

[Beweislastverteilung bei Schutzgesetzverletzungen]

Der Kl hat das Verschulden des ErstBekl auf die Verletzung der Schutznorm des § 16 Abs 2 letzter Satz AOCV und der gleichlautenden Vorschriften im Flugbetriebsbuch der zweitbeklP gestützt. Die allg Beweislastregel, wonach jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm trägt (RIS-Justiz RS0039939; *Rechberger in Rechberger*, ZPO³ Vor § 266 Rz 11), gelangt auch bei Schutznormverletzungen zur Anwendung. Nach nunmehr stRsp des OGH trifft bei einer Schutzgesetzverletzung den Geschädigten die Beweislast für den Schadenseintritt und die Verletzung des Schutzgesetzes, wobei der Nachweis der Tatsache ausreichend ist, dass die Schutznorm objektiv übertreten wurde. Der Schädiger hat dagegen zu beweisen, dass ihm die objektive Übertretung der Schutznorm nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist, etwa weil ihn an der Übertretung kein Verschulden traf (2 Ob 99/06 g mwN; 2 Ob 283/06 s; 2 Ob 21/07 p; RIS-Justiz RS0112234).

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der ErstBekl die Seilbahnanlage der viertbeklP während des Seilbahnbetriebs überflog. Damit hat der Kl den ihm obliegenden Beweis der objektiven Übertretung der Schutznorm des § 16 Abs 2 letzter Satz AOCV 2004 erbracht. Wie sich sowohl aus dieser Bestimmung als auch aus den Vorschriften des Flugbetriebsbuches der zweitbeklP unmissverständlich ergibt, musste mit der Möglichkeit einer Auslösung der Aufhängevorrichtung während des Flugs gerechnet werden. Wird eine dem Personentransport dienende Anlage während deren Betriebs überflogen, ist demnach die Gefährdung der mit dieser Anlage transportierten Personen durch herabfallende Lasten nicht auszuschließen. Subjektive

Umstände, die es dem ErstBekl im konkreten Fall unmöglich gemacht haben könnten, diese Gefahr zu erkennen und danach zu handeln, gehen weder aus den Feststellungen noch aus seinem Prozessvorbringen hervor. Die festgestellte Anfrage des ErstBekl, ob er über die Seilbahn fliegen „darf“, macht deutlich, dass er sich der grundsätzlichen Verbotswidrigkeit dieses Verhaltens bewusst gewesen ist. Ob ihm der Betriebsleiter der viertbeklP die entsprechende „Erlaubnis“ erteilte, ist aber irrelevant, weil, wie aus § 16 Abs 2 AOCV ebenfalls klar hervorgeht, die Wahl des Flugs ausschließlich Sache des Piloten ist. War keine sichere Flugroute möglich, so hätte der ErstBekl entweder für die Dauer der Transportflüge auf eine Betriebseinstellung der Seilbahn dringen oder die Flüge außerhalb der Betriebszeiten durchführen müssen. Gründe, aus denen ihm das Bestehen auf solchen Sicherheitsvorkehrungen unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, sind nicht ersichtlich. Nach den erstinstanzlichen Feststellungen waren diese Alternativen jedoch (auch) für ihn „kein Thema“, worin letztlich sein Verschulden lag. Schließlich vermag es den ErstBekl auch nicht zu entlasten, dass Transportflüge über in Betrieb befindliche Seilbahnen seit vielen Jahren üblich waren bzw „gängige Praxis“ sind. Dass sich eine latente Gefahr durch lange Zeit nicht verwirklicht hat, nimmt nämlich einem als gefährlich erkennbaren und mit zumutbaren Maßnahmen zu vermeidenden Verhalten nicht die Eigenschaft der Fahrlässigkeit (vgl. RIS-Justiz RS0022766). Entgegen der Ansicht des ErstBekl reichen somit die vom ErstG getroffenen Feststellungen zur Beurteilung und Bejahung seines Verschuldens in einer fahrlässigen Verletzung der Schutznorm des § 16 Abs 2 letzter Satz AOCV 2004 aus. Der gerügte sekundäre Verfahrensmangel liegt nicht vor.

[...]

