

20. Kapitel Rauchen und Grillen auf dem Balkon

Clemens Limberg/Valentin Plank

20.1 ■■■ Titel für Schnelleinstieg ergänzen ■■■

Der Mieter M fühlt sich durch den benachbarten Mieter N gestört, der im Sommer auf der Terrasse grillt und sommers wie winters auf die Terrasse geht, um zu rauchen, wobei der Rauch durch offene Fenster in die Wohnung des M zieht.

Die Tischtennis spielenden Kinder des N stören M in seiner „heiligen Ruhe“. Gelegentlich fliegen Tischtennisbälle über den Zaun und treffen M bei der Gartenarbeit. Da N schwerhörig ist, ist dessen Fernsehgeräusch in der Wohnung des M deutlich wahrnehmbar.

Außerdem hat N nahe der Grundgrenze einen jungen Lindenbaum gesetzt, der derzeit noch keinen Schatten auf den Garten des M wirft. M befürchtet aber, dass der Baum in Zukunft seinen Sonnenplatz im Garten erheblich beeinträchtigt.

I. Allgemeines

- 20.2** Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.
- 20.3** Unmittelbare Zuleitung (siehe Punkt 3) ist hingegen ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.
- 20.4** Nach § 364 Abs 3 ABGB kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht und Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insb über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- 20.5** Geprüft werden in Folge die zivilrechtlichen Ansprüche einerseits nach § 364 Abs 2 und Abs 3 ABGB und andererseits aus dem Mietvertrag zwischen dem „Gestörten“ (M) und seinem Vermieter.

II. Ansprüche nach § 364 Abs 2 und 3 ABGB

A. Aktivlegitimation (der „Gestörte“)

- 20.6** Die Frage der Aktivlegitimation meint, ob jemand berechtigt ist, ein (gerichtliches) Verfahren in eigenem Namen anzustrengen, ob er quasi „formal“ dazu berechtigt ist. Diese Frage sagt noch nichts darüber aus, ob er das Verfahren auch gewinnen wird (also ob das Verfahren berechtigterweise angestrengt wurde).
- 20.7** Nach dem Wortlaut des § 364 ABGB ist lediglich der Grundstückseigentümer anspruchsberechtigt (aktiv legitimiert). Mit „Grundstückseigentümer“ sind allerdings nicht bloß die Eigentümer unmittelbar angrenzender Grundflächen gemeint, sondern jeder Liegenschaftseigentümer, der von Maßnahmen, die vom Grundstück des Störers ausgehen, betroffen ist, ohne Unterschied, wie groß die Entfernung ist und welche Grundstücke dazwischen liegen.¹
- 20.8** Nach der Rsp können auch jeder (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer, der Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe des Wohnungseigentumsobjektes (an ihn) sowie sonst dinglich Berechtigte den Anspruch gegenüber dem Störer geltend machen.²
- 20.9** § 364 ABGB ist auch auf den Bestandnehmer, der lediglich ein obligatorisches Recht hat, anzuwenden.³
- Diese Klage kann nach der Rsp nicht zum Erfolg führen, wenn der gemeinsame Bestandgeber dem Dritten als Bestandnehmer ein Recht eingeräumt hat, dessen Ausübung zu der Störung führt, und der Dritte dieses Recht gutgläubig erworben hat.⁴
- 20.10** Grundsätzlich sind daher anspruchsberechtigt
- Liegenschaftseigentümer
 - (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer
 - Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe
 - Sonst dinglich Berechtigte, zB
 - Eigentümer eines Superädifikates⁵
 - Fruchtnießer
 - Pfandgläubiger (bei Gefahr der Entwertung der Sache)⁶
 - Bestandnehmer (Mieter und Pächter) einer unbeweglichen Sache
- 20.11** Noch nicht geklärt ist, ob auch Bestandnehmern einer beweglichen Sache Ansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB zustehen. Den Lebensgefährten von Mietern bzw Wohnungseigentümern kommen nach der Judikatur keine derartigen Ansprüche zu.⁷
- 20.12** Zwischenergebnis: Im Ausgangsfall handelt es sich zwar „nur“ um einen Mieter (M), der von seinem Nachbarn N beeinträchtigt ist; wie ausgeführt können nach der Rechtsprechung

¹ 1 Ob 2170/96 = ecolex 1997, 19.

² *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

³ 7 Ob 654/89.

⁴ RIS-Justiz RS0010655.

⁵ RIS-Justiz RS0127017.

⁶ Vgl 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

⁷ 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

aber auch Mieter als Bestandnehmer grundsätzlich zur Immissionsabwehr aktiv legitimiert sein und einen oder mehrere Ansprüche nach § 364 Abs 2 und/oder Abs 3 ABGB haben. M kann daher in eigenem Namen (kraft eigener Rechtsposition) gegen den störenden Nachbarn vorgehen und ein Verfahren anstrengen. Ob dieses auch inhaltlich berechtigt ist, wird im Rahmen des Punkt II. geprüft. Darüber hinaus werden Ansprüche, die sich auf eine andere Anspruchsgrundlage (gegen den Vermieter aus dem Mietvertrag) stützen unter Punkt III. gesondert geprüft.

