

# Kommentar zum ABGB - Klang-Kommentar / Klang-Kommentar

§§ 353 - 379, Sachenrecht

von

Ferdinand Kerschner, Georg Kodek, Christoph Kietzibl, Erika Wagner, Petra Leupold, Andreas Vonkilch, Attila Fenyves

überarbeitet

[Kommentar zum ABGB - Klang-Kommentar / Klang-Kommentar – Kerschner / Kodek / Kietzibl / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Verlag Österreich 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 7046 5695 7

9. Nachbarschaftsrechtliche Sonderregelung	398–399
a) Sonderregelung	398
b) Gentechnikhaftung	399

## I. Grenzen des Eigentums

### 1. Gesetzliche Beschränkungen

#### a) Allgemeines

1 § 354 definiert das Eigentumsrecht in subjektiver Hinsicht als „die umfassende Befugnis des Eigentümers mit einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen“.

Die Bestimmung erfasst sowohl die Substanz der Sache als auch die daraus erfließenden Nutzungsbefugnisse in positiver (Herrschaftsbefugnis/Innenseite des Eigentums) wie auch in negativer Hinsicht (Ausschlussbefugnis/Außenseite des Eigentums).<sup>1</sup>

Allerdings hat der Gesetzgeber bereits im Jahre 1811 erkannt, dass es eine solche vorbehaltlose Unbeschränktheit des Eigentumsrechts in positiver und negativer Hinsicht nicht geben kann. „*Alle Rechte schränken sich wechselseitig ein, und niemand darf die Ausübung seines Rechtes so weit ausdehnen, daß hierdurch fremde Rechte gefährdet werden*“.<sup>2</sup>

Insofern besteht die Notwendigkeit, dass der einfache Gesetzgeber die Eigentumsrechte der Einzelnen untereinander soweit beschränkt, dass dadurch keine gravierenden Kollisionen entstehen. *Zeiller* hat als inhaltlichen Leitgedanken einer gesetzlichen **Beschränkung zugunsten des privaten Wohls** angeführt, dass „*dadurch ändern ein beträchtlicher oder den Nachtheil desselben weit überwiegender Vortheil, doch in dem letzteren Falle nur gegen eine angemessene Entschädigung, verschafft werden soll*“.<sup>3</sup>

Die Notwendigkeit, die inhaltliche Weite des § 354 zu modifizieren, besteht aber auch hinsichtlich der **Interessen der Allgemeinheit**, „*zu deren Beförderung der Bürger sich eine Einschränkung gefallen lassen muß*“.<sup>4</sup>

Rechtsdogmatisch lässt sich das Bedürfnis nach Beschränkung des Eigentums über zwei unterschiedliche Ansätze lösen, deren sich das ABGB auch in unterschiedlichen Zusammenhängen bedient: Einerseits Inhaltsschranken, andererseits Ausübungsschranken. Überwiegend wird vertreten, dass § 364 Abs 1 sogenannte Ausübungsschranken enthalte,<sup>5</sup> während § 364 Abs 2 echte Inhaltsschranken normiere.

<sup>1</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 153; *Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup> I § 354 Rz 2 f; vgl auch näher *Kietaibl* in § 354 Rz 2 ff.

<sup>2</sup> *Zeiller*, *Commentar* II/1, 125.

<sup>3</sup> *Zeiller*, *Commentar* II/1, 127.

<sup>4</sup> *Zeiller*, *Commentar* II/1, 127.

<sup>5</sup> *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* § 354 Rz 2; *E. Wagner*, *Gesetzliche Unterlassungsansprüche* 381; *Spielbüchler* in *Rummel*<sup>3</sup> I § 354 Rz 2.

## b) Die zentrale Funktion des § 364 Abs 1

Gem § 364 Abs 1 ABGB findet „*die Ausübung des Eigentumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.*“<sup>2</sup>

Prägend für das Verständnis der Norm, worüber bislang noch kaum eine vertiefte Auseinandersetzung stattgefunden hat, sind die Ausführungen *Spielbüchlers*: „§ 364 ABGB bettet das Eigentumsrecht in die übrige Rechtsordnung ein.“<sup>6</sup> § 364 Abs 1 hat insofern verweisenden Charakter, als damit klar gestellt wird, dass durch andere Gesetze – ohne Einschränkung auf rein zivilrechtliche Normen – das Eigentumsrecht beschränkt werden kann.

