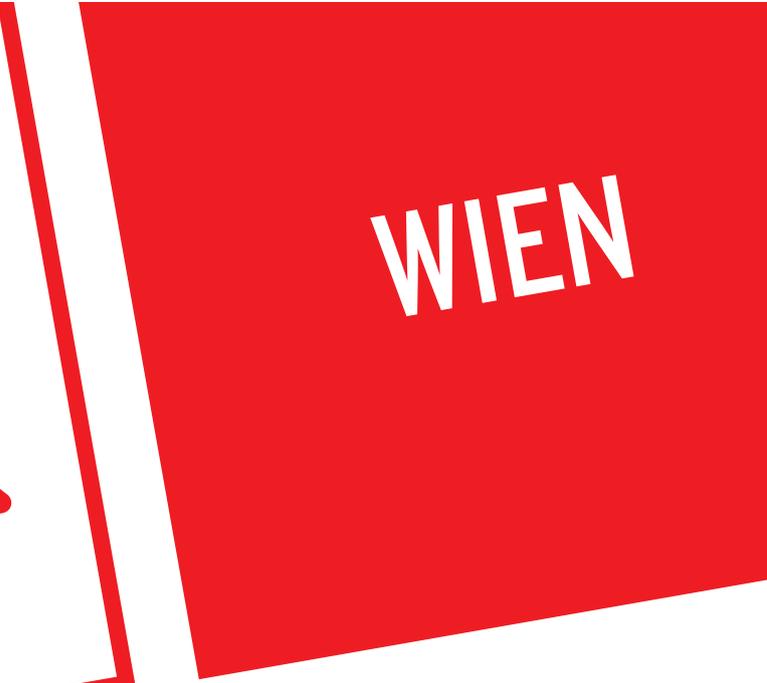




**AK**



**WIEN**

# PROBLEME MIT DEN NACHBARN, WAS TUN?

Auflage Juli 2021  
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien



**GERECHTIGKEIT MUSS SEIN**

# **PROBLEME MIT DEN NACHBARN, WAS TUN?**

AK-Wien, Juli 2021

## INHALTSVERZEICHNIS

I. Einleitung .....	4
II. Störung des Besitzes .....	4
III. Abwehr von Eingriffen in das Eigentum .....	6
Das Eigentumsrecht .....	6
Der Schutz des Eigentums .....	7
a) Die eigentliche Eigentumsklage (§ 366 ABGB) .....	7
b) Die Eigentumsfreiheitsklage (§ 523 ABGB) .....	7
IV. Besondere Vorschriften zum Nachbarrecht .....	9
Unterlassungsklage nach § 364 ABGB .....	9
1. Beeinträchtigungen durch Lärm .....	10
1.1. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften .....	11
a) Landesgesetzliche Regelungen .....	11
b) Verordnungen der Gemeinden .....	11
c) Das allgemeine (in ganz Österreich geltende) Strafrecht .....	13
1.2. Die zivilrechtlichen Vorschriften zur Abwehr von Lärmbeeinträchtigungen .....	13
a) Nachbarrecht .....	13
b) Lärmerregung als Kündigungsgrund nach dem Mietrechtsgesetz .....	14
c) Lärmerregung als Grund, einen Wohnungseigentümer aus der Eigentümergeinschaft auszuschließen .....	14
2. Beeinträchtigungen durch Musikinstrumente, die der Nachbar spielt .....	15
3. Beeinträchtigungen durch Hunde des Nachbarn .....	17
4. Beeinträchtigungen durch Katzen des Nachbarn .....	19
5. Beeinträchtigungen durch eine Lichtquelle auf dem Nachbargrund .....	20
6. Beeinträchtigungen durch Betriebe in der Nachbarschaft .....	22
V. Beeinträchtigungen durch Bäume und Sträucher des Nachbarn .....	23
1. Überhängende Äste .....	23

2. Übermäßiger Schattenwurf durch fremde Pflanzen .....	24
3. Andere Beeinträchtigungen durch fremde Gewächse .....	26
VI. Beeinträchtigungen durch Bauten des Nachbarn.....	26
Übermäßiger Schattenwurf durch Bauwerke auf dem Nachbargrund.....	27
VII. Grenzeinrichtungen zwischen benachbarten Liegenschaften.....	27
VIII. Beschimpfungen durch Nachbarn .....	27
IX. Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Störungen zu schützen .....	28
X. Anhang .....	29
1. Buchtipp .....	29
2. Gesetzestexte .....	29
a) Auszüge aus Landesgesetzen .....	29
b) Auszüge aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB).....	31
3. Entscheidungen des OGH im Volltext.....	32
a) Urteil zur Beeinträchtigung durch Klavierspielen.....	32
b) Urteil zu Beeinträchtigungen durch Hundegebell .....	42
c) Urteile zu Beeinträchtigungen durch Katzen .....	49
d) Urteil zur Beeinträchtigung durch einen Betrieb.....	55
e) Urteil zu Beeinträchtigung durch nächtliches Duschen .....	61
f) Urteil zu übermäßigem Schattenwurf (Entzug des Lichts) durch Nachbarbäume .....	63
g) Urteil zu Beeinträchtigung durch Zigarrenrauch des Nachbarn .....	66

# I. Einleitung

Es gibt viele Gründe, die zum Streit zwischen Nachbarn führen können.

Als wohl massivste Beeinträchtigung wird empfunden, wenn der Nachbar (oder auch ein völlig Fremder) die Grenzen des Eigentums oder des Besitzes nicht respektiert. Natürlich muss man es nicht dulden, dass fremde Autos am eigenen Grundstück parken. Jeder kann sich auch dagegen wehren, wenn sein Grundstück vom Nachbarn oder anderen Personen widerrechtlich benützt wird; sei es dass diese darauf fahren oder gehen oder der Nachbar auf dem für ihn fremden Grund seinen Mist oder auch andere Gegenstände lagert.

Die meisten Beschwerden über Nachbarn richten sich aber gegen Beeinträchtigungen durch Lärm, zB durch das Klavierspielen des Nachbarn oder seine laute Stereoanlage. Auch Tiere sorgen sehr oft für Konflikte, zB ein bellender Hund, der die Nachtruhe stört, oder die Nachbarskatze, die ihren Kot in den Gärten der angrenzenden Häuser hinterlässt.

Manchmal liegt eine Beeinträchtigung in Bäumen und Sträuchern des Nachbarn, die unerwünschten Schatten im eigenen Garten werfen oder deren Äste über den eigenen Grund hängen.

Das Beste bei Konflikten mit Nachbarn ist natürlich, wenn man sich mit ihnen aussprechen kann und **gemeinsam eine Lösung** findet. Sinnvoll ist es auch, sich über die Rechtslage zu informieren. Ansprechstelle dafür sind neben Rechtsanwälten auch rechtlich geschulte Personen an den Bezirksgerichten, die am Amtstag - jeweils ein (Halb-) Tag in der Woche – für unentgeltliche Rechtsauskünfte zur Verfügung stehen. Aber auch das örtliche Gemeindeamt und die Bezirkshauptmannschaft (bzw das Magistrat) sowie die Sicherheitsbehörden (Polizei) können Ansprechpartner bei Nachbarschaftskonflikten sein.

# II. Störung des Besitzes

Der Besitz ist nach dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) so definiert: Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Man kann aber auch Besitzer von „unkörperlichen“ Sachen sein, zB der Besitzer von Rechten. Solche besitzfähigen Rechte, die für eine dauernde Ausübung geeignet sind, sind zB Miet- oder Pachtrechte.

Daher ist **auch der Mieter einer Wohnung**, eines Geschäftsraumes oder eines Parkplatzes **als Besitzer anzusehen**.

Weitere besitzfähige Rechte, die für eine dauernde Ausübung geeignet sind, sind „Dienstbarkeiten“. Eine „**Dienstbarkeit**“ (auch „**Servitut**“ genannt) ist ein (beschränktes) Nutzungsrecht an einer fremden Sache. Die wichtigste Dienstbarkeit (vor allem im ländlichen Gebiet) ist das Wegerecht, also das Recht, über ein fremdes Grundstück zu gehen und/oder zu fahren. Weitere Dienstbarkeiten sind etwa das Wohnrecht und das Fruchtgenussrecht. Grundlage eines solchen Rechts ist in der Regel ein Ver-

trag zwischen dem Eigentümer des Grundstückes und der Person, die dann zur Ausübung der Servitut berechtigt ist. Auch dieser Servitutsberechtigte ist Besitzer.

Das wichtigste Schutzinstrument für einen Besitzer stellt der gerichtliche Besitzschutz (§ 339 ABGB) dar: „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören.“ Das Gesetz schützt damit den Besitz(er) gegen jeden eigenmächtigen tatsächlichen Angriff einer anderen Person. Der Besitzschutz wirkt sozusagen gegen die private Gewalt. Der Besitzer ist damit sogar gegen einen eigenmächtigen Eingriff des Eigentümers geschützt.

Dieser Schutz wird in einem besonders ausgestalteten und sehr raschen Verfahren verwirklicht, dem so genannten **Besitzstörungsverfahren**, für das es Sonderbestimmungen im Gesetz gibt. Wenn jemand einen anderen auf Unterlassung der Besitzstörung klagt, muss der Kläger nur seinen bisherigen Besitz und die Verletzung des Besitzrechts durch den Beklagten beweisen.

Je nachdem, ob der Besitz gestört oder sogar entzogen wird, spricht man von Besitzstörungsklage oder Besitzentziehungsklage.

Die Klage ist binnen 30 Tagen ab Kenntnis der Besitzstörung (oder der Besitzentziehung) und Kenntnis der Person, die den Besitz stört bzw entzieht, einzubringen. Die Besitzstörungsklage ist auf **Wiederherstellung des vorigen Zustandes** und – sofern Wiederholungsfahr besteht - auf die Untersagung künftiger Eingriffe gerichtet. Im Besitzstörungsverfahren wird nur erörtert, ob der Kläger den so genannten ruhigen Besitz hatte und ob der Beklagte den Besitz gestört hat.

**Beispiel:** Herr Schranz hat eine Wohnung und einen Autoabstellplatz in einer Wohnungseigentumsanlage gemietet. Nach einiger Zeit stellen aber Wohnungseigentümer, manchmal sogar sein Vermieter, und auch andere Mieter ihre PKWs immer wieder auf dem von Herrn Schranz gemieteten Abstellplatz ab, sodass dieser seinen PKW mehrere Straßen weiter parken muss. Gegen alle Personen (auch gegen seinen Vermieter, also gegen den Eigentümer des Parkplatzes) kann Herr Schranz mittel Besitzstörungsklage vorgehen.

Im Besitzstörungsverfahren wird übrigens nicht geprüft, ob die im Besitz gestörte Person überhaupt ein Recht zum Besitz hatte. Das hat seinen Grund darin, dass das Gesetz schnelle Abhilfe gewähren will und daher komplizierte Beweisführungen ausschließen möchte. Einziges Ziel des Besitzstörungsverfahrens ist die Wiederherstellung des „ruhigen Besitzstandes“. Der Besitzschutz wird in der Regel auch dem unrechtmäßigen und unredlichen Besitzer gewährt, weil der wirklich Berechtigte den Klagegegner hätte wählen sollen.

**Beispiel:** Herr Huber vermietet seine Eigentumswohnung mit einem befristeten Vertrag an Frau Maier. Der befristete Mietvertrag läuft gemäß der Mietvereinbarung am 31.10. ab. Frau Maier zieht aber zum vereinbarten Termin aus der Wohnung nicht aus und stellt die Wohnung – entgegen der Vereinbarung im Mietvertrag - nicht an Herrn Huber zurück. Als Frau Maier die Zeit vom 5.11. bis 8.11. bei ihren Eltern verbringt, lässt Herr Huber die Tür zur Wohnung durch einen Schlosser öffnen und räumt eigenmächtig die Wohnung leer. Zusätzlich tauscht er das Schloss aus. Als Frau Maier am 9.11. vor der versperrten Tür steht, bringt sie sofort eine Besitzstörungsklage gegen Herrn Huber ein. Frau Maier wird Recht gegeben. Herr Huber muss den vorherigen Zustand wiederherstellen, die Wohnung für Frau Maier öffnen und ihr die Mö-

bel in die Wohnung zurückstellen. Das Gericht prüft nur, ob Frau Maier vorher einen ruhigen Besitz hatte, was ja tatsächlich so war. Im Besitzstörungsverfahren wird nicht geprüft, ob der Mietvertrag von Frau Maier schon abgelaufen war und sie widerrechtlich die Wohnung nicht geräumt hat. Herr Huber ist darauf zu verweisen, gegen Frau Maier eine Räumungsklage einzubringen (weil diese ja trotz Ablauf des Mietvertrages weiter die Wohnung benützt).

Auch Eigentümer, denen noch andere Mittel zur Verfügung stehen, Störungen in ihrem Eigentum abzuwehren, wählen wegen des schnellen Verfahrensablaufes oft die Besitzstörungsklage.

### III. Abwehr von Eingriffen in das Eigentum

Zuerst noch ein paar grundsätzliche Bemerkungen zum Eigentum an sich.

#### *Das Eigentumsrecht*

Als Eigentum bezeichnet man häufig die Sachen selbst. So definiert § 353 ABGB das Eigentum im objektiven Sinn: Alles was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigentum.

Der Begriff des Eigentums wird aber auch im Sinn von Eigentumsrecht verwendet: Als ein Recht betrachtet ist Eigentum die Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen (Eigentum im subjektiven Sinn). Ein Eigentümer darf die Sachen beliebig gebrauchen oder zerstören; er darf über sie auch rechtsgeschäftlich verfügen, sie also verkaufen, verpfänden oder vererben.

Nach dieser Definition ist das Eigentumsrecht eigentlich ein ganz unbeschränktes, gegen jedermann geschütztes Recht an einer Sache. Jedoch darf man nicht übersehen, dass jeder Eigentümer Mitglied der Gesellschaft ist. Entsprechend der allgemeinen Wertungen der Gesellschaft, die ja in den Gesetzen zum Ausdruck kommen, gehen manchmal die Interessen der Allgemeinheit den Interessen einzelner Personen vor.

Eine schrankenlose Ausübung des Eigentumsrechtes würde in vielen Fällen wohl auch zur Beeinträchtigungen anderer Eigentumsrechte führen. Vor allem beim Grundeigentum gibt es starke Beschränkungen des Eigentumsrechtes. So darf etwa der Eigentümer eines Grundstückes nicht eine Baugrube auf seinem Grundstück so ausheben, dass das Nachbarhaus einstürzt.

Allgemein kann man sagen, dass das **Eigentumsrecht nur so ausgeübt werden darf, dass dadurch weder in die Rechte eines Dritten eingegriffen wird noch in gewisse allgemeine Interessen.**

## ***Der Schutz des Eigentums***

### **a) Die eigentliche Eigentumsklage (§ 366 ABGB)**

Diese Klage ist eine Klage des nicht (mehr) besitzenden Eigentümers gegen den Inhaber (Besitzer) auf **Herausgabe der Sache**.

Beispielsweise wäre das die Klage des Eigentümers eines Pkw gegen den Dieb, der ihm das Auto gestohlen hat. Dieser Dieb ist ja – da er die Sachherrschaft über das Auto hat – als Besitzer anzusehen, natürlich ist er aber nicht der Eigentümer.

Der Eigentümer dringt mit seiner Eigentumsklage (Klage auf Herausgabe der Sache) aber dann nicht durch, wenn der Beklagte ein Recht zum Besitz (zur Innehabung) hat. Beispielsweise kann der Eigentümer einer Wohnung gegen seinen Mieter nicht die Herausgabe der Wohnung verlangen, wenn der Mietvertrag noch aufrecht ist.

### **b) Die Eigentumsfreiheitsklage (§ 523 ABGB)**

Meist muss man sich als Eigentümer nicht deshalb wehren, weil einem sein Eigentum weggenommen wurde; viel öfter kommt es vor, dass ein Eigentümer in seinem Eigentumsrecht „nur“ gestört wird.

Die so genannte **Eigentumsfreiheitsklage** (§ 523 ABGB) ist die Klage des besitzenden Eigentümers gerichtet auf die **Abwehr von Störungen**. Bei dieser Klage begehrt der Eigentümer die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes und oft auch die Unterlassung weiterer Störungen. Damit kann man sich zB dagegen wehren, dass das eigene Grundstück von einer anderen Person, zB vom Nachbarn, widerrechtlich (zB zum Lagern von Gegenständen oder zum Durchfahren) benützt wird.

Besonders häufig kommen derartige Sachverhalte (Störungen des Eigentums) bei Liegenschaften vor, die im Miteigentum mehrerer Personen stehen. Auf einer **Liegenschaft, die im Eigentum mehrerer Personen steht**, ist die Grenze zwischen den jeweiligen Rechten der verschiedenen Miteigentümer oft schwierig zu ziehen; auch ist auf einer derartigen Liegenschaft die Hemmschwelle geringer, sich mehr Rechte anzumaßen, als man hat.

Praktische Beispiele für derartige Liegenschaften sind **Häuser oder Anlagen mit mehreren Eigentumswohnungen**. Die Liegenschaft (das Grundstück) steht dabei im Miteigentum aller Wohnungseigentümer und bestimmte Wohnungseigentumsobjekte (zB Wohnungen, Geschäftsräume, Garagen, Autoabstellplätze) sind bestimmten Wohnungseigentümern zur alleinigen Nutzung zugewiesen. Zusätzlich gibt es aber auch Räume und Flächen (**allgemeine Teile der Liegenschaft**), die allen Miteigentümern zur Nutzung zur Verfügung stehen.

Nutzt ein Wohnungseigentümer widerrechtlich das Wohnungseigentumsobjekt eines Nachbarn, kann er von dem Wohnungseigentümer, dessen Eigentumsrecht er stört, mit der Eigentumsfreiheitsklage belangt werden.

Auch wenn ein Wohnungseigentümer **allgemeine Teile der Liegenschaft** mehr nutzt, als es ihm zusteht, kann er von jedem anderen Wohnungseigentümer (ein einzelner genügt!) mit der Eigentumsfreiheitsklage belangt werden.

Den Wohnungseigentümern steht an sämtlichen Liegenschaftsteilen, die der allgemeinen Benützung dienen, zwar auch ein **Gebrauchsrecht** zu, das aber durch den Mitgebrauch der übrigen Wohnungseigentümer **eingeschränkt** ist. In einer Wohnungseigentumsanlage kann also ein Wohnungs- bzw Miteigentümer von auch nur einem andere Wohnungs- bzw Miteigentümer geklagt werden, wenn er widerrechtlich ins allgemeine Miteigentum eingreift. Solche Fälle kommen durchaus öfter vor.

**Beispiel 1:** Der Oberste Gerichtshof (OGH) hatte in einem Fall zu entscheiden, in dem ein Wohnungseigentümer Klimageräte in seiner Wohnung aufgestellt hatte und das dazugehörige Kühlaggregat in der allgemeinen Waschküche. Das Aufstellen des Kühlaggregates in der allgemeinen Waschküche veranlasste nun einen anderen Wohnungseigentümer, den betreffenden Wohnungseigentümer im Wege der Eigentumsfreiheitsklage nach § 523 ABGB auf Entfernung des Kühlaggregates aus der Waschküche zu klagen. Die Waschküche war ja unstrittig ein allgemeiner Teil der Liegenschaft. Zur Abwehr des Entfernungsanspruches hätte der Beklagte nachweisen müssen, aufgrund einer Benützungsvereinbarung zur Sondernutzung der Waschküche und zum Aufstellen des Kühlaggregates berechtigt zu sein. Da der Beklagte dazu nichts vorbrachte, war die Annahme einer rechtswidrigen Störungshandlung völlig konsequent und der betreffende Wohnungseigentümer wurde zur Entfernung des Kühlaggregates aus der allgemeinen Waschküche verurteilt.

**Beispiel 2:** Den Wohnungseigentümern steht an sämtlichen der allgemeinen Benützung dienenden Liegenschaftsteilen ein Gebrauchsrecht zu, welches durch den Mitgebrauch der übrigen Wohnungseigentümer eingeschränkt ist. Es sind daher auch alle Wohnungseigentümer berechtigt, den Hausgang, der nach der Verkehrsübung zum Erreichen der einzelnen Eigentumswohnungen bestimmt ist, zu benützen. Stellt aber ein Wohnungseigentümer (vor einer Ordination) eine Bank auf dem Hausgang auf, maßt er sich ein ihm nicht zustehendes Alleingebrauchsrecht an einem Teil des vorerwähnten Ganges an und greift dadurch in das Miteigentum der übrigen Wohnungseigentümer ein. Ohne Bedeutung ist dabei, ob dieser Teil des Ganges in der Regel von den anderen Wohnungseigentümern betreten wird. Vielmehr stellt das Aufstellen der Bank auf einem der allgemeinen Benützung dienenden Liegenschaftsteil eine wichtige Veränderung eines zur gemeinsamen Benützung dienenden Liegenschaftsteiles dar. Dazu ist die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich oder aber eine Genehmigung des Gerichtes, das die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer ersetzen könnte. Mangels einer derartigen Zustimmung oder Genehmigung erfolgte der Eingriff in das gemeinsame Eigentum der übrigen Mit- und Wohnungseigentümer eigenmächtig. Ein derartiger Eingriff in das Miteigentum der Wohnungseigentümer an den der gemeinsamen Benützung dienenden Liegenschaftsteilen kann auch von einem einzigen Miteigentümer mit der Eigentumsfreiheitsklage abgewehrt werden (OGH 05.07.1979, 7 Ob 659/79).

Auch gegen einen hausfremden Dritten, der das (Mit-)Eigentumsrecht stört, steht jedem einzelnen Wohnungseigentümer ein Abwehranspruch zu. Befindet sich zB auf einer Wohnungseigentumsliegenschaft ein allgemeiner Autoabstellplatz, der allen Wohnungseigentümern zum Abstellen ihrer PKWs dient und wird dieser widerrechtlich von einem hausfremden Dritten (zB von einem Bewohner einer

benachbarten Liegenschaft) zum Abstellen seines PKW verwendet, könnte auch nur ein einzelner Wohnungseigentümer gegen den Störer mit der Eigentumsfreiheitsklage vorgehen.

## IV. Besondere Vorschriften zum Nachbarrecht

Die rechtlichen Vorschriften, die in ihrer Gesamtheit das so genannte Nachbarrecht regeln, sind nicht sehr zahlreich und sehr allgemein gehalten. Wie eine Gesetzesbestimmung anzuwenden ist, entscheidet daher im konkreten Einzelfall die Rechtsprechung.

Als Nachbarn gelten dabei nicht nur die Eigentümer unmittelbar aneinandergrenzender Grundstücke. Es sind auch alle diejenigen als Nachbarn zu verstehen, die im Einflussbereich einer Liegenschaft leben. Damit gelten auch etwas weiter entfernte Grundstücksbesitzer als Nachbarn.

### ***Unterlassungsklage nach § 364 ABGB***

Eine zentrale Rolle bei den Gesetzesbestimmungen zum Nachbarrecht kommt § 364 ABGB zu. **Die Eigentümer benachbarter Grundstücke haben bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.** Schon mit diesem Einleitungssatz wird verdeutlicht, dass der prinzipielle Grundsatz, man könne mit seinem Eigentum nach Willkür verfahren, eingeschränkt ist.

**Einwirkungen, die von einem Nachbargrundstück ausgehen**, werden mit dem Fachausdruck als „**Immissionen**“ bezeichnet.

Nach § 364 ABGB ist es **jedenfalls unzulässig, auf den Nachbargrund direkt einzuwirken** und zB feste Stoffe auf den Nachbargrund zu werfen oder zu leiten. Unmittelbare Einwirkungen, wie zB Wasser, das von der Dachrinne des einen Nachbarn auf die Hausmauer des anderen rinnt, und auch das Eindringen fester Körper größeren Umfangs, wie etwa Bälle oder Steine, sind auf alle Fälle nicht erlaubt. Auch die Ableitung von Niederschlagswasser durch Rohre oder künstliche Gräben auf den Nachbargrund ist jedenfalls unzulässig.

Weiters **kann der Eigentümer eines Grundstückes dem Nachbarn gemäß § 364 ABGB auch indirekte Einwirkungen untersagen**. Dabei handelt es sich um **Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Lärm, Erschütterung und ähnliches**.

**Achtung! Die nachbarrechtlichen Vorschriften gelten nicht nur für Grundstücke sondern sinngemäß auch für Wohnungen. Weiters gelten sie nicht nur für Nachbarn, die Eigentümer eines Grundstückes oder einer Wohnung sind, sondern auch für Mieter einer Wohnung/eines Grundstückes.**

Fühlt man sich durch eine vom Nachbargrund oder der Nachbarwohnung ausgehende Immission beeinträchtigt, kann man **den Nachbarn auf Unterlassung dieser Einwirkung klagen**.

Die Untersagung der oben genannten Einwirkungen – und damit ein erfolgreicher Prozessausgang – ist aber nur dann möglich, **wenn die Einwirkungen** des Nachbarn

- **das** nach den örtlichen Verhältnissen **gewöhnliche Maß überschreiten** UND

- **die ortsübliche Benutzung** des eigenen Grundstückes **wesentlich beeinträchtigen**.

Da diese beiden Kriterien gemeinsam vorliegen müssen, sind

- a) nur ortsübliche Beeinträchtigungen, auch wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen, und
- b) ortsunübliche Beeinträchtigungen, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstückes aber nicht wesentlich beeinträchtigen,

zu dulden.

Das Untersagungsrecht besteht also nur dann, wenn die Einflüsse einerseits das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigen und zugleich die ortsübliche Benutzung dieser Liegenschaft wesentlich beeinträchtigen. Dabei sind die örtlichen Verhältnisse in beiden Belangen zu beachten.

**Grundsätzlich hat jeder die von einer verkehrsüblichen Nutzung des Nachbarobjektes ausgehenden ortsüblichen Immissionen zu dulden.**

Bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit ist ein weiträumiger Beurteilungsmaßstab anzulegen; es geht dabei um Gebiets- bzw. Stadtteile ("Viertel") mit annähernd gleichen Lebens- und Umweltbedingungen.

**Beispiel:** Die von einem Misthaufen des Nachbarn ausgehende Geruchsbelästigung wird im dörflichen Gebiet wohl als ortsübliche Beeinträchtigungen zu werten sein, weil Misthaufen in solchen Gebieten üblich sind. Gegen eine übliche Geruchsbelästigung wird man mit einer Unterlassungsklage nach § 364 ABGB wohl nicht erfolgreich sein. Wenn allerdings der konkrete Misthaufen des Nachbarn (beispielsweise weil er dort Tierkadaver entsorgt) eine stärkere Geruchsbelästigung mit sich bringt, als sie bei den Misthaufen in der Umgebung üblich ist (weil man auch in dörflichen Gebieten üblicherweise den Misthaufen nicht dazu verwendet, Tierkadaver zu entsorgen), kann man mit einer Unterlassungsklage nach § 364 ABGB doch erfolgreich sein.

## **1. Beeinträchtigungen durch Lärm**

Zum Problem der Lärmbeeinträchtigung gibt es einerseits **öffentlich-rechtliche Vorschriften**. Dabei genügt es, einen Sachverhalt bei den **(Sicherheits-)Behörden** anzuzeigen, damit diese tätig werden und allenfalls eine Strafe gegen den Störer verhängen.

Andererseits gibt es die schon erwähnten **zivilrechtliche Vorschrift des § 364 ABGB**. Dabei hat der/die durch Lärm Gestörte die Möglichkeit, den Störer/die Störerin mittels einer **Klage bei Gericht** zur Unterlassung/Beseitigung der Störung verurteilen zu lassen.

## 1.1. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften

### a) Landesgesetzliche Regelungen

In allen Bundesländern existieren landesgesetzliche **Vorschriften** (Landessicherheitsgesetz, Landes-Polizeistrafgesetz), **welche "die Erregung störenden Lärms in ungebührlicher Weise" verbieten.**

Wer dennoch ungebührlicherweise störenden Lärm erregt, begeht eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe (wenn sie nicht bezahlt wird, sogar mit einer Haftstrafe) bestraft werden.

Neben Vorschriften gegen die Erregung störenden Lärms enthalten diese Landesgesetze (je nach Bundesland unterschiedlich) oft auch Regelungen, die **anstößiges Verhalten, Verletzungen des öffentlichen Anstandes und Ehrenkränkungen anderer Personen** verbieten. Weiters sind oft auch **Bettelei, Prostitution und sogar das Halten von (gefährlichen) Tieren** generell untersagt oder nur unter bestimmten Auflagen gestattet. Auch Verstöße gegen diese Vorschriften sind Verwaltungsübertretungen, die mit einer Geldstrafe geahndet werden.

Zurück zu Beeinträchtigungen durch Lärm:

Viele Menschen glauben, es reicht aus, die Ruhezeit zwischen 22 Uhr abends und 6 Uhr früh einzuhalten. Aber auch außerhalb dieser Zeiten darf kein störender Lärm in ungebührlicher Weise erregt werden.

Im Übrigen gibt es nicht einmal in den angesprochenen Landesgesetzen (Landessicherheitsgesetz, Landes-Polizeistrafgesetz) ausdrückliche Regelungen über diese Ruhezeiten bzw genaue Definitionen, was unter Erregung störenden Lärms in ungebührlicher Weise zu verstehen ist.

In der Praxis entscheidet das zu Hilfe gerufene Sicherheitsorgan (Polizist), ob eine Lärmerregung störend und ungebührlich ist.

**Der Verwaltungsgerichtshof beurteilt störenden Lärm dann als ungebührlich, wenn "ein Tun oder Unterlassen gegen ein Verhalten verstößt, wie es im Zusammenleben mit anderen Menschen verlangt werden kann."**

### b) Verordnungen der Gemeinden

In vielen Gemeinden Österreichs gibt es auch **ortspolizeiliche Vorschriften**, welche bestimmte Lärmbeeinträchtigungen verbieten.

Meist sind (nur) in diesen **je nach Gemeinde unterschiedlichen Verordnungen** Ruhezeiten angeführt.

Die Gemeinden können zB örtliche oder zeitliche Beschränkungen für die Verwendung oder den Betrieb von

- Garten- oder sonstigen Arbeitsgeräten
- Rundfunk- und Fernsehgeräten
- Modellflugkörpern

- Kraftfahrzeugen auf Grundflächen, soweit es sich nicht um Straßen mit öffentlichem Verkehr handelt
- Jauchen-, Klär- und Sickergruben

vorsehen. Weiters könnten Gemeinden auch Beschränkungen für das Verbrennen von geruchsintensiven Stoffen vorsehen.

Als Beispiel zu einer derartigen ortspolizeilichen Verordnung sei angeführt, dass es viele Gemeinden gibt, in denen zB das Rasenmähen mit einem Motorrasenmäher zu bestimmten Zeiten verboten ist.

**TIPP:** Erkundigen sie sich bei Ihrem Gemeindeamt bzw bei der Bezirkshauptmannschaft, welche Vorschriften in Ihrer Gemeinde/Ihrem Bundesland gelten.

**Beispiele für verhängte Verwaltungsstrafen** wegen ungebührlicher Lärmerregung:

- Betreiben einer Waschmaschine (lautes Schleudern) nach 22 Uhr
- Lautes Radiospielen um 6 Uhr früh
- Das laute Rufen des Wortes "Arschloch" im Stiegenhaus eines Mehrparteienwohnhauses
- Alleinlassen eines über einen längeren Zeitraum bellenden Hundes in einer Wohnung.
- Ebenso riskiert man eine Strafe, wenn man spät nachts mit einem "Bauchfleck" in seinen Swimmingpool springt und den Nachbarn aus dem Schlaf reißt.

Eine Lärmerregung kann auch als ungebührlich eingestuft werden, wenn sie zu normaler Tageszeit (zB um 17.00 Uhr) erfolgt. Zu den üblichen Ruhezeiten (zwischen 12.00 und 15.00 Uhr, in den Nachtstunden von 20.00 bis 6.00 Uhr, Samstag ab 17.00 Uhr, Sonntag ganztägig) ist aber ein strengerer Maßstab anzulegen.

Auch zu **Kinderlärm** gibt es Entscheidungen:

- Das typische Schreien von Säuglingen, aber auch der typische Lärm von Kleinkindern, wie etwa gelegentliches Herumlaufen in der Wohnung, ist nicht als ungebührlich zu beurteilen. Das gilt auch für gelegentliches Herumraufen von Klein- oder Schulkindern.
- ABER: Weil ein Achtjähriger gemeinsam mit seinem Bruder am Vormittag eine halbe Stunde ungehindert schrie und hüpfte und dadurch bei den Wohnungsnachbarn der Luster wackelte, die Türen schepperten und die Zimmerdecke vibrierte, wurde gegenüber ihrer Mutter eine Verwaltungsstrafe verhängt, die der Verwaltungsgerichtshof bestätigte. Der Verwaltungsgerichtshof hat noch angemerkt: "Es gibt durchaus Möglichkeiten, Kinder zur Rücksichtnahme gegenüber ihrer Umwelt mit rechtlich und pädagogisch unbedenklichen Mitteln zu erziehen."

### **Konkrete Schritte**

Fühlen Sie sich durch den Nachbarn gestört und bringt auch eine Aussprache keine Lösung des Konflikts, dann zeigen Sie den Sachverhalt den (Sicherheits-) Behörden (Polizei, Bezirkshauptmannschaft bzw Magistrat, Gemeindeamt) an.

Die Behörde kann dann - sollte das Verhalten als ungebührliche Lärmerregung und/oder als anstößiges Verhalten festgestellt werden – eine Verwaltungsstrafe aussprechen.

### **c) Das allgemeine (in ganz Österreich geltende) Strafrecht**

§ 181a Strafgesetzbuch: „Wer entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag Lärm in einem solchen Ausmaß oder unter solchen Umständen erzeugt, dass die Tat eine nachhaltige und schwere Beeinträchtigung des körperlichen Empfindens vieler Menschen nach sich zieht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagsätzen zu bestrafen.“

Wer also eine derart grobe und schwerwiegende Lärmbeeinträchtigung zu verantworten hat, kann auch durchaus bei der Staatsanwaltschaft angezeigt werden.

## **1.2. Die zivilrechtlichen Vorschriften zur Abwehr von Lärmbeeinträchtigungen**

### **a) Nachbarrecht**

Wie schon ausgeführt, kann der Eigentümer eines Grundstückes dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Lärm, Rauch, Geruch, und ähnliches gemäß § 364 ABGB untersagen. Dies aber nur dann, wenn die Einwirkungen

- das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und
- die ortsübliche Benutzung des betroffenen Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Grundstücke sondern sinngemäß auch für Wohnungen; weiters gilt dies nicht nur für Nachbarn, die Eigentümer eines Grundstückes bzw einer Liegenschaft oder Wohnung sind, sondern auch für Mieter.

