

Hutter

Haftung der Gemeinde bei Hochwasser

Gefahrenbewusstsein schaffen – Haftungsrisiko minimieren:

- Rechtliche Haftungsgrundlagen
- Möglicher Haftungsausschluss
- Konkrete Sachverhalte als praktische Beispiele

Autorenverzeichnis:

Mag. Dieter Hutter

Rechtsanwalt und Partner der Anwaltssozietät
Held Berdnik Astner & Partner GmbH in Graz
E-Mail: d.hutter@hba.at



Dr. Walter Leiss
Generalsekretär Gemeindebund



Bgm. Mag. Alfred Riedl
Präsident Gemeindebund

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser!

Naturkatastrophen und Elementarereignisse zählen zu den schwierigsten Herausforderungen, mit denen sich eine Gemeinde konfrontiert sehen kann. Niemand wünscht sich, dass solche Ereignisse je eintreten oder das eigene Lebensumfeld betreffen. Es gibt sie trotzdem, und zwar in aller Regel ohne lange Vorwarnzeiten oder Möglichkeiten, sich auf eine akute Situation vorzubereiten.

Dazu kommt, dass es sehr oft schwierig ist, Verständnis für Investitionen in den Schutz vor solchen Gefahren zu finden, wenn eine Region viele Jahre davon nicht betroffen war. Die Finanzmittel, die nötig sind, um gefährdete Gemeindegebiete wirksam und nachhaltig vor solchen Katastrophen schützen zu können, sind in ihrem Gesamtumfang meistens sehr hoch. Dieser Schutz erfordert auch eine meist langfristige und umfangreiche Planung, die Ausführung zieht sich über mehrere Jahre, manchmal sogar Jahrzehnte. Nicht immer ist es leicht, die notwendigen Geldmittel für solche Schutzmaßnahmen zu beschaffen, wenngleich Bund und Bundesländer hier in den letzten Jahren große Anstrengungen unternommen haben, die Gemeinden bei solchen Projekten finanziell zu unterstützen.

Doch selbst, wenn Gemeinden alles tun, um die unmittelbaren Folgen von Naturkatastrophen vermeiden zu können, so bleibt stets ein nicht unerhebliches Restrisiko bestehen, je nachdem, in welchem Ausmaß die Gemeinde dann betroffen ist. Die vorliegende Schriftenreihe soll Ihnen als Gemeindevertreter/innen einen Überblick darüber geben, welche Haftungsrisiken für die Gebietskörperschaften bestehen können. Der Autor führt anhand konkreter Beispielfälle und mit der Kenntnis aktueller Rechtsprechung aus, worauf Sie achten sollten, welche Haftungsfälle es überhaupt geben kann und wie Sie als Gemeindevertreter zu einer sinnvollen Einschätzung und Vorbeugung kommen können.

Wir leben in einer Zeit, in der Haftungsfragen generell für die kommunale Ebene immer größere Bedeutung gewinnen. Das liegt einerseits an den deutlich umfangreicheren Aufgaben und Verpflichtungen der Gemeinden, andererseits aber auch an der – sagen wir es vorsichtig – zunehmenden Klagsfreudigkeit, die ein gut beobachtbares Phänomen geworden ist.

Wir hoffen sehr, dass wir Ihnen mit dieser Schriftenreihe ein gutes Instrument in die Hand geben können, um sich bestmöglich zu schützen, aber natürlich auch, um Ihre Verpflichtungen als Gemeindevertreter/innen sorgsam wahrnehmen zu können.

Unser Dank gebührt unserem Autor Mag. *Dieter Hutter*, der mit großem Fachwissen diese Informationen zusammengestellt und ausformuliert hat.

Wir wünschen Ihnen eine interessante und hilfreiche Lektüre!

Mit besten Grüßen

Generalsekretär Gemeindebund
Dr. Walter Leiss

Präsident Gemeindebund
Bgm. Mag. Alfred Riedl

Inhaltsverzeichnis

Autorenverzeichnis	5
1. Vorbemerkungen	7
2. Haftungsgrundlagen	9
2.1 Allgemeines	9
2.2 Amtshaftung	9
2.2.1 Allgemeines	9
2.2.2 Die Haftung nach dem AHG im Detail	10
2.2.2.1 Haftungssubjekte	10
2.2.2.2 Handeln in Vollziehung der Gesetze	16
2.2.2.3 Kausalität	33
2.2.2.4 Rechtswidrigkeit	35
2.2.2.5 Verschulden	40
2.2.2.6 Schaden	42
2.2.2.7 Rettungspflicht	42
2.3 Nachbarrecht	45
2.3.1 Allgemeines	45
2.3.2 Die „allgemeine“ Haftung nach § 364 ABGB	47
2.3.2.1 Allgemeines	47
2.3.2.2 Unmittelbare Zuleitungen und grobkörperliche Immissionen ..	49
2.3.2.3 Mittelbare Immissionen	51
2.3.2.4 Ortsunüblichkeit der Immission	52
2.3.2.5 Wesentliche Beeinträchtigung durch die Immission	54
2.3.2.6 Durchsetzbare Ansprüche	55
2.3.3 Der Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB	56
2.3.3.1 Allgemeines	56
2.3.3.2 Die behördliche Genehmigung iSd § 364 a ABGB	58
2.3.3.3 Anspruchsumfang und Verjährung	59
2.3.4 Die analoge Anwendung von § 364 a ABGB	60
3. Höhere Gewalt als Haftungsausschluss	64
3.1 Allgemeines	64
3.2 Die einzelnen Kriterien der allgemeinen Definition	65
3.2.1 „Von-außen-Kommen“	65
3.2.2 Außergewöhnlichkeit	67
3.2.3 Keine typische Betriebsgefahr	69
3.2.4 Elementares Ereignis	69
3.2.5 Unabwendbarkeit	70

3.3 Höhere Gewalt im Falle von Überschwemmungsschäden	74
3.4 Ausblick – Haftungsverschärfung?	75
4. Literaturverzeichnis	77
4.1 Beiträge, Monographien	77
5. Judikaturverzeichnis	81
5.1 Judikatur österreichischer Gerichte	81
5.1.1 Judikatur des Verfassungsgerichtshofs	81
5.1.2 Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs	81
5.1.3 Judikatur des Obersten Gerichtshofs	82
5.1.3.1 Einzeljudikatur	82
5.1.3.2 Rechtssätze	90
5.1.4 Judikatur anderer österreichischer Zivilgerichte	91
5.2 Judikatur deutscher Gerichte	91
5.2.1 Judikatur des Bundesgerichtshofes	91
5.2.2 Judikatur anderer deutscher Gerichte	92
Schriftenreihe	93

Autorenverzeichnis

Mag. Dieter Hutter

Rechtsanwalt und Partner der Anwaltssozietät
Held Berdnik Astner & Partner GmbH in Graz

E-Mail: d.hutter@hba.at

1. VORBEMERKUNGEN

Wasser ist die Grundlage allen Lebens. Doch zu viel Wasser bringt mehr Schaden als Nutzen. Betroffene Haus- und/oder Grundeigentümer müssen mitansehen, wie ihre Existenzen von den Wassermassen verschlungen werden. Wenn das Hochwasser abfließt, wird das tatsächliche Ausmaß der Schäden erst sichtbar. Nun stellt sich die Frage, von wem man Naturalrestitution oder zumindest Ersatz in Geld verlangen kann. Neben privaten Versicherungen rücken auch die Gemeinden, in denen die betroffenen Eigentümer ihre Häuser haben/hatten, in den haftungsrechtlichen Mittelpunkt.

Die vorliegende Arbeit soll die Frage der Haftung einer Gemeinde klären, indem vor allem auf aktuelle Judikatur Rücksicht genommen wird und etwaige Lösungswege aus einer Haftung heraus aufgezeigt werden. Neben dem „klassischen“ Fall der Bauführung in hochwassergefährdeten Gebieten nimmt diese Arbeit auch auf weitergehende Sachverhalte, aus denen sich eine zu diskutierende Haftung der Gemeinde ergeben kann, Bezug. Dabei sollen auch rückgestaute Kanäle besprochen werden. Auch der mögliche Haftungsausschluss der höheren Gewalt (*vis maior*), der im Allgemeinen ausdrücklich nirgends gesetzlich verankert ist (nur im Speziellen findet sich in § 31 d Abs 2 Z 2 KSchG¹ eine Definition von höherer Gewalt²) und im allgemeinen sowie im juristischen Sprachgebrauch, vor allem jedoch in den Medien, unterschiedlich verwendet wird,³ muss diskutiert werden.

Bevor auf konkret zu besprechende Beispiele eingegangen wird, werden primär die rechtlichen Haftungsgrundlagen erläutert, um ein gewisses unumgängliches Maß an theoretischem Wissen aufzubauen. Passend zu den jeweiligen theoretischen Teilen folgen praktische Beispiele. So soll nicht nur Theorie dargelegt werden, sondern diese Erkenntnisse können gleich mit praxisrelevanten Beispielen verbunden werden. Dabei soll eine gewisse Sensibilität für (juristische) Gefahrenmomente geschaffen werden. Vor allem höhere Gewalt macht nicht bei Staatsgrenzen Halt, weswegen in diesem Abschnitt vermehrt auch auf deutsches Recht eingegangen werden wird.

Ziel dieser Arbeit ist es, bei Gemeindevertretern, Raumplanern und auch Ziviltechnikern anhand von praxisrelevanten Fällen unter Beachtung der Judikatur ein Gefahrenbewusstsein zu etablieren. Insb bei Gemeinden bezweckt dieser Beitrag auch, ihre Bewusstseinsbildung bezüglich ihrer Haftung zu verstärken und sie dementsprechend zur Umsetzung entsprechender Maßnahmen zur Vermeidung von Schäden bei Überflutungen zu animieren. Es geht also weniger darum, dass in der Folge von dritter Seite Haftungsansprüche durch zahllose Klagen eingefordert werden. Eine abschließende, recht-

¹ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumenschutzgesetz – KSchG) BGBl 1979/140.

² Weiß, Höhere Gewalt als Haftungsausschluss (2009) 167.

³ Weiß, Höhere Gewalt 1.

1. Vorbemerkungen

liche Bewertung der hier dargestellten Situationen soll und kann hier nicht gegeben werden, zumal jeder möglicherweise auftretende Fall eine Einzelfallsituation darstellt und im „Ernstfall“ gesondert betrachtet werden muss. Doch mit einem gewissen Maß an Gefahrenbewusstsein muss dieser juristische „Ernstfall“ erst gar nicht eintreten.

2. HAFTUNGSGRUNDLAGEN

2.1 Allgemeines

Als Rechtsgrundlage für eine Haftung der Gemeinde bei Hochwasserschäden bzw bei Schäden, die ganz allgemein mit Wasser in Verbindung gebracht werden können, kommen primär die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, wie zB die nachbarrechtlichen Bestimmungen der §§ 364 ff ABGB⁴ sowie die Schadenersatzregelungen in den §§ 1293 ff ABGB, in Betracht. Insb sind weitere, in verwaltungsrechtlichen Materiegesetzen enthaltene Normen zu beachten.⁵ Auch das Amtshaftungsrecht ist zu berücksichtigen. Organwalter, Gemeindebedienstete bzw die Gemeinde selbst haften nach den schadenersatzrechtlichen Bestimmungen des ABGB, sofern sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung einen Schaden verursachen. Dabei wird – wie sonst auch – zwischen vertraglicher und deliktischer Schädigung unterschieden.⁶

2.2 Amtshaftung

2.2.1 Allgemeines

Erleidet eine Person einen Schaden an ihrem Vermögen oder an ihrer Person selbst, der von einem Organ (= handelnde Person) des Bundes, eines Landes oder einer Gemeinde in Vollziehung der Gesetze auf rechtswidrige und schuldhafte Weise verursacht wurde, so haften nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts⁷ jene Rechtsträger (Bund, Länder, Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung), denen das Organverhalten zurechenbar ist. Dabei gebührt nur Ersatz in Geld (vgl Art 23 Abs 1 B-VG⁸ iVm § 1 Abs 1 AHG⁹). Das haftungsbegründende Organverhalten muss eine hoheitliche Staatstätigkeit darstellen. Des Weiteren werden als Voraussetzungen für die Amtshaftung der tatsächliche Eintritt eines Schadens am Vermögen einer Person und die adäquat kausale, rechtswidrige und schuldhafte Herbeiführung des Schadens gefordert.¹⁰

Gerade im Bereich der Hochwasserrisiken spielt das Raumordnungsrecht eine äußerst große Rolle. Verursachen der Gemeinderat in Vollziehung der örtlichen Raumplanung

⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) JGS 1811/946.

⁵ So schon *Hutter*, Haftungsrisiken der Gemeinde bei Hochwasser, RFG 2013, 177.

⁶ *Eypeltauer/Strasser*, Die Haftung der Organe und der Bediensteten der Gemeinden (1987) 16, 22; vgl auch *Haidvogel*, Gemeinderecht für Praktiker (2013) 179 f.

⁷ Damit kann der Vorwurf, dass der Staat seine Haftung gegenüber seiner Bürger privilegieren wolle, erst gar nicht erhoben werden; vgl dazu *Schragel*, Verbesserter Zugang zur Amtshaftung? ÖJZ 1988, 577.

⁸ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1.

⁹ Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz – AHG) BGBl 1952/60.

¹⁰ Vgl auch *Hutter*, RFG 2013, 178.

2. Haftungsgrundlagen

(Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG) und die Landesregierung als Aufsichtsbehörde (Art 119 a Abs 8 B-VG) bspw bei der Erstellung, Änderung, Genehmigung von raumordnungsrechtlichen Planungsinstrumenten (Flächenwidmungsplan, Bebauungsplan) rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden, so kann der Geschädigte gegen die Rechtsträger Gemeinde und Land Schadenersatzansprüche nach dem AHG geltend machen. Dabei kann der Geschädigte Schadenersatz nicht nur für jene Schäden fordern, die unmittelbar durch gesetzwidrige Verordnungen eingetreten sind, sondern auch für solche Schäden, die durch Bescheide verursacht wurden, welche ihrerseits auf gesetzwidrigen Verordnungen beruhen. Ebenso kann auch die Säumnis des Ordnungsgebers einen Amtshaftungsanspruch des Geschädigten begründen, sofern der Ordnungsgeber seine Pflicht zur Erlassung, Änderung, Beibehaltung oder Aufhebung einer Verordnung missachtet hat.¹¹ Zur Amtshaftung im Einzelnen siehe weiterführend unten.

Die (Wieder-)Herstellung des rechtmäßigen Zustandes kann allerdings nicht durch Anrufung des VfGH und auch nicht über das AHG erreicht werden, da der VfGH nur gesetzwidrige Verordnungen aufheben, gesetzmäßige Verordnungen allerdings *nicht* erlassen darf.¹² Der VfGH ist daher allenfalls „negativer Gesetzgeber“. Was das AHG anbelangt, können die Zivilgerichte, wie oben schon erwähnt, nur Ersatz in Geld zusprechen. Das AHG ist nicht auf die privatrechtlichen Instrumente im Raumordnungsrecht anzuwenden. Hierfür gelten die allgemeinen Bestimmungen des Haftungsrechts des ABGB.¹³

Da die Amtshaftung nach dem bürgerlichen Recht konzipiert ist, ergibt sich schon daraus die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.¹⁴ Das AHG ist zwar als Kodifikation zu betrachten und verdrängt als Sonderregel die allgemeinen Bestimmungen über die Haftung des Staates, nach hA werden weitergehende Regelungen, insb solche, die eine verschuldensunabhängige Haftung gewährleisten, jedoch nicht verdrängt.¹⁵ Vgl vor allem im Nachbarrecht unten.

2.2.2 Die Haftung nach dem AHG im Detail

2.2.2.1 Haftungssubjekte

Jene Rechtsträger, die in den Anwendungsbereich des AHG fallen, sind in § 1 Abs 1 AHG aufgezählt. Dabei handelt es sich um den Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung. Zu beachten ist hierbei, dass es einerseits juristische Personen des öffentlichen Rechts gibt, welchen im eigenen Wirkungsbereich keine hoheitlichen Befugnisse zukommen, und andererseits – abgesehen von den Trägern der Sozialversicherung – Anstalten nicht als Rechtsträger iSd Abs 1 leg cit anzusehen sind. Dies bedeutet, dass im Falle hoheitlicher Schadenszufügung nicht die Anstalt, sondern die Gebietskörper-

¹¹ Kleewein, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1.

¹² Kleewein, bbl 2008, 1.

¹³ Kleewein, bbl 2008, 1.

¹⁴ Mader in Schwimann (Hrsg), ABGB. Praxiskommentar VII³ (2005) Vor § 1 AHG Rz 2.

¹⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ Vor § 1 AHG Rz 4 f; Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)³ (2003) § 1 Rz 3 f.

schaft hinter der Anstalt, für welche die betreffende Aufgabe vollzogen worden ist, haftet.¹⁶ Von § 1 Abs 1 AHG sind außerdem nur juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst. Somit haftet eine juristische Person des Privatrechts, selbst wenn sie im Wege der Beleihung oder Inpflichtnahme mit Aufgaben der Vollziehung von Gesetzen betraut worden ist, nicht, sondern der jeweilige „beauftragende“ Rechtsträger.¹⁷

Die als Haftungsadressat *in praxi* äußerst wichtigen Gebietskörperschaften sind in § 1 Abs 1 AHG vollständig aufgezählt, wobei beachtet werden muss, dass es „Bezirke“ als Gebietskörperschaften nicht gibt. Die in Art 120 B-VG genannten Gebietsgemeinden sind bis heute mangels entsprechendem Bundesverfassungsgesetz nicht realisiert worden.¹⁸ Auch die Bezirksverwaltungsbehörden (Bezirkshauptmannschaften) können nicht unter den in § 1 Abs 1 AHG verwendeten Begriff der Bezirke subsumiert werden, da die Bezirkshauptmannschaften monokratisch organisierte Landesbehörden ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind und im Vollzugsbereich des Bundes oder des jeweiligen Landes für diese Rechtsträger handeln.¹⁹

Beachte: *Gemeindeverbände iSd Art 116 a B-VG, welche die Gebietskörperschaften nicht ersetzen sollen, sondern der Realisierung von kostensparenden Gemeindeeinrichtungen (Müllabfuhr, Trinkwasserversorgung etc) dienen,²⁰ können, abhängig von der rechtlichen Qualität des Errichtungsaktes, Rechtsträger sein oder nicht.²¹ Auf bloße Verwaltungsgemeinschaften trifft dies idR nicht zu.²²*

Vielmehr beschränkt sich der Ausdruck „Gebietskörperschaften“ auf den Bund, die Länder sowie die Gemeinden einschließlich der Städte mit eigenem Statut,²³ da diese zwar Bezirksverwaltungsbehörden, aber gleichzeitig auch Rechtsträger sind (Art 116 Abs 3 B-VG).²⁴

Das Spektrum an „sonstigen Körperschaften öffentlichen Rechts“ ist beinahe grenzenlos.²⁵ Der Vollständigkeit halber sollen hier nur ein paar Körperschaften bzw „Akteure“ im öffentlichen Recht dezidiert angesprochen werden. Bspw sind politische Parteien juristische Personen des Privatrechts. Im Bereich der Selbstverwaltung ist dies nur für die Gemeinden verfassungsrechtlich geregelt (Art 115 ff B-VG). Der VfGH erkennt allerdings auch die Einrichtungen von personellen Selbstverwaltungskörpern durch einfaches Gesetz an und definiert diese als nichtstaatliche Rechtsträger, welchen Staatsaufgaben zur

¹⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 1.

¹⁷ Schragel, AHG³ § 1 Rz 19, 29.

¹⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2; Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

¹⁹ Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

²⁰ Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

²¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2; Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

²² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2.

²³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2; Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

²⁴ Schragel, AHG³ § 1 Rz 20.

²⁵ Vgl nur die Aufzählungen bei Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2 f und Schragel, AHG³ § 1 Rz 19 ff.

2. Haftungsgrundlagen

eigenverantwortlichen, weisungsfreien Besorgung übertragen worden sind. Diese Aufgaben dürfen ihnen allerdings nur dann übertragen werden, wenn die Erfüllung im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Selbstverwaltungskörperschaft zusammengefassten Personen liegt. Außerdem müssen diese Angelegenheiten von der Gemeinschaft besorgt werden können, die Aufgabe muss vom Selbstverwaltungskörper also bewältigt werden können.²⁶ Die Selbstverwaltungskörper sind idR Körperschaften des öffentlichen Rechts.²⁷ Zu ihren Merkmalen zählen, dass sie als juristische Person mit personellem Substrat durch einen Hoheitsakt eingerichtet worden ist, eine obligatorische Mitgliedschaft für jene Personen besteht, für die der Selbstverwaltungskörper Angelegenheiten „regeln“ soll, ihr die Kompetenz zur weisungsfreien, eigenverantwortlichen Besorgung von im Verbandsinteresse gelegenen Angelegenheiten verliehen worden ist, die Mitglieder mitbestimmen können, also insb die Organe aus der Mitte der Mitglieder durch diese bestellt werden, und der Selbstverwaltungskörper mit Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber den Mitgliedern auftreten kann, der Körperschaft diese Kompetenz daher verliehen worden ist. Zusätzlich steht der Selbstverwaltungskörper unter der Staatsaufsicht, hat allerdings finanzielle Eigenständigkeit.²⁸ Zu diesen personellen Selbstverwaltungskörpern zählen vor allem die Kammer für Arbeiter und Angestellte,²⁹ die Wirtschaftskammern,³⁰ Landwirtschaftskammern,³¹ zudem auch Fremdenverkehrsverbände, Feuerwehren, Jagdgenossenschaften und -verbände sowie auch Wassergenossenschaften nach § 74 Abs 2 WRG.³²

Beachte: Diese Wassergenossenschaften besitzen allerdings nach neuerer Ansicht keine hoheitlichen Befugnisse.³³

Weiters zählen hierzu auch die Kammern der freien Berufe.³⁴ Beachtet werden muss, dass diese Rechtsträger nur dann nach AHG haften, wenn ihre Organe im eigenen Wirkungsbereich tätig sind. Bei Tätigkeiten im übertragenen Wirkungsbereich, was in der Mehrheit der Fälle zutreffen wird, handelt das Organ einer Körperschaft funktionell für jenen Rechtsträger, für den ein Gesetz vollzogen wird. Eine Haftung nach § 1 Abs 3 AHG ist möglich³⁵ und noch zu diskutieren.

Juristische Personen ganz allgemein und natürlich auch solche des öffentlichen Rechts können nur über Organe handeln und tätig werden. Juristische Personen können selbst also nicht handeln, insofern gibt es auch kein Verschulden einer juristischen Person,

²⁶ Schragel, AHG³ § 1 Rz 21.

²⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2.

²⁸ Schragel, AHG³ § 1 Rz 21.

²⁹ RIS-Justiz RS0050473.

³⁰ OGH 9 ObA 13/93 RdA 1994/17 = RdA 1993, 501 = ARD 4502/25/93 = infas 1993 A 140.

³¹ OGH 2 Ob 208/60 SZ 33/92.

³² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2; Schragel, AHG³ § 1 Rz 21.

³³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 2; OGH 1 Ob 47/00 v SZ 73/57; RIS-Justiz RS0113581, zuletzt OGH 31. 03. 2011, 1 Ob 30/11 k.

³⁴ Schragel, AHG³ § 1 Rz 21.

³⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 3.

sondern es kommt auf das rechtswidrige und schuldhafte Handeln oder Unterlassen einer physischen Person an, sofern das Verhalten dieser Person der juristischen Person zugerechnet werden kann.³⁶ Der Begriff des Organs ist in § 1 Abs 2 AHG definiert und umfasst alle physischen Personen, die für die genannten Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze handeln. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Person dauernd oder nur vorübergehend bestellt ist und auch nicht darauf, auf welche Art sie bestellt worden ist (Wahl, Ernennung etc). Unbeachtlich ist auch die Rechtsnatur des Verhältnisses (öffentlich- oder privatrechtlich) zwischen der natürlichen Person und der juristischen Person.³⁷ Das Gesetz geht offensichtlich von einer einzelnen, physischen Person aus und schließt daher auch Personenmehrheiten sowie juristische Personen vom Organbegriff aus.³⁸ Dennoch werden auch juristischen Personen des Privatrechts hoheitliche Aufgaben übertragen, sodass jene Person das Organ iSd § 1 Abs 2 AHG ist, welche wiederum als Organ für die juristische Person des Privatrechts handelt.³⁹ Auch private Personen, die mit hoheitlichen Aufgaben betraut worden sind (Beleihung, Inpflichtnahme), sind Organe iSd § 1 Abs 2 AHG.⁴⁰

Bezüglich der Zuordnung bzw Zurechnung von Organhandeln zu einem Rechtsträger wird die herrschende Funktionstheorie angewendet. Grundsätzlich haftet der Rechtsträger für das rechtswidrige und schuldhafte Handeln oder Unterlassen des Organs, in dessen Vollzugsbereich das Organ im Zeitpunkt der Rechtsverletzung tätig war oder tätig sein sollte. Es kommt dabei auf den äußeren Anschein und vor allem auch auf die Erklärungen, die das Organ bei seiner Tätigkeit abgegeben hat, an.⁴¹

Der haftende Rechtsträger muss allerdings nicht der Rechtsträger sein, der das schädigende Organ bestellt oder ernannt hat. Vielmehr geht es nur darum, in wessen Namen und für wen das Organ funktionell tätig wurde. Bspw obliegt die Durchführung von Aufgaben der Straßenpolizei den Ländern. Haftungssubjekt ist daher auch das entsprechende Bundesland und nicht der Bund, obwohl das handelnde Organ organisatorisch dem Bund zugerechnet werden kann.⁴² Eine funktionelle Zurechnung zu mehreren Rechtsträgern ist durchaus möglich. Hierbei kommt § 1302 ABGB zur Anwendung, wodurch es bei Unbestimmbarkeit der Haftungsanteile zu einer Solidarhaftung der einzelnen, funktionellen Rechtsträger kommt.⁴³

Selbstverständlich ist vor allem in der mittelbaren Bundesverwaltung für den Geschädigten nicht leicht erkennbar, für wen das schädigende Organ tätig oder pflichtwidrig nicht tätig geworden ist. Hier hilft allerdings § 1 Abs 3 AHG, der auch eine Haftung des organi-

³⁶ *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 21.

³⁷ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 4.

³⁸ *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 23.

³⁹ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 6; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 28; OGH 1 Ob 34/80 SZ 54/19 = JBI 1981, 650 = EvBl 1981/161 = ZVR 1982/24; OGH 1 Ob 34/86 SZ 59/199; OGH 1 Ob 49/95 SZ 68/220 = ZVR 1996/79; OGH 1 Ob 2047/96 b SZ 69/188 = ecolex 1998, 408 = HS 27.007 = HS 27.257; RIS-Justiz RS0088920, zuletzt OGH 1 Ob 25/01 k ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 = JBI 2001, 722 = RdW 2001, 591 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55.

⁴⁰ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 6.

⁴¹ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 7; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 51.

⁴² *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 8.

⁴³ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 9, 90; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 53.

2. Haftungsgrundlagen

satorischen Rechtsträgers festschreibt. Der Rechtsträger, in dessen Vollzugsbereich das Organ tätig war oder nicht tätig geworden ist, und der organisatorische Rechtsträger, also der Rechtsträger, als dessen Organ die Person bestellt oder ernannt wurde, haften zur ungeteilten Hand.⁴⁴ § 1 Abs 3 AHG hat daher vor allem in der mittelbaren Bundesverwaltung und beim Handeln der Gemeinden im übertragenen Wirkungsbereich, aber auch bei sonstigen Selbstverwaltungskörpern, die „nur“ eine übertragene Tätigkeit ausüben, Bedeutung.⁴⁵

Beachte: Die für diese Arbeit sehr wichtige Raumordnung (in ihren „wichtigsten“ Teilen) und das Baurecht zählen zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden und gehören daher übergeordnet zur jeweiligen Landesverwaltung.

Ein Themenkomplex, welcher schon hier bei der Zurechnung des Organverhaltens zu einem Rechtsträger und nicht erst weiter unten bei der Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung angesprochen werden soll, ist die Frage nach einer Haftung des funktionellen Rechtsträgers bei Überschreiten der Zuständigkeit durch das Organ. Denn grundsätzlich haftet das Organ nicht selbst für sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten, das es im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzt hat.⁴⁶ Für privates Verhalten des Organs haftet dieses allerdings unmittelbar persönlich.⁴⁷ Somit muss dem Zuständigkeitsbereich eines Organs große Aufmerksamkeit geschenkt werden, da eine Überschreitung der Zuständigkeit, so dass eine private Handlung des Organs vorliegt, schwerwiegende verfahrensrechtliche Konsequenzen für die (Amtshaftungs-)Klage des Geschädigten hat: § 9 Abs 5 AHG normiert nämlich, dass einer direkten Amtshaftungsklage der Erfolg versagt ist, da hier eine Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges vorliegt, also eine absolute Prozessvoraussetzung fehlt, und die Klage daher in jeder Lage des Verfahrens mit Beschluss zurückzuweisen ist.⁴⁸

Handelt das Organ im Rahmen seiner Zuständigkeit, fehlen aber im Einzelfall die materiellen Voraussetzungen oder wurden Fehler bei der Durchführung der Handlung begangen, so handelt es zwar gesetzwidrig, allerdings ist sein Verhalten immer noch jenem Rechtsträger zuzurechnen, in dessen Vollziehungsbereich es tätig geworden ist. Kommt es zu einer Überschreitung der Zuständigkeit, so bildet dies nach Ansicht des OGH⁴⁹ noch keinen Grund, hoheitliches Verhalten auszuschließen bzw die Zurechnung zu jenem Rechtsträger zu versagen, welchem die Handlung zugerechnet werden würde, wenn die Handlung gesetzmäßig ausgeführt worden wäre. Gerade die „Unzuständigkeit“ der hinter dem Organ stehenden Behörde ist der Inbegriff des rechtswidrigen Organhandelns. Vor allem bei Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und

⁴⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 12; Schragel, AHG³ § 1 Rz 22.

⁴⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 13.

⁴⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 11.

⁴⁷ Schragel, AHG³ § 1 Rz 125.

⁴⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 9 AHG Rz 9, 15; Schragel, AHG³ § 9 Rz 258.

⁴⁹ 1 Ob 41/81 SZ 54/171 = JBI 1982, 434 = ZVR 1982/200.

Zwangsgewalt handeln die Organe immer noch für jenen Rechtsträger, für den sie bei richtiger Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen handeln würden, selbst wenn ihr Verhalten nicht den materiellen Voraussetzungen entsprach oder dafür gar keine gesetzliche Grundlage bestand.⁵⁰ Wenn das Wesen einer Aufgabe hoheitlicher Natur ist, so sind auch alle mit ihrer Erfüllung verbundenen Verhaltensweisen, unabhängig davon, ob sie vorbereitender oder abschließender Art sind oder einer sonstigen hoheitlichen Zielsetzung dienen, hoheitlich, sofern ein hinreichend enger, innerer und äußerer Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe gegeben ist.⁵¹ Dies trifft insb auf Tätigkeiten zu, die zum überwiegenden Teil dem Schutz der Allgemeinheit und damit den öffentlichen Interessen dienen.⁵² Ein Akt, der nach sachlichen Gesichtspunkten einer im Kern hoheitlichen Aufgabe dient, gilt selbst dann als hoheitlich, wenn bestimmte Kompetenzen lediglich angemaßt werden.⁵³

Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die Organe der Rechtsträger oft mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet sind und nicht in Erfüllung einer dem Betroffenen bekannten vertraglichen Verpflichtung, sondern in Vollziehung der Gesetze auftreten. Diese Gesetze sind dem Betroffenen in der Mehrheit der Fälle schlicht unbekannt, zumal auch die exakten Grenzen der Gesetze nicht geläufig sind. Vor allem der Umfang der Kompetenzen des Rechtsträgers ist dem Betroffenen unbekannt. Gleiches gilt für den konkreten Aufgabenbereich des handelnden Organs. Ist ein Organ, welches mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet ist, in dieser Funktion aufgetreten, ist es für den Eintritt der Amtshaftung nach rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten des Organs unbedeutend, ob die schadenverursachende Handlung zu den Verrichtungen gehört hat, die der Aufgabenbereich des Organs für gewöhnlich mit sich bringt. Anders müsste die Situation bewertet werden, wenn die gesetzte Handlung so eindeutig außerhalb der hoheitlichen Funktion des Organs lag, dass der Betroffene dies erkannte oder erkennen musste. Das Überschreiten der dienstlichen Befugnisse und Zuständigkeitsgrenzen schließt daher den inneren Zusammenhang mit einer dienstlichen Verrichtung nicht aus. Auch der Missbrauch einer Amtshandlung zu strafbaren oder anderen rechtswidrigen Zwecken ist dem Rechtsträger zuzurechnen, selbst wenn das Organ das Gegenteil dessen tut, was seine dienstliche Pflicht wäre. So muss sich der Staat den äußeren Anschein zurechnen lassen: Beruft sich das Organ auf seine Amtsstellung, bedient es sich der Form behördlichen Einschreitens oder trägt das Organ eine Uniform, so muss sich der Staat das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Organs zurechnen lassen. Speziell bei uniformierten Organen hat der OGH⁵⁴ ausgesprochen, dass ein Organ der Exekutive, das durch das Tragen der Uniform signalisiert, dass es im Dienst ist, idR als in Vollziehung der Gesetze tätig anzusehen ist, selbst wenn es eindeutig von dem ihm vorge-

⁵⁰ *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 125.

⁵¹ *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 125; OGH 1 Ob 187/84 SZ 48/17 = EvBl 1976/65; OGH 1 Ob 49/81 SZ 55/17 = ÖJZ 1982/138 = JBI 1983, 260; OGH 1 Ob 27/87 SZ 60/156 = JBI 1988, 178; OGH 1 Ob 11/91 SZ 64/85 = JBI 1992, 122 = RdW 1991, 323 = MR 1992, 152 = ÖBl 1992, 12; OGH 1 Ob 56/98 m JBI 1998, 666 = *ecolex* 1998, 913 = RdU 1999, 114 (*Hauer*) = RdW 1999, 78 = SZ 71/99 = ZVR 1999/106 = HS 29.724 = HS 29.986.

⁵² *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 125; OGH 1 Ob 5047/96 b SZ 69/188 = HS 27.257 = *ecolex* 1998, 408 = HS 27.007.

⁵³ *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 125; OGH 1 Ob 2183/96 b JBI 1997, 527 = ZVR 1997/146.

⁵⁴ OGH 1 Ob 14/81 SZ 54/80.

2. Haftungsgrundlagen

schriebenen Verhalten abweicht und bspw ohne Veranlassung durch den Geschädigten gegen diesen im Zusammenhang mit der Amtshandlung tätig wird.⁵⁵

Verklagt sich der Geschädigte, klagt er also den organisatorische Rechtsträger und damit den Falschen, so hat dieser dem funktionellen Rechtsträger nach § 10 Abs 1 Z 1 AHG den Streit zu verkünden.⁵⁶ Auch wenn § 1 Abs 3 AHG dem Geschädigten die Verfolgung seiner Rechte erleichtern möchte, birgt diese Bestimmung allerdings eine nicht zu unterschätzende Gefahr: Tritt der funktionelle Rechtsträger nach § 1 Abs 1 AHG dem Verfahren gemäß § 10 Abs 1 Satz 2 AHG iVm §§ 17 ff ZPO⁵⁷ als Nebenintervenient bei, hat der Geschädigte (= Kläger) bei Abweisung seines Klagebegehrens auch dem funktionellen Rechtsträger vollen Kostenersatz zu leisten, wodurch das Prozesskostenrisiko verdoppelt wird.⁵⁸ Ein Prozesseintritt nach § 19 Abs 2 ZPO ist natürlich möglich,⁵⁹ sofern beide Prozessparteien dem zustimmen. Dem beklagten, organisatorischen Rechtsträger wird dies nur allzu recht sein, da er schon durch Streitverkündung zu erkennen gibt, dass er den funktionellen Rechtsträger als wahres Haftungssubjekt ansieht. Doch auch dem klagenden Geschädigten sei geraten, einem Prozesseintritt des funktionellen Rechtsträgers zuzustimmen, sofern dieser seine funktionelle Zuständigkeit anerkennt und das Klagebegehren nur aus anderen Gründen bekämpft, da sich der Geschädigte so vom doppelten Prozesskostenrisiko befreit.⁶⁰

Hat der organisatorische Rechtsträger schließlich Zahlungen an den Geschädigten geleistet, so hat der organisatorische Rechtsträger gegenüber dem funktionellen Rechtsträger einen Anspruch auf Rückersatz. Dafür gelten die Verfahrensbestimmungen des AHG.⁶¹

2.2.2.2 Handeln in Vollziehung der Gesetze

Die wichtigste, allerdings auch am schwierigsten festzustellende Anspruchsvoraussetzung ist das Handeln des Organs in Vollziehung der Gesetze.⁶² Primär kann vorausgeschickt werden, dass die reine Partizipation an hoheitlichen Entscheidungen, wie bspw durch Mitwirkung bzw durch Beiräte wie in den Lawinenwarnkommissionen, nach hA keine Tätigkeit in Vollziehung der Gesetze ist.⁶³ Hierbei muss zwischen den drei Staatsgewalten, also zwischen Exekutive, Judikative, Legislative, unterschieden werden, wobei es schließlich auf eine Zweiteilung zwischen Legislative und Vollziehung hinausläuft.

