



136g 16/Rm  
/104

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch Senatspräsidentin Dr. Ulrike Neundlinger als Vorsitzende sowie Dr. Wolfgang Poth und Dr. Ulrike Bourcard in der Rechtssache der klagenden Partei 5020 Salzburg, Bayerhamerstraße 2, vertreten durch Dr. Erich Schwarz, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. 5020 Salzburg, Bayerhamerstraße und 2. 5020 Salzburg, Rupertgasse ), beide vertreten durch wegen Unterlassung (Streitwert EUR 34.000,00) über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 7.000,00) und der beklagten Parteien (Berufungsinteresse EUR 34.000,00) gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 28. August 2020, 13 Cg 16/19m-95, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. Der Berufung der beklagten Parteien wird nicht Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird in seinem klagsstattgebenden Teil (1. des Spruchs) bestätigt.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.235,86 (darin EUR 539,31 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung zu ersetzen.

II. Der Berufung der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in seinem klagsabweisenden Teil (2. des Spruchs) dahin abgeändert, dass die Abweisung des Mehrbegehrens im Umfang der Lärmstörung (lit a) und des Eventualbegehrens zu entfallen hat. Im übrigen Umfang (lit b) wird der klagsabweisende Teil (2. des Spruchs) bestätigt.

Die erstinstanzliche Kostenentscheidung (3. des Spruchs) wird dahin abgeändert, dass die beklagten Parteien zur ungeteilten Hand schuldig sind, der klagenden Partei binnen 14 Tagen an Prozesskosten den Betrag von EUR 24.933,31 (darin EUR 3.981,95 USt und EUR 1.041,59 Barauslagen) zu ersetzen.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen an Kosten des Berufungsverfahrens den Barauslagenbetrag von EUR 314,05 zu ersetzen.

III. Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,00.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

#### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die Klägerin ist die Eigentümerin der Liegenschaft EZ 80067 Grundbuch 56537 Salzburg und die Bewohnerin des darauf befindlichen Hauses mit der Anschrift Bayerhamerstraße 12 (und Rupertgasse 8) in der Stadt Salzburg. Die Erstbeklagte (FN 299378m) ist die Eigentümerin der Liegenschaft EZ 80314 Grundbuch 56537 Salzburg mit der Hausanschrift Bayerhamerstraße 10 und der Liegenschaft EZ 80071 mit den Hausanschriften Rupertgasse 10 sowie Virgilgasse 11 und 13. Die Zweitbeklagte (FN 407986f) betreibt als Pächterin an der Adresse Bayerhamerstraße 10 einen Gastbetrieb mit der Bezeichnung „Die Weisse“ und an der Adresse Rupertgasse 10 eine Bar mit der Bezeichnung „Sudwerk“. Die beiden Lokale sind räumlich miteinander verbunden. Die Klägerin wohnt im unmittelbar benachbarten Haus, in dem sie auch ein Geschäftslokal führt.

Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Salzburg vom 10. Dezember 2003 wurde die Erweiterung des Gastronomiebetriebs „Die Weisse“ durch Errichtung einer Bar in den ursprünglich als Lagerraum genutzten Räumlichkeiten bewilligt und die Betriebszeit mit 09:00 Uhr bis 04:00 Uhr festgelegt. Die von Nachbarn erhobenen Einwendungen wurden zurückgewiesen (Beilage ./C). Ihren Berufungen wurde keine Folge gegeben (Beilage ./49). Im Jahr 2011 wurde die Betriebsanlagengenehmigung erweitert (Beilage ./50).

Die Bar „Sudwerk“ wird seit Ende 2004 betrieben. Seit 2005 kam es immer wieder zu Anrainerbeschwerden (Störung der Nachtruhe, Verunreinigungen, Beschädigungen) und eingeleiteten Verwaltungsverfahren, insbesondere wegen einer Vorverlegung der Sperrstunde.

