

Fragen der Haftung bei pluvialen Überflutungen

Dieter Hutter

Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH, Graz

Kurzfassung: Treten Regenfälle auf, die das örtliche Kanalisationssystem derart belasten, dass es zu Überflutungen und Schäden kommt, so stellt sich die Frage nach der Haftung des Kanalisationsbetreibers. Neben der Haftung nach dem allgemeinen Schadenersatzrecht, welche eine kausale, rechtswidrige und vor allem schuldhaftige Handlung oder Unterlassung voraussetzt, kennt das österreichische Recht auch verschuldensunabhängige Haftungsinstrumentarien in diesem Zusammenhang: das Nachbarrecht, welches nicht nur einen verschuldensunabhängigen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch gewährt, sondern in gewissen Fällen auch einen verschuldensunabhängigen Ersatz in Geld. Dieser sogenannte Ausgleichsanspruch wird von der Rechtsprechung nicht nur in der in § 364a ABGB vorgesehenen Form gewährt, sondern auch in analoger Form, wodurch vor allem Kanalbetreiber zur Haftung herangezogen werden können. Auch wenn dann seitens der potentiell haftenden Betreiber meist sehr schnell der Einwand der höheren Gewalt erhoben wird, wird dieser Einwand nur in den seltensten Fällen von der Rechtsprechung zugelassen. Somit gibt es eine große Diskrepanz zwischen dem Begriff „höhere Gewalt“ in der juristischen Anwendung und im allgemeinen Sprachgebrauch der Bevölkerung und der Medien.

Keywords: Nachbarrecht, Ausgleichsanspruch, §§ 364 ff ABGB, höhere Gewalt, Haftung, Gemeinde, behördlich genehmigte Anlage, Schadenersatz

1 Vorbemerkungen

Das Klima in unseren Breitengraden ist vermehrt von Wetterextremen geprägt: Neben zu kalten bzw viel zu warmen Sommer oder zu warmen und sehr schneearmen Winter nehmen auch schwerste Regenfälle immer mehr zu. Treten massive Regenfälle auf, so kann es zu lokalen Überflutungen kommen, die schwerwiegende Schäden nach sich ziehen können. Von Hochwässern, vor allem „Jahrhunderthochwässer“, wie zu Beginn dieses Jahrtausends, soll gerade nicht die Rede sein. Vielmehr sollen in diesem Beitrag haftungsrechtliche

Fragen im Bezug auf lokal begrenzte Überflutungen nach massiven Regenfällen geklärt werden; wenn bspw der Keller kurzzeitig „schwimmt“, weil die örtliche Kanalisation die Niederschlagswässer nicht mehr aufnehmen kann. Dabei stellt sich regelmäßig auch die Frage nach einem Haftungsausschluss, da der Niederschlag – nach Meinung der haftenden Personen – so massiv war, dass höhere Gewalt vorliegen muss.

Eine umfassende rechtliche Analyse jeglicher Probleme im Zusammenhang mit pluvialen Überflutungen kann hier naturgemäß nicht gegeben werden. Ziel dieses Beitrages ist vielmehr, anhand der Judikatur Haftungsrisiken aufzuzeigen, wobei es auch um die Frage eines Haftungsausschlusses nach einem „Jahrhundertregenfall“ iSv höherer Gewalt gehen wird. Auch sollen Rückstaus im Kanalisationssystem aufgrund von Fremdkörper, deren „verstopfende“ Wirkung eventuell erst aufgrund eines Niederschlages zu tragen kommt, besprochen werden. Wie zu zeigen sein wird, ist nicht jeder Regenguss, der von den Medien zu einem Jahrhundertregenfall hochstilisiert worden ist, in rechtlicher Hinsicht als höhere Gewalt zu bezeichnen. Somit soll auf Seiten der potentiell haftenden Personen ein juristisches „Gefahrenbewusstsein“ geschaffen werden.

2 Haftungsgrundlagen

Da hier gerade nicht vom Bauen in hochwassergefährdetem Gebiet die Rede ist, scheidet das AHG als Haftungsgrundlage aus. Für die Zwecke dieses Beitrages sind die allgemeinen Schadenersatzregelungen der §§ 1293 ff ABGB und vor allem die nachbarrechtlichen Bestimmungen in den §§ 364 ff ABGB von maßgebender Bedeutung. Im Folgenden werden daher in aller Kürze die allgemeinen Grundlagen einer Haftung nach Schadenersatzrecht und nach Nachbarrecht dargestellt, um eine Besprechung des § 364a ABGB anstellen zu können und um schließlich auf höhere Gewalt als Haftungsausschluss zu sprechen zu kommen.

2.1 Allgemeines Schadenersatzrecht – Grundlagen

Generell gilt der Grundsatz, dass jeder selbst das Risiko für seine Güter trägt (§ 1311 Satz 1 ABGB). Das bedeutet, dass der, der einen Schaden erleidet, diesen

grundsätzlich selbst zu tragen hat. Dieser Grundsatz ist aber in mannigfaltiger Weise durchbrochen, sodass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine Überwälzung des Schadens auf einen anderen in Betracht kommen kann. So kann man beim Schadenersatzrecht ganz allgemein von jenem Rechtsgebiet sprechen, das regelt, wann ein Geschädigter die Wiedergutmachung des bei ihm entstandenen Nachteils von einem Anderen begehren kann. Das Schadenersatzrecht hat daher die Funktion, einen Ausgleich für einen erlittenen Nachteil zu gewähren (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/1, 1/13). Daneben lässt sich auch ein Präventionsgedanke finden, da schon die Androhung einer Haftpflicht jeden anspornt, Schadenszufügungen großteils zu vermeiden (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/15). Die Voraussetzungen für eine Haftung nach allgemeinem Schadenersatzrecht sollen im Folgenden erläutert werden.

2.1.1 Die Normen

§ 1293 Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.