Auch wenn der Nationalrat, der Bundesrat und auch die Landtage rechtslogisch gesehen in Vollziehung der Gesetze tätig werden, wenn sie einfache Gesetze beschließen und

⁵⁵ *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 126.

⁵⁶ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 14.

⁵⁷ Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) RGBI 1895/113.

⁵⁸ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 14; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 22.

⁵⁹ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 14; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 22.

⁶⁰ *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 22.

⁶¹ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 15; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 136.

⁶² *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 16.

⁶³ *Mader in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 6; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 30.

dadurch die im Stufenbau der Rechtsordnung über den einfachen Gesetzen stehenden Verfassungsgesetze vollziehen,⁶⁴ ist die Legislative nicht vom AHG und auch nicht vom OrgHG erfasst. Das gilt auch für Hilfsdienste für den Gesetzgeber.⁶⁵ Somit besteht keine Haftung nach AHG für sogenanntes legislatives Unrecht.⁶⁶ Die Kundmachung von Gesetzesbeschlüssen hingegen ist vom AHG erfasst,⁶⁷ da es einen Akt der Vollziehung darstellt.⁶⁸

Die Ausübung der Gerichtsbarkeit ist immer hoheitlicher Natur. Das bedeutet, dass die Tätigkeit der Gerichte im Zivil- und Strafverfahren stets in Vollziehung der Gesetze geschieht.⁶⁹ Der Bereich der Justizverwaltung unterfällt dann dem Bereich der Vollziehung von Gesetzen, wenn es sich um über die Verwaltung von Sachmitteln hinausgehende Akte handelt,⁷⁰ wenn dadurch also die gerichtliche Tätigkeit vorbereitet und unterstützt wird.⁷¹

Im Bereich der Verwaltung ist das AHG – wie schon mehrmals erwähnt – nur auf hoheitliche Tätigkeiten anwendbar.⁷² Daher kommt der Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung entscheidende Bedeutung zu. Primär erfolgt die Zuweisung an einen Rechtsbereich durch den Gesetzgeber. Hoheitliches Vorgehen ist nämlich immer nur dann zulässig, wenn der Gesetzgeber dem Organ eine entsprechende Befugnis in deutlich erkennbarer Weise eingeräumt hat.⁷³

Beachte: *Im Zweifel ist daher Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen.*⁷⁴

Meist wird die Hoheitsverwaltung von der Privatwirtschaftsverwaltung so abgegrenzt, dass auf jene rechtstechnischen Mittel, derer sich der Rechtsträger bedient, geachtet werden muss.⁷⁵ Auf die Motive oder den Zweck der Tätigkeit kommt es allerdings nicht an.⁷⁶ Bedient sich der handelnde Rechtsträger einer Rechtsform, die auch den rechtsunterworfenen Bürgern, den Privatpersonen, offen steht, wie bspw ein Vertrag, so handelt es sich um Privatwirtschaftsverwaltung.⁷⁷

⁶⁴ Schragel, AHG³ § 1 Rz 55.

⁶⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 19; Schragel, AHG³ § 1 Rz 55.

⁶⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 19.

⁶⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 20; Schragel, AHG³ § 1 Rz 58.

⁶⁸ Schragel, AHG³ § 1 Rz 58.

⁶⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 22; Schragel, AHG³ § 1 Rz 59.

⁷⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 39.

⁷¹ Schragel, AHG³ § 1 Rz 59.

⁷² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 24; Schragel, AHG³ § 1 Rz 72.

⁷³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 24.

⁷⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 26; Schragel, AHG³ § 1 Rz 73, 75; OGH 4 Ob 82/93 SZ 66/84 = WBI 1993, 405 = ÖBI 1993, 207 = ecolex 1993, 759 = RdW 1994, 107; OGH 9 ObA 256/93 SZ 66/169 = RdA 1994/40 = ARD 4552/24/94 = ARD 4549/33/94 = ecolex 1994, 186.

⁷⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 26 aE; Schragel, AHG³ § 1 Rz 81.

⁷⁶ Schragel, AHG³ § 1 Rz 75.

⁷⁷ Schragel, AHG³ § 1 Rz 75.

2. Haftungsgrundlagen

Problem: Bei Einrichtungen der Daseinsvorsorge können hierbei komplexe Abgrenzungsprobleme entstehen. ZB können bei Wasserversorgungsanlagen Schäden bei Dritten aufgrund eines Rohrbruches etc entstehen. Daseinsvorsorge kann grundsätzlich sowohl im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als auch in Vollziehung der Gesetze erbracht werden.

Stehen dem Rechtsträger daher besondere Handlungsformen des öffentlichen Rechts zur Verfügung, ist auf jeden Fall Hoheitsverwaltung anzunehmen.⁷⁸ Die genaue Zuordnung einer Wasserversorgungsanlage zur Privatwirtschafts- oder Hoheitsverwaltung ist strittig.⁷⁹ Wasserversorgungsanlagen werden nach Ansicht des OGH⁸⁰ von der Gemeinde dann im Rahmen der Hoheitsverwaltung geführt, wenn die von der Gemeinde erlassene Wasserleitungsordnung einen mit Bescheid durchsetzbaren Anschlusszwang⁸¹ sowie die Vorschreibung von Gebühren vorsieht und Verstöße als Verwaltungsübertretung geahndet werden. Die Errichtung, der Betrieb und die Erhaltung einer Wasserversorgungsanlage gehören für den OGH⁸² insofern zum Bereich der Hoheitsverwaltung der Gemeinde, als es sich um die Aufrechterhaltung⁸³ einer ausreichenden und einwandfreien Versorgung der Bevölkerung mit Wasser handelt. Zumindest Betrieb und Erhaltung gehören wohl in den Bereich der Hoheitsverwaltung,⁸⁴ anderer Ansicht ist *Mader*⁸⁵, der die Erhaltung im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung sehen will. Entgegen der oben angeführten Ansicht des OGH meint dann auch das Höchstgericht selbst, dass die Errichtung einer Wasserversorgungsanlage in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung fällt, weil hier der nötige unmittelbare Zusammenhang zur hoheitlichen Tätigkeit fehlt.⁸⁶ Denn ein Rechtsträger, der bei Errichtung einer Anlage selbst hoheitliche Bewilligungen (baurechtliche, wasserrechtliche Bewilligung etc) benötigt und bei Durchführung dieser bewilligten Tätigkeit (Bautätigkeit) einer Aufsicht untersteht, handelt selbst noch nicht hoheitlich, auch wenn er die Absicht hat, die errichtete Anlage der hoheitsrechtlichen Erfüllung von Aufgaben zuzuführen. Die Errichtung einer Anlage, deren Betrieb dann allenfalls im Rahmen der Hoheitsverwaltung erfolgen soll, stellt den oben angesprochenen unmittelbaren Zusammenhang zur hoheitlichen Tätigkeit noch nicht her.⁸⁷

⁷⁸ OGH 1 Ob 3/89 SZ 62/41; RIS-Justiz RS0050125, zuletzt OGH 6 Ob 163/12 g bbl 2013/212 = EvBl 2013/148 = ecolex 2013/307; vgl auch *Mader* in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 39; *Schragel*, AHG³ JÜ Rz 348.

⁷⁹ So auch *Mader* in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 26, der feststellt, dass die Entscheidungen hierzu „[...] insgesamt nicht ganz widerspruchsfrei [sind][...]“.

⁸⁰ OGH 6 Ob 163/12 g bbl 2013/212 = EvBl 2013/148 = ecolex 2013/307; RIS-Justiz RS0050072, zuletzt OGH 1 Ob 256/05 m Zak 2006/411.

⁸¹ Bei Anschlusszwang an den Fäkalkanal ebenso Hoheitsverwaltung annehmend *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 97; OGH 1 Ob 9/86 MietSlg 38.021 = JBI 1986, 719.

⁸² OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 = EvBl 1966/48; RIS-Justiz RS0010549, zuletzt OGH 1 Ob 206/08 p ecolex 2009/35.

⁸³ Zur Aufrechterhaltung als Hoheitsverwaltung *Schragel*, AHG³ JÜ Rz 348.

⁸⁴ *Mader* in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 39; OGH 1 Ob 183/68 JBI 1970, 152.

⁸⁵ *Mader* in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 39 FN 371; so wohl auch für einen Abwasserkanal OGH 1 Ob 31/78 JBI 1980, 146 = SZ 51/184.

⁸⁶ *Mader* in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 39; OGH 1 Ob 43/88 SZ 62/40.

⁸⁷ OGH 1 Ob 43/88 SZ 62/40.

Beachte: Die Vorsorge und die Verantwortung, dass für den Fall eines Defektes keine Immissionen in benachbarte Privatgrundstücke erfolgen, dienen nicht der Erfüllung von Aufgaben der Hoheitsverwaltung. Den Ausgleichsanspruch aus dem entstandenen Schaden, bei dem es auf ein Verschulden nicht ankommt, kann der Geschädigte daher nicht im Rahmen des AHG geltend machen (vgl zum Nachbarrecht im entsprechenden Kapitel weiter unten).⁸⁸

Andererseits ist *Schrage*⁸⁹ der Meinung, dass die Daseinsvorsorge zwar in zunehmendem Maße der Privatwirtschaftsverwaltung zugeordnet wird, dennoch die Überwachung der Sicherheit idR im Rahmen der Hoheitsverwaltung geschieht. Soweit die Wasserversorgung im hoheitlichen Bereich geschieht, ist für Wasserleitungsgebrechen im Rahmen der Amtshaftung einzustehen.

Das primäre, der Verwaltung vom Gesetzgeber beigestellte Mittel zur Verfolgung ihrer hoheitlichen Angelegenheiten ist der Bescheid. Wobei hier auch berücksichtigt werden muss, dass die Feststellung, ob überhaupt ein Bescheid vorliegt, idR nicht sehr einfach sein wird, da es nicht nur auf die äußere Form ankommt, sondern gleichsam auch der Inhalt maßgeblich ist.⁹⁰ Dies kommt schon dadurch zum Ausdruck, dass ein Bescheid zwar nach § 58 Abs 1 AVG⁹¹ ausdrücklich als ein solcher zu bezeichnen ist, ein Fehlen der Bezeichnung dagegen nach hA nicht das Zustandekommen eines Bescheides verhindert, wenn die Erledigung nach ihrem deutlich erkennbaren objektiven Inhalt eine Verwaltungsangelegenheit entscheidet, wobei auch der Wille der Behörde, eine hoheitliche, rechtsverbindliche Erledigung vorzunehmen, maßgeblich ist. Neben weiteren Voraussetzungen ist wichtigstes Kriterium, dass sich der Bescheid als individueller Verwaltungsakt an einen oder mehrere bestimmte Adressaten richtet. Ist der Akt, der „vorgibt“ ein Bescheid zu sein, an keinen individualisierbaren Adressaten gerichtet, so ist dieser Akt absolut nichtig und daher ein Nicht-Bescheid.⁹²

Baurecht: Das Baurecht ist eine der wichtigsten Rechtsmaterien im Rahmen dieser Arbeit. Denn das Baurecht regelt die Errichtung, Änderung, Erhaltung und Beseitigung von Bauwerken.⁹³ Dort, wo keine Bauwerke errichtet (diese Aufgabe obliegt primär dem Flächenwidmungsplan, sekundär spielt allerdings auch das Baurecht dabei eine Rolle) oder Bauwerke nur in bestimmter Art und Weise aufgeführt werden dürfen, kann kein oder nur ein geringerer Schaden eintreten, wenn es zu Hochwässern etc kommt.

⁸⁸ OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 = EvBl 1966/48; RIS-Justiz RS0010549, zuletzt OGH 1 Ob 206/08 p ecolex 2009/35.

⁸⁹ *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 97:

⁹⁰ *Schrage*, AHG³ § 1 Rz 75.

⁹¹ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl 1991/51.

⁹² *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 417, 419.

⁹³ *Lindermuth*, Baurecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. III: Besonderes Verwaltungsrecht (Wien 2011) 255 (259).

2. Haftungsgrundlagen

Die Erlassung von Verordnungen stellt ebenso einen Akt der Hoheitsverwaltung dar. Die Erlassung von gesetzwidrigen Verordnungen kann daher Amtshaftungsansprüche nach sich ziehen. Anders ist die Lage, wenn das dahinter stehende Gesetz verfassungswidrig ist, die Verordnung allerdings diesem Gesetz entspricht: Dann entfallen Ansprüche nach dem AHG.⁹⁴ Vom AHG sind sowohl Rechtsverordnungen als auch unter Umständen Verwaltungsverordnungen erfasst.⁹⁵ Bei Verwaltungsverordnungen handelt es sich um generelle Weisungen der übergeordneten Behörde, die ausschließlich an die untergeordnete Behörde gerichtet sind⁹⁶ und die lediglich Dienstplichten der Organwalter der angesprochenen Behörde, nicht jedoch Rechte und Pflichten sonstiger Personen, insb der Bürger, begründen. Wiederum kommt es nicht auf die äußere Form an, sondern nur auf den Inhalt, wenn es um die Frage der Einordnung des Aktes als Verordnung geht.⁹⁷

Bereits rechtswidrige Verordnungen können unmittelbare Schäden auslösen, für welche eine Haftung nach AHG – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – gegeben sein wird. Muss die rechtswidrige Verordnung erst durch einen konkretisierenden Akt vollzogen werden, durch einen Bescheid, so ist auch dieser Bescheid mit Rechtswidrigkeit behaftet und zumindest der Verordnung erlassende Rechtsträger wird sich möglicherweise mit Amtshaftungsansprüchen konfrontiert sehen. Zur Haftung der Bescheid erlassenden Behörde muss gesagt werden, dass hier idR dann kein Verschulden der Behörde gegeben sein wird, da sie den Bescheid in dieser Form, also ordnungskonform allerdings eben rechtswidrig, erlassen musste.⁹⁸ An dieser Stelle muss allerdings auch die sogenannte „Rettungspflicht“ nach § 2 Abs 2 AHG beachtet werden (näher dazu unten). Sofern ein Bescheid nicht beim VfGH bekämpfbar ist, muss die oben erwähnte Schuldfrage der Bescheid erlassenden Behörde gestellt und beantwortet werden.⁹⁹

Flächenwidmungsplan: *Der Flächenwidmungsplan stellt das zentrale Element der Raumordnung dar. Dieser Plan ist als Verordnung zu qualifizieren und von jeder Gemeinde für das gesamte Gemeindegebiet zu erstellen.¹⁰⁰ Vom OGH¹⁰¹ wurde dem Flächenwidmungsplan eine ausschlaggebende Bedeutung im Hinblick auf die bauliche Ausnutzbarkeit einer Liegenschaft beigegeben. Um die Rechtswidrigkeit eines Flächenwidmungsplanes beurteilen zu können, muss primär natürlich in die Raumordnungsgesetze der verschiedenen Bundesländer geblickt werden. Zusätzlich ist es nötig, die stRsp des VfGH zu kennen. Amtshaftungsbegründend sind hierbei sowohl die Unkenntnis der veröffentlichten Rsp des VfGH als auch die (vorsätzliche) Ignoranz*

⁹⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 32.

⁹⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 32; vgl auch Schragel, AHG³ § 1 Rz 62.

⁹⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 32; Schragel, AHG³ § 1 Rz 62.

⁹⁷ Schragel, AHG³ § 1 Rz 62.

⁹⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 34, 36; Schragel, AHG³ § 1 Rz 63.

⁹⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 36.

¹⁰⁰ Herbst, Raumordnungsrecht, in Poier/Wieser (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. III: Besonderes Verwaltungsrecht (2011) 193 (212).

¹⁰¹ OGH 1 Ob 578/93 ÖJZ 1994/153; OGH 1 Ob 14/00 s bbl 2000/105 = ARD 5131/24/2000 = JAP 2000/2001, 165; OGH 1 Ob 158/06 a Zak 2007/163 = ecollex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406.

dieser höchstgerichtlichen Leitlinien.¹⁰² Bei der Erlassung genereller Normen, wie im Falle eines Flächenwidmungsplanes, werden besonders hohe Anforderungen an die Sorgfalt bei Ermittlung der Rechtslage gestellt, zumal Verordnungen auch nicht unter einem solchen Zeitdruck ausgearbeitet werden müssen wie Bescheide. Wird ein Flächenwidmungsplan vom VfGH als rechtswidrig aufgehoben, so indiziert dies meist ein Verschulden.¹⁰³

Raumordnung: Der Schutzzweck der Raumordnungsgesetze umfasst jedenfalls subjektiv-öffentliche Rechte der Liegenschaftseigentümer und ihrer Rechtsnachfolger.¹⁰⁴ Es ergeben sich im Raumordnungsrecht extreme Haftungspotenziale, da der Bauwerber sich darauf verlassen darf, dass bei der Erstellung von Flächenwidmungsplänen die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse berücksichtigt werden, das Gelände also nicht unbenutzbar, durch Altlasten kontaminiert ist oder in einer Gefahrenzone (Hochwasser, Lawinengefahr) liegt.¹⁰⁵

Beachte: Doch auch wenn durch diesen Ausspruch des OGH ein weites Feld an Haftungsmöglichkeiten eröffnet wird, muss grundsätzlich ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass eine Widmung der betroffenen Fläche als Bauland, ohnehin nur zulässig ist, wenn die Fläche aufgrund ihrer natürlichen Voraussetzung (wie zB Bodenbeschaffenheit, Hochwassergefahr, Steinschlag, Lawinengefahr) nicht von einer Verbauung freizuhalten ist (vgl § 28 Abs 2 Z 1 StROG¹⁰⁶, § 14 Abs 1 Bgld Raumplanungsg¹⁰⁷, § 2 Abs 1 Z 4 K-ROG¹⁰⁸ [formuliert als Ziel der Raumordnung], § 3 Abs 1 lit b K-GplG¹⁰⁹, § 15 Abs 3 NÖ ROG 2014¹¹⁰, § 21 Abs 1 und 1 a Oö. ROG 1994¹¹¹, § 28 Abs 3 Z 2

¹⁰² Battlogg, Flächenwidmung und Amtshaftung, AnwBl 2004, 502.

¹⁰³ Kleewein, bbl 2008, 5.

¹⁰⁴ Kleewein, bbl 2008, 6; RIS-Justiz RS0121624.

¹⁰⁵ Held, Auskunftserteilung, Baubewilligung, Flächenwidmungsplan: Haftung der Gemeinde als Behörde. Wo lauert die Amtshaftung für die Gemeinde und deren Organe? RFG 2008, 97; Hutter, RFG 2013, 178; RIS-Justiz RS0121624, zuletzt OGH 1 Ob 239/13 y ecolex 2014/278 = ZVB 2014/94.

¹⁰⁶ Gesetz vom 23. März 2010 über die Raumordnung in der Steiermark (Steiermärkisches Raumordnungsgesetz 2010 – StROG) LGBl 2010/49.

¹⁰⁷ Gesetz vom 20. März 1969 über die Raumplanung im Burgenland (Burgenländisches Raumplanungsgesetz) LGBl 1969/18.

¹⁰⁸ Gesetz vom 24. November 1969 über die Raumordnung (Kärntner Raumordnungsgesetz – K-ROG) LGBl 1969/76.

¹⁰⁹ Kärntner Gemeindeplanungsgesetz 1995 (K-GplG 1995) LGBl 1995/23.

¹¹⁰ NÖ Raumordnungsgesetz 2014 (NÖ ROG 2014) LGBl 2015/3.

¹¹¹ Landesgesetz vom 6. Oktober 1993 über die Raumordnung im Land Oberösterreich (Oö. Raumordnungsgesetz 1994 – Oö. ROG 1994) LGBl 1993/114.

¹¹² Gesetz vom 17. Dezember 2008 über die Raumordnung im Land Salzburg (Salzburger Raumordnungsgesetz 2009 – ROG 2009) LGBl 2009/118.

¹¹³ Kundmachung der Landesregierung vom 28. Juni 2011 über die Wiederverlautbarung des Tiroler Raumordnungsgesetzes 2006 (Tiroler Raumordnungsgesetz 2011 – TROG 2011) LGBl 2011/56.

¹¹⁴ Gesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz – RPG) LGBl 1996/39.

¹¹⁵ VwGH 0754/64 VwSlg 6486 A/1964; VwGH 0583/76 VwSlg 9237 A/1977; VwGH 2005/06/0101 VwSlg 17041 A/2006; ebenso OGH 1 Ob 144/09 x bbl 2010/28 = MietSlg 61.816.

¹¹⁶ Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959) BGBl 1959/215.

¹¹⁷ Hutter, RFG 2013, 178; vgl zum WRG Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 38 Rz 4 (Stand März 2014, rdb.at).

¹¹⁸ Hutter, RFG 2013, 178.

2. Haftungsgrundlagen

Sbg ROG 2009¹¹², § 37 Abs 1 lit a TROG 2011¹¹³, § 13 Abs 2 lit a VlbG RPG¹¹⁴). Die ohnehin schon bestehenden gesetzlichen Bestimmungen der Raumordnungsgesetze der verschiedenen Bundesländer relativieren daher den auf den ersten Blick sehr weiten Ausspruch des OGH.

Hochwasser: *Damit stellt sich die Frage nach der Definition der Hochwassergefahr. Der VwGH¹¹⁵ hat dazu ausgesprochen, dass die Berücksichtigung einer Hochwassergefahr im Flächenwidmungsplan nur dann stattfinden kann, wenn die Gefahr ein gewisses Ausmaß und eine gewisse Häufigkeit des Auftretens erreicht. Der entsprechende Sachverhalt muss im Ermittlungsverfahren der Behörde von Amts wegen klargestellt werden. Zur Auslegung dieses Begriffes kann also auf das WRG¹¹⁶ zurückgegriffen werden. Insofern kann von einer Hochwassergefährdung gesprochen werden, wenn sich die Liegenschaft im Hochwasserabflussgebiet von 30-jährlichen Hochwässern befindet,¹¹⁷ doch müssen auch 100-jährliche Hochwässer beachtet werden.¹¹⁸*

Faktische Amtshandlungen, also die Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, stellen stets, auch bei Überschreitung der dienstlichen Befugnisse, hoheitliche Akte dar (Art 130 Abs 1 Z 2 iVm Art 132 Abs 2 B-VG). Betreffend sonstige Akte öffentlicher Rechtsträger, wie zB Realakte, bloße Handlungsweisen und andere schadensstiftende Ereignisse, kann auf die obigen Ausführungen zur Zurechnung verwiesen werden. Es kommt darauf an, dass das Organverhalten in einen Tätigkeitsbereich fällt, in welchem an sich eine Ausstattung mit Befehls- und Zwangsgewalt gegeben ist, und der erforderliche innere Zusammenhang mit einer hoheitlichen Tätigkeit vorhanden ist.¹¹⁹

Doch auch Akte der zuständigen Behörde, die auf den ersten Blick nicht als Bescheid oder als Verordnung qualifiziert werden können und deswegen oft *prima vista* fälschlicherweise nicht unbedingt als hoheitlich angesehen werden, können amtshaftungsrechtlich durchaus relevant sein. Auskünfte von Behörden über Tatsachen oder Rechtsfolgen eines bestimmten Sachverhaltes sind als Wissenserklärungen zu qualifizieren.¹²⁰ Die allgemeine Auskunftspflicht der Gemeinden ist in Art 20 Abs 4 B-VG festgeschrieben. Diese Verfassungsbestimmung wurde mit den in den jeweiligen Ländern ergangenen Auskunftspflichtgesetzen¹²¹ umgesetzt. Diese Gesetze regeln das subjektiv-öffentliche Recht

¹¹⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 37.

¹²⁰ Held, RFG 2008, 101; Perthold-Stoitzner, Das Auskunftsrecht nach Art 20 Abs 4 B-VG, ecolex 1991, 650 (652); OGH 1 Ob 14/00 s bbl 2000/105 = ARD 5131/24/2000 = JAP 2000/2001, 165; vgl auch RIS-Justiz RS0113362.

¹²¹ Vgl Gesetz vom 26. Juni 1990 über die Erteilung von Auskünften (Steiermärkisches Auskunftspflichtgesetz) LGBl 1900/72; Gesetz vom 14. Dezember 2006 über die Auskunftspflicht, die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen sowie die Statistik des Landes Burgenland (Burgenländisches Auskunftspflicht-, Informationsweiterverwendungs- und Statistikgesetz – Bgld. AISG) LGBl 2007/14; Gesetz vom 7. Juli 2005 über Auskunftspflicht, Datenschutz und Statistik des Landes (Kärntner Informations- und Statistikgesetz – K-ISG) LGBl 2005/70; NÖ Auskunftsgesetz LGBl 1988/76; Landesgesetz über die Auskunftspflicht, den Datenschutz und die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Oö. Auskunftspflicht-, Datenschutz- und Informationsweiterverwendungsgesetz) LGBl 1988/46; für Salzburg das Gesetz über Auskunftspflicht, Dokumentenweiterverwendung, Datenschutz, Landesstatistik und Geodateninfrastruktur (ADDSSG-Gesetz) LGBl 1988/73; Gesetz vom 16. November 1988 über

2. Haftungsgrundlagen

Grundsätzlich muss natürlich festgehalten werden, dass es keinen umfassenden Schutz vor Schäden aus Naturkatastrophen geben kann. Es liegt daher im pflichtgemäßen Ermessen des Rechtsträgers, die vorhandenen Mittel zweckmäßig einzusetzen. Dort, wo Gesetze den Ausweis von Gefahrenzonen in Flächenwidmungsplänen fordern, müssen dafür allerdings Geldmittel vorhanden sein.¹²⁹

Schließlich hielt der OGH¹³⁰ noch fest, dass dem Beamten des Amtes der Kärntner Landesregierung dann kein Schuldvorwurf zu machen wäre und daher eine Haftung der Gemeinde entfallen würde, wenn ein unrichtiger Gefahrenzonenplan plangetreu übertragen worden wäre. Hat der Auskunftswerber daher ein subjektiv-öffentliches Recht auf richtige Information, um vor wirtschaftlich nachteiligen Dispositionen geschützt zu werden, dann liegt der durch die falsche Ersichtlichmachung des Gefahrenzonenplanes im Flächenwidmungsplan adäquat verursachte Vermögensschaden im Schutzbereich der verletzten Norm.¹³¹ Diese Ansicht wurde vom OGH in einem weiteren Judikat¹³² bestätigt.¹³³

Beispiel: Den oben angesprochenen Schutzzweck der Auskunftspflichtgesetze weitete der OGH¹³⁴ in einem Fall noch einmal aus, indem er einen Kreditgeber, der dem Käufer der Liegenschaft im Vertrauen auf eine von der Gemeinde ausgestellte, unrichtige Baulandbestätigung einen Kredit gewährte, in den Schutzbereich unmittelbar einbezog. Der Kreditgeber war daher berechtigt, seinen Schaden gegen die Gemeinde im Wege der Amtshaftung geltend zu machen.¹³⁵ Diese Baulandbestätigung, die so im Gesetz nicht vorgesehen ist, wird in Vollziehung der Gesetze ausgestellt, da sie Einzelheiten des in Vollziehung der Gesetze abgefassten Flächenwidmungsplans bestätigen soll.¹³⁶

Beachte: Im Umgang mit Auskünften bleibt also festzuhalten, dass Amtshaftung dann eintritt, wenn das Organ trotz unzureichender Kenntnisse eine unrichtige Auskunft erteilt, sofern es einen entsprechenden Vorbehalt nicht hinzugefügt hat.¹³⁷

Grundsätzlich müssen für einen Amtshaftungsanspruch neben den oben schon erläuternden Voraussetzungen zusätzlich noch ein Verhalten eines Organs, die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens, ein Verschulden des schädigenden Organs, ein Schaden am

¹²⁹ Schragel, AHG³ § 1 Rz 163; OGH 1 Ob 158/06 a Zak 2007/163 = ecolex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406.

¹³⁰ OGH 1 Ob 14/00 s bbl 2000/105 = ARD 5131/24/2000 = JAP 2000/2001, 165.

¹³¹ Held, RFG 2008, 101; Kleewein, bbl 2008, 13.

¹³² OGH 1 Ob 290/03 h RdW 2004, 474 = bbl 2004, 157 = ecolex 2004, 708.

¹³³ Kleewein, bbl 2008, 13.

¹³⁴ OGH 1 Ob 48/00 s EvBl 2000/198 = ÖJZ-LSK 2000/219 = ÖJZ-LSK 2000/218 = ÖBA 2001/943 = ÖBA 2001, 346 = RdW 2001/28 = JBl 2000, 729 = bbl 2000/147 = ÖBA 2001, 96 = SZ 73/90 = AnwBl 2001, 77.

¹³⁵ Held, RFG 2008, 101; RIS-Justiz RS0113714.

¹³⁶ RIS-Justiz RS0113715, zuletzt OGH 1 Ob 239/13 y ecolex 2014/278 = ZVB 2014/94.

¹³⁷ Held, RFG 2008, 101; OGH 1 Ob 173/03 b RdW 2004, 726 = ecolex 2004, 943 = bbl 2004, 247 = JBl 2004, 793.

Vermögen oder an der Person und ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden vorliegen.¹³⁸

Zum Handeln bzw Verhalten des schädigenden Organs kann gesagt werden, dass es sich hierbei entsprechend den allgemeinen Schadenersatzregeln (vgl § 1294 ABGB) sowohl um eine Handlung, also ein Tun, als auch um eine Unterlassung handeln kann. Die Haftung für eine Handlung ist evident. Bei einer Unterlassung muss allerdings auch die Frage berücksichtigt werden, ob das nicht handelnde Organ eine Handlungspflicht gegenüber dem Geschädigten getroffen hat und die Unterlassung daher rechtswidrig ist.¹³⁹

Beispiel: Wird eine Gefahrenzone (vgl dazu genauer unten), die in einem Gefahrenzonenplan (§ 11 ForstG¹⁴⁰) eingetragen ist (bspw rote oder gelbe Hochwassergefahrenzonen [§ 6 lit a und b GefahrenzonenpläneV¹⁴¹; dh nicht bzw eingeschränkt bebaubar¹⁴²], brauner Hinweisbereich für rutschgefährdete Gebiete [§ 7 lit a GefahrenzonenpläneV]), im Flächenwidmungsplan nicht ordnungsgemäß ersichtlich gemacht (vgl zur gebotenen Ersichtlichmachung § 12 Abs 1 Z 2 K-GplG, § 26 Abs 7 Z 3 und 5 StROG, § 13 Abs 3 lit b Bgld RaumplanungG, § 15 Abs 2 Z 2 NÖ ROG 2014, § 18 Abs 7 Oö. ROG 1994, § 43 Abs 1 Z 2-4 Sbg ROG 2009, § 12 Abs 5 VlbG RPG) oder weist die Behörde den Bauwerber im Baubewilligungsverfahren nicht auf eine solche Gefahrenquelle hin (= Unterlassen), so führt dies zu einem Amtshaftungsanspruch des Geschädigten.¹⁴³ Gleiches muss wohl für Gefahrenzonenplanungen, Hochwassergefahren und Hochwasserrisikokarten nach dem WRG (§§ 42 a, 55 k WRG) gelten.¹⁴⁴

Im Baubewilligungsverfahren obliegen der Gemeinde als Baubehörde sehr strenge Warn- und Auskunftspflichten.¹⁴⁵

Beispiel: Nur wenige Tage vor der Bauverhandlung erfuhr der Bürgermeister, dass das betreffende Grundstück aufgrund der Hochwassergefährdung (30-jährliche Hochwässer) nicht bebaut werden dürfe. Dennoch erteilte der Bür-

¹³⁸ Schragel, AHG³ § 1 Rz 140.

¹³⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 43; Schragel, AHG³ § 1 Rz 141.

¹⁴⁰ Bundesgesetz vom 3. Juli 1975, mit dem das Forstwesen geregelt wird (Forstgesetz 1975) BGBl 1975/440.

¹⁴¹ Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft vom 30. Juli 1976 über die Gefahrenzonenpläne BGBl 1976/436.

¹⁴² Kleewein, Naturgefahren im Bau- und Raumordnungsrecht, RdU 2013, 137.

¹⁴³ Kleewein, bbl 2008, 7; OGH 1 Ob 158/06 a Zak 2007/163 = ecollex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406.

¹⁴⁴ Vgl zur Pflicht zur Ersichtlichmachung in den Flächenwidmungsplänen Kleewein, Naturgefahren im Bau- und Raumordnungsrecht, RdU 2013, 137f.

¹⁴⁵ Held, RFG 2008, 100f; Hutter, RFG 2013, 178.

2. Haftungsgrundlagen

*germeister die Baubewilligung. Schließlich wurde das errichtete Haus überflutet.*¹⁴⁶

Es liegt im Verantwortungsbereich der Gemeinde, den Bauwerber im Zuge des Baubewilligungsverfahrens darüber aufzuklären, dass die Hochwassergefährdung erst nach Änderung des Flächenwidmungsplanes und nach der Erteilung der Bauplatzbewilligung – gleichsam aber noch rechtzeitig vor der Bauverhandlung und damit vor Erteilung der Baubewilligung – erkannt worden war.¹⁴⁷ Die schuldhafte Unterlassung der Aufklärung begründete die Amtshaftung der Gemeinde.¹⁴⁸

Im Zusammenhang mit Handlungen und Unterlassungen des Rechtsträgers muss auch die Möglichkeit betrachtet werden, Auflagen vorzuschreiben. Soll in einer Gefahrenzone gebaut werden, müssen seitens der Behörde geeignete Auflagen zur Gefahrenabwehr vorgeschrieben werden.¹⁴⁹

Beispiel: § 29 Abs 5 Stmk. BauG¹⁵⁰ bestimmt ausdrücklich, dass eine Bewilligung nur mit Auflagen zu erteilen ist, sofern den von der Behörde zu wahren öffentlichen Interessen und den subjektiv-öffentlich Rechten der Nachbarn nicht anders entsprochen werden kann. Wenn durch solche Auflagen die Genehmigungsfähigkeit des Projektes hergestellt werden kann, sind diese Auflagen vorzuschreiben.¹⁵¹

Ganz allgemein müssen Auflagen erforderlich, geeignet, hinreichend bestimmt und behördlich erzwingbar sein.¹⁵² Vor allem zur Erforderlichkeit bzw Verhältnismäßigkeit muss festgehalten werden, dass der VwGH¹⁵³ ausgesprochen hat, dass der finanzielle Aufwand zur Erfüllung einer Auflage, die dem Schutz des Lebens oder der Gesundheit dient, niemals außer Verhältnis stehen kann.¹⁵⁴ ISd Bestimmtheit nicht ausreichend ist es daher, eine „entsprechend sorgsame Baudurchführung“ anzuordnen. Meist übernimmt die Behörde in ihren Bescheid wortwörtlich auch Vorschläge und Empfehlungen aus einem Sachverständigengutachten, ohne konkrete Anordnungen zu treffen.¹⁵⁵

¹⁴⁶ Held, RFG 2008, 100; Kerschner, Amtshaftung der Gemeinden bei Baugenehmigung in hochwassergefährdeten Gebieten, RFG 2008, 85; vgl Sachverhalt zu OGH 1 Ob 178/06 t bbl 2007/64 = Zak 2007/164 = RdU 2007/112.