Mit der am 6. Februar 2019 eingebrachten und auf § 364 Abs 2 ABGB gestützten Unterlassungsklage beehrte die Klägerin, die Erstbeklagte als Eigentümerin der Gebäude Virgilgasse 11 und 13, Rupertgasse 10 und Bayerhamerstraße 10 sowie die Zweitbeklagte als Betreiberin der Lokale „Die Weisse“ und der Bar „Sudwerk“ schuldig zu erkennen, gegenüber der Klägerin folgende Einwirkungen auf deren Liegenschaft Bayerhamerstraße 12 zu unterlassen bzw deren Unterlassung zu bewirken:

- a) die Erzeugung nächtlichen Lärms in der Zeit von 24:00 Uhr bis 04:00 Uhr durch Gäste der beiden Lokale, soweit ein Geräuschpegel von 50 dB überschritten wird;
- b) das Urinieren, Erbrechen und sonstige Verschmutzungen, das Zerschlagen von Glaskörpern, das Umwerfen von Mülltonnen und das Läuten von Türglocken der Anrainer durch die Gäste der beiden Lokale.

Die Klägerin brachte vor, seit der Betriebsanlagengenehmigung der Bar komme es im Bereich der Bayerhamerstraße und Rupertgasse immer wieder durch die stark alkoholisierten Lokalgäste in den Nachtstunden zu ungebührlicher Lärmerregung sowie unzulässigen Schallimmissionen und unzumutbaren Belästigungen der Anrainer. Die dadurch bedingten jahrelangen Schlafstörungen hätten zu Gesundheitsproblemen und Erkrankungen sowie zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Klägerin geführt (2 Cg 124/13d des Landesgerichtes Salzburg). Die unzumutbaren Belästigungen seien auch in den Verwaltungsverfahren, etwa im Bescheid des Magistrats vom 7. August 2017, festgestellt worden. Die Lokalgäste würden ihre Aktivitäten direkt vor dem Haus der Klägerin entfalten.

Die Beklagten beantragten die Zurück-, in eventu Abweisung der Klage. Wegen der aufrechten Betriebsanlagengenehmigungen sei der Rechtsweg unzulässig. Die Klägerin sei nicht aktiv klagslegitimiert, weil sie von der Betriebsanlage der Beklagten und deren Gäste und von Immissionen nicht betroffen sei und weil sich die behaupteten Verunreinigungen auf dem öffentlichen Gut ereignet hätten. Die Erstbeklagte sei nicht passiv klagslegitimiert, weil sie für allfällige Immissionen der Lokale nicht hafte. Die behaupteten Immissionen würden nicht vom Grundstück der Erstbeklagten und vom Betrieb der Zweitbeklagten ausgehen. Lärmende Personen in der Bayerhamerstraße seien mangels Gästeeigenschaft nicht den Beklagten zuzurechnen. Allfällige Vorfälle auf einer öffentlichen Straße würden mit der Betriebsanlage nicht mehr zusammenhängen. Die Erstbeklagte habe der Klägerin vor 23 Jahren Lärmschutzfenster eingebaut. Die Ausgangstür vom Lokal „Sudwerk“ in die Bayerhamerstraße werde an den Wochenenden (Freitag und Samstag) versperrt. Eine engagierte Security-Firma Sorge für ein möglichst ruhiges Verlassen der Lokalgäste. Der Hausmeister der Zweitbeklagten sei angewiesen, täglich in der Früh eventuelle „Rückstände“ entlang des Grundstücks der Klägerin zu beseitigen. Wegen der zu 2 Cg 124/13d eingebrachten Klage werde bezüglich der Erstbeklagten Streitanhängigkeit eingewendet. Die Klage sei schikanös, unschlüssig und nicht exequierbar. Allfällige Emissionen wären im Stadtzentrum ortsüblich.