§ 1295 (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

(2) [...]

§ 1324 In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens; ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern

berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei.

2.1.2 Schaden

Schadenersatzansprüche können immer nur dann entstehen, wenn ein Schaden eingetreten ist (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/2). Unterschieden wird dabei zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn (*Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1293 Rz 8 [Stand Oktober 2013, rdb.at]; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/34).

§ 1293 ABGB beschreibt als positiven Schaden den Nachteil an Vermögen, Rechten oder an der Person (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/2; *Reischauer* in *Rummel* II/2a³, § 1293 Rz 1). Der positive Schaden ist daher die Minderung eines schon vorhandenen Vermögensgutes, bspw die Zerstörung einer Sache, aber auch das Entstehen einer Verbindlichkeit bzw das Hinzukommen von Passiven oder auch Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (*Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1293 Rz 10 [Stand Oktober 2013, rdb.at]).

- Das Mauerwerk des überfluteten Kellers ist nun stark sanierungsbedürftig. Ein Reparaturunternehmen muss beauftragt werden.

Demgegenüber steht der entgangene Gewinn, der die Verhinderung einer Vermögensvermehrung ist; es gehen also bloße Gewinnaussichten verloren. Beim entgangenem Gewinn geht es also um das, was man hätte, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/34).

2.1.3 Kausalität

Der Schaden kann einerseits durch eine Handlung, also ein Tun, oder aber auch durch ein Unterlassen des Schädigers eingetreten sein, wobei ein Unterlassen nur dann schadenersatzrechtlich relevant ist, wenn eine Verpflichtung zu einem Tun bestanden hat (*Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1294 Rz 2, 4 [Stand Oktober 2013, rdb.at]). Eine Handlung ist für die Schadensverursachung dann kausal, wenn der Schaden bei Wegdenken der Handlung nicht eingetreten wäre (*Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 2 [Stand Oktober 2013, rdb.at]).

- Wirft bspw jemand einen Fremdkörper in einen Kanal und kommt es dadurch zum Rückstau und in der Folge zu Schäden an Gebäuden, so ist Kausalität dann gegeben, wenn gerade dieser Fremdkörper die Ursache für den Rückstau und die eingetretenen Schäden war.

Eine Unterlassung hingegen ist dann kausal, wenn man eine bestimmte Handlung, deren Ausführung auch möglich war, hinzudenkt und der Schaden dann ausgeblieben wäre (*Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 5 [Stand Oktober 2013, rdb.at]; OGH 1 Ob 40/99 k EvBl 1999/146).

- Hat die Behörde bei Bewilligung eines Hauskanals vergessen, eine Rückstauklappe vorzusehen, so ist diese Unterlassung kausal für einen Schaden, wenn eben dieser Schaden bei Vorschreibung und Errichtung einer Rückstauklappe nicht eingetreten wäre.
- Die zu geringe Dimensionierung des Kanals hat eine Rückstauung und einen Schaden an einem Gebäude zur Folge. Wäre der Kanal ausreichend dimensioniert gewesen, wären keine Rückstauung und kein Schaden eingetreten.
- Die Wartungsintervalle für den Kanal wurden nicht eingehalten. Durch diese unterlassene Wartung bricht der Kanal, die anliegenden Grundstücke werden unterspült und die Gebäude erleiden Setzungsschäden. Wären die Wartungsintervalle eingehalten worden, so wäre die Schwachstelle im Kanal entdeckt worden und diese hätte saniert werden können.
- Aufgrund unterlassener Wartung bzw Reinigung bleibt eine Verklausung unentdeckt und es kommt zu Rückstauschäden. Wäre der Kanal ordnungsgemäß gereinigt worden, so wären die Schäden nicht eingetreten.

Doch kommt es im Rahmen der Kausalität zu einer Begrenzung der Haftung, da es sonst zu einer uferlosen Ausweitung der Haftung kommen würde (*Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1295 Rz 12 [Stand Oktober 2013, rdb.at]), wenn man nur auf die Kausalität einer Handlung oder Unterlassung abstellt. Der Schaden muss nämlich adäquat kausal verursacht worden sein. Das heißt, der

Eintritt des Schadens muss vorhersehbar und darf nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung sein.

2.1.4 Rechtswidrigkeit

Ob ein Verhalten rechtswidrig ist, lässt sich nicht primär aus dem Schadenersatzrecht heraus beurteilen. Vielmehr muss auf die Normen der gesamten Rechtsordnung Bedacht genommen werden (*Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1294 Rz 7 [Stand Oktober 2013, rdb.at]). Zentral hierbei ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang, welcher wiederum angewendet wird, um einer uferlosen Haftung vorzubeugen (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/17). Aufgrund rechtswidrigen Verhaltens ist daher nur für jene Schäden zu haften, die vom Schutzzweck der übertretenen Norm erfasst sind, da sie gerade diese Schäden verhindern wollte (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/18). Die übertretene Norm muss also den Schutz des verletzten Gutes bezwecken und einen Schaden dieser Art erfassen (*Reischauer in Rummel II/2a*³ § 1295 Rz 8).

- Schreibt eine Norm bspw den Einbau von Rückstauklappen in einen Hauskanal vor, werden solche Klappen seitens der Behörde allerdings nicht vorgeschrieben und infolgedessen vom Hauseigentümer auch nicht eingebaut, so bezweckt diese Norm den Schutz von fremden Eigentum (das des Hauseigentümers) vor Überflutungen aufgrund von Rückstauungen. Ein Überflutungsschaden aufgrund von Rückstauung wäre somit vom Schutzzweck der Norm und daher vom Rechtswidrigkeitszusammenhang erfasst.