¹⁴⁷ Held, RFG 2008, 98, 100; Hutter, RFG 2013, 178; Kerschner, RFG 2008, 87; OGH 1 Ob 178/06 t bbl 2007/64 = Zak 2007/164 = RdU 2007/112.

¹⁴⁸ Hutter, RFG 2013, 178; OGH 1 Ob 178/06 t bbl 2007/64 = Zak 2007/164 = RdU 2007/112.

¹⁴⁹ Kleewein, RdU 2013, 141.

¹⁵⁰ Gesetz vom 4. April 1995, mit dem Bauvorschriften für das Land Steiermark erlassen werden (Steiermärkisches Baugesetz – Stmk. BauG) LGBl 1995/59.

¹⁵¹ Lindermuth in Poier/Wieser 282 f; VwGH 85/06/0068 ZfVB 1989/1428.

¹⁵² Lindermuth in Poier/Wieser 283.

¹⁵³ VwGH 89/04/0140 wbl 1990, 211.

¹⁵⁴ Giese, Die nachträgliche Vorschreibung von Auflagen im Baurecht, bbl 2009, 47 (55).

¹⁵⁵ Kleewein, RdU 2013, 141.

Beispiel: § 47 Oö. BauTG 2013¹⁵⁶ bestimmt, dass Gebäude im 100-jährlichen Hochwasserabflussbereich sowie in den roten oder gelben Gefahrenzonen hochwassergeschützt geplant und ausgeführt werden müssen. Auflagen idS wären nach Abs 4 leg cit das Abdichten gegenüber dem Untergrund (wasserdichte Ausführung des Kellers) oder auch die Anhebung des Fußbodenniveaus. Selbst wenn technische Hochwasserschutzmaßnahmen „greifen“ und der Bereich nun nicht mehr im Hochwasserabflussbereich eines 100-jährlichen Hochwassers liegt, sind solche Auflagen auch noch dort vorzuschreiben (§ 47 Abs 5 Oö. BauTG 2013).¹⁵⁷ Werden Auflagen pflichtwidrig nicht vorgeschrieben (und liegen die übrigen Voraussetzungen vor), so kommt es zur Amtshaftung.

Problem: Wurden pflichtgemäß keine Auflagen vorgeschrieben, weil zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung keine Hochwassergefahr bestand, liegt das Grundstück bzw das Gebäude nun aber aufgrund neuer Erkenntnisse in einer gefährdeten Zone, so stellt sich die Frage, ob die Behörde nun nachträglich Auflagen vorschreiben kann, um zukünftigen Schäden und damit regelmäßig einhergehenden Amtshaftungsansprüchen vorbeugen zu können.

Gleichsam stellt sich diese Frage auch dann, wenn pflichtwidrig keine Auflagen vorgeschrieben worden sind, man nun aber diesen Fehler entdeckt hat und Schäden vermeiden möchte. Primär sollen hier die Ermächtigungen der Bauordnungen genannt werden. Interessant ist, dass nicht alle Bundesländer in gleicher Weise für die Abwehr von Naturgefahren durch nachträgliche Auflagenvorschreibung vorsorgen und manche Bundesländer, die sehr oft von Hochwässern betroffen sind, gar keine Möglichkeit für nachträgliche Auflagen vorsehen:

Burgenland: Das Bgld. BauG¹⁵⁸ hält mit seinem § 29 eine sehr „allgemeine“ Ermächtigung für die Baubehörde, nachträglich Auflagen vorzuschreiben, parat. Stellt sich nämlich nach bewilligungsgemäßer Fertigstellung des Bauvorhabens heraus, dass eine Gefährdung von Personen besteht, so hat die Behörde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Bescheid die erforderlichen Auflagen vorzuschreiben. In dieser Gesetzesstelle lässt sich auch die vom VwGH¹⁵⁹ im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit von Auflagen getätigte Aussage wiederfinden: Sofern solche Auflagen dem Schutz des Lebens,

¹⁵⁶ Landesgesetz über die bautechnischen Anforderungen an Bauwerke und Bauprodukte (Oö. Bautechnikgesetz 2013 – Oö. BauTG 2013) LGBl 2013/35.

¹⁵⁷ Kleewein, RdU 2013, 141 f.

¹⁵⁸ Gesetz vom 20. November 1997, mit dem Bauvorschriften für das Burgenland erlassen werden (Burgenländisches Baugesetz 1997 – Bgld. BauG).

¹⁵⁹ VwGH 89/04/0140 wbl 1990, 211.

2. Haftungsgrundlagen

*der Gesundheit oder der Sicherheit von Personen dienen, muss auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit keine Rücksicht genommen werden.*¹⁶⁰

Kärnten: Nach § 18 Abs 3 letzter Satz K-BO 1996¹⁶¹ können in Kärnten nachträgliche Auflagen nur im Hinblick auf bestehende Gebäude in einer roten Gefahrenzone eines Gefahrenzonenplans vorgeschrieben werden und dies auch nur dann, wenn gem § 6 lit b oder c K-BO 1996 eine Änderung an dem Gebäude oder an seinem Verwendungszweck vorgenommen wird, also ein neues baurechtliches Verfahren anhängig ist. Eine amtswegige Vorschreibung ist einer amtswegigen Verfahrenseinleitung ist daher nicht möglich.¹⁶²

Niederösterreich: In Niederösterreich ist es nach derzeit geltender Rechtslage nicht möglich, nachträglich Auflagen vorzuschreiben. Eine dem § 32 NÖ BO 1996¹⁶³ entsprechende Regelung findet sich in der NÖ BO 2014¹⁶⁴ nicht mehr. Der Anwendungsbereich des § 32 NÖ BO 1996 war allerdings ohnehin sehr gering.¹⁶⁵

Oberösterreich: In der oberösterreichischen Bauordnung findet sich eine sehr weite Bestimmung, von der Hochwassergefahren natürlich erfasst sind. § 46 Oö. BauO 1994¹⁶⁶ gestattet der Baubehörde die Vorschreibung zusätzlicher oder anderer Auflagen, wenn das ausgeführte Bauvorhaben den baurechtlichen Vorschriften nicht entspricht und dadurch eine Gefahr für das Leben und die körperliche Sicherheit oder unzumutbare Belästigungen für Nachbarn bestehen.¹⁶⁷ Gem § 25 a Abs 5 Oö. BauO 1994 können auch im Hinblick auf bloß angezeigte und nicht untersagte Bauführungen sowie gem § 46 Abs 2 Oö. BauO 1994 für Bauführungen, die bspw aufgrund ihres Alters keine Baubewilligung besitzen oder nur aufgrund vermuteten Baukonsenses errichtet worden sind, nachträgliche Auflagen vorgeschrieben werden.¹⁶⁸

¹⁶⁰ Giese, bbl 2009, 50.

¹⁶¹ Kärntner Bauordnung 1996 (K-BO 1996) LGBl 1996/62.

¹⁶² Giese, bbl 2009, 50 f.

¹⁶³ NÖ Bauordnung 1996 (NÖ BO 1996) LGBl 1996/129 idF LGBl 2014/36 (ersetzt durch die NÖ BO 2014).

¹⁶⁴ NÖ Bauordnung 2014 (NÖ BO 2014) LGBl 2015/1.

¹⁶⁵ Vgl zum geringen Anwendungsbereich Giese, bbl 2009, 51.

¹⁶⁶ Landesgesetz vom 5. Mai 1994, mit dem eine Bauordnung für Oberösterreich erlassen wird (Oö. Bauordnung 1994 – Oö. BauO 1994) LGBl 1994/66.

¹⁶⁷ Giese, bbl 2009, 51; Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁶⁸ Giese, bbl 2009, 51.

¹⁶⁹ Baupolizeigesetz 1997 (BauPolG) LGBl 1997/40.

¹⁷⁰ Giese, bbl 2009, 52; Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁷¹ Giese, bbl 2009, 51; Hutter, RFG 2013, 179; Lindermuth in Poier/Wieser 283.

¹⁷² Kundmachung der Landesregierung vom 28. Juni 2011 über die Wiederverlautbarung der Tiroler Bauordnung 2011 (Tiroler Bauordnung 2011 – TBO 2011) LGBl 2011/57.

¹⁷³ Vgl zur Vorgängerbestimmung Giese, bbl 2009, 51.

¹⁷⁴ Baugesetz (BauG) LGBl 2001/52.

¹⁷⁵ Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁷⁶ Giese, bbl 2009, 52 f.

¹⁷⁷ Verordnung der Landesregierung über die technischen Erfordernisse von Bauwerken (Bautechnikerverordnung) LGBl 2012/84.

¹⁷⁸ Wiener Stadtentwicklungs-, Stadtplanungs- und Baugesetzbuch (Bauordnung für Wien – BO für Wien) GBl der Stadt Wien 1936/33.

Salzburg: Das Sbg BauPolG¹⁶⁹ sieht in § 20 Abs 9 die Möglichkeit der Vorschreibung nachträglicher Auflagen zur Abwehr von Naturgefahren (ausdrücklich Hochwasser, Lawinen, Murabgänge, Steinschlag und dergleichen) vor, wenn allfällige Schäden drohen. Die Auflagen müssen verhältnismäßig sein.¹⁷⁰

Steiermark: Nachträgliche Auflagen können in der Steiermark nur zum Schutz der Nachbarn vor Immissionen aus landwirtschaftlichen Betriebsanlagen vorgeschrieben werden (§ 29 Abs 6 Stmk. BauG).¹⁷¹ Eine Möglichkeit Auflagen zu erteilen, um Menschen vor Naturkatastrophen zu schützen, gibt es im Baugesetz nicht.

Tirol: Im Hinblick auf den Schutz vor Naturgefahren sorgt Tirol allerdings wieder vor: Nach § 27 Abs 10 TBO 2011¹⁷² können andere oder zusätzliche Auflagen vorgeschrieben werden, wenn eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht. Zusätzlich ordnet diese Bestimmung an, dass speziell in den Fällen der Gefährdung durch Naturgewalten (§ 3 Abs 2 TBO 2011) ein Sicherheitskonzept vorgelegt werden muss. Diese Maßnahmen sind nur zulässig, wenn sie verhältnismäßig sind.¹⁷³

Vorarlberg: Bei „öffentlichen Bauten“, die in Vorarlberg errichtet wurden, kann die Behörde gem § 49 Abs 1 VlbG BauG¹⁷⁴ nachträgliche Aufträge erteilen, um einer Gefährdung der Sicherheit oder der Gesundheit von Menschen durch Brände vorzubeugen.¹⁷⁵ Im Hinblick auf „andere“ bestehende Bauten, mithin also Privathäuser, findet sich nur eine Verordnungsermächtigung zugunsten der Landesregierung in § 15 Abs 4 VlbG BauG. Kommen die Eigentümer diesen unmittelbar geltenden Verordnungsbestimmungen nicht nach, so hat die Behörde gem § 49 Abs 2 VlbG BauG nachträgliche Aufträge zur Durchsetzung der Verordnungen zu erlassen.¹⁷⁶ Diese Bautechnikverordnung¹⁷⁷ bestimmt in ihrem § 18 unter der Überschrift „Schutz vor Feuchtigkeit“ nur, dass Bauwerke gegen das Eindringen von Wasser dauerhaft geschützt werden müssen und dabei insb auf vorhersehbare Hochwasserereignisse Bedacht zu nehmen ist. Von einer Möglichkeit nachträglich Auflagen vorzuschreiben, um Menschen vor Hochwässern zu schützen, kann in Vorarlberg mE nicht gesprochen werden.

Wien: In Wien¹⁷⁸ lässt sich, soweit dies überblickt werden kann, keine Ermächtigung zur nachträglichen Auftragsvorschreibung feststellen.

Neben den oben dargestellten Möglichkeiten, nachträglich Auflagen zu erteilen (diese Möglichkeit existiert – wie gezeigt – nicht in allen Bundesländern in gleichem Ausmaß), hält das AVG eine allgemeine Option (Querschnittsbestimmung¹⁷⁹) bereit, Bescheide nachträglich abzuändern. § 68 AVG regelt zwar die nachträgliche Abänderung bzw Auf-

¹⁷⁹ Giese, bbl 2009, 57.

2. Haftungsgrundlagen

hebung von Bescheiden¹⁸⁰, schützt dadurch allerdings gerade die Bestandskraft von Bescheiden, da die Möglichkeit einer Aufhebung oder Abänderung an eng begrenzte Voraussetzungen geknüpft ist.¹⁸¹ Der Bescheid an sich muss formell rechtskräftig,¹⁸² also mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar sein.¹⁸³ Rechtskräftige Baubewilligungsbescheide können von Amts wegen nachträglich dann aufgehoben werden, wenn es um die Wahrung des öffentlichen Wohls geht,¹⁸⁴ nämlich wenn eine konkrete Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht¹⁸⁵ oder Schutz vor schweren Sach- und Vermögensschäden gewährleistet werden muss (§ 68 Abs 3 AVG)¹⁸⁶ und daher die Abänderung bzw Aufhebung des Bescheides notwendig und unvermeidlich ist, um oben genannte Gefahren abzuwehren.¹⁸⁷ Daneben besteht auch die Möglichkeit, einen Baubewilligungsbescheid für nichtig zu erklären, wenn die entsprechende Verwaltungsvorschrift (Bauordnung) die Behörde im Hinblick auf einen rechtskräftigen Bescheid, der mit einem bestimmten Fehler behaftet ist, dazu ermächtigt (§ 68 Abs 4 Z 4 AVG).¹⁸⁸ Eine Aufhebung oder Abänderung des Bescheides gem § 68 Abs 3 AVG steht sowohl der Behörde zu, die den Bescheid erlassen hat, als auch der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde;¹⁸⁹ das ist jedenfalls die im Instanzenzug übergeordnete Behörde, zusätzlich aber auch jene Behörde, die durch die Ausübung des Weisungs- oder Aufsichtsrechts den Inhalt der Entscheidung hätte bestimmen können.¹⁹⁰ Eine Nichtigerklärung nach § 68 Abs 4 AVG obliegt nur der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde.¹⁹¹

Beachte: Bei Baubescheiden kommen daher der Bürgermeister als Bescheid erlassende Behörde und der Gemeinderat als Oberbehörde in Betracht.¹⁹² Selbst wenn der Instanzenzug an den Gemeinderat gesetzlich ausgeschlossen worden ist (Art 118 Abs 4 B-VG), ändert dies nichts an der Tatsache, dass der Gemeinderat kraft Aufsichtsrecht (Art 118 Abs 5 B-VG) Oberbe-

¹⁸⁰ Abändern wird in diesem Zusammenhang weit verstanden und umfasst daher auch die vollständige Aufhebung des Bescheides; vgl Giese, bbl 2009, 57 mwN.

¹⁸¹ Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz IV (2009) § 68 Rz 1.

¹⁸² Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 5.

¹⁸³ Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 6; VwGH 84/11/0166 ZfVB 1985/575 = ZfVB 1985/736; VwGH 2004/05/0214 bbl 2005/35 = ZfVB 2006/501 = ZfVB 2006/408; VwGH 2008/08/0210 ZfVB 2012/827; VwGH 28. 02. 2012, 2012/05/0026; VwGH 09. 09. 2013, 2010/17/0274.

¹⁸⁴ Giese, bbl 2009, 58; Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁸⁵ Hutter, RFG 2013, 179; Lindermuth in Poier/Wieser 296.

¹⁸⁶ Giese, bbl 2009, 58; Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 53; Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁸⁷ Giese, bbl 2009, 58; Hutter, RFG 2013, 179.

¹⁸⁸ Lindermuth in Poier/Wieser 296; allgemein Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 54.

¹⁸⁹ Giese, bbl 2009, 58; Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 57; Hutter, RFG 2013, 179; Lindermuth in Poier/Wieser 296.

¹⁹⁰ Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 64 f; VwGH 14. 11. 1995, 95/08/0291; VwGH 96/08/0005 SVSlg 43.565; VwGH 2006/05/0245 ZfVB 2007/2289.

¹⁹¹ Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 57, 63; Lindermuth in Poier/Wieser 296.

¹⁹² Lindermuth in Poier/Wieser 296.

hörde im Hinblick auf den Bürgermeister ist.¹⁹³ Gemeindeaufsichtsbehörden zählen hier nicht zu den Oberbehörden, da es sich beim Baurecht um eine Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden handelt.¹⁹⁴

Einzelne Materiengesetze, Gemeindeordnungen, Stadtrechte oder aber auch § 8 Abs 1 Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz¹⁹⁵ erlauben es den Aufsichtsbehörden aber, auch im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde Bescheide aus den Gründen des § 68 Abs 3 und 4 aufzuheben bzw nichtig zu erklären.¹⁹⁶ Die Einleitung eines Verfahrens nach § 68 Abs 3 bzw 4 AVG erfolgt von Amts wegen (§ 68 Abs 7 AVG).¹⁹⁷ Dabei muss das Verhältnismäßigkeitsgebot beachtet werden.¹⁹⁸

In seiner ersten Tatbestandsausprägung bestimmt § 68 Abs 3 AVG, dass Bescheide dann abgeändert bzw aufgehoben werden können, wenn es zur Beseitigung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen notwendig und unvermeidlich ist. Wodurch der Missstand, das sind Lebenssachverhalte, die von der Allgemeinheit als negativ bewertet werden, verursacht wird, kommt es nicht an, somit sind auch äußere Umweltgefahren (wie zB Hochwasser- oder Lawinengefahren) erfasst.¹⁹⁹ Im Hinblick auf das Baurecht zählen zu dem geschützten Personenkreis „Menschen“ nicht nur die Nachbarn (iSd jeweiligen Bauordnung), sondern auch der Eigentümer oder die Benützer des Gebäudes.²⁰⁰ Auch wenn bereits die Gefährdung eines einzigen Menschen genügt,²⁰¹ müssen die Missstände ein erhebliches Gefährdungspotenzial erreichen.²⁰² So genügen bloße Beeinträchtigungen der Nachbarn, selbst wenn diese unzumutbar sind, nicht, um § 68 Abs 3 AVG anwenden zu können.²⁰³ Dasselbe gilt wohl auch, wenn Gebäude im äußeren Randbereich eines Gebietes, das von 100-jährlichen Hochwässern gefährdet wird, liegen und daher nur eine geringe Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen besteht.²⁰⁴ Es muss zwar nicht Gefahr im Verzug vorliegen,²⁰⁵ allerdings muss die Gefahrensituation zumindest konkret sein.²⁰⁶

¹⁹³ Vgl allgemeine zur Abkürzung des Instanzenzuges, wodurch die Kompetenzen der Oberbehörde allerdings nicht beschnitten werden *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 66.

¹⁹⁴ *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 71.

¹⁹⁵ Bundesgesetz vom 10. März 1967, betreffend die Aufsicht des Bundes über die Gemeinden (Bundes-Gemeindeaufsichtsgesetz) BGBl 1967/123.

¹⁹⁶ *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 72; vgl für das stmk Baurecht *Lindermuth in Poier/Wieser* 296 f.

¹⁹⁷ *Giese*, bbl 2009, 60.

¹⁹⁸ *Giese*, bbl 2009, 59; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 99 f, 106.

¹⁹⁹ *Giese*, bbl 2009, 58; vgl auch *Giese*, Baurechtliche Maßnahmen zum Schutz des Baubestandes vor Hochwassergefahren, bbl 2011, 203 (225).

²⁰⁰ *Giese*, bbl 2009, 58; *Lindermuth in Poier/Wieser* 296.

²⁰¹ *Giese*, bbl 2011, 225; *Giese*, bbl 2009, 59; VwGH 90/06/0221 BauSlg 1994/32.

²⁰² *Giese*, bbl 2011, 225; *Giese*, bbl 2009, 59; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 94; *Hutter*, RFG 2013, 179.

²⁰³ *Giese*, bbl 2009, 59.

²⁰⁴ In diesem Sinne zu drohenden Sachschäden *Giese*, bbl 2009, 59 sowie *Hutter*, RFG 2013, 179.

²⁰⁵ *Giese*, bbl 2011, 226; *Giese*, bbl 2009, 59; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 93; VwGH 31. 01. 2006, 2005/05/0028.

²⁰⁶ *Giese*, bbl 2011, 226; *Giese*, bbl 2009, 59; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV § 68 Rz 93; *Hutter*, RFG 2013, 179.

2. Haftungsgrundlagen

Beachte: Zur Feststellung einer konkreten Gefahrensituation werden idR sachverständige Feststellungen nötig sein (§ 52 AVG).²⁰⁷

Zusätzlich gibt es noch die Möglichkeit, einen Bescheid nach § 68 Abs 3 AVG abzuändern bzw aufzuheben, um schwere volkswirtschaftliche Schäden abzuwehren. Die Anwendungsfälle sind selten.²⁰⁸ Denn von dieser Aufhebungsmöglichkeit darf nur bei einer schweren Schädigung der gesamten Volkswirtschaft, die für eine gedeihliche wirtschaftliche Entwicklung und damit für die allgemeine Wohlfahrt von ernster Bedeutung ist, Gebrauch gemacht werden. Privatwirtschaftliche Belange zählen also nicht dazu.²⁰⁹

Beachte: Von schweren volkswirtschaftlichen Schädigungen kann zwar bei drohenden Naturkatastrophen gesprochen werden, aber auch nur dann, wenn nicht ein einzelnes Gebäude, sondern ganze Dorf-, Stadt- oder Siedlungsgebiete von einer wiederkehrenden Hochwassergefahr betroffen sind und die erwartbaren Kosten zur Beseitigung der Schäden an Privateigentum und an öffentlicher Infrastruktur enorm sind.²¹⁰

Daneben gibt es noch die Möglichkeit, einen Bescheid nach § 68 Abs 4 Z 4 AVG für nichtig zu erklären, wenn der Bescheid an einem Fehler leidet, der nach dem Materien-gesetz ausdrücklich mit Nichtigkeit bedroht ist. Diese Androhung der Nichtigkeit ist eng auszulegen.²¹¹ Auch hier ist das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten, obwohl dies nicht angeordnet ist.²¹²

Beispiel: Aus dem Baurecht, die für den vorliegenden Beitrag relevant sind: Widerspruch der Baubewilligung zum Flächenwidmungsplan (§ 33 Bgld. BauG iVm § 20 Abs 1 Bgld RaumplanungG; § 8 Abs 2 iVm Abs 5 StROG; § 19 Abs 1 lit a K-BO 1996; § 23 Abs 9 iVm Abs 1 Satz 2 NÖ BO 2014; § 45 Abs 3 Sbg ROG 2009; § 56 lit b iVm § 27 Abs 3 lit a TBO 2011; § 22 Abs 3 iVm Abs 1 VlbG RPG).

Beachte: Festgehalten werden muss, dass Eingriffe in rechtskräftige Baubewilligungen eine komplexe Abwägung zwischen öffentlichen Interessen an der

²⁰⁷ Giese, bbl 2011, 226; Giese, bbl 2009, 59; Hutter, RFG 2013, 179; VwGH 88/10/0211 ZfVB 1990/263; VwGH 90/06/0221 BauSlg 1994/32.

²⁰⁸ Giese, bbl 2011, 226; Giese, bbl 2009, 59; Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 98.

²⁰⁹ Giese, bbl 2011, 226; Giese, bbl 2009, 59; Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 97; VwGH 0751/47 VwSlg 754 A/1949; VwGH 1255/80 ZfVB 1982/1001.

²¹⁰ Giese, bbl 2011, 226; Giese, bbl 2009, 59.

²¹¹ Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 120; VwGH 86/06/0211 ZfVB 1988/1855 = ÖJZ 1989/90 A = ZfVB 1988/1819; VwGH 90/06/022 ecolex 1992, 61 = ZfVB 1992/1920 = ZfVB 1992/1838 = ZfVB 1992/1818.

²¹² Hengstschläger/Leeb, AVG IV § 68 Rz 106.

²¹³ Klewein, RdU 2013, 143.

²¹⁴ Hutter, RFG 2013, 178.

Gefahrenabwehr und wirtschaftlichen Interessen des Bewilligungsinhabers am Fortbestand der Bewilligung nach sich ziehen.²¹⁵ Aufgrund der engen Voraussetzungen des § 68 Abs 3 AVG wird eine Anwendung wohl nur eingeschränkt möglich sein.²¹⁴

2.2.2.3 Kausalität

Das Vorliegen der Kausalität ist nach den Regeln des allgemeinen Schadenersatzrechtes zu beurteilen. Daher wird eine äquivalente und adäquate Verursachung gefordert.²¹⁵ Jede Handlung ist für den Schaden kausal, wenn ohne sie der schädliche Erfolg nicht eingetreten wäre.²¹⁶ Mit anderen Worten: Wenn bei Wegdenken der Handlung der Schaden nicht eingetreten wäre, so ist die Handlung kausal für den Schaden.²¹⁷

Beispiel: *Hätte der Gemeindesekretär eine richtige Auskunft gegeben, so hätte der Eigentümer die Liegenschaft gar nicht erworben und der Schaden wäre nicht eingetreten (vgl zu diesem Fall schon genauer oben).*

Für unvorhersehbare Folgen, die vernünftigerweise nicht mehr als vom Menschen beherrscht betrachtet werden können, soll nicht mehr gehaftet werden.²¹⁸ Die Schadensverursachung muss also auch adäquat geschehen sein. Dies bedeutet – negativ formuliert –, dass ein Schaden dann inadäquat ist, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung das schädigende Ereignis für den eingetretenen Schaden gleichgültig ist und nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen *conditio sine qua non* für den Schaden war.²¹⁹ Die Beweislast für die Kausalität trifft grundsätzlich den Geschädigten.²²⁰

Beispiel: *Ein zu gering dimensionierter Kanal kann nach der Lebenserfahrung aufgrund eines Regenfalls, auf den er eigentlich hätte ausgelegt sein müssen, überflutet werden.*

Eine Unterlassung ist für den eingetretenen Schaden dann kausal, wenn das pflichtgemäße Handeln den Schaden abgewendet hätte und dieses Handeln auch möglich gewesen wäre.²²¹

²¹⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 44.

²¹⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil I³ (1997) Rz 3/5; Schragel, AHG³ § 1 Rz 175.

²¹⁷ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/5.

²¹⁸ Schragel, AHG³ § 1 Rz 175.

²¹⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/8.

²²⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 47; Schragel, AHG³ § 1 Rz 176.

²²¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/14, 8/63; Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 45; Schragel, AHG³ § 1 Rz 176.

2. Haftungsgrundlagen

Beispiel: Ein Kanal wird mangelhaft bzw gar nicht gewartet. Wäre der Kanal ordnungsgemäß gewartet worden, so wären eine Verklausung oder ein Schaden entdeckt worden.

Beispiel: Wäre die Baubewilligung nur unter Auflagen erteilt worden, so wäre der Schaden nicht eingetreten.

Die Beweislast trifft auch hier wieder grundsätzlich den Geschädigten.²²² Bei einer Schutzgesetzverletzung, die im Amtshaftungsrecht in weiten Bereichen angenommen wird²²³, wird dem geschädigten Kläger allerdings nicht aufgebürdet, die strikte Kausalität nachzuweisen. Vielmehr genügt es, wenn er die Wahrscheinlichkeit des Tatsachenzusammenhangs nachweist. Ist diese Wahrscheinlichkeit gegeben, gleichsam vermutet²²⁴, so hat sich der beklagte Schädiger freizubeweisen, indem er die Kausalität seiner Pflichtwidrigkeit widerlegt,²²⁵ bspw dadurch, dass er die Kausalität ernstlich zweifelhaft erscheinen lässt oder mangelndes Verschulden der potentiell schädigenden Organe nachweist.²²⁶ Der öffentliche Rechtsträger muss also beweisen, dass er die zur Verhütung des Schadens erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat bzw der Schaden auch bei Einhaltung der erteilten Auflagen eingetreten wäre.²²⁷

Die Frage, ob der durch pflichtwidrige Unterlassung eingetretene Schaden durch pflichtgemäßes Handeln verhindert werden hätte können, ist nicht im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens (dazu unten) zu behandeln, sondern hier im Rahmen der Kausalität. Denn wenn der Schaden selbst bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre, so mangelt es an der Kausalität zwischen Schaden und Unterlassung.²²⁸

Beispiel: Wurden bei Bescheiderlassung pflichtwidrig keine Auflagen vorgeschrieben, ist ein Schaden eingetreten, stellt sich aber heraus, dass der Schaden auch mit Vorschreibung einer Auflage eingetreten wäre, so mangelt es an der Kausalität der Unterlassung (vgl zur Möglichkeit nachträglich Auflagen vorzuschreiben oben).

²²² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 47.

²²³ Auch Schragel, AHG³ § 1 Rz 176 spricht über diese Ausnahme mit den Worten „idR“.

²²⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 47.

²²⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 47; Schragel, AHG³ § 1 Rz 176.

²²⁶ Schragel, AHG³ § 1 Rz 176.

²²⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 47; OGH 1 Ob 39/95 ZfRV 1996, 33 = ecolex 1995, 886 = JBI 1996, 35 = EvBI 1996/18.

²²⁸ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 9; Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 1; vgl dazu allgemein OGH 7 Ob 825/82 HS 15.093 = HS 14.771 = EvBI 1984/3 = HS 14.413 = HS 14.684 = HS 14.414; OGH 1 Ob 785/83 JBI 1984, 554; OGH 1 Ob 31/92 EvBI 1993/57; OGH 1 Ob 520/93 JBI 1994, 338 = ZfRV 1993/90 = ÖJZ 1993/249 = ZfRV 1994, 249 = ÖJZ 1993/250 = ÖJZ 1993/247 = ZVR 1994/38 = ÖJZ 1993/248; OGH 05. 11. 2014, 7 Ob 172/14 s sowie die zahlreichen Entscheidungen zu RIS-Justiz RS0022913.

2.2.2.4 Rechtswidrigkeit

Auch im Bereich des AHG ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus dem Verstoß gegen Gebote bzw Verbote der Rechtsordnung durch das handelnde oder eben nicht-handelnde Organ.²²⁹ Dabei sind alle öffentlich- und privatrechtlichen Vorschriften, die den Schutz von Rechtsgütern bezwecken, zu beachten.²³⁰ Es kommt auch nicht auf die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts an.²³¹ Auch die guten Sitten (§ 1295 Abs 2 ABGB)²³² und die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB) sind Teil der Rechtsordnung,²³³ ebenso wie unmittelbar anwendbares Unionsrecht.²³⁴

Die Beurteilung der Rechtswidrigkeit obliegt nur teilweise dem Amtshaftungsgericht:²³⁵ Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ist für den Bereich der Amtshaftung unbeachtlich. Über die Rechtswidrigkeit einer Verordnung hat der VfGH zu entscheiden (§ 11 Abs 3 AHG). Das Amtshaftungsgericht kann hier nur selbst entscheiden, dass es gerade keine Bedenken hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Verordnung hegt und dadurch die Anrufung des VfGH unterlässt. Über die Rechtswidrigkeit eines Bescheides einer Verwaltungsbehörde oder auch eines Erkenntnisses oder Beschlusses eines Verwaltungsgerichtes entscheidet der VwGH (§ 11 Abs 1 AHG). Auch hier kann das Amtshaftungsgericht die Anrufung des VwGH unterlassen, wenn es der Meinung ist, dass der Bescheid oder das Erkenntnis bzw der Beschluss nicht rechtswidrig sind. Somit kann das Amtshaftungsgericht die *Rechtswidrigkeit* nur insofern beurteilen, dass es eine Anrufung von VfGH oder VwGH unterlässt, weil es der Meinung ist, dass der Bescheid, die Verordnung oder das Erkenntnis bzw der Beschluss eines Verwaltungsgerichtes rechtmäßig ist. Des Weiteren kommt eine selbständige Beurteilung bei Erkenntnissen auch bei Unzuständigkeit des VwGH in Betracht, in jenen Fällen, in denen es um die Unterlassung von Verordnungen oder Bescheiden geht, bei faktischen Amtshandlungen und Realakten sowie wenn es sich um Verhalten der Gerichtsbarkeit handelt.²³⁶

Im Rahmen der Rechtswidrigkeit müssen einzelne Probleme angesprochen werden. Bspw ist nicht jede Gesetzesauslegung, die der höchstgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht oder von der Auffassung der Höchstgerichte abweicht, schlichtweg rechtswidrig. Vor allem bei unbestimmten Gesetzesbegriffen muss hier aufgepasst werden.²³⁷

Beispiel: Eine Gesetzesauslegung unter Anwendung der herrschenden Auslegungsregeln sowie unter Beachtung der bereits ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur und der einschlägigen Lehrmeinung ist unter Umständen nicht

²²⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/2; Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48; Schragel, AHG³ § 1 Rz 142.

²³⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48; Schragel, AHG³ § 1 Rz 142.

²³¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48; OGH 1 Ob 36/79 SZ 52/186 = HS 11.768 = EvBl 1980/100 = HS 11.767 = JBl 1980, 539; vgl auch RIS-Justiz RS0049847, zuletzt OGH 31. 03. 2009, 1 Ob 28/09 p.

²³² Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/21; Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48; Schragel, AHG³ § 1 Rz 142.

²³³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48; Schragel, AHG³ § 1 Rz 142.

²³⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 48.

²³⁵ Schragel, AHG³ § 1 Rz 143.

²³⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 49, § 11 AHG Rz 11; Schragel, AHG³ § 1 Rz 143.

²³⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 50; Schragel, AHG³ § 1 Rz 148.

2. Haftungsgrundlagen

*rechtswidrig, allerdings jedenfalls vertretbar und daher nicht schuldhaft.*²³⁸

Schon Art 130 Abs 3 und Art 133 Abs 3 B-VG bestimmen, dass Rechtswidrigkeit nicht vorliegt, wenn die Verwaltungsbehörde bzw das Verwaltungsgericht bei der Entscheidung das Ermessen iSd Gesetzes ausgeübt haben. Rechtswidrigkeit liegt allerdings vor, wenn der Ermessensspielraum überschritten wird (Ermessensüberschreitung) oder wenn das Organ das Ermessen nicht iSd Gesetzes ausübt, wenn es also willkürlich, schikanoös, feindlich oder unwahrhaftig vorgeht (Ermessensmissbrauch).²³⁹ Auch Verfahrensfehler können Amtshaftungsansprüche begründen.²⁴⁰ Die Geltendmachung von Rechtfertigungsgründen, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, richtet sich wiederum nach den allgemeinen Bestimmungen.²⁴¹

Der öffentliche Rechtsträger haftet nach § 1 Abs 1 Satz 1 AHG für den Schaden, den sein Organ wem immer zugefügt hat. „Wem immer“ ist mit „jedermann“ in § 1295 Abs 1 ABGB gleichzusetzen. In Folge dessen ist auch für das AHG der Rechtswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck der Norm) zu beachten. Somit ist nur für jene Schäden zu haften, welche die übertretene Verhaltensnorm nach ihrem Schutzzweck eben verhindern sollte. Dabei ist zu untersuchen, ob die Pflichten des Rechtsträgers nur im Interesse der Allgemeinheit oder auch im Interesse der einzelnen Betroffenen bestehen.²⁴² Es genügt, dass die Norm auch die Verhinderung eines Schadens an konkreten Personen mitbezweckt. Der Schutzzweck ist durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln.²⁴³

Wie oben schon erwähnt, dürfen im Raumordnungsrecht Flächen dann nicht als Bauland ausgewiesen werden, wenn die natürliche Beschaffenheit der Fläche (bspw Hochwassergefahr, Lawinengefahr, Murengefahr) eine Bebauung verhindert. Sind solche ungeeigneten Flächen bereits als Bauland ausgewiesen, müssen sie in Freiland rückgewidmet werden.²⁴⁴ Vom Schutzzweck dieser Normen sind Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern (Leben, Gesundheit, Eigentum und adäquate Folgeschäden im Vermögen) erfasst.²⁴⁵

Beispiel: *Wird ein stark hochwassergefährdetes Grundstück daher von der Gemeinde rechtswidrig und schuldhaft als Bauland ausgewiesen und entstehen Personen- oder Sachschäden, so sind diese Schäden zu ersetzen, da der Bürger auf eine gefahrlose Bebauung auf seiner als Bauland ausgewiesenen Fläche vertrauen darf.*²⁴⁶

²³⁸ Schragel, AHG³ § 1 Rz 148.

²³⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 51; Schragel, AHG³ § 1 Rz 149, 151.