**Immissionen (Einwirkungen) durch Lärm** können mit einer Klage nach § 364 Abs 2 ABGB dann untersagt werden, wenn der Lärm das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet UND die ortsübliche Benutzung des Grundstückes (der Wohnung) wesentlich beeinträchtigt.

Da diese beiden Kriterien gemeinsam vorliegen müssen, ist

- a) ortsüblicher Lärm, der die ortsübliche Nutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigt, und
- b) ortsunüblicher Lärm, der die ortsübliche Nutzung des Grundstückes nicht wesentlich beeinträchtigt,

zu dulden.

Lärmentwicklungen sind mittelbare Immissionen, die also nur insoweit verboten werden können, als sie das ortsübliche Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benützung wesentlich beeinträchtigen.

Bei der Frage der Ortsüblichkeit ist insbesondere auf die Lage des beeinträchtigten Grundstückes zu jenem, von dem die Störung ausgeht, sowie auf die Verhältnisse der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften abzustellen.

Zur Auslegung des Begriffes "örtlich" oder "ortsüblich" im Sinn des § 364 Abs 2 ABGB: „Der Betrieb von Buschenschenken in den Gebieten von Heiligenstadt, Nußdorf und Grinzing ist ortsüblich. Die Bewohner dieser Stadtteile können sich daher nicht durch den im Buschenschankbetrieb entstehen-

den Lärm beschwert erachten, soweit dieser nicht das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet.“

Grundsätzlich hat jeder die von einer verkehrsüblichen Nutzung des Nachbarobjektes ausgehenden Immissionen zu dulden.

Bei der Beurteilung, ob störender Lärm vorliegt, kommt es nicht bloß auf die Lautstärke an. Zu beachten ist auch, ob die Beeinträchtigung häufig und lang andauernd erfolgt, maßgeblich ist weiters auch die Tageszeit.

Es ist vor allem auch die Frequenz und die Beschaffenheit des jeweiligen Geräusches von Bedeutung. Bei der Beurteilung der Störungsintensität ist auf die Empfindlichkeit eines Durchschnittsmenschen abzustellen.

Bei Beantwortung der Frage, ob jemand in der ortsüblichen Benützung seiner Wohnung wesentlich beeinträchtigt wird, ist als Maßstab das Empfinden eines verständigen Durchschnittsbenützers dieser Wohnung anzulegen.

Nach den genannten Grundsätzen kann man gegen den Nachbarn Klage führen, dass er die Lärmeinwirkung zu unterlassen hat.

Dies unter der Voraussetzung, dass

- es sich nicht nur um die üblichen Geräusche handelt, die mit dem üblichen Gebrauch seiner Liegenschaft/Wohnung verbunden sind,
- der Lärm das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet, und
- der Lärm die ortsübliche Benutzung der eigenen Liegenschaft/Wohnung wesentlich beeinträchtigt.

### **b) Lärmerregung als Kündigungsgrund nach dem Mietrechtsgesetz**

Der Vermieter ist nach Maßgabe des § 30 Mietrechtsgesetz (MRG) zur gerichtlichen Kündigung eines Mietverhältnisses nur bei Vorliegen eines im Gesetz genannten Kündigungsgrundes berechtigt.

Einer der im Gesetz genannten Kündigungsgründe ist dann gegeben, wenn ein Mieter einen **erheblich nachteiligen Gebrauch** vom Mietgegenstand macht. Dieser Kündigungsgrund liegt zB dann vor, wenn der Mieter durch grob ungehöriges Verhalten den Mitbewohnern des Hauses das Zusammenleben verunmöglicht oder sehr erschwert.

Ein Mieter, der durch wiederholte ungebührliche Lärmerregung den anderen Bewohnern das Leben im Haus erschwert, muss also auch damit rechnen, dass er vom Vermieter aus diesem Grund erfolgreich gekündigt wird und er seine Wohnung verliert.

### **c) Lärmerregung als Grund, einen Wohnungseigentümer aus der Eigentümergemeinschaft auszuschließen**

Unter bestimmten in § 36 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) angeführten Bedingungen kann die **Mehrheit der übrigen Wohnungseigentümer eine Klage auf Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Eigentümerschaft einbringen.**

Gründe für eine Ausschlussklage sind zB, **wenn sich der Wohnungseigentümer oder seine Mitbewohner rücksichtslos, anstößig oder grob ungehörig gegenüber den übrigen Hausbewohnern oder Wohnungseigentümern verhalten.**

Der Wohnungseigentümer hat sich dabei auch das schädigende oder rücksichtslose, anstößige oder grob ungehörige Verhalten seines Ehegatten und aller anderen Personen, die sein Wohnungseigentumsobjekt mit seiner Zustimmung nutzen (zB seiner Mieter), zurechnen zu lassen. Dies dann, wenn er es unterlässt, die ihm mögliche Abhilfe zu schaffen.

**Fühlt sich nur ein Wohnungseigentümer** in seinen Interessen verletzt oder durch ein rücksichtsloses, anstößiges oder grob ungehöriges Verhalten **belästigt**, und kann er für eine Ausschlussklage keine Mehrheit finden, **so muss er den Belästiger vorerst auf Unterlassung klagen.** Wird der Unterlassungsklage durch das Urteil des Gerichtes stattgegeben und setzt der verurteilte Wohnungseigentümer trotz Vollstreckung des Urteils sein Verhalten beharrlich fort, kann der betroffene Wohnungseigentümer die Ausschlussklage auch allein einbringen.

Eine Ausschlussklage muss im Grundbuch angemerkt werden. Damit kann das über die Klage ergehende Urteil auch gegen einen Erwerber des Wohnungseigentumsobjektes durchgesetzt werden. Es soll ja nicht möglich sein, dass der mit Ausschluss bedrohte Wohnungseigentümer nach Einbringung der Klage in der Zwischenzeit sein Objekt an ein Familienmitglied oder an einen „Strohmann“ verkauft oder schenkt und dann weiter in der Wohnung wohnt.

Das bei der Ausschlussklage begehrte Urteil lautet, dass der Wohnungseigentümer aus der Eigentümergeinschaft ausgeschlossen werde. Der Ausgeschlossene bleibt aber bis zur tatsächlichen Veräußerung Wohnungseigentümer mit allen Rechten und Pflichten.

Ab drei Monaten nach Rechtskraft des Ausschlussurteils kann auf Antrag auch nur eines Wohnungseigentümers die **Zwangsversteigerung** des Wohnungseigentums des Ausgeschlossenen beantragt werden. Personen, die mit dem auszuschließenden Wohnungseigentümer durch ein familiäres oder wirtschaftliches Naheverhältnis verbunden sind, sind bei der Versteigerung vom Bieten ausgeschlossen.

## ***2. Beeinträchtigungen durch Musikinstrumente, die der Nachbar spielt***

- Maximal 2 Stunden tägliches Klavierspielen zumutbar

In einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1998 wurde eine Übungszeit von vier Stunden pro Tag als übliche Wohnungsbenützung qualifiziert, die den anderen Hausbewohnern zumutbar ist. In einer aktuelleren Entscheidung (7 Ob 286/03i) hat aber der OGH seine Meinung geändert und die **Ortsüblichkeit der Dauer von Klavierspiel im großstädtischen Raum mit maximal zwei Stunden festgelegt.**

Die gesetzlichen Grundlagen für den Unterlassungsanspruch des vom Klavierspiel gestörten Nachbarn finden sich im § 364 Abs 2 ABGB. Die Lärmbeeinträchtigungen können dann untersagt werden,

wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes/der Wohnung wesentlich beeinträchtigen.

Dabei sind die örtlichen Verhältnisse zu beachten. Die unzulässige Einwirkung wird demnach nach zwei Kriterien bestimmt.

1. Dadurch, dass die Störung nicht mehr ortsüblich ist und
2. dass die ortsübliche Benutzung des Nachbargrundstückes durch die Einwirkung wesentlich beeinträchtigt wird.

Diese beiden Kriterien müssen beide gemeinsam vorliegen. Nach allgemeiner Erfahrung – anders als etwa Schlagzeug, Trompete und andere Blechblasinstrumente, bei denen wegen ihrer besonderen Lautstärke grundsätzlich in Proberäumen geübt wird – wird gerade das Klavierspiel (ebenso wie die Blockflöte und Ziehharmonika) im städtischen Raum vielfach in Wohnungen gelernt und geübt.

Demgemäß ist das Klavierspiel (und wohl auch das Spielen mit Blockflöte und Ziehharmonika) vom Obersten Gerichtshof als „seit jeher in Wohnvierteln üblich“ bezeichnet worden.

Als ortsüblich kann Klavierspiel allerdings nur dann bezeichnet werden, soweit es nicht während der üblichen Ruhestunden (in der Mittagszeit und in den Nachtstunden) betrieben wird. Weiters kann auch nur ein zeitlich limitiertes Klavierspiel als ortsüblich angesehen werden.

Bei der Beurteilung einer Immission als ortsüblich ist die Benutzung des störenden Grundstückes bzw der störenden Wohnung mit anderen Grundstücken bzw Wohnungen des betreffenden Gebietes anzustellen. In der Regel hängt die Ortsüblichkeit von Immission also davon ab, ob in dem zu betrachtenden Gebiet eine größere Anzahl von Grundstücken bzw Wohnungen so genutzt werden, dass Einwirkungen von ihnen ausgehen, die der konkret zu beurteilenden Beeinträchtigung entsprechen.

Um die Ortsüblichkeit von täglichem vierstündigen Klavierspielen in einer konkreten Wohnung bejahen zu können, müsste man feststellen, ob in dem zu beurteilenden Gebiet - also auch in anderen Wohnungen in diesem Stadtgebiet - täglich vierstündiges Klavierspielen üblich ist. Im konkreten Fall kam der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis, dass von einer Ortsüblichkeit von vier Stunden Klavierspielen täglich (konkret im 11. Wiener Gemeindebezirk) nicht ausgegangen werden kann.

An der OGH-Entscheidung aus dem Jahr 1998 (Klavierspielen vier Stunden täglich ist den anderen Hausbewohnern zumutbar) wurde auch ganz vehement Kritik geübt, weil in dieser Entscheidung berücksichtigt wurde, dass die störende Klavierspielerin Konzertpianistin war. Die meisten Menschen jedoch, die in ihren Wohnungen Klavierspielen, sind keine Konzertpianisten, sondern betreiben das Klavierspiel wohl nicht länger als ein bis zwei Stunden täglich. **Im konkreten Fall hat sich der Oberste Gerichtshof daher der Meinung angeschlossen, dass lediglich ein bis zwei Stunden Klavier-üben noch als ortsüblich anzusehen ist**, wobei ein Musizieren nur in diesem Ausmaß auch am Wochenende als ortsüblich zu qualifizieren ist. Während aber unter der Woche auch am Vormittag gespielt werden darf, beschränkte der OGH das Klavierspielen am Samstag und Sonntag auf den Zeitraum von 15.00 bis 20.00 Uhr (insgesamt aber nicht mehr als 2 Stunden während dieses Zeitraumes).

Überschreitet das tägliche Musizieren diese noch als ortsüblich anzusehende Dauer, ist das Klavierspielen (über zwei Stunden pro Tag) noch nicht schlechthin untersagt. Man muss dann auch noch

prüfen ob dieses ortsunübliche Klavierspielen die ortsübliche Nutzung der Nachbarwohnung wesentlich beeinträchtigt. Dies ist eine zweite Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB. Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung der Wohnung des Gestörten vorliegt, ist nicht auf eine besondere Empfindlichkeit der betroffenen Personen, sondern auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der Lage des beeinträchtigten abzustellen.

Dieser Maßstab bereitet allerdings Schwierigkeiten, weil zum einen das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen nur schwer (wenn überhaupt) bestimmbar ist und zum anderen die Einschätzung des Klavierspielens auch im besonderen Maß von der persönlichen Einstellung abhängt.

Der Oberste Gerichtshof hat in dem konkreten Fall ausgesprochen, dass der nach dem Nachbarrecht gebotene sozialrelevante Interessensausgleich erfordert, dass man nicht einen „objektiven“ Durchschnittsmenschen als Maßstab hernehmen muss, sondern jenen Durchschnittsbenutzer des betroffenen Grundstückes oder der betroffenen Wohnung, der sich in der Lage des Gestörten befindet.

Der Interessensausgleich erfordert von beiden Seiten (sowohl von Seiten des Klavierspielers als auch von Seiten des Benützers der benachbarten Wohnung) gegenseitige Rücksichtnahme und Toleranz.

**WICHTIG!** Es geht in der oben dargestellten Frage um Klavierspielen, das die Nachbarn beeinträchtigt. Einem Klavierspieler kann auch ein fünfstündiges tägliches Üben dann nicht untersagt werden, wenn dieses (ortsunübliche) Üben zu keiner Beeinträchtigung der Benutzung der Nachbarwohnung führt. Dies könnte etwa dadurch erreicht werden, dass der Klavierspieler besondere Dämmmaßnahmen trifft.

### ***3. Beeinträchtigungen durch Hunde des Nachbarn***

Wenn Nachbarn Hunde halten, kommt es öfter zu Beeinträchtigungen durch das Bellen und Jaulen der Tiere. Bei entsprechender Intensität der Lärmerregung kann ein auch nicht allzu lange dauerndes Hundegebell nicht nur störend, sondern auch ungebührlich sein.

In diesen Fällen sind wiederum die schon dargelegten Grundsätze zur Beeinträchtigung durch Lärm anzuwenden.

Dabei haben der Hundehalter und/oder der Eigentümer/Mieter des Grundstückes/der Wohnung, von dem/der die Lärmbelastung ausgeht, für seine Untätigkeit (kein Ruhigstellen des Hundes) einzustehen.

a) Auch bei dieser Beeinträchtigung kann man den Sachverhalt – weil gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen wird, ungebührliche Lärmerregung ist verboten - bei den (Sicherheits-) Behörden anzeigen, damit diese tätig werden. Wer ungebührlichen Lärm erregt, begeht eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe (wenn sie nicht bezahlt wird, sogar mit einer Haftstrafe) bestraft werden. Auch Unterlassen kann als Lärmerregung gewertet werden, hier das Unterlassen des Nachbarn, den Hund ruhig zu stellen/zurecht zu weisen. Es gibt ja durchaus Möglich-

keiten, Hunde zur Rücksichtnahme gegenüber ihrer Umwelt mit rechtlich und artgerecht unbedenklichen Mitteln (keine Tierquälerei) zu erziehen.

Auch das Argument, man habe ja einen Wachhund, der bellen müsse, scheitert. Gut ausgebildete Wachhunde bellen nämlich nur dann, wenn jemand in das Grundstück/die Wohnung eindringt und nicht schon dann, wenn jemand am Grundstück/an der Wohnung vorbeigeht.

- b) Andererseits kann man sich der/die durch Lärm beeinträchtigte Person mit der schon erwähnten Unterlassungsklage gemäß § 364 ABGB gegen den Nachbarn wehren und den Störer/die Störerin zur Unterlassung/Beseitigung der Störung verurteilen lassen.

Dies unter der Voraussetzung, dass die Immission (Gebell des Hundes des Nachbarn) das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet und die ortsübliche Benutzung der Wohnung wesentlich beeinträchtigt.

In einem Urteil (Aktenzahl 7 Ob 327/98h) hat sich der Oberste Gerichtshof schon mit Beeinträchtigungen durch Hundegebell und der Ortsüblichkeit von Hundegebell beschäftigt. Nachstehend Auszüge aus dem Urteil:

*"Lärmentwicklungen sind mittelbare Immissionen, die insoweit verboten werden können, als sie das ortsübliche Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benützung wesentlich beeinträchtigen. **Bei der Frage der Ortsüblichkeit ist insbesondere auf die Lage des beeinträchtigten Grundstückes zu jenem, von dem die Störung ausgeht, sowie auf die Verhältnisse der unmittelbaren Umgebung bei der Liegenschaften abzustellen.***

*Bei der Beurteilung der Störungsintensität ist auf die Empfindlichkeit eines Durchschnittsmenschen abzustellen. **Der klagende Nachbar hat die Überschreitung des ortsüblichen Geräuschpegels und die dadurch entstehende Unbrauchbarkeit seines Grundstückes zu beweisen.** Die Frage der Ortsüblichkeit stellt im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichtes im wesentlichen eine Tatfrage dar.*

*Vor allem aber steht fest, dass **auch andere Hunde in der betreffenden Gartensiedlung gehalten werden, die ebenfalls bellen, wodurch entsprechender Lärm auf die Liegenschaft der Klägerin dringt.** Daraus ergibt sich, dass die Hundehaltung und dementsprechend auch **zumindest kurzfristiges mehrmaliges Bellen im Siedlungsgebiet, in dem die betroffenen Grundstücke der Streitparteien liegen, durchaus ortsüblich ist.***

*Wenn auch das auf die Unterlassung von Hundegebell gerichtete Begehren infolge der ausreichenden Identifizierbarkeit des beanstandeten Geräusches ausreichend bestimmt anzusehen wäre, **setzt eine Klagsstattgebung doch voraus, dass eine Überschreitung der allgemeinen Geräuschkulisse, insbesondere des sonstigen von umliegenden Grundstücken ausgehenden Hundegebells festzustellen wäre. Hierbei sind Länge und Intensität der Geräuscentwicklung anderer Hunde und jener der Beklagten einander gegenüberzustellen. Die Untersagung jeglichen Hundegebells kommt nach den derzeitigen Feststellungen, wonach Hundegebell im betreffenden Gebiet durchaus ortsüblich ist, jedenfalls nicht in Betracht.***

#### **4. Beeinträchtigungen durch Katzen des Nachbarn**

Verschiedentlich wird von Grundeigentümern beklagt, dass ihre Gärten von Nachbarkatzen verunreinigt (Katzenkot) werden, wodurch etwa das Spielen der Kinder beeinträchtigt wird.

Auch zu Beeinträchtigungen durch Katzen gibt es oberstgerichtliche Rechtsprechung, diese ist „katzhalterfreundlich“.

a) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH 13. 9. 2001, 8 Ob 94/01h):

Der Kläger begehrte, den Beklagten zu verpflichten, Vorkehrungen zu treffen, dass die auf seinem Grundstück gehaltene Katze nicht auf die Grundstücke des Klägers gelangt (unter anderem wegen des Katzenkots). Die Klage wurde abgewiesen, weil das Halten von frei laufenden Katzen im gegenseitlichen Fall (für den Ortsteil, in dem Kläger und Beklagte leben) üblich war (beinahe jeder Bewohner in der Umgebung hatte eine oder mehrere Katzen) und auch die übrigen festgestellten Verhaltensweisen des Katers des Beklagten nicht über das ortsübliche Maß hinausgingen.

b) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH 20. 6. 1989, 5 Ob 49/89):

Mit einer Klage nach § 364 ABGB kann nur das Untersagen von unzulässigen Einwirkungen durchgesetzt werden, nicht die Unterlassung der Tierhaltung und die Entfernung einer Katze.

c) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH 13. 12. 2002, 1 Ob 25/02m):

Schadenersatz nach Katzenbiss (der Kläger behauptete: mangelnde Verwahrung des Tieres, vom Tierhalter sei keine geeignete Absperrung errichtet worden) wurde abgewiesen!

d) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (OGH 09. 11. 2011, 5 Ob 138/11x):

Ein Liegenschaftseigentümer klagte seine Nachbarin, dass diese dafür sorgen müsse, dass ihre Katzen das Grundstück des Klägers nicht mit Kot und Urin verschmutzen. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus der Begründung: **Es besteht kein gesetzliches Gebot, Katzen ausschließlich innerhalb von Wohnräumlichkeiten zu halten.**

Jedenfalls außerhalb des großstädtischen Bereichs ist eine Haltung von Katzen in der Form anerkannt, dass sie sich außerhalb des Wohnraums frei bewegen können. Die Anbindehaltung von Katzen ist auch kurzfristig nicht erlaubt (2. Tierhaltungsverordnung). Damit ist es mit zumutbaren (und gesetzlich zulässigen) Maßnahmen kaum zu verhindern, dass Katzen, sofern sie nicht ausschließlich als Wohnungskatzen gehalten werden, die Grundgrenze zum Nachbarn überschreiten. Nach den Feststellungen ist es in der Landgemeinde, in der die Streitparteien wohnen, durchaus ortsüblich, dass die Katzen so gehalten werden, dass sie freien Auslauf haben. Daher **überschreitet das Eindringen der zwei von der Beklagten gehaltenen Katzen auf das Grundstück des Klägers nicht die gesetzliche Grenze der Ortsüblichkeit; das Eindringen der Katzen ist vom Kläger daher selbst dann hinzunehmen, wenn damit eine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung seines Grundstücks verbunden ist.**

Die gilt nur dann nicht mehr, wenn die ortsübliche Benützung der Nachbarliegenschaft derart beeinträchtigt wird, dass es nicht nur zu einer Belästigung, sondern zu Schäden an der Substanz des

Grundstücks oder an der Person des Nachbarn kommt. Das kann bei den nach den Feststellungen mit dem Eindringen der Katzen auf das Grundstück des Klägers verbundenen Verunreinigungen - mögen diese auch für ihn unangenehm sein - nicht angenommen werden, weswegen ihm der nachbarrechtliche Abwehranspruch des § 364 Abs 2 ABGB versagt bleiben muss.

## **5. Beeinträchtigungen durch eine Lichtquelle auf dem Nachbargrund**

Wenn die Außenbeleuchtung am Nachbargrundstück, das eigene Grundstück in grelles Licht taucht, kann dies als unzulässige Einwirkung (Immission) nach § 364 ABGB abgewehrt werden.

Zu dieser Problematik erging schon eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (Aktenzahl 1 Ob 96/03d):

*„Die beklagte Partei ist Eigentümerin einer Liegenschaft, auf der sich eine Wohnhausanlage befindet. **Diese Wohnhausanlage wird in der Nacht beleuchtet, wobei das Licht auch die benachbarte Liegenschaft des Klägers erreicht.***

***Der Kläger beehrte nun von der beklagten Partei, die von ihrem Grundstück ausgehende Beleuchtungseinwirkung durch bestimmte Beleuchtungskörper auf sein Grundstück so weit zu unterlassen, als die Lichtquelle das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreitet.** Er brachte dazu im Wesentlichen vor, dass der schräg gegenüber seinem Wohnhaus installierte Beleuchtungskörper eine derart **intensive Lichtquelle** sei, dass seine **Wohnräume trotz dunkler Vorhänge zur Nachtzeit hell erleuchtet** seien, weshalb **er nicht ungestört einschlafen bzw schlafen könne** und bei ihm psychische und physische Störungen eingetreten seien. Eine derartige Außenbeleuchtung sei keineswegs ortsüblich. Die beklagte Partei habe trotz seines Ersuchens den Beleuchtungskörper weder mit einer weniger intensiven Lichtquelle versehen noch (gegenüber seinem Grundstück) abgedunkelt.*

*Die beklagte Partei wendete im Wesentlichen ein, die Lichteinwirkung auf das Grundstück des Klägers übersteige nicht das ortsübliche Ausmaß. Die Beleuchtung sei erforderlich, um eine ausreichende Ausleuchtung der Zugangswege sicherzustellen und dadurch die Sicherheit der Bewohner der Wohnanlage zu gewährleisten. Die ortsübliche Benutzung des Grundstücks des Klägers werde nicht wesentlich beeinträchtigt, auch wenn es unvermeidlich sei, dass durch die Lichtquelle Lichtkegel in bewohnte Räume gelangen. Dass die Wohnräume des Klägers trotz dunkler Vorhänge hell erleuchtet seien, sei unmöglich“.*

**Das Erstgericht und auch das Berufungsgericht wiesen das Klagebegehren als unbestimmt ab,** mit folgender Begründung: *„Nach ständiger Rechtsprechung müsse bei einer Unterlassungsklage die Unterlassungspflicht so deutlich gekennzeichnet sein, dass ihre Verletzung gemäß § 355 EO ohne Umsetzungsschwierigkeiten exekutiv erfasst werden könne. Nach Ansicht des Berufungsgerichts wäre der Kläger daher im vorliegenden Fall verpflichtet gewesen, einen bestimmten Pegel (gemessen in Lux) anzugeben, den die beanstandete Lichtquelle auf seiner Liegenschaft nicht überschreiten dürfe. Auch wenn der Kläger die Störungsquelle angegeben habe, sei objektiv doch nicht nachvollziehbar,*

wann die Grenze zwischen einer sich noch innerhalb der Ortsüblichkeit haltenden und einer darüber hinausgehenden Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks überschritten sei. Nur wenn auch ohne Angabe einer Messeinheit beurteilt werden könne, dass beanstandete Immissionen das ortsübliche und zumutbare Ausmaß jedenfalls überschreiten, bedürfe es somit keiner präzisen Anführung von Messeinheiten zur deutlichen Kennzeichnung der Unterlassungspflicht. Im vorliegenden Fall erscheine daher eine präzise Anführung von Maßeinheiten zur deutlichen Kennzeichnung der Unterlassungspflicht der beklagten Partei erforderlich, weil auch in einer städtischen, wenngleich verkehrsarmen und ruhigen Wohngegend mit Wohnhausanlagen auch in der Nacht nicht mit "absoluter Finsternis" zu rechnen sei, sondern (geringfügige) Lichteinwirkungen auf Wohnhäuser (auch durch Straßenlaternen) durchaus üblich und von jedem Liegenschaftseigentümer zu erwarten und zu dulden seien. Da der angestrebte Erfolg der von der beklagten Partei verlangten Maßnahmen nicht mit der Angabe einer maximalen Lichteinwirkung (in Lux) fixiert wurde, sei das Klagebegehren zu Recht abgewiesen worden.“

**Der OGH sah die Sache aber anders, gab dem gestörten Nachbarn prinzipiell Recht und führte aus:**

„Bei richtigem Verständnis seines Vorbringens begehrt der Kläger - in gewisser Konkretisierung und Präzisierung der allgemeinen Regelung des § 364 Abs 2 ABGB - die **Unterlassung von Lichteinwirkungen, die eine solche Intensität erreichen, dass dadurch in deutlicher Verschlechterung der bisher bestandenen Verhältnisse die Schlafqualität normal empfindender Personen, die sich in den Wohnräumen des Klägers aufhalten, wesentlich gestört wird.** Erscheint es nun nach der zitierten Judikatur zulässig, die Unterlassung von Schalleinwirkungen zu begehren, soweit sie die nächtliche Ruhe des Nachbarn stören, so muss Gleiches auch für die Einwirkung durch die auf einem Nachbargrundstück installierten Beleuchtungskörper gelten. Auch wenn es in anderen Fällen zweckmäßig oder sogar geboten sein sollte, das höchstzulässige Ausmaß der beanstandeten Immissionen in den entsprechenden Maßeinheiten präzise anzugeben (SZ 50/99, RdU 1997/42), kann dies doch nicht generalisiert werden. Gerade bei Lichteinwirkungen zur Nachtzeit in Schlafräumen kann - ebenso wie bei dem die Nachtruhe beeinträchtigenden Lärm - vielfach auch ohne exakte Messungen beurteilt werden, ob die beanstandeten Immissionen das nach § 364 Abs 2 ABGB zulässige Ausmaß überschreiten. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der Kläger ein Sachverständigengutachten zur Frage der Lichtstärke der sonst in seinem Wohngebiet üblichen nächtlichen Beleuchtung einholen müsste, um überhaupt eine Erfolg versprechende Klage einbringen zu können. Dies wäre insbesondere in Fällen, in denen die Überschreitung der ortsüblichen Intensität evident ist, eine überschießende Anforderung. Sollte sich etwa die Behauptung des Klägers als zutreffend erweisen, seine Schlafräume seien in der Nacht trotz dunkler Vorhänge "hell erleuchtet", könnte sein Begehren auch ohne Messungen der sonst üblichen Lichtstärke der nächtlichen Beleuchtung ohne weiteres dahin beurteilt werden, dass der Kläger durch die beklagte Partei in einer gesetzlich unzulässigen Weise gestört wird.

Soweit von der zweiten Instanz argumentiert wird, die Unterlassungspflicht müsse so deutlich beschrieben sein, dass ihre Verletzung gemäß § 355 EO ohne Umsetzungsschwierigkeiten exekutiv erfasst werden könne, ist zu betonen, dass im Exekutionsverfahren jedenfalls dann keine Schwierig-

keiten zu erwarten sind, wenn die beklagte Partei keine Veränderungen an ihrer Lichtquelle vornimmt. Ebenso werden sich regelmäßig keine Probleme ergeben, wenn die Intensität der Beleuchtung auf ein Maß, das ganz eindeutig die Ortsüblichkeit nicht mehr überschreitet, herabgesetzt wird. Es dient auch der Erleichterung der Rechtsverfolgung und der Hintanhaltung häufig unnötigen Kostenaufwands, in Fällen wie dem vorliegenden die Angabe einer durch Maßeinheiten präzisierten, noch zulässigen Lichtstärke nicht zu verlangen. Sollte im streitigen Verfahren zu den Fragen nach der ortsüblichen Lichtintensität und der Lichteinwirkung vom beanstandeten Beleuchtungskörper der beklagten Partei ein Sachverständigengutachten eingeholt werden, so steht es dem Kläger ohnehin frei, sein Klagebegehren entsprechend zu modifizieren; ebenso kann im Urteil gegebenenfalls der Grad jener Lichtstärke, die in den Räumlichkeiten des Klägers nicht überschritten werden darf, auch spruchmäßig präziser ausgedrückt werden. Dass gelegentlich auch noch im Exekutionsverfahren Streit darüber bestehen kann, ob der Nachbar seine Immissionen nun auf ein zulässiges Ausmaß herabgesetzt hat, ist demgegenüber in Kauf zu nehmen, zumal es in den Grenzfällen ohnehin regelmäßig eines Sachverständigengutachtens bedürfen wird, um zu klären, mit welcher Intensität die (allenfalls veränderte) Störungsquelle nunmehr auf das Nachbargrundstück einwirkt.

Da sich somit die Rechtsauffassung der Vorinstanzen, das Klagebegehren sei nicht ausreichend bestimmt, als unzutreffend erweist, wird das Erstgericht das Klagebegehren im fortzusetzenden Verfahren zu erledigen haben.“

## **6. Beeinträchtigungen durch Betriebe in der Nachbarschaft**

1. Betriebsanlagen, die wegen der Verwendung von Maschinen und Geräten, wegen ihrer Betriebsweise, wegen ihrer Ausstattung oder sonst geeignet sind, Leben, Gesundheit oder Eigentum bestimmter geschützter Personen zu gefährden, Nachbarn durch Emissionen zu belästigen oder bestimmte öffentliche Interessen zu beeinträchtigen, bedürfen einer **Betriebsanlagengenehmigung von der Gewerbebehörde**. Dies ist in der Gewerbeordnung geregelt.

Für die Bejahung der Genehmigungspflicht genügt die grundsätzliche Eignung einer Betriebsanlage, Gefährdungen oder Beeinträchtigungen der Nachbarn hervorzurufen. Im Einzelfall müssen daher keine konkreten Störungen nachgewiesen werden, die tatsächlich von der Anlage ausgehen. Die Gewerbebehörde wird jedoch üblicherweise nicht von sich aus aktiv. Ihr müssen vielmehr Informationen über Beeinträchtigungen durch Betriebsanlagen gemeldet werden, um ein Genehmigungsverfahren einzuleiten. Man muss also als Betroffener meist selbst aktiv werden! Zuständig für die Gewerbeangelegenheiten sind die Bezirksverwaltungsbehörden, das sind in der Regel die Bezirkshauptmannschaften und in Wien die Magistratischen Bezirksämter, in deren Sprengel der betreffende Betrieb liegt.

Im gewerberechtlichen Verfahren kann man auch dann Partei sein, wenn man einige Kilometer entfernt wohnt. **Nachbarn im Sinn der Gewerbeordnung sind alle Personen, die durch die Errichtung, den Bestand oder den Betrieb einer Betriebsanlage gefährdet oder belästigt werden können.**

In der Regel erfolgt eine mündliche gewerberechtliche Augenscheinsverhandlung. Dazu müssen alle Nachbarn geladen werden. Spätestens bei dieser Verhandlung müssen die Nachbarn mitteilen, dass

und auf welche Weise sie durch die Betriebsanlage beeinträchtigt bzw gefährdet sind. Es genügt nicht, nur allgemeine Aussagen über die negativen Auswirkungen der Anlage zu machen. Die Einwendungen müssen inhaltlich präzise und so begründet sein, dass es der Behörde möglich ist, sie zu prüfen. In den meisten Fällen zieht dann die Behörde Sachverständige bei, welche die Einwendungen fachlich prüfen. In der Regel ergeht dann an den Betreiber der Betriebsanlage eine Betriebsanlagengenehmigung, in der ihm bestimmte Auflagen erteilt werden.

Es kann aber auch sein, dass man sich von einem Gewerbebetrieb, der bereits längst bewilligt ist, gestört oder beeinträchtigt fühlt. In einem solchen Fall sollte man Anzeige bei der Gewerbebehörde erstatten. Diese Behörde ist nämlich verpflichtet, die Nachbarn vor unzumutbaren oder gar gesundheitsschädlichen Beeinträchtigungen zu schützen.

Die Behörde kann dann überprüfen, ob überhaupt eine Genehmigung vorliegt bzw ob alle Auflagen eingehalten werden. Stellt sich aufgrund des Sachverhalts heraus, dass eine Genehmigung vorliegt und auch alle Auflagen eingehalten werden, diese aber offensichtlich nicht ausreichen, um die Nachbarn vor Störungen zu schützen, kann die Gewerbebehörde auch **nachträglich zusätzliche Auflagen** erteilen. Hält sich ein Betrieb nicht an die Auflagen, so sind Strafen oder sogar die Schließung des Betriebes möglich.

2. Mit dem Nachbarrecht - § 364 ABGB – kann man sich gegen Betriebe, die eine Betriebsanlagengenehmigung haben und im Rahmen der behördlichen Auflagen arbeiten, nicht wehren. Man kann also von behördlich genehmigten Anlagen nicht die Unterlassung der (Lärm-, Geruchs- oder sonstigen) Einwirkungen begehren, hat aber einen Schadenersatzanspruch.

Anders verhält es sich aber, wenn der Betrieb außerhalb des von der Behörde genehmigten Bereiches agiert. **Wenn sich der Inhaber einer genehmigten Anlage nicht an die im Genehmigungsbescheid erteilten Auflagen** der Gewerbebehörde **hält**, kann der Nachbar wegen der sich daraus ergebenden Einwirkungen auf sein Grundstück das **Untersagungsrecht nach § 364 Abs 2 ABGB** geltend machen. Dies unabhängig davon, dass er auch im Verwaltungsweg (durch Anzeige des Betriebes bei der Gewerbebehörde) Abhilfe schaffen könnte.

## **V. Beeinträchtigungen durch Bäume und Sträucher des Nachbarn**

### **1. Überhängende Äste**

- Das österreichische Privatrecht kennt **keine gesetzliche Verpflichtung**, wonach ein Baumeigentümer verpflichtet ist, seine **Pflanzen in entsprechendem Abstand zur Grenze zu setzen oder sie rechtzeitig so abzuschneiden, dass sie nicht über die Grenze reichen können**. § 421 ABGB gestattet im Gegenteil Pflanzungen selbst an der Grundstücksgrenze.