2.1.5 Verschulden

Schließlich muss als vierte und letzte Voraussetzung auch noch Verschulden vorliegen. Verschulden bedeutet dabei persönliche Vorwerfbarkeit des Verhaltens (*Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1294 Rz 56 [Stand Oktober 2013, rdb.at]). Dabei ist zwischen Vorsatz, grober und leichter Fahrlässigkeit zu unterscheiden. Der Verschuldensgrad ist dabei bestimmendes Element für den Umfang des Schadenersatzes (*Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1293 Rz 8 [Stand Oktober 2013, rdb.at]). Bei leichter Fahrlässigkeit haftet der Schädiger für den positiven Schaden, bei grober Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz haftet er zusätzlich auch für den entgangenen

Gewinn (*Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1324 Rz 4 [Stand Juni 2014, rdb.at]).

Zusammenfassend müssen für die Ersatzfähigkeit eines Schadens nachfolgende Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Schaden, Verursachung (Kausalität), Rechtswidrigkeit und Verschulden.

2.2 Nachbarrecht

Das Nachbarrecht, welches den Nachbar vor Zuleitungen und Immission, die von einem anderen Grundstück ausgehen, schützt, ist im ABGB im Regelungsbereich des Eigentumsrechts angesiedelt. Der für diesen Beitrag sehr wichtige § 364a ABGB basiert tatbestandsmäßig auf § 364 ABGB, insofern muss diese Norm zuerst erläutert werden. Denn § 364a ABGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn § 364 Abs 2 ABGB erfüllt ist (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 14).

2.2.1 Die Normen

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

(2) Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.

(3) [...]

§ 364a ABGB Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise verursacht, so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, auch wenn der Schaden durch Umstände verursacht wird, auf die bei der behördlichen Verhandlung keine Rücksicht genommen wurde.

2.2.2 Die allgemeine nachbarrechtliche Haftung – der Abwehranspruch

Das private Nachbarrecht hat den Zweck, einen Ausgleich zwischen den diversen Nutzungsinteressen der Liegenschaftsnachbarn herzustellen (*Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 223), denn grundsätzlich hat der Eigentümer nach § 354 ABGB die Befugnis, mit der Substanz und der Nutzung einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen. § 364 Abs 1 ABGB sieht allerdings vor, dass die Nutzung des eigenen Eigentums nicht so geschehen darf, dass in Rechte von Dritten eingegriffen wird (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 13).

- Abwehranspruch bedeutet, dass der Gestörte einen Anspruch auf Unterlassung bzw Beseitigung geltend machen kann (vgl ausführlicher unten). Im Unterschied zum allgemeinen Schadenersatz, sind diese Ansprüche von einem Verschulden unabhängig.

Bevor auf jene Einwirkungen eingegangen wird, die abgewehrt werden können, muss der persönliche Anwendungsbereich, also der Begriff des Nachbars sowie die Aktiv- (= Klageberechtigung) und Passivlegitimation, geklärt werden. Lehre und Rsp legen den Nachbarbegriff sehr weit aus. Nachbar ist daher nicht nur der unmittelbare Anrainer. Ebenso müssen auch das emittierende und das beeinträchtigte Grundstück nicht unmittelbar aneinander grenzen. Es reicht daher aus, dass die Emissionen ein weiter entfernt liegendes Grundstück erreichen und dieses daher im Einflussbereich des störenden Grundstückes liegt. Beachtet werden muss, dass sich der zivilrechtliche Nachbarschaftsbegriff meistens vom verwaltungsrechtlichen, wie bspw im Baurecht, unterscheidet (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 35).

- Kommt es daher zu einer Rückstauung im Kanalsystem aufgrund von Fremdkörper 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.

Jedenfalls aktiv legitimiert, also abwehrberechtigt, sind der (Mit-)Eigentümer, der Wohnungseigentümer, aber auch der Wohnungseigentumsbewerber und auch sonstige dinglich Berechtigte, soweit deren Rechte berührt sind (Fruchtnießer, Fischereiberechtigter, Kanalservitutsberechtigte), sowie auch der Mieter und Pächter (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 5* [Stand September 2014, rdb.at]).

Passiv legitimiert, also abwehrpflichtig bzw derjenige, gegen den man den Anspruch auf Unterlassung oder Ausgleich richten kann, sind nicht nur der Nachbar, sondern jeder Störer (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 6* [Stand September 2014, rdb.at]). Als unmittelbarer Störer kommt jeder in Betracht, der eine Immission adäquat kausal verursacht. Handelt es sich hierbei um einen Nichteigentümer, so fordert die (umstrittene) Rsp, dass dieser die Liegenschaft für seine eigenen Zwecke benutzt (*Kisslinger, Gefährdungshaftung 42*).

- 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).

Als mittelbarer Störer belangbar ist jeder, der als Grundeigentümer, Nutzungsberechtigter, Mieter oder Pächter das Grundstück für eigene Zwecke nutzt, ein Rechtsverhältnis zum unmittelbaren Störer hat oder diesen die störende Maßnahme ausführen lässt (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 6* [Stand September 2014, rdb.at]).

Bezüglich jener Immissionen, gegen die sich der betroffene Nachbar wehren kann, muss beachtet werden, dass unmittelbare Zuleitungen und auch

grobkörperliche Immissionen jedenfalls abwehrbar sind und zwar nach § 354 ABGB, ohne auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB Rücksicht nehmen zu müssen. Dies gilt auch im Rahmen des § 364a ABGB (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8, § 364a Rz 2* [Stand September 2014, rdb.at]). Von einer unmittelbaren Zuleitung spricht man dann, wenn der Nachbar Handlungen setzt, die für eine Einwirkung auf das andere Grundstück ursächlich sind (*Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 364 Rz 186*).

- Somit können als unmittelbare Zuleitungen bspw Zuleitungen durch ein Abwasserrohr, Brunnenüberlauf oder eine Verschlechterung der Abflussverhältnisse durch Boden- und Nutzungsänderungen des Oberlieggers qualifiziert werden (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8* [Stand September 2014, rdb.at]). Grobkörperliche Immissionen sind feste Körper größeren Umfangs (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8* [Stand September 2014, rdb.at]) und für die Zwecke dieses Beitrages vernachlässigbar.