²⁴⁰ Vgl dazu eingehend Schragel, AHG³ § 1 Rz 152.

²⁴¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 58.

²⁴² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 60; Schragel, AHG³ § 1 Rz 130.

²⁴³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 60.

²⁴⁴ Held, RFG 2008, 99; Kleewein, bbl 2008, 7.

²⁴⁵ Kleewein, bbl 2008, 7.

²⁴⁶ Kleewein, bbl 2008, 7.

Gefahrenzonen: Diese stellen keine Widmungen dar, sondern es handelt sich hierbei um Nutzungsbeschränkungen, die im Flächenwidmungsplan ersichtlich zu machen sind. Werden Gefahrenzonen nicht ersichtlich gemacht, so kommt es zur Amtshaftung (vgl schon oben).

Allerdings kann sich die Gemeinde nicht ihrer Prüfpflicht, ob einer Bebauung natürliche Hindernisse entgegenstehen, entledigen, weil schon ein Gefahrenzonenplan existiert.²⁴⁷ Gleiches gilt auch für den Fall, dass die Grenzen des Hochwasserabflussgebietes nicht im Wasserbuch eingetragen sind. Die Schlussfolgerung, dass es aus diesem Grund kein Hochwasserabflussgebiet geben kann, ist unzulässig.²⁴⁸ Denn ein Gefahrenzonenplan stellt keine Rechtsquelle dar, sondern vielmehr ein sachverständig, unter bestimmten Publizitätserfordernissen erarbeitetes Gutachten mit Prognosecharakter. Gefahrenzonenplänen kommt somit keine normative Außenwirkung zu; Gebote, Verbote oder Erlaubnisse für die Bürger lassen sich daraus nicht unmittelbar ableiten. Ein Bauverbot lässt sich aus dem Gefahrenzonenplan heraus nicht begründen.²⁴⁹

Der VwGH²⁵⁰ hat ausgesprochen, dass das Wasserbuch lediglich deklaratorischen Charakter hat. Daher ist im Rahmen der Grundlagenforschung unabhängig von bestehenden Nutzungsbeschränkungen von Einrichtungen des Bundes oder Landes durch einen Sachverständigen zu klären, ob die betroffene Fläche wegen ihrer natürlichen Verhältnisse bebaut werden kann oder nicht,²⁵¹ wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Annahme einer Gefährdung sprechen.²⁵² Gefahrenzonenpläne (§ 11 ForstG) oder auch das Wasserbuch (§ 38 Abs 3 WRG) haben zwar eine Indizienwirkung für sich, allerdings ist die Planungsbehörde formell nicht daran gebunden.²⁵³ Die Gefahr muss von der Behörde eigenständig beurteilt²⁵⁴ und im Flächenwidmungsplan ersichtlich gemacht werden.²⁵⁵

²⁴⁷ Kleewein, bbl 2008, 7.

²⁴⁸ VwGH 26. 04. 2001, 2000/07/0039.

²⁴⁹ Jäger, Forstrecht (2003) § 11 ForstG 73 ff; VwGH 27. 03. 1995, 91/10/0090. Bspw hat die stmk Landesregierung in ihrem Programm zur hochwassersicheren Entwicklung der Siedlungsräume (LGBl 2005/117) ein Bauverbot im Abflussgebiet von 100-jährlichen Hochwässern (vgl dazu allerdings die Definition der Hochwassergefahr in der Rsp weiter oben) sowie in der roten Gefahrenzone nach den Gefahrenzonenplänen des ForstG erlassen (§ 4 Abs 1 Z 1, 2 des Programms).

²⁵⁰ VwGH 26. 04. 2001, 2000/07/0039; VwGH 2007/07/0018 ZfVB 2008/1328; Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 38 E 49.

²⁵¹ Hutter, RFG 2013, 178; Kleewein, bbl 2008, 7; vgl auch VwGH 0583/76 VwSlg 9237 A/1977.

²⁵² Hutter, RFG 2013, 178; Kerschner, RFG 2008, 86; OGH 1 Ob 158/06a Zak 2007/163 = ecolex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406; vgl auch Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 38 Rz 8.

²⁵³ Kleewein, bbl 2008, 7; Kleewein, RdU 2013, 138; Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 38 Rz 8; vgl auch OGH 1 Ob 158/06a Zak 2007/163 = ecolex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406; VwGH 93/07/0082 RdU 1997/29 = ZfVB 1997/1847; VwGH 26. 04. 2001, 2000/07/0039.

²⁵⁴ Vgl dazu zB VfGH B 893/97 ZfVB 2000/376; VfGH 13. 06. 2000, B 2434/97; VwGH 93/07/0082 RdU 1997/29 = ZfVB 1997/1847; VwGH 98/05/0147 bbl 2001/63 = BauSlg 2000/274.

²⁵⁵ Kleewein, bbl 2008, 7; Kleewein, RdU 2013, 138.

2. Haftungsgrundlagen

Beachte: Gefahrenzonenpläne nach dem ForstG nehmen eine Wiederkehrwahrscheinlichkeit von 150 Jahren an, die Hochwasserabflussgebiete nach dem WRG sind jene Gebiete, die bei 30-jährlichen Hochwässern überflutet werden.²⁵⁶

Beispiel: Amtshaftung wurde ebenso für den Fall bejaht, dass der Liegenschaftserwerber die Liegenschaft bei Kenntnis der Hochwassergefährdung gar nicht gekauft hätte.²⁵⁷

Neben dem oben schon erläuterten Schutzzweck des Raumordnungsrechts muss an dieser Stelle auch der Schutzzweck der zweiten, für diese Arbeit äußerst wichtigen Rechtsmaterie geklärt werden; der des Baurechts. Baurechtliche Schutzbestimmungen haben den primären Zweck, die Allgemeinheit, also zB auch Passanten,²⁵⁸ und auch alle künftigen Besitzer des bewilligten Bauwerks vor Gefahren zu schützen. Nach hA muss die Baubehörde aber auch auf die Interessen des Bauherrn Rücksicht nehmen,²⁵⁹ da mit Erteilung der Baubewilligung ein Vertrauenszustand geschaffen wird, dass einer der Baubewilligung entsprechenden Durchführung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Interessen, die vielfach vom Bauherrn gar nicht überblickt werden können, entgegenstehen.²⁶⁰

Beispiel: Im Fall einer Hangrutschung bei Aushebung der Baugrube ist auch das Vermögen des Bauherrn geschützt.²⁶¹

Das Vertrauen des Bauwerbers ist allerdings nicht mehr geschützt, wenn er wusste, dass die Bewilligung seines Vorhabens rechtswidrig sein würde.²⁶²

Beispiel: Der planverfassende Baumeister bzw Architekt verursacht einen Planungsfehler. Dem Bauwerber ist das Verhalten des Baumeisters bzw Architekten zuzurechnen.

²⁵⁶ Kleewein, RdU 2013, 137; vgl zum WRG Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 38 Rz 4.

²⁵⁷ Hutter, RFG 2013, 178; OGH 1 Ob 158/06 a Zak 2007/163 = ecolex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406.

²⁵⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 62; OGH 1 Ob 22/95 SZ 68/156.

²⁵⁹ Schragel, AHG³ § 1 Rz 132.

²⁶⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 62; Schragel, AHG³ § 1 Rz 132; OGH 1 Ob 362/98 m RZ 1999/54 = EvBl 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717.

²⁶¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 62; OGH 1 Ob 362/98 m RZ 1999/54 = EvBl 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717.

²⁶² Held, RFG 2008, 100; OGH 1 Ob 36/90 ecolex 1991, 455 = EvBl 1991/100; OGH 1 Ob 77/97 y bbl 1998/71 = RdW 1997, 719.

Beachte: Ein Großteil der Bauordnungen der Länder sehen entweder ein eigenes Bauplatzerklärungsverfahren oder zumindest eine Prüfung der Bauplatzzeichnung im Baubewilligungsverfahren vor (vgl § 4 Oö. BauO 1994; § 11 Abs 2 NÖ BO 2014; § 22 Abs 2 Z 5 Stmk. BauG; § 3 Abs 2 iVm § 27 Abs 4 lit b TBO 2011; § 63 Abs 1 lit f BO für Wien).²⁶³ Eine Fläche ist nur dann als Bauplatz geeignet, wenn eine Gefährdung durch Lawinen, Hochwasser, Grundwasser, Vermurung, Steinschlag, Rutschungen und dergleichen nicht zu erwarten sind (vgl § 5 Abs 1 Z 5 Stmk. BauG; § 5 Abs 2 Oö. BauO 1994; § 3 Abs 2 TBO 2011). Aus der Missachtung dieser Vorschriften können sich unter Umständen Amtshaftungsansprüche gegen die Baubehörde ergeben.²⁶⁴

Schließlich muss auch noch die Frage nach einem rechtmäßigen Alternativverhalten geklärt werden, das auch im AHG ausschlaggebend werden kann. Bei diesem Themenkomplex geht es allgemein darum, ob der Schaden selbst dann eingetreten wäre, wenn der Schädiger, hier also der Rechtsträger, rechtmäßig gehandelt hätte und dass in einem solchen Fall der Schädiger nicht haften muss.²⁶⁵

Beachte: Ein rechtmäßiges Alternativverhalten kommt nur bei einem aktiven Tun des schädigenden Organs in Betracht. Wäre der Schaden bei einer Unterlassung selbst bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten, so fehlt es an der Kausalität.²⁶⁶

Als plakatives Beispiel soll hierbei ein „berühmter“ Fall²⁶⁷ angeführt werden: Ein LKW-Lenker fuhr in zu geringem Seitenabstand an einem Fahrradfahrer vorbei und überfuhr diesen. Der Fahrradfahrer war auf der Stelle tot. Der Schaden wäre allerdings auch bei Einhaltung des erforderlichen Abstandes eingetreten, da der Radfahrer stark alkoholisiert war und torkelte.²⁶⁸ Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten im Amtshaftungsprozess ist zwar möglich, allerdings nur eingeschränkt: Eine Berufung darauf ist nicht möglich, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm jede andere Verhaltensweise von Organen ausschließen will und folglich Eingriffe in das geschützte Rechtsgut an eine bestimmte Form (ein bestimmtes Verfahren) binden will.²⁶⁹ Das ist zB bei Verlet-

²⁶³ Schragel, AHG³ § 1 Rz 132.

²⁶⁴ Schragel, AHG³ § 1 Rz 132.

²⁶⁵ Schragel, AHG³ § 1 Rz 155; vgl auch Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 63 sowie allgemein Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/60.

²⁶⁶ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 9; Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 1.

²⁶⁷ BGH 4 StR 354/57 NJW 1958, 149.

²⁶⁸ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/60.

²⁶⁹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/65; Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 63; Schragel, AHG³ § 1 Rz 155; OGH 1 Ob 30/86 SZ 59/141 = JBI 1987, 244; OGH 1 Ob 35/80 SZ 54/108 = EvBl 1981/208 = JBI 1982, 259; OGH 1 Ob 52/90 SZ 64/23 = JBI 1991, 647; OGH 1 Ob 261/99k SZ 72/184; OGH 1 Ob 17/99b JBI 2000, 118 = ÖJZ-LSK 2000/1 = ARD 5073/20/99 = EvBl 2000/26 = ÖJZ-LSK 2000/9 = ÖJZ-LSK 2000/10.

2. Haftungsgrundlagen

zungen des Rechts auf persönliche Freiheit der Fall.²⁷⁰ Die Beweislast trägt der Rechtsträger.²⁷¹

Die Rechtswidrigkeit, also die Rechtsverletzung, ist nach allgemeinen Grundsätzen vom Geschädigten zu beweisen. Dem Rechtsträger obliegt der Beweis, dass die gebotene, objektive Sorgfalt von seinen Organen eingehalten wurde, ebenso muss der Rechtsträger das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beweisen.²⁷²

2.2.2.5 Verschulden

Der Schaden muss allerdings nicht nur kausal und rechtswidrig zugefügt worden sein, sondern auch schuldhaft. Durch Einfügung des Wortes „schuldhaft“ in § 1 Abs 1 AHG wird signalisiert, dass sich die Amtshaftung nur auf eine Verschuldenshaftung gründen kann. Eine Ausdehnung des Amtshaftungsrechts auch auf eine Gefährdungs- oder Erfolgshaftung ist nicht möglich.²⁷³

Beachte: Gehaftet wird für jeden Grad des Verschuldens, somit für Vorsatz, grobe und auch für leichte Fahrlässigkeit.²⁷⁴ Haftungsmaßstab ist daher idR § 1299 ABGB (Sachverständigenhaftung).²⁷⁵

Wenn es im Einzelfall allerdings nicht auf besondere Fähigkeiten iSd § 1299 ABGB ankommt, so zB bei einem Verkehrsunfall anlässlich einer Dienstfahrt, so haftet der Rechtsträger nur unter jenen Umständen, unter denen das schädigende Organ selbst haften würde, wäre es privatrechtlich tätig geworden.²⁷⁶ Bei leichter Fahrlässigkeit entfällt ein Ersatzanspruch des Rechtsträgers gegenüber dem schädigenden Organ (§ 3 Abs 1 AHG).²⁷⁷ Bei grober Fahrlässigkeit kann der Ersatzanspruch analog dem DHG²⁷⁸ vom Gericht gemäßigt werden (§ 3 Abs 2 AHG).²⁷⁹ Im Rahmen des hier nicht zu behandelnden OrgHG²⁸⁰ ist auch bei leichter Fahrlässigkeit ein Rückersatz durch das schädigende

²⁷⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 63; OGH 1 Ob 35/80 SZ 54/108 = EvBl 1981/208 = JBI 1982, 259; OGH 1 Ob 88/00 y SZ 73/103 = ÖJZ-LSK 2000/231-233 = EvBl 2000/207; OGH 1 Ob 251/00 v EFSlg 97.513 = RdM 2001/20 = ÖJZ-LSK 2001/176 = EFSlg 97.515 = RZ 2002/19 = EvBl 2001/143 = ÖJZ-LSK 2001/175 = ÖJZ-LSK 2001/177 = EFSlg 97.511 = EFSlg 97.424 = JBI 2001, 725 = EFSlg 97.522 = EFSlg 97.514.

²⁷¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 64.

²⁷² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 59.

²⁷³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 65; Schragel, AHG³ § 1 Rz 157; OGH 1 Ob 3/88 SZ 61/32 = ÖJZ 1988/103 = ZVR 1989/93.

²⁷⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 65; Schragel, AHG³ § 1 Rz 157.

²⁷⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 66.

²⁷⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 68; vgl auch Schragel, AHG³ § 1 Rz 164.

²⁷⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 3 AHG Rz 5; Schragel, AHG³ § 1 Rz 157, § 3 Rz 202.

²⁷⁸ Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz) BGBl 1965/80.

²⁷⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 3 AHG Rz 7.

²⁸⁰ Bundesgesetz über die Haftung der Organe der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für Schäden, die sie dem Rechtsträger in Vollziehung der Gesetze unmittelbar zugefügt haben (Organhaftpflichtgesetz – OrgHG) BGBl 1967/181.

Organ möglich.²⁸¹ Die Frage des Verschuldens ist vom Amtshaftungsgericht selbständig zu beurteilen.²⁸² Der Einwand des Mitverschuldens des Geschädigten ist zulässig.²⁸³

Da die potentiell haftenden Rechtsträger bzw deren Organe in Vollziehung der Gesetze tätig sind, daher also Rechtsanwender sind, und abstrakte Gesetze ausgelegt werden müssen, stellt sich die Frage nach einer Haftung bei nicht vertretbaren Gesetzesauslegungen bzw Rechtsauffassungen. Nicht jede unrichtige Rechtsanwendung zieht eine Haftung nach sich. Eine Haftung wird nach stRsp²⁸⁴ erst schlagend, wenn der Bereich der bei pflichtgemäßer Überlegung vertretbaren Gesetzesauslegung bzw Rechtsanwendung überschritten ist. Sind die gesetzlichen Bestimmungen nicht vollkommen eindeutig, ist der Wortlaut auch unklar und steht höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht zur Verfügung, dann kommt es auf die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung an. Unvertretbarkeit liegt daher vor, wenn das Organ von einer klaren Gesetzeslage oder einer ständigen Rechtsprechung ohne ausreichend sorgfältige Überlegung und Begründung abweicht, nicht aber schon dann, wenn eine Ansicht zwar in der Lehre oder auch in der Rsp vertreten wird, *in concreto* diese Ansicht von der Rechtsprechung allerdings abgelehnt wird.²⁸⁵ Selbst wenn keine Rechtsprechung vorliegt, kann eine Rechtsauffassung allerdings unvertretbar sein, wenn zumindest zu im konkreten Fall anwendbaren Grundsätzen Rechtsprechung vorliegt und diese auch angewendet werden kann.²⁸⁶

Beispiel: Ist der OGH von seiner früheren Rechtsprechung in mehrfachen Entscheidungen abgegangen, so stellt die Wiedergabe der überholten Judikatur und die Anwendung dieser eine unvertretbare Rechtsauffassung dar, wenn es an einer Begründung mangelt, warum die frühere Rechtsprechung überzeugender sei.²⁸⁷ Auch die Nichtbeachtung der Judikatur des EuGH kann eine unvertretbare Rechtsauffassung begründen.²⁸⁸

Allerdings muss nicht jedes rechtswidrige Verhalten auch schuldhaft gesetzt worden sein. Insb muss auch der Zeitdruck, unter welchem das handelnde bzw entscheidende Organ gestanden hat, berücksichtigt werden (so bspw beim Waffengebrauch).

Beachte: Verordnungen müssen *idR* nicht unter Zeitdruck erarbeitet werden.²⁸⁹ Auch für Rat und Auskünfte, sofern sie leicht fahrlässig falsch oder lückenhaft

²⁸¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 3 AHG Rz 5; Schragel, AHG³ § 3 Rz 210; nur bei einer entschuldbaren Fehlleistung ist ein Ersatz nicht möglich (§ 2 Abs 2 OrgHG).

²⁸² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 66.

²⁸³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 69; Schragel, AHG³ § 1 Rz 165.

²⁸⁴ Vgl zB OGH 1 Ob 10/84 JBI 1985, 171; RIS-Justiz RS0050216, zuletzt OGH 1 Ob 200/13 p bbl 2014/143.

²⁸⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 73; Schragel, AHG³ § 1 Rz 159 jeweils mwN.

²⁸⁶ Schragel, AHG³ § 1 Rz 159 mwN.

²⁸⁷ Schragel, AHG³ § 1 Rz 159 mwN.

²⁸⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 73; OGH 1 Ob 12/00 x ÖJZ-LSK 2001/35 = RdW 2001, 148 = EvBl 2001/51 = JBI 2001, 322 = ZfRV 2001, 112 = ARD 5209/31/01 = ZVR 2001/83 = SZ 73/150.

²⁸⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 73; Schragel, AHG³ § 1 Rz 159 jeweils mwN.

2. Haftungsgrundlagen

erteilt wurden, haftet der Rechtsträger.²⁹⁰ Bezüglich dieser Fallkonstellation vergleiche schon oben.

Die Beweislast für das mangelnde Verschulden trifft, da sich die Organe eines Rechtsträgers ausnahmslos rechtskonform verhalten müssen, bei Schutzgesetzverletzungen und Nichterfüllung von Rechtspflichten den Rechtsträger.²⁹¹

2.2.2.6 Schaden

Die Ermittlung des Schadens richtet sich nach den Bestimmungen des ABGB. Somit wird bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auch für den entgangenen Gewinn gehaftet (positiver Schaden + entgangener Gewinn = volle Genugtuung). Auch die allgemeine Schadensminderungspflicht (vgl gleich unten zur Rettungspflicht) gilt im Bereich des AHG. Als Schadenersatz kommt von vornherein nur Geldersatz in Betracht.²⁹² Die Beweislast für den Eintritt des Schadens trägt der Geschädigte.²⁹³

2.2.2.7 Rettungspflicht

§ 2 Abs 2 AHG normiert eine spezielle Schadensminderungspflicht für das Amtshaftungsrecht und hält bei Verstoß gegen diese Pflicht eine besondere Rechtsfolge parat: Der Amtshaftungsanspruch des Geschädigten besteht nicht, wenn der Geschädigte den Schaden durch Ergreifung eines Rechtsmittels oder durch Beschwerde beim Verwaltungsgericht oder beim VwGH hätte abwenden, dh verhindern können. Auf die Erfüllung der Rettungspflicht ist daher von Amts wegen Bedacht zu nehmen, es sind keine Einwendungen des Beklagten notwendig. Somit soll nur für „unverbesserliche“ Akte der Vollziehung eine Haftung nach dem AHG bestehen. Der Amtshaftungsanspruch entfällt daher zur Gänze bzw insoweit, als dass das Rechtsmittel Abhilfe hätte schaffen können.²⁹⁴

Beachte: *Es geht dabei um die Frage, ob das Rechtsmittel abstrakt die Möglichkeit geboten hätte, den Schaden abzuwenden. Der Einwand, dass ein nicht ergriffenes Rechtsmittel materiell gar keinen Erfolg haben konnte, ist nicht zulässig. Der potentielle Erfolg eines Rechtsmittels ist im Prozess nicht nachzuvollziehen.²⁹⁵*

²⁹⁰ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 77; Schragel, AHG³ § 1 Rz 160.

²⁹¹ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1296 Rz 3 (Stand Oktober 2013, rdb.at); Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 85; Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1298 Rz 30 a; Schragel, AHG³ § 1 Rz 161; OGH 1 Ob 1/89 JBI 1991, 177 = SZ 62/72; OGH 1 Ob 5/89 EvBl 1989/157 = SZ 62/98; OGH 1 Ob 9/92 JBI 1992, 649 = ZfRV 1993, 125 = ZVR 1993/126; OGH 1 Ob 310/01 x JBI 2002, 520.

²⁹² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 92, 94, 100; Schragel, AHG³ § 1 Rz 167 f, 170, 172.

²⁹³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 95.

²⁹⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 2 f, 6; Schragel, AHG³ § 2 Rz 181.

²⁹⁵ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 3; Schragel, AHG³ § 2 Rz 182; vgl zB OGH 1 Ob 24/81 SZ 55/81 = JBI 1983, 326.

Nur offensichtlich aussichtslose Abwehrmaßnahmen müssen nicht ergriffen werden. Diese Aussichtslosigkeit liegt allerdings nur dann vor, wenn das Rechtsmittel schon abstrakt nicht zur Schadensabwehr geeignet ist.²⁹⁶

Ist allerdings bereits ein Schaden eingetreten und kann das in Betracht kommende Rechtsmittel diesen auch nicht mehr verhindern, bspw aufgrund einer sofort vollstreckbaren Entscheidung, ist ein Amtshaftungsanspruch möglich.²⁹⁷

Die Unterlassung der Ergreifung des Rechtsmittels muss schuldhaft geschehen sein, also mit einer Sorglosigkeit im Umgang mit seinen eigenen Rechtsgütern.²⁹⁸ Der Begriff des Rechtsmittels ist nach hA weit auszulegen und umfasst alle prozessualen Rechtsbehelfe, die dazu dienen, eine fehlerhafte Entscheidung im Instanzenzug oder auf andere Weise zu beseitigen.²⁹⁹ Davon erfasst sind auch außerordentliche Rechtsmittel.³⁰⁰ Keine Rechtsmittel iSd § 2 Abs 2 AHG sind allerdings eine Beschwerde an den VfGH und Rechtsmittel, die aufgrund internationaler Vereinbarung an den EuGH oder den EGMR gerichtet werden können,³⁰¹ sowie Maßnahmen zur Ingangsetzung neuer, selbständiger Verfahren zur Abwehr eines drohenden Schadens.³⁰²

Ein Rechtsmittel wurde dann ergriffen und daher die Rettungspflicht iSd § 2 Abs 2 AHG erfüllt, wenn dieses ordnungsgemäß ausgeführt wurde, so dass es sachlich erledigt werden kann. Verspätete oder nicht ausreichend begründete Eingaben sind daher keine „Rechtsmittel“.³⁰³ Die Beweislast für das Erfüllen der Rettungspflicht trifft den Geschädigten.³⁰⁴ Aus Erkenntnissen des VfGH, des VwGH oder des OGH, also der Höchstgerichte, lässt sich grundsätzlich kein Amtshaftungsanspruch ableiten (§ 2 Abs 3 AHG).³⁰⁵

Problem: *Im Rahmen der Rettungspflicht stellt sich die Frage, ob man gegen die rechtswidrige Baubewilligung, die man in eigener Sache antragsgemäß erhalten hat, ein Rechtsmittel erheben oder gar von der Ausübung der Bewilligung Abstand nehmen muss, um den Amtshaftungsanspruch entstehen zu lassen.*

²⁹⁶ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 3; Schragel, AHG³ § 2 Rz 182; OGH 29. 05. 1995, 1 Ob 15/95; RIS-Justiz RS0052920.

²⁹⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 3; Schragel, AHG³ § 2 Rz 182; OGH 1 Ob 30/89 EvBl 1990/47 = ecolex 1990, 23; OGH 1 Ob 42/90 SZ 64/23 = JBI 1991, 647.

²⁹⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 3; Schragel, AHG³ § 2 Rz 192.

²⁹⁹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 7; Schragel, AHG³ § 2 Rz 183.

³⁰⁰ Schragel, AHG³ § 2 Rz 183; OGH 1 Ob 18/95 ecolex 1996, 12 = SZ 68/133; OGH 1 Ob 241/97 s SZ 71/7 = EFSIlg 87.177.

³⁰¹ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 9; Schragel, AHG³ § 2 Rz 188 f.

³⁰² Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 9; Schragel, AHG³ § 2 Rz 186; OGH 1 Ob 26/79 SZ 52/119 = JBI 1980, 485; vgl auch RIS-Justiz RS0050080, zuletzt OGH 22. 05. 2014, 1 Ob 77/14 a.

³⁰³ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 7; Schragel, AHG³ § 2 Rz 191.

³⁰⁴ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 11; Schragel, AHG³ § 2 Rz 182 aE.

³⁰⁵ Vgl dazu sowie zu den Ausnahmen Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 13 ff; Schragel, AHG³ § 2 Rz 195 f.

2. Haftungsgrundlagen

Der OGH³⁰⁶ hat den Größenschluss aufgestellt, dass jemand, der sich eine Anfechtungsmöglichkeit dadurch nahm, dass er selbst den Akt des Rechtsträgers herbeiführte, indem er ihn beantragte, genauso seinen Amtshaftungsanspruch verliert, wenn schon derjenige, der ein Rechtsmittel gegen einen Akt eines Hoheitsträgers unterlässt, diesen Anspruch verliert.³⁰⁷ Jedenfalls müsse dies für Akte der Vollziehung gelten, die gar nicht in die Rechtssphäre des Geschädigten eingreifen, sondern ihm nur eine Bewilligung erteilen, von der er Gebrauch machen konnte oder auch nicht.³⁰⁸ Eine Baubewilligung sei für den VwGH³⁰⁹ eine Erlaubnis, von der derjenige, der sie erwirkt hat, Gebrauch machen kann oder eben nicht. Der normative Gehalt eines Baubewilligungsbescheides erschöpfe sich nach Ansicht des OGH³¹⁰ nämlich nur in der Aussage, dass der Verwirklichung des im Baugesuch umschriebenen Baues öffentlich-rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen. Eine Bindung des Bauwerbers an die einmal erwirkte Bewilligung in einem solchen Sinn, dass er verpflichtet wäre, nur so und nicht anders zu bauen, bestehe nicht. Vielmehr stehe es dem Bauwerber frei, nicht das ursprünglich bewilligte Bauvorhaben auszuführen, sondern die Bewilligung eines anderen Bauvorhabens zu beantragen und dann dieses Vorhaben zu verwirklichen. Der OGH³¹¹ geht in seiner Entscheidung also davon aus, dass es zur Wirkungslosigkeit eines Baubewilligungsbescheides und zur Abwehr von Schäden nicht einmal eines Rechtsmittels bedarf. Bei fehlerhaften, korrigierbaren Entscheidungen, die auf einen Planungsfehler des Bauwerbers selbst zurückzuführen sind, besteht außerdem die Möglichkeit, einen neuen, fehlerfreien Antrag zu stellen. Das „Rechtsmittel“ liegt daher in der Unterlassung des Gebrauchs der Bewilligung. § 2 Abs 2 AHG kann in dieser Konstellation nur so verstanden werden, dass Amtshaftungsansprüche auch dann ausgeschlossen werden, wenn eine Bewilligung zwar auf einem rechtswidrigen und schuldhaften Organverhalten fußt, es allerdings in der Hand des potentiell Geschädigten liegt, den Schaden durch Unterlassung des Gebrauchs abzuwenden.³¹²

Diese Rechtsauffassung hat der OGH fürs Erste wiederholt,³¹³ in der Folge allerdings nicht in dieser verallgemeinernden Aussage³¹⁴ aufrechterhalten.³¹⁵ Unter Berufung auf den Schutzbereich des öffentlichen Baurechts (vgl dazu schon oben) ging der OGH von dieser Linie ab.³¹⁶ Die Aufgabe der Baubehörde liegt zwar überwiegend in der Wahrung öffentlicher Interessen, wie etwa der Standfestigkeit von Gebäuden oder sanitären und feuerpolizeilichen Belangen. Dennoch kann der einzelne Bauwerber jedoch insoweit in den Schutzzweck der Norm einbezogen sein, als er darauf vertrauen darf, dass eine

³⁰⁶ OGH 1 Ob 9/80 SZ 53/61= EvBI 1981/4.

³⁰⁷ Mader in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 5; *Schragel*, AHG³ § 2 Rz 184.

³⁰⁸ *Schragel*, AHG³ § 2 Rz 184; OGH 1 Ob 9/80 SZ 53/61= EvBI 1981/4.

³⁰⁹ VwGH 1865/66 VwSlg 7241 A/1967; VwGH 1679/71 VwSlg 8227 A/1972.

³¹⁰ OGH 1 Ob 9/80 SZ 53/61= EvBI 1981/4; VwGH 1679/71 VwSlg 8227 A/1972.

³¹¹ OGH 1 Ob 9/80 SZ 53/61= EvBI 1981/4.

³¹² *Schragel*, AHG³ § 2 Rz 184.

³¹³ OGH 1 Ob 22/95 SZ 68/156; RIS-Justiz RS0087631, zuletzt – allerdings einschränkend (vgl dazu sogleich) – OGH 1 Ob 58/13 f MietSlg 65.788 = EvBI 2013/153.

³¹⁴ So ausdrücklich OGH 1 Ob 362/98 m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717.

³¹⁵ *Schragel*, AHG³ § 2 Rz 184.

³¹⁶ Mader in *Schwimmann*, ABGB VII³ § 2 AHG Rz 5.

rechtskräftig erteilte Baugenehmigung in der Folge nicht wegen Widerspruchs zu zwingenden Normen des öffentlichen Rechts wieder beseitigt und dadurch dem Bauwerber ein Schaden zugefügt wird.³¹⁷ Die Wahrnehmung der vom Bauwerber nicht überschaubaren öffentlich-rechtlichen Rücksichten fällt nicht in den Verantwortungs- und Risikobereich des Bauwerbers, sondern in den der Behörde;³¹⁸ zB eine Hangrutschung.³¹⁹ Auch der Bauwerber ist in den Schutzzweck der Bauordnungsvorschriften einbezogen, da er durch die richtige Anwendung der baupolizeilichen Normen vor Personen-, Sach- und Vermögensschäden bewahrt werden soll.³²⁰ Der Bauwerber kann also darauf vertrauen, dass der der Baubewilligung entsprechenden Ausführungen seines Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.³²¹ Auf diesen von der Baubehörde geschaffenen Vertrauenstatbestand kann sich allerdings derjenige nicht berufen, der wusste, dass die Stattgebung seines Bauansuchens mit Rechtswidrigkeit behaftet sein wird.³²²

Beachte: Ein Amtshaftungsanspruch kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, nur weil die Baubewilligung antragsgemäß erteilt wurde.³²³ Berücksichtigt werden muss allerdings, dass Planungsfehler grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Bauherrn liegen und daher eine Amtshaftung ausschließen. Ausgangspunkt ist also, dass für private Rechtsgüter und Aktivitäten primär Eigenverantwortung besteht.³²⁴

2.3 Nachbarrecht

2.3.1 Allgemeines

Da Gebietskörperschaften auch privatrechtlich tätig sein dürfen (Art 116 Abs 2 B-VG) und in der Tat von dieser Möglichkeit auch rege Gebrauch machen, können sie nicht nur nach den amtshaftungsrechtlichen Bestimmungen zur Haftung herangezogen werden,

³¹⁷ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 62; OGH 1 Ob 77/97y bbl 1998/71 = RdW 1997, 719 = SZ 70/144; RIS-Justiz RS0108071, zuletzt OGH 1 Ob 64/08f HS 39.384 = ecolex 2009/83 = Zak 2009/49 = RZ 2009/178 = EvBI-LS 2009/25 = RdW 2009/67 = SZ 2008/130.

³¹⁸ Mader in Schwimann, ABGB VII³ § 1 AHG Rz 62; Schragel, AHG³ § 2 Rz 184; OGH 1 Ob 77/97y bbl 1998/71 = RdW 1997, 719 = SZ 70/144 mwN; OGH 1 Ob 362/98m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717; RIS-Justiz RS0108071, zuletzt OGH 1 Ob 64/08f HS 39.384 = ecolex 2009/83 = Zak 2009/49 = RZ 2009/178 = EvBI-LS 2009/25 = RdW 2009/67 = SZ 2008/130.

³¹⁹ OGH 1 Ob 362/98m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 71.

³²⁰ Schragel, AHG³ § 2 Rz 184; OGH 1 Ob 362/98m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717; vgl auch RIS-Justiz RS0111784, zuletzt OGH 1 Ob 58/13f MietSlg 65.788 = EvBI 2013/153.

³²¹ Schragel, AHG³ § 2 Rz 184; OGH 1 Ob 362/98m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717; BGH III ZR 27/78 NJW 1980, 2578.

³²² RIS-Justiz RS0050052.

³²³ RIS-Justiz RS0111784, zuletzt OGH 1 Ob 58/13f MietSlg 65.788 = EvBI 2013/153.

³²⁴ Schragel, AHG³ § 1 Rz 132; vgl auch Kerschner, Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis? RdU 2001, 128; OGH 1 Ob 362/98m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717; BGH III ZR 256/68 NJW 1973, 616 = BGHZ 60, 112.

2. Haftungsgrundlagen

sondern auch nach den allgemeinen privatrechtlichen Normen. In diesem Kapitel soll gerade nicht die allgemeine Verschuldenshaftung, die in Grundzügen schon beim Amtshafungsrecht erläutert worden ist, besprochen werden. Vielmehr soll eine spezielle Haftungsart behandelt werden: das Nachbarrecht. Denn auch die Gemeinde kann – wie zu zeigen sein wird – Nachbar iSd Nachbarschaftsrechts des ABGB sein.

Primär hat das private Nachbarrecht den grundsätzlichen Zweck, einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Nutzungsinteressen der Liegenschaftsnachbarn herzustellen.³²⁵ Nach § 354 ABGB hat der Eigentümer die Befugnis, mit der Substanz und der Nutzung einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen. Das Eigentumsrecht ist daher ein umfassendes, gegen jedermann geschütztes Herrschaftsrecht an einer Sache. § 364 Abs 1 ABGB sieht allerdings vor, dass die Nutzung des eigenen Eigentums nur insofern geschehen darf, als nicht in die Rechte von Dritten eingegriffen wird.³²⁶ Die Bestimmungen der §§ 364, 364 a und 364 b ABGB orientieren sich daher am Interessenausgleich zwischen benachbarten Grundstückseigentümern, haben aber auch Bedeutung für die Interessen von Nichteigentümern.³²⁷ § 364 ABGB regelt die Kollision zwischen gleichrangigen Eigentumsrechten und sieht Einschränkungen bei den Befugnissen jedes Eigentümers im Interesse eines friedlichen Zusammenlebens der Nachbarn vor.³²⁸ Des Weiteren können Einschränkungen im Interesse des allgemeinen Wohles aus den verschiedensten Rechtgebieten abgeleitet werden, durch welche dann ein Verhalten ganz verboten, von bestimmten Voraussetzungen, der Zustimmung anderer, behördlicher Bewilligungen oder Auflagen abhängig gemacht werden kann und umgekehrt auch anknüpfend an behördliche Akte Abwehransprüche genommen werden können (beachte dazu weiterführend § 364 a ABGB).³²⁹

Bevor allerdings auf den in dieser Arbeit äußerst wichtigen § 364 a ABGB eingegangen wird, muss zuerst § 364 ABGB, insb dessen Abs 2, erläutert werden, da § 364 a ABGB tatbestandsmäßig auf § 364 Abs 2 ABGB aufbaut, weil § 364 a ABGB nur dann greift, wenn es sich um eine Beeinträchtigung handelt, die über das Maß des § 364 Abs 2 ABGB hinausgeht.³³⁰

³²⁵ *Barth/Dokalik/Potyka*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen²⁴ (2014) § 364 ABGB 223; *Jabornegg*, Privates Nachbarrecht und Umweltschutz, ÖJZ 1983, 365.