Aufgrund der Formulierung des § 364, wonach das Eigentum nur soweit „*ausgeübt*“ werden kann, „*als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen **Einschränkungen** übertreten werden*“,<sup>7</sup> stellt sich die Frage nach Art und Weise der Beschneidung des Eigentums:

Richtet sich die Reichweite des Eigentumsrechts nach seinen Beschränkungen (Inhaltsschranken) oder handelt es sich bei den genannten öffentlichrechtlichen Normen um „bloße“ Nutzungsregelungen (Ausübungsschranken)? Oder kann beides vorliegen? Der Wortlaut der Norm lässt prinzipiell beide Deutungen zu, wenngleich die Betonung (im Hauptsatz) auf der Art und Weise der Ausübung liegt. Denkbar und durchaus naheliegend könnte auch sein, dass sich das ABGB bewusst gar nicht auf die eine oder andere Art der Beschränkung festlegen will, sondern das zivilrechtliche Eigentumsrecht beiden Arten von Beschränkungen unterwerfen will. Fest steht uE jedenfalls, dass die in § 364 Abs 2 und 3 normierten Kriterien der Ortsüblichkeit und Unwesentlichkeit (und Zumutbarkeit) von Immissionen echte Inhaltsschranken des Eigentums bilden, die sowohl nach innen als auch nach außen das Eigentum als Recht gestalten.

Sowohl Inhalts- als auch Ausübungsschranken unterliegen den grundrechtlichen Kautelen, die mit der Gewährleistung des Eigentums als verfassungsgesetzlich eingeräumtes subjektives Recht verbunden sind (Art 5 StGG; Art 1, 1. Zusatzprotokoll EMRK).<sup>3</sup>

## c) Theorie der Inhaltsschranken

Vor allem die ältere Lehre<sup>8</sup> ging davon aus, dass eine Eigentumsbeschränkung nach § 364 das Eigentumsrecht an sich beschneide.<sup>4</sup>

Ganz eindeutig findet sich diese Vorstellung bei *Randa*:<sup>9</sup> „*Eigentum .... ist die durch das objektive Recht gewährte und durch dasselbe begrenzte rechtliche Möglichkeit relativ vollster, unmittelbarer Herrschaft über eine körperliche*

<sup>6</sup> *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> I § 364 Rz 1.

<sup>7</sup> Hervorhebungen durch die Autoren.

<sup>8</sup> *Klang* in Klang<sup>2</sup> II 154.

<sup>9</sup> *Randa*, Eigentumsrecht<sup>2</sup> 1.

*che Sache.*“ Es werde einerseits durch das positive Recht in Hinblick auf das Gemeinwohl und andererseits durch Privatrechte begrenzt, sodass eine „*zeitlich einschränkbare rechtliche Herrschaft*“ bestehe. Die rechtliche Möglichkeit unbeschränkter Verfügung sei somit lediglich innerhalb der Grenzen des objektiven Rechts gegeben.

Auch *Klang* folgt der Theorie der Inhaltsschranken, sodass durch den beschränkenden Tatbestand ein „Vollrecht innerhalb der Beschränkungen“ entstehe.<sup>10</sup> *Klang* unterscheidet hier zwischen **gesetzlichen** und **gewillkürten Eigentumsbeschränkungen**, wobei zur zuletzt genannten Gruppe alle vertraglichen, unter die Privatautonomie fallenden Beschränkungen zu zählen seien.<sup>11</sup> Während nach *Klang* die gewillkürten Beschränkungen keine Veränderung des Rechtsinhalts selbst bewirken, bannen gesetzliche Beschränkungen das Eigentumsrecht von vornherein in engere „*Machtgrenzen*“.<sup>12</sup> *Klang* unterscheidet dann weiters zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, je nachdem, ob sie das Interesse von Einzelpersonen oder der Allgemeinheit verfolgen.<sup>13</sup>

Negativ definiert *Ehrenzweig* den Eigentumsbegriff als das Recht, welches neben den gesetzlichen und vertraglichen Beschränkungen übrigbleibt,<sup>14</sup> welches sich aber im Sinne eines beweglichen Systems erweitert bzw verkleinert, sobald sich die Machtgrenzen der Rechte Dritter verändern (Elastizität des Eigentums).<sup>15</sup>

- 5 Eine durchgehende eigentumsdeterminierende Qualifikation der gesetzlichen Beschränkungen könnte uE somit zur Folge haben, dass es unendlich viele verschiedene Eigentumsbegriffe und -ausprägungen gäbe. Das inhaltliche Können gestaltet und begrenzt zugleich die Befugnisse nach außen.

**Beispiel:** Der Baumeigentümer eines unter Naturschutz stehenden Baums, der diesen nach öffentlich-rechtlichen Naturschutzgesetzen nicht fällen darf, könnte einen Dritten, der sich anschickt, den Baum zu fällen (zB Christbaumdieb), nicht mit der *actio negatoria* davon abhalten, da seinem Eigentum diese Außenbefugnis fehlte.