Bloß geringe Auswirkungen können allerdings dann nicht abgewehrt werden, wenn damit ein schikanöses Verhalten bzw ein Verstoß gegen das nachbarrechtliche Rücksichtnahmegebot verbunden ist (*Lang, RFG 2013, 184*).

- Ob die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches als Schikane zu werten ist, bestimmt sich natürlich nach den Umständen des Einzelfalles. So stellte der OGH fest, dass das Begehren auf Unterlassung einer unmittelbaren Zuleitung nicht bereits deshalb Schikane ist, weil im Falle der Änderung der natürlichen Abflussverhältnisse nur alle 50 bis 100 Jahre mit einer Beeinträchtigung zu rechnen ist (OGH 1 Ob 169/06 v RdU 2007/15).

Bei allen anderen Immissionen, also allen außer unmittelbare Zuleitungen und die hier zu vernachlässigenden grobkörperliche Immissionen, die im § 364 Abs 2 ABGB demonstrativ aufgezählt sind, kommt eine Gewöhnung an ortsübliche Beeinträchtigungen in Betracht (*Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 8* [Stand September 2014, rdb.at]). Das bedeutet: Wenn sich die Immission im Rahmen des Ortsüblichen hält, muss der Beeinträchtigte diese hinnehmen (*Barth/Dokalik/Potyka, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224*). Nur der

Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, dass diese Immissionen nur dann untersagbar sind, wenn eine doppelte Ortsunüblichkeit erfüllt ist: Einerseits muss das Maß der Immission das nach örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und andererseits muss die ortsübliche Nutzung des Grundstückes dadurch wesentlich beeinträchtigt werden (*Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364 ABGB 224). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 25; OGH 8 Ob 372/97 g RdU 1998/122). ME wird man mit *Oberhammer* (in *Schwimann/Kodek* ABGB II⁴ § 364 ABGB Rz 15) hier allerdings ein bewegliches System annehmen können. Dh, dass zwar beide Voraussetzungen kumulativ, allerdings nicht in der gleichen Intensität erfüllt sein müssen.

Unter „Ort“ ist nicht notwendigerweise die politische Gemeinde zu verstehen, sondern die Umgebung (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 898). Insofern kann sich dieser Begriff auch auf kleinere Gebietseinheiten, wenn sich diese wirtschaftlich und bautechnisch unterscheiden, wie ein Viertel oder ein Bezirk (wiederum nicht im politischen Sinn) mit prägender Charakteristik, beziehen (*Feil*, Nachbarrecht² Rz 20, 21).

- So stellen eine Wohngegend und zB ein Bahnhofsviertel unterschiedliche „Orte“ dar. Nur einige Häuser oder Gassen genügen dafür nicht (*Feil*, Nachbarrecht² Rz 20, 21). Auch zwischen einer Wohngegend in der Innenstadt oder am Stadtrand wird man unterscheiden können. Das bedeutet, dass in größeren Ansiedelungen in verschiedenen Stadtteilen Unterschiedliches ortsüblich sein kann (*Steiner*, JBl 1978, 134; vgl auch OGH 2 Ob 661/52 SZ 52/221).
- Diese Unterscheidungen beziehen sich primär auf Immissionen wie Lärm, Schmutz etc. Im Falle von pluvialen Überflutungen wird man wohl auch in größeren Städten, bspw in den acht Landeshauptstädten ausgenommen Wien, zu einer einheitlichen Ortsüblichkeit kommen, da es schwer vorstellbar ist, dass bspw im Grazer Bezirk Innere Stadt Starkregenfälle und Überflutungen ortsüblich sind, im benachbarten Bezirk Geidorf allerdings nicht.

Zur Wesentlichkeit kann gesagt werden, dass hierbei maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist. Es kommt dabei jedenfalls nicht auf

das subjektive Empfinden des Gestörten an, sondern auf das Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen, der sich in der Lage des Gestörten befindet (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 897; RIS-Justiz RS0010607, zuletzt OGH 25.06.2014, 3 Ob 53/14 m) und auch auf die allgemeinen Interessen und gesellschaftlich bedeutsamen Gesichtspunkte Rücksicht nimmt (*Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 Rz 143, 237).

- Mit anderen Worten genügt es 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 dabei zu einer umfassenden nachbarrechtlichen Interessenabwägung (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 897). Beachtet werden muss, dass der Durchschnittsmensch nach dem Grundsatz *minima non curat praetor* handelt und daher den Richter nicht wegen jeder Kleinigkeit anruft (OGH 2 Ob 11/05 i bbl 2005/114 = MietSlg 57.026).

Liegen die soeben geschilderten Voraussetzungen des § 364 Abs 2 ABGB vor und besteht zudem auch noch Wiederholungsgefahr oder eine erstmalige Gefährdung, so kann der bedrohte Nachbar einen Anspruch auf Unterlassung der Immission geltend machen. Allerdings bleibt es dem Störer überlassen, welche Maßnahmen er setzt. Bestimmte Vorkehrungen zur Verhinderung kann der Gestörte grundsätzlich nicht verlangen (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 899, FN 51).

Daneben steht dem beeinträchtigten Grundstückseigentümer auch ein Beseitigungsanspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zu (*Feil*, Nachbarrecht² Rz 23.1), der auf die Entfernung der auf die Liegenschaft gelangten Immissionen (zB Steine, Chemikalien) gerichtet ist (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 899). Wenn die eingedrungenen Immissionen allerdings nicht mehr individualisierbar, also auf der beeinträchtigten Liegenschaft „verloren“ sind oder die Trennung dieses so entstandenen Gemenges wirtschaftlich untunlich ist, steht nur Schadenersatz zu (*Feil*, Nachbarrecht² Rz 23).