³²⁶ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (2006) 13; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB. Praxiskommentar II⁴ (2012) § 364 ABGB Rz 1; vgl auch *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2011) § 364 ABGB Rz 1.

³²⁷ *Jabornegg*, ÖJZ 1983, 365.

³²⁸ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 223; *Feil*, Privates Nachbarrecht und Immissionen² (2005) Rz 8; *Koziol – Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht (2014) Rz 895; vgl auch *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 1.

³²⁹ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 4; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 1.

³³⁰ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 14.

2.3.2 Die „allgemeine“ Haftung nach § 364 ABGB

2.3.2.1 Allgemeines

§ 364 ABGB enthält Ausübungsschranken des Eigentumsrechtes.³³¹ § 364 Abs 1 Satz 2 ABGB umschreibt das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot, welches im gesamten Nachbarrecht gilt.³³² Dieses Gebot soll insb rechtsmissbräuchliche Einwirkungen auf den Nachbargrund verhindern. Rechtsmissbräuchliche Ausübungen des Eigentumsrechtes waren aber schon bisher untersagt, auch dann, wenn § 364 Abs 2 ABGB nicht griff (Schikaneverbot³³³).³³⁴ Da die Anwendung des Rücksichtnahmegebotes willkürliche Ergebnisse liefern kann, soll dessen Anwendung als schadenbegrenzendes Gebot eher restriktiv gehandhabt werden.³³⁵

Die Abwehr von unzulässigen Immissionen nach § 364 Abs 2 ABGB ist ein modifizierter Anwendungsfall der Eigentumsfreiheitsklage (*actio negatoria*). Daher sind der (Mit-)Eigentümer und Wohnungseigentümer, auch Wohnungseigentumsbewerber sowie sonstige dinglich Berechtigte, soweit deren Rechte berührt sind (Fruchtnießer, Fischereiberechtigte, Kanalservitutsberechtigte sowie Hypothekargläubiger bei drohender Entwertung) aktivlegitimiert.³³⁶ Auch der Mieter oder Pächter ist abwehrberechtigt.³³⁷

Beachte: Der zivilrechtliche Nachbarbegriff unterscheidet sich vom verwaltungsrechtlichen, bspw im Baurecht, und wird generell weit ausgelegt. Nachbar ist auch nicht nur der unmittelbare Anrainer. Ebenso müssen auch das emittierende und das beeinträchtigte Grundstück nicht unmittelbar aneinander grenzen. Es genügt daher, dass die Emissionen ein weiter entfernt liegendes Grundstück erreichen und dieses daher im Einflussbereich des störenden Grundstückes liegt.³³⁸

Unterlassungspflichtig ist allerdings nicht nur der Nachbar, sondern jeder Störer. Als unmittelbarer Störer kommt jeder in Betracht, der eine Immission adäquat kausal verursacht. Handelt es sich hierbei um einen Nichteigentümer, so fordert die (umstrittene)

³³¹ *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 364 ABGB Rz 1; *Feil*, Nachbarrecht² Rz 8, 14; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 1; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 1; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 1.

³³² *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 1, 4.

³³³ *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 2.

³³⁴ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 4. Vgl auch *Feil*, Nachbarrecht² Rz 8; so wohl auch *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 38 f.

³³⁵ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 4; zur grundsätzlich gebotenen Einzelfallbetrachtung vgl OGH 9 Ob 32/02 z MietSlg 54.027 = ecolex 2003/37 = bbl 2003/25 = immolex 2003/173 = 54.038; OGH 7 Ob 8/07 p bbl 2007/161; zum Schikaneverbot allgemein RIS-Justiz RS0026265, zuletzt OGH 9 Ob 32/14 t Zak 2014/502.

³³⁶ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 5; vgl auch *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 354 Rz 6; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 10 f; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 354 Rz 6; vgl auch *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 15.

³³⁷ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 5; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 35 f; vgl auch *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek* ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 10 f; *Spielbüchler* in *Rummel* I³ § 354 Rz 6.

³³⁸ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 35.

2. Haftungsgrundlagen

Rsp, dass dieser die Liegenschaft für seine eigenen Zwecke benutzt.³³⁹ Mittelbarer Störer ist daher derjenige, der als Grundeigentümer, Nutzungsberechtigter, Bestandnehmer etc das Grundstück für eigene Zwecke nutzt und ein Rechtsverhältnis zum unmittelbaren Störer hat bzw diesen die störende Maßnahme ausführen lässt.³⁴⁰

Beispiel: Eine Gemeinde, ein Abwasserverband oder ein Kanalisationsbetreiber betreibt einen Kanal, der unter fremden Grund verläuft. Die Erlaubnis für den Betrieb unter fremden Grund kann kraft gesetzlicher Anordnung oder aufgrund der Zustimmung des Grundstückseigentümers gegeben sein. Eine Gemeinde, ein Abwasserverband oder eben der Kanalisationsbetreiber benutzt das fremde Grundstück (unterirdisch) für eigene Zwecke. Kommt es zu einer Immission aus dem Kanal, so können die genannten Akteure abwehrpflichtig sein. Dass die Kanalanlage der Erfüllung einer Aufgabe der allgemeinen Daseinsvorsorge dient, ist unbeachtlich (vgl genauer unten).

Beispiel: Kommt es zu einer Rückstauung im Kanalsystem aufgrund von Fremdkörpern oder wegen zu geringer Dimensionierung, so ist nicht nur der unmittelbare Anrainer, der Schäden an seinem an der Kanalisation angeschlossenen Gebäude erleidet, sondern auch jeder weiter entfernte Geschädigte vom Schutzbereich der §§ 364 ff ABGB umfasst.

Problem: Grundsätzlich können Auswirkungen von Maßnahmen der Hoheitsverwaltung nicht mit privatrechtlichen Mitteln bekämpft werden, da sich in einem solchen Fall keine gleichrangigen Privatrechtssubjekte³⁴¹ gegenüberstehen.

Das soll insb für die Folgen des Gemeingebrauches an einer öffentlichen Straße³⁴² gelten sowie auch für die hoheitliche Errichtung, den Betrieb und die Erhaltung von Wasserversorgungsanlagen³⁴³, soweit dies zur Versorgung der Bevölkerung erforderlich ist.³⁴⁴ Der Unterlassungsanspruch bleibt in diesen Fällen verwehrt, da die Hoheitsverwaltung ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten nachkommen muss.³⁴⁵

Beachte: Eine analoge Anwendung von § 364 a ABGB ist regelmäßig möglich (vgl dazu weiter unten).

³³⁹ Kisslinger, Gefährdungshaftung 42; vgl auch Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 6.

³⁴⁰ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 6; vgl auch Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 354 Rz 7 sowie auch Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 5; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 12 und Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 354 Rz 7; vgl auch Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 16.

³⁴¹ Vgl zB OGH 8 Ob 28/13 w RdU 2014/132 = EvBl 2014/60 = Zak 2014/165.

³⁴² OLG Wien 26. 09. 1995, 11 R 122/95.

³⁴³ OGH 1 Ob 206/08 p ecolex 2009/35.

³⁴⁴ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 7; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 14; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 6.

³⁴⁵ Kisslinger, Gefährdungshaftung 21.

2.3.2.2 Unmittelbare Zuleitungen und grobkörperliche Immissionen

Keinesfalls muss der Eigentümer unmittelbare Zuleitungen dulden, sofern dafür kein besonderer Rechtstitel (zB Servitut) besteht (§ 364 Abs 2 Satz 2 ABGB).³⁴⁶

Beispiel: Zuleitungen durch Abwasserrohr,³⁴⁷ Brunnenüberlauf,³⁴⁸ Verschlechterung der Abflussverhältnisse durch Boden- und Nutzungsänderungen des Oberliegigers,³⁴⁹ Entwässerung eines Carport-Dachteiles³⁵⁰ oder Dachlawinen.³⁵¹

Eine unmittelbare Zuleitung liegt dann vor, wenn der Nachbar Handlungen setzt, die für eine Einwirkung auf das andere Grundstück ursächlich sind.³⁵² Grobkörperliche Immissionen, also feste Körper größeren Umfangs, wie zB Steine, Kugeln, Faust- und Fußballle,³⁵³ Gewehrkegeln,³⁵⁴ Golfbälle,³⁵⁵ Tennisbälle,³⁵⁶ Glasscherben und Betonstücke,³⁵⁷ Gestein, Erdreich, Äste³⁵⁸ sowie auch Dachlawinen³⁵⁹ sind nicht vom Immissionsbegriff des § 364 Abs 2 ABGB erfasst und können daher ebenso grundsätzlich immer abgewehrt werden.³⁶⁰ Dachlawinen sind nicht nur grobkörperliche Immissionen, sondern auch unmittelbare Zuleitungen.³⁶¹ Grobkörperliche Immissionen sind für die Zwecke dieses Beitrages allerdings vernachlässigbar.

³⁴⁶ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 227; Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 4; Feil, Nachbarrecht² Rz 18; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 ABGB Rz 185; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 897; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 1.

³⁴⁷ OGH 6 Ob 115/65 JBI 1966, 144; OGH 1 Ob 92/02 i MietSlg 55.027 = ÖJZ 2003/97 = RdU 2003/90 = immolex 2003/111.

³⁴⁸ OGH 1 Ob 4/82 HS 12.756 = SZ 55/30.

³⁴⁹ OGH 1 Ob 42/01 k RdU 2002/17 = ecolex 2001/267 = immolex 2001/182 = MietSlg 53.064; OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

³⁵⁰ OGH 2 Ob 111/07 y immolex 2008/107 = bbl 2008/106 = MietSlg 60.179 = HS 39.222 = ÖJZ 2008/114 = MietSlg 60.679 = MietSlg 60.015 = Zak 2008/232.

³⁵¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8 mwN.

³⁵² Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 ABGB Rz 186; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 3 mwN; vgl auch Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 4.

³⁵³ Vgl zB OGH 4 Ob 579/95 RdU 1996/94 = ecolex 1996, 357.

³⁵⁴ RG VIII 66/39 EvBl 1939/525.

³⁵⁵ OGH 2 Ob 558/93 MietSlg 47.106 = MietSlg 47.015.

³⁵⁶ OGH 8 Ob 635/92 MietSlg 44.016 = ecolex 1993, 451 = RdU 1994/3.

³⁵⁷ OGH 5 Ob 776/81 MietSlg 33.024.

³⁵⁸ Vgl zB OGH 24. 02. 1971, 5 Ob 23/71.

³⁵⁹ OGH 8 Ob 220/66 JBI 1967, 207; OGH 2 Ob 51/08 a MietSlg 60.710 = MietSlg 60.035 = Zak 2008/334.

³⁶⁰ Vgl Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8; Kisslinger, Gefährdungshaftung 14 jeweils mwN; Lang, Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkung im Nachbarrecht. Nachbarrechtliche Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB und Eigentumsfreiheitsklage nach § 354 ABGB, RFG 2013, 183 (187); Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 4; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 7; vgl auch die Aufzählung bei Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 4.

³⁶¹ Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 7; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8; OGH 8 Ob 220/66 JBI 1967, 207; OGH 2 Ob 51/08 a MietSlg 60.710 = MietSlg 60.035 = Zak 2008/334.

2. Haftungsgrundlagen

Beispiel: Fällt ein Oberlieger auf seinem Grundstück Bäume, sichert dieser die gefällten Baumstämme nicht genügend ab und „rutschen“ diese auf das Grundstück des Unterliegers, so handelt es sich um eine grobkörperliche Immission.

Beispiel: Kommt es aufgrund von Geländekorrekturen am Grundstück des Oberliegers zu einer Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse des Oberflächenwassers, so handelt es sich im Hinblick auf das nun auf das Grundstück des Unterliegers fließende Oberflächenwasser um eine untersagbare unmittelbare Zuleitung.³⁶² Gleiches gilt bei Geländekorrekturen und Aufführung einer Grenzmauer, die den natürlichen Abfluss verändern,³⁶³ bzw bei Errichtung eines Abstellplatzes.³⁶⁴

Beispiel: Die fachmännische Asphaltierung einer zuvor nur geschotterten Gemeindestraße auf Wunsch und mit Einverständnis des Anrainers führte mangels Maßgeblichkeit der Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse (= keine unmittelbare Zuleitung) sowie mangels Wesentlichkeit der Beeinträchtigung (= keine sonstige Immission) zu keinem nachbarrechtlichen Anspruch des Anrainers gegenüber der Gemeinde.³⁶⁵

Festzuhalten bleibt, dass sowohl unmittelbare Zuleitungen als auch grobkörperliche Immissionen daher schon nach § 354 ABGB, ohne Rücksicht auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB, abwehrbar sind³⁶⁶ und zwar auch im Rahmen des § 364 a ABGB.³⁶⁷ Daher sind auch unwesentliche oder gar ortsübliche Zuleitungen abwehrbar. Allenfalls verweigert der OGH eine Abwehr von bloß geringen Auswirkungen, wenn damit ein schikanöses Verhalten bzw ein Verstoß gegen das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot verbunden ist.³⁶⁸

Beispiel: Ob die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches als Schikane zu werten ist, bestimmt sich natürlich nach den Umständen des Einzelfalles. So stellte der OGH³⁶⁹ fest, dass das Begehren auf Unterlassung einer unmittelbaren Zuleitung nicht bereits deshalb Schikane ist, weil im Falle der Ände-

³⁶² OGH 1 Ob 42/01 k RdU 2002/17 = ecolex 2001/267 = immolex 2001/182 = MietSlg 53.064; OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

³⁶³ OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

³⁶⁴ OGH 1 Ob 615/94 JBI 1995, 317 = ecolex 1995, 407 = SZ 67/212 = MietSlg 46.019.

³⁶⁵ OGH 2 Ob 11/05 i bbl 2005/114 = MietSlg 57.026.

³⁶⁶ *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 4; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 19; *Lang*, RFG 2013, 184; vgl auch *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 185.

³⁶⁷ *Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 4; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 2; *Spielbüchler in Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 7, 20, § 364 a Rz 2 vgl auch *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 228; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 3.

³⁶⁸ *Lang*, RFG 2013, 184, 187; OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

³⁶⁹ OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

zung der natürlichen Abflussverhältnisse nur alle 50 bis 100 Jahre mit einer Beeinträchtigung zu rechnen ist.

2.3.2.3 Mittelbare Immissionen

Umgekehrt bedeutet dies also, dass Immissionen iSd *demonstrativen* Aufzählung des § 364 Abs 2 ABGB (arg „[...] und ähnliche [...]“) keine unmittelbaren oder grobkörperlichen Immissionen sind, sondern mittelbar eindringende nicht körperliche Einwirkungen (Geräusche, Wärme) sowie unwägbare³⁷⁰, daher nicht grobkörperliche Stoffe (= positive Immissionen). Für diese Immissionen kommt eine Gewöhnung an ortsübliche Beeinträchtigungen in Betracht,³⁷¹ mit anderen Worten: Sofern sich die Immissionen im Rahmen des Ortsüblichen halten, muss der Beeinträchtigte diese hinnehmen.³⁷²

Beispiel: *Als ähnlich wurden ua Bienen,³⁷³ Baustellen³⁷⁴ und Tennisplatzstaub,³⁷⁵ Hobelspäne,³⁷⁶ Gestank und Fliegen vom Abfallhaufen,³⁷⁷ Schmelzwasser vom Dach,³⁷⁸ Wassereintritt wegen Leitungsgebrechens³⁷⁹ oder schadhafter Dachrinne,³⁸⁰ elektromagnetische Felder von Mobilfunktendeanlagen,³⁸¹ künstliches Licht³⁸² oder auch reflektiertes natürliches Licht³⁸³ (sofern nicht generell wegen direkter Zuleitung untersagbar³⁸⁴) angesehen.³⁸⁵*

Grundsätzlich – zu den „Ausnahmen“ siehe § 364 Abs 3 ABGB – nicht untersagbar sind negative³⁸⁶ und ideelle Immissionen, da der Immissionsbegriff einen positiven Eingriff

³⁷⁰ OGH 6 Ob 671/78 MietSlg 30.039 = ÖJZ 1978/210 = SZ 51/114.

³⁷¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 7; vgl auch Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2011) § 364 ABGB Rz 151.

³⁷² Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224.

³⁷³ OGH 8 Ob 115/67 EvBI 1968/21; OGH 4 Ob 2347/96 t MietSlg 49.014 = NZ 1998, 143 = MietSlg 49.666.

³⁷⁴ OGH 8 Ob 523/92 ÖJZ 1992/176 = ÖJZ 1992/153 = ecolex 1992, 406 = RdW 1992, 304 = MietSlg 44.017 = JBI 1992, 641 = HS 22.5519 = MietSlg 44.014 = HS 22.338.

³⁷⁵ OGH 8 Ob 635/92 MietSlg 44.016 = ecolex 1993, 451 = RdU 1994/3.

³⁷⁶ OGH 6 Ob 671/78 MietSlg 30.039 = ÖJZ 1978/210 = SZ 51/114.

³⁷⁷ OGH 1 ob 144/97 a ecolex 1998, 318 = ÖJZ 1998/59 = ÖJZ-LSK 1998/59 = ÖJZ-LSK 1998/60 = JBI 1998, 308.

³⁷⁸ OGH 1 Ob 236/71 SZ 44/140; OGH 3 Ob 595/85 MietSlg 38.023.

³⁷⁹ OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 = EvBI 1966/48.

³⁸⁰ OGH 1 Ob 10/22 SZ 4/6.

³⁸¹ OGH 6 Ob 180/05 x RdU 2006/70 (Wagner) = RZ 2006/105 = JBI 2006, 372 = EvBI 2006/58 = ÖJZ-LSK 2006/75 = Zak 2006/123 = RdU 2006/68 = JAP 2006/2007/10 = bbl 2006/59 = ÖJZ-LSK 2006/77 = RdW 2006/124 b = RdW 2006/212.

³⁸² OGH 1 Ob 96/03 d ÖJZ-LSK 2003/224 = ecolex 2003/299 = RdU-LSK 2003/62 = immolex 2004/15 = NZ 2004/35 = MietSlg 55.030 = EvBI 2003/176 = EFSlg 104.601 = MietSlg 55.810 = EFSlg 105.805.

³⁸³ OGH 10 Ob 20/11 f AnwBI 2011, 357 = bbl 2011/171 = immolex-LS 2011/59 = Zak 2011/359 = MietSlg 63.021.

³⁸⁴ OGH 04. 11. 2004, 2 Ob 252/04 d *in concreto* allerdings abl.

³⁸⁵ Vgl die Aufzählung bei Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 9 mwN sowie auch Kisslinger, Gefährdungshaftung 19 und Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 8.

³⁸⁶ Vgl Jabornegg, ÖJZ 1983, 367, der mE zutreffend anmerkt, dass es auf die begriffliche Unterscheidung nicht ankommen kann, sondern die hinter der Immissionsregelung stehenden Zwecke und Wertungen ausschlaggebend sein müssen, da sich die positiven Immissionen häufig auch als negative Immissionen deuten lassen und umgekehrt (Einwirkungen von Rauch und Gas sind gleich Entzug von frischer Luft; Entzug von Licht ist gleich die Zufuhr von

2. Haftungsgrundlagen

voraussetzt. Bei Einwirkungen, die nur in der Entziehung von Luft, Licht, Sonne oder gar der Aussicht bestehen oder nur das ästhetische oder sittliche Empfinden berühren, fehlt es am Eigentumseingriff.³⁸⁷

2.3.2.4 Ortsunüblichkeit der Immission

Zur Untersagung einer der in § 364 Abs 2 ABGB nicht abschließend aufgezählten Immissionen wird eine doppelte Ortsunüblichkeit gefordert. Das Maß der Immission muss das nach örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Nutzung des Grundstückes muss dadurch wesentlich beeinträchtigt werden.³⁸⁸ Auch übermäßige Immissionen sind folglich zu dulden, wenn sie die ortsübliche Nutzung des Grundstückes nicht wesentlich beeinträchtigen (= unwesentliche Immission³⁸⁹), während Immissionen, deren Maß ortsüblich ist (= ortsübliche Immission³⁹⁰), auch zulässig sind, wenn die ortsübliche Benutzung wesentlich beeinträchtigt wird. Diese beiden Voraussetzungen müssen also kumulativ vorliegen.³⁹¹ *Oberhammer*³⁹² plädiert hier mE richtig für ein bewegliches System.

Unter „Ort“ ist nicht notwendigerweise die politische Gemeinde zu verstehen, sondern die Umgebung.³⁹³ Dieser Begriff kann sich also auch auf kleinere Gebietseinheiten, sofern sich diese wirtschaftlich oder bautechnisch unterscheiden³⁹⁴, wie auf ein Viertel oder einen Bezirk (wiederum nicht im politischen Sinn) mit prägender Charakteristik (bspw Wohngegend, Bahnhofsviertel), aber nicht nur einige Häuser oder Gassen, beziehen.³⁹⁵

Schatten). Daher ist es auch eigenartig, wenn die Lichtzufuhr aufgrund des Entzuges von natürlicher Dunkelheit als beachtliche positive Immission angesehen wird, der Entzug von Licht und daher die Erzeugung von künstlicher Dunkelheit allerdings nicht. Beachte nun aber § 364 Abs 3 ABGB. Ähnlich *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 7.

³⁸⁷ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 22; vgl auch *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 9f; vgl auch *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 175, 182; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 7f; vgl auch *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 6f.

³⁸⁸ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224; *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 9; *Feil*, Nachbarrecht² Rz 20; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 13; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 15; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 13.

³⁸⁹ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 24.

³⁹⁰ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 24.

³⁹¹ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 25; vgl auch *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 13; OGH 8 Ob 372/97 g RdU 1998/122; OGH 1 Ob 6/99 k EvBl 2000/115 = NZ 2001, 165 = RdU 2000/32 = ecolex 2000/137 = MietSlg LI/34 = ÖJZ-LSK 2000/108 = immolex 2000/107 = MietSlg 51.016 = JAP 2003/2004, 119; OGH 7 Ob 286/03 i MietSlg LVI/4 = immolex 2004/97 = RdU-LSK 2004/43 = wobl 2004/78 = JBI 2004, 377 = MietSlg 56.023.

³⁹² *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 15.

³⁹³ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224; *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 9; *Feil*, Nachbarrecht² Rz 20; *Jabornegg*, ÖJZ 1983, 368; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 207; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 898; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 16; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 14; *Steiner*, Zur Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit in § 364 Abs 2 ABGB, JBI 1978, 133 (134).

³⁹⁴ *Feil*, Nachbarrecht² Rz 21; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 25; vgl auch *Jabornegg*, ÖJZ 1983, 369.

³⁹⁵ *Feil*, Nachbarrecht² Rz 20; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 25; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 16; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 14; OGH 2 Ob 661/52 SZ 52/221; OGH 6 Ob 668/81 SZ 54/158 = EvBl 1982/50 = MietSlg 33.022; OGH 5 Ob 146/72 SZ 45/98; RIS-Justiz RS0010653, zuletzt OGH 21. 05. 2014, 7 Ob 71/14 p.

Dies führt dazu, dass in größeren Ansiedelungen in verschiedenen Stadtteilen Unterschiedliches ortsüblich sein kann.³⁹⁶

Beachte: *Mit Ausnahme von Wien ist es in den restlichen Landeshauptstädten schwer vorstellbar, dass ein Starkregenereignis bzw regelmäßige Überflutungen zB in einem Bezirk einer steirischen Gemeinde ortsüblich sind, in einem angrenzenden Bezirk derselben Gemeinde allerdings nicht, zumal es bei einer etwaigen unmittelbaren Zuleitung gar nicht auf die Ortsunüblichkeit bzw Wesentlichkeit ankommt. Bezüglich anderer Immission kann natürlich in verschiedenen Bezirken Unterschiedliches ortsüblich sein.*

UU sind auch aus weiter Entfernung stammende Störungen einzubeziehen (Industrieemissionen).³⁹⁷ Es kommt daher darauf an, ob die Einwirkungen noch fühlbar sind, unabhängig davon wie weit die betroffene Liegenschaft tatsächlich von der die Immission emittierende Liegenschaft entfernt ist und wie viele Grundstücke Dritter dazwischen liegen.³⁹⁸ Die Ortsüblichkeit der Immission ist nach den konkreten tatsächlichen Verhältnissen in der maßgebenden Umgebung zu beurteilen;³⁹⁹ einem Flächenwidmungsplan kommt daher allenfalls Indizienwirkung zu (str).⁴⁰⁰ Ebenso soll eine verwaltungsbehördliche Genehmigung ein Indiz für eine Ortsüblichkeit der Immission sein.⁴⁰¹

Der Begriff ist daher nicht starr aufzufassen, sondern er ist dem ständigen Wandel unterworfen. Eine Zunahme von Immissionen, die auf den technischen Fortschritt und die Industrialisierung zurückzuführen ist, ist nicht von vornherein ortsüblich;⁴⁰² jedoch müssen voraussehbare Zunahmen (stärkerer Besucheransturm auf eine renovierte Sportanlage⁴⁰³) hingenommen werden, eine Betriebsvergrößerung aber nicht. Auf die Plötzlichkeit der Veränderung kommt es nicht an,⁴⁰⁴ doch müsse sich ein Betroffener eher gegen eine schlagartige Lärmverstärkung zur Wehr setzen können.⁴⁰⁵ Ein allmähliches Wachstum der Immission oder Änderungen in der gewöhnlichen Benutzung können allerdings

³⁹⁶ Steiner, JBI 1978, 134; vgl auch OGH 2 Ob 661/52 SZ 52/221.

³⁹⁷ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14.

³⁹⁸ Feil, Nachbarrecht² Rz 13 mwN.

³⁹⁹ Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 ABGB Rz 209; Kisslinger, Gefährdungshaftung 25; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 17; vgl auch Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224; RIS-Justiz RS0010605, zuletzt OGH 4 Ob 99/12 f bbl 2012/226 = MietSlg 64.026 = EvBl 2012/125 = immolex-LS 2012/72 = Zak 2012/519 = AnwBl 2012, 471.

⁴⁰⁰ Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 9 aE; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14; Kisslinger, Gefährdungshaftung 27; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 17 jeweils mwN; vgl auch Steiner, JBI 1978, 135 mwN.

⁴⁰¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 13; OGH 8 Ob 128/09 w bbl 2011/58 = Zak 2011/87 = JBI 2011, 234 = AnwBl 2011, 211 = bbl 2011/59 = RdU 2011/45 = wobl 2011/163; vgl auch Steiner, JBI 1978, 135 mwN.

⁴⁰² Kisslinger, Gefährdungshaftung 25; Steiner, JBI 1978, 137.

⁴⁰³ OGH 3 Ob 586/78 SZ 52/53 = MietSlg 31.031.

⁴⁰⁴ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 19; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 15.

⁴⁰⁵ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14 mwN; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 19; OGH 7 Ob 361/97 g MietSlg 49.016 = RdU 1998/105 = NZ 1999, 75 = ecolex 1998, 625 = RdW 1998, 260 = HS 28.271.

2. Haftungsgrundlagen

das Maß des Zulässigen, also des Ortsüblichen, durchaus erhöhen.⁴⁰⁶ Maßgeblich sind Intensität, Tageszeit und Dauer der Einwirkung sowie auch die Störungseignung, eine herkömmliche Übung und ein eventuell bestehendes Allgemeininteresse.⁴⁰⁷

Da der Begriff der Ortsüblichkeit „fließend“ ist, kann sich das, was noch als ortsüblich angesehen worden ist, im Laufe der Zeit auch verändern und letztlich ortsunüblich werden. Die Rsp ist dazu uneinheitlich,⁴⁰⁸ hat sich schließlich aber wohl auf eine Frist von drei Jahren „verständigt“. Eine Mehrbelastung wird also ortsüblich, sofern sie binnen drei Jahren unbekämpft geblieben ist.⁴⁰⁹ Neu zugezogene Grundstückseigentümer müssen sich mit den örtlichen Immissionsverhältnissen abfinden,⁴¹⁰ außer die ortsübliche Nutzung wird wesentlich beeinträchtigt.⁴¹¹

Bei der Feststellung der Ortsüblichkeit stellt der OGH⁴¹² auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung ab, obwohl eine andere Ansicht auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung abstellen möchte.⁴¹³

2.3.2.5 Wesentliche Beeinträchtigung durch die Immission

Im Hinblick auf die Wesentlichkeit ist maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. Die Wesentlichkeit wird von der Rsp⁴¹⁴ so aufgefasst, dass es jedenfalls nicht auf das subjektive Empfinden des Gestörten ankommt, sondern auf das Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet⁴¹⁵ und auch auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte Rücksicht nimmt.⁴¹⁶

⁴⁰⁶ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 25.

⁴⁰⁷ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 13; *Spielbüchler in Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 13; OGH 4 Ob 619/74 SZ 48/15.

⁴⁰⁸ Vgl dazu die Ausführungen bei *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 28.

⁴⁰⁹ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14; *Spielbüchler in Rummel*, ABGB I³ § 364 Rz 15; OGH 7 Ob 361/97 g MietSlg 49.016 = RdU 1998/105 = NZ 1999, 75 = ecolex 1998, 625 = RdW 1998, 260 = HS 28.271; einschränkend für die regelmäßige Überflutung von Räumen OGH 1 Ob 263/06 t MietSlg 59.017 = bbl 2007/129 = Zak 2007/304 = RdU-LSK 2007/51.

⁴¹⁰ OGH 2 Ob 236/99 s RdU 2000/13; OGH 1 Ob 190/05 f MietSlg 57.027 = Zak 2006/124; OGH 2 Ob 57/09 k bbl 2010/122 = EvBl 2010/96 = ZVR 2011/10 = RdU 2010/119 = MietSlg 62.018 = wobl 2011/11 = Zak 2010/298 = ecolex 2010/382; OGH 6 Ob 113/11 b MietSlg 63.025 = bbl 2012/33 = Zak 2011/785 = immolex 2012/42.

⁴¹¹ *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 14; vgl auch *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 225; OGH 7 Ob 66/02 k bbl 2002/134 = ecolex 2003/4 = RdW 2002/639 = RdU 2002/58.

⁴¹² OGH 2 Ob 94/00 p MietSlg 52.028 = immolex 2001/123 = RdU 2001/73 = ecolex 2001/102.

⁴¹³ *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 26 mwN.

⁴¹⁴ RIS-Justiz RS0010607, zuletzt OGH 25. 06. 2014, 3 Ob 53/14 m; vgl zB zur Handystrahlung OGH 7 Ob 101/07 i Zak 2007/607 = NZ 2008/14 = RdU 2008/17.

⁴¹⁵ *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 143, 236 f; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 30; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 897; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 20; vgl auch *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 225; OGH 1 Ob 6/99 k EvBl 2000/115 = NZ 2001, 165 = RdU 2000/32 = ecolex 2000/137 = MietSlg LI/34 = ÖJZ-LSK 2000/108 = immolex 2000/107 = MietSlg 51.016 = JAP 2003/2004, 119; OGH 7 Ob 286/03 i MietSlg LVI/4 = immolex 2004/97 = RdU-LSK 2004/43 = wobl 2004/78 = JBI 2004, 377 = MietSlg 56.023.

⁴¹⁶ *Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 143, 237; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 30; *Oberhammer in Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 20.

Beachte: Es genügt daher nicht, dass der konkrete Eigentümer oder Nutzungsberechtigte der Liegenschaft die Immission als wesentlich beeinträchtigend erachtet. Erst wenn auch ein Durchschnittsmensch so empfindet, kann von einer wesentlichen Beeinträchtigung gesprochen werden. Es kommt daher zu einer umfassenden nachbarrechtlichen Interessenabwägung im Einzelfall.⁴¹⁷

Beispiel: Mangels Wesentlichkeit der Beeinträchtigung durch die Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse aufgrund der Asphaltierung einer Gemeindestraße wurde der nachbarrechtliche Anspruch des Anrainers gegen die Gemeinde abgewiesen. Dem Begriff der Wesentlichkeit liegt nämlich auch der *Gedanke minima non curat praetor* zugrunde,⁴¹⁸ dass sich der Richter nicht um Kleinigkeiten kümmert.

2.3.2.6 Durchsetzbare Ansprüche

Liegen die Voraussetzungen nach dem § 364 Abs 2 ABGB vor und besteht Wiederholungsgefahr oder eine erstmalige aktuelle Gefährdung, so kann der bedrohte Nachbar einen Anspruch auf Unterlassung der Immission geltend machen.⁴¹⁹ Allerdings bleibt dem Störer überlassen, welche Maßnahmen er setzt, bestimmte Vorkehrungen zur Verhinderung kann der Gestörte nicht fordern.⁴²⁰ Es wurden aber schon geeignete Vorkehrungen zur Verhinderung eines Störfalles bei einem Atomkraftwerk aufgetragen.⁴²¹

Daneben steht dem beeinträchtigten Grundstückseigentümer auch ein Beseitigungsanspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zu.⁴²² Dieser ist daher auf die Entfernung der auf die Liegenschaft gelangten Immissionen (zB Steine, Chemikalien) gerichtet,⁴²³ sofern die eingedrungene Sache noch individualisierbar ist; hat sich die Sache allerdings auf der Liegenschaft „verloren“ oder ist die Trennung dieses nun entstandenen „Gemenges“ wirtschaftlich untunlich, steht nur Schadenersatz zu.⁴²⁴

⁴¹⁷ Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 897.

⁴¹⁸ OGH 2 Ob 11/05i bbl 2005/114 = MietSlg 57.026; vgl auch allgemein RIS-Justiz RS0010583; RIS-Justiz RS0010607.

⁴¹⁹ Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 13; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 16; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 899; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 23; vgl auch Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 17.

⁴²⁰ Feil, Nachbarrecht² Rz 23.2; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 16; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 899, FN 51.

⁴²¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 16; OGH 1 Ob 5/06 a ÖJZ-LSK 2006/186 = RdU 2006/103 = ecotex 2006/269 = ÖJZ-LSK 2006/185 = ZfRV-LS 2006/19 = Zak 2006/355 = ÖJZ-LSK 2006/184 = HS 37.434 = MietSlg 58.627 = HS 37.345 = JBI 2006, 580.

⁴²² Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 ABGB Rz 14; Feil, Nachbarrecht² Rz 23.1; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 26.

⁴²³ Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 899.

⁴²⁴ Feil, Nachbarrecht² Rz 23.

Beachte: Der Beseitigungsanspruch und auch der Unterlassungsanspruch sind verschuldensunabhängig.⁴²⁵

Trifft den Störer allerdings auch ein Verschulden an der Immission, so gebührt dem Gestörten Schadenersatz nach den allgemeine Bestimmungen (§§ 1295 ff ABGB).⁴²⁶ Ein verschuldensunabhängiger Schadenersatz steht dem Gestörten nur im Rahmen des sogleich zu besprechenden § 364 a ABGB, allenfalls auch analog, zu.⁴²⁷

2.3.3 Der Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB

2.3.3.1 Allgemeines

Kommt es zu Immissionen, die auf eine Bergwerksanlage oder eine sonstige behördlich genehmigte Anlage zurückzuführen sind, so tritt an die Stelle des Unterlassungsanspruches nach § 364 Abs 2 ABGB ein verschuldensunabhängiger nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, der einer Enteignungsentschädigung sehr ähnlich ist.⁴²⁸ Die Immissionen sind daher nicht abwehrbar⁴²⁹ und auch zu dulden, wenn sie das Maß des § 364 Abs 2 ABGB übersteigen.⁴³⁰ Wie oben schon erwähnt, sind auch im Rahmen des § 364 a ABGB unmittelbare Zuleitungen und grobkörperliche Immissionen keinesfalls zu dulden,⁴³¹ sofern sie nicht ausnahmsweise von der behördlichen Genehmigung erfasst sind.⁴³² Dem Gestörten wird bei behördlicher Genehmigung der Anlage im Interesse der

⁴²⁵ Feil, Nachbarrecht² Rz 23; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 899

⁴²⁶ Feil, Nachbarrecht² Rz 23.4; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 17; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 899; so auch Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 28; OGH 1 Ob 716/77 SZ 50/160 = MietSlg 29.039 = EvBl 1978/155 = MietSlg XXIX/31; OGH 7 Ob 621/81 JBI 1982, 595 (Jabornegg); OGH 1 Ob 39/90 HS 22.590 = JBI 1991, 580 = ecolex 1991, 381 = HS 22.636.