B. Passivlegitimation (der „Störer“)

- 20.13** Passivlegitimiert (also als Gegner in einem Verfahren geeignet) ist grundsätzlich der Eigentümer des Nachbargrundstückes, von dem die Störung ausgeht. Auch jeder Dritte, der die Beeinträchtigung herbeiführt (hM: jeder, der das Grundstück für eigene Zwecke benützt⁸, zB ein Mieter einer Wohnung, am Wortlaut „Grundstück“ ist hier nicht streng zu haften), kann als unmittelbarer Störer in Anspruch genommen werden. Bei einer Störung durch einen Mieter kann sich der Gestörte auch zusätzlich gegen den Liegenschaftseigentümer (Vermieter des störenden Mieters) wenden, wenn dieser die Störung duldet, obwohl er in der Lage gewesen wäre, sie zu verhindern.⁹
- 20.14** Das trifft im Ausgangsfall zu: Der Nachbar N ist als Mieter unmittelbarer Störer, der Liegenschaftseigentümer (bzw Wohnungseigentümer) kann als Vermieter aufgrund des Mietvertrages auf diesen einwirken, eine Klage wäre unter diesem Aspekt gegen beide möglich.
- 20.15** Bezüglich jener durch die Kinder des N verursachten Immissionen (laute Kinderstimmen, Tischtennispiel) ist zu beurteilen, ob diese dem N zugerechnet werden können:
- 20.16** Entscheidend dafür ist, ob N die Störung duldet. Es genügt auch, wenn er zu jenen Personen, die die Störungshandlung vornehmen (die Kinder), in einem Rechtsverhältnis bezüglich der Benützung steht.¹⁰ Eine Duldung der Geräusche durch den N wird man auf Grund des Sachverhaltes annehmen können. Auch ein Rechtsverhältnis auf Grund des familienrechtlichen Unterhaltsanspruches (§ 231 ABGB) ist jedenfalls zu bejahen.
- 20.17** Ob ein Mit- oder Wohnungseigentümer (wenn er nicht zugleich unmittelbarer Störer ist) selbständig wegen nachbarrechtlicher Ansprüche klagsweise belangt werden kann, hängt davon ab, ob er nach der rechtlichen Ordnung im Innenverhältnis der Gemeinschaft die begehrte Leistung ohne Zusammenwirken mit den anderen Teilnehmern auch allein erbringen kann.¹¹ Der einzelne Wohnungseigentümer kann also nur dann belangt werden, wenn er ohne Zusammenwirken der Mit- oder Wohnungseigentümer, also alleine, die Störung verhindern kann. Ansonsten kann die Leistungserbringung bloß von der Gemeinschaft verlangt werden.¹²

⁸ 1 Ob 196/74 = SZ 47/140 mwN.

⁹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

¹⁰ 8 Ob 589/93.

¹¹ RIS-Justiz RS0124334.

¹² 5 Ob 133/09h = immolex 2010/108 (*Pfiel/Cerha*).

- 20.18** UU kann auch der Verwalter nach WEG Störer iSd § 364 Abs 2 ABGB sein, nämlich zB dann, wenn er durch einen Akt ordentlicher oder außerordentlicher Verwaltung eine Eingriffshandlung setzt, die in eine bestehende Benützungsvereinbarung eingreift.¹³

C. Unmittelbare Zuleitung – grobkörperliche Einwirkung - sonstige Immission

- 20.19** Grobkörperliche Einwirkungen oder unmittelbare Zuleitungen sind stets ohne zusätzliche Voraussetzungen unzulässig (§ 364 Abs 2 letzter Satz ABGB). Das bedeutet, dass die Kriterien der Ortsüblichkeit der Immission sowie der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung nicht näher geprüft werden müssen, was die Rechtsdurchsetzung natürlich erheblich erleichtert und begünstigt.
- 20.20** Bei unmittelbaren Zuleitungen handelt es sich um Zuleitungen, die durch eine „Veranstaltung“¹⁴ bewirkt werden, die für eine Einwirkung gerade in der Richtung auf das Nachbargrundstück hin ursächlich ist.¹⁵

Beispiel

Vom OGH wurde etwa eine Störung durch eine durch eine Sprengung ausgelöste Lawine, die einen Wald zerstört, als unmittelbare Zuleitung qualifiziert.¹⁶ Die „Veranstaltung“, die zur Einwirkung in Richtung auf das Nachbargrundstück führt, ist in dem Fall die Sprengung.