Sowohl der Unterlassungs-, als auch der Beseitigungsanspruch sind verschuldensunabhängig (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 899). Ist dem Störer allerdings auch ein Verschulden anzulasten, so gebührt dem Gestörten Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen (§§ 1295 ff ABGB; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 899).

- Hierbei muss wieder erwähnt werden, dass der Grad des Verschuldens das Ausmaß des Schadenersatzes bestimmt.

Ein verschuldensunabhängiger Schadenersatz (= Ausgleichsanspruch) steht dem Gestörten nur im Rahmen des sogleich zu besprechenden § 364a ABGB, allenfalls auch in analoger Anwendung, zu (*Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364 Rz 17 [Stand September 2014, rdb.at]; OGH 1 Ob 39/90 HS 22.590 = JBl 1991, 580 = ecolex 1991, 381 = HS 22.636).

2.2.3 Der Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB

Treten Immissionen auf, die auf eine Bergwerksanlage oder eine sonstige behördlich genehmigte Anlage zurückzuführen sind, so wird dem Gestörten der Unterlassungsanspruch des § 364 Abs 2 ABGB genommen. Stattdessen steht ihm ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch, der einer Enteignungsentschädigung sehr ähnlich ist, zu (*Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364a ABGB 229). Dem Geschädigten steht daher Geldersatz zu.

Die Immissionen sind nicht abwehrbar (*Spielbüchler in Rummel* I³ § 364a Rz 1) und auch zu dulden, wenn sie das Maß des § 364 Abs 2 ABGB übersteigen (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 902).

- Eine ortsunübliche und die ortsübliche Nutzung wesentlich beeinträchtigende Immission, die von einer behördlich genehmigten Anlage ausgeht, kann zwar nicht untersagt werden. Dem Gestörten steht allerdings Geldersatz zu.

Noch einmal erwähnt werden muss, dass auch im Rahmen des § 364a ABGB unmittelbare Zuleitungen keinesfalls zu dulden sind (*Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364a Rz 2 [Stand September 2014, rdb.at]), außer sie sind ausnahmsweise von der behördlichen Genehmigung umfasst (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 32; RIS-Justiz RS0010528). Doch auch hier

muss beachtet werden, dass die Immission eine für den genehmigten Betrieb typische sein muss. Untypische Immissionen müssen nicht geduldet werden und daher entfällt für diese Immissionen wiederum der Ausgleichsanspruch (*Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364a Rz 3 [Stand September 2014, rdb.at]). Immissionen, die das Genehmigungsausmaß überschreiten, müssen ebenso wenig geduldet werden (*Kerschner/Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364a Rz 155).

Bei diesem besonderen Ausgleichsanspruch kommt es auf Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht an (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 902). Dabei stellt der Untersagungsanspruch nach § 364 Abs 2 ABGB die Regel dar, der Ausgleichsanspruch nach § 364a ABGB ist nur die Ausnahme, weswegen eine enge Auslegung von § 364a ABGB geboten ist (RIS-Justiz RS0010659).

Damit es zu einem Ersatzanspruch kommen kann, muss die Immission unzulässig iSd § 364 Abs 2 ABGB sein und daher die oben erläuterten Voraussetzungen erfüllen (*Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁴ § 364a ABGB 230). Somit begründen ortsübliche und/oder unwesentliche Beeinträchtigungen keinen Ausgleichsanspruch, so wie ortsübliche und/oder unwesentliche Beeinträchtigungen im Rahmen des § 364 Abs 2 ABGB auch keinen Unterlassungsanspruch begründen. Noch einmal erwähnt werden muss, dass die Ortsunüblichkeit und die Wesentlichkeit der Immission kumulativ vorliegen müssen.

Damit es sich um eine genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB handelt, benötigt die Anlage selbstverständlich einen Genehmigungsakt (*Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364a Rz 4 [Stand September 2014, rdb.at]). Das Verfahren, in dem dieser Akt ergangen ist, muss die Interessen der Nachbarn in einer Weise berücksichtigen, wie es ein Genehmigungsverfahren nach den §§ 74 ff GewO tut (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 903; OGH 18.02.1975, 4 Ob 619/74 SZ 48/15).

- Wie ein Verfahren nach den §§ 74 ff GewO abläuft, kann für die Zwecke dieses Beitrages vernachlässigt werden. Vielmehr ist Folgendes zu beachten: Auch wenn schwierig festzustellen ist, ob das Verfahren nun ein dem § 74 GewO ähnliches ist, muss berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung § 364a ABGB generell auch auf ähnliche Fälle anwendet

(= analoge Anwendung). Bspw fällt eine Baubewilligung nicht unter den Begriff der Genehmigung nach § 364a ABGB (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 903). Eine direkte Anwendung des § 364a ABGB scheidet daher aus. Dies hindert die Rechtsprechung aber nicht daran, auf von Baubewilligungen gedeckten Anlagen § 364a ABGB analog anzuwenden (vgl zB RIS-Justiz RS0010668).

Bezüglich des Anspruchsumfanges kann festgehalten werden, dass nach hA sowohl der positive Schaden, als auch der entgangene Gewinn gefordert werden können (= volle Genugtuung; *Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364a Rz 10 [Stand September 2014, rdb.at]). Primär gebührt zwar die Wiederherstellung des Zustandes vor der Schädigung (= Naturalrestitution). Wenn diese allerdings untunlich (zB unwirtschaftlich) und unmöglich ist oder aber der Geschädigte die Naturalrestitution schlichtweg ablehnt, so steht dem Geschädigten ebenso Geldersatz zu (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 47). Der Geschädigte hat hier also 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 (*Holzner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 364a Rz 10 [Stand September 2014, rdb.at]).