⁴²⁷ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 17; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 Rz 18; OGH 1 Ob 39/90 HS 22.590 = JBI 1991, 580 = ecolex 1991, 381 = HS 22.636.

⁴²⁸ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 229; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 1; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 a ABGB Rz 1 f; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 1; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 1; OGH 6 Ob 83/63 SZ 36/67; 5 Ob 27/71 MietSlg 23.035; OGH 5 Ob 337/71 SZ 45/7; OGH 4 Ob 619/74 SZ 48/15; vgl auch Gimpel-Hinteregger, Anspruchsgrundlagen für den Ersatz von Umweltschäden, ÖJZ 1991, 145 (148); Eccherl/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 1 sowie RIS-Justiz RS0010659, zuletzt OGH 2 Ob 57/09 k bbl 2010/122 = EvBl 2010/96 = ZVR 2011/10 = RdU 2010/119 = MietSlg 62.018 = wobl 2011/11 = Zak 2010/298 = ecolex 2010/382.

⁴²⁹ Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 1.

⁴³⁰ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 229; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 a ABGB Rz 2; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 902.

⁴³¹ Gimpel-Hinteregger, ÖJZ 1991, 149; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 2; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 a ABGB Rz 12 f; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 5; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 2; vgl auch Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 228; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 904; vgl zu den unmittelbaren Zuleitungen RIS-Justiz RS0010683, zuletzt OGH 2 Ob 111/07 y immolex 2008/107 = bbl 2008/106 = MietSlg 60.179 = HS 39.222 = ÖJZ 2008/114 = MietSlg 60.679 = MietSlg 60.015 = Zak 2008/232.

⁴³² Gimpel-Hinteregger, ÖJZ 1991, 149; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 a ABGB Rz 12; Kisslinger, Gefährdungshaftung 32; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 5; vgl auch Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 228; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 5 und Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4; siehe auch zB OGH 1 Ob 338/75 SZ 49/7 = EvBl 1977/36 = JBI 1976, 655; RIS-Justiz RS0010528, zuletzt OGH 26. 08. 2014, 10 Ob 45/14 m.

Wirtschaft der Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB genommen. Stattdessen wird ihm ein Anspruch auf Ersatz des zugefügten Schadens zugebilligt, der als besonderer Ausgleichsanspruch aufzufassen ist, weswegen es auf Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht ankommt.⁴³³ Auch der Ausgleichsanspruch ist daher verschuldensunabhängig.

Beachte: Das Untersagungsrecht nach § 364 Abs 2 ABGB ist allerdings die Regel, der Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB stellt die Ausnahme dar. Insofern ist § 364 a eng auszulegen.⁴³⁴

Jedenfalls kommt es darauf an, dass die Immission unzulässig iSd § 364 Abs 2 ABGB ist und die dort erläuterten „Voraussetzungen“ erfüllt, damit es zu einem Ersatzanspruch kommen kann.⁴³⁵ Die Emission muss eine für den Betrieb der genehmigten Anlage typische sein.⁴³⁶ Untypische Emissionen oder auch im Betrieb entstandene Gefahren anderer Art müssen nicht geduldet werden. Für diese entfällt allerdings auch der verschuldensunabhängige Ausgleichsanspruch.⁴³⁷

Beispiel: Was Kanalisationsanlagen betrifft, so scheint ein Kanalbruch wohl zur typischen Betriebsgefahr zu gehören. Ebenso zählt auch eine Rückstauung zur typischen Betriebsgefahr (vgl dazu unten).

Wurden typische Immissionen im Genehmigungsverfahren nicht berücksichtigt, schadet dies nicht. Die Immission muss auch abstrakt gar nicht vorhersehbar (also adäquat) sein,

⁴³³ *Eccherl/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 1; *Koziol – Welsch/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 903; vgl auch *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 230; OGH 3 Ob 555/38 SZ 20/184; OGH 2 Ob 160/56 EvBl 1957/19; OGH 1 Ob 31/79 SZ 53/11 = EvBl 1981/9; OGH 1 Ob 31/95 RdU 1996/122; OGH 6 Ob 239/98 k HS 30.323 = RdW 1999, 467 = JBl 1999, 524 = NZ 2000, 336 = RdU 1999/177 = ecolex 1999/238; vgl auch *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 148; *Jabomegg*, ÖJZ 1983, 372; sowie grundlegend RIS-Justiz RS0010691, zuletzt OGH 3 Ob 77/09 h RdU 2011/20 = ÖAMTC-LSK 2010/10 = Zak 2010/110 = MietSlg 61.044 = EvBl-LS 2010/65 = ZVR 2010/180 = ecolex 2010/112 und RIS-Justiz RS0010449, zuletzt OGH 21. 08. 2014, 3 Ob 132/14 d.

⁴³⁴ RIS-Justiz RS0010659.

⁴³⁵ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 230; *Eccherl/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 4; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 2; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 2; vgl auch *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 148; OGH 3 Ob 591/87 SZ 61/273 = JBl 1989, 578; OGH 1 Ob 74/09 b immolex-LS 2010/10 = MietSlg 61.172 = immolex 2010/75 = bbl 2010/27 = MietSlg 61.216 = wobl 2010/60 = RdU-LSK 2010/37 = MietSlg 61.198 = immolex-LS 2010/7 = MietSlg 61.043; OGH 1 Ob 258/11 i bbl 2012/194 = MietSlg 64.024 = RdU 2012/138 = Zak 2012/518 = MietSlg 64.210 = MietSlg 64.031 = ZVB 2012/143 = immolex 2012/100; RIS-Justiz RS0010671, zuletzt OGH 3 Ob 146/13 m RdU-LSK 2014/10.

⁴³⁶ *Eccherl/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 4; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 3; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 a ABGB Rz 34, 69; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 4; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 3; vgl auch *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 149.

⁴³⁷ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 3; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 3; vgl auch *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 149; OGH 8 Ob 147/64 SZ 37/75 = JBl 1965, 417 (*Steininger*); OGH 6 Ob 562/86 JBl 1988, 34; OGH 1 Ob 47/87 SZ 61/7; OGH 8 Ob 95/04 k RdU-LSK 2005/54; RIS-Justiz RS0119688.

2. Haftungsgrundlagen

weil die Prüfung neuer Erkenntnisse wieder der Behörde obliegt⁴³⁸ und nicht dem Nachbarrecht überlassen werden kann. Das Ziel⁴³⁹ des § 364 a ABGB, einmal genehmigte Anlagen nicht durch Nachbarn verhindern zu lassen, spricht gegen eine Vorhersehbarkeit der Immission.⁴⁴⁰

2.3.3.2 Die behördliche Genehmigung iSd § 364 a ABGB

Die behördliche (Anlagen-)Genehmigung muss den emittierenden Betrieb decken. Das Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass die Zumutbarkeit der Immissionen umfassend und abschließend beurteilt werden kann.⁴⁴¹ Ob der Maßstab ausreichend ist und vor allem ob die Behörde ihn richtig angewendet hat, ist vom Gericht jedenfalls nicht zu überprüfen.⁴⁴²

Problem: Es wird ein individueller Genehmigungsakt vorausgesetzt.⁴⁴³

Primär kommen daher gewerbebehördliche Genehmigungen nach § 74 GewO in Betracht,⁴⁴⁴ aber auch die Genehmigung von einmaligen „Unternehmungen“ ist erfasst.⁴⁴⁵

Beachte: Eine behördliche Genehmigung iSd § 364 a ABGB liegt dann vor, wenn das Verfahren, in dem sie ergangen ist, die Interessen der Nachbarn in einer Weise berücksichtigt, wie es ein Genehmigungsverfahren nach den §§ 74 ff GewO tut.⁴⁴⁶

Eine Baubewilligung fällt nicht darunter (beachte allerdings eine mögliche analoge Anwendung⁴⁴⁷).⁴⁴⁸ Auch eine sicherheitspolizeiliche⁴⁴⁹ und eine veranstaltungsbehördliche

⁴³⁸ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 3; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 3; aA Jabor-negg, ÖJZ 1983, 373.

⁴³⁹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 1.

⁴⁴⁰ Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 3.

⁴⁴¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 4; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4.

⁴⁴² Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4.

⁴⁴³ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 4; Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 a ABGB Rz 32; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4; OGH 6 Ob 2323/96 b MietSlg 49.017 = JBI 1997, 521 = RdU 1998/91; OGH 6 Ob 239/98 k HS 30.323 = RdW 1999, 467 = JBI 1999, 524 = NZ 20000, 336 = RdU 1999/177 = ecolex 1999/23.

⁴⁴⁴ Eccherl/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 2; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 4.

⁴⁴⁵ Eccherl/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 2; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 4; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4; OGH 2 Ob 363/51 EvBl 1951/381; OGH 2 Ob 160/56 EvBl 1967/19.

⁴⁴⁶ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 230; Gimpel-Hinteregger, ÖJZ 1991, 148; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 903; OGH 18. 02. 1975, 4 Ob 619/74 SZ 48/15.

⁴⁴⁷ RIS-Justiz RS0010668.

⁴⁴⁸ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 230; Eccherl/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 2; Gimpel-Hinteregger, ÖJZ 1991, 148; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 903; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 4; OGH 2 Ob 160/56 EvBl 1957/19; OGH 5 Ob 41/75 SZ 48/45; RIS-Justiz RS0010689, zuletzt OGH 9 Ob 48/12 t RdU 2014/23 = bbl 2013/230 = immolex-LS 2013/73 = Zak 2013/611.

Genehmigung ist nicht von § 364 a ABGB erfasst.⁴⁵⁰ Jene Rsp⁴⁵¹, die bei Nichterteilung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbebehörde gem § 79 GewO Untersagbarkeit nach § 364 Abs 2 ABGB annahm, ist nun überholt, da es für die Nachbarn die Möglichkeit nachträglicher Anträge iSd § 79 a Abs 3 GewO gibt.⁴⁵²

Beachte: Eine nach dem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 359 b GewO genehmigte Anlage ist keine genehmigte Anlage iSd § 364 a ABGB.⁴⁵³

Die Duldungspflicht besteht allerdings nur im Ausmaß der Genehmigung, also dann nicht, wenn ein Rechtsmittel erhoben wurde, das aufschiebend wirkt.⁴⁵⁴ Eine Immission, die das Genehmigungsausmaß überschreitet, muss nicht hingenommen werden.⁴⁵⁵

Die Beweislast für das Vorliegen des Ausschlusses des Unterlassungsanspruches gem § 364 Abs 2 ABGB trifft den Beklagten, also den Emittenten, da § 364 a ABGB eine Ausnahmebestimmung⁴⁵⁶ darstellt.⁴⁵⁷

2.3.3.3 Anspruchsumfang und Verjährung

Nach hM stehen dem Geschädigten sowohl der positive Schaden als auch der entgangene Gewinn zu (= volle Genugtuung).⁴⁵⁸

⁴⁴⁹ *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 148, *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 4; OGH 18. 02. 1975, 4 Ob 619/74 SZ 48/15.

⁴⁵⁰ *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 2; *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 148.

⁴⁵¹ OGH 3 Ob 508/93 JBI 1996, 446 = RdU 1996/82 = AnwBl 1997/6282 = HS 26.719 = ÖJZ 1996/83 = ZVR 1996/97 = HS 36.366 = ecolex 1996, 162; RIS-Justiz RS0085162; in diesem Sinne wohl auch *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 902 mwN.

⁴⁵² *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 3; *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 3; so wohl auch *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 4; vgl auch OGH 2 Ob 222/02 i MietSlg 55.032 = RdU-LSK 2003/63; zweifelnd *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 a ABGB Rz 164.

⁴⁵³ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 229; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 a ABGB Rz 172; *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 8; OGH 4 Ob 137/03 f RdU 2003/88 = JAP 2003/2004, 241 = ÖJZ-LSK 2003/234 = ÖJZ 2003/185 = bbl 2003/166 = RdW 2004/7 = MietSlg 55.033 = JBI 2004, 173 = ecolex 2004/1; OGH 3 Ob 252/06 i MietSlg 58.028 = Zak 2007/154 = RdU-LSK 2007/52; krit *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 5 sowie OGH 8 Ob 135/06 w ÖJZ-LS 2007/76 = RdU 2008/42 = Zak 2007/548 = MietSlg 59.590 = wobl 2007/124 = MietSlg 59.018 = EFSlg 118.072.

⁴⁵⁴ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 5; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 a ABGB Rz 154; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 4.

⁴⁵⁵ *Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 4; *Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991, 149; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 a ABGB Rz 155; OGH 1 Ob 15/77 SZ 50/84; OGH 6 Ob 668/81 SZ 54/158 = EvBl 1982/50 = MietSlg 33.022; OGH 2 Ob 12/82 MietSlg 34.031.

⁴⁵⁶ Vgl grundsätzlich zum Regel-Ausnahmeverhältnis von § 364 Abs 2 und § 364 a ABGB RIS-Justiz RS0010659, zuletzt OGH 2 Ob 57/09 k bbl 2010/122 = EvBl 2010/96 = ZVR 2011/10 = RdU 2010/119 = MietSlg 62.018 = wobl 2011/11 = Zak 2010/298 = ecolex 2010/382.

⁴⁵⁷ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 6; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 364 a Rz 5; vgl auch *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 10; OGH 5 Ob 41/75 SZ 48/45.

⁴⁵⁸ *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 10; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 47; *Spielbüchler* in *Rummel* I³ § 364 a Rz 9.

2. Haftungsgrundlagen

Beachte: Der Anspruchsumfang ist hier also von vornherein schon weiter als bei der Amtshaftung bzw beim allgemeinen Schadenersatzrecht, da dort volle Genugtuung nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zusteht, es beim Ausgleichsanspruch auf ein Verschulden allerdings gerade nicht ankommt.

Primär gebührt allerdings Naturalrestitution. Wenn diese untunlich und unmöglich ist oder aber der Geschädigte die Naturalrestitution schlichtweg ablehnt, so steht dem Geschädigten ebenso Geldersatz zu.⁴⁵⁹

Beachte: Der Geschädigte hat daher ein Wahlrecht.

Der Ausgleichsanspruch verjährt nach drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Wiederholen sich die Immissionen ständig, so beginnt die Verjährungsfrist mit jeder weiteren Einwirkung neu zu laufen.⁴⁶⁰

2.3.4 Die analoge Anwendung von § 364 a ABGB

Der verschuldensunabhängige Schadenersatz nach § 364 a ABGB wird von der Rsp auch analog gewährt (nachbarrechtliche Gefährdungshaftung), wenn die Untersagung zwar zulässig bleibt (beachte oben jene behördlichen Genehmigungen, die keine Genehmigung iSd § 364 a ABGB darstellen, wodurch eine Untersagung eben zulässig bleibt), die Untersagung aber wegen des hohen Anscheins der Gefährlosigkeit der Handlung, der durch irgendeine behördliche Genehmigung hervorgerufen wird, kaum Aussicht auf Erfolg haben wird.⁴⁶¹ Es kommt daher zu einer faktischen Vermutung der Gefährlosigkeit.⁴⁶² Für eine allgemeine Gefährdungshaftung gefährlicher Betriebe bildet § 364 a ABGB allerdings keine taugliche Grundlage.⁴⁶³

Problem: Bei Wasserrohrbrüchen stellt sich vor allem die Frage, ob der daraus entstandene Schaden aus einer hoheitlichen oder privatrechtlichen Tätigkeit resultiert.

⁴⁵⁹ Kisslinger, Gefährdungshaftung 47.

⁴⁶⁰ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 10; Kisslinger, Gefährdungshaftung 48; Spielbüchler in Rummel I³ § 364 a Rz 10.

⁴⁶¹ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 7; Oberhammer in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 364 a ABGB Rz 10; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 6; vgl auch Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 a ABGB 230; Eccher/Riss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁴ § 364 a ABGB Rz 6; OGH 1 Ob 72/75 SZ 48/61; OGH 1 Ob 15/85 MietSlg 37.019 = JBI 1986, 459; OGH 4 Ob 89/10g ecolex 2011/152 = EvBl 2011/67 = Zak 2011/88 = ZVB 2011/39 = wobl 2012/9 = immolex 2011/36 = MietSlg 62.020; RIS-Justiz RS0010668, zuletzt OGH 1 Ob 258/11 i bbl 2012/194 = MietSlg 64.024 = RdU 2012/138 = Zak 2012/518 = MietSlg 64.210 = MietSlg 64.031 = ZVB 2012/143 = immolex 2012/100.

⁴⁶² Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 6.

⁴⁶³ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 a Rz 7; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 364 a Rz 6.

Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob der Betrieb, die Erhaltung etc einer Wasserleitung zur Hoheitsverwaltung oder zur Privatwirtschaftsverwaltung gehören. Vgl dazu oben im Kapitel zum Amtshaftungsrecht. Wasserleitungen, die Wohnhäuser oder Betriebe mit Trink- bzw Nutzwasser versorgen (= Wasserversorgungsanlagen), zählen zu den Wasserbenutzungsanlagen des WRG.⁴⁶⁴ Für einen Schaden, der aus einer nach dem WRG genehmigten Wasserbenutzungsanlage entsteht, gilt der verschuldensunabhängige Ausgleichsanspruch nach § 26 Abs 2 WRG, der gegenüber § 364 a ABGB *lex specialis* ist.⁴⁶⁵ § 364 a ABGB ist für Wasserbenutzungsanlagen daher unanwendbar.⁴⁶⁶ Ebenso ist das Untersagungsrecht nach § 364 Abs 2 ABGB ausgeschlossen.⁴⁶⁷ § 26 Abs 2 WRG erfasst allerdings keine Unfälle, daher sind Schäden aufgrund von Wasserrohrbrüchen nach den §§ 364 ff ABGB, insb § 364 a ABGB, geltend zu machen.⁴⁶⁸ Selbst bei anderen bewilligten Wasseranlagen (= keine Wasseranlagen iSd § 26 WRG)⁴⁶⁹ und auch bei bewilligungslos betriebenen Wasseranlagen⁴⁷⁰ bejaht der OGH eine Anwendung von § 364 a ABGB.⁴⁷¹

Beachte: Im Endeffekt besteht bei Wasserrohrbrüchen eine Haftung nach § 364 a ABGB, da der Rechtsträger, der eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge erfüllt, nicht von den Verpflichtungen befreit ist, die ihm als Eigentümer obliegen.⁴⁷²

Problem: Ob Kanalanlagen genehmigte Anlagen iSd § 364 a ABGB sind, ist umstritten.⁴⁷³ Eine analoge Anwendung von § 364 a ABGB ist allerdings zu beachten.

Zumindest Hauptkanäle, die nach einem Gemeinderatsbeschluss gebaut werden, sind als genehmigte Anlagen nach § 364 a ABGB zu qualifizieren; jedenfalls rechtfertigen sie aber eine analoge Anwendung von § 364 a ABGB.⁴⁷⁴ Selbst wenn ein Kanal nicht als behördlich bewilligt angesehen werden kann, bspw weil er in seiner letztlichen Ausführung gänzlich vom bewilligten Projekt abweicht, wird ein Ausgleichsanspruch analog gewährt.⁴⁷⁵ Kommt es zu einem Rückstau aus einer Kanalisationsanlage (meist wegen zu

⁴⁶⁴ Kisslinger, Gefährdungshaftung 73; OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 = EvBl 1966/48.

⁴⁶⁵ Kisslinger, Gefährdungshaftung 73.

⁴⁶⁶ Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 26 Rz 2; OGH 29. 04. 1959, 1 Ob 37/59.

⁴⁶⁷ Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 26 Rz 2.

⁴⁶⁸ Kisslinger, Gefährdungshaftung 73; Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} § 26 Rz 10; OGH 1 Ob 48/87 SZ 60/265 = JBI 1989, 315; RIS-Justiz RS0010667, zuletzt OGH 1 Ob 204/13a RdW 2014/286 = Zak 2014/144.

⁴⁶⁹ OGH 1 Ob 21/85 SZ 59/5.

⁴⁷⁰ OGH 1 Ob 48/87 JBI 1989, 315 = SZ 60/265.

⁴⁷¹ Kisslinger, Gefährdungshaftung 73 f.

⁴⁷² Kisslinger, Gefährdungshaftung 75 mwN.

⁴⁷³ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 903.

⁴⁷⁴ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77; OGH 1 Ob 31/78 JBI 1980, 146 = SZ 51/184.

⁴⁷⁵ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77; OGH 1 Ob 31/95 RdU 1996/122.

2. Haftungsgrundlagen

geringer Dimensionierung) und treten Überschwemmungsschäden ein, so wird eine nachbarrechtliche Haftung der Gemeinde grundsätzlich bejaht.⁴⁷⁶

Beachte: *Es gibt keine gesetzliche Anordnung, welche die nachbarrechtliche Haftung der Gemeinden im Hinblick auf Schäden, die aus einer der allgemeinen Daseinsvorsorge dienenden Anlage entstehen, beschränkt.*⁴⁷⁷

Beispiel: *Wassermassen aus Kanalrückstauung wurden vom OGH⁴⁷⁸ als unmittelbare Zuleitung qualifiziert.⁴⁷⁹ Rückstauschäden sind bei diesen Anlagen sehr häufig und daher mit dem Betrieb der Anlage typischerweise verbunden.⁴⁸⁰ Beachtet werden muss, dass unmittelbare Zuleitungen jedenfalls unzulässig sind und es nicht auf Ortsunüblichkeit bzw Wesentlichkeit der Immission ankommt.*

Beispiel: *Wurde der Kanal also zu gering dimensioniert und kommt es daher zu einer Rückstauung, so haftet der Kanalbetreiber: Der OGH⁴⁸¹ bejahte einen direkten Ausgleichsanspruch hinsichtlich Schäden im Keller des Nachbarn, die durch Abwässer aus dem Ortskanalsystem entstanden sind.*⁴⁸²

Werden die Immissionen allerdings durch Dritte ausgelöst, bspw durch Öffnung eines Kanaldeckels und Einwerfen eines Fremdkörpers oder auch wenn durch die Öffnung des Kanaldeckels erst der Eintritt von Oberflächenwasser in den eigentlich ausreichend dimensionierten Kanal ermöglicht wird, so haftet der Betreiber nicht, wenn er nicht in der Lage war, diese rechtswidrige Handlung zu verhindern. Wenn der Anlagenbetreiber gegen alle möglichen Handlungen Vorkehrungen treffen müsste, würde dies den Sorgfaltsmaßstab des Schadenersatzrechts überspannen.⁴⁸³

Beispiel: *Selbstverständlich duldet der Kanalbetreiber das Öffnen von Kanaldeckeln und auch das Einwerfen von Fremdkörpern nicht. Jedoch ist es auch nicht möglich und nicht üblich, jeden Kanaldeckel zu versperren oder eine Person zur Überwachung abzustellen bzw ein Überwachungssystem zu installieren. Derartige Vorkehrungen gegen unbefugtes Öffnen von Kanaldeckeln überspannen daher den Sorgfaltsmaßstab und können nicht gefordert werden. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass eine Haftung des Kanalbetreibers in solchen Fällen meist ausscheidet.*

⁴⁷⁶ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77.

⁴⁷⁷ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77; OGH 1 Ob 31/78 JBI 1980, 146 = SZ 51/184; vgl auch RIS-Justiz RS0010537, zuletzt OGH, 4 Ob 239/08 p bbl 2009/118 = MietSlg 61.040 = immolex 2009/116 = ecoclex 2009/184 = Zak 2009/327.

⁴⁷⁸ OGH 1 Ob 31/95 RdU 1996/122.

⁴⁷⁹ Kisslinger, Gefährdungshaftung 78 mwN.

⁴⁸⁰ Kisslinger, Gefährdungshaftung 77.

⁴⁸¹ OGH 1 Ob 285/01 w immolex 2002/63 = bbl 2002/71 = MietSlg 54.028.

⁴⁸² Kisslinger, Gefährdungshaftung 77 f.

⁴⁸³ OGH 1 Ob 9/86 SZ 59/47 = MietSlg 38.021 = JBI 1986, 719.

Problem: Vor allem bei Überschwemmungsschäden aufgrund Rückstaus, ausgelöst durch massive Regenfälle, stellt sich die Frage nach dem Haftungsausschluss der höheren Gewalt (vgl dazu im nächsten Kapitel).

Schließlich müssen noch in aller Kürze Schäden angesprochen werden, die dadurch entstehen, weil eine Straße die natürlichen Abflussverhältnisse ändert. Auch hier ist wiederum strittig, ob eine Straße eine genehmigte Anlage iSd § 364 a ABGB ist oder nicht.⁴⁸⁴ Allerdings hat der OGH⁴⁸⁵ wiederholt die direkte oder analoge Anwendung von § 364 a ABGB auf solche Schäden bejaht.⁴⁸⁶

Beispiel: Wird eine Straße gebaut und kommt es dadurch zu einer Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse, so kommt ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch nach § 364 a ABGB in Betracht.

⁴⁸⁴ Kisslinger, Gefährdungshaftung 79; Koziol – Welsch/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 314 jeweils mwN.

⁴⁸⁵ OGH 1 Ob 31/81 MietSlg 33.021; OGH 1 Ob 137/99 z MietSlg 51.017; OGH 1 Ob 240/99 x bbl 2000/53; OGH 7 Ob 66/02 k bbl 2002/134 = ecolex 2003/4 = RdW 2002/639 = RdU 2002/58.

⁴⁸⁶ Kisslinger, Gefährdungshaftung 80.

3. HÖHERE GEWALT ALS HAFTUNGSAUSSCHLUSS

3.1 Allgemeines

Neben den hier nicht näher zu besprechenden allgemeinen Rechtfertigungsgründen oder den generellen Umständen, die ein Verschulden des Schädigers ausschließen, ist vor allem die höhere Gewalt ein wichtiger, zu erläuternder Haftungsausschluss.

Grundsätzlich schreibt § 1311 ABGB vor, dass für Zufälle, die einen Schaden verursachen, niemand haftet. Sofern keine Gründe vorliegen, um den Schaden auf einen Dritten (= potentieller Verursacher) überzuwälzen, kann der Geschädigte keinen Schadenersatz verlangen und muss in einem solchen Fall den Schaden an seinem Eigentum selbst tragen (*casum sentit dominus*).⁴⁸⁷ Wie anfangs erwähnt, beinhaltet § 31 d Abs 2 Z 2 KSchG die einzige Legaldefinition von höherer Gewalt im österreichischen Recht. Diese Definition weicht aber von der gängigen Definition der höheren Gewalt, wie sie von Rsp und Lehre entwickelt worden ist, ab.⁴⁸⁸ Nach hA stellt diese Legaldefinition daher eher eine allgemein gehaltene Umschreibung von unverschuldetem Verhalten an sich als eine Definition von *vis maior* dar.⁴⁸⁹

Bei der üblichen Begriffsbestimmung muss beachtet werden, dass diese aus der Gefährdungshaftung heraus entwickelt worden ist und daher auf diese Art der Haftung gleichsam zugeschnitten ist. Die einzelnen Teilkriterien müssen daher immer an die aktuellen Gegebenheiten des jeweiligen Falles angepasst werden, selbst wenn nun auch in Verbindung mit anderen Haftungen das übliche Begriffsverständnis angewendet wird.⁴⁹⁰

Beachte: Eine grundsätzliche Definition von höherer Gewalt kann hier gegeben werden. In weiterer Folge wird bei den einzelnen Teilkriterien jeweils auf andere bzw abweichende Meinungen Bezug genommen, womit auch klar gemacht werden soll, dass höhere Gewalt rechtlich gesehen alles andere als einfach festzustellen ist. Um höhere Gewalt greifbar zu machen, wird auch auf „wasserfremde“ Beispiele zurückgegriffen. Wie zu zeigen sein wird, hat eine Berufung auf höhere Gewalt oft sehr wenig Erfolg.

Höhere Gewalt ist nach österreichischem (Rechts-)Verständnis ein Ereignis, das von außen auf den Betrieb einwirkt, elementar und außergewöhnlich ist, keine typische Betriebsgefahr darstellt und an sich oder in seinen Auswirkungen trotz äußerst zumutbarer

⁴⁸⁷ Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1311 Rz 1.

⁴⁸⁸ Weiß, Höhere Gewalt 201 f.

⁴⁸⁹ Krejci in Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB II/4³ § 31 d KSchG Rz 6; Weiß, Höhere Gewalt 203.

⁴⁹⁰ Weiß, Höhere Gewalt 208.

Sorgfalt unabwendbar ist.⁴⁹¹ Die Definition der österreichischen Lehre und Rsp entspricht im Begriffskern der (hier nicht wiedergegebenen) deutschen Definition, die einzelnen Teilkriterien lassen sich in der österreichischen Definition allerdings nicht so genau abgrenzen, da diese Teilkriterien miteinander verstrickt oder verschiedenartig kombiniert werden, wie beispielsweise die Außergewöhnlichkeit des Ereignisses mit der typischen Betriebsgefahr oder das Von-außen-Kommen mit den zwei vorgenannten Merkmalen.⁴⁹²

Eindrucksvoll zeigt *Weiß*⁴⁹³ diese verschiedenen Kombinationen in der Rsp⁴⁹⁴ auf: Die Kriterien der äußerlichen Einwirkung und der Unabwendbarkeit werden noch recht einheitlich behandelt. Doch hat der OGH⁴⁹⁵ zB die Außergewöhnlichkeit mit dem Begriff „elementar“ assoziiert, eine genaue Definition von „elementar“ allerdings nicht vorgenommen. In einer anderen Entscheidung beurteilt der OGH⁴⁹⁶ höhere Gewalt so, dass (grundsätzlich haftungsbefreiende) höhere Gewalt insb dann vorliegt, wenn ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung außergewöhnlich und unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit in Kauf zu nehmen ist. Aufgrund dieser Divergenzen bei der Auslegung sei an dieser Stelle – wie bereits angekündigt – jedes einzelne Kriterium der allgemeinen Definition kurz erläutert.

3.2 Die einzelnen Kriterien der allgemeinen Definition

3.2.1 „Von-außen-Kommen“

Ein Ereignis kommt nach der stRsp⁴⁹⁷ und hL dann von außen, wenn es nicht im Betrieb selbst wurzelt, sondern von außen auf ihn einwirkt. In der Folge muss dieses Ereignis dann in den in Frage stehenden Betrieb hineinwirken und schließlich einen körperlichen Schaden oder einen Schaden an einer Sache verursachen. Der Begriff des „Betriebs“ wird dabei sehr weit⁴⁹⁸ ausgelegt. Dabei darf das „Von-außen-Kommen“ nicht räumlich gesehen werden, sondern muss funktional aufgefasst werden. Das Ereignis darf daher nicht mit dem Betrieb, mit seinen Vorgängen oder gar mit seinen Einrichtungen in tatsächlichem bzw ursächlichem Zusammenhang stehen.

⁴⁹¹ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 339; *Weiß*, Höhere Gewalt 208f, 217, 217 FN 103.

⁴⁹² *Weiß*, Höhere Gewalt 208f, 217, 217 FN 103; vgl zB auch OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 = JBI 1983, 380; OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401.

⁴⁹³ *Weiß*, Höhere Gewalt 209 ff mwN.

⁴⁹⁴ Beachte zB nur die Entscheidung OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBI 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553, in der sich der OGH mit verschiedenen Definitionen der höheren Gewalt auseinandersetzt.

⁴⁹⁵ OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBI 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553.

⁴⁹⁶ OGH 19. 10. 2005, 7 Ob 244/05 s.

⁴⁹⁷ OGH 2 Ob 129/51 SZ 24/52; OGH 2 Ob 361/53 SZ 26/139.

⁴⁹⁸ Vgl für den Eisenbahnbetrieb OGH 23. 02. 1951, 2 Ob 129/51 SZ 24/52.

3. Höhere Gewalt als Haftungsausschluss

Beispiel: Tritt das Ereignis aufgrund menschlichen Versagens der Angestellten des Betriebs ein, so kommt das Ereignis folglich von innerhalb des Betriebes.⁴⁹⁹

Beachte: Als logische Konsequenz der sehr weiten Auffassung des Betriebs kann die Betriebsfremdheit, also das Von-außen-Kommen, nur sehr eng ausgelegt werden.⁵⁰⁰ Daher können zahlreiche Ereignisse nicht als betriebsfremd bezeichnet werden und können daher keine höhere Gewalt begründen.

Ein Ereignis, in dem sich die spezifische Gefährlichkeit der Tätigkeit oder der Anlage verwirklicht, wird nicht als von außen kommend angesehen. Nach hA gehören zu jenen Ereignissen, die von außen kommen, vor allem die Naturereignisse, wie zB Blitzschlag, Erdbeben, Überschwemmungen, Orkan, heftiger Schneesturm, Bergrutsch. Allerdings betrachtet der OGH⁵⁰¹ nicht nur Rohrbrüche wegen Materialfehler oder wegen langer Verwendung als nicht-außerhalb des Betriebs liegend, schließlich also als keine Fälle von höherer Gewalt, sondern auch Rohrbrüche wegen Kälte (im gegenständlichen Fall 0 bis -13°C) oder wegen sonstiger Einflüsse durch die Natur.⁵⁰² Diese Entscheidung des OGH ist mE etwas unscharf. Passender wäre es gewesen, wenn der OGH mit der mangelnden Außergewöhnlichkeit des Ereignisses bzw mit der typischen Betriebsgefahr argumentiert hätte, denn die beklagte Partei gab selbst zu, dass diese Minustemperaturen nichts Außergewöhnliches seien und mE gehört es zur typischen Betriebsgefahr einer Gasleitung, dass diese einmal brechen kann.⁵⁰³

In der Praxis werden nicht nur Naturereignisse, sondern auch (außergewöhnliche und unabwendbare) vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen von Dritten, die am Betrieb der Anlage *nicht* beteiligt sind, wie zB Sabotageakte, selbstmörderische Handlungen oder Attentate, als von außen kommend angesehen.⁵⁰⁴

Beachte: Hier geht es nur um die Frage, ob ein Ereignis von außerhalb des Betriebs kommt und damit einen Teilaspekt der rechtlichen Definition der höheren Gewalt erfüllt oder nicht. Dass das Naturereignis Überschwemmung bzw Hochwasser hier von der hA mE zu Recht als von außen kommend definiert

⁴⁹⁹ Vgl *Weiβ*, Höhere Gewalt 212f mwN zur Lehre; vgl für Deutschland auch *Filthaut*, Haftpflichtgesetz. Kommentar zum Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze⁹ (2015) § 1 HPfIG Rz 160, 165; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 345.

⁵⁰⁰ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 345; so auch im Ergebnis *Weiβ*, Höhere Gewalt 213 mwN zur deutschen Lehre.

⁵⁰¹ OGH 2 Ob 361/53 SZ 26/139; OGH 6 Ob 34/59 sowie RIS-Justiz RS0072383.

⁵⁰² *Weiβ*, Höhere Gewalt 213 mwN; vgl auch *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 345; vgl zu den Naturereignissen während des Bahnbetriebes auch *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 161 f.

⁵⁰³ Dies ebenso erkennend *Weiβ*, Höhere Gewalt 213 FN 77.

⁵⁰⁴ *Weiβ*, Höhere Gewalt 214 mwN; vgl auch *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 163, 168; *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 345.

wird, bedeutet daher nicht, dass es sich bei Hochwasser immer um einen Fall der höheren Gewalt handelt.⁵⁰⁵ Dazu müssen die weiteren Kriterien der allgemeinen Begriffsdefinition der höheren Gewalt geprüft werden.