Der Wortlaut des § 364 ABGB selbst spricht von der „*Ausübung des Eigentumsrechtes*“, die nur innerhalb der Einschränkungen stattfinden darf. Die Verwendung des Wortes „Ausübung“ impliziert, dass es sich **idR eben nur um die Ausübung und nicht um den Umfang des Rechts selbst handelt**.

Die Kompetenzverteilung des B-VG enthält ein weiteres Argument gegen die grundsätzliche Beschneidung des Vollrechts. Gem Art 10 B-VG ist das Zivilrechtswesen, zu dem das Eigentum seit der Schaffung des ABGB 1811 zählt, Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung. Die unzähligen verwaltungsrechtlichen Eingriffsnormen stammen aber zu einem großen Teil auch aus den Gesetzgebungskompetenzen der Länder. Würde man diesen Normen

<sup>10</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 131 f.

<sup>11</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 154; darunter fallen zB Legalservitute und Veräußerungsverbote; näher dazu Rz 29 ff

<sup>12</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 154.

<sup>13</sup> *Klang* in *Klang*<sup>2</sup> II 154.

<sup>14</sup> *Ehrenzweig*, System I/2<sup>2</sup>, 124.

<sup>15</sup> *Ehrenzweig*, System I/2<sup>2</sup>, 125.

eigentumsgestaltende Wirkung zusprechen, so gäbe man im Ergebnis den Landesgesetzgebern weitreichende Kompetenz hinsichtlich zivilrechtlicher Inhalte, was aber gerade in Hinblick auf die enge Ermächtigung der *lex Starzynski* uE wohl sehr zweifelhaft erscheint.<sup>16</sup>

Dennoch wird man uE nicht allen Einschränkungen ihre inhaltliche Dimension schlichtweg absprechen können. Ausübungs- und Nutzungsregeln im Wasserrecht, Naturschutzrecht etc werden uE bloße Ausübungsregeln sein, während *Legalservitute* sowie die Anordnung des Gemeingebrauchs echten Inhaltsschranken doch sehr nahe kommen; vgl etwa OGH 10. 5. 1966, 8 Ob 106/66: Der Gemeingebrauch belastet ein Grundstück wie eine privatrechtliche Servitut. Der Einzelne kann bei Störungen, die von Privaten ausgehen, nur Abhilfe von der Verwaltungsbehörde verlangen.

Letztlich kann und muss es stets auf die einzelne einschränkende Norm ankommen, ob eine Inhaltsschranke intendiert ist (intentionale Inhaltsbegrenzung) oder ob „nur“ die dauernde bzw zeitweise Beschränkung von spezifischen Eigentumsbefugnissen beabsichtigt ist. Das ist wie stets durch Auslegung zu ermitteln. **Bei Ausübungsschranken bleiben alle nicht eingeschränkten Nutzungsbefugnisse und die Rechtsbehelfe zum Schutz des Eigentums aufrecht.** Schließlich wird die Sache durch bloße Ausübungsregeln **wertmäßig** idR dem Eigentümer verbleiben, was für Entschädigungsansprüche, wie Bereicherungs-, Schadenersatz- und Enteignungsansprüche bedeutsam ist.<sup>17</sup>

#### d) Eigentumsbeschränkende Vorschriften als Ausübungsregeln

Nach heute hM hat § 364 ausschließlich verweisenden Charakter<sup>18</sup> und beinhaltet keine Ermächtigung zur weiteren Determinierung des Eigentumsrechts. Gesetzliche Beschränkungen im öffentlichen Recht sowie im Privatrecht sind uE zumeist bloße Ausübungsregeln und Nutzungsbeschränkungen, die das Vollrecht an der Sache nicht beschneiden, sondern „nur“ verbieten, in einer bestimmten Weise zu handeln.<sup>19</sup> Das Eigentumsvollrecht an der Sache bleibt dabei vorhanden und wird durch Nutzungsregelungen beschränkt.

**Beispiel:** Im obigen Beispiel (Rz 6) darf der Baumeigentümer zwar selbst den Baum nicht umschneiden, er ist aber gegen den sich anschleichenden „Christbaumdieb“ selbstverständlich negatorisch geschützt.

Fallen Einschränkungen des öffentlichen Rechts – etwa durch Gesetzesänderungen – weg, bekommt der Eigentümer nicht das Vollrecht an der Sache zurück – denn dieses hat er nie verloren, sondern nur die Erlaubnis, auch nach

<sup>16</sup> Vgl *Schantl*, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in FS Korinek, Wirtschaft und Verfassung in Österreich (1972) 137.

<sup>17</sup> Vgl zB die Regeln der Jagdausübung, die die wertmäßige Zuordnung des Jagdrechts zum Privateigentum unberührt lassen; näher *Kerschner*, Enteignungsentschädigung bei Jagdschäden (2009) 11 ff.