- Die Haftung des Kanalbetreibers ist im Rahmen des § 364a ABGB, egal ob in direkter oder analoger Anwendung, im Gegensatz zum allgemeinen Schadenersatzrecht in ihrem Umfang verschärft: Wie weiter oben erwähnt, wird die Höhe des Schadenersatzes im allgemeinen Schadenersatzrecht von der Form des Verschuldens bestimmt. Handelt der Schädiger mit grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz, so gebührt dem Geschädigten der positive Schaden und der entgangene Gewinn (= volle Genugtuung). Bei leichter Fahrlässigkeit steht ihm nur der positive Schaden zu. Hier im Rahmen des § 364a ABGB, wo es nicht auf ein Verschulden ankommt, kann von vornherein volle Genugtuung gefordert werden.

Ob Kanalanlagen genehmigte Anlagen iSd § 364a ABGB sind, ist umstritten (*Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁴ Rz 903). Zumindest stellen Hauptkanäle, welche aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses errichtet werden, eine genehmigte Anlage iSd § 364a ABGB dar. Jedenfalls kommt aber eine

analoge Anwendung von § 364a ABGB in Betracht (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 77; OGH 1 Ob 31/78 JBl 1980, 146 = SZ 51/184).

- Die Frage, ob der Betrieb einer Kanalanlage dem Bereich der Hoheitsverwaltung oder doch dem der Privatwirtschaftsverwaltung zugerechnet werden kann, kann hier außer Acht gelassen werden, da es nämlich keine gesetzliche Anordnung gibt, die die nachbarrechtliche Haftung der Gemeinde im Hinblick auf Schäden, die aus einer der allgemeinen Daseinsvorsorge dienenden Anlage resultieren, beschränkt (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 77; RIS-Justiz RS0010537, zuletzt OGH 4 Ob 239/08 p bbl 2008/118 = MietSlg 61.040 = immolex 2009/116 = ecolex 2009/184 = Zak 2009/327). Das bedeutet, auch wenn eine Kanalanlage der Allgemeinheit dient, muss sich der Betreiber (Gemeinde, Abwasserverband etc) dennoch wie ein „ordentlicher“ Nachbar verhalten und eventuell für Immissionen haften.
- Der OGH qualifiziert Wassermassen aus Kanalrückstauungen als unmittelbare Zuleitung (OGH 1 Ob 31/95 RdU 1996/122; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung 78 mwN). Rückstauschäden sind bei diesen Anlagen sehr häufig und daher mit dem Betrieb der Anlage typischerweise verbunden (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 77). Beachtet werden muss, dass unmittelbare Zuleitungen jedenfalls unzulässig sind und es nicht auf Ortsunüblichkeit bzw Wesentlichkeit der Immission ankommt.
- Wurde der Kanal also zu gering dimensioniert und kommt es daher zu einer Rückstauung, so haftet der Kanalbetreiber: Der OGH bejahte einen direkten Ausgleichsanspruch hinsichtlich Schäden im Keller des Nachbarn, die durch Abwässer aus dem Ortskanalsystem entstanden sind (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 77 f; OGH 1 Ob 285/01 w immolex 2002/63 = bbl 2002/71 = MietSlg 54.028).
- Beachtet werden muss, dass es sich um für den Betrieb typische Immissionen handeln muss. Untypische Immissionen können nach § 364 ABGB untersagt werden, wodurch seitens des Betreibers kein Geldersatz nach § 364a ABGB geleistet werden muss. Eine untypische, im Zusammenhang mit Kanalanlagen allerdings schwer vorzustellende Immission wäre zB ein Brand in einem Geschäftslokal (OGH 21.01.2005,

8 Ob 95/04 k RdU-LSK 2005/54). Die Immission muss also im Rahmen der typischen Betriebsgefahr eintreten, die auch im Hinblick auf die höhere Gewalt eine Rolle spielt. Um feststellen zu können, ob es sich bei einer Immission um die Verwirklichung der typischen Betriebsgefahr handelt, muss natürlich der jeweilige Betrieb beurteilt werden. Was Kanalisationsanlagen betrifft, so scheint ein Kanalbruch wohl zur typischen Betriebsgefahr zu gehören. Ebenso, wie oben schon erwähnt, zählt auch eine Rückstauung zur typischen Betriebsgefahr.

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 (OGH 1 Ob 9/86 SZ 59/47 = MietSlg 38.021 = JBl 1986, 719).

- 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.

Vor allem bei Überflutungen des Kanals aufgrund massiver Regenfälle, auf welche die Kanalisation nach Angaben des (beklagten) Betreibers nicht ausgerichtet hätte sein müssen, wird sich regelmäßig die Frage nach einem Haftungsausschluss aufgrund höherer Gewalt stellen, welcher im Folgenden behandelt werden soll.

3 Haftungsausschluss aufgrund höherer Gewalt

3.1 Allgemeines

Wie beim Schadenersatzrecht schon erwähnt, haftet für Zufälle, die einen Schaden verursachen, nach § 1311 ABGB niemand. Liegen keine Gründe vor, um den Schaden auf einen Dritten, also auf den potentiellen Verursacher, überzuwälzen, so trägt der Geschädigte den Schaden an seinem Eigentum selbst (*casus sentit dominus*; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1311 Rz 1 [Stand Juni 2014, rdb.at]). Primär gibt es unterschiedliche Definitionen von höherer Gewalt, die sich allerdings oft nur in ihren Details voneinander unterscheiden. Als Konsens kann man folgende Definition feststellen: Höhere Gewalt ist nach österreichischem Rechtsverständnis 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 Sorgfalt unabwendbar ist (*Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 Rz 339; *Weiß*, Höhere Gewalt 208 f, 217, 217 FN 103). In aller Kürze sollen nun die einzelnen Elemente dieser Definition besprochen werden.