**Der Nachbar kann (in der Regel) vom Baumeigentümer weder die Unterlassung des Wachsens von Ästen noch deren Beseitigung begehren.** Vielmehr muss er den Bewuchs wie die natürliche Umgebung hinnehmen, er hat jedoch ein Selbsthilferecht.

- Nach der geltenden Rechtslage kann jeder Grundeigentümer gemäß § 422 ABGB die Wurzeln eines fremden Baums aus seinem Boden entfernen und die auf seinen Grund hereinragenden Äste eines fremden Baums abschneiden oder sonst benützen. Der Nachbar darf aber weder den fremden Grund betreten noch den Baum erklettern noch daran eine Leiter anlegen, will er sich nicht der Gefahr einer Besitzstörungsklage des Eigentümers der fremden Pflanze aussetzen. Weiters **hat der Nachbar die Entfernung der Wurzeln oder Äste fachgerecht vorzunehmen und die Pflanze möglichst zu schonen.**

**Der Nachbar, in dessen Grund die fremde Pflanze hereinragt, muss die Kosten der Beseitigung der Wurzeln und Äste selbst tragen!**

Etwas anderes gilt nur, wenn die eindringenden Äste oder Wurzeln Schaden angerichtet haben oder anzurichten drohen. In einem solchen Fall ist der Baumeigentümer zur Hälfte mit den Kosten der Beseitigung der Wurzeln oder Äste zu belasten. Gedacht ist hier zB an die Fälle, in denen die Wurzeln eines fremden Gewächses in das Erdreich eindringen und Wasser- oder Kanalleitungen zerstören oder verstopfen oder die Platten eines Wegs so stark anheben, dass dieser mangelhaft wird. Auch wenn Äste eines fremden Gewächses in den Luftraum hereinragen und Schäden am Dach oder an der Fassade des Hauses oder an einem geparkten Pkw verursachen oder in anderen vergleichbaren Konstellationen haben der Baumeigentümer und der Nachbarn die Kosten jeweils zur Hälfte zu teilen.

- In einer neuern Entscheidung (4 Ob 43/11v) hat der OGH den **Baumeigentümer doch zur Beseitigung der überhängenden Äste auf seine alleinigen Kosten verurteilt**, weil die Ausübung des Selbsthilferechts nicht leicht und nicht einfach zu bewerkstelligen war, und vor allem deshalb, weil von den morschen Bäumen auf der Liegenschaft und dem **Überhang eine Gefahr für den Nachbarn** ausging. Der Baumeigentümer wurde laut Urteil verpflichtet, „den gefährlichen Überhang der Bäume Nr. 4, 5, 6, 7 und 8 laut Lageskizze des Sachverständigen zu beseitigen“.

## **2. Übermäßiger Schattenwurf durch fremde Pflanzen**

Es ist rechtlich möglich, sich gegen übermäßigen Schattenwurf („Entzug von Licht und Luft“) von Nachbarn Pflanzen (gegen „unzumutbaren Beeinträchtigungen“) mit einer Unterlassungsklage zu wehren (§ 364 Abs 3 ABGB).

### **Voraussetzungen:**

Der **Unterlassungsanspruch** steht dem von den fremden Gewächsen Betroffenen nur dann zu, wenn die Einwirkungen

- das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten **UND**
- die Benützung des Grundstücks (der Wohnung) nach seiner Art, Lage und Größe **unzumutbar beeinträchtigen.**

Die Vielzahl der möglichen Fälle und Konstellationen, nach denen eine Einwirkung noch zulässig oder unzulässig ist, muss der Beurteilung der Gerichte im jeweiligen Einzelfall überlassen werden.

Wenn beispielsweise

- nicht nur ein kleiner Grundstreifen, sondern größere Teile des Grundstücks wegen des fehlenden Lichteinfalls versumpfen, vermoosen oder sonst unbrauchbar werden,
- fremde Bäume und Gewächse auch zu Mittag eines Sommertags eine künstliche Beleuchtung der Räume im angrenzenden Haus notwendig machen,

wird man im Allgemeinen (vorbehaltlich der besonderen Umstände des Einzelfalls) von einer unzumutbaren Beeinträchtigung sprechen können.

Der Eigentümer der Gewächse hat dann auf seine Kosten entsprechend auszulichten oder die Gewächse komplett zu entfernen.

### **Vor dem Gerichtsverfahren ist Versuch zur gütlichen Einigung Pflicht:**

Vor einer entsprechenden Klage muss der beeinträchtigte Nachbar eine **gütliche Einigung versuchen**, es gibt dafür drei Möglichkeiten:

Ein Nachbar hat vor der Einbringung einer Klage im Zusammenhang mit dem Entzug von Licht oder Luft durch fremde Bäume oder Pflanzen

- a) eine Schlichtungsstelle zu befragen, oder
- b) einen Antrag beim Bezirksgericht zu stellen, den Gegner zu einem gerichtlichen Vergleich zu laden (§ 433 Abs. 1 ZPO), oder
- c) den Streit einem Mediator zu unterbreiten, sofern der Eigentümer der Bäume oder Pflanzen damit einverstanden ist

Als Schlichtungsstellen kommen nur solche Einrichtungen in Frage, die von Notariats- und Rechtsanwaltskammern sowie sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts eingerichtet werden/wurden. In Ländern, in denen Gemeindevermittlungsämter noch tätig sind (wie etwa in Vorarlberg), kann auch an diese herangetreten werden.

Die Klage ist nur zulässig, wenn nicht längstens innerhalb von drei Monaten ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens, ab Einlangen des Antrags bei Gericht oder ab Beginn der Mediation eine gütliche Einigung erzielt worden ist.

Sofern die Beteiligten nichts anderes vereinbaren, hat die Kosten der Schlichtung, des gerichtlichen Vergleichs oder der Mediation zunächst der Nachbar zu tragen, der die gütliche Einigung angestrebt hat. Wenn keine gütliche Einigung erzielt werden kann, sind diese Kosten im Rechtsstreit wie vorprozessuale Kosten zu behandeln.

Der Kläger hat der Klage eine Bestätigung der Schlichtungsstelle, des Gerichts oder des Mediators darüber anzuschließen, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte.

### **Berücksichtigung öffentlicher Interessen**

Weitergehende öffentliche Interessen, wie etwa der **Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz**, sollen durch die oben beschriebene Möglichkeit, sich gegen den Entzug von Licht und Luft zu wehren, nicht beeinträchtigt werden.

Dem beeinträchtigten Grundeigentümer steht also kein Unterlassungsanspruch zu, wenn etwa der Baum, der ihn übermäßig beeinträchtigt, landesgesetzlich unter Naturschutz steht.

### **3. Andere Beeinträchtigungen durch fremde Gewächse**

- Laub

Der Abfall von Laub oder Nadeln bestimmter Bäume wird beispielsweise im Herbst in aller Regel ortsüblich sein. Darin dürfte in der Regel auch keine wesentliche Beeinträchtigung liegen, weil die damit verbundene Belastung nur kurzzeitig ist. Das wird auch dann gelten, wenn dem Nachbarn zur Beseitigung des Laubs oder der Nadeln ein Arbeitsaufwand erwächst, etwa indem er es zusammenkehren und kompostieren oder Dachrinnen und Abflüsse auf seinem Grund ausputzen (lassen) muss.

- Unmittelbare Schäden

Anders könnte es sich aber mit Einwirkungen von fremden Gewächsen verhalten, die unmittelbar Schäden stiften können (etwa das Harz eines Baumes, das den Lack von Fahrzeugen auf Abstellplätzen beschädigt). Hier wird man vielfach nicht mehr sagen können, dass solche Beeinträchtigungen ortsüblich sind und die angemessene Benutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen.

## **VI. Beeinträchtigungen durch Bauten des Nachbarn**

Im **Baurecht** gibt es keine bundesgesetzlichen Vorschriften, es ist **landesgesetzlich geregelt**. Die Vorschriften in den jeweiligen Bauordnungen der Länder sind sehr verschieden. Es gibt in diesem Bereich nicht einmal einen einheitlichen Begriff des Nachbarn.

Generell kann man sagen, dass die **Rechtsstellung des Nachbarn in allen Bauordnungen der Bundesländer sehr eingeschränkt** ist. Sein Mitspracherecht ist nur auf die Fälle reduziert, in denen jemand rechtswidrig baut bzw. bauen will, in denen also jemand bei seinem Bauvorhaben gegen die baurechtlichen Vorschriften verstößt. Der Nachbar hat zB den Anspruch darauf, dass bestimmte Abstände eingehalten werden, so wie in der Bauordnung vorgesehen.

Baubehörde in 1. Instanz ist der Bürgermeister, ausgenommen in Städten mit eigenem Statut; dort ist der Magistrat Baubehörde in 1. Instanz.

In der Regel findet im Bauverfahren eine mündliche **Bau(bewilligungs)verhandlung** statt. Dazu werden die Nachbarn geladen. Es ist dringend zu empfehlen, dass man zur Bauverhandlung erscheint. Vor der Verhandlung sollte man bei der Gemeinde in den Bauakt Einsicht nehmen, um festzustellen, was eigentlich konkret geplant ist. Spätestens bei der Bauverhandlung muss man seine Einwendungen erheben. Wird dann die Baubewilligung erteilt und ein entsprechender Bescheid erlassen, wird dieser auch den Nachbarn zugestellt. Fühlt sich ein Nachbar durch diesen Bescheid beeinträchtigt, kann er dagegen Berufung erheben. Diese Berufung hat aber nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Einwendungen schon bei der Bauverhandlung erhoben wurden.

## **Übermäßiger Schattenwurf durch Bauwerke auf dem Nachbargrund**

Bundesgesetzlich gibt es auch dazu keine Regelung. Die öffentlich-rechtlichen **Bauordnungen und -vorschriften der Länder** sehen aber durchwegs **Abstandsvorschriften für Bauwerke** vor. Die Einhaltung dieser Abstandsvorschriften ist in den Bauordnungen als Nachbarrecht gewährleistet. Entsprechende Einwendungen muss man daher in der örtlichen Bau(bewilligungs)verhandlung vorbringen.

## **VII. Grenzeinrichtungen zwischen benachbarten Liegenschaften**

Nur im Zweifel stehen Grenzeinrichtungen zwischen benachbarten Grundstücken (zB Zäune, Hecken, Mauern und Kanäle) im gemeinschaftlichen Eigentum der Nachbarn. Jeder Beteiligte darf eine gemeinschaftliche Mauer bis zur Hälfte benutzen, muss aber auch zu ihrer Erhaltung verhältnismäßig beitragen.

Steht eine Grenzeinrichtung jedoch auf dem Grundstück eines der beiden Nachbarn, so steht diese nur in seinem Eigentum. Er hat dann aber auch die Erhaltungskosten alleine zu tragen. Eine Pflicht zur Ausbesserung oder Neuausführung von Zäunen oder anderen Grenzeinrichtung besteht aber nur dann, wenn dem anderen Nachbarn ein Schaden entstünde, oder aber wenn die örtlichen Bauvorschriften derartiges vorsehen.

**Jeder Eigentümer ist verpflichtet, auf der rechten Seite seines Grundstückes** – von der Strasse her gesehen, vor dem Haupteingang des Grundstückes stehend – **für die „nötige“ Einschließung seines Grundstückes und für die Abteilung vom fremden Grundstück zu sorgen.** Die Rechtsprechung sagt dazu: Inwieweit und in welcher Art die Abgrenzung „nötig“ ist, ergibt sich aus den Umständen und den Ortsgebrauch.

Für das verbaute Gebiet folgt daraus, dass nach den Umständen und dem Ortsgebrauch sehr wohl davon ausgegangen werden muss, dass jeder Eigentümer auf der rechten Seite seines Grundstückes für eine Einfriedung sorgen **muss**.

## **VIII. Beschimpfungen durch Nachbarn**

Sind öffentliche Beschimpfungen von Nachbarn derart massiv, dass sie als üble Nachrede oder Ehrenbeleidigung gewertet werden können, so empfiehlt sich die Beauftragung eines Rechtsanwaltes, der eine **Privatanklage beim zuständigen Strafgericht** erheben sollte. **Üble Nachrede und Ehrenbeleidigung** sind nämlich strafrechtlich relevante Tatbestände und sogar mit Freiheitsstrafe bedroht.

Ist eine Beleidigung nicht so massiv, dass sie als strafrechtlich relevanter Tatbestand zu werten ist, oder erfolgte sie nicht öffentlich, kann man einen derartigen Sachverhalt dennoch bei den Sicherheitsbehörden anzuzeigen. Nach den verschiedenen – je nach Bundesland unterschiedlichen – Polizeistrafgesetzen bzw Landessicherheitsgesetzen kann nämlich ein solches Verhalten als „**Ehrenkrän-**

kung“ strafbar sein. Wird der Sachverhalt erwiesen, kann gegen den Täter eine Verwaltungsstrafe verhängt werden (ähnlich wie bei einem Verkehrsdelikt oder wenn jemand ungebührlicherweise störenden Lärm erregt).

## **IX. Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Störungen zu schützen**

Der Vermieter hat den Mieter auch gegen Störungen durch Dritte zu schützen. Wenn etwa ein Mieter einer unzumutbaren Lärmbelästigung oder einer anderen Beeinträchtigung durch den Nachbarmmieter ausgesetzt ist, hat er die Wahl:

- Der beeinträchtigte Mieter kann direkt gegen den störenden Nachbarn vorgehen und gegen ihn eine Klage (gemäß § 364 ABGB, Schutz gegen Immissionen) einbringen, womit dem Störer die Pflicht auferlegt werden soll, die Störungen in Zukunft zu unterlassen.
- Der Mieter kann sich aber auch an seinen Vermieter wenden und von diesem Abhilfe verlangen.

Der Vermieter ist ja gemäß § 1096 ABGB verpflichtet, dem Mieter den vereinbarten Gebrauch des Mietobjektes zu gewährleisten. Dies bedeutet aber auch, dass der Vermieter in bestimmten Fällen auch gegen Dritte vorgehen muss, die den Mieter im Gebrauch seines Objektes beeinträchtigen. Der Schutzanspruch besteht aber nur bei einer wesentlichen Beeinträchtigung des Gebrauches des Mietobjektes. Die Wahl der Mittel, um dem Mieter den ordnungsgemäßen Gebrauch des Bestandobjektes zu erhalten, ist grundsätzlich dem Vermieter überlassen.

**Beispiele** aus der Rechtsprechung:

- Ein Mieter hat über seiner Terrasse eine Markise montiert. Diese wurde wiederholt durch brennende Zigarettenstummeln beschädigt, die von darüber liegenden Wohnungen herab geworfen wurden. Der Mieter klagte den Vermieter, dass dieser „durch geeignete Maßnahmen sicherstellen zu habe, dass die Markise durch von darüber liegenden Wohnungen herab geworfenen brennenden Zigarettenstummeln nicht beschädigt wird und solcher Art der ordnungsgemäße Gebrauch des Mietobjektes gewährleistet ist“. Der Mieter hat diese Klage auch gewonnen.
- Ein Vermieter wurde dazu verurteilt, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, dass der klagende Mieter in seiner Wohnung wegen des Lärms, der vom darunter liegenden Lokal ausgeht, nicht übermäßig (über einen bestimmten Geräuschpegel hinaus) beeinträchtigt wird.

# X. Anhang

## 1. Buchtipp

**"Wenn Nachbarn nerven"** (ein umfassendes, verständlich geschriebenes Werk, das praktisch alle Aspekte des Nachbarrechts behandelt), 196 Seiten, 3. aktualisierte Auflage, von Martin Kind

Veröffentlichung: 2015; ISBN: 978-3-99013-045-2; Herausgeber: Verein für Konsumenteninformation

## 2. Gesetzestexte

### a) Auszüge aus Landesgesetzen

#### Wiener Landes-Sicherheitsgesetz

##### § 1. Wer

1. den öffentlichen Anstand verletzt oder

2. **ungebührlicherweise störenden Lärm** erregt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 700 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu einer Woche zu bestrafen.

#### Niederösterreichisches Polizeistrafgesetz

##### § 1. Wer

a) ungebührlicherweise störenden Lärm erregt oder

b) den öffentlichen Anstand verletzt,

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde, im örtlichen Wirkungsbereich einer Bundespolizeibehörde von dieser, mit einer Geldstrafe bis zu € 220,- oder mit Arrest bis zu 2 Wochen zu bestrafen.

**§ 1a.** (1) Wer einen Hund hält oder in Obsorge nimmt, muss die dafür erforderliche Eignung aufweisen und hat das Tier in einer Weise zu führen oder zu verwahren, dass Menschen und Tiere nicht gefährdet oder unzumutbar belästigt werden können.

(2) Hunde dürfen ohne Aufsicht nur auf Grundstücken oder sonstigen Objekten verwahrt werden, deren Einfriedungen so hergestellt und instandgehalten sind, dass die Tiere das Grundstück aus eigenem Antrieb nicht verlassen können.

(3) Der Halter eines Hundes darf den Hund nur solchen Personen zum Führen oder zum Verwahren überlassen, die die dafür erforderliche Eignung, insbesondere in körperlicher Hinsicht und die notwendige Erfahrung aufweisen.

(4) An öffentlichen Orten im Ortsbereich, das ist ein baulich oder funktional zusammenhängender Teil eines Siedlungsgebietes, sowie in öffentlichen Verkehrsmitteln, Schulen, Kinderbetreuungs-einrichtungen, Parkanlagen, Einkaufszentren, Freizeit- und Vergnügungsparks, Stiegenhäu- sern und Zugängen zu Mehrfamilienhäusern müssen Hunde an der Leine oder mit Maulkorb geführt werden.

### **§ 3. Eine Ehrenkränkung begeht, wer**

- a) einen anderen in einer für einen Dritten nicht wahrnehmbaren Weise einer verächtlichen Eigen- schaft oder Gesinnung zeugt oder eines unehrenhaften Verhaltens oder eines gegen die guten Sit- ten verstoßenden Verhaltens beschuldigt, das geeignet ist, ihn in der öffentlichen Meinung verächt- lich zu machen, oder herabzusetzen;
- b) einem anderen in einer für einen Dritten nicht wahrnehmbaren Weise eine gerichtlich strafbare Handlung vorwirft, für welche die Strafe schon vollzogen oder wenn auch nur bedingt nachgesehen oder nachgelassen oder für die der Ausspruch der Strafe vorläufig aufgeschoben worden ist;
- c) einen anderen beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Miss- handlung bedroht, sofern dies nicht öffentlich oder vor mehreren Leuten erfolgt oder auf andere Weise gerichtlich strafbar ist.

**§ 4. (1)** Ehrenkränkungen sind als Verwaltungsübertretungen von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu € 220,- oder mit Arrest bis zu 2 Wochen zu bestrafen.

## **Tiroler Landes-Polizeigesetz**

**§ 1. (1)** Es ist verboten, ungebührlicherweise störenden Lärm zu erregen.

(2) Soweit dadurch ungebührlicherweise störender Lärm erregt wird, ist insbesondere verboten:

- a) auf Verkehrsflächen, die nicht Straßen mit öffentlichem Verkehr im Sinne des § 1 Abs. 1 der Stra- ßenverkehrsordnung 1960, BGBl. Nr. 159, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl. I Nr. 142/2000, sind,
  - 1. das Laufenlassen von Kraftfahrzeugmotoren bei stehendem Fahrzeug,
  - 2. das Schließen von Fahrzeugtüren,
  - 3. die Abgabe von Schallzeichen mittels Hupe;
- b) das Befahren von Toreinfahrten, Hausvorplätzen und Höfen von Wohnhäusern, soweit es sich hie- bei nicht um Straßen mit öffentlichem Verkehr handelt, mit Motorrädern und Motorfahrrädern bei laufendem Motor;
- c) das Öffnen und Schließen von Türen und Rolläden;
- d) die Benützung von Rundfunk- und Fernsehgeräten, Lautsprechern und Tonwiedergabegeräten.

**§ 2.** Die Gemeinde kann, soweit dies nach den örtlichen Gegebenheiten zur Abwehr ungebührlicher- weise hervorgerufenen störenden Lärmes erforderlich ist, durch Verordnung zeitliche und örtliche Beschränkungen

- a) für die Verwendung oder den Betrieb von

1. Garten- und sonstigen Arbeitsgeräten,
  2. Schnee-Erzeugungsgeräten,
  3. Modellflugkörpern,
  4. Rundfunk- und Fernsehgeräten, Lautsprechern und Tonwiedergabegeräten;
- b) für das Klopfen von Teppichen, Decken, Matratzen u.dgl. sowie für die Ausführung anderer Haus- und Gartenarbeiten festlegen.

**§ 4.** (1) Wer ungebührlicherweise störenden Lärm erregt (§ 1), insbesondere einer Verordnung nach § 2 zuwiderhandelt, begeht, sofern die Tat nicht nach einer anderen Rechtsvorschrift strafbar ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 1.450,- Euro zu bestrafen.

- (2) Bei Vorliegen von erschwerenden Umständen kann der Verfall der zur Begehung der Tat verwendeten Gegenstände ausgesprochen werden, wenn diese Gegenstände dem Täter oder einem Mitschuldigen gehören.

#### **b) Auszüge aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)**

**§ 339.** Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern.

**§ 354.** Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.

**§ 364.** (1) Überhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur in so fern statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. **Im Besonderen haben die Eigentümer benachbarter Grundstücke bei der Ausübung ihrer Rechte aufeinander Rücksicht zu nehmen.**

- (2) Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden **Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, 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. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.

- (3) Ebenso kann der Grundstückseigentümer einem Nachbarn die von dessen Bäumen oder anderen Pflanzen ausgehenden **Einwirkungen durch den Entzug von Licht oder 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, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.

- § 364a. Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.
- § 364b. Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden oder das Gebäude des Nachbars die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß der Besitzer des Grundstückes für eine genügende anderweitige Befestigung Vorsorge trifft.
- § 366. (1. Satz) Mit dem Rechte des Eigentümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern.
- § 422. (1) Jeder Eigentümer kann 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. Dabei hat er aber fachgerecht vorzugehen und die Pflanze möglichst zu schonen.** Bundes- und landesgesetzliche Regelungen über den Schutz von oder vor Bäumen und anderen Pflanzen, insbesondere über den Wald-, Flur-, Feld-, Ortsbild-, Natur- und Baumschutz, bleiben unberührt.
- (2) Die für die Entfernung der Wurzeln oder das Abschneiden der Äste notwendigen Kosten hat der beeinträchtigte Grundeigentümer zu tragen. Sofern diesem aber durch die Wurzeln oder Äste ein Schaden entstanden ist oder offenbar droht, hat der Eigentümer des Baumes oder der Pflanze die Hälfte der notwendigen Kosten zu ersetzen.
- § 523. In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht statt. Man kann gegen den Eigentümer das Recht der Servitut behaupten; oder, **der Eigentümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren.** Im ersten Falle muss der Kläger die Erwerbung der Servitut oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweiten Falle muss er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen.

### **3. Entscheidungen des OGH im Volltext**

#### **a) Urteil zur Beeinträchtigung durch Klavierspielen**

**7 Ob 286/03i** (max 2 Stunden täglich sind ortsüblich)

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Georg M\*\*\*\*\*, vertreten durch Sauerzopf & Partner, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Peter P\*\*\*\*\*, vertreten durch Winkler Reich-Rohrwig Illedits, Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 6.540,56 sA), über die Revisionen beider Streit-

teile gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 17. Juli 2003, GZ 36 R 118/03z-31, womit das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 2. Dezember 2002, GZ 35 C 1720/01d-26, infolge Berufung des Beklagten teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Der Revision des Beklagten wird nicht, hingegen jener des Klägers Folge gegeben und die Urteile der Vorinstanzen werden, soweit das Berufungsurteil nicht als Teilurteil hinsichtlich des **Klavierspielverbotes in den Zeiten von 6.00-12.00, 14.00-15.00 und 20.00 bis 22.00 Uhr am Samstag und Sonntag** als Teilurteil bestätigt, im übrigen Umfang zur Gänze aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

#### Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Mieter einer dreigeschossigen Wohnung im Hause 1110 Wien, L\*\*\*\*-straße \*\*\*\*\*, die er gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin bewohnt. Mieter der Nachbarwohnung, die sich ebenfalls über drei Geschosse erstreckt, ist seit dem Jahr 2000 der **Beklagte. Dessen Ehefrau spielt im Rahmen ihrer Ausbildung zur Konzertpianistin täglich, auch an Sonn- und Feiertagen, zur Konzertvorbereitung zwischen 4 und 6 Stunden Klavier, wobei sie die Stücke nicht komplett durchspielt, sondern die schwierigen Stellen übt und wiederholt. Mindestens einmal pro Woche übt auch eine Sängerin oder ein Sänger mit ihr.** Das Klavier, ein Konzertflügel, ist im Mittelgeschoss (im sog Wohnzimmer) aufgestellt.

**Dieses Klavierspiel der Ehefrau des Beklagten ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites:** Nach Einholung von Gutachten betreffend Schallschutzmaßnahmen hat der Beklagte noch vor seinem Einzug vom Gutachter empfohlene Maßnahmen (mit Ausnahme der Aufstellung eines vollflächigen Einbaukastens an der Wand zur Wohnung des Klägers, an dessen Stelle aber ein dicker Teppich angebracht wurde) durchgeführt.

Dennoch - trotz dieser Schallschutzmaßnahmen - ist das Klavierspiel der Ehefrau des Beklagten sowohl in der Wohnung des Klägers, als auch noch in der daran angrenzenden (aus Sicht des Beklagten übernächsten) Wohnung vernehmbar. Am lautesten, deutlichsten und klarsten ist das Spiel im Arbeitszimmer des Klägers - in der obersten Etage - zu hören. Im - darunter im Mittelgeschoss liegenden - Wohnzimmer des Klägers ist das Klavier dumpf hörbar, ebenso in den auf der untersten Etage liegenden Kinder- und Schlafzimmern, dort aber leiser. Höhere Töne sind lauter zu vernehmen. Je nach der Lautstärke des Spiels ist dieses leiser oder lauter zu hören. Die Lautstärke ist deutlich auch davon abhängig, ob mit geöffnetem oder geschlossenem Deckel gespielt wird. Die Ehefrau des Beklagten pflegt zur Konzertvorbereitung mit geöffnetem Deckel zu spielen. Das Klavier ist in der Wohnung des Klägers zwar nicht laut zu vernehmen, aber doch so laut, dass es Radiomusik beim Kläger stört. Radio mit normaler Lautstärke zu spielen, ohne das Klavierspiel zu hören, ist nicht möglich; das Radio muss sehr laut gedreht werden, um das Klavier (völlig) zu übertönen. Um eine zusätzliche Verbesserung der Schalldämmung zu erzielen, könnte eine biegeeweiche Vorsatzschale an der Trennwand zwischen den beiden Wohnungen hergestellt werden, was zwischen EUR 800 und 1.000 netto kosten würde.

**Der Kläger ist selbständiger Unternehmensberater und übt seinen Beruf - wie dies auch andere Hausbewohner tun (das betreffende Haus ist ein Mietshaus mit mehreren Wohnungen) - vorwiegend in der Wohnung aus. Seine Lebensgefährtin hat als Turnusärztin auch Nachtdienste zu verrichten. Der Kläger wird durch das Klavierspiel daher insbesondere beim Arbeiten, seine Lebensgefährtin beim Ausruhen nach dem Nachtdienst und beide an Wochenenden und Feiertagen empfindlich gestört.** Zuzufolge mehrerer Beschwerden wegen Lärmstörungen durch das Klavierspiel - auch von anderen Mietern - kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis mit dem Beklagten am 21.5.2001 auf. Der Beklagte erwirkte mit Urteil vom 8.1.2002, dass diese Aufkündigung als rechtsunwirksam aufgehoben wurde (weil Klavierspielen ortsüblich sei). Auf Grund des Klavierspiels der Ehefrau des Beklagten in der Wohnung kam es auch schon zu **Polizeieinsätzen wegen Lärmerregung**. Die Hausordnung des betreffenden Mietshauses enthält ua folgende Bestimmungen:

Ruhestörungen

Jeder Bewohner möchte vor allem in Ruhe leben und wohnen. Daher lautet eine der wichtigsten Regeln für ein reibungsloses Zusammenleben:

Mit Rücksicht auf die anderen Bewohner ist sowohl im Haus wie auch in den angrenzenden Außenanlagen jeder unnötige Lärm zu vermeiden. Auch in der Wohnung sind Geräusche, die andere Hausbewohner belästigen (Türenzuschlagen, Musizieren oder Radio- bzw Fernsehempfang mit hoher Lautstärke, Verwendung ungedämpfter Maschinen usw), zu vermeiden. An Sonn- und Feiertagen bzw an Wochentagen nach 22.00 Uhr und vor 6.00 Uhr ist jegliches Lärmen zu unterlassen. ...

Mit der Klage begehrte der Kläger, den Beklagten schuldig zu erkennen,

1.) geeignete Maßnahmen zu treffen, durch welche eine das ortsübliche, gewöhnliche Maß überschreitende Lärmbelästigung, ausgehend von der von ihm gemieteten Wohnung, einwirkend auf die Mietwohnung des Klägers unterbleibe; und zwar Vorkehrungen "dagegen" (gemeint wohl: dahin) zu treffen, dass die von der Wohnung des Beklagten ausgehende Lärmentwicklung durch Klavierspiel das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß an Lautstärke nicht überschreite und die ortsübliche Nutzung der Wohnung des Klägers nicht wesentlich beeinträchtige, sodass die Lärmentwicklung durch Klavierspiel in der Wohnung des Klägers einen 10 dB über dem Grundgeräuschpegel liegenden Geräuschpegel nicht überschreite;

2.) darauf hinzuwirken, dass in seiner Mietwohnung aufhältige Personen die Ausübung des Klavierspiels, mit Ausnahme einer maximal 2-stündigen Übungszeit im Zeitraum 8.00 bis 12.00 Uhr und 14.00 bis 16.00 Uhr, dies von Montag bis Freitag und nur an Werktagen, unterließen.

Der Kläger brachte dazu im Wesentlichen vor, seit dem Einzug des Beklagten und dessen nunmehriger Ehefrau komme es für ihn und seine Lebensgefährtin dadurch zu einer extremen Lärmbelästigung, dass die Ehefrau des Beklagten täglich 4 bis 6 Stunden Klavier spiele. Gespräche mit dem Beklagten und seiner Ehefrau seien ergebnislos verlaufen. Das Klavierspiel werde nach wie vor ausgeübt; Wiederholungsgefahr sei gegeben. Grad und Dauer der Lärmentwicklung durch das Klavierspiel gingen weit über die ortsübliche Nutzung hinaus. Es sei in Wohngebieten nicht üblich, dass Berufsmusiker ihre Übungseinheiten in ihrer Privatwohnung absolvierten. Auch verstoße das Klavierspiel der Ehefrau des Beklagten wegen seiner langen Dauer und der Lautstärke gegen das von der Hausord-

nung vorgesehene Verbot von Ruhestörungen. Die Überschreitung eines Grundgeräuschpegels von mehr als 10 dB bedeute bereits eine wesentliche Lärmstörung. Diese Grenze werde in seiner Wohnung während des Klavierspiels aus der Wohnung des Beklagten regelmäßig überschritten, insbesondere wenn die Pianistin bei geöffneten Fenstern spiele. Es seien gesundheitliche Schädigungen bei ihm, dem Kläger, und seiner Lebensgefährtin zu befürchten.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung. Seine Ehefrau befinde sich in einer musikalischen Ausbildung und spiele maximal 4 Stunden pro Tag, wobei sie die Nachtruhezeiten von 22.00 bis 6.00 Uhr strikt einhalte. Er, der Beklagte, habe die von einem Gutachter empfohlenen Schallschutzmaßnahmen durchgeführt, weil ihm bewusst gewesen sei, dass die Lebensgefährtin des Klägers und auch ein in der übernächsten Wohnung lebendes Ehepaar beruflich gezwungen seien, untertags in der Wohnung auszuruhen bzw zu schlafen. Er habe aber nun den Eindruck gewonnen, dass der Kläger und seine Lebensgefährtin überempfindlich seien.

Das **Erstgericht** erkannte den Beklagten schuldig, darauf hinzuwirken, dass in seiner Mietwohnung aufhältige Personen die Ausübung des Klavierspiels, mit Ausnahme einer **maximal 4-stündigen täglichen Übungszeit von Montag bis Freitag zwischen 8.00 und 12.00 Uhr und zwischen 15.00 und 18.00 Uhr und nur an Werktagen**, unterließen. Das Mehrbegehren der auf eine weitergehende Beschränkung der täglichen Übungszeit wurde ebenso wie Punkt 1.) des Klagebegehrens abgewiesen. Den von ihm festgestellten, vom Berufungsgericht gebilligten und im Wesentlichen bereits eingangs wiedergegebenen Sachverhalt beurteilte es rechtlich dahin, ein Anspruch auf Unterlassung des Klavierspielens in der Wohnung des Beklagten bestehe nicht, da Klavierspielen in einer Wohnung grundsätzlich als ortsüblich zu dulden sei. Einem Musikstudenten sei auch eine entsprechend intensive Übungszeit zuzugestehen. Allgemein übliche Ruhezeiten am Abend, während der Nacht, zu Mittag und an Wochenenden und Feiertagen seien einzuhalten. Eine Übungszeit von 4 Stunden sei noch als übliche und zumutbare widmungsgemäße Wohnungsbenützung anzusehen. Allerdings dürfe die Musikausübung nur zu einer Zeit erfolgen, in der nach der Hausordnung das Musizieren erlaubt sei. Die Hausordnung sei als Vertrag zu Gunsten Dritter bzw als Beschreibung des Ortsüblichen zu werten. Die Regelung in der Hausordnung, wonach jegliches Lärmen an Sonn- und Feiertagen bzw Wochentagen nach 22.00 Uhr und vor 6.00 Uhr zu unterlassen sei, könne als vertragliche Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter zu Gunsten der jeweiligen Mitmieter gewertet werden. Insofern habe der Kläger das Recht, vom Beklagten die Einhaltung der Hausordnung zu verlangen und habe der Beklagte bzw seine Ehegattin das Musizieren an Wochenenden, Feiertagen und zu Ruhezeiten zu unterlassen.

Das **Gericht zweiter Instanz** gab der Berufung des Klägers nicht, der Berufung des Beklagten hingegen teilweise dahin Folge, dass es die Zeit, in der die **Ausübung des Klavierspiels** für in der Wohnung des Beklagten aufhältige Personen gestattet sei, **auf Samstage, Sonntage und gesetzliche Feiertage zwischen 15.00 Uhr bis 20.00 Uhr erweiterte**.