In der Tagsatzung am 25. April 2019 stellte die Klägerin zu ihrem Unterlassungsbegehren hinsichtlich der Erzeugung nächtlichen Lärms (lit a) ein Eventualbegehren, das lautete:

„Die Erzeugung nächtlichen Lärms in der Zeit von 24:00 Uhr bis 04:00 Uhr durch Gäste der

beiden Lokale, soweit das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschritten wird“ (ON 11).

Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2019 erhob die Klägerin ihr Eventualbegehren zu lit a zum Hauptbegehren und modifizierte es dahin, dass die Beklagten schuldig seien, die Erzeugung störenden Lärms in der Zeit von 24:00 Uhr bis 04:00 Uhr durch Gäste der beiden Lokale, wodurch die nächtliche Ruhe der Klägerin gestört wird, zu unterlassen. Das ursprüngliche Hauptbegehren (ON 1) stellte sie als Eventualbegehren (ON 16).

In der Tagsatzung am 1. Oktober 2019 boten die Beklagten der Klägerin vergleichsweise den Austausch ihrer Fenster auf ihre Kosten an, und zwar durch Lärmschutzfenster mit einem Dämmwert von 47 dB mit starrer Lüftung im Schlafzimmer (S 2 in ON 46 = AS 243). Zur Bereinigung aller Unterlassungsbegehren boten die Beklagten vergleichsweise die Errichtung einer Rundum-Kameraanlage und einer Lichtanlage mit grellem Licht am Haus der Klägerin an (S 14 in ON 46 = AS 254). Mit Schriftsatz vom 28. Februar 2020 boten die Beklagten der Klägerin vergleichsweise den Austausch ihrer Schlafzimmerfenster in der vom Sachverständigen (ON 59) empfohlenen Ausführung an (ON 64). Wegen der Nichtannahme der Vergleichsangebote durch die Klägerin brachten die Beklagten vor, dass die Wiederholungsgefahr und das Rechtsschutzinteresse weggefallen sowie die Klage schikanös sei.

Mit dem angefochtenen Urteil (in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 15. September 2020, ON 96) wurden die Erstbeklagte als Eigentümerin der Gebäude Rupertgasse 10 und Bayerhamerstraße 10 und die Zweitbeklagte als Betreiberin der beiden Lokale schuldig erkannt, gegenüber der Klägerin folgende Einwirkungen auf deren Liegenschaft Bayerhamerstraße 12 zu unterlassen bzw deren Unterlassung zu bewirken:

lit a) die Erzeugung störenden Lärms in der Zeit von 24:00 Uhr bis 04:00 Uhr durch Gäste der beiden Lokale außerhalb dieser Lokale durch über normale Gesprächslautstärke hinausgehendes Lärmen, insbesondere laute Gespräche, Schreien und Grölen, wodurch die nächtliche Ruhe der Klägerin gestört wird;

lit b) das Urinieren, Erbrechen und sonstige Verschmutzungen sowie das Zerschlagen von Glaskörpern durch die Gäste der beiden Lokale (1.).

Die Mehrbegehren, die Erstbeklagte sei zudem als Eigentümerin der Gebäude Virgilgasse 11 und 13 zur Erwirkung von Unterlassungen verpflichtet, sowie beide Beklagten seien weiters schuldig, folgende Einwirkungen zu unterlassen:

lit a) die Erzeugung störenden Lärms in der Zeit von 24:00 Uhr bis 04:00 durch die Gäste der beiden Lokale, wodurch die nächtliche Ruhe der Klägerin auch über Punkt 1. lit a hinaus

gestört werde,

lit b) das Umwerfen von Mülltonnen und das Läuten an Türglocken der Anrainer durch die Gäste der beiden Lokale,

sowie das Eventualbegehren, die Beklagten seien zu Unterlassungen wie Punkt 2. lit a verpflichtet, soweit ein Geräuschpegel von 50 dB überschritten werde,

wurden abgewiesen (2.).