<sup>18</sup> *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> I § 364 Rz 1; OGH 26.4.2000, 3 Ob 201/99a, RdU 2001/49 (*Jabornegg/Kerschner*); *Oberhammer* in Schwimann<sup>3</sup> II § 364 Rz 1.

<sup>19</sup> *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 381 f; *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> I § 362 Rz 1.

außen danach zu handeln.<sup>20</sup> Der Begriff der sogenannten Elastizität des Eigentums beschreibt die Annahme, dass bei Wegfall eines einschränkenden Tatbestands die (vorübergehend) überdeckten Nutzungsbefugnisse wieder zum Vorschein kommen.<sup>21</sup>

Auch unter historischen Gesichtspunkten spricht uE viel dafür, dass der Gesetzgeber im Jahre 1811 grundsätzlich zwar von Ausübungsschranken ausgegangen sein dürfte, zT aber auch echte Inhaltsschranken kannte.

§ 82 Satz 2 des Urentwurfs lautet: „*Wenn ausdrückliche, politische Verordnungen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohls das Eigentumsrecht zuweilen zu beschränken scheinen; so wird dadurch das Eigentumsrecht der Staatsmitglieder keineswegs geschmälert, sondern demselben nur vielmehr eine gemeinnützige Richtung gegeben*“.<sup>22</sup>

Aus der Verwendung der Begriffe „zuweilen zu beschränken scheinen“ wäre wohl zu folgern, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Beschränkung lediglich auf einem Anschein beruht, das Eigentumsrecht selbst aber nicht geschmälert ist. Allerdings wurde gerade **in den Beratungen** dazu ausgeführt, dass es sich oftmals nicht nur um scheinbare Beschränkungen, sondern um **wirkliche Beschränkungen** handle.<sup>23</sup> Dies spräche dafür, dass sich der Gesetzgeber sehr wohl auch zu den sogenannten Inhaltsbeschränkungen bekannt hat.

Der einfache Gesetzgeber kann somit – immer im Rahmen der Verfassung – sowohl Ausübungs- als auch Inhaltsschranken anordnen, wobei letztere doch deutlicher Anordnung bedürfen.

#### e) Eigentumserweiterung als Kehrseite der Eigentumsbeschränkung?

- 8 Es erschiene zumindest im System der Inhaltsschranken theoretisch denkbar, dass zumindest dann, wenn die öffentlich-rechtliche Einschränkung dem privaten Interesse eines anderen dient, die Verkürzung der Nutzungsbefugnisse des einen mit einem „Mehr“ an Freiheit des anderen verbunden ist.<sup>24</sup>

In der Tat vertritt vor allem *Picker* die sogenannte **Eigentumsausgestaltungsthese**, wonach es bei gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen auf einer Seite zu einer Eigentumserweiterung für den durch das Gesetz Begünstigten auf der anderen Seite komme.

Nach den Überlegungen *Pickers* sind bestimmte verwaltungsrechtliche Vorschriften nicht bloß Schutzgesetze (§ 823 Abs 2 BGB bzw § 1311 ABGB), sondern gestalten auch das privatrechtliche Eigentum.<sup>25</sup> Die Zuweisung von

<sup>20</sup> E. Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 381; *Koziol*, Elastizität des Eigentums und Eigentumsgarantie, JBl 1966, 333.

<sup>21</sup> *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 354 Rz 2; *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> I § 354 Rz 2; vgl E. Wagner, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 381.

<sup>22</sup> *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) XXXVII.

<sup>23</sup> *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) zu § 82, 247.

<sup>24</sup> Vgl ähnlich *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 202.

<sup>25</sup> *Picker*, Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von Schutzgesetzen, AcP, 176 (1976) 40.

Normen zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht sei im Falle der deutschen bau-nachbarrechtlichen Bestimmungen ohnehin ein Produkt des Zufalls.<sup>26</sup> Nach *Picker* werde das Eigentumsrecht also durch öffentlich-rechtliche Schutzgesetze mit privatrechtlicher Ordnungsfunktion in seiner Substanz beschnitten oder auch erweitert.<sup>27</sup> Als Beispiel führt etwa *Picker* an, dass die Einhaltung des baurechtlichen Mindestabstands über die Reichweite des nachbarrechtlichen Eigentums relativiert werden könne.