- 20.21** Als „grobkörperliche Stoffe“ sind etwa Steine, Kugeln, Bälle etc zu qualifizieren. Darunter fallen also auch Tischtennisbälle und demnach wäre ein Eindringen dieser Tischtennisbälle also grundsätzlich absolut unzulässig. Allerdings vertritt der OGH für Tennisanlagen die Ansicht, dass ein absolutes (ausnahmsloses) Verbot des Eindringens als Schikane zu werten ist. Vom OGH wird aber zumindest verlangt, das Eindringen von Tennisbällen auf ein zumutbares Maß zu reduzieren. Es gehört allerdings auch zum Risiko, uU das Eigentum an den Bällen durch Verschlagen auf fremden Grund zu verlieren.¹⁷ Diese Grundsätze wurden in der Rsp zwar für den Fall des Tennis(balls) erstellt, könnten uE aber auch für Tischtennisbälle und daher auch auf den gegenständlichen Fall angewandt werden.
- 20.22** Im Ausgangsfall liegt außerdem eine Beeinträchtigung des Mieters durch Geruch und Rauch vor, diese Immissionen sind nicht als grobkörperliche Stoffe zu qualifizieren. Nachbar N setzt nach dem Sachverhalt zwar eine „Veranstaltung“ (Grillen und Rauchen), die Immissionen werden allerdings (nach Ansicht des OGH) über ein weiteres Medium, nämlich die ansteigende Luft, in die Wohnung des M geleitet.¹⁸ Dieselben Grundsätze sind auf Lärm (durch Tischtennispiel, laute Kinderstimmen und TV) anzuwenden.

¹³ 5 Ob 20/01d.

¹⁴ Der Ausdruck „Veranstaltung“ soll zum Ausdruck bringen, dass Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstückes hinzunehmen sind, RdU 2003/90.

¹⁵ *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht 234.

¹⁶ 7 Ob 601/92.

¹⁷ 8 Ob 635/92 = SZ 65/145.

¹⁸ 2 Ob 1/16k.

- 20.23** Es liegen also bezüglich des Rauches und des Lärms sonstige Immissionen vor (die auch explizit in § 364 Abs 2 ABGB genannt werden), die nur untersagt werden können, wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen (§ 364 Abs 2 ABGB). Tischtennisbälle sind zwar „grobkörperliche Stoffe“ und daher grundsätzlich absolut unzulässig, es besteht allerdings die Möglichkeit, dass ein Gericht – ähnlich wie in der zitierten Entscheidung – zum Urteil käme, dass eine Geltendmachung schikanös wäre.

Praxistipp: Ortsüblichkeit

Es ist also im Fall der sonstigen Immissionen die Ortsüblichkeit doppelt relevant, und zwar, ob eine **ortsübliche** Immission vorliegt und ob die **ortsübliche** Benutzung wesentlich beeinträchtigt wird.

D. Negative Immissionen: Entzug von Licht und Luft

- 20.24** Durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004¹⁹ wurde dem § 364 ABGB der Abs 3 angefügt, wonach der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht und Luft insoweit untersagen kann, als diese das Maß des Abs 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insb über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- 20.25** Erfasst von Abs 3 sind lediglich durch Pflanzen verursachte negative Immissionen, mit dem Entzug von Licht und Luft sind insb Schattenwurf oder die Verhinderung einer ordnungsgemäßen Durchlüftung gemeint.²⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Wortwahl des Gesetzgebers „unzumutbare Beeinträchtigung“ im Gegensatz zur „wesentlichen Beeinträchtigung“, es wird also ein höheres Maß der Beeinträchtigung zu fordern sein. Verwaltungsrechtliche Vorschriften, die etwa dem Baumschutz dienen (zB Wiener Baumschutzgesetz), gehen diesem Abwehrenspruch vor.
- 20.26** Der von M befürchtete Schattenwurf durch den neu gepflanzten Lindenbaum des N stellt auf Grund des Lichtentzugs durch einen Baum daher grundsätzlich eine negative Immission nach § 364 Abs 3 ABGB dar.
- 20.27** Nach Art III des Zivilrechts-Änderungsgesetzes 2004²¹ ist eine Klage nach Abs 3 nur dann zulässig, wenn der Kläger zuvor eine „außergerichtliche Streitbeilegung“²² angestrengt hat und eine gütliche Einigung binnen drei Monaten nicht gelungen ist.

E. Ortsüblichkeit der Immission („Niveau“ der Störquelle)

¹⁹ BGBl I 2003/91.

²⁰ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 60.

²¹ BGBl I 2003/91.

²² Etwa Schlichtungsstellen von Notariatskammer, Rechtsanwaltskammer oder von sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts oder Mediator iSd Zivilrechts-Mediations-Gesetzes oder prätorischer Vergleich, s *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 63.

- 20.28** Die Ortsüblichkeit der Immission bezieht sich auf die Immission und damit quasi auf die „ausgehende“ Seite der Störquelle; sie bemisst sich nach den tatsächlichen Verhältnissen in der maßgebenden Umgebung.²³ Maßgebend sind die Lage des beeinträchtigten Grundstückes zu dem, von dem die Störung ausgeht, und die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften.²⁴ Welche Grenzen eine Umgebung hat bzw wie groß sie ist, kommt also immer auf den Einzelfall und die Struktur des zu betrachtenden Gebiets an (in größeren Städten etwa der betroffene Stadtteil).²⁵ Zeitlich gesehen kann die Ortsüblichkeit unter Berücksichtigung der Benützung der gegenständlichen Liegenschaften innerhalb größerer Zeiträume beurteilt werden.²⁶