ZVR 2011/10

§ 364 Abs 2,
§ 364 a ABGB

OGH 17. 2. 2010,
2 Ob 57/09 k
(OLG Wien,
7. 11. 2008,
2 R 143/08 a,
HG Wien
14. 5. 2008,
19 Cg 214/07 b)

→ Kein Unterlassungsanspruch wegen zusätzlicher Lärmimmissionen infolge Ausbaus einer Hochleistungsstrecke der Eisenbahn

§ 364 Abs 2, § 364 a ABGB

→ Der Unterlassungsanspruch bei einer wesentlichen und ortsunüblichen Immission gem § 364 Abs 2 ABGB wird einem beeinträchtigten Nachbarn nur dann entzogen, wenn ihm im Genehmigungsverfahren rechtliches Gehör geschenkt wurde. In einem solchen Fall steht ihm dann – immerhin – ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB zu.

→ Bei der Prüfung der Ortsüblichkeit hat ein Erwerber den bis dahin bestehenden Lärmpegel

hinzunehmen; einzubeziehen ist darüber hinaus die für einen durchschnittlichen Käufer vorhersehbare Zunahme der Lärmimmissionen infolge der Widmung des betreffenden Streckenabschnitts als Hochleistungsstrecke. Auf die durch die Immissionen hervorgerufene Gesundheitsbeeinträchtigung kann sich der Eigentümer aber nur dann berufen, wenn er selbst auf der Liegenschaft wohnt, nicht aber, wenn er diese als Ferienanlage benutzt.

Sachverhalt

[Verhältnisse vor dem Liegenschaftserwerb des Kl]

Zum Zeitpunkt des zweigleisigen Ausbaus der Südbahnstrecke entlang des Wörthersees befand sich auf dem streitgegenständlichen Grundstück ein Wald. 1959 wurde dem Liegenschaftseigentümer die baubehördliche Bewilligung zur Errichtung einer Fremdenpension erteilt. Später wurde ein Hotel errichtet, dessen Um- und Zubauten 1972 und 1982 bewilligt wurden. In den baubehördlichen Verhandlungsnieder-

schriften wurde jeweils festgehalten, dass die ÖBB keine Einwendungen gegen das Bauvorhaben erheben würden, wenn seitens des Bauwerbers für sich und seine Rechtsnachfolger auf den Ersatz aller Schäden, die durch den ordnungsgemäßen Bestand oder Betrieb der Eisenbahn entstehen sollten, verzichtet werde. Dies wurde von den Bauwerbern jeweils zustimmend zur Kenntnis genommen. Mit V der BReg v 4. 2. 1994, BGBl 1994/83 (3. Hochleistungsstrecken-V) wurde die auch die Bahnlinie Bleiburg-Villach

umfassende Eisenbahnstrecke zur Hochleistungsstrecke erklärt.

[Baubescheid]

Der Kl erwarb diese Liegenschaft samt Hotel mit Kaufvertrag 2000 mit allen Rechten und Befugnissen, wie der Verkäufer diese besessen und benützt hatte oder doch zu besitzen und benützen berechtigt war. Der Käufer erklärte, den Vertragsgegenstand aus eigener Anschauung zu kennen und sich ausreichend informiert zu haben. 2001 beantragte der Kl die baubehördliche Genehmigung der Errichtung einer Ferienwohnanlage auf dem Grundstück. In der Verhandlungsniederschrift v 17. 5. 2001 wurde als Verhandlungsergebnis festgehalten, dass von den ÖBB kein Einwand gegen das geplante Bauvorhaben erhoben werde, wobei gegen die Beeinträchtigung durch Lärmeinwirkung, die aus einem ordnungsgemäßen Bestand und Betrieb der Eisenbahn erwachse, Vorsorgemaßnahmen seitens des Bauwerbers zu treffen seien und keine wie auch immer gearteten Schadenersatzansprüche gegenüber den ÖBB geltend gemacht werden könnten. Das Verhandlungsergebnis wurde vom Rechtsvertreter des Kl zustimmend zur Kenntnis genommen. Mit Bescheid der Baubehörde v 4. 7. 2001 wurde für das Bauvorhaben die Bewilligung erteilt.