3.2 Die einzelnen Kriterien

3.2.1 Von-außen-Kommen

Ein Ereignis kommt dann von außen, wenn es nicht im Betrieb selbst wurzelt, sondern von außen auf ihn einwirkt. Dieses Ereignis muss daher in den in Frage stehenden Betrieb hineinwirken und schließlich Schaden verursachen. Dabei wird der Begriff des „Betriebs“ sehr weit ausgelegt. Das „Von-außen-Kommen“ darf allerdings nicht räumlich, sondern muss funktional gesehen werden. Daher darf das Ereignis nicht mit dem Betrieb, mit seinen Vorgängen oder mit seinen Einrichtungen in tatsächlichem oder ursächlichem Zusammenhang stehen. Insb darf es zu keinem Versagen der Angestellten des Betriebs kommen. Ein Ereignis, in dem sich die typische Gefährlichkeit der Tätigkeit oder der Anlage verwirklicht, wird nicht als von außen kommend betrachtet (*Weiß*, Höhere Gewalt 212 f).

- Nach hA gehören daher vor allem Naturereignisse zu jenen Ereignissen, die von außerhalb des Betriebs kommen (*Weiß*, Höhere Gewalt 213). Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass jedes Naturereignis immer einen Fall der höheren Gewalt darstellt. Es müssen noch die weiteren Voraussetzungen überprüft werden.

3.2.2 Außergewöhnlichkeit

Hierbei soll dem Haftenden Haftungsfreiheit gewährt werden, weil er nur für jene Schäden haften soll, die sich aus dem Risiko des Betriebes oder seiner Tätigkeit heraus verwirklichen und daher für ihn kalkulierbar sind und deswegen zu den normalen Einflüssen gehören, denen sein Betrieb ausgesetzt ist (*Weiß*, Höhere Gewalt 214 f). Wenn ein Ereignis nicht mit einer gewissen Häufigkeit und Regelmäßigkeit vorkommt, nicht zu erwarten ist und daher vom sorgfältigen Unternehmer nicht in Kauf genommen werden muss, dann ist dieses Ereignis außergewöhnlich (*Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 364 Rz 346; *Weiß*, Höhere Gewalt 215 f; OGH 2 Ob 270/49 SZ 22/103; OGH 8 Ob 620/90 JBl 1992, 124 = ecolex 1992, 225 = HS 20.380).

3.2.3 Keine typische Betriebsgefahr

Der OGH verquickt die Außergewöhnlichkeit des Ereignisses mit der typischen Betriebsgefahr, indem er meint, dass das Ereignis so außergewöhnlich sein muss, dass es nicht als typische Betriebsgefahr angesehen werden kann (*Weiß*, Höhere Gewalt 220; OGH 1 Ob 41/80 SZ 54/64 = JBl 1983, 380; OGH 5 Ob 582/88 wbl 1988, 401). Da der Begriff des „Betriebs“ sehr weit ausgelegt wird, hat dies zur logischen Konsequenz, dass es ein sehr breites Spektrum an möglichen typischen Betriebsgefahren gibt, wodurch die Anwendbarkeit des Haftungsausschlusses der höheren Gewalt beträchtlich geschmälert wird.

- Oben wurde bereits erwähnt, dass Rückstauschäden typisch für eine Kanalisationsanlage sind (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 77).

3.2.4 Elementares Ereignis

Dieses Kriterium wurde in der Rsp bisher am seltensten erörtert. Um diesen Begriff mit Inhalt zu füllen, kann man davon ausgehen, dass ein Ereignis dann

elementar ist, wenn es schlechthin unvorstellbar ist bzw ganz besonders heftig ausfällt (*Weiß*, Höhere Gewalt 224). Der OGH meint, dass das Ereignis so außergewöhnlich sein muss, dass ihm der Charakter des Elementaren zukommt (*Weiß*, Höhere Gewalt 220; OGH 2 Ob 208/83 SZ 57/86 = EvBl 1984/156 = ZVR 1985/132 = JBl 1985, 553).

3.2.5 Unabwendbarkeit

Versucht man zwischen den verschiedensten Meinungen aus der Rechtsprechung und aus der Lehre einen Konsens zu entwickeln, so ist ein Ereignis unabwendbar, 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 (*Weiß*, Höhere Gewalt 226). Ist das Ereignis an sich nicht verhinderbar, wie zB eine Naturgewalt, so müssen jedoch dessen Folgen abgewendet werden (*Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 1 HPflG Rz 176). Die anzuwendende Sorgfalt ist an einem objektiven Maßstab zu messen. Meist wird dazu ein sachkundiger, erfahrener Fachmann herangezogen, der besondere Aufmerksamkeit, Geistesgegenwart und Umsicht an den Tag legt. Dabei kann man durchaus nach Größe und Art des Betriebes differenzieren. Es kommt auch auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit an (*Weiß*, Höhere Gewalt 228 f).

- Der deutsche BGH hielt fest, dass die Haftung ihre Grenzen in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gemeinden und in dem von ihnen vernünftigerweise zu erwartenden Aufwand bei der Auslegung des Kanalsystems findet. Die genaue Grenze hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH III ZR 108/03 NJW 2005, 1185; *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 2 HPflG Rz 74). Somit kann hier auf kleine, finanzschwächere Gemeinden Rücksicht genommen werden.

3.3 Höhere Gewalt im Falle von pluvialen Überflutungen

Kommt es nun zu Überschwemmungsschäden aufgrund von Rückstaus, ausgelöst durch massive Regenfälle, stellt sich meist die Frage nach dem Haftungsausschluss der höheren Gewalt. Wie in den Ausführungen zuvor gezeigt worden ist, ist eine einheitliche Definition schwierig bzw legt die

Definition, die gefunden werden konnte, einen sehr hohen Maßstab an das Vorliegen von höherer Gewalt.