Für Österreich wird diese Sichtweise von Lehre<sup>28</sup> und Rsp<sup>29</sup> **uE zu Recht** **9**  
**abgelehnt**. Der OGH meint zutreffenderweise, dass die Verweisung des § 364 Abs 1 dem Begünstigten kein Recht verleihe. Er geht in den beiden entschiedenen Fällen, in denen die Kl die Verletzung drittschützender Baurechtsnormen über § 364 Abs 1 releviert haben, ausdrücklich davon aus, dass sich aus § 364 Abs 1 kein privatrechtlicher Unterlassungs- bzw Wiederherstellungsanspruch aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ableiten lasse.<sup>30</sup>

Entgegen *Picker* sind die in § 364 Abs 1 genannten „Einschränkungen“ des öffentlichen Rechts idR nicht unmittelbar eigentumsgestaltend. § 364 Abs 1 nimmt eben den Verweis nur in eine Richtung – nämlich nur hinsichtlich der Einschränkung – vor, sodass qua § 364 Abs 1 uE grundsätzlich keine dingliche Veränderung im Recht desjenigen erfolgt, dessen Schutz durch allfällige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen bezweckt wird.<sup>31</sup> Hier handelt es sich entweder um subjektive öffentliche Rechte oder objektive Rechtspositionen.

Zu einer zivilrechtsgestaltenden Wirkung solcher öffentlich-rechtlicher **10**  
Normen kann es allerdings in Anknüpfung an eine **schutzgesetzliche Position** (§ 1311) kommen: Statuiert das öffentliche Recht eine Verhaltensanforderung und stellt diese zivilrechtlich ein abstraktes Gefährdungsverbot gegenüber fremden Rechtsgütern und geschützten Interessen dar, so ist diese Rechtsposition sowohl vorbeugend (sogenannte quasinegatorische Unterlassungsansprüche) als auch restitutorisch geschützt (§ 1311).<sup>32</sup>

#### f) § 364 Abs 1 und verfassungsrechtlicher Eigentumsbegriff

Das Institut Eigentum ist eine – außerordentlich bedeutsame – und einschneidende „Erfindung“ unserer Gesellschaft. Es ist ob ihrer Bedeutung grundrechtlich verbürgt (Art 5 StGG, Art 1, 1. ZPEMRK). **Eingriffe in die Substanz des Eigentums** (Entzug) oder jene in die **Nutzung** (sogenannte Eigentumsbeschränkungen) sind den grundrechtlichen Eingriffsschranken unter-

<sup>26</sup> *Picker*, aaO 47; dieser Befund trifft sicherlich auch für Österreich zu, wenngleich die von *Picker* daraus gezogenen Schlussfolgerungen uE nicht zutreffen.

<sup>27</sup> *Picker*, aaO 42.

<sup>28</sup> *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 380 ff.

<sup>29</sup> EvBl 1968/10 zur Nichtanwendbarkeit des § 364 ABGB iZm einer Verletzung des § 8 Tiroler BauO; OGH 26.4.2000, 3 Ob 201/99a, RdU 2001/49 (*Jabornegg/Kerschner*).

<sup>30</sup> EvBl 1968/10; OGH 26.4.2000, 3 Ob 201/99a, RdU 2001/49 (*Jabornegg/Kerschner*).

<sup>31</sup> *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 383.

<sup>32</sup> Vgl dazu näher *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche 384 ff mwN; *Kerschner*, Nachbarschaftsrecht kompakt<sup>2</sup> Fall 24.

worfen.<sup>33</sup> Das ABGB aus 1811 lieferte dem Grundrechtsgesetzgeber die **Struktur und Grundlage zur Schaffung des Art 5 StGG im Jahre 1867**.<sup>34</sup> § 364 und § 365 erlaubten schon vor den Errungenschaften des StGG – obwohl es noch keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung gab – der Verwaltung nur, zur **Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles** in das Eigentumsrecht einzugreifen.<sup>35</sup>

Der Schutzbereich des Art 1, 1. ZPEMRK umfasst wörtlich das „Recht auf Achtung des Eigentums“. Die EMRK orientiert sich an den Eigentumsordnungen der Gründungsstaaten, schafft aber mithilfe der evolutiven Auslegung<sup>36</sup> einen eigenen autonomen, von nationalen Vorstellungen weitgehend unabhängigen Wesensbegriff des Eigentums.<sup>37</sup> Dieser ist weiter als der **sogenannte zivilrechtliche Kernbereich**.

- 12 In Hinblick auf Eingriffe in den zivilrechtlichen Kernbereich des Eigentums, der sich zweifellos im ABGB und insb im vorliegenden Kontext widerspiegelt, sind die verfassungsrechtlichen Eingriffsvorbehalte jedenfalls anzuwenden. Der **grundrechtliche Begriff der Eigentumsbeschränkung bezieht sich auf Nutzungs- und Ausübungsregelungen**.<sup>38</sup> Aber auch genuin inhaltsbeschränkende Gesetze sind (erst recht) darunter zu subsumieren.