[Unterlassungsbegehren]

Mit der am 16. 5. 2007 eingebrachten Klage begehrte der Kl, die bekIP schuldig zu erkennen, „durch geeignete Maßnahmen, insb allenfalls Einschränkung des Zugverkehrs und/oder Koppelung des Zugverkehrs an bestimmte technische Ausstattungen der Schienenfahrzeuge und/oder Geschwindigkeitsbeschränkungen im Bereich der Liegenschaft ... dafür Sorge zu tragen, dass der Geräuschpegel von 35 dB untertags und 25 dB nachts, jeweils nach der ÖAL-RL nicht überschritten wird“. Er brachte vor, in seinem Ferienhotel ein Gesundheitszentrum zu betreiben. Seit der letzten Bauverhandlung am 17. 5. 2001 seien durch die vermehrte Inanspruchnahme der Bahnlinie Bleiburg-Villach, wie auch Schallpegelmessungen ergeben hätten, unzumutbare und gesundheitsgefährdende Lärmimmissionen eingetreten. Vor allem die Zunahme des Schienengüterverkehrs (jährlich um ca 10%) und dessen vermehrte Verlagerung in die Nachtstunden wirke sich auf die Hotelgäste nachteilig aus. Eisenbahnlinien seien keine behördlich genehmigten Anlagen iSd § 364a ABGB. Die Bewilligung des Eisenbahnbetriebs ermächtige den Betreiber nicht, den Betrieb gesundheitsgefährdend auszuweiten. Zu dulden sei vielmehr nur der typische, zum Zeitpunkt der Bewilligung der Eisenbahnlinie gegebene oder objektiv abschätzbare Verkehr.

[Einwendungen der bekIP]

Die bekIP wendete iW ein, der Kl habe das Hotel in Kenntnis des offenkundigen Bestands und des Betriebs der Südbahn sowie der von dieser ausgehenden Immissionen gekauft. Nachträglich zugezogene Nachbarn hätten Immissionen aber grundsätzlich als ortsüblich zu dulden. Auch voraussehbare Zunahmen von Immissionen seien hinzunehmen. Seit dem Liegenschaftserwerb durch den Kl sei keine ungewöhnliche Steigerung der Lärmbelastung eingetreten. Bei der Südbahn

handle es sich um eine behördlich genehmigte Anlage gem § 364a ABGB. Der Kl habe auf die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Lärmbeeinträchtigungen verzichtet. Er müsse sich auch das Verhalten seiner Rechtsvorgänger zurechnen lassen. Der Unterlassungsanspruch sei daher unzulässig; er sei überdies verjährt.

[E der Vorinstanzen]

Beide Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.

Der OGH gab der Rev des Kl keine Folge.

Ob die Eisenbahn eine behördlich genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB ist, lässt der OGH weiterhin offen.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Abgrenzung § 364 Abs 2/§ 364a ABGB]

Der Kl stützt sein Begehren auf § 364 Abs 2 ABGB. Diese Bestimmung gewährt dem Eigentümer eines Grundstücks das Recht, von Nachbargrundstücken ausgehende Immissionen zu untersagen, wenn diese das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benützung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Erfolgt die Beeinträchtigung durch eine behördlich genehmigte Anlage, werden die Rechte des betroffenen Nachbarn durch § 364a ABGB auf den Ersatz des zugefügten Schadens beschränkt. Statt des ihm an sich zustehenden Unterlassungsanspruchs wird ihm ein verschuldensunabhängiger Ersatzanspruch eingeräumt, der die zu duldende Eigentumsbeschränkung ausgleichen soll (SZ 48/15 ua).

[Duldungspflicht des Nachbarn nur bei Gehörgewährung im Verwaltungsverfahren]

Vom Vorliegen einer behördlich genehmigten Anlage iSd § 364a ABGB ist grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn die Genehmigung in einem Verfahren erfolgte, in welchem die Berücksichtigung der Interessen der Nachbarn in derselben oder doch in gleich wirksamer Weise vorgesehen ist wie im Verfahren zur Genehmigung von Betriebsanlagen nach der GewO (SZ 48/15; 2 Ob 222/02 i; 1 Ob 123/08 g; RIS-Justiz RS0010682). Die Pflicht des Nachbarn zur Duldung der Immissionen besteht in solchen Fällen daher nur dann, wenn die Genehmigung der Anlage nach Abwägung der widerstreitenden Interessen in einem Verfahren erteilt wurde, in welchem ihm rechtliches Gehör gewährt worden ist (4 Ob 137/03 f SZ 2003/78 mwN; 3 Ob 252/06 i; vgl auch 1 Ob 123/08 g).