3.2.2 Außergewöhnlichkeit

Ebenso wie das Kriterium des „Von-außen-Kommens“ stellt auch die Außergewöhnlichkeit des Ereignisses einen grundlegenden Bestandteil der allgemeinen Begriffsdefinition der höheren Gewalt dar. Grundsätzlich geht es bei dem Erfordernis der Außergewöhnlichkeit darum, dass Haftungsfreiheit bei außergewöhnlichen Ereignissen deshalb vorliegt, weil der Haftpflichtige nur für jene Schäden haften soll, die sich aus dem Risiko seines Betriebes oder seiner Tätigkeit heraus verwirklichen, daher für ihn kalkulierbar sind und deswegen zu den normalen Einflüssen gehören, denen sein Betrieb ausgesetzt ist. Er soll nur für vorausgesehene bzw. voraussehbare Gefahren haften. Dabei muss im Einzelfall beleuchtet werden, welche Schäden der Unternehmer nach der gebotenen Sorgfalt berücksichtigen muss bzw. musste.⁵⁰⁶

Problem: *Der Begriff der höheren Gewalt ist folglich ein wertender Begriff, der jene Risiken auszuschließen vermag, die mit dem Betrieb oder der Tätigkeit nichts zu tun haben.*

Aufgrund der Qualifikation als Wertbegriff können naturgemäß verschiedenste Wertungsgesichtspunkte bei der Frage der gebotenen Sorgfalt einfließen, so dass ein subjektiv äußerst sorgfältiger Unternehmer mit Risiken rechnen wird, die ein subjektiv weniger sorgfältiger Mensch möglicherweise nicht einmal in weitester Auslegung in Betracht ziehen wird.⁵⁰⁷ Es geht also um einen objektiven Sorgfaltsmaßstab, wohl um einen besonnenen Durchschnittsmenschen. Damit ist schon jetzt festzuhalten, dass wiederum eine Einzelfallbetrachtung geboten ist und eine allgemeine, haftungsbefreiende Bewertung jedes denkmöglichen Falles schwierig und nicht sinnvoll erscheint. Daher stellen *Kerschner/Wagner*⁵⁰⁸ und *Weiß*⁵⁰⁹ plakativ fest, dass ein und dasselbe Ereignis unterschiedlich bewertet werden kann und daher an unterschiedlichen Orten und zu unterschiedlichen Zeiten einmal höhere Gewalt darstellen kann und ein anderes Mal eben nicht.

Nach der gängigen Definition von höherer Gewalt liegt Außergewöhnlichkeit eines Ereignisses dann vor, wenn dieses Ereignis nicht mit einer gewissen Häufigkeit und Regel-

⁵⁰⁵ In diesem Sinne ähnlich *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 172.

⁵⁰⁶ *Weiß*, Höhere Gewalt 214 f.

⁵⁰⁷ *Weiß*, Höhere Gewalt 215.

⁵⁰⁸ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 347.

⁵⁰⁹ *Weiß*, Höhere Gewalt 218.

3. Höhere Gewalt als Haftungsausschluss

mäßigkeit vorkommt und zu erwarten ist und daher vom sorgfältigen Unternehmer nicht in Kauf genommen werden muss.⁵¹⁰

Ebenso wie das Erfordernis des „Von-außen-Kommens“ des Ereignisses wird die Außergewöhnlichkeit von der österreichischen Rsp im Ergebnis eng ausgelegt. Zusätzlich zur oben genannten Definition der Außergewöhnlichkeit fordert die Rsp auch, dass das in Rede stehende Ereignis einen seltenen, gleichsam ungewöhnlichen Schicksalsschlag darstellt, welchem der Ausnahmecharakter innewohnt, es sich um einen schlechthin unvorstellbaren Vorgang handelt bzw die Ereignisse außerhalb der menschlichen Erfahrung liegen, unabhängig davon ob sie abwendbar waren oder nicht.⁵¹¹

Die hM verbindet die Kriterien der Außergewöhnlichkeit und der (noch zu besprechenden) typischen Betriebsgefahr insofern miteinander, als das Ereignis so außergewöhnlich sein muss, dass es nicht als typische Betriebsgefahr anzusehen ist.⁵¹² *Kletečka*⁵¹³ ist der Ansicht, dass es sich hierbei nicht um zwei Merkmale, sondern eigentlich nur um ein Merkmal handelt und schließlich auch die Kriterien des Von-außen-Kommens, der Außergewöhnlichkeit und der typischen Betriebsgefahr in Wahrheit nur ein einziges Kriterium darstellen. Die entscheidende Frage ist also jene, ob das betreffende Ereignis in die Sphäre des Betriebes fällt oder nicht.

Zur oben wiedergegebenen, zutreffenden Meinung von *Kerschner/Wagner*⁵¹⁴ und *Weiß*⁵¹⁵, dass ein und dasselbe Ereignis an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich bewertet werden kann, kann ein Beispiel, das allerdings nichts mit Hochwässer zu tun hat, dargestellt werden: Der OGH⁵¹⁶ hat ausgesprochen, dass im südlichen Bereich Italiens, vor allem im Raum Neapel, Diebstähle und Raubüberfälle (hier: auf einen LKW-Zug auf der Autobahn) geradezu täglich anzutreffende Ereignisse und daher nicht außergewöhnlich sind. Im Ergebnis versagte der OGH in dieser Entscheidung den Einwand der höheren Gewalt. Für Österreich bzw für österreichische Autobahnen kann dies mE nicht gelten. Auch das OLG Wien⁵¹⁷ hat beispielsweise das Abrollen eines Felsblockes auf die Gleise einer nicht steinschlaggefährdenden Gegend als ein außergewöhnliches Ereignis erachtet.⁵¹⁸

⁵¹⁰ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 346; *Weiß*, Höhere Gewalt 215 f; OGH 2 Ob 270/49 SZ 22/103; OGH 8 Ob 620/90 JBI 1992, 124 = RdW 1991, 46 = ecolex 1992, 225 = HS 20.380; vgl auch *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 172.

⁵¹¹ *Weiß*, Höhere Gewalt 216; vgl zB OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBl 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553.

⁵¹² *Weiß*, Höhere Gewalt 217.

⁵¹³ *Kletečka*, Hochwasser als höhere Gewalt nach § 26 Abs 4 WRG, in *Bittner/Klicka/Kodek/Oberhammer* (Hrsg), Festschrift für Walter Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 263 (271 f).

⁵¹⁴ *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 ABGB Rz 347.

⁵¹⁵ *Weiß*, Höhere Gewalt 218.

⁵¹⁶ OGH 8 Ob 620/90 JBI 1992, 124 = RdW 1991, 46 = ecolex 1992, 225 = HS 20.380; dies bestätigend OGH 7 Ob 607/93 ecolex 1994, 387 = wbl 1994, 342 = ZfRV 1994/29 = ZVR 1994/139, 336 = HS 25.092 = HS 25.317.

⁵¹⁷ OLG Wien 3 R 99/38 VAE 1938, 388.

⁵¹⁸ *Weiß*, Höhere Gewalt 219.

Beispiel: In niederschlagsreichen Gebieten in Österreich ist man im Hinblick auf die Intensität des Niederschlags wohl an heftigere Regenfälle „gewöhnt“ als in niederschlagsärmeren Teilen Österreichs.

3.2.3 Keine typische Betriebsgefahr

Dem OGH⁵¹⁹ folgend, muss das Ereignis so außergewöhnlich sein, dass es nicht als typische Betriebsgefahr angesehen werden kann. Weiters führte der OGH⁵²⁰ bspw aus, dass eine Schadenszufügung durch fahrlässige Berührung einer Stromleitung zu den mit elektrischen Freileitungen typischerweise verbundenen Betriebsgefahren gehört, auch wenn solche Ereignisse nicht allzu häufig, aber jedenfalls immer wieder vorkommen. Berührungen mit Freileitungen kommen sowohl bei Bauarbeiten als auch im Spiel und Sport (zB Drachensteigen, Segelflug) vor, so dass dieses Ereignis nicht so außergewöhnlich wäre, dass es als elementar angesehen werden könnte. Das elementare Naturereignis ist aber der eigentliche Inhalt der höheren Gewalt.⁵²¹

Beachte: Da das „Von-außen-Kommen“, also die Betriebsfremdheit des Ereignisses sehr eng ausgelegt wird, kann dies nur zur Konsequenz haben, dass ein sehr breites Spektrum an typischen Betriebsgefahren existiert und daher eine Berufung auf den Haftungsausschluss „höhere Gewalt“ in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle fehlschlagen wird.⁵²²

3.2.4 Elementares Ereignis

Obwohl das Elementare des Ereignisses nach hA jedenfalls zur allgemeinen Begriffsdefinition der höheren Gewalt gehört, wird es in der Rsp sehr „stiefmütterlich“ behandelt und ist das am seltenste erörterte Kriterium. Manche Entscheidungen nehmen nicht einmal auf das Elementare des Ereignisses Bezug. Der OGH⁵²³ setzt in Anlehnung an den deutschen BGH das Außergewöhnliche mit dem Elementaren gleich, indem er schließlich fordert, dass das Ereignis so außergewöhnlich sein muss, dass ihm der Charakter des Elementaren zukommt. Das Ereignis muss schlechthin unvorstellbar sein. Man wird vertreten können, dass ein Ereignis dann elementar ist, wenn es ganz besonders heftig ausfällt. Insofern dient das Wort „elementar“ als verstärkende Formulierung in der Definition der höheren Gewalt.⁵²⁴

⁵¹⁹ OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 = JBI 1983, 380; OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401.

⁵²⁰ OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBI 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553.

⁵²¹ Weiß, Höhere Gewalt 220.

⁵²² Ähnlich schon zur Außergewöhnlichkeit Weiß, Höhere Gewalt 216 mwN, der festhält, dass die Rsp eine Berufung auf höhere Gewalt in den seltensten Fällen gelten lässt.

⁵²³ OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBI 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553.

⁵²⁴ Weiß, Höhere Gewalt 223; vgl auch Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 ABGB Rz 348.

3.2.5 Unabwendbarkeit

Wie oben gezeigt, lässt sich streiten, ob die Kriterien des Nichtverwirklichens einer typischen Betriebsgefahr oder des Elementaren des Ereignisses als jeweils eigenständige Kriterien aufgefasst oder doch gemeinsam mit der Außergewöhnlichkeit behandelt werden sollen. Unabhängig von diesem Streit, besteht Einigkeit darüber, dass jedenfalls die Unvorhersehbarkeit und Unabwendbarkeit des Ereignisses bzw von dessen Folgen ein grundsätzliches Kriterium der höheren Gewalt darstellen.⁵²⁵

Hierfür kann auf das deutsche Recht Bezug genommen werden: Nach stRsp⁵²⁶ des BGH muss das Ereignis nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar sein sowie mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder gar unschädlich gemacht werden können.⁵²⁷

Die österreichische Lehre und Rsp verlangen ebenso die Unabwendbarkeit des Ereignisses, auch wenn sie sich oft anderer Formulierungen bedienen. Schon sehr früh hat der OGH⁵²⁸ ausgesprochen, dass ein Elementarereignis nur dann höhere Gewalt darstellt, wenn es unabwendbar ist. Der OGH entwickelte die Unabwendbarkeit in einigen weiteren Entscheidungen⁵²⁹ fort und hielt in einer sehr jungen Entscheidung⁵³⁰ unter Berufung auf deutsche Literatur fest, dass das Ereignis nach menschlicher Einsicht und Erfahrung außergewöhnlich und unvorhersehbar sein muss und mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann.⁵³¹

Zusammenfassend kann als Konsens zwischen deutschem und österreichischem Recht angesehen werden, dass ein Ereignis dann als unabwendbar gilt, wenn es nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar war und mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütbar oder unschädlich zu machen war. Es lassen sich somit drei kumulative Elemente feststellen: Erstens die Unvorhersehbarkeit nach menschlicher Einsicht und Erfahrung, zweitens die mangelnde Verhütbarkeit des Ereignisses trotz äußerster zumutbarer bzw zu erwartender Sorgfalt mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln sowie drittens die mangelnde Vermeidbarkeit des Schadens trotz äußerster zumutbarer bzw zu erwartender Sorgfalt mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln.⁵³²

⁵²⁵ *Weiβ*, Höhere Gewalt 224; implizit so auch *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176.

⁵²⁶ BGH I ZR 72/50 NJW 1951, 357; BGH III ZR 364/51 NJW 1953, 184; BGH VI ZR 115/87 NJW-RR 1988, 986; BGH VI ZR 63/03 NZV 2004, 245 = NJW-RR 2004, 959.

⁵²⁷ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176; *Weiβ*, Höhere Gewalt 225;

⁵²⁸ OGH 2 Ob 129/51 SZ 24/52.

⁵²⁹ OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 = JBI 1983, 380; RIS-Justiz RS0029808 ; OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBl 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553; OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401; OGH 7 Ob 50/88 VersE 1415 = VersR 1989, 1179 = VersRdSch 1989/162; OGH 8 Ob 620/90 JBI 1992, 124 = RdW 1991, 46 = ecolex 1992, 225 = HS 20.380; OGH 1 Ob 93/00 h RZ 2002/4 = ZVR 2002/21 = MietSlg 52.204 = Zak 2012/373.

⁵³⁰ OGH 19. 10. 2005, 7 O 244/05 s; vgl auch OLG Hamm 6 U 102/03 NZV 2005, 41 = NJW-RR 2005, 393.

⁵³¹ *Weiβ*, Höhere Gewalt 225.

⁵³² *Weiβ*, Höhere Gewalt 226.

3.2 Die einzelnen Kriterien der allgemeinen Definition

Beachte: Die Sorgfaltspflicht erstreckt sich also einerseits darauf, das Ereignis erst gar nicht eintreten zu lassen und andererseits darauf, die Folgen des Ereignisses unschädlich zu machen. Ist das Ereignis an sich also nicht verhinderbar, wie zB eine Naturgewalt, so müssen jedoch dessen Folgen abgewendet werden.⁵³³

Nach *Filthaut*⁵³⁴ und *Weiß*⁵³⁵, denen mE zuzustimmen ist, kommt es auf die Unvorhersehbarkeit nicht unbedingt an. Denn auch ein vorhersehbares Ereignis, wie zB ein Wirbelsturm oder ein Schneesturm, kann vor allem dann höhere Gewalt begründen, wenn der Betriebsunternehmer dem Ereignis „ohnmächtig“ gegenüber steht bzw mangels Verhinderbarkeit eines Schneesturmes auch die Folgen nicht abwenden kann. Sollte das Ereignis tatsächlich unabwendbar sein, so ist dennoch die Unabwendbarkeit der Folgen zu überprüfen, da ein Haftungsausschluss aufgrund höherer Gewalt nur dann gerechtfertigt ist, wenn kein Grund für die Zurechnung des Schadens zum potentiell Haftenden besteht.⁵³⁶

Fraglich ist, ob ein Ereignis auch dann unabwendbar ist, wenn der potentiell Haftende die Folgen zwar nicht gänzlich verhindern, deren Ausmaß allerdings verringern kann. Der OGH⁵³⁷ hat Unabwendbarkeit *einmal* so definiert, dass diese dann nicht vorliegt, wenn das Ausmaß der Auswirkungen geringer gehalten werden kann. Hier ist wohl zu differenzieren: Hätte der potentiell Haftende das Ausmaß der Auswirkungen tatsächlich verringern können, so ist jedenfalls keine Unabwendbarkeit gegeben und es liegt in diesem Umfang auch keine höhere Gewalt vor. Hätte er die Folgen jedoch *de facto* nicht auch nur in geringem Ausmaße verringern können, so liegt höhere Gewalt vor. Es kommt also schließlich zu einer Schadensteilung nach Maßgabe der Risikosphären, sofern gebotene und mögliche Abwehrmaßnahmen nicht ergriffen wurden.⁵³⁸ ME muss dies auch gelten, wenn der potentiell Haftende zwar nicht alle Folgen, aber wenigstens ein paar verhindern oder in ihren Auswirkungen zumindest verringern kann. Zur Unabwendbarkeit muss festgehalten werden, dass hier nicht absolute Unabwendbarkeit von Nöten ist,⁵³⁹ denn richtigerweise kann absolute Unabwendbarkeit in Zeiten des technischen Fortschrittes kaum vorkommen (beachte auch zuvor die Ausführungen zur Verringerung der Folgen des Ereignisses). So können bspw Naturereignisse, wie Sturm, Hagel, Blitz, Frost oder Hitze, nicht verhindert werden; deren Folgen kann allerdings vorgebeugt werden. Auch kann ein Bahnunternehmer einen Orkan nicht verhindern, die Folgen des Orkans allerdings abwenden, indem er Schutzmauern errichtet oder den Zug erst gar nicht den Bahnhof verlassen lässt. In diesem Fall ist der Unternehmer nach den bestehenden

⁵³³ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176.

⁵³⁴ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176; BGH I ZR 72/50 NJW 1951, 357.

⁵³⁵ *Weiß*, Höhere Gewalt 246.

⁵³⁶ *Weiß*, Höhere Gewalt 249.

⁵³⁷ OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543.

⁵³⁸ *Weiß*, Höhere Gewalt 249 f.

⁵³⁹ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176; *Weiß*, Höhere Gewalt 226.

3. Höhere Gewalt als Haftungsausschluss

Vorschriften nicht zu einem bestimmten Handeln verpflichtet, haftet allerdings für den Ersatz eines etwaigen Schadens. Insofern kann man festhalten, dass der Unternehmer es zwar auf den Schaden ankommen lassen darf, diesen aber dennoch ersetzen muss.⁵⁴⁰

Es kommt folglich auf die relative Unabwendbarkeit an.⁵⁴¹ Eine starre Regel hierfür gibt es nicht. Es ist immer auf die betrieblichen, örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten Bedacht zu nehmen.⁵⁴² Dabei genügt es nicht, dass der Betriebsunternehmer und seine Gehilfen die im Verkehr allgemein erforderliche Sorgfalt beachten, also nicht schuldhaft handeln. Die Anforderungen sind strenger⁵⁴³ und die geforderte äußerst zumutbare Sorgfalt kann daher nicht mit normaler oder gewöhnlicher Sorgfalt gleichgesetzt werden. Die Unvermeidbarkeit ist also nach einem weitaus strengeren Maßstab als in der „normalen“ Verschuldenshaftung zu beurteilen.⁵⁴⁴

Beachte: Die anzuwendende Sorgfalt ist an einem objektiven Maßstab zu messen. Dabei wird meist ein sachkundiger, erfahrener Fachmann herangezogen, der besondere Aufmerksamkeit, Geistesgegenwart und Umsicht an den Tag legt. Hierbei besteht allerdings durchaus die Möglichkeit, nach Größe und Art des Betriebes zu differenzieren. Doch muss der Unternehmer alles tun, was er nur kann. Der OGH⁵⁴⁵ hat hierzu entschieden, dass es dabei auch auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit der möglichen Abwehrmaßnahmen ankommt.⁵⁴⁶

Die wirtschaftliche Zumutbarkeit ist wohl abstrakt, also objektiv, zu bestimmen, so dass mangelnde Deckung durch Versicherungen für mögliche Schadenersatzansprüche zu Lasten des konkreten Unternehmers gehen, wenn aufgrund der Gefährlichkeit des Betriebes bzw der Tätigkeit eine entsprechende Deckung geboten ist, da bei gefährlichen Betrieben immer leicht etwas passieren kann und jedenfalls ein Restrisiko bestehen bleibt.

Des Weiteren sollten auch zwei andere Bewertungskriterien in Betracht gezogen werden: Die Verhältnismäßigkeit des Abwehraufwandes zum gefährdeten Rechtsgut und die wirtschaftliche Leistbarkeit der Abwehr für den Schädiger. Die maßgebliche Sorgfalt muss also umso größer sein, je gefährlicher die Tätigkeit bzw der Betrieb ist.⁵⁴⁷ Die vorü-

⁵⁴⁰ Weiß, Höhere Gewalt 226 mwN.

⁵⁴¹ Weiß, Höhere Gewalt 227.

⁵⁴² Filthaut, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 176.

⁵⁴³ Filthaut, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 177; Weiß, Höhere Gewalt 227.

⁵⁴⁴ Weiß, Höhere Gewalt 227.

⁵⁴⁵ OGH 2 Ob 129/51 SZ 24/52; OGH 7 Ob 607/93 ecolex 1994, 387 = wbl 1994, 342 = ZfRV 1994/29 = ZVR 1994/139, 336 = HS 25.092 = HS 25.317.

⁵⁴⁶ Weiß, Höhere Gewalt 228 f; zur Beachtung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit ebenso Filthaut, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 178.

⁵⁴⁷ Weiß, Höhere Gewalt 274 f; vgl auch Kerschner, Umwelthaftung im Nachbarrecht, JBl 1993, 216 (222).

3.2 Die einzelnen Kriterien der allgemeinen Definition

bergehende Einstellung des Betriebes muss nur als äußerstes Mittel in Betracht gezogen werden.⁵⁴⁸

Problem: *Die Aufsichtsbehörde hat diverse Auflagen vorgeschrieben. Der Betreiber einer Anlage sieht sich mit einem Naturereignis konfrontiert, dessen Folgen er verhindern bzw abmildern kann, wenn er mehr tun würde als ihm ohnedies vorgeschrieben ist.*

*Kletečka*⁵⁴⁹ ist der Meinung, dass die Einhaltung der äußerst möglichen Sorgfalt keineswegs über das rechtliche Vorgeschriebene hinausgehen muss. Besteht ein enges Normenkorsett, wie zB eine Wehrbetriebsordnung, so kann vom Betreiber lediglich verlangt werden, diese einzuhalten. Man müsste hier also die peinlichst genaue Beachtung dieser Bestimmungen fordern.⁵⁵⁰

Dieser Meinung ist allerdings mit *Filthaut*⁵⁵¹ und *Weiß*⁵⁵² nicht zuzustimmen, da es Situationen geben kann, in denen der sachkundige und erfahrene Fachmann erkennt, dass das rechtlich Vorgeschriebene, das für den Fachmann jedenfalls bindend ist und daher eine untere Marke für die anzuwendende Sorgfalt darstellt, zur Abwehr der Gefahr nicht ausreicht, andere Abwehrmöglichkeiten aber durchaus bestehen. Sich nun auf einem Bescheid der Behörde quasi „auszurufen“ und sich schließlich auf höhere Gewalt zu berufen, weil man doch den behördlichen Auftrag erfüllt habe (ohne nach links und rechts zu schauen), obwohl der Schaden aber eingetreten ist, erscheint mE grob unbillig.

Zusammenfassend lässt sich nun festhalten, dass die Definition der höheren Gewalt durchaus umstritten und nur in ihren Grundsätzen klar ist; dies zeigen auch die Bezugnahmen auf das deutsche Recht. Die obigen Ausführungen sollen einen gangbaren Weg durch den strittigen Definitionsdschungel bieten, indem hier eine zwischen den verschiedenen Meinungen kompromissbereite und vermittelnde Ansicht dargestellt wurde. Jedenfalls sind die hier dargelegten und ausführlich erläuterten Prüfungsschritte keine hundertprozentigen Wegweiser aus einer Haftung heraus, weshalb noch einmal gesagt werden muss, dass jeder Fall ein Einzelfall ist und vor allem, was die höhere Gewalt anlangt, nicht jedes Hochwasser, nicht jeder Murenabgang etc das- bzw derselbe ist.

Beachte: *Es muss durchaus betont werden, dass man sich nicht vorschnell auf höhere Gewalt hinausreden soll, weil ein Hochwasser in den Medien zum Jahrtausenderereignis hochstilisiert worden ist.*

⁵⁴⁸ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 178.

⁵⁴⁹ *Kletečka* in FS Rechberger 274.

⁵⁵⁰ *Weiß*, Höhere Gewalt 229.

⁵⁵¹ *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPfIG Rz 177 mwN.

⁵⁵² *Weiß*, Höhere Gewalt 229 f.

3.3 Höhere Gewalt im Falle von Überschwemmungsschäden

Der beklagte Rechtsträger wird mit dem Einwand der höheren Gewalt allerdings in den seltensten Fällen durchdringen, da der OGH⁵⁵³ Regenfälle, die alle zwei bzw drei Jahre auftreten, nicht als Elementarereignis betrachtet. Auch Schäden von Niederschlägen, die einmal in zehn Jahren vorkommen, können bei entsprechender Sorgfalt abgewendet werden und sind eben nicht unabwendbar iSd höheren Gewalt. Als Elementarereignis können daher nur ungewöhnliche und seltene Starkregen angesehen werden, auf welche die Kanalisation nicht ausgelegt habe werden müssen.⁵⁵⁴ Der OGH⁵⁵⁵ hat zu einem Sturmereignis anknüpfend an § 38 Abs 3 WRG ausgesprochen, dass für die Frage, ob ein Elementarereignis vorliegt, ein Beobachtungszeitraum von 30 Jahren notwendig ist. Erst kürzlich hat das OLG Wien⁵⁵⁶ judiziert, dass ein Sturm mit Windgeschwindigkeiten von 97 km/h weder außergewöhnlich noch unerwartbar sei (im obigen OGH-Judikat betragen die Windspitzen 105 km/h).

Für Kanalbetreiber bedeutet dies wohl, dass bei Niederschlägen, die sich zumindest alle 30 Jahre oder seltener ereignen und Schäden aufgrund von Überflutungen der Kanalisation verursachen, ein Haftungsausschluss aufgrund von höherer Gewalt diskutiert werden kann. Zu den massiven Hochwässern im Jahr 2002 stellte der OGH fest, dass keine Handlungspflicht der Behörden nach WRG gegeben war, da das WRG einen Schutz vor 30-jährlichen und nicht vor 1000- oder 2000-jährlichen Hochwässern bezweckt.⁵⁵⁷ In einem weiteren Urteil betreffend dieses Hochwasserereignis meinte der OGH, dass das WRG keinen Schutz vor Hochwässern, die sich alle 100 Jahre wiederholen, bietet.⁵⁵⁸

Der BGH⁵⁵⁹ qualifizierte ein Starkregenereignis mit einer Wiederkehrzeit von mehr als 100 Jahren als einen Fall von höherer Gewalt. Sonst ist die deutsche Rsp sehr uneinheitlich: So wurde höhere Gewalt bspw bei einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von 100, 25-30, von mehr als 10 bis 40, von 20 bzw 25–100 Jahren angenommen, bei einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von gerade einmal 10 Jahren allerdings verneint.⁵⁶⁰

Beachte: Regenfälle, die alle 100 Jahre vorkommen, stellen höhere Gewalt dar. Bei Regenfällen, die nur alle 30 Jahre oder häufiger auftreten, wird man eine Haftung der Gemeinde annehmen. Bei einer Wiederkehrwahrscheinlichkeit von 30–100 Jahren ist höhere Gewalt möglich und diskutierenswert.

⁵⁵³ OGH 1 Ob 285/01 w immolex 2002/63 = bbl 2002/71 = MietSlg 54.028; vgl auch BGH 26. 04. 2001, III ZR 102/00.

⁵⁵⁴ Kisslinger, Gefährdungshaftung 78 f.

⁵⁵⁵ OGH 1 Ob 93/00 h RZ 2002/4 = ZVR 2002/21 = MietSlg 52.204 = Zak 2012/373.

⁵⁵⁶ OLG Wien 29. 10. 2014, 15 R 175/14 m.

⁵⁵⁷ OGH 1 Ob 285/04 z RdW 2005/752.

⁵⁵⁸ OGH 1 Ob 63/06 f RdW 2006/440 = Zak 2006/441 = RdU 2007/31.

⁵⁵⁹ BGH III ZR 108/03 NJW 2005, 1185.

⁵⁶⁰ Filthaut, Haftpflichtgesetz⁹ § 2 HPfIG Rz 74 mit Nachweisen zur Judikatur.

3.4 Ausblick – Haftungsverschärfung?

Fraglich ist, ob es in Zukunft nicht zu einer Haftungsverschärfung kommen wird. Eine allgemein gültige Aussage zu dieser Frage kann naturgemäß nicht gegeben werden. Von einem rechtspolitischen Standpunkt aus gesehen, lässt sich Folgendes festhalten: Gedanklicher Ausgangspunkt kann die Tatsache sein, dass Gemeinden in einem sozialen Sinne, als Verbandseinheit einer Vielzahl von Menschen, weitaus länger bestehen als nur 30 Jahre (natürlich auch länger als 100 Jahre) und daher de facto eine hohe Bestandskraft haben. Man wird wohl zu dem Ergebnis gelangen, dass in Zukunft unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Abwehrmaßnahmen der konkreten Gemeinde eine Haftungsverschärfung eintreten könnte. Berücksichtigt man auch die steigende Häufigkeit von schweren Unwettern, so erscheint eine mögliche Haftungsfreiheit ab einer ungefähren Wiederkehrwahrscheinlichkeit von gerade einmal 30 Jahren (solche Ereignisse können daher durchschnittlich zweimal im Leben eines Menschen auftreten) nicht überzeugend.

4. LITERATURVERZEICHNIS

4.1 Beiträge, Monographien

Barth/Dokalik/Potyka, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen²⁴ (Wien 2014) [*Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § ABGB].

Battlogg, Flächenwidmung und Amtshaftung, AnwBI 2004, 502 [*Battlogg*, AnwBI 2004].

Eypeltauer/Strasser, Die Haftung der Organe und der Bediensteten der Gemeinden (Linz 1987) [*Eypeltauer/Strasser*, Haftung].

Feil, Privates Nachbarrecht und Immissionen² (Wien 2005) [*Feil*, Nachbarrecht² Rz].

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (Wien 2011) [*Bearbeiter in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § ABGB Rz].

Filthaut, Haftpflichtgesetz. Kommentar zum Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze⁹ (München 2015) [*Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § Rz].

Giese, Baurechtliche Maßnahmen zum Schutz des Baubestandes vor Hochwassergefahren, bbl 2011, 203 [*Giese*, bbl 2011].

Giese, Die nachträgliche Vorschreibung von Auflagen im Baurecht, bbl 2009, 47 [*Giese*, bbl 2009].

Gimpel-Hinteregger, Anspruchsgrundlagen für den Ersatz von Umweltschäden, ÖJZ 1991, 145 [*Gimpel-Hinteregger*, ÖJZ 1991].

Haidvogel, Gemeinderecht für Praktiker (Wien 2013) [*Haidvogel*, Gemeinderecht].

Held, Auskunftserteilung, Baubewilligung, Flächenwidmungsplan: Haftung der Gemeinde als Behörde. Wo lauert die Amtshaftung für die Gemeinde und deren Organe? RFG 2008, 97 [*Held*, RFG 2008].

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz IV (Wien 2009) [*Hengstschläger/Leeb*, AVG § Rz].

Herbst, Raumordnungsrecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. III: Besonderes Verwaltungsrecht (Wien 2011) 193 [*Herbst in Poier/Wieser*].

Hutter, Haftungsrisiken der Gemeinde bei Hochwasser, RFG 2013, 177 [*Hutter*, RFG 2013].

Jabornegg, Privates Nachbarrecht und Umweltschutz, ÖJZ 1983, 365 [*Jabornegg*, ÖJZ 1983].

4. Literaturverzeichnis

Jäger, Forstrecht (Wien 2003) [*Jäger*, Forstrecht § ForstG].

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (Wien 2013) [*Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht⁴ Rz].

Kerschner, Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis? RdU 2001, 128 [*Kerschner*, RdU 2001].

Kerschner, Amtshaftung der Gemeinden bei Baugenehmigung in hochwassergefährdeten Gebieten, RFG 2008, 85 [*Kerschner*, RFG 2008].

Kerschner, Umwelthaftung im Nachbarrecht, JBl 1993, 216 [*Kerschner*, JBl 1993].

Kisslinger, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (Wien 2006) [*Kisslinger*, Gefährdungshaftung].

Kleewein, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1 [*Kleewein*, bbl 2008].

Kleewein, Naturgefahren im Bau- und Raumordnungsrecht, RdU 2013, 137 [*Kleewein*, RdU 2013].

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01. und 1.02} (rdb.at) [*Bearbeiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{Version} § Rz].

Kletečka, Hochwasser als höhere Gewalt nach § 26 Abs 4 WRG, in *Bittner/Klickal/Kodekl/Oberhammer* (Hrsg), Festschrift für Walter Rechberger zum 60. Geburtstag (2005) 263 [*Kletečka* in FS Rechberger].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil I³ (Wien 1997) [*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz].

Eccher/Riss in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (Wien 2014) §§ 364, 364 a ABGB [*Eccher/Riss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § ABGB Rz].

Koziol – Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht (Wien 2014) [*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz].

Krejci in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB II/4³ § 31 d KSchG (Wien 2002) [*Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 31 d KSchG Rz].

Lang, Unmittelbare Zuleitung und grobkörperliche Einwirkung im Nachbarrecht. Nachbarrechtliche Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB und Eigentumsfreiheitsklage nach § 354 ABGB, RFG 2013, 183 [*Lang*, RFG 2013].

Lindermuth, Baurecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. III: Besonderes Verwaltungsrecht (Wien 2011) 255 [*Lindermuth* in *Poier/Wieser*].

Oberleitner/Berger, WRG-ON^{1.04} (Stand März 2014, rdb.at) [*Oberleitner/Berger*, WRG-ON^{1.04} § Rz].

Perthold-Stoitzner, Das Auskunftsrecht nach Art 20 Abs 4 B-VG, *ecolex* 1991, 650 [*Perthold-Stoitzner*, *ecolex* 1991].

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³ und II/2 a³ (Wien 2000 und 2007) [*Bearbeiter* in *Rummel*, ABGB Band § Rz].

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)³ (Wien 2003) [*Schragel*, AHG³ § Rz]

Schragel, Verbesserter Zugang zur Amtshaftung? *ÖJZ* 1988, 577 [*Schragel*, *ÖJZ* 1988].

Schwimann (Hrsg), ABGB. Praxiskommentar VII³ (Wien 2005) [*Bearbeiter* in *Schwimann*, ABGB VII³ § AHG Rz].

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB. Praxiskommentar II⁴ (Wien 2012) [*Bearbeiter* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § ABGB Rz].

Steiner, Zur Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit in § 364 Abs 2 ABGB, *JB* 1978, 133 [*Steiner*, *JB* 1978].

Weiß, Höhere Gewalt als Haftungsausschluss (Wien 2009) [*Weiß*, Höhere Gewalt].

5. JUDIKATURVERZEICHNIS

5.1 Judikatur österreichischer Gerichte

5.1.1 Judikatur des Verfassungsgerichtshofs

VfGH B 893/97 ZfVB 2000/376.

VfGH 13. 06. 2000, B 2434/97.

5.1.2 Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs

VwGH 0751/47 VwSlg 754 A/1949.

VwGH 0754/64 VwSlg 6486 A/1964.

VwGH 1865/66 VwSlg 7241 A/1967.

VwGH 0583/76 VwSlg 9237 A/1977.

VwGH 1679/71 VwSlg 8227 A/1972.

VwGH 1255/80 ZfVB 1982/1001.

VwGH 84/11/0166 ZfVB 1985/575 = ZfVB 1985/736.

VwGH 86/06/0211 ZfVB 1988/1855 = ÖJZ 1989/90 A = ZfVB 1988/1819.

VwGH 85/06/0068 ZfVB 1989/1428.

VwGH 88/10/0211 ZfVB 1990/263.

VwGH 89/04/0140 wbl 1990, 211.

VwGH 90/06/022 ecolex 1992, 61 = ZfVB 1992/1920 = ZfVB 1992/1838 = ZfVB 1992/1818.

VwGH 90/06/0221 BauSlg 1994/32.

VwGH 27. 03. 1995, 91/10/0090.

VwGH 14. 11. 1995, 95/08/0291.

VwGH 96/08/0005 SVSlg 43.565.

VwGH 93/07/0082 RdU 1997/29 = ZfVB 1997/1847.

VwGH 98/05/0147 bbl 2001/63 = BauSlg 2000/274.

VwGH 26. 04. 2001, 2000/07/0039.

VwGH 2004/05/0214 bbl 2005/35 = ZfVB 2006/501 = ZfVB 2006/408.

VwGH 31. 01. 2006, 2005/05/0028.

VwGH 2005/06/0101 VwSlg 17041 A/2006.

VwGH 2006/05/0245 ZfVB 2007/2289.

VwGH 2007/07/0018 ZfVB 2008/1328.

VwGH 2008/08/0210 ZfVB 2012/827.

VwGH 28. 02. 2012, 2012/05/0026.