Das Berufungsgericht führte dazu im Wesentlichen aus, nach oberstgerichtlicher Judikatur sei - wie hier - ohne Zuhilfenahme technischer Schallverstärker ausgeübtes Klavierspiel als ortsüblich anzusehen. Der Oberste Gerichtshof habe auch ausgesprochen, es könne als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass die Beschränkung auf "Zimmerlautstärke" sinnvolles Musizieren auf dem Klavier

selbst beim Übungsspiel nicht immer ermögliche. Entgegen der Behauptung des Klägers müsse bei Geräuschimmissionen das Unterlassungsgebot nicht in jedem Fall durch den zulässigen Geräuschpegel eingegrenzt werden. Das Rücksichtnahmegebot auf Nachbarn sei durch die vom Erstgericht verfügte Einschränkung der Übungszeiten ausreichend erfüllt. **Das Erstgericht habe sich bei der Beschränkung der Übungszeiten an die vom Obersten Gerichtshof vorgegebene Maximalzeit von 4 Stunden täglich gehalten.** Auch die Beschränkungen hinsichtlich der Tageszeit an Werktagen entsprächen einer angemessenen Übungszeit. Außer Betracht zu bleiben habe die Frage der Probleme der Berufsausübung der Lebensgefährtin des Klägers. Es stünden im vorliegenden Fall die Interessen der Berufsausübung des Partners der einen Prozesspartei gegen die Interessen der Berufsausübung des Partners der anderen Prozesspartei. Ein Vorrang für die Berufsausübung eines der beiden Mitbewohner könne nicht unterstellt werden. Gleiches gelte für die Berufsausübung des Klägers selbst. Dessen Berufung sei daher zur Gänze der Erfolg zu versagen gewesen.

Hingegen sei die Berufung des Beklagten teilweise berechtigt. Eine Untersagung der Musikausübung durch Klavierspieler an Samstagen, Sonn- und Feiertagen sei nicht gerechtfertigt. Laut Hausordnung sei an Sonn- und Feiertagen bzw Wochentagen nach 22.00 Uhr und vor 6.00 Uhr jegliches Lärmen zu unterlassen. Ein als ortsüblich qualifiziertes Klavierspiel sei diesem Lärmverbot der Hausordnung nicht zu unterstellen. Zu berücksichtigen sei, dass bereits aus dem Charakter von Samstagen, Sonn- und Feiertagen sich eine erhöhte Rücksichtnahme auf andere ruhebedürftige Mitbewohner ergebe. Die vom Erstgericht angeordnete Beschränkung der Ausübung des Klavierspiels habe daher an diesen Tagen verschärft werden müssen; die Beschränkung des Klavierspiels an diesen Tagen auf die Zeit von 15.00 bis 20.00 Uhr trage dem Schutzbedürfnis der Mitbewohner Rechnung. Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Zwar sei es von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht abgewichen. Zur erheblichen Rechtsfrage, inwieweit besondere Umstände der Berufsausübung (Nachtdienste einer Sekundärärztin) besondere Umstände für eine Beschränkung des Klavierspieles darstellen könnten, bestehe aber noch keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes richten sich die Revisionen beider Streitteile wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung; der Kläger macht auch eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend. Während von ihm beantragt wird, die angefochtene Entscheidung in der Klage zur Gänze stattgebendem Sinn abzuändern, strebt der Beklagte eine Abänderung des Berufungsurteils dahin an, dass bei dem ihm bzw seiner Mitbewohnerin gestatteten Klavierspiel an den Wochenenden lediglich die Ruhezeiten von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr und zwischen 12.00 Uhr und 14.00 Uhr einzuhalten seien.

Beide Parteien haben eine Revisionsbeantwortung erstattet, in der sie jeweils beantragen, das Rechtsmittel des Prozessgegners entweder als unzulässig zurück- oder abzuweisen. **Beide Rechtsmittel sind zulässig, weil - im Anschluss an die beiden von den Vorinstanzen zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen 3 Ob 61/97k und 1 Ob 6/99k - eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs zu den von den Revisionswerbern aufgeworfenen Rechtsfragen angezeigt erscheint.** Während der Revision des Beklagten keine Berechtigung zukommt, ist das Rechtsmittel des Klägers im Sinne des von diesem hilfsweise auch gestellten Aufhebungsantrages berechtigt.

Zur Revision des Klägers:

Vorauszuschicken ist, dass Immissionen im Allgemeinen und Geräusch- bzw Lärmimmissionen im Besonderen nach § 364 Abs 2 ABGB dann untersagt werden können, wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Dabei sind die örtlichen Verhältnisse in beiden Belangen zu beachten (RIS-Justiz RS0010587). Die unzulässige Einwirkung wird demnach durch zwei Kriterien bestimmt: einmal, dass die Störung nicht (mehr) ortsüblich ist, und zum anderen, dass die ortsübliche Benutzung des Grundstücks durch den Eingriff wesentlich beeinträchtigt wird (1 Ob 19/93, SZ 66/147 uva). Da diese beiden Kriterien kumulativ vorliegen müssen, sind selbst übermäßige Immissionen zu dulden, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen, aber auch dann, wenn sie das ortsübliche Maß nicht übersteigen, obwohl die ortsübliche Nutzung des Grundstücks durch sie wesentlich beeinträchtigt wird (8 Ob 372/97g, RdU 1998, 150; 1 Ob 6/99k, SZ 72/205 = im-molex 2000, 180 = EvBl 2000, 510/115 = RdU 2000, 110 = MietSlg 51.016 [34] = NZ 2001, 165; Spielbücher in Rummel3 § 364 ABGB Rz 13). Die Frage, ob eine Immission (noch) als ortsüblich zu beurteilen ist, ist nicht allein auf Grund rein empirischer Ergebnisse, sondern auch anhand normativer Wertungen zu prüfen; die Ortsüblichkeit ist somit auch ein wertungsabhängiger Rechtsbegriff (Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftung, 278 f). Gefährdet die Einwirkung die Gesundheit davon betroffener Menschen ganz allgemein, so kann sie nicht als ortsüblich beurteilt werden (1 Ob 6/99k; vgl auch JBI 1989, 41).

Bei der Auslegung der Begriffe "örtliche Verhältnisse" und "ortsübliche Benutzung" ist nicht jedenfalls auf die Gegebenheiten der jeweiligen politischen Gemeinde zurückzugreifen; je nach Lage des Falles sind auch nur die Verhältnisse bestimmter Teile einer Gemeinde darunter zu verstehen, weil auf die Umstände in der unmittelbaren Umgebung des betroffenen Objekts abzustellen ist (8 Ob 635/92, SZ 65/145; 8 Ob 372/97g). Namentlich in größeren Städten ist der betroffene Stadtteil ("Viertel") maßgeblich, doch können einige Häuser oder Gassen noch nicht als eigenes Viertel angesehen werden (vgl Oberhammer in Schwimann, ABGB2 § 364 Rz 12 mwN; 1 Ob 6/99k). Im vorliegenden Fall sind demnach für die Ortsüblichkeit der Störung und die ortsübliche Nutzung die im 11. Wiener Gemeindebezirk herrschenden Verhältnisse maßgeblich; es ist demnach von großstädtischen Wohnverhältnissen auszugehen.

**Die Frage, ob in einer derartigen Wohngegend Klavierspiel ortsüblich ist, kann nach hM nur unter bestimmten Voraussetzungen bejaht werden:**

Allgemeiner Erfahrung nach wird - anders als etwa Schlagzeug, Trompete und andere Blechblasinstrumente, mit denen wegen ihrer besonderen Lautstärke grundsätzlich in sog Proberäumen geübt wird - **gerade auch das Klavierspiel (ebenso wie etwa Blockflöte und Ziehharmonika) im städtischen Raum vielfach in Wohnungen erlernt und geübt. Demgemäß ist das Klavierspiel seit jeher in Wohnvierteln üblich** (Säcker in MünchKomm3 § 906 BGB Rz 103; 3 Ob 61/97k, wobl 1999/53; 1 Ob 6/99k; RIS-Justiz RS0112954 und RS0110281).

Als ortsüblich kann Klavierspiel (das wie anderes Musizieren auch besonders in Österreich zweifellos ein wesentlicher Kulturbestandteil ist), allerdings nur bezeichnet werden, soweit es nicht während der üblichen Ruhestunden - namentlich in der Mittagszeit und in den Nachtstunden - betrieben wird (1 Ob 6/99k, RIS-Justiz RS0112954). **Selbstredend kann auch nur zeitlich limitiertes Klavierspiel unter**

**den im Folgenden behandelten Einschränkungen als ortsüblich angesehen werden.** In der eben zitierten Entscheidung 3 Ob 61/97k hat der Oberste Gerichtshof im Fall einer Musikstudentin eine "Übungszeit" von 4 Stunden täglich als "übliche und den anderen Hausbewohnern zumutbare widmungsgemäße Wohnungsbenützung" gebilligt und die Vorinstanzen haben sich an dieser Entscheidung (sowie an der ebenfalls bereits erwähnten, in einem Provisorialverfahren ergangenen Entscheidung 1 Ob 6/99k, in der tägliches Klavierspiel in der Dauer von insgesamt 4 Stunden als die ortsübliche Benutzung einer Mietwohnung nicht wesentlich beeinträchtigend erachtet wurde) orientiert.

Der Kläger widerspricht in der Revision den Auffassungen der Vorinstanzen vor allem im Hinblick auf den Umstand, dass seine Lebensgefährtin als Turnusärztin einer Arbeitseinteilung unterworfen sei, die es notwendig mache, zu unregelmäßigen Zeiten und auch untertags zu schlafen. Entsprechende, auf die Aussage seiner Lebensgefährtin als Zeugin zu stützende Feststellungen über deren Lebens- und Arbeitsumstände wären zu treffen und daraus das Gebot einer besonderen Rücksichtnahme und daher einer weitgehenden Einschränkung des Klavierspiels der Ehegattin des Klägers abzuleiten gewesen. Da die Lebensgefährtin durch das gegenständliche Klavierspiel feststelltermaßen beim Ausruhen nach dem Nachtdienst empfindlich gestört werde, müssten gesundheitliche Beeinträchtigungen der Lebensgefährtin befürchtet werden. Es gelte daher nicht, wie das Berufungsgericht meine, das Erwerbsinteresse der Ehefrau des Beklagten gegen jenes der Lebensgefährtin abzuwägen, sondern es müsse dem Recht der Lebensgefährtin auf körperliche Unversehrtheit sowie Gesundheit der Vorrang gegenüber dem bloßen Erwerbsinteresse der Ehegattin des Beklagten eingeräumt werden.

Der erkennende Senat hat dazu erwogen:

Wie schon einleitend erwähnt, **hängt der gegenständliche Unterlassungsanspruch davon ab, ob das Klavierspiel in der Wohnung des Beklagten im Ausmaß von 4 Stunden täglich das ortsübliche Maß überschreitet und ob dadurch die ortsübliche Nutzung der Wohnung des Klägers** (zu dessen - unstrittiger - Klagslegitimation als Wohnungsmieter genügt der Hinweis auf die Entscheidung SZ 62/204, verst. Senat; uva) **wesentlich beeinträchtigt wird** (RIS-Justiz RS0010587).

Während die Entscheidung 3 Ob 61/97k diese Differenzierung nicht trifft, sondern sich mit dem allgemeinen Kriterium der Zumutbarkeit der Beeinträchtigung begnügt (vgl Größ, Nochmals: Immissionen durch Klavierspiel im Wohnhaus, wobl 1999, 189 [191]), wurde in der Entscheidung 1 Ob 6/99k zur ersteren Voraussetzung darauf hingewiesen, dass die Ortsüblichkeit von täglich vierstündigem Klavierspiel im deutschen Schrifttum (vgl etwa Roth in Staudinger BGB [1996] Rz 147 zu § 906; Gramlich in NJW 1985, 2132; aM Runge in NJW 1958, 1999) und auch in deutschen vorinstanzlichen Judikaten (vgl OLG Hamm in NJW 1981, 465 und OLG Frankfurt in NJW 1985, 2138) überwiegend verneint wurde. Eine abschließende Beantwortung dieser Frage konnte zu 1 Ob 6/99k allerdings unterbleiben, weil dem Rechtsmittel dort jedenfalls kein Erfolg beschieden sein konnte, da die ortsübliche Benutzung der betreffenden Nachbarwohnung durch das Klavierspiel in dieser Dauer nicht wesentlich beeinträchtigt wurde.

Da dies (nämlich die Frage der wesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung) im vorliegenden Fall auf der Basis des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts, wie zu erläutern sein

wird, noch nicht verlässlich beurteilbar ist, muss zunächst auf die Frage der Ortsüblichkeit von täglichem Klavierspiel in der Dauer von 4 Stunden eingegangen werden.

Die Beurteilung einer Immission als ortsüblich erfolgt auf der Grundlage eines Vergleichs der Benützung des störenden (nicht des betroffenen) Grundstücks mit anderen Grundstücken des betreffenden Gebietes (vgl Säcker aaO Rz 86 mwN aus deutscher Judikatur und Lehre). In der Regel **hängt die Ortsüblichkeit von Immissionen in dem zu betrachtenden Raum davon ab, ob schon eine größere Anzahl von Grundstücken (hier Wohnungen) dieses Gebietes so genutzt wird, dass Einwirkungen von ihnen ausgehen, die den zu beurteilenden Immissionen entsprechen** (Koziol, Haftpflichtrecht II2 322 mwN). **Demnach müsste, um Ortsüblichkeit bejahen zu können, tägliches vierstündiges Klavierspiel (das wohl ausschließlich von einer relativ ganz geringen Anzahl von Klavierstudenten und Konzertpianisten betrieben wird) im 11. Wiener Gemeindebezirk als üblich angesehen werden können. Dies muss wohl sehr bezweifelt werden.**

Säcker aaO Rz 103 meint, dass **berufsmäßige Musik- oder Gesangsausbübung in einer Mietwohnung grundsätzlich nicht ortsüblich sei. Selbst Größ**, der aaO die Entscheidung 3 Ob 61/97k, im Gegensatz zu Gaisbauer, Klavierspielen in Mietwohnung und Nachbarrecht, wobl 1999, 85, im Ergebnis billigt, **bezweifelt die Ortsüblichkeit von täglichem Klavierüben in der Dauer von 4 Stunden; lediglich ein bis zwei Stunden seien wohl noch als ortsüblich anzusehen.** Diese Auffassung wird auch von Gaisbauer aaO vertreten und kann als im deutschen Schrifttum und vorinstanzlichen Entscheidungen herrschende Meinung bezeichnet werden (NJW 1981, 465; NJW 1985, 2138 jeweils mwN ua).

**Dieser Meinung schließt sich auch der erkennende Senat an. Muss demnach die Ortsüblichkeit von 4 Stunden Klavierspiel verneint werden, stellt sich die Frage, ob durch die gegenständlichen Klavierübungen die ortsübliche Nutzung der Mietwohnung des Klägers wesentlich beeinträchtigt wird** und damit die zweite Voraussetzung für den gegenständlichen Unterlassungsanspruch erfüllt wäre.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die von einer Wohnung ausgehende Musik die ortsübliche Benützung der Nachbarwohnung wesentlich beeinträchtigt, ist nach hM (Koziol, Haftpflichtrecht II2 324; Oberhammer aaO § 364 Rz 16; JBI 1990, 786; wobl 1999, 100 uva) nicht bloß die (objektiv messbare) Lautstärke, sondern auch die subjektive Lästigkeit maßgebend, für die vor allem die Tonhöhe, die Dauer und die Eigenart der Geräusche entscheidend sind (RIS-Justiz RS0010557). Die Erheblichkeit der Störungen durch Klavierspiel im Besonderen wird bekanntlich auch noch dadurch gesteigert, dass beim Üben auch eintönige Fingerübungen absolviert werden müssen; zu berücksichtigen ist auch, dass sich eine besondere Lästigkeit von Musikimmissionen auch aufgrund des sog Erwartungseffekts bei Wiederholungen von Musikübungen ergibt (vgl Gaisbauer aaO 86 mwN). Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Ehefrau des Beklagten die schwierigsten Stellen der Klavierstücke häufig - nach ihren eigenen Angaben (AS 73) bis zu 20mal - übt und wiederholt. Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung der Wohnung vorliegt, ist nicht auf die besondere Empfindlichkeit der betroffenen Person, sondern auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der Lage des Beeinträchtigten abzustellen (RIS-Justiz RS0010557). Die Umsetzung dieses Maßstabes begegnet allerdings deshalb großen Schwierigkeiten, weil zum einen das Empfinden des

"normalen" Durchschnittsmenschen nur sehr schwer, wenn überhaupt bestimmbar ist und zum anderen die Einschätzung des Klavierspielens auch im besonderen Maß von der persönlichen Einstellung abhängt (Größ, aaO 192).

Wie der Oberste Gerichtshof in 1 Ob 6/99k - anknüpfend an deutsche Judikatur und Lehre - weiter ausführte, erfordert es der nach dem Nachbarrecht gebotene sozialrelevante Interessenausgleich, die Frage nach der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung vom Standpunkt eines verständigen Durchschnittsmenschen aus zu beantworten, der auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte wenigstens auch Bedacht nimmt. **Es kommt also nicht auf die individuelle Person des mehr oder minder sensiblen Nachbarn, sondern auf das Empfinden des Durchschnittsmenschen an, wobei dahin zu differenzieren ist, dass nicht etwa das Empfinden eines von den gegebenen örtlichen Verhältnissen losgelösten Durchschnittsmenschen schlechthin, sondern jenes des verständigen Durchschnittsbenützers des betroffenen Grundstückes in dessen konkreter Beschaffenheit maßgebend ist** (Säcker aaO, § 906 Rz 34 f; Roth aaO Rz 159 zu § 906), **also eines Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet** (RIS-Justiz RS0010607).

Der erwähnte Interessenausgleich erfordert von beiden Seiten (sowohl von Seiten des Klavierspielers als auch der Benutzer der benachbarten Wohnungen) gegenseitige Rücksichtnahme und Toleranz. Beim Zusammenleben mehrerer Personen in einem Haus sind dadurch bedingte Unannehmlichkeiten grundsätzlich in Kauf zu nehmen (ImmZ 1985, 397); es ist ein akzeptabler Ausgleich der gegenläufigen Interessen zu finden (1 Ob 6/99k). Auf die besondere Empfindlichkeit einer Person ist, wie bereits betont wurde, nicht Bedacht zu nehmen. Besondere Umstände (Krankheit, Aufenthalt von Kleinkindern) können allerdings eine besondere nachbarrechtliche Rücksichtnahme gebieten (1 Ob 6/99k, RIS-Justiz RS0112954).

**Um einen fairen Interessenausgleich in diesem Sinne bewerkstelligen zu können, ist - wie schon das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - das Erwerbs- und Ausbildungsinteresse der Ehefrau des Beklagten dem Bedürfnis des Klägers und seiner Lebensgefährtin nach Ruhe bzw in ihrem Lebensrhythmus möglichst nicht gestört und beeinträchtigt zu werden, gegenüberzustellen.**

Aus dem allgemeinen nachbarschaftlichen Rücksichtnahmegebot und dem Zweck des § 364 Abs 2 ABGB, die langfristigen Interessen an einer Wohnungsnutzung zu schützen und einen Ausgleich zwischen Nachbarn herbeizuführen, **lässt sich die Pflicht ableiten, Immissionen, die zwar zulässig sind, möglichst unter Schonung des davon betroffenen Nachbarn zu erzeugen, weil andernfalls der angestrebte Interessenausgleich nur unvollkommen verwirklicht wäre** (Größ aaO 193). Es sind nach überwiegender Meinung von Pianisten diverse Lärmschutzvorrichtungen zu verlangen, wie etwa bautechnische Schallschutzmaßnahmen und das Üben unter Einsatz eines sog Dämpfers, dessen Verwendung allerdings nicht bei jeglichem Übungsspiel verlangt werden kann, da dies die musikalischen Fortschritte eines angehenden Pianisten empfindlich hemmen würde (Größ aaO 193).

Führt man sich dies alles vor Augen, so können die Fragen, die eine entsprechende Interessenabwägung aufwirft, auf der Basis des von den Vorinstanzen festgestellten Sachverhalts noch nicht ausreichend sicher beantwortet werden und erscheint daher eine Verfahrensergänzung unumgänglich:

Zunächst ist die Frage, mit welcher Lautstärke das Klavierspiel in der Wohnung des Klägers zu vernehmen ist, nicht hinreichend geklärt. Die betreffenden Feststellungen erscheinen etwas widersprüchlich: Einerseits wurde festgestellt, dass das Klavierspiel "nicht laut" zu vernehmen sei; andererseits steht aber fest, dass es doch so laut ist, dass Radiohören dabei nicht möglich ist und insbesondere so laut, dass auch in der übernächsten, hinter der Wohnung des Klägers gelegene Nachbarwohnung es noch so laut vernehmbar war, dass sich (auch) diese Nachbarn sogar zu Polizeiinterventionen veranlassen sahen. Ob in diesem Zusammenhang doch exakte Schallmessungen erforderlich sind, wird das Erstgericht zu entscheiden haben. Exakte Schallmessungen wären wohl dann erforderlich, wenn tatsächlich ob der hohen Lautstärke Gesundheitsbeeinträchtigungen zu befürchten wären. Die Frage der Lautstärke führt zur Frage, ob der Beklagte tatsächlich alle ihm - auch finanziell - zumutbaren Schallschutzmaßnahmen vorgenommen hat. Zu klären wird sein, inwieweit durch einen Teppich der vom Sachverständigen vorgeschlagene Wandverbau wirksam ersetzt wird bzw was die vom Erstgericht festgestellte weitere Maßnahme der Anbringung einer biegeweichen Vorsatzschale an der betreffenden Wohnungstrennwand bewirken könnte.

Je nachdem, wie gravierend sich eine nach allfälligen weiteren vom Beklagten zu fordernden Maßnahmen verbleibende Beeinträchtigung darstellt, wird auch die Notwendigkeit zu diskutieren sein, die Übungstätigkeit zumindest teilweise in einen Proberaum zu verlegen. Dabei fällt auf, dass in dem im erwähnten Kündigungsverfahren, in dem der (auch dort) Beklagte obsiegte, ergangenen Urteil festgestellt wurde, dass die Ehefrau des nunmehrigen Klägers, wenn sie am Tag länger als 4 Stunden üben müsse, "auf ein Klavier in der Schule ausweicht".

Um die Situation des Klägers und seiner Lebensgefährtin bzw deren gegenständliche Beeinträchtigung entsprechend einschätzen zu können, werden auch exakte Feststellungen über die berufsbedingt geänderten Ruhe- und Schlafzeiten der Lebensgefährtin erforderlich sein. **Da dies alles noch klärungsbedürftig erscheint, ist die vorliegende Rechtssache noch nicht entscheidungsreif.** Um die Frage, in welchem Ausmaß und unter welchen Konditionen der Kläger das gegenständliche Klavierspiel hinzunehmen hat bzw sein Unterlassungsbegehren gerechtfertigt ist, verlässlich beantworten zu können, wird das Erstgericht daher im aufgezeigten Sinne eine Verfahrensergänzung vorzunehmen und sodann neuerlich zu entscheiden haben.

#### Zur Revision des Beklagten:

Der Beklagte wendet sich allein dagegen, dass das Berufungsgericht die seiner Ehefrau zugebilligte maximale tägliche Übungszeit von 4 Stunden an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen anders als an den übrigen Tagen auf den Zeitraum von 15.00 Uhr bis 20.00 Uhr eingegrenzt hat. Eine zusätzliche Beschränkung des Klavierspiels am Wochenende sei vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. In der Entscheidung 3 Ob 61/97k habe der Oberste Gerichtshof eine derartige Beschränkung deshalb toleriert, weil die diesbezügliche "Einschränkung in der Musikausübung" nicht bekämpft worden und dort festgestellt worden sei, dass die Klavierspielerin ("die Störerin") ohnehin nur von 15.00 Uhr bis 19.00 Uhr am Nachmittag geübt habe. Im vorliegenden Fall sei festgestellt, dass seine Ehefrau oft auch am Vormittag übe, weshalb die Beschränkung des Musizierens am Wochenende jeweils nur von 15.00 bis 20.00 Uhr einen unzulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit bedeute.

Dem hält der Kläger in seiner Revisionsbeantwortung zutreffend entgegen, dass an Tagen, die - wie die Wochenenden und Feiertage - typischerweise der Erholung dienen, eine weitere Einschränkung der Übungszeit gerechtfertigt sei. Zwar wurden in der bereits wiederholt zitierten Entscheidung 1 Ob 6/99k der in Ausbildung zur Konzertpianistin stehenden Beklagten ausdrücklich als unumgänglich notwendig auch Übungszeiten an den Wochenenden grundsätzlich zugebilligt; aber auch in diesem Fall wurde dabei eine weitere zeitliche Beschränkung (dort auf die Zeit von 16.00 Uhr bis 21.00 Uhr) vorgenommen. Ebenso wie das Gebot der Rücksichtnahme es unter Umständen erfordern kann, dem Übungsbedarf eines Musikstudenten auch an Wochenenden Verständnis entgegenzubringen (auch die Hausordnung, die "Lärmen" an Sonn- und Feiertagen verbietet, steht dem – entgegen der Ansicht des Klägers - nicht entgegen), erscheint es angezeigt, **dem besonderen Erholungscharakter von Wochenenden und Feiertagen durch eine (weitere) Einschränkung der Übungszeit Rechnung zu tragen**. Ohne dass dazu noch zusätzliche Sachverhaltsfeststellungen bzw Informationen erforderlich wären, erscheint die vom Beklagten angestrebte Ausweitung der seiner Ehefrau gestatteten Übungszeiten über die vom Berufungsgericht festgesetzten noch hinaus jedenfalls nicht vertretbar. Der Revision des Beklagten war daher ohne Weiteres ein Erfolg zu versagen.

## **b) Urteil zu Beeinträchtigungen durch Hundegebell**

### **7 Ob 327/98h**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Dr. Huber, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Schaumüller als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Karoline B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Prüfling, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. Mag. Christian G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christoph Brenner und Dr. Alexander Riel, Rechtsanwälte in Wien, 2. Eva Violaine G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Remigius Etti, Rechtsanwältin in Brunn am Gebirge, wegen Unterlassung infolge Revisionen der Klägerin und der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien vom 26. Juni 1998, GZ 12 R 231/97x-38, womit das Urteil des Landesgerichtes Krems an der Donau vom 5. September 1997, GZ 3 Cg 67/96g-30, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

- 1.) Die Urteile der Vorinstanzen werden insoweit als Teilurteil bestätigt, als damit das Begehren, die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, von ihrem Grundstück Nr 146/1 inneliegend der EZ 417 des Grundbuches 12.222 P\*\*\*\*\*, Grundstücksadresse A\*\*\*\*\*, infolge der dort betriebenen Hundezucht ausgehenden Einwirkungen auf das Grundstück der klagenden Partei Nr 142/7 inneliegender EZ 345 des Grundbuches 12.222 P\*\*\*\*\*, Grundstücksadresse A\*\*\*\*\*, durch Hundegeheule, laute Kommandos, Exkrementengeruch und abgeschwemmte Exkremente zu unterbinden bzw zu unterlassen, abgewiesen wurde (Punkt 2. des Spruches des Berufungsgerichtes).
- 2.) Den Revisionen der beklagten Parteien wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden im Übrigen, also betreffend den Ausspruch über das Begehren, die beklagten Parteien mögen zur ungeteilten Hand schuldig erkannt werden, von ihrem zu 1.) genannten Grundstück infolge der dort betriebenen Hundezucht ausgehenden Einwirkungen auf das zu 1.) genannte Grundstück der klagenden Partei durch Hundegebell zu unterbinden bzw zu unterlassen, aufgehoben. Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens wird der Endentscheidung vorbehalten.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist seit 1968 Eigentümerin einer Liegenschaft in P\*\*\*\*\* mit dem Grundstück Nr 142/7, auf dem ein Einfamilienhaus mit Garten errichtet ist. Die Beklagten sind seit 1985 je zur Hälfte Eigentümer der benachbarten Liegenschaft, zu der unter anderem das Grundstück Nr. 146/1 gehört, das unmittelbar an das Grundstück der Klägerin, und zwar dorthin abfallend, angrenzt. Auf der Liegenschaft der Beklagten steht ebenfalls ein Einfamilienhaus mit Garten. Die Zweitbeklagte betreibt dort eine Hundezucht. Nach dem Flächenwidmungsplan der Marktgemeinde S\*\*\*\*\* liegen die Grundstücke der Streitparteile im Bauland-Wohngebiet. Die unmittelbar an sie anschließenden Gründe sind als Grünland-Landwirtschaft gewidmet und werden auch landwirtschaftlich genutzt. Die Grundstücke liegen in der Gartensiedlung "Am S\*\*\*\*\*". Am gesamten S\*\*\*\*\* ist zeitweise der Geruch von Jauche und Lärm von landwirtschaftlichen Maschinen vernehmbar. In unmittelbarer Nähe führt auch die Bahnstrecke vorbei. Ab 6.00 Uhr früh fährt dort etwa stündlich ein Zug. Auch in anderen Haushalten in der Umgebung der Klägerin werden Hunde gehalten, deren Gebell auf der Liegenschaft der Klägerin zu vernehmen ist. Aus den benachbarten Gärten ist weiters der Lärm von Elektromähern zu vernehmen.

Die Zweitbeklagte hält auf der Liegenschaft insgesamt 31 Hunde, und zwar 13 erwachsene Chow-Chows, 11 Chow-Chowwelpen und 7 Pekinesen. Der sich über die Grundstücke Nr. 142/7, 142/1 und 146/2 erstreckende Garten der Beklagten ist für die Hunde in vier Reviere eingeteilt. Das Revier auf dem Grundstück Nr. 146/1 hat ein Ausmaß von 10 x 35 m. Der östlich dieses Reviers gelegene Grundstücksteil führt zu einem Zubau des Hauses der Beklagten und ist größtenteils mit Kies bedeckt.

Die Reviere werden durch Maschendrahtzäune voneinander abgegrenzt. Seit 1994 verwahrt die Zweitbeklagte die Hunde in der Zeit von 22.00 Uhr bis 9.00 Uhr im Zubau. Dort erfolgt auch die Fütterung. Um 9.00 Uhr werden die Hunde in die Reviere im Garten entlassen. Im Revier unmittelbar anschließend an das Grundstück der Klägerin halten sich untertags drei bis vier Chow-Chows und im Bereich des Zubaus vor der Terrasse ein bis drei weitere Hunde auf. Den Hunden ist es wegen der Maschendrahtzäune nicht möglich, selbstständig die Reviere zu verlassen. Die Hundexkremente werden von der Zweitbeklagten eingesammelt und in einem Kompostbehälter entsorgt. Hunde mit Durchfall werden nicht in den Garten gelassen. Auch bei stark anhaltenden Regenfällen werden die Hundexkremente entfernt. Es kann nicht festgestellt werden, daß bei Regen oder Schneeschmelze Kot- und Urinreste auf die Liegenschaft der Klägerin geschwemmt werden. Weiters kann nicht festgestellt werden, daß auf dem Grundstück der Klägerin Fliegenschwärme infolge der von der Zweitbe-

klagen gehaltene Hunde auftreten. Im Sommer ist je nach Witterung, insbesondere Wärme und Windrichtung, Hundegeruch auf der Liegenschaft der Klägerin wahrzunehmen.

Die Hunde beginnen immer zu bellen, wenn jemand an der Wohnungstür läutet oder ein Fremder den Garten der Beklagten betritt. Die Zweitbeklagte bemüht sich, das Melden der Hunde sofort durch das Kommando "ruhig" zu beenden. Die Hunde stellen auf dieses Kommando das Bellen ein. Das Bellen dauert nur Sekunden an. Die Kommandos der Zweitbeklagten erfolgen in normaler Lautstärke. Der Tonfall ist ein kurzes herrisches Ansprechen. Die Zweitbeklagte begibt sich auch zu den bellenden Hunden und beruhigt diese. Manchmal reicht ein Klatschen in die Hände, damit die Hunde das Bellen einstellen.

Wenn Samstag Mittag die Sirenen der Ortschaften ertönen, reagieren die Hunde mit Gebell. Besonders stark auf das Sirengeräusch reagierende Hunde werden in das Haus geholt. Wenn die Zweitbeklagte ihr Anwesen verläßt und auch sonst niemand zu Hause ist, werden die Hunde aus ihren Revieren in den Zubau geholt. Es kann nicht festgestellt werden, daß die Hunde kampftartigen Lärm und Heulen verursachen.

Die Hunde fangen bei jeder Bewegung und bei jedem Geräusch in der Umgebung, insbesondere auch auf der Nachbarliegenschaft, sofort zu bellen an. Sie bellen etwa, wenn die Klägerin ihre Bäume schneidet, jätet oder das hohe Gras entfernen will, wenn sie die Wäsche aufhängt oder wenn sie sich zur Regentonne begibt oder den Garten gießt. Die Klägerin hält sich jedes Jahr von Mai bis Oktober in ihrem Anwesen in P\*\*\*\*\* auf. Sie leidet unter Bluthochdruck, hat bereits mehrere Schlaganfälle erlitten und soll strenge Ruhe einhalten. Das Hundegebell macht sie nervös. Sie hat Angst, wenn die Hunde die Zähne fletschen. Besonders belastet empfindet es die Klägerin, daß sie immer dann, wenn sie aus dem Haus tritt, sofort von einem Hund angebellt wird. Sie fühlt sich insbesondere deshalb in ihrer Lebensqualität in P\*\*\*\*\* beeinträchtigt, weil sie alle von der Fremdenverkehrswirtschaft propagierten Vorzüge des K\*\*\*\*\*ales als Erholungsgebiet nicht genießen kann. Der Ehemann der Klägerin (der nach Schluß der Verhandlung erster Instanz verstorben ist), war schwer herzkrank und empfand das Hundegebell derart belastet, daß er sich in das Haus zurückzog, wenn die Hunde zu bellen begannen.

Die Ehe der Beklagten wurde mit Beschluß vom 13. 2. 1997 rechtskräftig geschieden. Der Erstbeklagte hat am 29. 6. 1996 den gemeinsamen Haushalt verlassen. Er ist nach wie vor Präsident des von ihm 1995 gegründeten Hundevereines "Ö\*\*\*\*\*", mit dem Sitz in P\*\*\*\*\*. Die Zweitbeklagte ist die Obmannstellvertreterin. Die Vereinsarbeit wurde vom Erstbeklagten geleistet. Der Verein verfügt derzeit über 50 Mitglieder. Mitglied wird insbesondere jeder Hundebesitzer, der einen Hund aus der Zucht der Zweitbeklagten kauft. Nach den Statuten des Vereines ist der Eigentümer der Hunde der Verein.

Seit dem Auszug aus dem gemeinsamen Haushalt nahm der Erstbeklagte keinen Einfluß mehr auf die Hundehaltung und verrichtete auch keinerlei Arbeiten im Zusammenhang mit der Hundezucht.