- 13 Nach heute vorherrschender verfassungsrechtlicher Dogmatik müssen Eigentumsbeschränkungen **im öffentlichen Interesse sein und der Verhältnismäßigkeit genügen**, um den **verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit des Eingriffs** zu genügen. Genügt ein solches einfaches Gesetz diesen Anforderungen nicht und lässt es sich auch in dieser Hinsicht nicht verfassungskonform interpretieren, so beschränkt es den Eigentümer iSd § 364 Abs 1 bis zur Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof und verletzt jenen aus grundrechtlicher Sicht bis zu diesem Zeitpunkt.

Die Anforderungen an die sogenannten „Schrankenschranken“ sind für Enteignungen und bloße Eigentumsbeschränkungen gleichermaßen streng auszulegen.<sup>39</sup>

Eigentumsbeschränkungen, die dem Berechtigten jegliche sinnvolle Nutzungsmöglichkeit entziehen, werden als **de-facto Enteignungen** qualifiziert.<sup>40</sup> Diese liegen vor, wenn staatliche Maßnahmen das Eigentum zwar nicht formal

<sup>33</sup> Mayer, B-VG<sup>4</sup> (2007) Art 5 StGG 592; E. Wagner, Demonstrationsschäden im Lichte der Judikatur, JAP 1999/2000, 180 mwN in FN 2 bis FN 8.

<sup>34</sup> Korinek, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Eigentumsschutzes und des Enteignungsrechts in Österreich, in Korinek/Pauger/Rummel (Hrsg), Handbuch des Enteignungsrechts 6.

<sup>35</sup> Schantl, Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vertragsfreiheit als die wichtigsten Grundrechte der Wirtschaft, in FS Korinek, Wirtschaft und Verfassung in Österreich (1972) 141.

<sup>36</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009) Rz 687.

<sup>37</sup> Davon umfasst sind demnach alle privatrechtlichen Vermögenspositionen samt durchsetzbaren Forderungen. Über Eigentumsrechte nach nationalem Recht hinaus sind für den EGMR gerichtlich durchsetzbare Ansprüche und Forderungen, sogenannte „legitimate expectations“, geschützt. Ebenso geschützt sind außerdem das geistige Eigentum und der „goodwill“ eines Unternehmens (vgl OGH 22.2.2000, 1 Ob 37/00y, ÖZW 2001, 52 [E. Wagner]).

<sup>38</sup> Grabenwarter, EMRK<sup>4</sup> (2009) § 25 Rz 12; Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 872.

<sup>39</sup> Grabenwarter, EMRK<sup>4</sup> (2009) § 25 Rz 21 verweisend auf EGMR 19.12.1989, Mellacher u.a./AUT, Nr 13/1988/157/211–213, JBl 1990, 507 = ÖJZ 1990/3.

<sup>40</sup> Grabenwarter, EMRK<sup>4</sup> (2009) § 25 Rz 11.

entziehen, aber so stark einschränken, dass eine sinnvolle Nutzung nicht mehr möglich ist.<sup>41</sup>

g) Beispiele von Einschränkungen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohls

aa) Exkurs: Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie bereits oben dargelegt, handelt es sich bei den in § 364 Abs 1 genannten Gesetzen um solche, die aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht beliebig in das Eigentum eingreifen dürfen. Zu prüfen ist stets das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Interesse am Eingriff und dem Interesse des Einzelnen an der Unversehrtheit seines Eigentums.<sup>42</sup> 14

**Öffentliches Interesse:** Legitim sind ausschließlich Eingriffe zugunsten der Allgemeinheit oder einer definierten Personengruppe. Die höchstgerichtliche Judikatur räumt dem einfachen Gesetzgeber einen großen Spielraum bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses ein. Ein solches wird in der Regel nur dann verneint, wenn eine Verfolgung von Zielen im Allgemeininteresse „keinesfalls“ gegeben ist.<sup>43</sup> Sogar die zwangsweise Eigentumsübertragung von einer Einzelperson auf eine andere kann im öffentlichen Interesse gerechtfertigt sein. Aus dem im englischen Original der EMRK verwendeten Begriff „public interest“ liest der EGMR nicht heraus, dass öffentliches Interesse Gemeingebrauch voraussetze.<sup>44</sup> 15

**Eignung:** Der Gesetzgeber muss – Vorliegen des öffentlichen Interesses vorausgesetzt – zur Verfolgung desselben geeignete Regelungen erlassen. Dies verneint der VfGH meistens nur, wenn die Eignung „von vornherein auszuschließen ist“, also bei offensichtlichen Fehleinschätzungen des Gesetzgebers.<sup>45</sup> 16

<sup>41</sup> EGMR 28.10.1999, *Brumarescu./ROM*, Nr 28342/95, Z 77 (Original-Urteil abrufbar unter: [http://www.menschenrechte.at/orig/99\\_6/Brumarescu.pdf](http://www.menschenrechte.at/orig/99_6/Brumarescu.pdf)), NL 1999, 185.