Beispiel

Im Fall von Tabakrauch kommt es nach dem OGH zur Beurteilung der Ortsüblichkeit nicht allein auf das Verhalten der Raucher an, sondern auch auf die von Nichtrauchern in der Regel als unangenehm und störend empfundene Geruchsentwicklung.²⁷

- 20.29** Zur Illustration, wie abhängig von der Betrachtung (und wohl auch von den gezogenen Umgebungsgrenzen) die Beurteilung der Ortsüblichkeit ist, sei kurz die Judikatur zum Klavierspiel in Wohnungen dargestellt (exemplarisch):
- Klavierspiel seit jeher in Wohnvierteln üblich, nicht aber während der üblichen Ruhestunden (Mittagszeit, Nachtzeit).²⁸
 - Klavierspielen in einer Wohnung grundsätzlich ortsüblich, auch für Studentin des Konservatoriums zwischen fünfzehn und neunzehn Uhr.²⁹
 - Aber: Tägliches vierstündiges Klavierspiel im 11. Wiener Gemeindebezirk nicht ortsüblich.³⁰
 - Und weiters: Differenzierung der Ortsüblichkeit der Dauer des Klavierspielens zwischen den Wiener Gemeindebezirken 11 und 13 (2 bzw 3 Std).³¹
- 20.30** Im Ausgangsfall wird zunächst die Umgebung der Wohnung des M zu bestimmen sein, diese kann sich sowohl nach der Lage der Wohnung des M zur Wohnung des N richten, als auch nach der näheren Wohnumgebung des Wohnhauses (wie auch immer die Grenzen dann zu bestimmen sind). Innerhalb jener Umgebung wird dann die Ortsüblichkeit beurteilt, die sich nach den Übungen sowohl der Emittenten als auch der Betroffenen richtet.
- 20.31** Zu berücksichtigen sein werden hier sicherlich die Intensität und die Häufigkeit der Beeinträchtigung. Das gelegentliche Grillen, das Pflanzen eines Baumes oder Tischtennispielen

²³ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 56.

²⁴ RIS-Justiz RS0010678.

²⁵ 2 Ob 1/16k.

²⁶ *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht 232.

²⁷ 2 Ob 1/16k.

²⁸ RIS-Justiz RS0112954.

²⁹ RIS-Justiz RS0110281.

³⁰ 7 Ob 286/03i = immolex 2004/97 (*Iby*).

³¹ LGZ Wien 13.12.2011, 40 R 174/11a.

20. Kapitel Rauchen und Grillen auf dem Balkon

Clemens Limberg/Valentin Plank

20.1 ■■■ Titel für Schnelleinstieg ergänzen ■■■

Der Mieter M fühlt sich durch den benachbarten Mieter N gestört, der im Sommer auf der Terrasse grillt und sommers wie winters auf die Terrasse geht, um zu rauchen, wobei der Rauch durch offene Fenster in die Wohnung des M zieht.

Die Tischtennis spielenden Kinder des N stören M in seiner „heiligen Ruhe“. Gelegentlich fliegen Tischtennisbälle über den Zaun und treffen M bei der Gartenarbeit. Da N schwerhörig ist, ist dessen Fernsehgeräusch in der Wohnung des M deutlich wahrnehmbar.

Außerdem hat N nahe der Grundgrenze einen jungen Lindenbaum gesetzt, der derzeit noch keinen Schatten auf den Garten des M wirft. M befürchtet aber, dass der Baum in Zukunft seinen Sonnenplatz im Garten erheblich beeinträchtigt.

I. Allgemeines

- 20.2** Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.
- 20.3** Unmittelbare Zuleitung (siehe Punkt 3) ist hingegen ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.
- 20.4** Nach § 364 Abs 3 ABGB kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht und Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insb über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- 20.5** Geprüft werden in Folge die zivilrechtlichen Ansprüche einerseits nach § 364 Abs 2 und Abs 3 ABGB und andererseits aus dem Mietvertrag zwischen dem „Gestörten“ (M) und seinem Vermieter.

