nach § 418 Satz 3 ABGB.

Kommt § 418 Satz 3 ABGB nicht zur Anwendung, sind nach hA der Lehre die §§ 415f ABGB analog anzuwenden. Bei einer nur **geringwertigen in Anspruch genommenen Fläche** des Nachbarn soll daher analog § 416 ABGB Alleineigentum des Bauführers verbunden mit der entsprechenden Ausgleichspflicht entstehen (statt vieler *Müller in Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 418 ABGB Rz 14 mwN). Der OGH ist dieser Auffassung der Lehre nur in Bezug auf Eigengrenzüberbauten gefolgt (4 Ob 266/97i; 10 Ob 18/05b; RIS-Justiz RS0108464). Für den Fall eines Grenzüberbaus von Liegenschaften, die verschiedenen Eigentümern gehören, lehnte der OGH die analoge Anwendung des § 416 ABGB hingegen ausdrücklich ab (6 Ob 167/10t). Tatsächlich liegt mit 6 Ob 167/10t erst eine grundlegende Entscheidung zum Grenzüberbau bei Eigentümergebundenheit vor. Diese Entscheidung ist zudem in der Lehre auf Kritik gestoßen, insb weil der OGH nicht zwischen der vorgelagerten Frage der sachenrechtlichen Zuordnung und der nachgelagerten Frage eines Beseitigungsanspruchs gegen einen unredlichen Bauführer differenziert habe (wiederum statt vieler *Müller in Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 418 ABGB Rz 14 mwN).

Das Recht des Grundstückseigentümers wird durch das **Verbot der schikanösen Rechtsausübung** beschränkt (RIS-Justiz

RS0010395). Der OGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass bei einem geringfügigen Grenzübergang der Schikaneeinwand des Bauführers berechtigt sein kann, wenn eine Verhaltensweise des Grundnachbarn vorliegt, die weit überwiegend auf eine Schädigung des Bauführers abzielt, und die Wahrung und Verfolgung der sich aus der Freiheit des Eigentums ergebenden Rechte deutlich in den Hintergrund tritt (RIS-Justiz RS0115858). So hat er in der Vergangenheit wiederholt Begehren auf Beseitigung bloß geringfügiger Grenzübergängen als rechtsmissbräuchlich qualifiziert, deren Gesamtausmaß aber jeweils 5 m<sup>2</sup> nicht überstieg (9 Ob 32/02z; 8 Ob 39/09g; 3 Ob 216/15h; 5 Ob 165/19d). Bei der Beurteilung der Geringfügigkeit eines Eigentumseingriffs, die auf das Überwiegen der Schädigungsabsicht des Bauführers schließen lässt, kann es keine starre Grenze für das Ausmaß der überbauten Fläche geben. Im Allgemeinen geben selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag, weil diesem grundsätzlich zugestanden werden kann, dass er innerhalb der Schranken dieses Rechts handelt (RIS-Justiz RS0026205 [T9]; RS0026271 [T26]). OGH 20. 7. 2021, 5 Ob 231/20m ÖRPf 2021 H 2, 35 = NZ 2021/144 (*Billeth*) = immolex 2021/166 (*Streller*) = ImmoZak 2021/51 = bbl 2021/232.

## Zu § 422

**73.043.** Nach § 422 ABGB kann jeder Eigentümer die in seinen Grund eindringenden **Wurzeln eines fremden Baumes** oder einer anderen fremden Pflanze aus seinem Boden entfernen und die **über seinem Luftraum hängenden Äste** abschneiden oder sonst benützen (Abs 1). Die für die Entfernung der Wurzeln oder das Abschneiden der Äste notwendigen Kosten hat der beeinträchtigte Grundeigentümer zu tragen (Abs 2 Satz 1).

Zur Rechtslage vor dem ZivRÄG 2004 war judiziert worden, dass § 422 ABGB die Rechte des Nachbarn bezüglich des Überhangs und des Wachsens von Wurzeln in den fremden Grund abschließend regelt. Über das in § 422 ABGB normierte Selbsthilferecht hinaus hatte der Nachbar demnach nicht die Möglichkeit, ein auf sein Eigentumsrecht gestütztes Begehren auf Beseitigung des Überhangs durch den Eigentümer des Baums oder Strauchs zu stellen (RIS-Justiz RS0011097). Auch das Belassen von über die Grundgrenze gewachsenen Wurzeln oder überhängenden Zweigen durch den Baumeigentümer verstieß nicht gegen § 422 ABGB und war insoweit auch nicht rechtswidrig (RIS-Justiz RS0011093 [T3]).

Nach dem Inkrafttreten des ZivRÄG 2004 hat die Rsp den Anwendungsbereich des § 364 ABGB für bestimmte, zuvor allein dem § 422 ABGB unterstellte Sachverhaltskonstellationen geöffnet (s 6 Ob 85/10h und 10 Ob 58/14y; RIS-Justiz RS0011097 [T2], RS0122902). Bei „hereinragenden“ Pflanzen

gewährt der OGH nun Ansprüche nach § 364 ABGB einerseits dann, wenn es durch die Pflanzenteile zu einem die Güter des Nachbarn konkret gefährdenden und deshalb rechtswidrigen Zustand kommt, und zum anderen dann, wenn die Beeinträchtigung unter Bedachtnahme auf das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot die ortsübliche Benutzung des Grundeigentums wesentlich beeinträchtigt und einen unzumutbaren Zustand herbeiführt (vgl 4 Ob 196/07p; 4 Ob 43/11v; RIS-Justiz RS0127359).