<sup>42</sup> EGMR 21.2.1986, *James u.a./GB*, Nr 3/1984/75/119, EuGRZ 1988/341 Z 50 = EGMR-E 3, 117 verweisend auf EGMR 23.9.1982, *Sporrong u. Lönnroth./SWE*, Nr. 7151/75 ua Z 69 und 73, EuGRZ 1983, 523 ff = NJW 1984, 2747 = EGMR-E 2, 148.

<sup>43</sup> EGMR 21.2.1986, *James u.a./GB*, Nr 3/1984/75/119 Z 46, EuGRZ 1988/341; *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd 7/1 (2009) § 187 Rz 95 verweisend auf: VfGH 6.10.1987, G 1/87; G 171/87, VfSlg 11.483/1987 = JBl 1988, 370 = ÖJZ 1988/16; 21.6.1989, G 198/88; G 234/88, VfSlg 12.094/1989 = JBl 1989, 713; vgl dazu *Grabenwarter*, Ladenschutz verfassungswidrig, RdW 1989, 264; 12.10.1993, G 124/91 = VfSlg 13.576/1993; vgl *Holoubek/Lang*, Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof, ecolex 1994, 129; 15.6.2005, B 636/04 = VfSlg 17.577/2005.

<sup>44</sup> EGMR 21.2.1986, *James u.a./GB*, Nr 3/1984/75/119, Z 40, EuGRZ 1988, 341 = EGMR-E 3, 117.

<sup>45</sup> Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd 7/1 (2009) § 187 Rz 98 f; verweisend auf: VfGH 23.11.1984, B 600/78, VfSlg 10.236/1984; 10.12.1997, B 1961/96, VfSlg 15.044/1997; 6.12.2002, B1532/01, VfSlg 16.753/2002, vgl *Holoubek/Lang*, Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof, ecolex 2003, 463; 13.12.2007, G 216/06, VfSlg 18.320/2007, vgl *Hensler/Liehr*, Entscheidungen des VfGH – Dezember Session 2007, ÖJZ 2008/22 (205).

- 17 **Notwendigkeit:** Die Notwendigkeit wird von der Judikatur als „zwingendes soziales Bedürfnis“ verstanden und – je nach Schwere des Eingriffs – entsprechend streng ausgelegt.<sup>46</sup> Ausdrücklich verlangt die Judikatur die Subsidiarität der Enteignung, sodass anderen Mitteln wie auch privatrechtlichen Wegen immer der Vorzug zu geben ist.<sup>47</sup>
- 18 **Angemessenheit:** Die Angemessenheitsprüfung iSd EGMR verlangt, dass der Eingriff nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen darf. Es muss grundsätzlich immer das „gelindeste Mittel“ zur Zweckerfüllung gewählt werden. Besondere Relevanz hat die Angemessenheit, wenn durch die Beschränkung des einen Grundrechts ein anderes Grundrecht geschützt werden soll.<sup>48</sup> Je nach Inhalt und Telos der unzähligen Vorschriften, welche in Grundrechte eingreifen, kann die Verhältnismäßigkeit durch verschiedene Voraussetzungen gewahrt werden.<sup>49</sup>

*bb) Beispiele für Eigentumsbeschränkungen*

19 **Aus der Gruppe der Servitute:**

**Legalservitut des Überfliegens (§ 2 LFG)**

Der Luftraum über einem Grundstück gehört zum Liegenschaftseigentum bis zu einer Höhe, in der eine objektive Einwirkung möglich ist.<sup>50</sup> Die Benützung des Luftraumes durch Luftfahrzeuge und Luftfahrtgeräte im Fluge ist frei, soweit sich aus dem LFG nichts anderes ergibt.

**Legalservitut der Duldung der Ablagerung von Schnee (§ 24 BStG)**

Anrainer von Bundesstraßen müssen Schneeablagerungen auf ihrem Grund ohne Entschädigung dulden. Bei über die Winterjahreszeit hinausgehenden Vorkehrungen, wie in Abs 2, 2. Halbsatz leg cit (Ableitungsgräben, Sickergruben), steht dem Grundeigentümer eine Entschädigung nach Maßgabe des § 20 BStG zu.

Beschränkungen des Grundeigentums zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und des Verkehrs stehen im öffentlichen Interesse und stellen daher eine zumutbare Beeinträchtigung dar, die ohne Entschädigung zu dulden ist.<sup>51</sup>

**Legalservitut des Waldeigentümers (§ 33 Abs 1 bis 3 ForstG)**

Gem § 33 ForstG darf jedermann den Wald unter den Einschränkungen des Abs 2 und 3 leg cit zu Erholungszwecken betreten.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Siehe näher *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Bd 7/1 (2009) § 187 Rz 100; VfGH 28.11.1985, B 249/84; VfSlg 10.700/1985.