Bei Chow-Chows und Pekinesen handelt es sich um ruhige Hunderassen.

Die Klägerin beehrte, die Beklagten schuldig zu erkennen, die von ihrem Grundstück Nr 146/1 infolge der dort betriebenen Hundezucht ausgehenden Einwirkungen auf das Grundstück Nr 142/7 durch Hundegebell und -geheule, laute Kommandos, Exkrementengeruch und abgeschwemmte Exkremente zu unterlassen. Durch die Lärm- und Geruchsbelästigungen werde die ortsübliche Nutzung des

Grundstückes der Klägerin als Wochenend- und Feriendomizil im Erholungsgebiet K\*\*\*\*\*tal wesentlich beeinträchtigt. Die Hundezucht werde mit Wissen und Duldung des Zweitbeklagten betrieben.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Der Erstbeklagte wendete ein, daß er keine Möglichkeit habe, auf die Art und Weise der Hundehaltung durch die Zweitbeklagte einzuwirken. Im anhängigen Aufteilungsverfahren nach §§ 81 ff EheG erhebe er keinen Anspruch auf seinen Liegenschaftsanteil. Eine Haftung als bloßer bisheriger Eigentümer komme nicht in Betracht.

Die Zweitbeklagte bestritt die behaupteten Beeinträchtigungen der Liegenschaft der Klägerin durch die Hundehaltung. Durch allfällige Immissionen werde das ortsübliche Maß nicht überschritten. Die Klägerin sei infolge ihres schlechten Gesundheitszustandes überdurchschnittlich sensibel.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Das Halten und auch das Züchten von Hunden sei im Waldviertel und insbesondere im P\*\*\*\*\* als ortsüblich anzusehen. Eine übermäßige Immission durch Hundegebell und Kommandorufe auf das Nachbargrundstück sei nach den Feststellungen nicht anzunehmen. Die besondere Sensibilität der Klägerin sei nicht zu berücksichtigen. Der Erstbeklagte sei im übrigen faktisch nicht in der Lage, allfällige Einwirkungen zu verhindern.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil teilweise dahin ab, daß es die Beklagten schuldig erkannte, die von ihrem Grundstück Nr 146/1 ausgehenden Einwirkungen auf das Grundstück Nr 142/7 durch Hundegebell zu unterbinden. Die Abweisung des Mehrbegehrens, die Einwirkung durch Hundegeheule, laute Kommandos, Exkrementengeruch und abgeschwemmte Exkremamente zu unterbinden, bestätigte es. Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 260.000 übersteige und daß die ordentliche Revision zulässig sei. Das auf der unmittelbar an das Grundstück der Klägerin anschließenden Parzelle ausgehende Gebell sei nicht mit den anderen zum Landleben gehörenden Geräuschen vergleichbar. Man müsse kein kranker und sensibler Mensch sein, um die festgestellten regelmäßig wiederkehrenden Geräuschbelästigungen durch Hundegebell als unerträglich zu empfinden. Die Beklagten seien als Miteigentümer der Liegenschaft, von der die Störung ausgehe, notwendige Streitgenossen. Eine Haftung des Liegenschaftsmiteigentümers sei nur in Ausnahmefällen zu verneinen, jedenfalls aber dann nicht, wenn der Hälfteigentümer, so wie hier, die vom anderen Hälfteigentümer betriebene Hundezucht dulde, obwohl er sie rechtlich verhindern könnte. Das sonstige Unterlassungsbegehren sei hingegen abzuweisen, weil das Begehren, "laute" Kommandos anders zu unterlassen, zu unbestimmt sei und die weiters behaupteten Immissionen nicht erwiesen seien. Die Revision sei zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Passivlegitimation des Hälfteigentümers einer Liegenschaft, der die Liegenschaft nicht mehr benütze und an der Entstehung der Immission nicht mehr mitwirke, fehle.

Gegen den abweisenden Teil der Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin. Den stattgebenden Teil bekämpfen sowohl der Erstbeklagte als auch die Zweitbeklagte mit Revision. Die Revisionen sind zulässig; jene der Beklagten sind auch - im Sinne einer Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen in dem von den Beklagten angefochtenen Umfang - berechtigt. Die Revision der Klägerin ist hingegen nicht berechtigt.

Zur Revision der Klägerin:

Nach ständiger Rechtsprechung muß bei einer Unterlassungsklage die Unterlassungspflicht so deutlich gekennzeichnet sein, daß ihre Verletzung gemäß § 355 EO ohne Umsetzungsschwierigkeiten exekutiv erfaßt werden kann (vgl. ÖBl 1972, 152 ua). Die Abgrenzung verbotenen Verhaltens von zulässigem Verhalten muß derart bestimmt sein, daß es zu keiner Verlagerung des Rechtsstreites in das Exekutionsverfahren kommt (1 Ob 520/94). Die Abgrenzung darf nicht erst im Zuge des Zwangsvollstreckungsverfahrens erfolgen. Bei einem allfälligen Impugnationsstreit darf nur mehr beurteilt werden, ob ein späterer Sachverhalt gegen das frühere Verbot verstieß (SZ 67/138). Das Begehren, "laute" Kommandos zu unterlassen, entspricht nicht diesen Kriterien, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat.

Selbst bei Berücksichtigung des Orts- und Sprachgebrauches und der Regeln des Verkehrs (vgl. 6 Ob 40/97v) ist objektiv nicht nachvollziehbar, wann die Grenze zwischen einem sich noch innerhalb der Ortsüblichkeit haltenden, keine wesentliche Beeinträchtigung des Nachbargrundstückes nach sich ziehenden Geräuschpegel eines oder mehrerer gesprochener Worte überschritten ist. Insoweit wurde das Klagebegehren schon mangels näherer Beschreibung der Art und Lautstärke der zu unterlassenden "Kommandos" im Urteilsbegehren zu Recht abgewiesen.

Soweit die Klägerin in ihrer Revision zu begründen versucht, warum entgegen den Ausführungen des Erstgerichtes auf der Hand liege, daß Hundeurin und Hundexkrementen auf ihr niedriger gelegenes Grundstück gelangten und einen entsprechenden Geruch verbreiteten, wendet sie sich in Wahrheit in unzulässiger Weise gegen die vom Berufungsgericht gebilligte Beweiswürdigung des Erstgerichtes und geht nicht von den getroffenen Negativfeststellungen aus. Die Ausführungen, daß Hundegebell auch Heulgeräusche umfasse und deshalb auch dem Begehren betreffend das Hundegeheul stattgegeben hätte werden müssen, übersehen, daß die Klägerin neben dem Bellen das Unterbinden des - durchaus anders gearteten - Heulens begehrt hat, aber nicht feststeht, daß die Hunde auch derartige entsprechend störende Geräusche von sich geben.

Die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt insoweit nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die das Berufungsgericht bereits verneint hat, können in der Revision nicht neuerlich mit Erfolg geltend gemacht werden.

Zur Revision der Zweitbeklagten:

Ein Abweichen der Ausführungen des Berufungsgerichtes von den Feststellungen des Erstgerichtes ist zwar nicht erkennbar. Demnach beginnen die Hunde - es steht allerdings nicht fest wie viele gleichzeitig - aus den verschiedensten Ursachen zu bellen. Es liegt daher auf der Hand, daß die Zweitbeklagte nicht gleichzeitig jeden einzelnen Hund sofort beruhigen und das Bellen unverzüglich abstellen kann. Daß auch die 4 bis 7 Hunde, die sich auf der vom Urteilsbegehren umfaßten Parzelle tagsüber befinden, dementsprechend bellen, läßt sich ebenfalls aus den erstgerichtlichen Feststellungen ableiten. Mit der vom Berufungsgericht verwendeten Bezeichnung der Gartensiedlung, in der die Grundstücke der Streitparteien liegen, als "Erholungsgebiet" soll offensichtlich nicht auf den Flächenwidmungsplan Bezug genommen werden, sondern bloß der Beschreibung der örtlichen Gegebenheiten durch das Erstgericht und der gerichtsbekannteten Tatsache, daß das K\*\*\*\*\*tal einschließlich des Ortes P\*\*\*\*\*

ein beliebtes Ausflugsgebiet mit Wochenend- und Ferienwohnsitzen ist, Rechnung getragen werden. Auf diesen vom Berufungsgericht verwendeten Begriff kommt es auch nicht entscheidend an.

Lärmentwicklungen sind mittelbare Immissionen, die insoweit verboten werden können, als sie das ortsübliche Ausmaß überschreiten und die ortsübliche Benützung wesentlich beeinträchtigen. Bei der Frage der Ortsüblichkeit ist insbesondere auf die Lage des beeinträchtigten Grundstückes zu jenem, von dem die Störung ausgeht, sowie auf die Verhältnisse der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften abzustellen (SZ 65/145).

Bei der Beurteilung der Störungsintensität ist auf die Empfindlichkeit eines Durchschnittsmenschen abzustellen (7 Ob 2326/96a mwN). Der klagende Nachbar hatte Überschreitung des ortsüblichen Geräuschpegels und die dadurch entstehende Unbrauchbarkeit seines Grundstückes zu beweisen. Die Frage der Ortsüblichkeit stellt im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichtes im wesentlichen eine Tatfrage dar. Die bisher getroffenen Feststellungen des Erstgerichtes zu dieser Frage lassen jedoch keine abschließende nachvollziehbare Beurteilung, ob das vom Grundstück der Beklagten ausgehende Hundegebell über den ortsüblichen Geräuschpegel hinausgeht zu. Das Verfahren ist daher mangelhaft geblieben.

Das Erstgericht führt hiezu - im Rahmen seiner Rechtsausführungen - einerseits aus, daß das Halten und auch das Züchten von Hunden im Waldviertel und insbesondere in P\*\*\*\*\* als ortsüblich anzusehen sei, andererseits hält es einige Zeilen später fest, daß in P\*\*\*\*\* sonst nirgends eine Hundezucht betrieben wird. Diese als Feststellungen zu wertenden Darlegungen sind in sich widersprüchlich und bedürfen noch entsprechender Aufklärung, weil nun unklar ist, ob das Züchten von Hunden in der näheren Umgebung der Liegenschaften der Streitteile üblich ist oder nicht. Vor allem aber steht - insoweit unbekämpft - fest, daß auch andere Hunde in der betreffenden Gartensiedlung gehalten werden, die ebenfalls bellen, wodurch entsprechender Lärm auf die Liegenschaft der Klägerin dringt. Daraus ergibt sich, daß die Hundehaltung und dementsprechend auch zumindest kurzfristiges mehrmaliges Bellen im Siedlungsgebiet, in dem die betroffenen Grundstücke der Streitteile liegen, durchaus ortsüblich ist. Wenn auch die Rechtsprechung nicht in allen Fällen eine exakte Dezibel-Nennung im Klagebegehren verlangt (vgl jüngst 2 Ob 55/99y) und das auf die Unterlassung von Hundegebell gerichtete Begehren infolge der ausreichenden Identifizierbarkeit des beanstandeten Geräusches ausreichend bestimmt anzusehen wäre, setzte eine Klagsstattgebung doch voraus, daß eine Überschreitung der allgemeinen Geräuschkulisse, insbesondere des sonstigen von umliegenden Grundstücken ausgehenden Hundegebells festzustellen wäre. Hiebei sind Länge und Intensität der Geräuscentwicklung anderer Hunde und jener der Beklagten einander gegenüberzustellen. Die Untersagung jeglichen Hundegebells kommt nach den derzeitigen Feststellungen, wonach Hundegebell durchaus ortsüblich ist, jedenfalls nicht in Betracht. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes übergeht die Tatsache, daß auch auf anderen Liegenschaften Hunde gehalten werden und nur die Vielzahl der von der Zweitbeklagten gehaltenen Hunde eine Lärmimmission verursachen können, wobei aber eben die Überschreitung der sonst üblichen Geräuscentwicklung feststehen müßte.

Zu diesem Zweck wäre es wohl unerlässlich gewesen, daß von der Klägerin als Beweismittel angebotene Tonband anzuhören. Von vorneherein von einer Manipulation auszugehen, wie dies in der Entscheidung des Berufungsgerichtes anklingt, stellt eine vorweggenommene Beweiswürdigung dar. Im

übrigen hat das Berufungsgericht selbst die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwendung einer Tonbandaufnahme, und zwar zu Recht (RZ 1973/146) bejaht, aber die diesbezügliche Mängelrüge der Klägerin in ihrer Berufung mit der unzureichenden Begründung abgetan, daß das Bellen der Hunde ohnehin feststehe, weshalb die Klägerin nicht beschwert sei. Da das Bellen der Hunde alleine noch keineswegs die Ortsüblichkeit oder Ortsunüblichkeit der Geräuschentwicklung beweist, ist die Abhörung der Tonbandaufnahme zur Beseitigung der von den Vorinstanzen nicht erkannten, oben aufgezeigten sekundären Feststellungsmängel durchaus angezeigt.

Zusammenfassend stehen der Annahme des Berufungsgerichtes, daß der ortsübliche Geräuschpegel wesentlich überschritten worden ist, keine entsprechend konkreten und nachvollziehbaren Feststellungen gegenüber. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren daher in diesem Punkt zur Klärung der aufgezeigten Umstände aufzuheben.

Zur Revision des Erstbeklagten:

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes richtet sich der Anspruch nach § 364 ABGB außer gegen den Störenden selbst auch gegen den Grundeigentümer. Für die Begründung der Haftung ist nicht erforderlich, daß der Nachbar selbst die störende Handlung herbeiführt. Verursacht sie ein Anderer, so wird eine Haftung des Grundnachbarn dann als gerechtfertigt erachtet, wenn der Eigentümer die Einwirkung duldet, obwohl er sie zu hindern berechtigt oder im Stande gewesen wäre. Die hievon abweichende Auffassung eines Teiles der Lehre, daß es nicht überzeugen könne, als Störer denjenigen zu behandeln, der die schädliche Einwirkung zu hindern unterläßt, wird in ständiger Rechtsprechung abgelehnt. Übereinstimmung herrscht hingegen darüber, daß die bloße Tatsache, daß eine von einem Dritten verursachte Immission vom Grundstück des Nachbarn diesen noch nicht verantwortlich macht. Es wird ein gewisser Zusammenhang zwischen Sachherrschaft und Immission gefordert (SZ 59/47 mwN), der jedoch bereits darin erblickt wird, daß der Eigentümer die Maßnahme duldet, obwohl er sie zu hindern berechtigt und dazu imstande gewesen wäre (SZ 67/131; SZ 68/101; 1 Ob 135/97p). Es genügt, wenn ein Anderer mit Zustimmung des Eigentümers der Liegenschaft das beeinträchtigende Unternehmen betreibt (1 Ob 135/97p mwN).

Im vorliegenden Fall benützt die Zweitbeklagte die Grundstücke zweifelsohne mit Zustimmung des Erstbeklagten als Miteigentümer der Liegenschaft, hat er doch selbst als Vereinsobmann an der Hundezucht mitgewirkt (die Behauptung, daß er die Obmannfunktion zurückgelegt habe, stellt eine im Revisionsverfahren unbeachtliche Neuerung dar) und nach seinem Weg ziehen von der Liegenschaft diese zur Gänze der Zweitbeklagten zur Nutzung nach ihrem Belieben und insbesondere auch zur Hundezucht überlassen. Daß er nicht gewillt ist, sich weiterhin um die nach wie vor in seinem Miteigentum stehende Liegenschaft zu kümmern, bedeutet noch nicht, daß er keine Möglichkeiten hätte, auf das Unterlassen von Immissionen hinzuwirken. Ihm stehen vielmehr als Miteigentümer die Teilhaberrechte der §§ 833 ff ABGB und damit rechtliche Dispositionsmöglichkeit zu (SZ 68/101). Eine Benützungsvereinbarung kann als Dauerrechtschuldverhältnis aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden (Gamerith in Rummel2 I, Rz 4 zu § 834 ABGB mwN).

Bei einer solchen Sachverhaltskonstellation bejaht auch die in der Revision des Erstbeklagten zitierte (im übrigen kritische) Stellungnahme von Lux in JBI 1995, 195 ff zu der in JBI 1995, 168 f wiedergege-

benen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 8 Ob 589/93 die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers für Störungshandlungen desjenigen, dem das Grundstück von ihm überlassen wurde.

Das bloße Desinteresse des Zweitbeklagten an seinem Miteigentumsanteil an der Liegenschaft enthebt ihn noch nicht der Verantwortlichkeit für die von der Liegenschaft ausgehenden Beeinträchtigungen der Nachbarliegenschaft. Die Passivlegitimation des Erstbeklagten ist daher zu bejahen, ohne daß auf die Frage der notwendigen einheitlichen Streitgenossenschaft eingegangen werden muss.

Im Fall einer Bejahung einer unzulässigen Immission durch Hundegebell wäre dem Klagebegehren insoweit daher auch gegenüber dem Erstbeklagten stattzugeben. Da aber eine abschließende Beurteilung, ob eine solche Lärmimmission überhaupt vorliegt, noch nicht möglich ist, waren die Entscheidungen der Vorinstanzen auch insoweit, als sie den Erstbeklagten betrafen, im Umfang der Stattegebung durch das Berufungsgericht aufzuheben.

### c) Urteile zu Beeinträchtigungen durch Katzen

#### OGH 13. 9. 2001, 8 Ob 94/01h

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer, Dr. Rohrer, Dr. Spenling und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Erich P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernhard Haid, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Hubert P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hugo Haslwanger, Rechtsanwalt in Telfs, wegen Unterlassung (Revisionsinteresse S 80.000), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 19. Dezember 2000, GZ 3 R 298/00w-40, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Silz vom 11. August 2000, GZ 3 C 357/98y-33, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Parteien haben die Kosten des Revisionsverfahrens selbst zu tragen.

Begründung:

Der in unmittelbarer Nachbarschaft des Klägers lebende **Beklagte hält seit über neun Jahren einen rotgetigerten Kater, der frei laufend nur zum Fressen und zum Schlafen auf den Hof des Beklagten kommt.**

**Dieser Kater treibt sich so wie andere Katzen ua auch am Hof des Klägers herum und hinterlässt dort Kot und Urin - fallweise auch auf dem für die Kühe zum Fressen bestimmten Heu - und markiert die Umgebung.** Nicht festgestellt werden konnte, dass er Krankheiten auf die Rinder des Klägers übertragen hat.

Die Gesundheit des Katers wurde vom Sprengeltierarzt festgestellt. Der Kater wurde im Laufe des Verfahrens kastriert. Nach der Kastration verschwindet bei Katzen das Markieren und Urinspritzen zumeist innerhalb weniger Tage. Auch beugt dies dem Streunen vor.

Mit verschiedenen Maßnahmen, wie etwa dem Einschalten von Gartensprenganlagen oder dem Erschrecken durch umgedrehte gespannte Mausefallen können Katzen von Grundstücken ferngehalten werden.

Im Wesentlichen zeigt der Kater des Beklagten ein völlig normales und auch ortsübliches Verhalten. Der Ortsteil, in dem die Streitparteien leben, hat eine sehr hohe Katzenpopulation, wobei diese ortsüblich frei laufend gehalten werden.

**Der Kläger begehrt, den Beklagten zu verpflichten, Vorkehrungen zu treffen, dass die auf seinem Grundstück gehaltene Katze nicht auf die Grundstücke des Klägers gelangt.** Er stützt dies zusammengefasst darauf, dass die Gefahr der Krankheitsübertragung durch die Katze bestehe und er bereits zwei Rinder wegen nicht geklärter Krankheit habe notschlachten müssen. Auch sei es im Wohnbereich des Klägers üblich, dass die Katzen jeweils am eigenen Hof bleiben. Es sei gemäß § 364 Abs 2 ABGB die unmittelbare Zuleitung untersagt. Auch nach der Kastration sei der Kater des Beklagten auf der Liegenschaft des Klägers unterwegs.

Der Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendet im Wesentlichen ein, dass es im Wohngebiet der Streitparteien wild freilaufende Katzen gebe und dies auch ortsüblich sei. Sein Kater habe weder eine ansteckende Krankheit noch hinterlasse er Kot auf der Liegenschaft des Beklagten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren im zweiten Rechtsgang ab. Es folgerte dabei rechtlich, dass unter Anwendung der Regelungen über die "Immissionen" davon auszugehen sei, dass diese nicht das ortsübliche Ausmaß überschreiten. Da es in dem Wohnbereich üblich sei, dass Katzen frei herumlaufen und auch sonst das Verhalten des Katers des Beklagten nicht von jenen der übrigen Katzen abweiche.

Auch stehe es dem Kläger ja frei, etwa seinen Gemüsegarten entsprechend abzuschirmen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es beurteilte den einleitend dargestellten Sachverhalt im Wesentlichen dahin, dass **nach den Regelungen über die Immission nach § 364 ABGB sowohl hinsichtlich des Maßes der Einwirkungen als auch jener der Beeinträchtigungen auf die Ortsüblichkeit abzustellen** sei. **Das Halten von frei laufenden Katzen sei jedoch für diesen Ortsteil üblich, da beinahe jeder Bewohner eine oder mehrere Katzen halte. Auch die übrigen festgestellten Verhaltensweisen des Katers des Beklagten gingen nicht über das ortsübliche Maß hinaus.**

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht als zulässig, da eine Judikatur des Obersten Gerichtshofes zur Frage, ob auch das Eindringen frei laufender Katzen auf Nachbargrundstücke analog den Regeln über die Immission zu behandeln sei, fehle.

Die gegen dieses Urteil erhobene Revision des Klägers ist unzulässig.

Zu der erneut erhobenen Mängelrüge ist darauf zu verweisen, dass nach ständiger Judikatur in der Berufung geltend gemachte Mängel des Verfahrens erster Instanz, die vom Berufungsgericht verneint wurden, nicht mehr mit der Revision gerügt werden können (vgl. Kodek in Rechberger ZPO2 § 503 Rz 3 mit zahlreichen wN).

Im Übrigen bekämpft der Kläger die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass die vom Grundstück des Beklagten durch das Übertreten des Katers des Beklagten auf die Grundstücke des Klägers eintretenden Beeinträchtigungen nach den Regelungen über die Immission nach § 364 ABGB zu beurteilen sind, nicht grundsätzlich, sondern releviert nur im Einzelnen die ihm durch den Kater des Beklagten zugefügten Schäden. Soweit er dabei weiter von dessen dominanten Verhalten ausgeht, entfernt er sich von den Feststellungen, wonach gar nicht festgestellt werden kann, ob dies auf den Kater nach der Kastration überhaupt noch zutrifft.

Allgemein bleibt festzuhalten, dass nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung die von einem Grundstück durch die Haltung von Tieren ausgehende Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken auch - neben der Verpflichtung des Halters nach § 1320 ABGB - unter dem Aspekt des Immissionsschutzes nach § 364 Abs 2 ABGB beurteilt wird (vgl. RIS-Justiz RS0011928; RIS-Justiz RS0011926; RIS-Justiz RS0010588 jeweils mwN; Spielbühler in Rummel ABGB3 § 364 Rz 7; Oberhammer in Schwimann ABGB2 § 364 Rz 5).

Wie der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 23. 2. 1999 zu 1 Ob 23/99k ausgeführt hat, **hängt die Frage, ob überhaupt von einer wesentlichen Nutzungsbeeinträchtigung als Voraussetzung für einen Anspruch nach § 364 Abs 2 ABGB auszugehen ist, im besonderen Maße von der Beurteilung der Umstände im Einzelfall ab.** Dies stellt aber regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO dar, da der Beantwortung dieser auf den Einzelfall abgestellten Fragen ja regelmäßig keine Bedeutung für die Wahrung der Rechtseinheit oder der Rechtsentwicklung zukommt. Ein Abweichen des Berufungsgerichtes von der bereits ergangenen Rechtsprechung, die es doch aus dem Aspekten der Rechtseinheit oder Rechtssicherheit erforderlich machen würden, diese Frage durch den Obersten Gerichtshof zu entscheiden, liegt nicht vor. **Wurde doch festgestellt, das Verhalten des Katers des Beklagten und die daraus ableitbaren Beeinträchtigungen ortsüblich ist und daher auch nicht die "ortsübliche Nutzung des Grundstückes" im Sinne des § 364 Abs 2 ABGB wesentlich beeinträchtigen kann.**

Mangels Vorliegens einer Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO war daher ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichtes zurückzuweisen (§ 510 Abs 3 ZPO).

#### **OGH 20. 6. 1989, 5 Ob 49/89**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Jensik, Dr. Zehetner, Dr. Klinger und Dr. Schwarz als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hans Peter J\*\*\*, Angestellter, Fattstraße 24 a, 6922 Wolfurt, vertreten durch Dr. Heinz Klocker, Rechtsan-

walt in Dornbirn, wider die beklagten Parteien 1.) Josef Friedrich S\*\*\*, Angestellter, und 2.) Inge S\*\*\*, Hausfrau, beide Fattstraße 24 a, 6922 Wolfurt, beide vertreten durch Dr. Andreas Oberbichler, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen Unterlassung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch als Berufungsgerichtes vom 21. März 1989, GZ 1 b R 48/89-29, womit infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Bezirksgerichtes Bregenz vom 27. Dezember 1988, Z 2 C 639/88-24, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 3.395,70 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 565,95 S an Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

#### Entscheidungsgründe:

Der Kläger und die beiden Beklagten sind Eigentümer von Eigentumswohnungen im Haus Wolfurt, Fattstraße 24 a. Die Wohnung des Klägers liegt unmittelbar über jener der Beklagten. Bei Einzug der Beklagten in ihre Wohnung im Jahr 1986 hatten diese zwei Katzen, darunter auch die derzeit noch vorhandene schwarze Angorakatze "Mohrle". Gemäß Punkt 5. der geltenden Hausordnung ist das Halten von Tieren, speziell von Hunden und Katzen im Interesse der Reinlichkeit und Ordnung untersagt. Sondergenehmigungen können von der Hausverwaltung unter der Voraussetzung erteilt werden, dass der Besitzer des Tieres für äußerste Reinlichkeit sorgt und keine Anstände bezüglich der Mitbewohner in irgend welcher Weise eintreten. Diese Genehmigungen sind widerrufbar.

Anlässlich einer Eigentümerversammlung (am 9.11.1987) wurde beschlossen, dass die bestehenden Haustiere unter der Voraussetzung behalten werden dürfen, dass diese besser beaufsichtigt werden. Im Rahmen der Eigentümerversammlung vom 30.5.1988 wurde die erwähnte Sondergenehmigung zur Haltung von Tieren widerrufen und von der Mehrheit der Miteigentümer beschlossen, dass die Beklagten für die Entfernung der Tiere umgehend Sorge zu tragen hätten. In einer "Unterstützungserklärung" erklärte die Miteigentümergeinschaft mehrheitlich, dass sie zwar nicht für den Ausschluss der Beklagten aus der Eigentümergeinschaft im Sinne des § 22 Abs 4 WEG, jedoch für die Entfernung der beiden Katzen gemäß Beschluss in der Hauseigentümerversammlung vom 30.5.1988 seien. In der näheren Umgebung der gegenständlichen Wohnanlage stehen nur Einfamilienhäuser. Von der noch im Besitz der beklagten Parteien befindlichen Katze "Mohrle" geht fallweise ein übler Geruch aus, sei es, dass es sich hierbei um den Katzengestank zur Paarungszeit handelt, sei es, dass bereits Katzenkot im Stiegenhaus aufgefunden und dort üblen Geruch verbreitet hat. Dieser typische, überbeliechende Geruch nach Katzen ist insbesondere dann durchs Freie bis in die Wohnung des Klägers wahrnehmbar, wenn entsprechende Witterung herrscht, aber auch zur Paarungszeit. Wegen dieses Geruchs kann der Kläger fallweise nicht die Fenster öffnen, speziell nicht das Küchenfenster.

Mit der am 31. März 1988 erhobenen Klage **begehrte der Kläger als Mit- und Wohnungseigentümer von den Beklagten die Unterlassung der Haltung von Tieren, insbesondere von Katzen in ihrer Wohnung.** Entgegen der Bestimmungen der Hausordnung und eines Beschlusses der Miteigentümer vom 30.5.1988 hielten die Beklagten zwei Katzen. Da die dadurch bedingte Geruchsbelästigung unerträglich sei und die Beklagten sich weigerten, die Tiere zu entfernen, sei die (auf § 22 WEG und § 364 ABGB gestützte) Klage notwendig. Die Beklagten wendeten die Unzulässigkeit des Rechtswe-

ges sowie den Mangel ihrer passiven Klagelegitimation ein und beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Allfällige Immissionen gingen nicht von ihrer Wohnung aus. Fallweiser Tiergeruch müsse in ländlichen Regionen hingenommen werden. Die Haltung ihrer Katzen fiele nicht unter das Tierhaltungsverbot der Hausordnung.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Es beurteilte den bereits wiedergegebenen Sachverhalt dahin, dass das Klagebegehren in der Hausordnung und in den Beschlüssen der Eigentümerversammlung vom 30.5.1988 sowie in der "Unterstützungserklärung" Deckung finde.

Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren mit dem Ausspruch ab, dass der Wert des Streitgegenstandes, über den es entschieden habe 15.000 S, nicht jedoch 300.000 S übersteige und die Revision zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung und erachtete - von diesem Sachverhalt ausgehend - die Rechtsrüge als berechtigt. Da es hier nicht um die Überprüfung der Hausordnung gehe, die im Außerstreitverfahren zu erfolgen hätte, sondern u.a. um einen auf die Hausordnung und einen Mehrheitsbeschluss der Eigentümer gestützten Leistungsanspruch, sei der ordentliche Rechtsweg zulässig.

**Den Berufungswerbern sei jedoch beizupflichten, dass das gegenständliche Klagebegehren nicht auf § 364 ABGB gestützt werden könne, weil danach nur das Untersagen von unzulässigen Einwirkungen durchgesetzt werden könnte. Der Kläger strebe jedoch nicht die Unterlassung von Einwirkungen an, sondern die Unterlassung der Tierhaltung und die Entfernung einer Katze.** Auch § 22 Abs 4 WEG stelle auf die Unterlassung eines Verhaltens ab, wenngleich ein Leistungsbegehren nicht ausgeschlossen sei (Berger in ÖJZ 1977, 173). Die gegenständliche Tierhaltung sei jedoch nicht der Bestimmung des § 22 Abs 1 Z 2 und 3 WEG (Abs 4) zu unterstellen. Es sei daher zu prüfen, ob der Kläger berechtigt sei, einen aus der Hausordnung bzw. auf Grund eines Beschlusses der Mehrheitseigentümer resultierenden Anspruch geltend zu machen. Dies sei jedoch zu verneinen. Auszugehen sei davon, dass nach der Hausordnung eine Tierhaltung grundsätzlich nicht zulässig sei, jedoch die Mehrheit der Miteigentümer den Beklagten diese Haltung zunächst erlaubt hätte. Da es sich bei der Erlassung und Änderung der Hausordnung um eine Angelegenheit handle, in der die Mehrheit entscheide (§ 14 Abs 1 Z 6 WEG), komme es nicht darauf an, dass der Hausverwalter eine Sondergenehmigung nicht erteilt habe; dieser habe gar nicht gewusst, dass die Beklagten Katzen hielten. Die Hausordnung solle ein möglichst reibungsloses Zusammenleben ermöglichen; darunter falle auch die Frage der Haustierhaltung. Die Hausordnung habe ihren Geltungsgrund im Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer; es handle sich hierbei nicht um einen Vertrag.

Wenn die Mehrheit der Miteigentümer (bzw. für diese der Hausverwalter) eine Sondergenehmigung für die Tierhaltung geben könne, sei sie auch berechtigt, eine solche Genehmigung zu widerrufen. Dieser Widerruf falle in den Rahmen der ordentlichen Verwaltung. Die Durchsetzung von Maßnahmen im Rahmen der Miteigentümergeinschaft stehe jedoch nicht jedem einzelnen Miteigentümer zu, sondern lediglich der Mehrheit der Miteigentümer bzw. gemäß § 17 Abs 1 WEG dem Vertreter der Miteigentümer, nämlich dem Hausverwalter; dieser könne bei Durchsetzung der Interessen eines Teiles der Wohnungseigentümer gegen andere Mitglieder der Gemeinschaft im eigenen Namen auftreten (Faistenberger-Barta-Call, 446, MietSlg 33.478 ua). Der Kläger sei daher als Miteigentümer nicht be-

rechtigt, den Mehrheitsbeschluss durchzusetzen; es fehle ihm diesbezüglich die Aktivlegitimation. Das Klagebegehren sei daher in Stattgebung der Berufung abzuweisen gewesen. Ob dem Mehrheitsbeschluss über die Entfernung der Katze der beklagten Parteien berücksichtigungswürdige Individualrechte entgegenstehen, wäre im Außerstreitverfahren überprüfen zu lassen (vgl. MietSlg 32.498).

Den auf § 502 Abs 4 Z 1 ZPO gestützten Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision begründete das Berufungsgericht damit, dass zur Frage, ob auch ein einzelner Miteigentümer berechtigt sei, die aus der Tierhaltung entstehenden Beeinträchtigungen geltend zu machen, eine höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht bestehe. Gegen dieses Urteil des Gerichtes zweiter Instanz richtet sich die auf den Anfechtungsgrund des § 503 Abs 1 Z 4 ZPO gestützte Revision der klagenden Partei mit dem Antrag, das Urteil des Berufungsgerichtes im Sinne der Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung abzuändern.

Die beklagten Parteien beantragten in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision keine Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht zutreffend angeführten Grund zulässig, aber nicht berechtigt. Vor Eingehen in die Rechtsmittelausführungen ist zu der in der Revisionsbeantwortung aufrecht erhaltenen Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, über die vom Erstgericht nicht entschieden wurde, Stellung zu nehmen. Entgegen der Ansicht der Beklagten geht es im vorliegenden Verfahren nicht um die gemäß § 26 Abs 1 Z 3 WEG in das außerstreitige Verfahren verwiesene richterlich gestaltende Nachprüfung der Hausordnung, sondern um die Frage, ob die Beklagten als Wohnungseigentümer verpflichtet sind, das Halten von Tieren in ihrer Wohnung zu unterlassen und ihre Katze zu entfernen. Dieses Begehren gehört aber mangels ausdrücklicher (§ 26 Abs 1 WEG) oder doch eindeutig schlüssiger Verweisung ins außerstreitige Verfahren auf den Rechtsweg.