Zuletzt hat der OGH in der E 8 Ob 135/06 w SZ 2007/106, die von einem Flughafen ausgehende Lärmimmissionen betraf, allerdings auch jenen (zweitinstanzl) Argumenten Gewicht zuerkannt, nach denen die Parteistellung des Anrainers im Anlagengenehmigungsverfahren für die Anwendung des § 364a ABGB nicht zwingende Voraussetzung sei und es Sache des öfentl Rechts sein solle, festzulegen, in welcher Weise es auf die Interessen des Betroffenen Rücksicht nimmt (so bereits *Spielbühler in Rummel*, ABGB³ I § 364 a Rz 4; krit *Kerschner in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler*, Die gewerbliche Betriebsanlage³ [2008] Rz 276). Die grundsätzlich als geboten erachtete genauere Überprüfung dieser Rechtsansicht konnte damals jedoch aus prozessualen Erwägungen auf sich beruhen. ⇒

[Bisherige Rsp im Zusammenhang mit Eisenbahnen]

In der Rsp des OGH wurde die Anwendung des § 364 a ABGB über den Bereich gewerblicher Anlagen hinaus auch bei Anlagen bejaht, die nach bestimmten Sondergesetzen einer Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb bedürfen; als Beispiel für eine solche Anlage wurden häufig Eisenbahnen genannt (SZ 48/15; SZ 48/45; vgl auch SZ 54/158; RIS-Justiz RS0010689). In einigen Fällen wurde die Anwendung der §§ 364, 364 a ABGB auf Eisenbahnen mit dem Hinweis auf die in § 19 Abs 2 EISB 1957 enthaltene Haftungsbestimmung als *lex specialis* abgelehnt (SZ 38/2; 6 Ob 168/06 h; RIS-Justiz RS0037960). Diese Bestimmung wurde mit der Nov des EisenbahnG, BGBl I 2006/125, mit Wirksamkeit v 26. 7. 2006 als „nicht erforderliche Sonderhaftungsregel“ gestrichen; der Ersatz für Schäden solle sich auch für den Eisenbahnbereich nach den allg Regeln des Schadenersatzes richten (ErläutRV 1412 BlgNR 22. GP 7; vgl auch *Catharin/Gürtlich*, Eisenbahngesetz [2007] 277). Keine der zit E hatte einen auf § 364 Abs 2 ABGB gestützten Unterlassungsanspruch wegen Lärmimmissionen zum Gegenstand. In SZ 54/158 wurde allerdings ein mit den von einem Verschiebbahnhof ausgehenden Lärmeinwirkungen begründeter Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB geprüft (und verneint).

[Stellungnahmen im Schrifttum]

Die auf *Klang* (in *Klang* II² 174 mit Hinw auf SZ 4/16) zurückgehende Auffassung, Eisenbahnen seien Anlagen iSd § 364 a ABGB, wird im Schrifttum überwiegend gebilligt, wobei jedoch eine Erörterung der Gegenposition zumeist unterblieb (vgl *Eccher* in KBB² § 364 a Rz 2; *Spielbüchler*, aaO § 364 a Rz 4; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 329 [FN 2]; *Koziol/Welser* I³ 287 f; *Iro* in *Apathy*, Bürgerliches Recht³ IV Rz 4/19; *Moser*, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts, ÖJZ 1974, 375 [377]; *Jabornegg*, GA ÖJT [1985] 63; *E. Wagner*, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht [1997] 223; den Wegfall des Unterlassungsanspruchs bezweifelnd hingegen *Oberhammer* in *Schwimmann*, ABGB³ II § 364 a Rz 8).

Einige Autoren treten hingegen bei (Lärm-)Immissionen durch den Bau oder den Betrieb von Eisenbahnanlagen mit dem Hinw auf den fehlenden Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren für die Gewährung des nachbarrechtlichen Unterlassungsanspruchs ein (*Raschauer*, Umweltschutzrecht [1989] 35 f und 199 f; *ders*, Anlagenrecht und Nachbarschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506 [518]; *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung [1994] 289 und 303; *Raschauer/Kerschner*, RdU 1996/90 [Glosse zu VwGH 8. 11. 1995, 95/03/0017]; vgl auch *Zeleny*, Eisenbahnplanungs- und -baurecht [1994] 211 [FN 195]).

