

Ein Kran im Luftraum

Die vorübergehende Benutzung von Nachbargrundstücken

Stefan Lampert / Jan Philipp Schifko

Bei der Ausführung eines Bauvorhabens ist oftmals die vorübergehende Benutzung eines fremden Nachbargrundstücks erforderlich. Schon alleine das Ausschwenken eines Krans über fremden Grund fällt unter diese vorübergehende Benutzung des Nachbargrunds. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die in der Praxis häufig auftretenden öffentlich-rechtlichen sowie zivilrechtlichen Probleme bei einer solchen Inanspruchnahme fremder Nachbargrundstücke.¹

1. Einleitung

Eine Republik, aber neun verschiedene öffentlich-rechtliche Bauordnungen.² Jedes Bundesland regelt die Inanspruchnahme eines fremden Nachbargrunds im Zuge einer Bauausführung anders.³ Gemeinsam haben die Bestimmungen in den unterschiedlichen Bauordnungen, dass es sich dabei um öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen handelt. Verschiedentlich wird auch schlechthin von einer sogenannten „Duldungsverpflichtung“ gesprochen. Jedes Bundesland hat die Duldungsverpflichtung unterschiedlich weit oder eng ausgestaltet.

Alle Bauordnungen in den aktuellen Fassungen haben gemeinsam, dass bei Erlassung eines Duldungsbescheids der nachbarliche Grund (das sind Liegenschaften, aber auch die darauf befindlichen baulichen Anlagen) zum Zwecke der Errichtung oder Änderung von Bauwerken, für Erhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen oder die Behebung von Baugebrechen in Anspruch genommen werden kann. Die Arbeiten auf dem Nachbargrund dürfen nur in unbedingt notwendigem Ausmaß und unter möglicher Schonung der Interessen des Nachbarn durchgeführt werden.⁴

Auf diese öffentlich-rechtliche Duldungsverpflichtung prallt regelmäßig das Zivilrecht mit seinen Abwehrrechten des Grundeigentümers (wie der Besitzstörungs- oder der Eigentumsfreiheitsklage, der *actio negatoria*).⁵ Der gegenständliche Beitrag, dessen Titel auf das Erkenntnis des VwGH vom 12. 12. 1991, 91/06/0123, zur damaligen Tir BauO betreffend das Ausschwenken eines Krans im Luftraum zurückgeht, untersucht und diskutiert auf einer praxisorientierten Ebene einerseits die in der Wr BauO normierte Duldungsverpflichtung und andererseits die in ganz Österreich (einheit-

lich) geltenden zivilrechtlichen Aspekte der vorübergehenden Benutzung von Nachbargrundstücken näher.

2. Problemstellung

Bauherren und Auftraggeber gehen oft von einer auf den ersten Blick simpel erscheinenden Prämisse aus: Mit einer rechtskräftigen Baubewilligung in der Tasche kann das Bauen losgehen. Der Errichtung eines Bauvorhabens steht nichts mehr im Weg und somit kann nach dem Spatenstich mit der Ausführung des Bauvorhabens begonnen werden. Doch Vorsicht ist geboten! Im Zuge der Errichtung könnte sich herausstellen, dass die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks – beispielsweise durch Querung des nachbarlichen Luftraums mit dem Horizontausleger und/oder der Ausgleichslast eines Turmdrehkrans – unausweichlich ist, um keinen allzu großen Zeitverzug zu erleiden. Weder Bauherr, Planer noch Professionist haben dieses Szenario, welches in der Praxis häufig vorkommt, vor Baubeginn bedacht. Wie geht es nunmehr weiter? Diese Frage stellen sich Betroffene des Öfteren, sofern sie nicht schon ihren Rechtsanwalt eingeschaltet haben, weil eben „*der Hut brennt*“. Noch schwieriger wird es, wenn Nachbarn, deren Grundstücke vorübergehend in Anspruch genommen werden (müssen), weder gesprächsbereit sind noch lösungsorientiert agieren.