In seiner Revision wendet sich der Kläger gegen die Ansicht des Berufungsgerichtes, er sei zur Erhebung der vorliegenden Klage nicht legitimiert. Die Beklagten widersetzten sich den Bestimmungen der Hausordnung und den Anordnungen der Mehrheit der Miteigentümer, ihr Verhalten sei daher den Bestimmungen des § 22 Abs 1 Z 1 bis 3 WEG zuzuordnen. Mangels Unterstützung der Mehrheit zur Ausschließung des Wohnungs- oder Miteigentümers, der ein Verhalten nach § 22 Abs 1 Z 2 oder 3 WEG gesetzt oder zu vertreten habe, könne der beeinträchtigte Wohnungseigentümer den betreffenden Wohnungseigentümer auf Unterlassung dieses Verhaltens klagen. Außerdem hält der Revisionswerber an seinem Standpunkt fest, der behauptete Unterlassungsanspruch könne auch aus der Bestimmung des § 364 Abs 2 ABGB abgeleitet werden. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Kläger erachtet sich durch den von den Katzen bzw nunmehr von der noch vorhandenen Katze der Beklagten ausgehenden, bis in seine Wohnung spürbaren, ihm unzumutbar erscheinenden üblen (Katzen-)Geruch beeinträchtigt. Er hat als Wohnungseigentümer nicht allein die Möglichkeit, sich an den Hausverwalter oder die Mehrheit der Wohnungseigentümer zu wenden, um den in der Geruchsbelästigung durch andere Wohnungseigentümer zu erblickenden, seiner Ansicht nach eigenmächtigen, rechtswidrigen Eingriff in sein Recht zur unbehinderten Benützung seiner Eigentumswohnung abstellen zu lassen; er ist berechtigt, im Rechtsweg selbst von dem für die Belästigung verantwortlichen Wohnungseigentümer die Unterlassung der Geruchsbelästigung zu begehren. **Der aus dem**

**Eigentum** - sei es aus § 523 ABGB (vgl. Petrasch in Rummel, ABGB, Rz 1, 4 und 9 zu § 523; Pimmer in Schwimann, ABGB II, Rz 16, 18 und 27 zu § 523; Koziol-Welser II 8 91), § 364 Abs 2 ABGB (vgl. Pimmer, aaO, Rz 6 zu § 364 unter Hinweis auf SZ 54/55; 10 Ob 520/87 ua) oder § 22 Abs 4 WEG - **abzuleitende Unterlassungsanspruch rechtfertigt aber nicht das hier gestellte Klagebegehren auf Unterlassung der Haltung von Tieren schlechtweg und Entfernung der vorhandenen Katze.**

Das aus den genannten Bestimmungen ableitbare Begehren geht - abgesehen von dem Verlangen auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes (Beseitigung der Störung selbst) - auf Unterlassung weiterer gleichartiger Störungen (vgl. Petrasch aaO Rz 3 und 11; Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rz 17 zu § 364; Pimmer, aaO, Rz 39 zu § 523 und Rz 50 zu § 364, Koziol-Welser, aaO, 91).

Die Wahl der zur Verhinderung des Eingriffes erforderlichen Vorkehrungen und zweckdienlichen Maßnahmen müssen dem für den Eingriff Verantwortlichen überlassen bleiben (Petrasch, aaO, Rz 11; vgl. auch Pimmer, aaO, Rz 41 zu § 523 und Rz 50 zu § 364); das Begehren auf Erwirkung bestimmter Schutz- oder Sicherungsmaßnahmen ist nicht zulässig (vgl. Spielbüchler, aaO, Rz 17; Pimmer, aaO, Rz 50 zu § 364).

Das auf Unterlassung der Tierhaltung und Entfernung der Katze gerichtete - im Rahmen der ordentlichen Verwaltung geltend zu machende - Klagebegehren ist somit nicht das geeignete Mittel zur Durchsetzung des vom Kläger behaupteten und tatsächlich geltend gemachten Unterlassungsanspruches. Da das hier gestellte Unterlassungs- und Leistungsbegehren gegenüber dem Begehren auf Unterlassung von Störungen durch von Katzen ausgehende Geruchsbeeinträchtigung im Hinblick darauf, dass dieses nicht bloß eine quantitative Minderung der mit jenem begehrten Rechtsfolge ist, sondern auf eine andere Rechtsfolge gerichtet ist (vgl. Fasching, Lehrbuch, Rz 1451f), entspricht die Abweisung des Klagebegehrens durch das Berufungsgericht der Sach- und Rechtslage.

Der Revision konnte somit kein Erfolg beschieden sein.

#### **d) Urteil zur Beeinträchtigung durch einen Betrieb**

##### **OGH 23. 2. 1989, 6 Ob 708/88**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schobel, Dr. Melber, Dr. Schlosser und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) Anton S\*\*\*, Tischlermeister, 2.) Gertrud S\*\*\*, Hausfrau, beide in 4722 Peuerbach, Steegenstraße 8, beide vertreten durch Dr. Hans-Peter Just, Rechtsanwalt in Eferding, wider die beklagte Partei Josef R\*\*\*, Kraftfahrzeugmechanikermeister, 4722 Peuerbach, Steegenstraße 9, vertreten durch Dr. Klaus Holter, Rechtsanwalt in Grieskirchen, wegen Unterlassung (Streitwert: 40.000,-- S) infolge Revision der beklagten Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 9. Juni 1988, GZ 5 R 25/88-67, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 2. Dezember 1987, GZ 6 Cg 198/85-59, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien die mit 3.112,72 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 282,97 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

#### Entscheidungsgründe:

Die beiden Kläger sind je zur Hälfte Eigentümer der Liegenschaft EZ 119 KG Peuerbach. Das darauf errichtete Gebäude dient vorwiegend Wohn-, Ausstellungs- und Bürozwecken.

Der Beklagte ist Eigentümer der Liegenschaft EZ 888 KG Peuerbach. Er betreibt dort eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstätte. Die beiden Liegenschaften liegen einander schräg gegenüber. Sie werden durch die Steegenstraße - eine stark frequentierte Gemeindestraße - voneinander getrennt.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 15.4.1958, Ge (II)-88-1958, wurde dem Beklagten die gewerbepolizeiliche Genehmigung für die Errichtung einer Kraftfahrzeugreparaturhalle und eines Wagenwaschplatzes auf seiner Liegenschaft in Peuerbach erteilt. Als Auflage wurde unter anderem vorgeschrieben, der Betrieb sei so zu führen, dass die Anrainerschaft nicht in einer das ortsübliche Maß übersteigenden Weise durch Lärm, Geruch usw. beeinträchtigt wird, bzw. dass diese das zumutbare Maß nicht übersteigen. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 23.3.1962, Ge (II)-88-1958, wurde die Benützung dieser Betriebsanlage genehmigt.

Mit Bescheid vom 6.8.1969, Ge 445-1969, erfolgte die Bewilligung einer Änderung und Erweiterung der Betriebsanlage durch Errichtung eines Zubaues zur Unterbringung eines Lagerraumes, einer Heizanlage sowie eines Werkstätten- und Spritzraumes. Mit Bescheid vom 18.4.1972, Ge 445-1969, wurde hiezu die Benützungsbewilligung erteilt, wobei aber in der der Bewilligung zugrundeliegenden Niederschrift vom 6.3.1972 festgehalten ist, dass der Spritzraum nicht zur Ausführung kam.

Mit Bescheid vom 27.6.1978, Ge 717/1978, wurde dem Beklagten die Genehmigung für eine Betriebsanlagenerweiterung durch Errichtung und Benützung eines Zubaues mit einer Lackier- und Trockenbox, einem Raum für die Lagerung von Lacken und Verdünnungsmitteln, einem Werkstättenraum und diversen Nebenräumen erteilt.

**Die Kläger begehren mit ihrer am 24.7.1985 beim Erstgericht eingebrachten Klage die Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung "jeder Verursachung von das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigenden Lärm- und Geruchsimmissionen, insbesondere durch Hämmern, Flex- und Kreissägeschneiden, Arbeiten mit Druckluft, Durchführung von Lackier- und Spritzarbeiten, sowie Inbetriebnahme von Dieselmotoren, vom Hofbereich der Liegenschaft EZ 888 KG Peuerbach auf die Liegenschaft EZ 119 KG Peuerbach."** Sie brachten vor, der Beklagte verrichte die im Klagebegehren angeführten, äußerst lärm- und geruchsintensiven Arbeiten außerhalb der hierfür genehmigten Räumlichkeiten, nämlich im Hofbereich seines Anwesens vor der Werkstättenhalle.

Der Beklagte hielt dem die baubehördliche und gewerberechtliche Genehmigung und Kollaudierung seiner gesamten Betriebsanlage entgegen. Er behauptete, es liege auch eine gewerberechtliche Genehmigung für Tätigkeiten vor, die auf dem Werkstättenvorplatz verrichtet werden müssten. Außerdem

werde durch die Lärm- und Geruchsimmissionen nicht das gewöhnliche, mit dem Betrieb einer Kraftfahrzeugwerkstätte verbundene Maß überschritten. Alle anderen Anrainer fühlten sich nicht belästigt. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Es ging dabei - in der Fassung seiner vom Berufungsgericht nach durchgeführter Beweisergänzung übernommenen Tatsachenfeststellungen - von folgendem Sachverhalt aus:

Der Beklagte hat in den letzten Jahren in zunehmendem Maße die Reparatur und Wartung von Lastkraftwagen bzw. LKW-Zügen einer großen Transportfirma (der Firma S<sup>\*\*\*</sup>) übernommen. Während er zunächst nur eine kleine Werkstätte betrieben hatte, wurden allein im Jahre 1985 554mal Fahrzeuge der Firma S<sup>\*\*\*</sup> beim Beklagten repariert bzw. gewartet.

Der Beklagte hat (gemeint offenbar: nach Auffassung der Gewerbebehörde erster Instanz) keine gewerberechtliche Genehmigung für die Durchführung von Reparatur- und Servicearbeiten im Hofbereich, also auf dem Vorplatz seiner Reparaturwerkstätte. Mit dem - allerdings noch nicht rechtskräftigen bzw. nicht mehr rechtswirksamen - Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 25.6.1986 wurde ihm sogar die Vornahme von Reparaturen und Servicearbeiten an Lastkraftwagen auf dem Vorplatz der Kraftfahrzeugwerkstätte untersagt. Zuvor war dem Beklagten nachstehendes Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 28.8.1981 zugestellt worden:

"Beiliegend wird Ihnen eine Abschrift mit der Einladung zur Verfügung gestellt, die im Gutachten des technischen Amtssachverständigen festgelegten Auflagen einzuhalten. Die Behörde behält sich die Vorschreibung weiterer Auflagen und Maßnahmen im Falle weiterer Beschwerden vor."

Die mitübersandte Niederschrift von dem am 3.8.1981 durchgeführten Lokalaugenschein enthält unter anderem das folgende Gutachten des technischen Amtssachverständigen:

"Ohne dass im Gegenstand eine Grundgeräuschpegelmessung erfolgte, wären nachstehende Maßnahmen dem Betriebsinhaber aufzutragen:

1) Stark lärmende Arbeiten dürfen am Vorplatz im allgemeinen nicht durchgeführt werden. Ausgenommen sind hier nur Reparatur- und Instandsetzungsarbeiten an Großfahrzeugen, die in der Halle nicht untergebracht werden können. Stark lärmende Arbeiten sind bei geschlossenen Toren durchzuführen. Dies gilt auch für Arbeiten, die in der Summe der täglichen Arbeitszeit einen längeren Zeitraum erfassen. Unter Beachtung der ÖAL - Richtlinie Nr. 3 wird festgehalten, dass die Grenze der zumutbaren Störung beim Privatgehsteig des Nachbarn S<sup>\*\*\*</sup> tagsüber bei 60 dB(A) liegt bzw. 10 dB(A) über dem Geräuschpegel.

2) Spritzarbeiten sind grundsätzlich in der genehmigten Spritzbox des Betriebes durchzuführen. Ausnahmen können für Großgeräte oder Teile von Großgeräten gestattet werden, sofern diese nicht ein übermäßiges Maß überschreiten. Hierbei wird auf die Festlegung im Befund der heutigen Verhandlungsschrift verwiesen."

Dieser Vorgang war (gemeint offenbar: nach Auffassung der Gewerbebehörde erster Instanz) nicht als bescheidmäßige Erledigung zu sehen. Außerdem hat sich seither der Umfang (Art und Häufigkeit) der im Hofbereich durchgeführten (lauten) Arbeiten deutlich vergrößert. Frühere Bescheide im Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb des Beklagten (zB der aus 1958) stellen ebenso (gemeint offenbar:

nach Auffassung der Gewerbebehörde erster Instanz) keine behördliche Genehmigung der (klagsgegenständlichen) Arbeiten im Hofbereich dar. In der Nachbarschaft der Liegenschaften der Streitparteien befinden sich unter anderem das Haus eines Rechtsanwaltes, in dem dieser seine Kanzlei hat, die Volksschule Peuerbach und mehrere (weitere) Wohnhäuser. Andere Anrainer haben sich durch den Betriebslärm des Beklagten noch nicht gestört gefühlt. Die Lage der Liegenschaft der Kläger ist aber bezüglich Lärm- und Geruchseinwirkung besonders exponiert, weil die Umbauung des gegenüberliegenden Hofbereiches wie ein Schalltrichter wirkt.

Der energieäquivalente Dauerschallpegel im hier maßgeblichen Bereich beträgt ca. 61 dB. Tatsächlich war (beispielsweise) am Morgen des 18.6.1985 aufgrund von Motoren- und Arbeitsgeräuschen (unter anderem Hämmern, Flex- und Kreissägeschneiden, Arbeiten mit Druckluft, Durchführen von Lackier- und Spritzarbeiten sowie Inbetriebnahme von Dieselmotoren) vom Hofbereich der Werkstätte des Beklagten ein (durchschnittlicher) Beurteilungspegel von 68,5 dB gegeben. Eine Überschreitung des Schallpegels um 10 dB würde bereits "eine doppelte Lautheit" bedeuten. Allerdings haben die Lärmspitzen nie einen Wert von 91 dB erreicht. Seit dem Jahre 1981 finden häufig gleiche oder ähnlich lärmintensive Arbeiten im Hofbereich des Beklagten (insbesondere an Lastkraftwagen der Firma S\*\*\*) statt. Eine (bauliche) Abhilfe war zwar (zuletzt) geplant, sie wurde aber noch nicht geschaffen.

Außerdem ist es wiederholt - wenn auch nicht am 18.6.1985 – durch das Anstarten und vor allem durch das Laufenlassen von Dieselmotoren zur Bildung von starken Rauchschwaden gekommen, die vor allem auf das Grundstück der Kläger verweht wurden.

Daraus folgte das Erstgericht in rechtlicher Hinsicht, den Klägern sei der Beweis gelungen, dass es zu Lärm- und Geruchsmissionen vom Hofbereich der Werkstätte des Beklagten aus gekommen sei, welche das ortsübliche Maß überschritten und die entsprechende Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigt hätten. Demgegenüber habe der Beklagte ein Sonderrecht in Form einer behördlichen Genehmigung zur Durchführung der klagsgegenständlichen Arbeiten im Hofbereich nicht erweisen können, weil insbesondere in der Zusendung des Schreibens vom 28.8.1981 samt Niederschrift vom 3.8.1981 keine bescheidmäßige Erledigung im dargelegten Sinne liege.

Das **Berufungsgericht** gab der vom Beklagten erhobenen Berufung teilweise Folge. Es **bestätigte das angefochtene Ersturteil** als Teilurteil, **soweit dieses den Beklagten schuldig erkannt hatte, "jede Verursachung von das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigenden Lärmmissionen durch Hämmern, Flex- und Kreissägeschneiden, Arbeiten mit Druckluft, sowie von das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigenden Lärm- und Geruchsmissionen durch Inbetriebnahme von Dieselmotoren - außer zu Zwecken des Zu- und Abfahrens -, vom Hofbereich der Liegenschaft EZ 888 der KG Peuerbach auf die Liegenschaft EZ 119 der KG Peuerbach zu unterlassen"**. Das Mehrbegehren "auf unbeschränkte Unterlassung von Lärm- und Geruchsmissionen durch Inbetriebnahme von Dieselmotoren vom Hofbereich der Liegenschaft EZ 888 KG Peuerbach auf die Liegenschaft EZ 119 der KG Peuerbach" wurde (mittlerweile rechtskräftig) abgewiesen. Im übrigen – also hinsichtlich der Unterlassung von Lärm- und Geruchsmissionen durch Durchführung von Lackier- und Spritzarbeiten - hob das Berufungsgericht das Ersturteil unter Beibehaltung eines Rechtskraftvorbehaltes auf.

Es sprach - soweit für die vorliegende Revision noch von Interesse - aus, dass der Wert des Streitgegenstandes, über den es durch Teilurteil entschieden habe, im bestätigenden Teil zwar 60.000 S, insgesamt aber den Betrag von 300.000 S nicht übersteige und die Revision zulässig sei.

Das Berufungsgericht übernahm unter ausdrücklicher Verneinung des Vorliegens der vom Beklagten geltend gemachten Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens nach teilweiser Beweisergänzung die Feststellungen des Erstgerichtes im oben angeführten Umfang als unbedenklich und ergänzte diese im Sinne des eingangs geschilderten Sachverhaltes. **Es billigte die Rechtsansicht des Erstgerichtes, wonach für die klagsgegenständlichen Arbeiten im Hofbereich keine behördliche Anlagengenehmigung vorliege, und führte aus: Im übrigen habe bei einer Eigentumsfreiheitsklage auf Unterlassung von Immissionen der Kläger lediglich sein Eigentum und den Eingriff des Beklagten zu beweisen. Dem Beklagten obliege hingegen der Beweis dafür, dass der Eingriff die gesetzlichen Grenzen nicht überschritten habe oder dass er auf einem besonderen Rechtstitel (Eingriffsrecht) beruhe.**

Ausgehend von der festgestellten örtlichen Lage der beiden Liegenschaften und den Verhältnissen in der Nachbarschaft sowie der notorischen Tatsache, dass Hämmern, Flex- und Kreissägeschneiden, Arbeiten mit Druckluft und die Inbetriebnahme von Dieselmotoren lästige, aus der übrigen Geräuschkulisse hervorstechende laute Geräusche erzeugten, was sinngemäß auch für die Geruchsentwicklung durch das Laufenlassen von Dieselmotoren gelte, habe der Beklagte deren Ortsüblichkeit - abgesehen vom normalen Straßenverkehr – ebensowenig erwiesen wie den Umstand einer damit verbundenen nur unwesentlichen Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung des Grundstückes der Kläger. Deren beantragtes Unterlassungsgebot sei im Umfang der erfolgten Bestätigung auch hinreichend bestimmt. Einer Aufnahme der in dB(A) ausgedrückten zumutbaren Belastung habe es nicht bedurft; vielmehr werde die Anführung einzelner Tätigkeiten wegen der damit verbundenen besonderen Lästigkeit der solcherart verursachten Immissionen der Sachlage eher gerecht.

Nur gegen den bestätigenden Teil der berufsgerichtlichen Entscheidung richtet sich die **Revision des Beklagten** aus den Anfechtungsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des Teilurteiles im Sinne einer Klagsabweisung, hilfsweise auf Urteilsaufhebung auch in diesem Umfang. Die Kläger stellen in ihrer Revisionsbeantwortung den Antrag, das Rechtsmittel des Beklagten als unzulässig zurückzuweisen oder ihm andernfalls nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zwar zulässig (§ 502 Abs 4 Z 1 ZPO), sie ist aber **nicht berechtigt**.

Mit seiner Mängelrüge bringt der Beklagte allerdings keinen nach § 503 Abs 2 ZPO qualifizierten Anfechtungsgrund zur Darstellung. Er wiederholt nämlich lediglich die bereits in seiner Berufung ohne Erfolg geltend gemachten angeblichen Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens. Hat aber das Berufungsgericht - wie hier - das Vorliegen solcher angeblich in erster Instanz unterlaufener Verfahrensmängel verneint, dann können diese nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes im Revisionsverfahren nicht mehr neuerlich geltend gemacht werden (EFSIlg. 49.387; MietSIg 38.792, 38.793 uva).

Soweit der Beklagte in seiner Rechtsrüge die Ansicht des Berufungsgerichtes über die Beweislastverteilung und die mangelnde Bescheidqualität des Schreibens der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 28.8.1981 als unrichtig bekämpft, so werden damit ebenfalls - im erstgenannten Fall auch entgegen der Auffassung des Gerichtes zweiter Instanz - keine im Sinne des § 502 Abs 4 Z 1 ZPO erheblichen Fragen des materiellen Rechtes dargetan:

Es entspricht nämlich einhelliger Lehre und Rechtsprechung, dass die **Beweislast für das Vorliegen einer behördlichen Genehmigung seiner Betriebsanlage gemäß § 364 a ABGB den Beklagten trifft, der diese Genehmigung durch Vorlage eines entsprechenden Bescheides nachzuweisen hat** (Spielbüchler in Rummel, ABGB, Rz 5 zu § 364 a; Schwimann/Pimmer, ABGB, II, § 364 a Rz 6; MietSlg 23.035; SZ 48/15 und 45). Desgleichen entspricht es der ständigen, wenngleich von einem Teil der Lehre kritisierten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass die auf Unterlassung von Immissionen gerichtete Klage ein Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage ist (vgl. Koziol-Welser, Grundriß, II, 41), weshalb der Kläger sein Eigentum und den Eingriff, der Beklagte aber zu beweisen hat, dass der Eingriff die vom Gesetz gezogenen Grenzen (Ortsüblichkeit der Einwirkung und nur unwesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benützung des Grundstückes) nicht überschritten habe oder dass der Eingriff auf einem besonderen Rechtstitel (Eingriffsrecht) beruhe (Schwimann/Pimmer, aaO, § 364 Rz 60; EvBl 1970/18; SZ 44/140; SZ 50/99; SZ 55/30 mwN aus der herrschenden Lehre).

Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zur Meinung des Beklagten auch zutreffend erkannt, dass dem Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 28.8.1981 keine Bescheidqualität zukommt. Dieses Schreiben lässt zunächst nicht einmal erkennen, ob es in einem aufgrund einer Beschwerde des Erstklägers eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren wegen Nichteinhaltung der im Betriebsanlagengenehmigungsbescheid vom 15.4.1958 vorgeschriebenen Auflage oder in einem gleichfalls von Amts wegen einzuleitenden Verfahren gemäß § 79 GewO 1973 (vgl. dazu Mache-Kinscher, GewO5, Anm.7 und 15 zu § 79; Raschauer in ÖZW 1980, 7 ff, insbesondere 12 f) ergangen ist. Dem Schreiben fehlt nicht nur die gemäß § 58 Abs 1 AVG erforderliche Bezeichnung als "Bescheid", es enthält auch keinerlei "Spruch" im Sinne dieser Gesetzesstelle und hat ebensowenig eine bindende Leistungs- oder Verpflichtungsanordnung zum Inhalt. Es verweist lediglich auf eine beiliegende Abschrift der Verhandlungsniederschrift vom 3.8.1981 und spricht nur eine "Einladung" an den Beklagten aus, die dort "im Gutachten des technischen Sachverständigen festgelegten Auflagen" einzuhalten. Zugleich behielt sich die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen die "Vorschreibung weiterer Auflagen und Maßnahmen im Falle weiterer Beschwerden" vor. Es liegt daher weder formell noch inhaltlich ein normativer Akt vor, dem Bescheidqualität zukommen könnte (Walter-Mayer, Grundriss des Verwaltungsverfahrensrechtes<sup>4</sup> Rz 384, 387, 408 und 412 und die dort jeweils angeführte Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes).

Diese Frage ist aber hier gar nicht entscheidungswesentlich, weil auch die Auffassung vertreten werden könnte, der in Rede stehende Vorplatz (Hofbereich) der Liegenschaft des Beklagten sei ohnedies bereits von der ersten gewerberechtlichen Betriebsanlagengenehmigung vom 15.4.1958 umfasst, weil ein «lokaler» Zusammenhang mit der bewilligten Kraftfahrzeugreparaturhalle samt Waschplatz zumindest in dem Sinne besteht, dass die Zu- und Abfahrt der zu reparierenden oder zu waschenden Fahr-

zeuge im Bereich des Vorplatzes zu den wesenseigenen Betriebsvorgängen zählt (vgl. die von Ma- che-Kinscher, aaO, in Anm.14 und 26 zu § 74 zitierte Rechtsprechung des VwGH). Damit wäre aber für den Beklagten nichts gewonnen, weil **der genannte Betriebsanlagengenehmigungsbescheid ausdrücklich die Auflage enthalten hat, der Betrieb sei so zu führen, dass die Anrainerschaft nicht in einer das ortsübliche Maß übersteigenden Weise durch Lärm, «Geruch» usw. beeinträchtigt wird, bzw. dass diese das zumutbare Maß nicht übersteigen. Immissionen, die von einer behördlich genehmigten Anlage ausgehen, sind nämlich nur in dem von der Genehmigung umfassten Ausmaß zu dulden** (Koziol-Welser, aaO; Schwimann/Pimmer, aaO, § 364 a Rz 7; SZ 50/84; EvBl 1983/82). **Der Umstand, dass in einem solchen Fall auch im Verwaltungswege Abhilfe geschaffen werden könnte, steht dann der Verfolgung des privatrechtlichen Anspruchs nach § 364 Abs 2 ABGB nicht entgegen. Es besteht vielmehr auch ein Untersagungsrecht nach § 364 Abs 2 ABGB, wenn sich der Inhaber einer genehmigten Anlage nicht an die im Genehmigungsbescheid erteilten Auflagen hält** (Schwimann/Pimmer, aaO, § 364 a Rz 8; MietSlg 34.031; vgl. auch SZ 56/158).

Insoweit liegen daher keine gemäß § 503 Abs 2 ZPO qualifizierten Anfechtungsgründe vor.

Mit seinen weiteren Ausführungen zur Fassung des Unterlassungsbegehrens zeigt der Beklagte aber eine im Sinne des § 502 Abs 4 Z 1 ZPO erhebliche Rechtsfrage auf, weil nach der zum Zeitpunkt der berufungsgerichtlichen Entscheidung veröffentlichten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bei Lärmeinwirkungen der dem Kläger zumutbare Geräuschpegel unter Heranziehung der Maßeinheit in den Urteilsspruch aufzunehmen war (Schwimann/Pimmer, aaO, § 364 Rz 50; SZ 50/99). Die bereits am 11.2.1988 ergangene und nunmehr in EvBl 1989/6 veröffentlichte Entscheidung des Obersten Gerichtshofes, 8 Ob 651/87, konnte weder dem Berufungsgericht noch dem Rechtsmittelwerber zur Zeit der Revisionserhebung bekannt sein (vgl. Petrasch in ÖJZ 1985, 299). Sie hat aber im Sinne der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes ausgesprochen, dass ein Begehren auf Unterlassung des beim Arbeitseinsatz bestimmter Maschinen oder Werkzeuge jedenfalls und unvermeidbar hervorgerufenen Lärms im Rahmen des § 364 Abs 2 ABGB auch dann noch hinreichend bestimmt ist, wenn dabei die einzelnen Lärmerzeugungsquellen konkret und deutlich bezeichnet sind. Es ist daher die Angabe des den Klägern zumutbaren Geräuschpegels nicht erforderlich, wenn die beispielsweise aufgezählten konkreten Lärmerregungsquellen - wie hier – beim Arbeitseinsatz jedenfalls und unvermeidbar Lärm hervorrufen, der wegen seiner Art und Intensität nur kurzfristig und mit deutlichem Unbehagen von den davon betroffenen Menschen ertragen werden kann.

Die vom Beklagten bekämpfte Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, das Unterlassungsbegehren sei wegen der Anführung einzelner konkreter Lärmerzeugungsquellen und der damit verbundenen besonderen Lästigkeit des solcherart herbeigeführten Lärms hinreichend bestimmt, steht daher mit der neueren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes im Einklang.

## **e) Urteil zu Beeinträchtigung durch nächtliches Duschen**

**5 Ob 257/01g**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann und Dr. Baumann und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtsache der klagenden Partei Thorsten S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Grass und Mag. Günther Kiegerl, Rechtsanwälte in Deutschlandsberg, gegen die beklagte Partei Eva D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Paul Friedl, Rechtsanwalt in Eibiswald, wegen Unterlassung von Immissionen, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgericht vom 7. März 2001, GZ 5 R 264/00f-31, womit das Urteil des Bezirksgerichtes Deutschlandsberg vom 30. Juni 2000, GZ 3 C 1121/99s-24, abgeändert wurde, den

#### Beschluss

gefasst:

Die Revision und die Revisionsbeantwortung werden zurückgewiesen.

Begründung:

Die Zurückweisung einer ordentlichen Revision wegen Fehlens einer erheblichen Rechtsfrage kann sich auf die Ausführung der Zurückweisungsgründe beschränken (§ 510 Abs 3 letzter Satz ZPO).

Der erkennende Senat hat zu nachbarrechtlichen Ansprüchen zwischen Wohnungseigentümern desselben Hauses - solche können auch zwischen Wohnungseigentumsbewerbern bestehen (vgl 5 Ob 444/97y = immolex 1998/115) - in seiner schon vom Erstgericht zitierten Entscheidung 5 Ob 180/98a = SZ 71/147 (vgl RIS-Justiz RS0110784) ausgesprochen, dass jedem Mit- und Wohnungseigentümer die verkehrsübliche Nutzung seines Objektes gewährleistet sein soll, sofern der Wohnungseigentumsvertrag oder die Hausordnung keine abweichende Regelung enthält. Demnach **hat grundsätzlich auch jeder Mit- und Wohnungseigentümer die von einer verkehrsüblichen Nutzung des Nachbarobjektes ausgehenden Immissionen zu dulden.**

Der gesetzliche **Abwehranspruch nach § 364 Abs 2 ABGB** steht ihm (unter den dort genannten Voraussetzungen) **nur bei Immissionen zu, die durch eine nicht verkehrsübliche oder nicht der vertraglichen Sonderbeziehung entsprechende Nutzung des Nachbarobjektes hervorgerufen werden.**

Das könnte zB auf **wiederholtes Musizieren zur Nachtzeit oder mit großer Lärmentwicklung verbundenes nächtliches Baden und Duschen** zutreffen.

Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen unter anderem festgestellt, dass die Beklagte in ihrem Badezimmer, das an einen Schlafräum der Wohnung des Klägers unmittelbar angrenzt, mehrmals monatlich, manchmal **mehrmals wöchentlich nach 22.00 Uhr duscht**. Hiedurch entstehen bei einem Grundgeräuschpegel von 22 dB **Spitzenpegel an Lärmbelästigung im Schlafzimmer des Klägers von bis zu 38 dB**, womit der vorhandene Grundgeräuschpegel um bis zu 16 dB überschritten wird, was eine unzumutbare Lärmbelästigung darstellt. Die Hausordnung sieht die Einhaltung der Nachtruhe ab 22.00 Uhr vor.

Wenn das Berufungsgericht **unter diesen Umständen einen Unterlassungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte bejaht** hat, so hat es auch im Lichte von 5 Ob 180/98a die Grenzen des ihm

zustehenden Beurteilungsspielraumes nicht überschritten. Im Übrigen konnte es sich auf die Grundsätze von 1 Ob 594/94 = SZ 67/138 (vgl RIS-Justiz RS0037171, RS0037178, RS0037198, RS0037207) stützen. Die von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängende Entscheidung des Berufungsgerichtes bewegt sich somit im Rahmen der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

Auch in der Revision wird keine (sonstige) Rechtsfrage von im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO erheblicher Bedeutung aufgezeigt. Das Rechtsmittel war daher - ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden, gemäß § 508 Abs 3 ZPO abgeänderten Zulässigkeitsausspruches des Berufungsgerichtes - als unzulässig zurückzuweisen.

## **f) Urteil zu übermäßigem Schattenwurf (Entzug des Lichts) durch Nachbarbäume**

### **8 Ob 59/15g**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann Prentner, den Hofrat Dr. Brenn sowie die Hofrätinnen Mag. Korn und Dr. Weixelbraun Mohr als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\* H\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Bernhard Heim, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei L\*\*\*\* S\*\*\*\*, vertreten durch K B K Kleibel Kreibich Bukovc Hirsch Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen Unterlassung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Berufungsgericht vom 4. März 2015, GZ 22 R 426/14x 33, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Salzburg vom 16. Oktober 2014, GZ 32 C 718/13f 29, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Der Kläger ist Mit- und Wohnungseigentümer einer Erdgeschoßwohnung eines Mehrparteienhauses, das an die Liegenschaft der Beklagten angrenzt. Diese **Liegenschaft weist einen waldartigen Baumbestand auf, der sich aus bis zu 20 Jahre alten Eschen, Kiefern und Tannen von 8 bis 14 m Höhe zusammensetzt**. Diese Baumarten sind ortsüblich, ebenso ihre Höhe, die aber hier die Tendenz hat, zunehmend ortsunüblich zu werden. Die waldähnliche Dichte des Bestandes und die „Bestandstruktur“ sind aber ortsunüblich.

Durch die an der Grundgrenze wachsenden Bäume wird in der Vegetationsperiode von März bis Oktober der südöstliche Gartenbereich des Klägers täglich bis ca 13:30 Uhr beschattet, dieser Effekt wird durch die Balkone seines Wohnhauses noch verstärkt. Der Pool des Klägers liegt im Sommer mittags noch im Halbschatten. Der Gartenbereich ist teilweise vermoost. In den nächsten Jahren ist durch das weitere Wachstum der Bäume mit vermehrtem Schattenwurf zu rechnen, sofern keine fachgerechte Kronenreduktion vorgenommen wird.

**Der Kläger begehrt, die Beklagte habe es zu unterlassen, mit ihren Bäumen und Sträuchern seiner Eigentumswohnung top 1 samt Hausgarten Licht zu entziehen**, sodass „vor allem die in Richtung des Grundstücks der Beklagten führenden Fenster und die betroffenen Räumlichkeiten des Hauses im Schatten liegen und weitgehend künstlich beleuchtet werden müssen“.

Das Erstgericht wies dieses Klagebegehren ab. Der nach § 364 Abs 3 ABGB zu beurteilende Anspruch setze voraus, dass die Bepflanzung ortsunüblich und der dadurch verursachte Lichtentzug unzumutbar sei. Diese Voraussetzungen müssten kumulativ vorliegen.

Der Schattenwurf auf das Grundstück des Klägers hänge wesentlich von der Höhe der Bäume auf dem Beklagtengrundstück ab, die aber derzeit noch nicht ortsunüblich sei. Auf die Bewertung der Zumutbarkeit der festgestellten Beeinträchtigung komme es daher nicht mehr an.

Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung im klagsstattgebenden Sinn ab.

Nach den im Verfahren vorgelegten Lichtbildaufnahmen falle das südlich bzw südöstlich der klägerischen Eigentumswohnung gelegene Grundstück der Beklagten innerhalb der umgebenden Wohnsiedlung massiv durch einen außergewöhnlich starken Baum- und Sträucherbestand auf. Die aus den Lichtbildern hervorgehende Beeinträchtigung des klägerischen Grundstücks sei innerhalb eines geschlossenen Siedlungsgebiets sowohl unüblich als auch unzumutbar. Berücksichtige man das Bestandalter von höchstens 20 Jahren, dann könne der Bewuchs im Jahre 1998, als der Kläger seine Wohnung gekauft habe, nur einen Bruchteil der heutigen Höhe aufgewiesen haben und ihm daher nicht entgegengehalten werden, dass er sich mit einem bereits vorgefundenen Zustand abfinden müsse.