[Rsp des VwGH]

Schließlich vertritt der VwGH zum EisenbahnG 1957 in stRsp die Auffassung, dass in eisenbahnrechtlichen Bauverfahren Einwendungen der Anrainer betreffend Lärm und andere Immissionen keine nach dem EisenbahnG gewährleisteten und im Verwaltungsverfahren zu berücksichtigenden subjektiven öff Rechte betreffen und – allenfalls – auf zivilrechtlichem Weg, „etwa nach § 364 a ABGB“, geltend zu machen sind (zuletzt etwa

VwGH 28. 2. 2007, 2004/03/0064; vgl ferner die Nachw bei *Hauer*, Nachbarschutz und Eisenbahnen [2002] 20 sowie bei *Catharin/Gürtlich*, aaO 274 und 332; gegen diese Rsp *Zeleny*, aaO 204; *E. Wagner*, aaO 222).

[Offenlassen der Qualifikation mangels Präjudizialität]

Entgegen der Ansicht des BerG ist für die Lösung des vorliegenden Falls eine eingehendere Auseinandersetzung mit den divergierenden Meinungen aber ebenso wenig erforderlich wie die Befassung mit der historischen Rechtslage und der in der RevBeantw dazu aufgeworfenen Frage, ob die Rechtsvorgängerin des Kl im eisenbahnrechtlichen Bewilligungsverfahren des Jahres 1954 berechtigt gewesen wäre, Einwendungen gegen das Bauvorhaben auch wegen zu erwartender Immissionen zu erheben. Selbst wenn nämlich Eisenbahnen tatsächlich nicht als behördlich genehmigte Anlagen iSd § 364 a ABGB zu beurteilen wären, stünde dem Kl unter den hier maßgeblichen Umständen der Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB nicht zu:

[Kein nachbarrechtlicher Anspruch wegen Lärms der Eisenbahn]

Schon in der E SZ 54/158 wurden nachbarrechtliche Ansprüche wegen des durch den Betrieb eines Verschiebendorfs verursachten Lärms mit der Begründung abgelehnt, Einwirkungen, die der Betrieb einer Eisenbahn üblicherweise mit sich bringe, gehörten zu den Umständen, die den Charakter der Landschaft formen und seien daher als ortsüblich anzusehen (vgl auch 7 Ob 361/97 g SZ 70/251). Der OGH vertritt in stRsp weiters die Rechtsansicht, dass neu hinzukommende Nachbarn sich mit einer im Gebiet vorherrschenden Immission grundsätzlich abfinden müssen, zumal in immissionsbelasteten Gebieten auch die Grundstückspreise entsprechend niedriger sind (vgl 2 Ob 236/99 s mwN; 1 Ob 190/05 f; 6 Ob 51/07 d; 6 Ob 65/09 s; RIS-Justiz RS0112502; ähnlich bereits 4 Ob 579/95 SZ 68/208).

[Bei Gesundheitsschädlichkeit Maßgeblichkeit der Erkennbarkeit für Käufer]

Im Fall von gesundheitsschädlichen Immissionen wurde eine Duldungspflicht unter der Voraussetzung bejaht, dass die Duldung in Kenntnis der Gesundheitsschädlichkeit erfolgte. Dabei sei aber nicht subjektiv auf den Kenntnisstand des Käufers abzustellen, sondern darauf, ob einem durchschnittlich sorgfältigen Käufer die Gesundheitsschädlichkeit der vom Nachbargrundstück ausgehenden Immission erkennbar gewesen wäre. Der ohne Zweifel gegebene Vorrang der Gesundheit gegenüber den Vermögensinteressen könne nicht dazu führen, dass jemand, der sich in Kenntnis bzw Erkennbarkeit der Gesundheitsschädlichkeit von Immissionen ansiedle, deren Unterlassung begehren kann. Dem Kl obliege es, zu behaupten und zu bescheinigen, dass auch einem durchschnittlich verständigen Käufer die Gesundheitsschädlichkeit nicht erkennbar gewesen sei (vgl 2 Ob 236/99 s RdU 2000/13 [krit *Kerschner*]; 2 Ob 7/00 v; 2 Ob 162/02 s; vgl auch *Oberhammer*, aaO § 364 Rz 15). Die von *Kerschner* in der E 2 Ob 236/99 s (aaO) noch vermisste „dogmatische Begründung“ wurde in 2 Ob 7/00 v unter (abermäligem) Hinweis auf *J. W. Steiner* (Zur Auslegung des Begriffs der Ortsüblichkeit in

§ 364 Abs 2 ABGB, JBl 1978, 133 [140]) dahin präzisiert, dass der Erwerber einer von Immissionen betroffenen Liegenschaft auf eigene Gefahr handle und deshalb jene Nachteile, die aus der Immission erfolgten, hinnehmen müsse.