Welche öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Aspekte gilt es in diesen Situationen zu bedenken?

3. Die Duldungsverpflichtung am Beispiel des § 126 Wr BauO

In Wien findet sich die öffentlich-rechtliche Bestimmung zur vorübergehenden Benutzung eines Nachbargrunds in § 126 Wr BauO. Gemäß § 126 Abs 1 Wr BauO sind die Eigentümer der Nachbarliegenschaften **verpflichtet**, die anlässlich einer Bauführung oder Instandsetzung **notwendigen**, ohne Benutzung des Nachbargrunds oder des darüber befindlichen Luftraums **nicht** oder **nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglichen** Arbeiten einschließlich der nötigen Sicherungsmaßnahmen (wie etwa Pölzungen und Unterfangungen) gegen Ersatz des erlittenen Schadens **auf ihrer Liegenschaft zu gestatten**. Gemäß Abs 2 leg cit entscheiden über die Höhe des erlittenen Schadens im Streitfall die ordentlichen Gerichte. Während Abs 1 leg cit die Inanspruchnahme des Nach-



Dr. Stefan Lampert ist Rechtsanwalt in Wien mit den Spezialgebieten öffentliches Baurecht und Umweltrecht.



Mag. Jan Philipp Schifko ist Rechtsanwalt in Wien und auf Bau- und Immobilienrecht spezialisiert.

¹ Das Theoretische und Akademische wird bei diesem Beitrag in den Hintergrund gestellt, um den tatsächlichen Praxisbezug wiederzugeben, da Praxis und Theorie nicht unwesentlich voneinander abweichen (können).

² Die in den einzelnen Bundesländern verwendete Termini „*Bauordnung*“, „*Baugesetz*“ oder „*Baupolizeigesetz*“ sind von föderaler Vielfalt geprägt, gemeint ist aber das Gleiche: öffentliches Baurecht als Teil des Verwaltungsrechts, welches das Verhältnis zwischen den Bürgern und dem Staat regelt. Im Gegensatz zum privaten Baurecht stehen sich dabei die handelnden Parteien nicht auf derselben Ebene gegenüber.

³ Vgl zB § 12 Bgld BauG; § 48 Krnt BauO; § 7 Abs 1 NÖ BauO; § 15 OÖ BauO; § 36 Stmk BauG; § 126 Wr BauO.

⁴ *Triendl*, Praktische Aspekte der baurechtlichen Fremdgrundbenutzung anhand des § 36 tir BauO 2011, bbl 2016, 31 (32).

⁵ Die *actio negatoria* ist die Klage des Eigentümers auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen seines Eigentums.

bargrundstücks dem Grunde nach regelt, normiert Abs 2 leg cit die Grundlage für die Beurteilung der Höhe nach.

Zunächst stellt sich die Frage, was **notwendige Maßnahmen im Sinne des § 126 Wr BauO** sind. Der VwGH hat ausgesprochen, dass „*notwendige Maßnahmen*“ jedenfalls **zulässige Maßnahmen** sein müssen.⁶ Die Maßnahmen müssen weiters **erforderlich** sein, um das geplante Bauvorhaben verwirklichen zu können. Im Zweifel hat der Bauwerber mittels Sachverständigengutachtens nachzuweisen, dass die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks eine notwendige Maßnahme darstellt.

Die Maßnahmen müssen **temporär** (wie beispielsweise die vorübergehende Benutzung des nachbarlichen Luftraums durch einen Turmdrehkran) und also **nicht von Dauer** sein. Die **dauernde Benutzung** (zB die nicht nur während einer Bauführung oder Instandsetzung bestehende Unterfangung eines Gebäudes auf Nachbargrund) **fällt nicht unter diese Bestimmung**. Sie erfordert die Zustimmung des Nachbarn.⁷