Das Berufungsgericht erklärte die ordentliche Revision gemäß § 508 Abs 3 ZPO nachträglich für zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage fehle, ob die Unzumutbarkeit des Lichtentzugs bei im Wohnungseigentum stehenden Häusern nach dem Verhältnis der beschatteten Grundfläche zur Gesamtliegenschaft oder zum Wohnungseigentumsobjekt des Klägers zu beurteilen ist.

#### Rechtliche Beurteilung

Die von der klagenden Partei beantwortete Revision der beklagten Partei ist zulässig, weil den Entscheidungen der Vorinstanzen sekundäre Feststellungsmängel anhaften.

Die Revision ist daher im Sinne ihres eventualiter gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Für die Beurteilung, ob eine Beeinträchtigung im Sinne des § 364 Abs 3 ABGB unzumutbar ist, kommt es nach der ständigen Rechtsprechung auf die konkrete Nutzungsmöglichkeit für den Kläger an (RIS Justiz RS0121873). Der in der Revision ins Treffen geführte Rechtssatz, dass die Beeinträchtigung einer verhältnismäßig geringfügigen Fläche der Nachbarliegenschaft im Regelfall unabhängig von ihrer Dauer nicht unzumutbar sein wird (10 Ob 60/06f, 4 Ob 196/07p), bezieht sich auf die vom jeweiligen Kläger tatsächlich genutzte Grundfläche. Die gegenteilige Auffassung würde letztlich bedeuten, dass Wohnungseigentümer einer größeren Anlage wegen ihres geringen Grundanteils regelmäßig von einem Anspruch nach § 364 Abs 3 ABGB ausgeschlossen wären.

Bei einer Miteigentümergeinschaft ist grundsätzlich jeder einzelne Berechtigte zur Abwehr von Störungen legitimiert, sofern er sich nicht in Widerspruch mit den Übrigen setzt. Dies gilt auch für ei-

nen Wohnungseigentümer hinsichtlich allgemeiner Hausteile, wie den hier strittigen Hausgarten (RIS Justiz RS0012137, [insb T17]), der nach dem Grundbuchstand kein Zubehör des Wohnungseigentums des Klägers ist. Im Einzelfall könnte allenfalls die Schwelle der Unzumutbarkeit für den einzelnen Mit- und Wohnungseigentümer bei der Beeinträchtigung eines bloß allgemeinen Teils der Liegenschaft höher anzusetzen sein als bei der Beeinträchtigung des ihm zur alleinigen Nutzung zugewiesenen Wohnungseigentumsobjekts.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung muss sich ein zugezogener Nachbar grundsätzlich mit den beim Erwerb seines Grundstücks vorgefundenen örtlichen Verhältnissen abfinden. Dabei ist auch die vorhersehbare Entwicklung aufgrund der natürlichen Beschaffenheit des Geländes zu berücksichtigen (RIS Justiz RS0112502 [insb T10]).

Zutreffend hat es das Berufungsgericht aber hier nicht für entscheidend erachtet, dass die streitgegenständlichen Bäume auf dem Grundstück der Beklagten bei Erwerb der Eigentumswohnung durch den Kläger bereits vorhanden waren. Nach dem maßgeblichen Sachverhalt war bei Erwerb der klägerischen Eigentumswohnung zwar bereits erkennbar, dass auf dem Nachbargrundstück junge Waldbäume wachsen, die in Zukunft eine erhebliche Höhe erreichen könnten, da es sich bei der Liegenschaft der Beklagten aber nicht um ein natürliches Waldgrundstück (vgl 6 Ob 51/07d; 6 Ob 65/09s), sondern einen Garten in einem geschlossenen Siedlungsgebiet handelt, musste der Kläger nicht mit einem zukünftigen unbegrenzten Wildwuchs rechnen.

3. Die gemäß § 364 Abs 3 ABGB erforderliche Beurteilung des ortsüblichen Ausmaßes einer (negativen) Immission, der Wesentlichkeit einer Nutzungsbeeinträchtigung sowie der Unzumutbarkeit ist immer einzelfallbezogen (RIS Justiz RS0014685; RS0010558; RS0121873 [T9]).

Dem Berufungsgericht ist darin nicht entgegenzutreten, dass eine Ortsüblichkeit der Höhe der einzelnen Bäume im Grenzbereich des streitgegenständlichen Grundstücks für sich allein nicht ausreicht, um einen Unterlassungsanspruch des Klägers zu verneinen. **Zwar ist die Höhe der Bäume naturgemäß für die Reichweite ihres Schattens von Bedeutung, es kommt aber hier auch auf die Dichte des Bewuchses an, da die Kronen einander berühren und einen durchgehenden Schatten über die gesamte Länge der Grundstücksgrenze werfen.** Eine so dichte Baumreihe findet sich nach den vorgelegten Lichtbildern innerhalb der Wohnsiedlung ausschließlich auf dem Grundstück der Beklagten. Von einer ortsüblichen Bepflanzung kann hier nicht die Rede sein, auch wenn in anderen Gärten vereinzelte Bäume von ähnlicher Höhe stehen.

5. Die Revision macht jedoch zu Recht geltend, dass der von den Vorinstanzen festgestellte Sachverhalt für eine rechtliche Beurteilung nicht ausreicht.

**Wann eine Beeinträchtigung schon wesentlich, aber noch nicht unzumutbar ist, kann nicht allgemein gültig beantwortet werden** (RIS Justiz RS0121872). Je näher die Beeinträchtigung an der Grenze der Ortsüblichkeit liegt, desto weniger wird dabei ihre Unzumutbarkeit anzunehmen sein (RIS Justiz RS0121873). Maßgeblich sind die konkret festzustellenden Umstände.

Der Kläger begehrt primär die Unterlassung einer unzumutbaren Beschattung seiner Wohnräume. Er hat vorgebracht, nicht nur der Garten, sondern „vor allem“ seine Terrasse und seine Wohnungsfenster

würden vom Schattenwurf der Bäume und Sträucher auf dem Nachbargrundstück betroffen, sodass die Räume auch tagsüber künstlich beleuchtet werden müssten.

Zu diesem Vorbringen liegen überhaupt keine Feststellungen vor. Beide Vorinstanzen haben sich nur mit dem Schattenwurf im Bereich des Gartens befasst, wobei auch die dazu getroffenen Feststellungen teilweise unklar sind.

Ob sich der Lichteinfall im Garten außerhalb der Vegetationsperiode im Ergebnis günstiger, ungünstiger oder ungefähr gleich wie während der warmen Jahreszeit darstellt, ist nicht nachvollziehbar. Es steht fest, dass innerhalb der Vegetationsperiode die Sonneneinstrahlung ab 13:30 Uhr unbehindert ist, außerhalb der Vegetationsperiode besteht einerseits „ganztäglich eine höhere Schattenwurfwirkung“, andererseits tritt die (volle?) Besonnung aber schon ab 13:00 Uhr ein. In welchem Ausmaß die „baulich bedingte Unterbelichtung des südostseitigen Gartenbereichs“ durch die Hausbalkone für die Beeinträchtigung des Gartens im Verhältnis zum Baumbestand eine Rolle spielt, ist ebenfalls undeutlich geblieben. Zu dem Einwand der Beklagten, dass der auch auf den Lichtbildern auffallende Schattenwurf des mannshohen, blickdichten Holz- und Thujenzauns auf dem klägerischen Grundstück zur Vermoosung des davor gelegenen Rasens führe, liegen gar keine Feststellungen vor.

6. Um die **Frage der Unzumutbarkeit des Lichtentzugs** abschließend beurteilen zu können, wird das Erstgericht das Verfahren im dargelegten Sinn zu ergänzen, insbesondere konkrete Feststellungen zum Ausmaß der vegetationsbedingten Verschattung der Wohnräume bzw Terrasse des Klägers zu treffen haben.

## **g) Urteil zu Beeinträchtigung durch Zigarrenrauch des Nachbarn**

### **2 Ob 1/16k**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon. Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Veith und Dr. Musger, die Hofrätin Dr. E. Solé sowie den Hofrat Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. W\*\*\*\* D\*\*\*\*, vertreten durch DLA Piper Weiss Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Dr. C\*\*\*\* D\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christoph Naske, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitinteresse 5.900 EUR), über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 25. September 2015, GZ 36 R 101/15t 42, womit infolge der Berufungen beider Parteien das Urteil des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 14. Jänner 2015, GZ 35 C 1618/13x 31, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Beiden Revisionen wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass die Entscheidung insgesamt zu lauten hat:

**„Die beklagte Partei ist schuldig, die von ihrer Wohnung in \*\*\*\*\*, ausgehenden Rauch- und Geruchsimmissionen auf die Wohnung der klagenden Partei in \*\*\*\*\*, die durch das Rauchen von**

**Zigarren bei offenem Fenster, auf der Terrasse oder bei Lüftung ins Freie entstehen, in folgenden Zeiträumen zu unterlassen:**

**(a) vom 1. Mai bis 31. Oktober jeden Jahres von 22:00 bis 6:00 Uhr, 8:00 bis 10:00 Uhr, 12:00 bis 15:00 Uhr und 18:00 bis 20:00 Uhr sowie**

**(b) vom 1. November bis 30. April jeden Jahres von 8:00 bis 9:00 Uhr, 13:00 bis 14:00 Uhr und 19:00 bis 20:00 Uhr.**

Das darüber hinausgehende, auf zeitlich unbeschränkte Unterlassung gerichtete Hauptmehrbegehren wird abgewiesen.

In diesem Umfang wird auch das Eventualbegehren abgewiesen.“

Entscheidungsgründe:

Die Streitparteien wohnen in der Wiener Innenstadt im selben Wohngebäude. Der Kläger ist Mieter einer im 7. Stock gelegenen Wohnung, die Mietwohnung des Beklagten liegt schräg darunter im 6. Stock. Beide Wohnungen sind hof- bzw. gartenseitig ausgerichtet und jeweils mit einer Terrasse (im Folgenden auch Loggia, Balkon) ausgestattet. Die Terrassen sind nur wenige Meter voneinander entfernt.

**Der Beklagte ist Autor und arbeitet in seiner Wohnung. Er raucht täglich ein bis zwei Zigarren,** wobei er für eine Zigarre 40 bis 45 Minuten benötigt. Eine Zigarre raucht er regelmäßig in der Nacht nach Beendigung seiner Arbeit, in der Regel zwischen Mitternacht und 2:00 Uhr früh. **Der Beklagte raucht im Winter und bei Schlechtwetter bei geschlossenem Fenster und lüftet danach, im Sommer raucht er bei geöffnetem Fenster oder auf der Terrasse.** Er praktiziert dies bereits seit mehreren Jahren und zwar schon deutlich länger, als der Kläger seine Wohnung bewohnt.

**Der Kläger ist Nichtraucher und fühlt sich durch den Zigarrenrauch massiv beeinträchtigt.** Er erwacht, wenn der Rauch durch das geöffnete Fenster oder die geöffnete Balkontüre in seine Wohnung, insbesondere in das Schlafzimmer eindringt. Auch wenn er daraufhin unverzüglich das Fenster schließt, bleibt der Zigarrenrauch über einen längeren, nicht exakt feststellbaren Zeitraum in der Wohnung wahrnehmbar. Der Kläger reagiert auf den Zigarrenrauch nicht übermäßig sensibel, vielmehr ist derartige Rauchgeruch für den durchschnittlichen Nichtraucher auffällig und störend. Sein Vormieter löste aufgrund der von dem Zigarrenrauch ausgehenden Geruchsbelästigung und der Tatsache, dass seine Kinder nach dem Einzug in die Wohnung wiederholt an Atemwegserkrankungen litten, den Mietvertrag vorzeitig auf und zog wieder aus. Seit dem Umzug sind die Atemwegserkrankungen der Kinder „verschwunden“.

Bevor der Kläger die Wohnung anmietete, wusste er, dass der Beklagte in der schräg darunter liegenden Wohnung zumindest gelegentlich raucht. Er wusste aber nicht, wie häufig er raucht und dass sich der Rauch in die obere Wohnung ziehen würde. Nicht festgestellt werden kann, dass der Kläger diesbezüglich Nachforschungen anstellte, etwa indem er die verantwortliche Mitarbeiterin der Hausverwaltung oder den Vormieter befragte. Es kann auch nicht festgestellt werden, wie das Ergebnis einer solchen Befragung gelautet hätte.

Der in die Wohnung des Klägers eindringende Zigarrenrauch ist für einen Nichtraucher jedenfalls auffällig wahrnehmbar:

- Wenn der Beklagte in seiner Wohnung bei geöffnetem Fenster raucht, tritt während des Rauchvorgangs, also für den Zeitraum von etwa einer dreiviertel Stunde, sowie für weitere zwei Stunden im Anschluss daran mit Zigarrengeruch belastete Luft aus der Wohnung des Beklagten aus und in einer deutlich wahrnehmbaren Konzentration in die Wohnung des Klägers ein, sofern dort das Fenster geöffnet ist.

- Raucht der Beklagte auf dem Balkon, sind die Nachwirkungen nach Ende des Rauchvorgangs in nicht näher quantifizierbarem Ausmaß deutlich kürzer, die Geruchsstoffkonzentration in der Luft, die in die Wohnung des Klägers eindringt, ist jedoch deutlich höher.

- Raucht der Beklagte bei geschlossenem Fenster und lüftet er anschließend, so tritt während des Lüftens geruchsbelastete Luft aus seiner Wohnung aus und beim Kläger ein.

Die Luftbewegungen, die zu einer derartigen Geruchsverbreitung führen, treten bei den im Raum Wien üblichen Wettersituationen durchwegs auf. Strömungsverhältnisse, die dazu führen, dass die geruchsbeladene Luft nicht auf-, sondern absteigt, bilden in Wien eine – nicht quantifizierbare – Ausnahme.

Nicht festgestellt werden kann, dass der von den Zigarren des Beklagten ausgehende Rauch, der in die Wohnung des Klägers eindringt, dort zu einer gesundheitsschädlichen Schadstoffkonzentration führt. Nicht festgestellt werden kann auch, dass sich die Störung der Nachtruhe des Klägers, wenn er durch den Zigarrenrauch geweckt wird, negativ auf seine Gesundheit auswirkt.

In Wien existiert kein „Grundpegel“ für Rauchgeruch, insbesondere nicht für Zigarrengeruch. Dieser sehr spezifische Geruch ist auch neben Gerüchen wie Hausbrand oder Autoabgasen deutlich wahrnehmbar. Eine „Hintergrundbelastung“ durch Rauchgeruch ist auch im großstädtischen Bereich grundsätzlich nicht vorhanden, eine Ausnahme bilden Raucherlokale oder Gastgärten, in denen regelmäßig geraucht wird. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich in der von beiden Streitparteien bewohnten Wohnhausanlage oder den sie umgebenden Straßenzügen derartige Lokale befinden.

Ein Vertreter der Hausverwaltung unterfertigte am 28. 10. 2013 folgende „Abtretungserklärung“:

„Die Vermieterin tritt hiermit unentgeltlich dem Mieter [Kläger] ihre vertraglichen Ansprüche aus dem Mietverhältnis mit dem Mieter [Beklagter] auf Unterlassung der in Punkt 3 und 4 der zum Vertragsbestandteil gemachten Hausordnung untersagten Verhaltensweisen ab, sowie auch ihre sonstigen Ansprüche aus welchem Rechtsgrund immer (insbesondere soweit sie als vertragliche Neben- oder Hauptpflichten des Mieters aus seinem Mietverhältnis mit der Vermieterin resultieren) auf Unterlassung der Verbreitung von Zigarrenrauch in einer Weise, dass andere Mieter beeinträchtigt werden.

Der Mieter nimmt hiermit die Abtretung an und ist berechtigt, im eigenen Namen und auf eigene Kosten diese Ansprüche gegenüber [Beklagten] gerichtlich geltend zu machen.“

Der Kläger unterzeichnete diese Erklärung am 21. 11. 2013.

Der Kläger stellte das Hauptbegehren den Beklagten schuldig zu erkennen, die von dessen Wohnung ausgehenden, nach den örtlichen Verhältnissen das gewöhnliche Maß überschreitenden und die ortsübliche Benutzung der Wohnung des Klägers wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen auf die Wohnung des Klägers durch Rauch, insbesondere durch Zigarrenrauch, ab sofort zu unterlassen. Er

formulierte ferner ein Eventualbegehren, wonach der Beklagte die von dessen Wohnung ausgehenden, den Kläger störenden Einwirkungen auf die Wohnung des Klägers durch Rauch, insbesondere durch Zigarrenrauch, ab sofort zu unterlassen habe.

**Der Kläger stützte das Hauptbegehren** auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, **insbesondere auf nachbarrechtliche Ansprüche** (§ 364 Abs 2 ABGB), und das Eventualbegehren auf den ihm abgetretenen vertraglichen Unterlassungsanspruch des Vermieters aus dem Mietverhältnis mit dem Beklagten. **Er brachte vor, der Beklagte rauche zu jeder beliebigen Tageszeit, mit besonderer Vorliebe aber in der Nacht. Der besonders penetrante Zigarrengeruch dringe unvermindert auf seine Loggia und von dort bei geöffneter Loggia-Tür oder bei geöffnetem Fenster in seine Wohnung ein. Für den Kläger sei damit – gerade auch in den heißen Sommermonaten – ein Schlafen bei geöffnetem Fenster und/oder geöffneter Loggia-Tür ausgeschlossen, wolle er nicht in seiner Nachtruhe gestört werden. Bereits in der Früh, etwa ab 8 Uhr, gelegentlich auch früher, rauche der Beklagte schon wieder eine Zigarre. Wolle der Kläger seine Wohnung lüften, müsse er sich nach den Rauchbedürfnissen des Beklagten richten; Frühstücken auf der Loggia komme nicht in Betracht.** Zigarrenrauch sei erwiesenermaßen gesundheitsschädlich. Dennoch stehe der Beklagte auf dem Standpunkt, dass sein Rauchverhalten niemanden etwas angehe. Die Versuche des Klägers, die Unterlassung der Immissionen zu erreichen, seien erfolglos geblieben. Die Vermieterin habe dem Kläger schließlich ihren vertraglichen Unterlassungsanspruch aus dem Mietverhältnis mit dem Beklagten abgetreten.

**Der Beklagte wandte ein, sein Zigarrenkonsum sei keinesfalls exzessiv und absolut üblich.** Er bewirke keine rechtlich relevante Immission in der Wohnung des Klägers. Der Kläger habe schon vorher zweimal hofseitige Wohnungen in derselben Wohnanlage bewohnt und vor dem Bezug seiner nunmehrigen Wohnung vom Rauchverhalten des Beklagten Kenntnis gehabt. **Der Beklagte sei berechtigt, sein Leben so zu gestalten, wie es ihm beliebt. Tabakkonsum sei kein rechtlich verpöntes, sondern ein sozialübliches Verhalten. Selbst wenn der Tabakrauch für den Kläger wahrnehmbar sein sollte, übersteige er keinesfalls das nach den örtlichen Verhältnissen geübliche Maß. Im großstädtischen Bereich sei jedenfalls damit zu rechnen, dass in Nachbarwohnungen sowie auch auf Balkonen geraucht werde. Von einer Gesundheitsschädigung könne keine Rede sein. Auch die ortsübliche Benutzung der Wohnung des Klägers werde nicht beeinträchtigt.** Hingegen würde das Unterlassungsgebot zu einer unzumutbaren und wesentlichen Beeinträchtigung der Nutzbarkeit der Wohnung des Beklagten führen; er wäre durch ein Rauchverbot in seinen „eigenen vier Wänden“ in seiner Lebensgestaltungsfreiheit und in seinem durch Art 8 EMRK verbrieften Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt. Allfällige Unterlassungsansprüche der Vermieterin seien nicht selbständig abtretbar.

Das Erstgericht wies das Hauptbegehren des Klägers ab (1), gab aber dem Eventualbegehren statt (2).

Es beurteilte den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt rechtlich dahin, dass die vom Zigarrenkonsum des Beklagten ausgehende Rauch- bzw Geruchsmission zwar nicht ortsüblich sei. Allerdings habe das Rauchverhalten des Beklagten bereits bestanden, als der Kläger seine Wohnung angemietet habe. Das Rauchverhalten sei daher prinzipiell unabhängig von der Ortsüblichkeit zu tolerieren, es

sei denn, die Immission wäre gesundheitsschädlich und der Kläger habe sie nicht gekannt und auch nicht kennen müssen. Zur Gesundheitsschädlichkeit lägen nur Negativfeststellungen vor. Auch die weitere Negativfeststellung zur Frage, ob die Immissionsbelastung für den neu hinzugezogenen Kläger im Vorhinein erkennbar war, gehe zu Lasten des beweispflichtigen Klägers. Der Unterlassungsanspruch könne daher nicht auf § 364 ABGB gestützt werden.

Die Übertragung des Unterlassungsanspruchs der Vermieterin auf den Kläger sei – ebenso wie die eines Leistungsanspruchs – unbedenklich. Die Frage, ob und inwieweit die Hausordnung Inhalt des Mietvertrags mit dem Beklagten geworden sei, müsse nicht beantwortet werden. Aus § 1118 ABGB, der dem Bestandgeber ein Kündigungsrecht bei erheblich nachteiligem Gebrauch des Bestandobjekts einräume, sei als Minus ein Unterlassungsanspruch abzuleiten. Erheblich nachteiliger Gebrauch sei jedenfalls zu bejahen, wenn, wie hier, durch Zigarrenrauch andere Mieter „vertrieben“ und ihnen Gründe für eine vorzeitige Vertragsauflösung gegeben werden. Die Vermieterin erleide bei Leerständen einen Mietzinsausfall; gleiches gelte, wenn andere Mieter, die sich belästigt fühlten, den Mietzins mindern. Der Kläger habe daher gegen den Beklagten den wirksam auf ihn übertragenen Anspruch des Vermieters auf Unterlassung des erheblich nachteiligen Gebrauchs.

Das von beiden Parteien angerufene Berufungsgericht gab nach dem Wortlaut seines Urteilsspruchs der Berufung des Klägers Folge und änderte die erstinstanzliche Entscheidung dahin ab, dass es „Punkt 1“ (Abweisung des Hauptbegehrens) ersatzlos aufhob und den Beklagten in „Punkt 2“ (Eventualbegehren) dazu verpflichtete, die von seiner Wohnung ausgehenden und wesentlich beeinträchtigenden Einwirkungen auf die Wohnung des Klägers, die durch das Rauchen von Zigarren bei offenem Fenster, im Freien oder bei Lüftung ins Freie in der Zeit von 22:00 bis 6:00 Uhr entstünden, zu unterlassen. Die Abweisung des Mehrbegehrens unterblieb. Der Beklagte wurde mit seiner Berufung „auf diese Entscheidung verwiesen“. Das Berufungsgericht sprach ferner aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteigt und die ordentliche Revision zulässig sei.

Zur Berufung des Klägers erörterte es, auch obligatorisch Berechtigten mit Sachinhabung stünden nachbarrechtliche Ansprüche zu. Das Erstgericht habe auf der Grundlage seiner Feststellungen zwar zutreffend ausgeführt, dass die durch den Zigarrenkonsum des Beklagten verursachte Rauch- bzw Geruchsimmission nicht als ortsüblich bezeichnet werden könne. Unzutreffend seien aber seine Überlegungen, mit denen es das auf § 364 ABGB gestützte Hauptbegehren des Klägers abgewiesen habe. Jene Fälle, in denen sich nach der Rechtsprechung neu Zugezogene mit den örtlichen Immissionsverhältnissen abzufinden hätten, seien mit dem vorliegenden Sachverhalt „nicht unbedingt vergleichbar“. Überdies könne das Kriterium der „örtlichen Verhältnisse“ nicht auf das Wohnhaus der Streitparteien beschränkt werden. Vielmehr sei auf das jeweilige Stadtviertel abzustellen. In diesem herrsche kein „Grundpegel“ für Rauchgeruch, insbesondere für Zigarrengeruch. Schon deshalb könne der vom Erstgericht herangezogene Rechtssatz für den „neu hinzugekommenen Nachbarn“ auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden, zumal die Belastung durch Zigarrenrauch im Mietzins keine Berücksichtigung finde. Unerheblich sei, ob der Kläger bei Anmietung der Wohnung über das Rauchverhalten des Beklagten und das Eindringen des Rauches Bescheid gewusst habe.

Zu prüfen bleibe, ob die ortsübliche Nutzung der Wohnung des Klägers durch die Rauchimmissionen wesentlich beeinträchtigt werde. Dies sei im Allgemeinen zu bejahen, wenn die Nachtruhe wiederholt

und empfindlich gestört werde. Im vorliegenden Fall werde der Kläger regelmäßig in der Zeit zwischen Mitternacht und 2:00 Uhr morgens durch den Zigarrenrauch geweckt, obwohl er nicht übermäßig sensibel auf Zigarrenrauch reagiere. Es scheine zielführend, die Grenzen des zulässigen Gebrauchs und der hinzunehmenden Beeinträchtigung nach dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme zu bestimmen. Dabei werde jedenfalls auf die Tages- und Nachtzeit, also die Ruhezeiten Bedacht zu nehmen sein. Abzuwägen bleibe, dass zur Nutzung einer Wohnung nicht nur ein regelmäßiges Lüften, sondern auch die Frischluftzufuhr gehöre. Zu berücksichtigen bleibe aber auch, dass das Rauchen grundsätzlich gesellschaftlich verbreitet und als üblich einzustufen sei.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts werde der Kläger durch die in der Nacht entstehende Geruchsbelästigung im Gebrauch seines Bestandobjekts wesentlich beeinträchtigt. Er werde hiedurch in seiner Nachtruhe empfindlich gestört. Die im Laufe des Tages entstehende Geruchsbelästigung werde dem Kläger hingegen zumutbar sein und könne nicht als wesentliche Beeinträchtigung der Nutzung seines Bestandobjekts gewertet werden. Der Kläger sei daher nur berechtigt, das Unterlassen des Eintritts von Rauchimmissionen in seine Wohnung während der in Wien üblichen nächtlichen Ruhezeit zwischen 22:00 und 6:00 Uhr zu begehren. Eine Gesundheitsgefährdung des Klägers habe sich nicht ergeben.

Das Klagebegehren sei ausreichend bestimmt. Das Gericht sei befugt, im Urteilsspruch den Umfang der nicht hinzunehmenden Immissionsbelastung als Ergebnis seiner Interessenabwägung innerhalb der Grenzen des Begehrens näher zu determinieren. Da die Immission von Zigarrenrauch auf die Loggia und in die Wohnung des Klägers bloß zu Zeiten der Nachtruhe das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreite und die ortsübliche Benutzung der Wohnung des Klägers wesentlich beeinträchtige, sei der Umfang des Unterlassungsanspruchs des Klägers in diesem Sinn festzulegen.

Die Berufung des Beklagten richte sich nur gegen die Stattgebung des Eventualbegehrens. Da das Berufungsgericht das Hauptbegehren für berechtigt erachte, sei die Entscheidung über das Eventualbegehren jedenfalls aufzuheben. Der Beklagte sei mit seiner Berufung auf diese Entscheidung zu verweisen.

Die Revision sei zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zu der Frage fehle, inwieweit **Rauchen bei geöffnetem Fenster oder auf der Loggia (dem Balkon) als Immission zu beurteilen sei, die eine über das ortsübliche Maß hinausgehende Beeinträchtigung der Nutzung einer Nachbarwohnung bewirken könne**, und welche Grundsätze bei der **Beurteilung einer Kollision der Mietrechte in dieser Frage von entscheidender Bedeutung** seien.

Gegen dieses Berufungsurteil richten sich die Revisionen beider Parteien.

Der Kläger verweist darauf, dass sein Klagebegehren teilweise „de facto“ abgewiesen worden sei, und beantragt die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der gänzlichen Stattgebung seines Unterlassungsbegehrens, hilfsweise dahin, dass dem Unterlassungsbegehren neben den Nachtstunden auch für die „allgemeinen Ruhezeiten“, dies sei von 8:00 bis 10:00 Uhr, 12:00 bis 15:00 Uhr und „16 bis 18 Uhr“ (gemeint wohl: 18:00 bis 20:00 Uhr; siehe unten) stattgegeben werde. Mit weiteren Eventualbegehren werden Aufhebungsanträge gestellt.

Der Beklagte beantragt die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens.

In den Revisionsbeantwortungen wird jeweils beantragt, dem gegnerischen Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

Die Revisionen sind aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Beide Rechtsmittel sind auch teilweise berechtigt.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen werden die Revisionen gemeinsam behandelt.

Der Kläger macht geltend, die Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB seien auch außerhalb der vom Berufungsgericht angenommenen Zeiten von 22:00 bis 6:00 Uhr erfüllt. Während der Nachtruhezeiten sei ohnedies jegliche Störung zu unterlassen, daraus könne aber nicht geschlossen werden, dass jegliche Störung in den Zeiten außerhalb der Nachtruhe zu tolerieren sei. Es könne nicht sein, dass der Beklagte in den verbleibenden 16 Stunden (6:00 bis 22:00 Uhr) das Recht habe, den Kläger ohne jede Rücksichtnahme in der ortsüblichen Benutzung seiner Wohnung einschließlich Loggia zu stören und ihm „seinen Zeitplan des Zigarrenkonsums zu oktroyieren“.

Nach der Wertung des Obersten Gerichtshofs in der Entscheidung 7 Ob 286/03i (Klavierspielen) und den Wertungen des Tabakgesetzes sei freier Zigarrenkonsum nicht unbeschränkt zulässig. Sollte er überhaupt zulässig sein, so sei er abgesehen von den Nachtstunden auf die Zeiten außerhalb der mittäglichen Ruhezeit (12:00 bis 15:00 Uhr) und der üblichen Essenszeiten (8:00 bis 10:00 Uhr, 12:00 bis 15:00 Uhr, 18:00 bis 20:00 Uhr) zu beschränken. Sollte nicht ein gänzlich Unterlassungsgebot ausgesprochen werden, ergebe sich aus einer derartigen zeitlichen Aufteilung ein ausgewogener Interessenausgleich. Im Übrigen hätte das Berufungsgericht im Umfang der „de facto“-Abweisung des Klagebegehrens im Zeitraum von 6:00 bis 22:00 Uhr über das Eventualbegehren absprechen müssen. Diesem wäre bei nicht gänzlichem Durchdringen mit dem Hauptbegehren aus den schon vom Erstgericht genannten Gründen stattzugeben gewesen.

Der Beklagte steht weiterhin auf dem Standpunkt, ihm zu einer bestimmten Zeit den Konsum eines legalen Genussmittels in seinem „aller privatesten Umfeld“ zu verbieten, begründe einen Eingriff in das Grundrecht auf Privat- und Familienleben, der nur in ganz extremen Ausnahmefällen zulässig sei. Es stehe aber fest, dass für den Kläger keine Gesundheitsgefährdung bestehe. Der Beklagte lege kein unübliches Verhalten an den Tag. Dass er gerade zur Nachtzeit rauche, liege an seinen Arbeitszeiten und den damit einhergehenden Gewohnheiten, die er wegen eines über ihn verhängten Rauchverbots verändern müsste. Darin läge im Ergebnis eine „ganz massive Abwertung des Wohnwertes“ seiner Wohnung. Was andere als störend empfinden, sei sehr individuell. Während den Kläger der Tabakrauch störe, könnten andere durch Küchengerüche gestört werden. Der Kläger werde aber auch nicht im ortsüblichen Gebrauch seiner Wohnung gestört. Es wäre ihm ohne weiteres zumutbar, nicht bei geöffnetem Fenster zu schlafen. Es bleibe ausreichend Zeit seine Wohnung zu lüften, zumal er über ein weiteres Fenster verfüge. Nicht permanent ein Fenster geöffnet zu halten, stelle jedenfalls eine wesentlich geringere Beeinträchtigung dar, als über viele Stunden nicht rauchen zu dürfen, insbesondere zu jener Zeit, zu der es dem Beklagten aufgrund der zulässigen Gestaltung seiner Lebensverhältnisse besonders wichtig sei.

Hiezu wurde erwogen:

I. Verfahrensrechtliches: ...

II. Hauptbegehren:

1. Gesetzliche Regelung:

1.1 Gemäß § 364 Abs 2 ABGB kann der Eigentümer eines Grundstücks dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen ua durch Rauch und Geruch insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.

1.2 Die Klage nach § 364 Abs 2 ABGB ist ein Anwendungsfall der negatorischen Eigentumsklage. Das Begehren geht auf Unterlassung des Eingriffs (9 Ob 48/12t; RIS Justiz RS0010526). Seit der Entscheidung des verstärkten Senats 7 Ob 654/89 SZ 62/204 wird der Abwehranspruch nicht nur dem Grundeigentümer und anderen am Grundstück dinglich Berechtigten, sondern auch bloß obligatorisch Nutzungsberechtigten, wie dem Bestandnehmer, zugebilligt (vgl RIS Justiz RS0010644, RS0010655; Eccher/Riss in KBB4 § 364 Rz 15).

2. Keine unmittelbare Zuleitung:

2.1 Die zitierte gesetzliche Bestimmung unterscheidet zwischen unmittelbaren und mittelbaren Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, je nachdem ob die Tätigkeit des einen Eigentümers (hier: Mieters) unmittelbar auf die Einwirkung gerichtet ist oder ob diese nur zufällig eintritt. Unmittelbare Zuleitungen sind somit solche, die durch eine „Veranstaltung“ bewirkt werden, die für eine Einwirkung gerade in der Richtung des Nachbargrundstücks (hier: Nachbarwohnung) hin ursächlich ist (1 Ob 92/02i; 1 Ob 279/02i; 1 Ob 169/06v SZ 2006/152; RIS Justiz RS0010635). Eine unmittelbare Zuleitung erfordert eine dem Liegenschaftseigentümer (Mieter) zuzurechnende Änderung der natürlichen Gegebenheiten, eben eine „Veranstaltung“, wodurch Immissionen auf das Nachbargrundstück geleitet werden. Nicht notwendig ist nach herrschender Rechtsprechung ein zielgerichtetes (absichtliches) Verhalten des Liegenschaftseigentümers (Mieters); stets ist aber vorausgesetzt, dass vom belangten Nachbarn überhaupt eine Veränderung der natürlichen Verhältnisse geschaffen wurde (vgl 1 Ob 92/02i; 1 Ob 169/06v SZ 2006/152; 8 Ob 22/14i; 1 Ob 126/15y; RIS Justiz RS0117337, RS0121625; aA zum Kriterium der Finalität Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 364 Rz 186 ff). Daran ist festzuhalten. Soweit aus der Entscheidung 7 Ob 101/07i RdU 2008/17 (Wagner) anderes abzuleiten wäre, wird ihr nicht gefolgt.