Diese Grundsätze, an denen der erk Senat festhält, haben konsequenterweise auch dann zu gelten, wenn im Zeitpunkt des Liegenschaftserwerbs eine Zunahme der Immissionen objektiv bereits voraussehbar war (vgl 7 Ob 361/97 g; RIS-Justiz RS0010672).

[Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Sachverhalt]

Der Kl erwarb die dem Bahngrundstück benachbarte Liegenschaft samt Hotel im Jahr 2000, ein Jahr später wurde ihm die baubehördliche Bewilligung der Errichtung einer Ferienwohnanlage erteilt. Bei Erwerb der Liegenschaft war die von der benachbarten Eisenbahnanlage ausgehende Lärmimmission offenkundig. Im baubehördlichen Bewilligungsverfahren wurde sie sogar ausdrücklich thematisiert.

[Vorhersehbarkeit der Zunahme der Lärmimmissionen aufgrund der Widmung als Hochleistungsstrecke]

Der Kl hat nun im erstinstanzl Verfahren zwar geltend gemacht, dass die Lärmimmissionen (erst) in den Jahren seit der letzten Bauverhandlung durch die vermehrte Inanspruchnahme der Bahnlinie Bleiburg-Villich ein unzumutbares und gesundheitsgefährdendes Ausmaß angenommen haben. Dass eine solche Entwicklung des Zugverkehrs auf einer Hochleistungsstrecke, also einer Eisenbahnstrecke, der schon kraft gesetz-

licher Definition „eine besondere Bedeutung für einen leistungsfähigen Verkehr mit internationalen Verbindungen oder für den Nahverkehr“ zukommt (§ 1 Abs 1 HochleistungsstreckenG [HlG]; vgl dazu VfGH 13. 12. 2007, V 87/06; ferner *Hauer*, aaO 29), für einen durchschnittlich verständigen Liegenschaftserwerber nicht voraussehbar gewesen wäre, hat der Kl aber – trotz konkreter Einwände der bekIP – nicht einmal behauptet. Dies gilt insb auch für die fehlende Voraussehbarkeit einer vermehrten Nutzung der Bahnlinie durch den Güterverkehr. Sein erstinstanzl Argument, nur der typische oder „objektiv abschätzbare“ Verkehr sei zu dulden, bezog sich auf den Zeitpunkt der Bewilligung der Eisenbahnlinie, der im gegebenen Zusammenhang aber ohne Bedeutung ist.

[In casu Beeinträchtigung von Vermögens- und nicht Gesundheitsinteressen]

Dazu kommt, dass der Kl gar nicht selbst auf der beeinträchtigten Liegenschaft wohnt, sondern dort (nur) eine Ferienwohnanlage unterhält. Bei ihm stehen somit weniger Aspekte der Gesundheit (vgl dazu auch *Kerschner* in *Stolzlechner/Wendl/Bergthaler*, aaO Rz 277 5.11 und Rz 281 9.3, der in Fällen gesundheitsgefährdender Beeinträchtigungen die dem Schutz der Privatsphäre dienende Norm des § 16 ABGB als „richtige“ Anspruchsgrundlage sieht), als vielmehr reine Vermögensinteressen im Vordergrund. Dies bringt er in seinem erstinstanzl Vorbringen auch deutlich zum Ausdruck, wenn er den Verlust von Kunden wegen der Lärmimmissionen beklagt. Bei dieser Sachlage kann aber die Berufung auf eine gesundheitsgefährdende Lärmzunahme zur Begründung des Unterlassungsanspruchs nicht erfolgreich sein.