Ein weiteres Kriterium für die Bewilligung der Duldungsverpflichtung ist, dass **ohne** die Benutzung des Nachbargrunds oder des darüber befindlichen Luftraums die Bau- oder Instandsetzungsarbeiten entweder **gar nicht** oder **nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wären**. Bei der Prüfung des unverhältnismäßigen Aufwands kommt es nicht auf die Finanzkraft des Bauherrn an. Es sind die Kosten des jeweiligen Bauvorhabens **ohne** Benutzung der Nachbarliegenschaft den Kosten **mit** deren Benutzung gegenüberzustellen.⁸ Nach der Rechtsprechung des VwGH sind Mehrkosten ohne Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks in Höhe von 50 % jedenfalls unzumutbar.⁹ Jedenfalls sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die möglichen Ausführungsvarianten dahin gehend zu prüfen, welche dieser Varianten zur Erreichung des Ziels unter Einbeziehung möglicher gelinderer Mittel am geeignetsten ist.¹⁰

In der eingangs erwähnten Leitentscheidung zur Tir BauO, die auch auf andere Bauordnungen übertragen werden kann, erachtete der VwGH die Benützung des über den Grundstücken der Nachbarn gelegenen Luftraums für die Bewegung von Turmkränen für **zulässig** und begründet dies da-

mit, dass nachteilige Auswirkungen auf das Nachbargrundstück dann nicht zu erwarten sind, wenn vorgeschrieben wird, dass in den Luftraum **nur mit dem Ausleger**, nicht aber mit den Hublasten eingeschwenkt wird. Darüber hinaus kam der VwGH in diesem Leiterkenntnis bezüglich der **Mehrkosten** zu folgendem Schluss: „*Wenn diese technische Methode der Verwendung von Turmkränen (unumgänglich) zur Beanspruchung des Luftraumes über den Grundstücken der Nachbarn führt und – durch die Beschränkung des Schwenkbereiches auf den Auslegearm (das ist jener Teil des Schwenkarmes, an welchem nicht die zu transportierenden Lasten befestigt sind) – auch nachteilige Auswirkungen auf die Grundstücke der Nachbarn (oder deren Benutzung) nicht zu erwarten sind, dann sind Mehrkosten, die durch andere technische Verfahren entstehen, jedenfalls als unverhältnismäßig iSd § 42 Abs 1 Tir BauO anzusehen.*“¹¹

Wird die Benutzung des Nachbargrunds nicht ohnehin vom Nachbarn auf kurzem Weg, beispielsweise durch Abschluss einer zivilrechtlichen Benutzungsvereinbarung, gestattet, hat die Behörde auf Antrag über die Berechtigung und den Umfang der Duldungsverpflichtung im Sinne des § 126 Abs 1 und 2 Wr BauO zu entscheiden. Mit der Benutzung des Nachbargrunds sollte bestenfalls erst nach (formeller) Rechtskraft des Bescheids begonnen werden, da ansonsten zivilrechtliche Abwehrrechte des Nachbarn erfolgreich durchsetzbar wären. Die formelle Rechtskraft ist die Unanfechtbarkeit eines Bescheids mit ordentlichen Rechtsmitteln im Sinne des AVG und mit Beschwerde (Vorlageantrag) an das Verwaltungsgericht.¹² Der Bauwerber hat bei der zuständigen Behörde (in Wien derzeit: Magistratsabteilung 37) einen Antrag auf Duldung einer bestimmten Maßnahme (zB die Nutzung des nachbarlichen Luftraums mit einem Turmdrehkran) zu stellen. Diesem Antrag ist in der Regel ein Sachverständigengutachten anzuschließen. Die zuständige Behörde entscheidet in weiterer Folge mit Bescheid. Gegen diesen Bescheid hat der betroffene Nachbar – neben dem Antragsteller natürlich – die Möglichkeit, Beschwerde an das zuständige Landesverwaltungsgericht zu erheben. Solange die Beschwerde beim Landesverwaltungsgericht anhängig ist, sollte mit der Benutzung des Nachbargrunds nicht begonnen werden, weil der Bescheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist und somit kein endgültig rechtswirksamer Titel zur Benutzung vorliegt.¹³ Sobald das Verwaltungsgericht entschieden hat, erwächst der Bescheid in Rechtskraft. Zwar