II. Ansprüche nach § 364 Abs 2 und 3 ABGB

A. Aktivlegitimation (der „Gestörte“)

- 20.6** Die Frage der Aktivlegitimation meint, ob jemand berechtigt ist, ein (gerichtliches) Verfahren in eigenem Namen anzustrengen, ob er quasi „formal“ dazu berechtigt ist. Diese Frage sagt noch nichts darüber aus, ob er das Verfahren auch gewinnen wird (also ob das Verfahren berechtigterweise angestrengt wurde).
- 20.7** Nach dem Wortlaut des § 364 ABGB ist lediglich der Grundstückseigentümer anspruchsberechtigt (aktiv legitimiert). Mit „Grundstückseigentümer“ sind allerdings nicht bloß die Eigentümer unmittelbar angrenzender Grundflächen gemeint, sondern jeder Liegenschaftseigentümer, der von Maßnahmen, die vom Grundstück des Störers ausgehen, betroffen ist, ohne Unterschied, wie groß die Entfernung ist und welche Grundstücke dazwischen liegen.¹
- 20.8** Nach der Rsp können auch jeder (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer, der Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe des Wohnungseigentumsobjektes (an ihn) sowie sonst dinglich Berechtigte den Anspruch gegenüber dem Störer geltend machen.²
- 20.9** § 364 ABGB ist auch auf den Bestandnehmer, der lediglich ein obligatorisches Recht hat, anzuwenden.³
- Diese Klage kann nach der Rsp nicht zum Erfolg führen, wenn der gemeinsame Bestandgeber dem Dritten als Bestandnehmer ein Recht eingeräumt hat, dessen Ausübung zu der Störung führt, und der Dritte dieses Recht gutgläubig erworben hat.⁴
- 20.10** Grundsätzlich sind daher anspruchsberechtigt
- Liegenschaftseigentümer
 - (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer
 - Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe
 - Sonst dinglich Berechtigte, zB
 - Eigentümer eines Superädifikates⁵
 - Fruchtnießer
 - Pfandgläubiger (bei Gefahr der Entwertung der Sache)⁶
 - Bestandnehmer (Mieter und Pächter) einer unbeweglichen Sache
- 20.11** Noch nicht geklärt ist, ob auch Bestandnehmern einer beweglichen Sache Ansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB zustehen. Den Lebensgefährten von Mietern bzw Wohnungseigentümern kommen nach der Judikatur keine derartigen Ansprüche zu.⁷
- 20.12** Zwischenergebnis: Im Ausgangsfall handelt es sich zwar „nur“ um einen Mieter (M), der von seinem Nachbarn N beeinträchtigt ist; wie ausgeführt können nach der Rechtsprechung

¹ 1 Ob 2170/96 = ecolex 1997, 19.

² *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

³ 7 Ob 654/89.

⁴ RIS-Justiz RS0010655.

⁵ RIS-Justiz RS0127017.

⁶ Vgl 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

⁷ 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

aber auch Mieter als Bestandnehmer grundsätzlich zur Immissionsabwehr aktiv legitimiert sein und einen oder mehrere Ansprüche nach § 364 Abs 2 und/oder Abs 3 ABGB haben. M kann daher in eigenem Namen (kraft eigener Rechtsposition) gegen den störenden Nachbarn vorgehen und ein Verfahren anstrengen. Ob dieses auch inhaltlich berechtigt ist, wird im Rahmen des Punkt II. geprüft. Darüber hinaus werden Ansprüche, die sich auf eine andere Anspruchsgrundlage (gegen den Vermieter aus dem Mietvertrag) stützen unter Punkt III. gesondert geprüft.

B. Passivlegitimation (der „Störer“)

- 20.13** Passivlegitimiert (also als Gegner in einem Verfahren geeignet) ist grundsätzlich der Eigentümer des Nachbargrundstückes, von dem die Störung ausgeht. Auch jeder Dritte, der die Beeinträchtigung herbeiführt (hM: jeder, der das Grundstück für eigene Zwecke benützt⁸, zB ein Mieter einer Wohnung, am Wortlaut „Grundstück“ ist hier nicht streng zu haften), kann als unmittelbarer Störer in Anspruch genommen werden. Bei einer Störung durch einen Mieter kann sich der Gestörte auch zusätzlich gegen den Liegenschaftseigentümer (Vermieter des störenden Mieters) wenden, wenn dieser die Störung duldet, obwohl er in der Lage gewesen wäre, sie zu verhindern.⁹
- 20.14** Das trifft im Ausgangsfall zu: Der Nachbar N ist als Mieter unmittelbarer Störer, der Liegenschaftseigentümer (bzw Wohnungseigentümer) kann als Vermieter aufgrund des Mietvertrages auf diesen einwirken, eine Klage wäre unter diesem Aspekt gegen beide möglich.
- 20.15** Bezüglich jener durch die Kinder des N verursachten Immissionen (laute Kinderstimmen, Tischtennispiel) ist zu beurteilen, ob diese dem N zugerechnet werden können:
- 20.16** Entscheidend dafür ist, ob N die Störung duldet. Es genügt auch, wenn er zu jenen Personen, die die Störungshandlung vornehmen (die Kinder), in einem Rechtsverhältnis bezüglich der Benützung steht.¹⁰ Eine Duldung der Geräusche durch den N wird man auf Grund des Sachverhaltes annehmen können. Auch ein Rechtsverhältnis auf Grund des familienrechtlichen Unterhaltsanspruches (§ 231 ABGB) ist jedenfalls zu bejahen.
- 20.17** Ob ein Mit- oder Wohnungseigentümer (wenn er nicht zugleich unmittelbarer Störer ist) selbständig wegen nachbarrechtlicher Ansprüche klagsweise belangt werden kann, hängt davon ab, ob er nach der rechtlichen Ordnung im Innenverhältnis der Gemeinschaft die begehrte Leistung ohne Zusammenwirken mit den anderen Teilnehmern auch allein erbringen kann.¹¹ Der einzelne Wohnungseigentümer kann also nur dann belangt werden, wenn er ohne Zusammenwirken der Mit- oder Wohnungseigentümer, also alleine, die Störung verhindern kann. Ansonsten kann die Leistungserbringung bloß von der Gemeinschaft verlangt werden.¹²

⁸ 1 Ob 196/74 = SZ 47/140 mwN.