Anmerkung:

1. Der OGH hat offen gelassen, ob die **Eisenbahn eine behördlich genehmigte Anlage** ist oder nicht. Nach der Logik des § 364 a ABGB sprechen – entgegen der überwiegenden bisherigen zivilrechtlichen Literatur – gute Gründe dagegen. Der OGH hat verdienstvollerweise das öffentlich-rechtliche Schrifttum mit einbezogen. Wenn im Verwaltungsverfahren dem betroffenen Nachbarn in Bezug auf drohende Lärmimmissionen **kein rechtliches Gehör** geschenkt wird, ist – nach der Logik des § 364 a ABGB – die **Voraussetzung für die Versagung des Unterlassungsanspruchs nach § 364 Abs 2 ABGB nicht gegeben**. Der OGH deutet an, dass er dieser Sichtweise Sympathie entgegenbringt, hat aber eine Festlegung vermieden. Schon der Betreiber der Eisenbahn hätte darüber wohl gerne Bescheid gewusst. Wie im Sachverhalt dieser E lässt er sich den Verzicht auf Einwendungen im Bauverfahren „abkaufen“ durch einen Verzicht des Bauwerbers auf künftige Schadenersatzansprüche wegen möglicher Lärmimmissionen. Wenn daneben Unterlassungsansprüche möglich sind, war die Absicherung unvollständig und unzureichend.

2. Zu untersuchen wäre, **welche Qualität eine solche Verzichtserklärung** im Bauverfahren des Nachbarn hat. Ist das für die Eisenbahn in der Tat ein Blankoscheck für eine Ausweitung der Lärmimmissionen in welchem Ausmaß auch immer („keine wie auch immer

gearteten Schadenersatzansprüche“)? Wenn die Eisenbahn einen solchen Verzicht vorformuliert hat, greift dann die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen?

3. Geradezu defätistisch ist der bekräftigte Hinweis, dass der **Bahnlärm** zu den Umständen gehöre, die den **Charakter der Landschaft** formen, weshalb dieser als ortsüblich hinzunehmen sei (7 Ob 361/97 g SZ 70/251). Wer Nachbar im Umkreis solcher Lärmbelästigungen ist, wird das nicht als romantische Verklärung, sondern ungebührliche Belästigung empfinden. Sosehr dem Gemeinwohl generell Vorrang vor Individualinteressen einzuräumen ist, kann dies gerade **nicht um jeden Preis** erfolgen.

4. Zuzustimmen ist dem OGH, dass es nicht angehen kann, dass ein Käufer wegen derzeitiger und künftig erwartbarer Lärmimmissionen ein **Grundstück preisgünstig** erwirbt und dann den **Wert der Liegenschaft** steigert, indem er sich auf die Ortsunüblichkeit der Immission beruft, vom **Immitenten Unterlassung** verlangt und damit den Wert seiner Liegenschaft steigert. Zutreffend ist auch, dass es nicht auf die jeweilige Kenntnis des betreffenden Käufers ankommt, sondern die eines durchschnittlich aufmerksamen Käufers. Dass die vorhersehbare Lärmsteigerung in den Maßstab der – derzeitigen – Ortsunüblichkeit einzubeziehen ist, ist zu billigen. →

5. Fragwürdig ist mE jedoch der Standpunkt, dass eine Gesundheitsbeeinträchtigung, die offenbar eher zu Abwehrensprüchen berechtigt, nur dann maßgeblich sein soll, wenn der **Eigentümer selbst die Liegenschaft bewohnt**. Es klingt an, dass mangels eigenen Wohnsitzes bloß – schöne – Vermögensinteressen betroffen sind, die weniger berücksichtigungswürdig sind.

Der Rechtsschutz im Nachbarrecht soll mE von solchen Konstellationen nicht abhängen. Vielmehr ist der Eigentümer als „Treuhand der Gesundheitsinteressen“ der sich dort aufhaltenden Menschen anzusehen. Auf die **Höchstpersönlichkeit des Erduldens eines Nachteils** sollte es nicht ankommen.

Christian Huber, RWTH Aachen

ZVR 2011/11

§§ 45 ff VStG;
§ 1 AHG

OLG Linz
9. 2. 2010,
4 R 20/10 d
(LG Salzburg
18. 11. 2009,
12 Cg 52/09 h)

⇒ Amtshaftungsanspruch aus rechtswidrig erlassener Verwaltungsstrafverfügung

§§ 45 ff VStG; § 1 AHG

Die Erlassung einer Strafverfügung nach § 47 Abs 1 VStG setzt einen Tatverdacht gegen eine bestimmte Person voraus. Aus der bloßen Haltereigenschaft allein kann nicht geschlossen werden, dass diese das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt am Tatort gelenkt

und die angelastete Verwaltungsübertretung begangen hat. Eine trotzdem erlassene Strafverfügung ohne konkrete weitere Verdachtsmomente ist daher rechtswidrig und unvertretbar und begründet Amtshaftungsansprüche.