6 Zulässig ist ein Bauvorhaben, wenn es bewilligt wurde bzw nicht bewilligungspflichtig oder zumindest bewilligungsfähig ist. In der konkreten Entscheidung erachtete die Baubehörde, bestätigt durch den VwGH, das Aufstellen eines Leitergerüsts an Feuermauer des Nachbarn gegen Ersatz des erlittenen Schadens für zulässig. Im Bescheid wurde der Umfang der Duldungsverpflichtung näher festgelegt und der Einwand des beschwerdeführenden Nachbarn, das gegenständliche Haus befinde sich 5 cm auf seiner Liegenschaft, durch die Aufbringung eines neuen Verputzes würde in seinen Luftraum eingedrungen werden, soweit der Einwand die Lage des Gebäudes und somit die Lage der seitlichen Grundgrenze betreffe, auf den Zivilrechtsweg verwiesen, soweit er den Verputz der Feuermauer betreffe, als im Gesetz nicht begründet abgewiesen; vgl VwGH 13. 4. 1993, 90/05/0233.

7 Kirchmayer, Wiener Baurecht⁴ (2014) 478.

8 W. Pallitsch/Ph. Pallitsch/Kleewein, Niederösterreichisches Baurecht⁹ (2015) 168.

9 VwGH 20. 9. 1994, 94/05/0188.

10 VwGH 27. 8. 2014, 2012/05/0106.

11 So der Leitsatz in ÖJZ 1992, 520. Beantragt wurde im gegenständlichen Fall die Errichtung einer Wohnhausanlage.

12 Die Unanfechtbarkeit des Bescheids tritt mit ungenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist, mit Zurückziehung eines bereits eingebrachten ordentlichen Rechtsmittels (Vorlageantrag bzw Beschwerde) an das Verwaltungsgericht oder mit Verzicht auf das Rechtsmittel (Vorlageantrag bzw Beschwerde) ein; siehe Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ (2014) Rz 558.

13 Anderer Ansicht Kodek, Die Besitzstörung (2002) 577, der das Erfordernis der Rechtskraft verneint und auch die Vollstreckbarkeit als keine notwendige Bedingung für eine Rechtfertigung des Eingriffs in fremden Besitz aufgrund einer behördlichen Entscheidung ansieht. Lediglich die „Wirksamkeit“ der behördlichen Entscheidung müsse als Mindestanforderung gegeben sein.

steht dem betroffenen Nachbarn – sowie dem Antragsteller – die Möglichkeit offen, die Entscheidung beim VfGH und/oder VfGH letztinstanzlich anzufechten, die Bekämpfung der Entscheidung hindert die Rechtskraft des Bescheids jedoch nicht und hat – im Falle der Stattgebung des Duldungsantrags – somit keine Auswirkungen auf den Start der Benutzung der Nachbarliegenschaft.

4. Zivilrechtlicher Aspekt

Neun Bundesländer und ein (einheitliches) ABGB, ungleich der neun unterschiedlichen Bauordnungen. Die zivilrechtliche Lösung ist daher einheitlich und gilt für das gesamte Bundesgebiet, während die öffentlich-rechtliche Duldungsverpflichtung für jedes Bundesland – aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Ausgestaltung – individuell und somit im Detail (etwas) anders geregelt ist.