Die Klagebehauptungen lassen aber keinen Schluss darauf zu, dass den Kl die **vorrangige Ausübung des Selbsthilferechts** hinsichtlich des Überhangs (durch **Abschneiden der Äste**) unmöglich oder unzumutbar wäre oder dass sie bei Ausübung der Selbsthilfe im Wesentlichen in der gleichen beeinträchtigenden Situation verblieben. Auch wenn die Ursache für den Überhang in der Bepflanzung des Grundstücks der Bekl liegt, zeigt die Wertung des § 422 ABGB, dass in erster Linie die Abhilfe vom eigenen Grund aus gesucht werden muss. So wie auch sonst die natürliche Umgebung ist der Überwuchs hinzunehmen bzw durch Selbstabschneiden einzudämmen (*Karner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 422 ABGB Rz 6; *Holzner in Klang*<sup>3</sup> § 422 ABGB Rz 12).

Darüber hinaus gibt es auch keine Hinweise darauf, dass den Kl die Nutzung des Gartengrundstücks unmöglich geworden wäre oder dass (allein) vom Überhang der Schlehdornäste die Gefahr von Sach- oder Personenschäden ausginge. Die nach den Feststellungen gegebene (bloße) Möglichkeit, dass die Reifen eines Rasenmähers beschädigt werden könnten, wenn nach dem Schnitt des Überhangs die (mit Dornen behafteten) Äste der Schlehdornsträucher vor dem Mähen nicht aus der Wiese entfernt würden, bildet eine rein abstrakte, durch einfache Maßnahmen vermeidbare Gefahr, die zur Begründung eines nachbarrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs nicht ausreicht. OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 22/21i EvBl 2022/79 = RdU 2022/66 = ZLB 2022/8.

## Zu § 435

**73.044.** Die **Übertragung des Eigentumsrechts** an einem **Überbau** kann nur durch Urkundenhinterlegung erfolgen (vgl RIS-Justiz RS0011244; RS0010982; RS0011241; RS0011102). Dies gilt auch, wenn das Eigentum am Superädifikat auf den Eigentümer des Grundes übergehen soll, auf dem der Überbau errichtet wurde (3 Ob 125/84; 1 Ob 513/93). Von einer Verschmelzung des Eigentums am Superädifikat mit jenem an der Liegenschaft „ohne weiteres“ kann daher nach der Rsp nicht die Rede sein. Im Übrigen bleibt nach der Rsp das Eigentum am Superädifikat von der Beendigung oder dem Wegfall des Grundbenützungsverhältnisses unberührt (RIS-Justiz RS0009887). OGH 27. 7. 2021, 4 Ob 69/21g.

**73.045.** Gebäude sind grundsätzlich unselbständig und daher sonderrechtsunfähige Bestandteile der Liegenschaft, auf der sie errichtet werden (RIS-Justiz RS0009946). Sonderrechtsfähig sind **Superädifikate** (§ 435 ABGB) als Gebäude, die nicht in der Absicht errichtet wurden, dauernd auf dem Grund zu bleiben (RIS-Justiz RS0009939). Die fehlende Belassungsabsicht äußert sich entweder im äußeren Erscheinungsbild des Gebäudes oder in den zwischen dem Grundeigentümer und dem Errichter bestehenden Rechtsverhältnissen (RIS-Justiz RS0015107; RS0011252).

Die stRsp wendet die **Kündigungsschutzbestimmungen** des MRG analog auf die Miete von Grundstücken zur Errichtung von Wohn- und Geschäftsräumen an (RIS-Justiz RS0069261; RS0020986; RS0069454).

Um **Bauten auf fremdem Grund** zu errichten, stehen die Rechtsinstitute des Superädifikats und des Baurechts zur Verfügung. Letzteres ist zufolge § 1 Abs 1 BauRG ein dingliches Recht, das nach § 5 Abs 1 BauRG mit der Verbücherung im Lastenblatt der Liegenschaft begründet und Dritten gegenüber wirksam wird. Das Bauwerk selbst ist Zugehör des Baurechts (§ 6 Abs 1 BauRG).

Der Abschluss eines unbefristeten Bestandvertrags schließt nach der Rsp die **Begründung eines Superädifikats** nicht zwingend aus (5 Ob 98/90; 5 Ob 607/84; 6 Ob 88/05t – unbefristete Bestandverträge mit Kündigungsverzicht für eine bestimmte Periode). Entscheidend ist das Fehlen der Absicht, das Bauwerk stets – also für seine gesamte natürliche Lebensdauer – auf fremdem Grund zu belassen. OGH 27. 7. 2021, 5 Ob 116/21a ecolex 2021/705 (*Brandstätter*) = Zak 2021/567.

## Zu § 449

**73.046.** Bei der **Höchstbetragshypothek** ist das Spezialitätsprinzip bezüglich der gesicherten Forderung dahin abgeschwächt, dass nicht der tatsächliche Forderungsbetrag, sondern nur der Höchstbetrag der Forderung feststehen muss. Sie dient auch nicht bloß als Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern eines ganzen Schuldverhältnisses für die Dauer seines Bestands. Es können mit der Höchstbetragshypothek sowohl bereits entstandene als auch zukünftig entstehende Forderungen gesichert werden. Voraussetzung ist nur, dass das zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner bestehende Rechtsverhältnis nicht bloß abstrakt und theoretisch, sondern konkret die rechtliche Möglichkeit der Entstehung künftiger Forderungen in sich schließt (5 Ob 292/98x mwN). Im Fall einer **Kreditüberziehung** erlischt die den Kredit sicherstellende Höchstbetragshypothek nicht schon dann, wenn ein dem Höchstbetrag entsprechender Teil des Kredits zurückgezahlt wird; vielmehr