⁹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

¹⁰ 8 Ob 589/93.

¹¹ RIS-Justiz RS0124334.

¹² 5 Ob 133/09h = immolex 2010/108 (*Pfiel/Cerha*).

20. Kapitel Rauchen und Grillen auf dem Balkon

Clemens Limberg/Valentin Plank

20.1 ■■■ Titel für Schnelleinstieg ergänzen ■■■

Der Mieter M fühlt sich durch den benachbarten Mieter N gestört, der im Sommer auf der Terrasse grillt und sommers wie winters auf die Terrasse geht, um zu rauchen, wobei der Rauch durch offene Fenster in die Wohnung des M zieht.

Die Tischtennis spielenden Kinder des N stören M in seiner „heiligen Ruhe“. Gelegentlich fliegen Tischtennisbälle über den Zaun und treffen M bei der Gartenarbeit. Da N schwerhörig ist, ist dessen Fernsehgeräusch in der Wohnung des M deutlich wahrnehmbar.

Außerdem hat N nahe der Grundgrenze einen jungen Lindenbaum gesetzt, der derzeit noch keinen Schatten auf den Garten des M wirft. M befürchtet aber, dass der Baum in Zukunft seinen Sonnenplatz im Garten erheblich beeinträchtigt.

I. Allgemeines

- 20.2** Nach § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.
- 20.3** Unmittelbare Zuleitung (siehe Punkt 3) ist hingegen ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.
- 20.4** Nach § 364 Abs 3 ABGB kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht und Luft insoweit untersagen, als diese das Maß des Abs 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insb über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- 20.5** Geprüft werden in Folge die zivilrechtlichen Ansprüche einerseits nach § 364 Abs 2 und Abs 3 ABGB und andererseits aus dem Mietvertrag zwischen dem „Gestörten“ (M) und seinem Vermieter.

II. Ansprüche nach § 364 Abs 2 und 3 ABGB

A. Aktivlegitimation (der „Gestörte“)

- 20.6** Die Frage der Aktivlegitimation meint, ob jemand berechtigt ist, ein (gerichtliches) Verfahren in eigenem Namen anzustrengen, ob er quasi „formal“ dazu berechtigt ist. Diese Frage sagt noch nichts darüber aus, ob er das Verfahren auch gewinnen wird (also ob das Verfahren berechtigterweise angestrengt wurde).
- 20.7** Nach dem Wortlaut des § 364 ABGB ist lediglich der Grundstückseigentümer anspruchsberechtigt (aktiv legitimiert). Mit „Grundstückseigentümer“ sind allerdings nicht bloß die Eigentümer unmittelbar angrenzender Grundflächen gemeint, sondern jeder Liegenschaftseigentümer, der von Maßnahmen, die vom Grundstück des Störers ausgehen, betroffen ist, ohne Unterschied, wie groß die Entfernung ist und welche Grundstücke dazwischen liegen.¹
- 20.8** Nach der Rsp können auch jeder (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer, der Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe des Wohnungseigentumsobjektes (an ihn) sowie sonst dinglich Berechtigte den Anspruch gegenüber dem Störer geltend machen.²
- 20.9** § 364 ABGB ist auch auf den Bestandnehmer, der lediglich ein obligatorisches Recht hat, anzuwenden.³
- Diese Klage kann nach der Rsp nicht zum Erfolg führen, wenn der gemeinsame Bestandgeber dem Dritten als Bestandnehmer ein Recht eingeräumt hat, dessen Ausübung zu der Störung führt, und der Dritte dieses Recht gutgläubig erworben hat.⁴
- 20.10** Grundsätzlich sind daher anspruchsberechtigt
- Liegenschaftseigentümer
 - (schlichte) Mit- und Wohnungseigentümer
 - Wohnungseigentumsbewerber nach Übergabe
 - Sonst dinglich Berechtigte, zB
 - Eigentümer eines Superädifikates⁵
 - Fruchtnießer
 - Pfandgläubiger (bei Gefahr der Entwertung der Sache)⁶
 - Bestandnehmer (Mieter und Pächter) einer unbeweglichen Sache
- 20.11** Noch nicht geklärt ist, ob auch Bestandnehmern einer beweglichen Sache Ansprüche nach § 364 Abs 2 ABGB zustehen. Den Lebensgefährten von Mietern bzw Wohnungseigentümern kommen nach der Judikatur keine derartigen Ansprüche zu.⁷
- 20.12** Zwischenergebnis: Im Ausgangsfall handelt es sich zwar „nur“ um einen Mieter (M), der von seinem Nachbarn N beeinträchtigt ist; wie ausgeführt können nach der Rechtsprechung

¹ 1 Ob 2170/96 = ecolex 1997, 19.

² *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

³ 7 Ob 654/89.

⁴ RIS-Justiz RS0010655.

⁵ RIS-Justiz RS0127017.