Sachverhalt:

[Ausgangslage]

Am 14. 2. 2007 fuhr N mit einem von der Kl gehaltenen Pkw auf der [...] Landesstraße. Er überschritt die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h bei Straßen-

km [...] um zumindest 34 km/h. In der Folge erließ die BH X am 20. 2. 2007 eine Strafverfügung gegen die Kl. Der KV erhob dagegen namens der Kl Einspruch und übermittelte der Behörde nach entsprechender Aufforderung die Lenkerauskunft, dass zum Tatzeitpunkt N das Fahrzeug gelenkt habe. Das Verwaltungsstrafverfahren wurde dann gegen N fortgesetzt. Nach dessen rk Abschluss beantragte der KV mit Eingabe v 30. 5. 2008 die

Einstellung des gegen die Kl geführten Verwaltungsstrafverfahrens. Mit Schreiben v 3. 6. 2008 wurde ihr mitgeteilt, dass das gegen sie anhängige Verwaltungsstrafverfahren gem § 45 Abs 1 VStG eingestellt wurde.

[Klagebegehren]

Mit der Behauptung, die Einleitung und Fortsetzung des Verwaltungsstrafverfahrens gegen sie sei unvertretbar und rechtswidrig gewesen, beehrte die Kl aus dem Titel der Amtshaftung den Ersatz von € 400,70 Vertretungskosten, die sie zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustands habe aufwenden müssen.

Die Bekl brachte dagegen vor, dass die Strafverfügung gegen die Kl im vereinfachten Verfahren ergangen sei und ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln von Organen der Bekl nicht vorliege. Überdies wäre das Einschreiten eines RA nicht erforderlich gewesen.

[ErstU]

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das OLG gab der Ber der Kl tw Folge und sprach der Kl € 20,35 sA unter Abweisung des Mehrbegehrens von € 380,35 sA zu.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Voraussetzung für Strafverfügung]

Gem § 47 Abs 1 VStG kann die Behörde, wenn eine Verwaltungsübertretung von einem Gericht, einer Verwal-

tungsbehörde, einem Organ der öffentlichen Aufsicht oder einer Militärwache aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung oder eines vor ihnen abgelegten Geständnisses angezeigt oder wenn das strafbare Verhalten aufgrund automatischer Überwachung festgestellt wird, ohne weiteres Verfahren durch Strafverfügung eine Geldstrafe bis zu € 365,- festsetzen. In der Strafverfügung müssen gem § 48 Abs 1 VStG ua der Vor- und Familienname sowie der Wohnort des Besch angegeben sein. Besch ist gem § 32 Abs 1 VStG die im Verdacht einer Verwaltungsübertretung stehende Person.

Die Strafverfügung ist daher an jene bestimmte Person zu richten, die im Verdacht steht, die Verwaltungsübertretung begangen zu haben (*Walter/Thienel, Die österr. Verwaltungsverfahrensgesetze*² § 47 VStG Anm 11). Nur im Fall der Erlassung einer Anonymverfügung nach § 49 a VStG kann die Behörde von der Ausforschung des unbekanntenen Beschuldigten vorerst Abstand nehmen. Die Erlassung einer Strafverfügung nach § 47 Abs 1 VStG setzt demgegenüber – wie die Gegenüberstellung von § 48 und § 49 a VStG zeigt – einen Tatverdacht gegen eine bestimmte Person voraus.

[Nur beschränkter Tatverdacht]

Die Anzeige der Polizeiinspektion, aufgrund derer die Strafverfügung erlassen wurde, beruhte zwar auf der dienstlichen Wahrnehmung eines Organs der öff Aufsicht. Der darauf beruhende Tatverdacht beschränkte sich aber auf die Tatsache, dass mit dem auf die Kl zugelassenen Fahrzeug zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten worden war. Wer das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt gelenkt hat, ging weder aus der dienstlichen Wahrnehmung des Organs noch aus einer automatischen Überwachung hervor. Allein aus ihrer Haltereigenschaft konnte aber nicht geschlossen werden, dass die Kl das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt am Tatort gelenkt und die Verwaltungsübertretung begangen habe, zumal es in der Anzeige unter „weitere Beschreibung der Tat“ heißt: „Der oben angeführte Lenker [...]“.

[Rechtswidrige Strafverfügung]

Die BH hätte daher entweder nur eine Anonymverfügung gem § 49 a VStG erlassen dürfen oder vor Erlas-