2.2 Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Zuleitung von Abwässern in mehreren Entscheidungen ausgeführt, es genüge, wenn der Eintritt von Wasser durch eine Anlage bloß ermöglicht werde. Auch wenn die konkrete Einwirkung an sich vom Willen des (störenden) Nachbarn unabhängig, aber eine unvermeidbare Folge seiner vermeidbaren Handlungen sei, könne sie untersagt werden (1 Ob 92/02i mwN; 1 Ob 169/06v SZ 2006/152 = RdU 2007/15 [insoweit zust Kerschner]). Die Unmittelbarkeit einer Zuleitung sei schon immer dann zu bejahen, wenn sie weder auf die unbeeinflusst gebliebenen natürlichen Gegebenheiten zurückzuführen sei, noch auf der Zwischenschaltung

eines weiteren Mediums beruhe, wie das etwa beim Versickern des Wassers im Erdreich der Fall sei (1 Ob 92/02i; 1 Ob 169/06v SZ 2006/152; 1 Ob 263/06t).

2.3 Bei sinngemäßer Anwendung dieser Kriterien auf den vorliegenden Fall liegt nach Auffassung des Senats – entgegen Wilhelm (Immission Tabakrauch: Eigentumsfreiheitsklage, Persönlichkeitsschutz, ecolex 2015, 525 [zum gegenständlichen Fall]) – keine unmittelbare Zuleitung iSd § 364 Abs 2 zweiter Satz ABGB vor. Begreift man das **Rauchen bei geöffnetem Fenster oder auf der Terrasse** selbst als eine die natürlichen Verhältnisse verändernde „Veranstaltung“ im obigen Sinn, so gelangt der entweichende Rauch dennoch nicht unmittelbar, sondern nur über ein weiteres Medium, nämlich die aufsteigende Luft, auf die Terrasse bzw in die Wohnung des Klägers. Daran ändert nichts, dass sich der Zigarrenrauch infolge der Luftströmung zwangsläufig nach oben verbreitet. Bei anderer Sichtweise wäre auch die aus einer Nachbarwohnung stammende Geräuschimmission stets als unmittelbar zu werten, was jedoch der ständigen Rechtsprechung widerspricht (vgl 1 Ob 594/94 SZ 67/138; 1 Ob 6/99k SZ 72/205; 7 Ob 286/03i ua).

2.4 Somit **handelt es sich um eine mittelbare Immission, für die die beiden in § 364 Abs 2 erster Satz ABGB genannten Kriterien maßgeblich sind**. Diese müssen kumulativ vorliegen, sodass die örtlichen Verhältnisse in beiden Belangen zu beachten sind (5 Ob 173/15z; RIS Justiz RS0010587). Selbst übermäßige Immissionen sind daher zu dulden, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen, aber auch dann, wenn sie das ortsübliche Maß nicht übersteigen, obwohl die ortsübliche Nutzung des Grundstücks durch sie wesentlich beeinträchtigt wird (1 Ob 6/99k SZ 72/205; RIS Justiz RS0010587 [T4]).

### 3. Ortsüblichkeit:

3.1 Bei der Auslegung der Begriffe „örtliche Verhältnisse“ und „ortsübliche Benützung“ ist in größeren Städten der betroffene Stadtteil („Viertel“) maßgeblich, weshalb hier auf die in der Wiener Innenstadt herrschenden Verhältnisse abzustellen ist (vgl 1 Ob 6/99k SZ 72/205; 2 Ob 166/14x; RIS Justiz RS0010678, RS0010577). Entscheidend ist aber auch die Lage des beeinträchtigten Grundstücks zu jenem, von dem die Störung ausgeht (hier also die Lage der Wohnungen der Streitparteien zueinander), weshalb ein Untersagungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB etwa auch dann bestehen kann, wenn eine Wohnung wegen ihrer besonderen Lage zur Nachbarwohnung durch Einwirkungen von dieser derart beeinträchtigt wird, dass die Beeinträchtigung das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß übersteigt (vgl 2 Ob 166/14x; RIS Justiz RS0010653). Die Frage, ob eine Immission (noch) als ortsüblich zu beurteilen ist, ist nicht allein aufgrund rein empirischer Ergebnisse, sondern auch anhand normativer Wertungen zu prüfen; die Ortsüblichkeit ist somit auch ein wertungsabhängiger Rechtsbegriff (1 Ob 6/99k SZ 72/205; 7 Ob 286/03i; RIS Justiz RS0010577 [T7]).

3.2 Nach einer Gesundheitsbefragung der Statistik Austria gilt im Jahr 2014 ca ein Viertel der österreichischen Bevölkerung als Raucher, wobei der Anteil der täglich Rauchenden ab 16 Jahren bei den Männern leicht rückläufig, bei den Frauen hingegen ansteigend ist

([http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/gesundheit/gesundheitsdeterminanten/rauchen/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/gesundheit/gesundheitsdeterminanten/rauchen/index.html);

vgl Pittl/Gottardis, Zur Rechtswirksamkeit mietvertraglicher Rauchverbote, wobl 2016, 345 [346];

ebenso bereits Prader, Rauchen auf dem Balkon und im Garten, RdW 2012, 258). **Rauchen ist ge-**

**sellschaftlich nach wie vor verbreitet, wenngleich die allgemeine Akzeptanz gegenüber dem Rauchen rückläufig ist** (vgl Buchleitner/Mrvošević, Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung Schaden zu!, ecolex 2015, 748). Dafür, dass die Anzahl der Raucher gerade in der Wiener Innenstadt geringer wäre, als es dem österreichischen Durchschnitt entspricht, gibt es keinen Hinweis. Es ist auch nicht anzunehmen, dass diese Personengruppe nur in Raucherlokalen oder im Freien, nicht aber in ihren Wohnungen rauchen würden. Ebenso entspricht es der Lebenserfahrung, dass Raucher nach dem Konsum ihrer Rauchwaren die eigene Wohnung lüften oder gleich ihren Balkon benützen, sofern ein solcher vorhanden ist. Nur unter diesem isolierten Gesichtspunkt wäre „Rauchen auf dem Balkon“ – zumindest was Zigarettenrauch anlangt – noch als ortsüblich zu tolerieren.

3.3 Die im Schrifttum (vgl etwa Prader, Rauchen auf dem Balkon und im Garten, RdW 2012, 259; Wilhelm, Immission Tabakrauch: Eigentumsfreiheitsklage, Persönlichkeitsschutz, ecolex 2015, 525 [zum gegenständlichen Fall]; ders Raucher oder Nichtraucherschutz, ecolex 2016, 1) dagegen ins Treffen geführte Gesundheitsgefährdung der von den Rauchimmissionen Betroffenen, die Ortsüblichkeit jedenfalls ausschließen würde (1 Ob 6/99k SZ 72/205; 7 Ob 286/03j; 6 Ob 166/13z; 7 Ob 80/14m), hat das Erstgericht auf der Tatsachenebene verneint. Denn die „Negativfeststellung“, es könne nicht festgestellt werden, dass der in die Wohnung des Klägers eindringende Zigarrenrauch dort zu einer „gesundheitsschädlichen Schadstoffkonzentration“ führen würde, hat es im Rahmen seiner Beweiswürdigung damit begründet, dass „der Sachverständige schlüssig und nachvollziehbar darlegte, dass der aufgrund der großen Verdünnung der rauchbelasteten Luft die für die Gesundheitschädlichkeit festgelegten Grenzwerte sicher nicht erreicht werden, zumal es sich auch nicht um eine Dauerausstellung handelt“ (Seite 12 des erstinstanzlichen Urteils). In diesem Kontext kann die „Negativfeststellung“ aber nicht im Sinne eines „non liquet“ verstanden werden, weshalb sich insoweit auch keine Fragen der Beweislast stellen.

3.4 Ungeachtet dessen ist **bei der Beurteilung der Ortsüblichkeit der Immission durch Tabakrauch nicht allein auf das Verhalten der Raucher abzustellen, sondern auch auf die von Nichtrauchern in der Regel als unangenehm und störend empfundene Geruchsentwicklung, die gerade beim Rauchen am geöffneten Fenster oder auf dem Balkon – je nach Lage der Wohnungen zueinander – (weit) über das Ortsübliche hinausgehen kann** (siehe oben 3.1). Es ist daher nicht wesentlich, ob auch auf anderen Balkonen in der Wohnanlage geraucht wird. Faktum ist, dass der Kläger unter den festgestellten Umständen dem von der Wohnung des Beklagten ausströmenden Tabakgeruch in einer Weise ausgesetzt ist, die in ihrer Dauer (bis zu fünfeinhalb Stunden täglich) und Intensität (Zigarre) nicht mehr als ortsüblich bezeichnet werden kann, zumal, wie das Erstgericht feststellte, kein „Grundpegel“ für Zigarrengeruch besteht.

4. Wesentliche Beeinträchtigung – Allgemein:

4.1 Zu prüfen ist somit die weitere Frage, ob die ortsübliche Benutzung der Mietwohnung des Klägers durch den Tabakgeruch wesentlich beeinträchtigt wird. Der Maßstab der Wesentlichkeit der Einwirkung ist ein objektiver. Bei dieser Beurteilung ist daher nicht auf das subjektive Empfinden (die besondere Empfindlichkeit) der betroffenen Person abzustellen, sondern auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet (5 Ob 173/15z; 4 Ob 43/16a; RIS Justiz RS0010607; auch RS0010557, RS0010583). Der im Nachbarrecht gebotene Interessenausgleich

fordert von beiden Seiten gegenseitige Rücksichtnahme und Toleranz. Beim Zusammenleben mehrerer Personen in einem Haus sind dadurch bedingte Unannehmlichkeiten grundsätzlich in Kauf zu nehmen, es ist ein akzeptabler Ausgleich der gegenläufigen Interessen zu finden (5 Ob 173/15z; RIS Justiz RS0112954). Die Frage nach der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung ist deshalb vom Standpunkt eines verständigen Durchschnittsmenschen aus zu beantworten, der auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte wenigstens auch Bedacht nimmt (1 Ob 6/99k SZ 72/205; 9 Ob 62/09x; RIS Justiz RS0010607 [T6]; RS0112954 [T2]). Das schließt nicht aus, dass in die vorzunehmende Interessenabwägung die persönlichen Lebensumstände und individuellen Gewohnheiten aller Beteiligten einfließen können.

4.2 Aus den Feststellungen des Erstgerichts ergibt sich, dass das Empfinden des in der Wohnung des Klägers deutlich und (pro Zigarre) mitunter mehrere Stunden lang wahrnehmbaren Zigarrengeruchs als schwere Beeinträchtigung nicht auf einer besonderen Sensibilität des Klägers beruht, sondern dass derartige Rauchgeruch für den durchschnittlichen Nichtraucher auffällig und störend ist (offensichtlich gilt dies bis zu einem gewissen Maß auch für den durchschnittlichen Raucher, der ansonsten seine Rauchwaren ja nicht bevorzugt auf dem Balkon oder bei geöffnetem Fenster konsumieren würde [so zutreffend Iro, Rauchen auf dem Balkon, RdW 2013, 315]). Der auf die Terrasse und in die Wohnung des Klägers (ein )dringende Zigarrengeruch bewirkt unter diesen Umständen jedenfalls eine wesentliche Beeinträchtigung des ortsüblichen Gebrauchs dieser Wohnung.

4.3 Voraussetzung dafür, dass es zu einer solchen wesentlichen Beeinträchtigung kommen kann, ist das zeitliche Zusammentreffen des Zigarrenkonsums mit der Terrassennutzung und/oder dem Offenhalten von Terrassentür und/oder Fenster durch den Kläger. So wie der Beklagte für sich grundsätzlich zu Recht in Anspruch nimmt, seine Wohnung im Rahmen des Mietvertrags nach seinen persönlichen Vorlieben und Bedürfnissen nutzen zu können, trifft dies ebenso auf den Kläger zu. Allerdings führen nur die Gewohnheiten des Beklagten zu einer ortsunüblichen wesentlichen Störung des Nachbarn, nicht aber umgekehrt. Unter diesen Vorzeichen gilt es im Sinne des oben Gesagten, einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen.

## 5. Wesentliche Beeinträchtigung – Nachtstunden:

5.1 In Fällen behaupteter Geräuschimmissionen hat der Oberste Gerichtshof schon mehrfach die Auffassung vertreten, dass es bei der Lärmerregung nicht nur auf die Lautstärke, Häufigkeit und Dauer ankommt, sondern auch auf die Tageszeit (RIS Justiz RS0037203), weil der Lärm einer bestimmten Intensität mitunter tagsüber noch nicht, wohl aber zur Nachtzeit als besonders störend empfunden wird. Für die Bestimmung der „Nachtzeit“ könne als Richtschnur dienen, dass die Bevölkerung vorwiegend die Zeit von 22:00 bis 6:00 Uhr für die Nachtruhe in Anspruch nimmt (vgl 1 Ob 594/94 SZ 67/138; 2 Ob 55/99y; 3 Ob 93/14v; vgl auch RIS Justiz RS0037171). Dabei wurde auch den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Erregung (die Nachtruhe) störenden Lärms entgegenwirken sollen, wesentliche Bedeutung zuerkannt (RIS Justiz RS0037188).

5.2 Öffentlich rechtliche Vorschriften, die das Rauchen in privaten Räumen einschließlich dazugehöriger Terrassen und Balkone verbieten oder beschränken würden, existieren zwar nicht (vgl die Best-

immungen über den Nichtrauchererschutz in den §§ 12 ff des Tabak und Nichtraucherinnen bzw Nicht-raucherschutzgesetzes – TNRSG idF BGBl I 2016/22).

Die der soeben erörterten Rechtsprechung zu entnehmende Wertung, dass (vor allem) die als besonders belastend empfundene Störung der Nachtruhe untersagt werden soll, ist aber dennoch auf den vorliegenden Fall übertragbar. Im Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob die Störung der Nachtruhe durch Lärm oder – wie hier festgestellt wurde – durch eine intensive Geruchsbelästigung hervorgerufen wird. Für den Zeitraum von 22:00 bis 6:00 Uhr muss daher eine Abwägung zwischen dem Bedürfnis des Klägers, in seiner Nachtruhe nicht gestört zu werden, und dem Bedürfnis des Beklagten, seinen Arbeitstag mit einer nächtlich konsumierten Zigarre zu beenden, zugunsten des Klägers ausfallen. Die Möglichkeit, in seiner hof- bzw gartenseitig ausgerichteten Wohnung bei geöffnetem Fenster schlafen zu können, darf durch den Zigarrengeruch nicht eingeschränkt werden.

Nichts anderes folgt im Übrigen aus der Wertung des TNRSG: Sollen Nichtraucher schon in öffentlichen Räumen, Gaststätten etc geschützt werden, so ist ihnen dieser Schutz umso mehr in ihrer Wohnung zu gewähren (vgl Wilhelm, Raucher- oder Nichtrauchererschutz, ecolex 2016, 1).

5.3 Allerdings wird sich die wesentliche Beeinträchtigung durch den von außen eindringenden Zigarrengeruch in den Nachtstunden auf jene Jahreszeit beschränken, in der der durchschnittliche Wohnungsmieter, der auch in diesem Zusammenhang als Maßstab dient, üblicherweise bei geöffnetem Fenster oder geöffneter Terrassentür schläft (auch der Kläger hat ja die Beeinträchtigung vor allem in den „heißen Sommermonaten“ beklagt). Bei objektiver Sichtweise wird sich dieser Zeitraum längstens auf die Monate von Mai bis einschließlich Oktober erstrecken, während der „Durchschnittsmensch“ von November bis Ende April die Nachtstunden in geschlossenen Räumen verbringt. Besondere Umstände bei beiden Parteien, die eine andere Regelung nahelegten, sind nicht erkennbar.

5.4 Somit lässt sich als Zwischenergebnis für die Zeit von 22:00 bis 6:00 Uhr festhalten, dass es – vorbehaltlich des noch Folgenden – vom 1. Mai bis 31. Oktober jeden Jahres bei der vom Berufungsgericht gefundenen Regelung zu bleiben hat, nicht aber auch vom 1. November bis 30. April. In diesem Zeitraum liegt während der Nachtstunden keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Benutzung der Mietwohnung des Klägers vor.

## 6. Wesentliche Beeinträchtigung – Tageszeit:

6.1 Was nun die restlichen Tageszeiten anlangt, kann zunächst abermals auf die zu „Musikmissionen“ ergangene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zurückgegriffen werden. Exemplarisch für das Bemühen um einen angemessenen Interessenausgleich sind jene Entscheidungen, denen – ausgehend vom Maßstab des „verständigen Durchschnittsmenschen“ – die Beeinträchtigung eines Eigentümers oder Mieters durch stundenlanges Klavierspielen in einer benachbarten Wohnung zugrunde lagen. Dabei soll auch auf die „üblichen Ruhezeiten“ tagsüber Bedacht zu nehmen sein (vgl 1 Ob 6/99k SZ 72/205; 7 Ob 286/03i wobl 2004/78 [Vonkilch] = immolex 2004/97 [Iby]; dazu auch Illedits, OGH klärt die Ortsüblichkeit des Klavierspiels in Wohnräumen im städtischen Gebiet, wobl 2004, 300; RIS Justiz RS0110281).

6.2 Da die angesprochene Wertung des TNRSG auch für die Tageszeiten gilt, der Nichtraucher also auch tagsüber vor eindringendem Rauch geschützt werden soll, kann der anzustrebende Interessen-

ausgleich – ähnlich wie bei den „Musikmissionen“ – auch zu diesen Zeiten nur durch eine zeitliche Regelung erreicht werden. **In der Literatur gibt es zwar Stimmen, die dem Tabakrauch** emittierenden Nachbarn **jegliche Akzeptanz absprechen** (vgl etwa Wilhelm, Raucher- oder Nichtraucher-schutz, ecolex 2016, 1 [zum gegenständlichen Fall]; Buchleitner/Mrvošević, Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung Schaden zu!, ecolex 2015, 749: „keine berücksichtigungswürdigen Allgemeininteressen“). **Diese Auffassung widerspricht aber dem nachbarrechtlichen Rücksichtnahmegebot.**

6.3 Der deutsche Bundesgerichtshof hatte in seinem Urteil vom 16. 1. 2015, V ZR 110/14 (NJW 2015, 2023 = ZW 2015, 331 [Derleder] = LMK 2015, 371622 [Roth] = FD-MietR 2015, 369297

[Bub/Bernhard]) bei vergleichbarer Rechtslage einen nahezu identischen Sachverhalt zu beurteilen. Im dortigen Anlassfall lagen die Balkone zweier Mietwohnungen übereinander, die Kläger fühlten sich durch den mehrmals täglich aufsteigenden Zigarettenrauch im Gebrauch ihrer Wohnung gestört. Die Unterlassungsklage war auf die Untersagung des Rauchens auf dem Balkon während bestimmter Stunden gerichtet.

Der Bundesgerichtshof bejahte im Gegensatz zu den Vorinstanzen die Möglichkeit, die begehrte Unterlassung zu erwirken, hielt das Verfahren aber noch für ergänzungsbedürftig. Soweit hier von Bedeutung, ging er in den Gründen seiner Entscheidung davon aus, dass deutlich (intensiv) wahrnehmbarer Tabakrauch zwar als wesentliche Beeinträchtigung des Gebrauchs der klägerischen Wohnung anzusehen sei. Allerdings **bestehe der Unterlassungsanspruch nicht uneingeschränkt, weil der gestörte Mieter auf das Recht des anderen Mieters Rücksicht nehmen müsse, seine Wohnung vertragsgemäß zu nutzen, wozu grundsätzlich auch das Rauchen in der Wohnung und auf dem Balkon gehöre.**

**Das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme** erfordere – wenn den Parteien eine Verständigung untereinander nicht möglich sei – eine Gebrauchsregelung für die Zeiten, in denen beide Mieter an der Nutzung ihrer Balkone interessiert seien. Dem Mieter seien Zeiträume freizuhalten, in denen er seinen Balkon unbeeinträchtigt von Rauchbelästigungen nutzen könne, während dem anderen Mieter Zeiten einzuräumen seien, in denen er auf dem Balkon rauchen dürfe.

6.4 Diese Erwägungen, die mit der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den „Musikmissionen“ in Einklang gebracht werden können, sind auch im vorliegenden Fall tragfähig. Das bedeutet:

(a) Die **Erwirkung eines zeitlich unbeschränkten Rauchverbots** gegenüber dem Beklagten **kommt tagsüber** wegen des auch vom Kläger zu beachtenden nachbarrechtlichen Gebots der gegenseitigen Rücksichtnahme **nicht in Betracht.**

(b) Der Kläger bemängelt in seinem Rechtsmittel aber zu Recht, dass er sich nach der zweitinstanzlichen Entscheidung bei der Nutzung seiner Terrasse, beim Lüften oder dem Offenhalten des Fensters zwecks Frischluftzufuhr tagsüber ganz an das nicht berechenbare Rauchverhalten des Beklagten anpassen müsste, wenn er das Eindringen des beeinträchtigenden Zigarrengeruchs in seine Wohnräume verhindern will. Das kann durch eine Zeitabschnittsregelung verhindert werden, wie sie der Kläger in seinem Rechtsmittel als Eventualantrag begehrt.

(c) Der Kläger orientiert sich dabei an den üblichen „Ruhe- und Essenszeiten“, also den Zeiten von 8:00 bis 10:00 Uhr, 12:00 bis 15:00 Uhr und 18:00 bis 20:00 Uhr (bei der in seinem Revisionsantrag enthaltenen Zeitangabe „16 bis 18 Uhr“ handelt es sich um ein offenkundiges Versehen; vgl bereits Seite 13). Das entspricht nach der Lebenserfahrung den Gewohnheiten des maßgeblichen „Durchschnittsmenschen“. Gründe, die im konkreten Fall ein Abweichen von dieser Durchschnittsbetrachtung rechtfertigen könnten, sind nicht erkennbar. Die restlichen Zeitabschnitte (insgesamt neun Stunden) stünden dem Beklagten für die Befriedigung seines Rauch- und Lüftungsbedürfnisses zur Verfügung, wobei aber auf die festgestellten „Nachwirkungen“ pro gerauchter Zigarre Bedacht zu nehmen ist. Dem Kläger ist beizupflichten, dass damit **ein ausgewogener Interessenausgleich** erzielt werden kann, während der in der Revisionsbeantwortung des Beklagten vertretenen Ansicht, für eine Ausweitung der „üblichen Ruhestunden“ auf den Morgen und den Abend gebe es keine Grundlage, aus den obigen Gründen nicht gefolgt werden kann.

**6.5 Diese Beurteilung gilt aber wieder nur für jene Jahreszeit, in der von einem durchschnittlichen Wohnungsmieter die Nutzung der Terrasse zur Einnahme der Mahlzeiten und die Mittagsruhe bei geöffnetem Fenster oder geöffneter Terrassentür üblicherweise zu erwarten ist.** Auch hier werden dies bei objektiver Sichtweise nur die Monate von Mai bis einschließlich Oktober sein. In der restlichen Zeit von November bis Ende April muss dem Kläger aber noch Gelegenheit zu geben sein, seine Wohnung unbeeinträchtigt vom Zigarrenrauch des Beklagten zu lüften bzw Frischluft zuzuführen. Dafür wird für den durchschnittlichen Bewohner am Morgen, zu Mittag und am Abend je eine Stunde ausreichend sein.

6.6 Als weiteres Zwischenergebnis ist daher für die Zeit von 6:00 bis 22:00 Uhr festzuhalten, dass der Kläger – vorbehaltlich des noch Folgenden – mit seinem Unterlassungsbegehren wie folgt durchdringt:

- vom 1. Mai bis 31. Oktober jeden Jahres für die Zeiten 8:00 bis 10:00 Uhr, 12:00 bis 15:00 Uhr und 18:00 bis 20:00 Uhr.

- vom 1. November bis 30. April jeden Jahres für die Zeiten 8:00 bis 9:00 Uhr, 13:00 bis 14:00 Uhr und 19:00 bis 20:00 Uhr.

Während der übrigen Zeiten liegt keine wesentliche Beeinträchtigung der ortsüblichen Nutzung seiner Mietwohnung vor.

7. Zum behaupteten Verstoß gegen Art 8 EMRK:

7.1 Zentrales Argument in der Revision des Beklagten ist die behauptete Grundrechtswidrigkeit eines ihm für seine Privaträume samt Außenflächen auferlegten Rauchverbots. Es ist daher zu prüfen, ob das soeben gewonnene Ergebnis einen unzulässigen Eingriff in das in Art 8 Abs 1 EMRK verankerte Grundrecht auf Achtung des Privatlebens begründen würde. Zu diesem gehört das Recht auf freie Gestaltung der Lebensführung (Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 22 Rz 13), das der Beklagte zu seinen Lasten beeinträchtigt sieht.

7.2 Grundfreiheiten und Menschenrechte richten sich primär an den Staat, während sie im Privatrecht ihre Verwirklichung im Allgemeinen in Form der mittelbaren Drittwirkung finden. Soweit das nicht durch besondere einfachgesetzliche Normen geschieht, transportiert § 16 ABGB die verfassungsmäßig ga-

rantierten Grundrechte in das Privatrecht. Sie dienen damit nicht nur der Absicherung von fundamentalen Freiheiten und Rechten der Bürger gegenüber der Staatsmacht, sondern haben darüber hinaus auch Auswirkungen auf das Verhältnis der Bürger untereinander, indem die durch sie verkörperten Wertungen bei der Auslegung und Lückenfüllung privatrechtlicher Beziehungen zu berücksichtigen sind (4 Ob 186/09w SZ 2009/166; RIS Justiz RS0008993 [T7]). Zu diesen Grundrechten zählt auch der Schutz des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK (RIS Justiz RS0008993 [T8]).

7.3 Ein dem Beklagten auferlegtes Immissionsverbot greift mittelbar in den von Art 8 Abs 1 EMRK umfassten Schutzbereich ein, da der Beklagte sein Leben nicht mehr nach seinen eigenen Vorstellungen leben darf (vgl Pittl/Gottardis, Zur Rechtswirksamkeit mietvertraglicher Rauchverbote, wobl 2016, 345 [348]).

Dem steht aber dasselbe Grundrecht des Klägers gegenüber, der sein Leben rauchfrei gestalten will und dessen Recht auf freie Lebensgestaltung ebenso beeinträchtigt wäre, würde dem Beklagten der unbeschränkte Tabakkonsum in seinen Wohnräumen gestattet sein. Der Kläger ist auch in seinem ebenfalls durch Art 8 Abs 1 EMRK geschützten Recht auf Achtung der Wohnung beeinträchtigt, das auch vor Einwirkungen durch Lärm, Gestank oder andere Emissionen schützt (RIS Justiz RS0125212; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> § 22 Rz 34).

7.4 Kommt es zwischen Betroffenen und Eingreifer zu einer Kollision ein- und desselben Grundrechts, so ist der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte nur durch eine umfassende Güter- und Interessenabwägung zu gewinnen, bei welcher das Interesse am gefährdeten Gut stets auch die Interessen der Handelnden und die der Allgemeinheit gegenübergestellt werden müssen (4 Ob 186/09w SZ 2009/166; RIS Justiz RS0008990; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 16 Rz 12).

Die vorzunehmende Interessenabwägung führt hier zu dem Ergebnis, dass der mit einem Immissionsverbot mittelbar verbundene Eingriff in das Grundrecht auf Seiten des Beklagten weniger schwer wiegt als der Eingriff in das Grundrecht auf Seiten des Klägers ohne dieses Verbot. Diese Wertung kommt schon in der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 364 Abs 2 ABGB zum Ausdruck, deren Ziel die Regelung kollidierender Rechte ist (vgl RIS Justiz RS0010501). Ein unverhältnismäßiger Eingriff in das geschützte Grundrecht des Beklagten liegt durch die zu treffende Regelung daher nicht vor, zumal es dem Beklagten unbenommen ist, jederzeit in seinen Wohnräumen bei geschlossenen Fenstern zu rauchen.

#### 8. Neu hinzukommender Nachbar:

Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung 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 (2 Ob 57/09k; 8 Ob 59/15g; RIS Justiz RS0112502).

Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall zutreffend nicht für anwendbar erachtet und die gegenteilige Rechtsansicht des Erstgerichts korrigiert. Dem hält der Beklagte in seinem Rechtsmittel nichts mehr entgegen. Es bedarf daher auch keines Eingehens auf die in Teilen der Lehre an dieser Rechtsprechung geäußerte Kritik (zuletzt etwa Wilhelm, Immission Tabakrauch: Eigentumsfreiheitsklage, Persönlichkeitsschutz, eolex 2015, 525 [zum gegenständlichen Fall]).

### III. Eventualbegehren:

1. Anzuknüpfen ist an die Ausführungen in Punkt I. Da der Kläger mit seinem Hauptbegehren nur teilweise durchdringt, ist aus den dort genannten Gründen zu prüfen, ob er mit Hilfe des Eventualbegehrens die gänzliche Untersagung des beanstandeten Rauchverhaltens des Beklagten erwirken kann. Er beruft sich dazu auf Unterlassungsansprüche der Vermieterin, die ihm diese, vertreten durch die Hausverwaltung, mit Erklärung vom 28. 10. 2013 abgetreten hat. Der Beklagte hat dagegen eingewendet, dass diese Unterlassungsansprüche nicht selbständig abtretbar seien. Dieser Einwand ist berechtigt.

2. Ein Mietvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis mit wechselseitigen Rechten und Pflichten. Die gesetz- oder vertragswidrige Verwendung des Mietgegenstands gibt dem Vermieter das Recht auf Kündigung des Mietvertrags, wenn wichtige wirtschaftliche Interessen beeinträchtigt sind und deshalb der Kündigungsgrund des erheblich nachteiligen Gebrauchs gemäß § 1118 erster Fall ABGB bzw § 30 Abs 2 Z 3 zweiter Fall MRG verwirklicht ist (RIS Justiz RS0021031, RS0070348). Ist die Verwendung des Mietgegenstands zwar vertragswidrig, die Interessenbeeinträchtigung aber nicht „erheblich“, steht dem Vermieter ein Unterlassungsanspruch zu (vgl 1 Ob 117/00p; 3 Ob 87/10f mwN [widmungswidriger Gebrauch]).

3. Das Erstgericht hat den Kündigungstatbestand mit obiger Begründung als erwiesen und den Unterlassungsanspruch als Minus zum Kündigungsrecht angesehen. Diesem Ansatz folgt auch der Kläger in seiner Revision. Nach ständiger Rechtsprechung ist aber das Recht, einen Mietvertrag aufzukündigen und die Räumung des Objekts zu fordern, ein unabdingbarer und nicht abtretbarer Teil der Rechte des Bestandgebers, der aus dem Komplex dieser Rechte nicht herausgenommen und abgesondert übertragen werden kann (2 Ob 377/50 SZ 23/195; 4 Ob 79/08h SZ 2008/179; RIS Justiz RS0010335; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB4 V § 1116 Rz 19). Die Abtretung eines solchen Rechts wäre wirkungslos (4 Ob 79/08h SZ 2008/179). In der Entscheidung 2 Ob 377/50 SZ 23/195, auf welche diese Rechtsprechung zurückgeht, wurde dies auch damit begründet, dass die aus dem Eigentum ableitbaren einzelnen Befugnisse und unselbständigen Ansprüche für sich keine veräußerlichen Rechte iSd § 1393 ABGB sind.

4. Um solche unselbständige Ansprüche handelt es sich aber auch bei den Unterlassungsansprüchen des Vermieters wegen Verletzung der Hausordnung und „aus welchem Rechtsgrund immer“, die mit besagter „Abtretungserklärung“ auf den Kläger übertragen werden sollten. Auch diese können nicht selbständig abgetreten werden, die Abtretungserklärung ist wirkungslos. Dem Wortlaut der Erklärung zufolge ist die Abtretung auf die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche „im eigenen Namen und auf eigene Kosten“ des Klägers gerichtet, ohne dass diesem irgendeine materiellen Rechte aus dem Mietverhältnis, insbesondere Rechte auf den vertragsgemäßen Gebrauch des Bestandobjekts durch den Beklagten, zustehen würden. Diese verbleiben vielmehr ausschließlich (weiterhin) bei der Vermieterin.

5. Die Prozessstandschaft ist die Prozessführung im eigenen Namen über ein fremdes Recht. Das Gesetz kann sie zwar anordnen und ordnete sie in manchen Fällen auch an, unzulässig ist nach österreichischem Recht aber die gewillkürte Prozessstandschaft, weil die Klagebefugnis als unverzichtbarer

öffentlich-rechtlicher Anspruch nicht von dem ihr zugrunde liegenden materiellen Recht abtrennbar ist (1 Ob 40/01s SZ 74/81; RIS Justiz RS0032788, RS0053157; Nunner Krautgasser in Fassung/Konecny<sup>3</sup> II/1 vor § 1 ZPO Rz 124 ff).

6. Durch die „Abtretungserklärung“ der Vermieterin wurde auch hier nur eine gewillkürte und daher unzulässige Prozessstandschaft begründet. Dem Kläger mangelt es deshalb hinsichtlich des Eventualbegehrens an der aktiven Klagslegitimation. Die Entscheidung 3 Ob 140/11a, auf die sich der Kläger in erster Instanz zur Entkräftung des Einwands des Beklagten berief (AS 54), hatte einen nicht vergleichbaren Fall zum Gegenstand (gesetzlich vorgesehene Abtretung von Ansprüchen der Wohnungseigentümer an die Eigentümergemeinschaft gemäß § 18 Abs 2 erster Satz WEG idF WRN 2006).

#### IV. Ergebnis und Kosten:

1. Aus den angeführten Gründen erweisen sich beide Revisionen als teilweise berechtigt. Der Beklagte erreicht eine Reduzierung des Unterlassungsgebots für die Nachtstunden, während der Kläger eine Ausweitung auf die festgelegten Tageszeiten erwirkt. Das angefochtene Urteil ist daher wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern. Diesem war eine deutlichere Fassung zu geben (RIS Justiz RS0041254). Der ständigen Rechtsprechung zu § 364 Abs 2 ABGB zufolge ist dem Beklagten die Einwirkung auf die Nachbarwohnung durch die von seiner Wohnung ausgehenden Immissionen zu verbieten. Wie er dies erreicht, bleibt ihm überlassen.

2. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 Abs 1 und 2 zweiter Fall, 50 ZPO.

Während der Umfang des Prozess Erfolgs des Klägers betreffend die Jahreshälfte von Mai bis einschließlich Oktober auf richterlichem Ermessen beruht, ist der Beklagte betreffend die zweite Jahreshälfte weit überwiegend durchgedrungen. Diese besonderen Umstände des konkreten Falls rechtfertigen die Annahme annähernd gleichteiligen Obsiegens, sodass, abgesehen von den dem Kläger anteilig zu ersetzenden Pauschal- und Sachverständigengebühren des erstinstanzlichen Verfahrens, mit Kostenaufhebung vorgegangen werden kann.

RAT.  
INFO.  
SERVICE.  
RECHT.

NOCH FRAGEN?

**DAS INTERNET-ANGEBOT DER AK WIEN**

<http://wien.arbeiterkammer.at> 