⁶ Vgl 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

⁷ 9 Ob 69/10b = immolex 2011/83 (*Stadlmann*).

aber auch Mieter als Bestandnehmer grundsätzlich zur Immissionsabwehr aktiv legitimiert sein und einen oder mehrere Ansprüche nach § 364 Abs 2 und/oder Abs 3 ABGB haben. M kann daher in eigenem Namen (kraft eigener Rechtsposition) gegen den störenden Nachbarn vorgehen und ein Verfahren anstrengen. Ob dieses auch inhaltlich berechtigt ist, wird im Rahmen des Punkt II. geprüft. Darüber hinaus werden Ansprüche, die sich auf eine andere Anspruchsgrundlage (gegen den Vermieter aus dem Mietvertrag) stützen unter Punkt III. gesondert geprüft.

B. Passivlegitimation (der „Störer“)

- 20.13** Passivlegitimiert (also als Gegner in einem Verfahren geeignet) ist grundsätzlich der Eigentümer des Nachbargrundstückes, von dem die Störung ausgeht. Auch jeder Dritte, der die Beeinträchtigung herbeiführt (hM: jeder, der das Grundstück für eigene Zwecke benützt⁸, zB ein Mieter einer Wohnung, am Wortlaut „Grundstück“ ist hier nicht streng zu haften), kann als unmittelbarer Störer in Anspruch genommen werden. Bei einer Störung durch einen Mieter kann sich der Gestörte auch zusätzlich gegen den Liegenschaftseigentümer (Vermieter des störenden Mieters) wenden, wenn dieser die Störung duldet, obwohl er in der Lage gewesen wäre, sie zu verhindern.⁹
- 20.14** Das trifft im Ausgangsfall zu: Der Nachbar N ist als Mieter unmittelbarer Störer, der Liegenschaftseigentümer (bzw Wohnungseigentümer) kann als Vermieter aufgrund des Mietvertrages auf diesen einwirken, eine Klage wäre unter diesem Aspekt gegen beide möglich.
- 20.15** Bezüglich jener durch die Kinder des N verursachten Immissionen (laute Kinderstimmen, Tischtennispiel) ist zu beurteilen, ob diese dem N zugerechnet werden können:
- 20.16** Entscheidend dafür ist, ob N die Störung duldet. Es genügt auch, wenn er zu jenen Personen, die die Störungshandlung vornehmen (die Kinder), in einem Rechtsverhältnis bezüglich der Benützung steht.¹⁰ Eine Duldung der Geräusche durch den N wird man auf Grund des Sachverhaltes annehmen können. Auch ein Rechtsverhältnis auf Grund des familienrechtlichen Unterhaltsanspruches (§ 231 ABGB) ist jedenfalls zu bejahen.
- 20.17** Ob ein Mit- oder Wohnungseigentümer (wenn er nicht zugleich unmittelbarer Störer ist) selbständig wegen nachbarrechtlicher Ansprüche klagsweise belangt werden kann, hängt davon ab, ob er nach der rechtlichen Ordnung im Innenverhältnis der Gemeinschaft die begehrte Leistung ohne Zusammenwirken mit den anderen Teilnehmern auch allein erbringen kann.¹¹ Der einzelne Wohnungseigentümer kann also nur dann belangt werden, wenn er ohne Zusammenwirken der Mit- oder Wohnungseigentümer, also alleine, die Störung verhindern kann. Ansonsten kann die Leistungserbringung bloß von der Gemeinschaft verlangt werden.¹²

⁸ 1 Ob 196/74 = SZ 47/140 mwN.

⁹ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 66.

¹⁰ 8 Ob 589/93.

¹¹ RIS-Justiz RS0124334.

¹² 5 Ob 133/09h = immolex 2010/108 (*Pfiel/Cerha*).

- 20.18** UU kann auch der Verwalter nach WEG Störer iSd § 364 Abs 2 ABGB sein, nämlich zB dann, wenn er durch einen Akt ordentlicher oder außerordentlicher Verwaltung eine Eingriffshandlung setzt, die in eine bestehende Benützungsvereinbarung eingreift.¹³

C. Unmittelbare Zuleitung – grobkörperliche Einwirkung - sonstige Immission

- 20.19** Grobkörperliche Einwirkungen oder unmittelbare Zuleitungen sind stets ohne zusätzliche Voraussetzungen unzulässig (§ 364 Abs 2 letzter Satz ABGB). Das bedeutet, dass die Kriterien der Ortsüblichkeit der Immission sowie der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung nicht näher geprüft werden müssen, was die Rechtsdurchsetzung natürlich erheblich erleichtert und begünstigt.
- 20.20** Bei unmittelbaren Zuleitungen handelt es sich um Zuleitungen, die durch eine „Veranstaltung“¹⁴ bewirkt werden, die für eine Einwirkung gerade in der Richtung auf das Nachbargrundstück hin ursächlich ist.¹⁵

Beispiel

Vom OGH wurde etwa eine Störung durch eine durch eine Sprengung ausgelöste Lawine, die einen Wald zerstört, als unmittelbare Zuleitung qualifiziert.¹⁶ Die „Veranstaltung“, die zur Einwirkung in Richtung auf das Nachbargrundstück führt, ist in dem Fall die Sprengung.