VwGH 09. 09. 2013, 2010/17/0274.

5.1.3 Judikatur des Obersten Gerichtshofs

5.1.3.1 Einzeljudikatur

OGH 1 Ob 10/22 SZ 4/6.

OGH 3 Ob 555/38 SZ 20/184.

RG VIII 66/39 EvBl 1939/525.

OGH 2 Ob 270/49 SZ 22/103.

OGH 2 Ob 74/49 JBI 1950, 164.

OGH 2 Ob 129/51 SZ 24/52.

OGH 2 Ob 363/51 EvBl 1951/381.

OGH 2 Ob 661/52 SZ 52/221.

OGH 2 Ob 361/53 SZ 26/139.

OGH 2 Ob 160/56 EvBl 1957/19.

OGH 11. 02. 1959, 6 Ob 34/59.

OGH 29. 04. 1959, 1 Ob 37/59.

OGH 2 Ob 208/60 SZ 33/92.

OGH 6 Ob 83/63 SZ 36/67.

OGH 8 Ob 147/64 SZ 37/75 = JBI 1965, 417 (*Steininger*).

OGH 1 Ob 72/65 SZ 38/106 = EvBl 1966/48.

OGH 6 Ob 115/65 JBI 1966, 144.

OGH 8 Ob 220/66 JBI 1967, 207.

OGH 8 Ob 115/67 EvBl 1968/21.

OGH 1 Ob 183/68 JBI 1970, 152.

OGH 5 Ob 27/71 MietSlg 23.035.
OGH 1 Ob 236/71 SZ 44/140.
OGH 5 Ob 337/71 SZ 45/7.
OGH 5 Ob 146/72 SZ 45/98.
OGH 4 Ob 619/74 SZ 48/15.
OGH 1 Ob 187/84 SZ 48/17 = EvBl 1976/65.
OGH 1 Ob 72/75 SZ 48/61.
OGH 1 Ob 338/75 SZ 49/7 = EvBl 1977/36 = JBI 1976, 655.
OGH 5 Ob 41/75 SZ 48/45.
OGH 1 Ob 15/77 SZ 50/84.
OGH 1 Ob 716/77 SZ 50/160 = MietSlg 29.039 = EvBl 1978/155 = MietSlg XXIX/31.
OGH 6 Ob 671/78 MietSlg 30.039 = ÖJZ 1978/210 = SZ 51/114.
OGH 1 Ob 31/78 JBI 1980, 146 = SZ 51/184.
OGH 3 Ob 586/78 SZ 52/53 = MietSlg 31.031.
OGH 1 Ob 26/79 SZ 52/119 = JBI 1980, 485.
OGH 1 Ob 36/79 SZ 52/186 = HS 11.768 = EvBl 1980/100 = HS 11.767 = JBI 1980, 539.
OGH 1 Ob 31/79 SZ 53/11 = EvBl 1981/9.
OGH 1 Ob 9/80 SZ 53/61 = EvBl 1981/4.
OGH 1 Ob 34/80 SZ 54/19 = JBI 1981, 650 = EvBl 1981/161 = ZVR 1982/24.
OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 = JBI 1983, 380.
OGH 1 Ob 14/81 SZ 54/80.
OGH 7 Ob 621/81 JBI 1982, 595 (*Jabornegg*).
OGH 1 Ob 31/81 MietSlg 33.021.
OGH 6 Ob 668/81 SZ 54/158 = EvBl 1982/50 = MietSlg 33.022.
OGH 1 Ob 41/81 SZ 54/171 = JBI 1982, 434 = ZVR 1982/200.
OGH 5 Ob 776/81 MietSlg 33.024.
OGH 2 Ob 12/82 MietSlg 34.031.
OGH 1 Ob 49/81 SZ 55/17 = ÖJZ 1982/138 = JBI 1983, 260.
OGH 1 Ob 4/82 HS 12.756 = SZ 55/30.

5. Judikaturverzeichnis

OGH 1 Ob 24/81 SZ 55/81 = JBI 1983, 326.

OGH 7 Ob 825/82 HS 15.093 = HS 14.771 = EvBl 1984/3 = HS 14.413 = HS 14.684 = HS 14.414.

OGH 1 Ob 785/83 JBI 1984, 554.

OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBl 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBI 1985, 553.

OGH 1 Ob 10/84 JBI 1985, 171.

OGH 1 Ob 15/85 MietSlg 37.019 = JBI 1986, 459.

OGH 1 Ob 21/85 SZ 59/5.

OGH 1 Ob 9/86 MietSlg 38.021 = JBI 1986, 719.

OGH 3 Ob 595/85 MietSlg 38.023.

OGH 1 Ob 30/86 SZ 59/141 = JBI 1987, 244.

OGH 1 Ob 34/86 SZ 59/199.

OGH 1 Ob 35/80 SZ 54/108 = EvBl 1981/208 = JBI 1982, 259.

OGH 6 Ob 562/86 JBI 1988, 34.

OGH 1 Ob 27/87 SZ 60/156 = JBI 1988, 178.

OGH 1 Ob 48/87 SZ 60/265.

OGH 1 Ob 47/87 SZ 61/7.

OGH 1 Ob 3/88 SZ 61/32 = ÖJZ 1988/103 = ZVR 1989/93.

OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401.

OGH 3 Ob 591/87 SZ 61/273 = JBI 1989, 578.

OGH 7 Ob 50/88 VersE 1415 = VersR 1989, 1179 = VersRdSch 1989/162.

OGH 1 Ob 3/89 SZ 62/41.

OGH 1 Ob 43/88 SZ 62/40.

OGH 1 Ob 1/89 JBI 1991, 177 = SZ 62/72.

OGH 1 Ob 5/89 EvBl 1989/157 = SZ 62/98.

OGH 1 Ob 30/89 EvBl 1990/47 = ecolex 1990, 23.

OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543.

OGH 8 Ob 620/90 JBI 1992, 124 = RdW 1991, 46 = ecolex 1992, 225 = HS 20.380.

OGH 1 Ob 39/90 HS 22.590 = JBI 1991, 580 = ecolex 1991, 381 = HS 22.636.

OGH 1 Ob 52/90 SZ 64/23 = JBI 1991, 647.

OGH 1 Ob 36/90 ecolex 1991, 455 = EvBI 1991/100.

OGH 1 Ob 11/91 SZ 64/85 = JBI 1992, 122 = RdW 1991, 323 = MR 1992, 152 = ÖBI 1992, 12.

OGH 8 Ob 523/92 ÖJZ 1992/176 = ÖJZ 1992/153 = ecolex 1992, 406 = RdW 1992, 304 = MietSlg 44.017 = JBI 1992, 641 = HS 22.5519 = MietSlg 44.014 = HS 22.338.

OGH 1 Ob 9/92 JBI 1992, 649 = ZfRV 1993, 125 = ZVR 1993/126.

OGH 1 Ob 31/92 EvBI 1993/57.

OGH 8 Ob 635/92 MietSlg 44.016 = ecolex 1993, 451 = RdU 1994/3.

OGH 9 ObA 13/93 RdA 1994/17 = RdA 1993, 501 = ARD 4502/25/93 = infas 1993 A 140.

OGH 1 Ob 520/93 JBI 1994, 338 = ZfRV 1993/90 = ÖJZ 1993/249 = ZfRV 1994, 249 = ÖJZ 1993/250 = ÖJZ 1993/247 = ZVR 1994/38 = ÖJZ 1993/248.

OGH 4 Ob 82/93 SZ 66/84 = WBI 1993, 405 = ÖBI 1993, 207 = ecolex 1993, 759 = RdW 1994, 107.

OGH 9 ObA 256/93 SZ 66/169 = RdA 1994/40 = ARD 4552/24/94 = ARD 4549/33/94 = ecolex 1994, 186.

OGH 7 Ob 607/93 ecolex 1994, 387 = wbl 1994, 342 = ZfRV 1994/29 = ZVR 1994/139, 336 = HS 25.092 = HS 25.317.

OGH 1 Ob 578/93 ÖJZ 1994/153.

OGH 1 Ob 615/94 JBI 1995, 317 = ecolex 1995, 407 = SZ 67/212 = MietSlg 46.019.

OGH 2 Ob 558/93 MietSlg 47.106 = MietSlg 47.015.

OGH 29. 05. 1995, 1 Ob 15/95.

OGH 1 Ob 18/95 ecolex 1996, 12 = SZ 68/133.

OGH 1 Ob 22/95 SZ 68/156.

OGH 1 Ob 39/95 ZfRV 1996, 33 = ecolex 1995, 886 = JBI 1996, 35 = EvBI 1996/18.

OGH 3 Ob 508/93 JBI 1996, 446 = RdU 1996/82 = AnwBI 1997/6282 = HS 26.719 = ÖJZ 1996/83 = ZVR 1996/97 = HS 36.366 = ecolex 1996, 162.

OGH 4 Ob 579/95 RdU 1996/94 = ecolex 1996, 357.

OGH 1 Ob 49/95 SZ 68/220 = ZVR 1996/79.

OGH 1 Ob 31/95 RdU 1996/122.

5. Judikaturverzeichnis

- OGH 1 Ob 2047/96 b SZ 69/188 = ecolex 1998, 408 = HS 27.007 = HS 27.257.
- OGH 1 Ob 2183/96 b JBI 1997, 527 = ZVR 1997/146.
- OGH 6 Ob 2323/96 b MietSlg 49.017 = JBI 1997, 521 = RdU 1998/91.
- OGH 1 Ob 77/97 y bbl 1998/71 = RdW 1997, 719 = SZ 70/144.
- OGH 1 ob 144/97 a ecolex 1998, 318 = ÖJZ 1998/59 = ÖJZ-LSK 1998/59 = ÖJZ-LSK 1998/60 = JBI 1998, 308.
- OGH 4 Ob 2347/96 t MietSlg 49.014 = NZ 1998, 143 = MietSlg 49.666.
- OGH 1 Ob 77/97 y bbl 1998/71 = RdW 1997, 719.
- OGH 7 Ob 361/97 g MietSlg 49.016 = RdU 1998/105 = NZ 1999, 75 = ecolex 1998, 625 = RdW 1998, 260 = HS 28.271.
- OGH 8 Ob 372/97 g RdU 1998/122.
- OGH 1 Ob 241/97 s SZ 71/7 = EFSlg 87.177.
- OGH 1 Ob 56/98 m JBI 1998, 666 = ecolex 1998, 913 = RdU 1999, 114 (*Hauer*) = RdW 1999, 78 = SZ 71/99 = ZVR 1999/106 = HS 29.724 = HS 29.986.
- OGH 1 Ob 362/98 m RZ 1999/54 = EvBI 1999/138 = SZ 72/29 = bbl 1999, 160 = RdW 1999, 717.
- OGH 6 Ob 239/98 k HS 30.323 = RdW 1999, 467 = JBI 1999, 524 = NZ 2000, 336 = RdU 1999/177 = ecolex 1999/238.
- OGH 1 Ob 137/99 z MietSlg 51.017.
- OGH 1 Ob 17/99 b JBI 2000, 118 = ÖJZ-LSK 2000/1 = ARD 5073/20/99 = EvBI 2000/26 = ÖJZ-LSK 2000/9 = ÖJZ-LSK 2000/10.
- OGH 2 Ob 236/99 s RdU 2000/13.
- OGH 1 Ob 240/99 x bbl 2000/53.
- OGH 1 Ob 261/99 k SZ 72/184.
- OGH 1 Ob 6/99 k EvBI 2000/115 = NZ 2001, 165 = RdU 2000/32 = ecolex 2000/137 = MietSlg LI/34 = ÖJZ-LSK 2000/108 = immolex 2000/107 = MietSlg 51.016 = JAP 2003/2004, 119.
- OGH 1 Ob 14/00 s bbl 2000/105 = ARD 5131/24/2000 = JAP 2000/2001, 165.
- OGH 1 Ob 47/00 v SZ 73/57.
- OGH 1 Ob 48/00 s EvBI 2000/198 = ÖJZ-LSK 2000/219 = ÖJZ-LSK 2000/218 = ÖBA 2001/943 = ÖBA 2001, 346 = RdW 2001/28 = JBI 2000, 729 = bbl 2000/147 = ÖBA 2001, 96 = SZ 73/90 = AnwBI 2001, 77.

OGH 1 Ob 88/00 y SZ 73/103 = ÖJZ-LSK 2000/231-233 = EvBl 2000/207.

OGH 1 Ob 12/00 x ÖJZ-LSK 2001/35 = RdW 2001, 148 = EvBl 2001/51 = JBI 2001, 322 = ZfRV 2001, 112 = ARD 5209/31/01 = ZVR 2001/83 = SZ 73/150.

OGH 1 Ob 93/00 h RZ 2002/4 = ZVR 2002/21 = MietSlg 52.204 = Zak 2012/373.

OGH 2 Ob 94/00 p MietSlg 52.028 = immolex 2001/123 = RdU 2001/73 = ecolex 2001/102.

OGH 1 Ob 251/00 v EFSlg 97.513 = RdM 2001/20 = ÖJZ-LSK 2001/176 = EFSlg 97.515 = RZ 2002/19 = EvBl 2001/143 = ÖJZ-LSK 2001/175 = ÖJZ-LSK 2001/177 = EFSlg 97.511 = EFSlg 97.424 = JBI 2001, 725 = EFSlg 97.522 = EFSlg 97.514.

OGH 1 Ob 25/01 k ÖJZ-LSK 2001/182 = EvBl 2001/159 = JBI 2001, 722 = RdW 2001, 591 = ÖZW 2002/59 = SZ 74/55.

OGH 1 Ob 42/01 k RdU 2002/17 = ecolex 2001/267 = immolex 2001/182 = MietSlg 53.064.

OGH 1 Ob 285/01 w immolex 2002/63 = bbl 2002/71 = MietSlg 54.028.

OGH 7 Ob 66/02 k bbl 2002/134 = ecolex 2003/4 = RdW 2002/639 = RdU 2002/58.

OGH 9 Ob 32/02 z MietSlg 54.027 = ecolex 2003/37 = bbl 2003/25 = immolex 2003/173 = 54.038.

OGH 1 Ob 92/02 i MietSlg 55.027 = ÖJZ 2003/97 = RdU 2003/90 = immolex 2003/111.

OGH 2 Ob 222/02 i MietSlg 55.032 = RdU-LSK 2003/63.

OGH 1 Ob 96/03 d ÖJZ-LSK 2003/224 = ecolex 2003/299 = RdU-LSK 2003/62 = immolex 2004/15 = NZ 2004/35 = MietSlg 55.030 = EvBl 2003/176 = EFSlg 104.601 = MietSlg 55.810 = EFSlg 105.805.

OGH 7 Ob 286/03 i MietSlg LVI/4 = immolex 2004/97 = RdU-LSK 2004/43 = wobl 2004/78 = JBI 2004, 377 = MietSlg 56.023.

OGH 1 Ob 290/03 h RdW 2004, 474 = bbl 2004, 157 = ecolex 2004, 708.

OGH 1 Ob 173/03 b RdW 2004, 726 = ecolex 2004, 943 = bbl 2004, 247 = JBI 2004, 793.

OGH 04. 11. 2004, 2 Ob 252/04 d.

OGH 8 Ob 95/04 k RdU-LSK 2005/54.

OGH 2 Ob 11/05 i bbl 2005/114 = MietSlg 57.026.

OGH 1 Ob 285/04 z RdW 2005/752.

OGH 1 Ob 190/05 f MietSlg 57.027 = Zak 2006/124.

5. Judikaturverzeichnis

OGH 7 Ob 244/05 s.

OGH 6 Ob 180/05 x RdU 2006/70 (*Wagner*) = RZ 2006/105 = JBI 2006, 372 = EvBl 2006/58 = ÖJZ-LSK 2006/75 = Zak 2006/123 = RdU 2006/68 = JAP 2006/2007/10 = bbl 2006/59 = ÖJZ-LSK 2006/77 = RdW 2006/124 b = RdW 2006/212.

OGH 1 Ob 5/06 a ÖJZ-LSK 2006/186 = RdU 2006/103 = ecolex 2006/269 = ÖJZ-LSK 2006/185 = ZfRV-LS 2006/19 = Zak 2006/355 = ÖJZ-LSK 2006/184 = HS 37.434 = MietSlg 58.627 = HS 37.345 = JBI 2006, 580.

OGH 1 Ob 256/05 m Zak 2006/411.

OGH 1 Ob 63/06 f RdW 2006/440 = Zak 2006/441 = RdU 2007/31.

OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15.

OGH 1 Ob 158/06 a Zak 2007/163 = ecolex 2007/147 = HS 37.460 = RdU 2007/111 = bbl 2007/63 = HS 37.406.

OGH 1 Ob 178/06 t bbl 2007/64 = Zak 2007/164 = RdU 2007/112.

OGH 1 Ob 263/06 t MietSlg 59.017 = bbl 2007/129 = Zak 2007/304 = RdU-LSK 2007/51.

OGH 7 Ob 8/07 p bbl 2007/161.

OGH 7 Ob 101/07 i Zak 2007/607 = NZ 2008/14 = RdU 2008/17.

OGH 8 Ob 135/06 w ÖJZ-LS 2007/76 = RdU 2008/42 = Zak 2007/548 = MietSlg 59.590 = wobl 2007/124 = MietSlg 59.018 = EFSlg 118.072.

OGH 2 Ob 51/08 a MietSlg 60.710 = MietSlg 60.035 = Zak 2008/334.

OGH 2 Ob 111/07 y immolex 2008/107 = bbl 2008/106 = MietSlg 60.179 = HS 39.222 = ÖJZ 2008/114 = MietSlg 60.679 = MietSlg 60.015 = Zak 2008/232.

OGH 1 Ob 64/08 f HS 39.384 = ecolex 2009/83 = Zak 2009/49 = RZ 2009/178 = EvBl-LS 2009/25 = RdW 2009/67 = SZ 2008/130.

OGH 1 Ob 206/08 p ecolex 2009/35.

OGH 4 Ob 239/08 p bbl 2009/118 = MietSlg 61.040 = immolex 2009/116 = ecolex 2009/184 = Zak 2009/327.

OGH 31. 03. 2009, 1 Ob 28/09 p.

OGH 1 Ob 154/08 s ecolex 2009/329.

OGH 1 Ob 144/09 x bbl 2010/28 = MietSlg 61.816.

OGH 1 Ob 74/09 b immolex-LS 2010/10 = MietSlg 61.172 = immolex 2010/75 = bbl 2010/27 = MietSlg 61.216 = wobl 2010/60 = RdU-LSK 2010/37 = MietSlg 61.198 = immolex-LS 2010/7 = MietSlg 61.043.

OGH 3 Ob 77/09 h RdU 2011/20 = ÖAMTC-LSK 2010/10 = Zak 2010/110 = MietSlg 61.044 = EvBl-LS 2010/65 = ZVR 2010/180 = ecolex 2010/112.

OGH 2 Ob 57/09 k bbl 2010/122 = EvBl 2010/96 = ZVR 2011/10 = RdU 2010/119 = MietSlg 62.018 = wobl 2011/11 = Zak 2010/298 = ecolex 2010/382.

OGH 8 Ob 128/09 w bbl 2011/58 = Zak 2011/87 = JBI 2011, 234 = AnwBl 2011, 211 = bbl 2011/59 = RdU 2011/45 = wobl 2011/163.

OGH 4 Ob 89/10 g ecolex 2011/152 = EvBl 2011/67 = Zak 2011/88 = ZVB 2011/39 = wobl 2012/9 = immolex 2011/36 = MietSlg 62.020.

OGH 31. 03. 2011, 1 Ob 30/11 k.

OGH 10 Ob 20/11 f AnwBl 2011, 357 = bbl 2011/171 = immolex-LS 2011/59 = Zak 2011/359 = MietSlg 63.021.

OGH 6 Ob 113/11 b MietSlg 63.025 = bbl 2012/33 = Zak 2011/785 = immolex 2012/42.

OGH 1 Ob 258/11 i bbl 2012/194 = MietSlg 64.024 = RdU 2012/138 = Zak 2012/518 = MietSlg 64.210 = MietSlg 64.031 = ZVB 2012/143 = immolex 2012/100.

OGH 6 Ob 163/12 g bbl 2013/212 = EvBl 2013/148 = ecolex 2013/307.

OGH 4 Ob 99/12 f bbl 2012/226 = MietSlg 64.026 = EvBl 2012/125 = immolex-LS 2012/72 = Zak 2012/519 = AnwBl 2012, 471.

OGH 1 Ob 58/13 f MietSlg 65.788 = EvBl 2013/153.

OGH 9 Ob 48/12 t RdU 2014/23 = bbl 2013/230 = immolex-LS 2013/73 = Zak 2013/611.

OGH 3 Ob 146/13 m RdU-LSK 2014/10.

OGH 8 Ob 28/13 w RdU 2014/132 = EvBl 2014/60 = Zak 2014/165.

OGH 1 Ob 204/13 a RdW 2014/286 = Zak 2014/144.

OGH 1 Ob 200/13 p bbl 2014/143.

OGH 1 Ob 239/13 y ecolex 2014/278 = ZVB 2014/94.

OGH 21. 05. 2014, 7 Ob 71/14 p.

OGH 22. 05. 2014, 1 Ob 77/14 a.

OGH 25. 06. 2014, 3 Ob 53/14 m.

OGH 9 Ob 32/14 t Zak 2014/502.

OGH 21. 08. 2014, 3 Ob 132/14 d.

OGH 26. 08. 2014, 10 Ob 45/14 m.

OGH 05. 11. 2014, 7 Ob 172/14 s.

5.1.3.2 Rechtssätze

RIS-Justiz RS0010691.
RIS-Justiz RS0072383.
RIS-Justiz RS0050473.
RIS-Justiz RS0119688.
RIS-Justiz RS0010549.
RIS-Justiz RS0010653.
RIS-Justiz RS0010659.
RIS-Justiz RS0010689.
RIS-Justiz RS0010683.
RIS-Justiz RS0022913.
RIS-Justiz RS0029808.
RIS-Justiz RS0010537.
RIS-Justiz RS0010605.
RIS-Justiz RS0050080.
RIS-Justiz RS0049847.
RIS-Justiz RS0010528.
RIS-Justiz RS0010549.
RIS-Justiz RS0010583.
RIS-Justiz RS0010668.
RIS-Justiz RS0050216.
RIS-Justiz RS0088920.
RIS-Justiz RS0010667.
RIS-Justiz RS0050072.
RIS-Justiz RS0010607.
RIS-Justiz RS0010671.
RIS-Justiz RS0050052.
RIS-Justiz RS0026265.
RIS-Justiz RS0052920.

RIS-Justiz RS0087631.

RIS-Justiz RS0085162.

RIS-Justiz RS0108071.

RIS-Justiz RS0111784.

RIS-Justiz RS0113362.

RIS-Justiz RS0113363.

RIS-Justiz RS0113581.

RIS-Justiz RS0113714.

RIS-Justiz RS0113715.

RIS-Justiz RS0119688.

RIS-Justiz RS0121624.

5.1.4 Judikatur anderer österreichischer Zivilgerichte

OLG Wien 3 R 99/38 VAE 1938, 388.

OLG Wien 26. 09. 1995, 11 R 122/95.

OLG Wien 29. 10. 2014, 15 R 175/14 m.

5.2 Judikatur deutscher Gerichte

5.2.1 Judikatur des Bundesgerichtshofes

BGH I ZR 72/50 NJW 1951, 357.

BGH III ZR 364/51 NJW 1953, 184.

BGH 4 StR 354/57 NJW 1958, 149.

BGH III ZR 256/68 NJW 1973, 616 = BGHZ 60, 112.

BGH III ZR 27/78 NJW 1980, 2578.

BGH VI ZR 115/87 NJW-RR 1988, 986.

BGH 26. 04. 2001, III ZR 102/00.

BGH VI ZR 63/03 NZV 2004, 245 = NJW-RR 2004, 959.

BGH III ZR 108/03 NJW 2005, 1185.

5.2.2 Judikatur anderer deutscher Gerichte

OLG Hamm 6 U 102/03 NZV 2005, 41 = NJW-RR 2005, 393.

SCHRIFTENREIHE RFG

RECHT & FINANZEN FÜR GEMEINDEN

2003	
Band 3/2003 Flotzinger/Leiss Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren IV 32 Seiten. EUR 9,80 ISBN 978-3-214-14475-3	Band 5/2004 Schmied Facility Management 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14482-1
Band 4/2003 Becker/Jäger/Kirowitz/Suárez/Trenker Lenkungseffekte von Abgaben auf Handymasten 54 Seiten. EUR 15,20 ISBN 978-3-214-14476-0	Band 6/2004 Österr. Gemeindebund Katastrophenschutz – Katastrophenbewältigung 94 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-14481-4
2004	2005
Band 5/2003 Hink/Mödlhammer/Platzer (Hrsg) Auswirkungen des Regierungsprogramms auf die Gemeinden 126 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14477-8	Band 1/2005 Hink/Leininger-Westerburg/Rupp E-Government – Leitfaden für Bürgermeister und Gemeindebedienstete 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14483-8
Band 1/2004 Achatz/Oberleitner Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine 76 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14473-9	Band 2/2005 Heiss/Dietmar Pilz Kosten- und Leistungsrechnung der Siedlungswasserwirtschaft 78 Seiten. EUR 19,80 ISBN 978-3-214-14484-5
Band 2/2004 Huber/Noor/Trieb/Reifberger Die Gemeinden und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben 88 Seiten. EUR 21,- ISBN 978-3-214-14474-6	Band 3–4/2005 Mitterbacher/Schrittwieser Kommunales Abgabenstrafrecht 196 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14487-6
Band 3/2004 Colcuc-Simek/Mader/Skala/Viehauser/Zimmer Herausforderung Siedlungswasserwirtschaft 80 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14478-4	Band 5/2005 Achatz/Hacker-Ostermann/Heiss/Pilz Betriebsprüfung in der Gemeinde 95 Seiten. EUR 24,- ISBN 978-3-214-14486-9
2006	2006
Band 4/2004 Kerschner/Wagner/Weiß Umweltrecht für Gemeinden 172 Seiten. EUR 36,- ISBN 978-3-214-14479-0	Band 1–2/2006 Sachs/Hahn Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden 162 Seiten. EUR 36,- ISBN 978-3-214-14485-2

Reihenübersicht

<p>Band 3/2006 Kommunalnet E-Government Solutions GmbH Handbuch Kommunalnet 84 Seiten. EUR 19,80 ISBN 978-3-214-14488-3</p>	<p>Band 5/2007 Reinhard Haider Umsetzung von E-Government 72 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-18821-4</p>
<p>Band 4.a/2006 Mugler/Fink/Loidl Gestaltung günstiger Rahmenbedingungen für Klein- und Mittelbetriebe im ländlichen Raum 52 Seiten. EUR 13,80 ISBN 978-3-214-14489-0</p>	<p>2008</p>
<p>Band 4.b/2006 Österreichischer Gemeindebund (Hrsg) Zukunft ländliche Gemeinde Diskussionsbeiträge zum Österreichischen Gemeindetag 2006 108 Seiten. EUR 26,- ISBN 978-3-214-14490-6</p>	<p>Band 1 –2/2008 Sachs/Hahn Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden. 2. Auflage 164 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14498-2</p>
<p>Band 5/2006 Mazal (Hrsg) Zur sozialen Stellung von Gemeindefachkräften 126 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-14491-3</p>	<p>Band 3/2008 Achatz/Brassloff/Brenner/Schauer Kommunale KG-Modelle und Rechnungsabschlüsse auf dem Prüfstand 52 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14499-9</p>
<p>2007</p>	<p>Band 4/2008 Mugler/Loidl/Fink/Lang/Teodorowicz Gemeindeentwicklung in Zentraleuropa 48 Seiten. EUR 12,50 ISBN 978-3-214-00542-9</p>
<p>Band 1/2007 Aicher-Hadler Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters 52 Seiten. EUR 14,- ISBN 978-3-214-14480-7</p>	<p>2009</p>
<p>Band 2/2007 Bacher/Grieb/Hartel/Heiss/Stabentheiner Die Gemeinde als Vermieterin 116 Seiten. EUR 24,80 ISBN 978-3-214-14494-4</p>	<p>Band 1/2009 Lukas Held Haushaltsführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane 124 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14500-2</p>
<p>Band 3/2007 Hofinger/Hinteregger Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen 38 Seiten. EUR 9,90 ISBN 978-3-214-14495-1</p>	<p>Band 2/2009 Hoffer/M. Huber/Noor/Reifberger/Rettenbacher/ M. Schneider Die Gemeinde und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben. 2. Auflage 96 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-14501-9</p>
<p>Band 4/2007 Handler/Mazal/Weber Kommunale Sommergespräche 2007 76 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14497-5</p>	<p>Band 3/2009 Günther Löwenstein Die finanzstrafrechtliche Verantwortung der Gemeinde 48 Seiten. EUR 9,90 ISBN 978-3-214-14502-6</p>
	<p>Band 4/2009 Alfred Riedl Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden 24 Seiten. EUR 4,90 ISBN 978-3-214-14503-3</p>

<p>Band 5/2009 Gabriele Aicher-Hadler Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption. 2. Auflage 52 Seiten. EUR 14,60 ISBN 978-3-214-14504-0</p>	<p>Band 2/2011 Matschek Interkommunale Zusammenarbeit (IKZ) 120 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14512-5</p>
<p>Band 6/2009 A. Enzinger/M. Papst Mittelfristige Finanzplanung in Gemeinden 104 Seiten. EUR 26,- ISBN 978-3-214-14505-7</p>	<p>Band 3/2011 Steindl/Wiese Optimales Krisenmanagement für Gemeinden 120 Seiten. EUR 28,- ISBN 978-3-214-14513-2</p>
2010	<p>Band 4/2011 Klug Einführung in das kommunale Haushalts- und Rechnungswesen 36 Seiten. EUR 7,90 ISBN 978-3-214-14514-9</p>
<p>Band 1/2010 Bacher/Heiss/Klausbruckner/G. Stabentheiner/Schweyer Energieausweis für Gemeinden 88 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-14506-4</p>	<p>Band 5/2011 Breuss/Pilz/Pletz/Pözl/Strohriegl/Teuschler Haushaltskonsolidierung in wirtschaftlich schwierigen Zeiten 88 Seiten. EUR 20,- ISBN 978-3-214-14515-6</p>
<p>Band 2/2010 Weber/Kahl/Trixner Verpflichtendes Vorschul- oder Kindergartenjahr 80 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14507-1</p>	2012
<p>Band 3/2010 Postgeschäftsstellenbeirat (Hrsg) Von der Postliberalisierung zur Postgeschäftsstelle 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14508-8</p>	<p>Band 1 –2/2012 Sachs/Hahn-Trettnak Das neue Bundesvergaberecht 2006, 3. Auflage 158 Seiten. EUR 38,- ISBN 978-3-214-14516-3</p>
<p>Band 4/2010 Hink/Rupp/Parycek E-Government in Gemeinden 56 Seiten. EUR 12,80 ISBN 978-3-214-14509-5</p>	<p>Band 3/2012 Jauk/Kronberger Gender Budgeting 67 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14517-0</p>
<p>Band 5/2010 Hofbauer//Kamhuber/Krammer/Mühlberger/Ninaus/Pilz/Rathgeber/Ritz/Veigl Leitfaden zum Kommunalsteuerrecht 124 Seiten. EUR 28,60 ISBN 978-3-214-14510-1</p>	2013
2011	<p>Band 1/2013 Aicher-Hadler Verantwortlichkeit bei Amtsmissbrauch und Korruption, 3. Auflage 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14518-7</p>
<p>Band 1/2011 Zechner Strategische Kommunikationspolitik als Erfolgsfaktor für Gemeinden 44 Seiten. EUR 9,80 ISBN 978-3-214-14511-8</p>	<p>Band 2/2013 Achatz/Oberleitner Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine, 2. Auflage 64 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-14472-2</p>

Reihenübersicht

<p>Band 3/2013 Eckschlager Rechte und Pflichten der Gemeindevertreter 74 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14519-4</p>	<p>Band 3/2015 Promberger/Mayr/Ohnewas Analyse der Gemeindefinanzen vor dem Hintergrund eines aufgabenorientierten Finanzausgleichs 88 Seiten. EUR 20,80 ISBN 978-3-214-03825-0</p>
<p>Band 4/2013 Mathis Standort-, Gemeinde- und Regionalentwicklung 70 Seiten. EUR 16,80 ISBN 978-3-214-14520-0</p>	<p>Band 4/2015 KWG (Hrsg), Bork/Egg/Giese/Hütter/Poier Direkte Demokratie und Partizipation in den österreichischen Gemeinden 90 Seiten. EUR 20,80 ISBN 978-3-214-03826-7</p>
<p>Band 5 – 6/2013 Kerschner/Wagner/Weiß Umweltrecht für Gemeinden, 2. Auflage 124 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-14521-7</p>	<p>Band 5/2015 Hödl/Rohrer/Zechner Open Data und Open Innovation in Gemeinden 62 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-03827-4</p>
2014	2016
<p>Band 1 – 2/2014 Sachs/Trettnak-HahnI Das neue Bundesvergaberecht, 4. Auflage 120 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-02557-1</p>	<p>Band 1/2016 Bacher/Hartel/Schedlmayer/G. Stabentheiner Immobilien sinnvoll nutzen – statt nur besitzen 104 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03828-1</p>
<p>Band 3/2014 Steinkellner/Zheden Prozessanalyse zur Einführung des Elektronischen Akts in der Gemeindeverwaltung 80 Seiten. EUR 18,80 ISBN 978-3-214-02558-8</p>	<p>Band 2 – 3/2016 Sachs/Trettnak-HahnI Das neue Bundesvergaberecht, 5. Auflage 112 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03829-8</p>
<p>Band 4 – 5/2014 Parycek/Kustor/Reichstädter/Rinnerbauer E-Government auf kommunaler Ebene Ein rechtlich-technischer Leitfaden zur Umsetzung von E-Government 128 Seiten. EUR 30,80 ISBN 978-3-214-02559-5</p>	<p>Band 4/2016 Promberger/Mayr/Ohnewas Aufgabenorientierter Finanzausgleich 94 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-01164-2</p>
2015	2017
<p>Band 1/2015 Flotzinger/Leiss Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren, 2. Auflage 32 Seiten. EUR 7,80 ISBN 978-3-214-03823-6</p>	<p>Band 5/2016 Berl/Forster Abfallwirtschaftsrecht 108 Seiten. EUR 22,- ISBN 978-3-214-03654-6</p>
<p>Band 2/2015 Nestler/Freudhofmeier/Geiger/Prucher Besteuerung von Gemeindefinanzmandataren 98 Seiten. EUR 22,80 ISBN 978-3-214-03824-3</p>	<p>Band 1/2017 Meszarits Finanz-Kennzahlen für Gemeindehaushalte nach VRV 2015 58 Seiten. EUR 14,80 ISBN 978-3-214-08643-5</p>

Band 2/2017
Pallitsch
Die Rechtsstellung des Nachbarn in Bauverfahren
54 Seiten. EUR 14,20
ISBN 978-3-214-08644-2

Band 3/2017
Hutter
Haftung der Gemeinde bei Hochwasser
98 Seiten. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-08645-9

Impressum: Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes

Medieninhaber (Verleger): MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. FN 124 181 w, HG Wien. **Gesellschafter, deren Anteil 25% übersteigt: in der**

Manz GmbH: MANZ Gesellschaft m.b.H., Wien, Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften aller Art und Wolters Kluwer International Holding B.V., Amsterdam, Beteiligung an Unternehmen.

Verlagsadresse: A-1015 Wien, Johannesgasse 23.

Geschäftsführung: Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Mag. Heinz Korntner (Verlagsleitung).

Herausgeber: Dr. Walter Leiss, Mag. Alois Steinbichler.

Schriftleitung und Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz, Bgm. Mag. Alfred Riedl, Mag. Dr. Peter Pilz. **Verlagsredaktion:** MMag. Judith Gerngross.

Bildnachweis: Dr. Walter Leiss © Ö. Gemeindebund, Bgm. Mag. Alfred Riedl © Matern.

E-Mail: oesterreichischer@gemeindebund.gv.at; kommunal@kommunalkredit.at; verlag@manz.at

Internet: www.gemeindebund.at; www.kommunalkredit.at; www.manz.at