Der beklagte Betreiber der Kanalisationsanlage wird mit dem Einwand, dass höhere Gewalt vorliegt, allerdings nur in den seltensten Fällen durchdringen:

- Der OGH qualifizierte Regenfälle, die alle zwei bzw drei Jahre auftreten, nicht als Elementarereignis. Ebenso können Schäden von Niederschlägen, die einmal in zehn Jahren vorkommen, bei entsprechender Sorgfalt abgewendet werden. Sie sind daher gerade nicht unabwendbar im Sinne der Definition von höherer Gewalt. Folglich kann als Elementarereignis nur ein ungewöhnlicher und seltener Starkregen angesehen werden, auf den die Kanalisation nicht ausgelegt hat werden müssen (*Kisslinger*, Gefährdungshaftung 78 f; OGH 1 Ob 285/01 w immolex 2002/63 = bbl 2002/71 = MietSlg 54.028; vgl für Deutschland auch BGH 26.04.2001, III ZR 102/00).
- Zu einem Sturmereignis hat der OGH anknüpfend an § 38 Abs 3 WRG ausgesprochen, dass der Beobachtungszeitraum für die Frage, ob ein Elementarereignis vorliegt, zumindest 30 Jahre beträgt (OGH 1 Ob 93/00 h RZ 2002/21 = MietSlg 52.204 = Zak 2012/737; beachte auch OLG Wien 29.10.2014, 15 R 175/14 m, dass ein Sturm mit Windgeschwindigkeiten von 97 km/h weder außergewöhnlich noch unerwartbar ist [die Windspitzen im OGH-Judikat betragen 105 km/h]).
- Im Hinblick auf Hochwässer im Jahre 2002 wurde keine Handlungspflicht der Behörden nach WRG festgestellt, da das WRG einen Schutz vor 30-jährlichen und nicht vor 100- bzw 1000- oder 2000-jährlichen Hochwässern bezweckt (OGH 1 Ob 285/04 z RdW 2005/752; OGH 1 Ob 63/06 f RdW 2006/440 = Zak 2006/441 = RdU 2007/31).
- Der deutsche BGH qualifizierte Niederschläge, die seltener als alle 100 Jahre auftreten, als einen Fall von höherer Gewalt (BGH III ZR 108/03 NJW 2005, 1185). Sonst ist die deutsche Rechtsprechung sehr uneinheitlich (vgl die Nachweise bei *Filthaut*, Haftpflichtgesetz⁹ § 2 HPfIG Rz 74):
 - Höhere Gewalt ablehnend: 10-jährige Wiederkehrzeit.

- Höhere Gewalt bejahend: Wiederkehrzeit von 100 Jahren, von 25-30 Jahren, von mehr als 10 bis zu 40 Jahren, von 20 Jahren, von 25-100 Jahren oder auch von 20 Jahren, wenn die Regenrückhaltebecken nicht den veränderten Umständen angepasst wurden.
- Aufgrund der uneinheitlichen deutschen Rechtsprechung wird man für Österreich wohl Folgendes annehmen können: Für Regenfälle, die häufiger als alle 30 Jahre vorkommen, wird eine Haftung des Kanalbetreibers bestehen. Regenfälle, die nur alle 100 Jahre oder sogar noch seltener auftreten, sind heute wohl als höhere Gewalt anzusehen. Niederschläge, die allerdings alle 30-100 Jahre vorkommen, weisen eine solche Wiederkehrwahrscheinlichkeit auf, aufgrund der man höhere Gewalt diskutieren und daher nicht ganz klar annehmen oder ausschließen kann.
- Bei der Beurteilung, ob ein Niederschlagsereignis, das alle 30-100 Jahre wiederkehrt, höhere Gewalt darstellt, kann natürlich keine allgemein gültige Aussage getroffen werden. Angedacht werden kann Folgendes: Da Gemeinden als Verbandseinheiten einer Vielzahl von Menschen doch in einem faktischen Sinne eine sehr hohe Bestandskraft haben und weit länger als 30 Jahre bestehen, wird man wohl zu dem Ergebnis kommen müssen, dass in Zukunft unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit von Abwehrmaßnahmen der konkreten Gemeinde eine Haftungsverschärfung bevorstehen wird. Berücksichtigt man auch die steigende Häufigkeit von schweren Unwettern, so erscheint eine mögliche Haftungsfreiheit ab einer ungefähren Wiederkehrwahrscheinlichkeit von gerade einmal 30 Jahren (solche Niederschläge können daher durchschnittlich auch zweimal im Leben eines Menschen auftreten) nicht überzeugend.

Literatur- und Quellenangaben *Barth/Dokalik/Potyka*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch samt den wichtigen Nebengesetzen²⁴ (Wien 2014); *Feil*, Privates Nachbarrecht und Immissionen² (Wien 2005); *Filthaut*, Haftpflichtgesetz. Kommentar zum Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze⁹ (München 2015); *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1324 (Stand Juni 2014, rdb.at); *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 364, 364a (Stand September 2014, rdb.at); *Kerschner/Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch – Klang Kommentar³ (Wien 2011) §§ 364, 364a; *Kisslinger*, Gefährdungshaftung im Nachbarrecht (Wien 2006); *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.01} §§ 1293, 1294, 1295 (Stand Oktober 2013, rdb.at); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil I³ (Wien 1997); *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; *Koziol – Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht (Wien 2014); *Oberhammer* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB. Praxiskommentar II⁴ (Wien 2012) § 364; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB II/2a³ (Wien 2007) §§ 1293, 1295; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (Hrsg) § 1311 (Stand Juni 2014, rdb.at); *Spielbühler* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³ (Wien 2000) § 364a; *Steiner*, Zur Auslegung des Begriffes der Ortsüblichkeit in § 364 Abs 2 ABGB, JBl 1978, 133; *Weiß*, Höhere Gewalt als Haftungsausschluss (Wien 2009).

Bezugsautor RA Mag. Dieter Hutter, Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH, Schlögelgasse 1, 8010 Graz. Tel: +43 (0)5 08060-271, E-Mail: d.hutter@hba.at, Internet: www.hba.at.