- 20.21** Als „grobkörperliche Stoffe“ sind etwa Steine, Kugeln, Bälle etc zu qualifizieren. Darunter fallen also auch Tischtennisbälle und demnach wäre ein Eindringen dieser Tischtennisbälle also grundsätzlich absolut unzulässig. Allerdings vertritt der OGH für Tennisanlagen die Ansicht, dass ein absolutes (ausnahmsloses) Verbot des Eindringens als Schikane zu werten ist. Vom OGH wird aber zumindest verlangt, das Eindringen von Tennisbällen auf ein zumutbares Maß zu reduzieren. Es gehört allerdings auch zum Risiko, uU das Eigentum an den Bällen durch Verschlagen auf fremden Grund zu verlieren.¹⁷ Diese Grundsätze wurden in der Rsp zwar für den Fall des Tennis(balls) erstellt, könnten uE aber auch für Tischtennisbälle und daher auch auf den gegenständlichen Fall angewandt werden.
- 20.22** Im Ausgangsfall liegt außerdem eine Beeinträchtigung des Mieters durch Geruch und Rauch vor, diese Immissionen sind nicht als grobkörperliche Stoffe zu qualifizieren. Nachbar N setzt nach dem Sachverhalt zwar eine „Veranstaltung“ (Grillen und Rauchen), die Immissionen werden allerdings (nach Ansicht des OGH) über ein weiteres Medium, nämlich die ansteigende Luft, in die Wohnung des M geleitet.¹⁸ Dieselben Grundsätze sind auf Lärm (durch Tischtennispiel, laute Kinderstimmen und TV) anzuwenden.

¹³ 5 Ob 20/01d.

¹⁴ Der Ausdruck „Veranstaltung“ soll zum Ausdruck bringen, dass Auswirkungen der natürlichen Beschaffenheit des Nachbargrundstückes hinzunehmen sind, RdU 2003/90.

¹⁵ *Illedits/Illedits-Lohr*, Handbuch zum Nachbarrecht 234.

¹⁶ 7 Ob 601/92.

¹⁷ 8 Ob 635/92 = SZ 65/145.

¹⁸ 2 Ob 1/16k.

- 20.23** Es liegen also bezüglich des Rauches und des Lärms sonstige Immissionen vor (die auch explizit in § 364 Abs 2 ABGB genannt werden), die nur untersagt werden können, wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen (§ 364 Abs 2 ABGB). Tischtennisbälle sind zwar „grobkörperliche Stoffe“ und daher grundsätzlich absolut unzulässig, es besteht allerdings die Möglichkeit, dass ein Gericht – ähnlich wie in der zitierten Entscheidung – zum Urteil käme, dass eine Geltendmachung schikanös wäre.

Praxistipp: Ortsüblichkeit

Es ist also im Fall der sonstigen Immissionen die Ortsüblichkeit doppelt relevant, und zwar, ob eine **ortsübliche** Immission vorliegt und ob die **ortsübliche** Benutzung wesentlich beeinträchtigt wird.

D. Negative Immissionen: Entzug von Licht und Luft

- 20.24** Durch das Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004¹⁹ wurde dem § 364 ABGB der Abs 3 angefügt, wonach der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden Einwirkungen durch den Entzug von Licht und Luft insofern untersagen kann, als diese das Maß des Abs 2 überschreiten und zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Benutzung des Grundstückes führen. Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insb über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- 20.25** Erfasst von Abs 3 sind lediglich durch Pflanzen verursachte negative Immissionen, mit dem Entzug von Licht und Luft sind insb Schattenwurf oder die Verhinderung einer ordnungsgemäßen Durchlüftung gemeint.²⁰ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Wortwahl des Gesetzgebers „unzumutbare Beeinträchtigung“ im Gegensatz zur „wesentlichen Beeinträchtigung“, es wird also ein höheres Maß der Beeinträchtigung zu fordern sein. Verwaltungsrechtliche Vorschriften, die etwa dem Baumschutz dienen (zB Wiener Baumschutzgesetz), gehen diesem Abwehrensanspruch vor.
- 20.26** Der von M befürchtete Schattenwurf durch den neu gepflanzten Lindenbaum des N stellt auf Grund des Lichtentzugs durch einen Baum daher grundsätzlich eine negative Immission nach § 364 Abs 3 ABGB dar.
- 20.27** Nach Art III des Zivilrechts-Änderungsgesetzes 2004²¹ ist eine Klage nach Abs 3 nur dann zulässig, wenn der Kläger zuvor eine „außergerichtliche Streitbeilegung“²² angestrengt hat und eine gütliche Einigung binnen drei Monaten nicht gelungen ist.

E. Ortsüblichkeit der Immission („Niveau“ der Störquelle)

¹⁹ BGBl I 2003/91.

²⁰ *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 60.

²¹ BGBl I 2003/91.

²² Etwa Schlichtungsstellen von Notariatskammer, Rechtsanwaltskammer oder von sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts oder Mediator iSd Zivilrechts-Mediations-Gesetzes oder prätorischer Vergleich, s *Illedits/Illedits-Lohr*, Nachbarrecht kompakt 63.