Gemäß § 354 ABGB stellt das Eigentum als subjektives Recht die Befugnis dar, mit Substanz und Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen. Aus eigentumsrechtlicher Sicht gilt gemäß § 297 ABGB: Auch der Luftraum über einem Grundstück (zumindest soweit nach dem Stand der Technik die Möglichkeit der Einwirkung besteht) untersteht der Herrschaft des Liegenschaftseigentümers.¹⁴

Aus diesem Grund kann der Eigentümer fremde Eingriffe in diesen Luftraum (etwa durch einen Turmdrehkran¹⁵ oder durch Bauen in den Luftraum hinein, wie durch Errichtung eines Balkons) verbieten und sich bei unberechtigter Benutzung seines Luftraums mit einer Besitzstörungs- oder Eigentumsfreiheitsklage, die auf die Unterlassung der Benutzung des Nachbargrunds bzw -luftraums und Wiederherstellung des störungsfreien Zustands gerichtet ist, zur Wehr setzen.¹⁶

Das Eindringen grobkörperlicher Stoffe (wie eines Turmdrehkrans) in sein Grundstück muss ein Nachbar nach den nachbarrechtlichen Bestimmungen des § 364 ABGB nicht dulden. Die Kriterien der Wesentlichkeit und der Ortsüblichkeit spielen daher hierbei keine Rolle.¹⁷

Die Herrschaft des Grundeigentümers über seinen Grund und dessen Luftraum ist jedoch im öffentlichen Interesse mehrfach beschränkt, wie beispielsweise im Bereich der Luftfahrt nach § 2 LFG, bei der Führung von Stromleitungen durch § 22 Abs 1 Starkstromwegesgesetz oder eben auch durch die in den Bauordnungen normierten und oben dargestellten **bescheidmäßig auszusprechenden Duldungsverpflichtungen**. Eine Baubewilligung alleine **reicht jedoch nicht aus**, um den Eingriff in fremden Besitz zu rechtfertigen.¹⁸

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH sind Zivilgerichte **an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden**, und zwar selbst dann, wenn diese unvollständig, fehlerhaft oder gesetzwidrig sein sollten. Eine inhaltliche Überprüfung eines Verwaltungsbescheids durch

das Gericht hat daher – außer im Falle der absoluten Nichtigkeit des Verwaltungsaktes – nicht mehr stattzufinden.¹⁹ Dies bedeutet, dass mit der Rechtskraft des Duldungsbescheids²⁰ das Zivilgericht an die Entscheidung der Baubehörde gebunden ist.²¹

Eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Besitzstörung ist, dass der Störer eigenmächtig handelt. Diese tatbestandsmäßige Eigenmacht ist jedoch nicht gegeben, wenn behördliche Entscheidungen den Eingriff in den fremden Besitz decken.²² Mit einer Besitzstörungsklage dringt der Nachbar bei Vorliegen eines stattgebenden Duldungsbescheids demnach nicht durch, weil demjenigen, der in den fremden Luftraum bzw den fremden Grund eingreift, die Eigenmacht fehlt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der bescheidmäßige Umfang der Benützung des Nachbargrundstücks nicht überschritten wird.²³

Nun kommt es in der Praxis häufig vor, dass das Duldungsverfahren noch nicht eingeleitet wurde oder der Akt von der Behörde gerade bearbeitet wird und somit **noch kein stattgebender Bescheid** im öffentlich-rechtlichen Duldungsverfahren ergangen ist. Zeitgleich wird vom Nachbarn das Zivilgericht mittels einer Besitzstörungsklage angerufen, weil etwa der Turmdrehkran – was in der Praxis ebenfalls häufig der Fall ist – **vor Abschluss des öffentlich-rechtlichen Duldungsverfahrens errichtet wurde und seine Arbeit aufgenommen hat**.

Sofern das Duldungsverfahren bei der Behörde oder in der zweiten Instanz beim Verwaltungsgericht bereits anhängig ist, stellt dieses ein präjudizielles Vorverfahren für das Besitzstörungsverfahren dar, weil mit stattgebendem Duldungsbescheid – wie ausgeführt – keine Eigenmacht des Störers und somit keine Besitzstörung vorliegen. Einer Unterbrechung des Zivilverfahrens **steht jedoch in der Regel der Beschleunigungsgrundsatz des Besitzstörungsverfahrens entgegen**.²⁴ Eine Sondervorschrift, wonach das zivilgerichtliche Verfahren zwingend zu unterbrechen wäre,²⁵ findet sich in keiner (österreichischen) Bauordnung.