<sup>47</sup> VfGH 24.6.2006, B 362/06; VfSlg 17.891/2006; 24.9.2007, B 372/06, VfSlg 18.196/2007.

<sup>48</sup> Zum Verhältnis zwischen Eigentumsrecht und verfassungsrechtlich gewährleitetester Versammlungsfreiheit OGH 25.5.1994, 3 Ob 501/94, JBl 1995, 658 (*Karollus/Brunner*); *E. Wagner*, Demonstrationsschäden im Lichte der Judikatur, JAP 1999/2000, 180 mwN in FN 2 bis FN 8.

<sup>49</sup> VfGH 14.10.1993, B 1633/92, ÖJZ 1995/3 = RdU 1994/6 (*B. Raschauer*); verweisend auf *B. Raschauer*, Wirtschaftliche Zumutbarkeit, in *B. Raschauer* (Hrsg), FS Winkler, Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht (1989) 149 (154 ff).

<sup>50</sup> *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> I § 354 Rz 4.

<sup>51</sup> EB RV 242 BlgNR 12. GP zu § 24 BStG.

<sup>52</sup> *B. Raschauer/Wessely*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup> (2001) 196.

**Legalservitute nach WRG (§ 8 Abs 2 WRG)**

Gem § 8 Abs 2 WRG ist als sogenannter „kleiner Gemeingebrauch“ das Tränken und Schöpfen mit Handgefäßen vom Eigentümer privater Taggewässer zu dulden, soweit dadurch weder Rechte Dritter noch öffentliche und private Interessen verletzt werden. Dazu ist aber der erlaubte Zugang zum „Ufer“<sup>53</sup> Voraussetzung.

**Aus der Gruppe der Nutzungsbeschränkungen:** 20

- Nutzungsbeschränkungen aufgrund von Erklärungen zu Europaschutzgebieten, Naturschutzgebieten etc nach den Naturschutzgesetzen der Länder
- Nutzungsbeschränkungen durch Erklärungen von Gebieten zu Wasserschutz- und Wasserschongebieten gem § 34 WRG

**Aus der Gruppe der Duldungspflichten:** 21

In diese Gruppe fallen vor allem **Betretungsrechte Privater** oder **behördlicher Organe** im öffentlichen Interesse, wobei unter möglicher Schonung der Rechte des Eigentümers zu agieren ist.

**Beispiel:** § 72 WRG enthält Duldungspflichten der Eigentümer in den unterschiedlichsten wasserrechtlichen Zusammenhängen: Sie haben das Betreten ihrer Grundstücke soweit zu dulden, „*als sich dies als unbedingt notwendig erweist*“. Entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des Eigentumseingriffs darf es keine andere Möglichkeit geben, etwa Instandhaltungsarbeiten iSd § 72 Abs 1 lit a WRG vorzunehmen.<sup>54</sup> Gleichzeitig muss der das Duldungsrecht in Anspruch Nehmende aber auch Sicherungsmaßnahmen ergreifen und dafür sorgen, dass das Zwangsrecht möglichst schonend ausgeübt wird.<sup>55</sup>

**Aus der Gruppe der Verbote:** 22

- Verbot des Bauens ohne Baubewilligung
- Verbot des Rasenmähens an Wochenenden etc

**Aus der Gruppe der Bewilligungsvorbehalte:** 23

- Baubewilligung nach den BauO der Länder
- Erforderlichkeit einer Rodungsbewilligung nach ForstG etc

*cc) Anordnung von positiven Handlungspflichten  
an den Liegenschaftseigentümer*

Die Norm des § 364 Abs 1 ist uE nicht nur dahin bedeutsam, dass der Eigentümer Einschränkungen bezüglich der ihm zustehenden Nutzungen erleidet, sondern vielmehr auch dahin, dass er zu aktiven Handlungen verpflichtet werden kann, obwohl er nach dem Inhalt des Eigentums an sich untätig bleiben dürfte. § 354 spricht ausdrücklich davon, dass der Eigentümer mit seiner Sache „nach Willkür“ schalten kann. Es entspricht seinem Belieben, kontaminierte

<sup>53</sup> *Akyürek*, Wasserrecht, in N. Raschauer/Wessely (Hrsg), Handbuch Umweltrecht<sup>2</sup> (2010) 245.

<sup>54</sup> OGH 25.11.1997, 1 Ob 197/97w.

<sup>55</sup> Die Notwendigkeit bejaht OGH 9.5.1973, 1 Ob 65/73, SZ 46/47.