Das Zivilgericht hat daher die Frage nach dem Vorliegen einer Besitzstörung im Sinne der §§ 339 ff ABGB durch den hinübereagenden Turm-

19 RIS-Justiz RS0036981.

20 RIS-Justiz RS0036880; zuletzt ausführlich OGH 24. 11. 2015, 1 Ob127/15f, EvBl 2016/86 (*Brenn und Ballon*); E. Wagner, Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige Bescheide nach Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, RdU 2016, 143; *Klauser/Kodek*, JN – ZPO¹⁷ (2012) § 190 ZPO, E 59.

21 Die Lehre beantwortet die Frage der Bindung der Gerichte an verwaltungsbehördliche Bescheide unterschiedlich; zu den unterschiedlichen Ansichten siehe *Höllwerth in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz³, § 190 ZPO Rz 31.

22 *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02}, § 339 Rz 20.

23 Auch bei einem Verfahren über eine Eigentumsfreiheitsklage des betroffenen Nachbarn wäre ein stattgebender Duldungsbescheid ein Eingriffstitel, der im Rahmen seines Duldungsumfanges zu einer Abweisung der *actio negatoria* führen müsste; vgl LG St. Pölten 7. 11. 2007, 21 R 266/07m.

24 *Kodek in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 455 ZPO; *Fucik in Rechberger*, ZPO⁴ (2014) § 455 Rz 1. In diese Richtung geht auch LGZ Wien 26. 1. 2010, 44 R 24/10w, EFSlg 128.532.

25 Vgl beispielsweise § 11 AHG; § 5 Abs 3 und § 11 Kleingartengesetz; § 9 OrgHG; *Fucik in Rechberger*, ZPO⁴, § 190 Rz 3.

14 *Helmich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 297 Rz 14.

15 OGH 27. 8. 1969, 5 Ob 193/69.

16 *Helmich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 297 Rz 14.

17 *Oberhammer in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 364 Rz 4.

18 *Kodek*, Besitzstörung, 573 ff; so auch bereits OGH 27. 8. 1969, 5 Ob 193/69.

drehkran zu beurteilen. Da erst der Duldungsbescheid den Eingriff in den nachbarlichen Luftraum behördlich rechtfertigen und damit legitimieren würde, würde einer Besitzstörungsklage wegen eines voreilig errichteten Turmdrehkrans, der in den fremden Luftraum ragt bzw ausschwenkt, in der Regel stattgegeben werden.

Es kann daher der Fall eintreten, dass ein Besitzstörungsverfahren rechtskräftig zugunsten des gestörten Nachbarn beendet wurde, jedoch im Nachhinein eine Duldungsverpflichtung für die Benutzung des nachbarlichen Luftraums durch einen Turmdrehkran bescheidmäßig durch die Behörde ausgesprochen wird. Da im Besitzstörungsverfahren nicht über die Notwendigkeit der Benutzung der Nachbarliegenschaft im Sinne des § 126 Wr BauO abgesprochen wird, stellt die zivilrechtliche Entscheidung keine präjudizielle Vorfrage im behördlichen Duldungsverfahren dar.²⁶ Einer späteren – nunmehr bescheidmäßig zu duldenen – Benutzung des nachbarlichen Luftraums steht daher ein vor Erlassung des Bescheids rechtskräftig ergangener und der Klage stattgebender Endbeschluss im Besitzstörungsverfahren **nicht entgegen**, da nunmehr keine Eigenmacht des Störers mehr gegeben ist und somit der rechtserzeugende Sachverhalt geändert wurde.²⁷

26 Dies ändert nichts an der Grundregel, dass auch eine Verwaltungsbehörde an eine präjudizielle rechtskräftige Entscheidung eines Zivilgerichts grundsätzlich gebunden ist; siehe *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵, Rz 292.

27 Sollte der Nachbar dennoch aufgrund des überholten Endbeschlusses Exekution gegen die nunmehr zu duldenen Luft-

Fazit und Ausblick

Während es aus zivilrechtlicher Sicht eine einheitliche Lösung für das gesamte Bundesgebiet gibt, ist die vorübergehende Benutzung von Nachbargrundstücken zum Zwecke der Ausführung eines Bauvorhabens oder einer Instandsetzung in den neun Bauordnungen unterschiedlich geregelt.

Als Faustregel gilt: Gibt es keine Zustimmung des betroffenen Nachbarn oder einen stattgebenden Duldungsbescheid, ist das Eindringen in den nachbarlichen Luftraum mit einem Turmdrehkran rechtlich nicht gedeckt.

Es wird daher in jedem Fall dringend empfohlen, bei Benutzung eines Turmdrehkrans, der über Nachbargrundstücke schwenkt, das öffentlich-rechtliche Duldungsverfahren möglichst rasch einzuleiten, wenn nicht schon vorab eine einvernehmliche Einigung mit den betroffenen Nachbarn erzielt werden kann. Andernfalls kann das Bauvorhaben durch allfällige Besitzstörungs- und Eigentumsfreiheitsklagen empfindlich verzögert werden, was in aller Regel auch mit erheblichen Mehrkosten verbunden ist.

raumbenutzung mittels des Turmdrehkrans führen, könnte der Duldungsbescheid in der Regel erfolgreich als *novum productum* und Begründung für eine Oppositionsklage bzw ein Oppositionsgesuch im Exekutionsverfahren angeführt werden; vgl *Rechberger/Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁹ (2017) Rz 955.

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Mag. Wolfgang Hussian

Aufklärungspflicht bei bewusst billiger Bauweise

bau aktuell 2018/2

§ 1168a ABGB

OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 206/16g

1. Dass die vereinbarte Vorgangsweise von einer ÖNORM abweicht, machte die erbrachten Leistungen *per se* noch nicht mangelhaft.
2. Ob der Besteller das mit einer vereinbarten billigeren Lösung verbundene Risiko vertraglich übernommen hat, hängt davon ab, ob er vom Unternehmer schon im Zuge der Vertragsverhandlungen über die möglichen Folgen dieses Risikos aufgeklärt worden ist.
3. Der Anscheinsbeweis beruht darauf, dass bestimmte Geschehensabläufe typisch sind und es daher wahrscheinlich ist, dass auch im konkreten Fall ein derartiger Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist.
4. Alternative Kausalität setzt voraus, dass mehrere potenzielle Schädiger vorhanden sind, von denen jeder ein Verhalten gesetzt hat, das bis auf den strikten Nachweis der Ursächlichkeit alle haftungsbegründenden Elemente enthält.
5. Die Bestimmungen der ÖNORM B 2110 sind objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut auszulegen. Sie sind so zu

verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen. Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbefehl.

6. Obwohl die ÖNORM B 2110 in weiten Teilen einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen der an Werkverträgen beteiligten Personen darstellen, der die Rechtsposition des Auftraggebers weder vernachlässigt noch unberücksichtigt lässt, ist sie nicht nur selbst Maßstab für die gröbliche Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, sondern ihre Bestimmungen unterliegen selbst der Inhaltskontrolle nach dieser Norm.

Die klagende Partei betreibt das Kanalräumungsgewerbe. Im Jahr 1996 ließ sie am Sitz ihres Unternehmens eine Montagehalle samt integrierter Waschanlage und einer Tankstelle für ihre Betriebsfahrzeuge errichten. Im Jahr 2008 traten an der Halle Setzungsschäden auf. Eine Sanierung ist nur durch Neuerrichtung der Halle möglich. Die beklagte Partei hatte im Auftrag der klagenden Partei die Tiefengründung durchgeführt. Die klagende Partei begehrt von ihr Schadenersatz.