Weiters wurden die Beklagten zur ungeteilten Hand zum Ersatz von EUR 10.528,51 an Prozesskosten der Klägerin verpflichtet (3.).

Das Erstgericht traf auf den Seiten 7 bis 11 (AS 479 bis 483) des Urteils jene Tatsachenfeststellungen, auf die verwiesen wird. Zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt seien noch folgende Feststellungen hervorgehoben:

Im Bescheid vom 10. Dezember 2003 über die Betriebsanlagengenehmigung wurden die Einwendungen verschiedener Nachbarn, darunter die Klägerin, als unzulässig zurückgewiesen, weil das Verhalten der Gäste außerhalb der Betriebsanlage nicht der Betriebsanlage zugerechnet werden könne.

Das Haus der Klägerin befindet sich an der Straßenkreuzung Bayerhamerstraße/Rupertgasse. Unmittelbar an der Ecke Rupertgasse/Bayerhamerstraße befindet sich der Geschäftseingang zum Geschäftslokal der Klägerin, das über mehrere Stufen zu erreichen ist. Die Wohnung der Klägerin befindet sich im zweiten Stock, wobei das Schlafzimmer an der Hausecke situiert und das Schlafzimmerfenster Richtung Rupertgasse ausgerichtet ist. In der Bayerhamerstraße besteht zwischen Rupertgasse und Schallmooser Hauptstraße zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr ein Nachtfahrverbot (ausgenommen Anrainer und Tiefgaragenzufahrt).

Seit der Eröffnung des Lokales Sudwerk kommt es beim Lokalbetrieb zwischen 00:00 Uhr und 04:00 Uhr immer wieder zu Lärm auf der Straße durch die die beiden Lokale verlassenden Gäste. Diese unterhalten sich teilweise in normaler Lautstärke, teilweise stehen sie auch in Gruppen im Bereich des Hauses der Klägerin zusammen und unterhalten sich laut bis schreiend bzw grölend und lärmend. Teilweise kommt es auch zu lautstarken Streitereien. An Freitagen und Samstagen sowie an den Abenden vor Feiertagen halten sich besonders viele Personen in den Lokalen auf und ist in diesen Nächten die Lärmbelästigung durch schreiende und grölende Personen, die die beiden Lokale verlassen, noch größer.

Personen, die die beiden Lokale verlassen, halten sich auch immer wieder beim Stiegenaufgang zum Lokal der Klägerin auf. Diese Personen stellen dort teilweise Gläser bzw

Glasgebinde ab, die teilweise aus den Lokalen der Beklagten stammen. Teilweise werden Gläser oder Flaschen zerbrochen und die Scherben dort hinterlassen. Es kommt auch immer wieder vor, dass Lokalgäste im Stiegenaufgangsbereich der Klägerin bzw unmittelbar entlang des Hauses der Klägerin sich übergeben bzw dort urinieren, wobei es auch zu Verschmutzungen am Haus der Klägerin kommt.

Zu Fuß gehende Personen, die sich in normaler Lautstärke unterhalten, sind in den Nachtstunden im städtischen Bereich üblich, nicht hingegen lautes Herumschreien. Andere Lokale, die nach Mitternacht noch geöffnet hätten, befinden sich im näheren Umkreis des Hauses der Klägerin nicht. Dass Gäste der Lokale der Beklagten in der Nacht bei der Klägerin anläuten würden oder Mülltonnen der Klägerin umwerfen würden, konnte das Erstgericht nicht feststellen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht zusammengefasst aus:

Der Rechtsweg für die auf § 364 Abs 2 ABGB gestützte Unterlassungsklage sei zulässig. Die Betriebsanlagengenehmigung vom 10. Dezember 2003 schließe Unterlassungsansprüche der Nachbarn nach § 364 Abs 2 ABGB nicht aus, weil im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren – wie auch hier – nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung der lokalbezogene Lärm, der von Kunden außerhalb des Lokals hervorgerufen werde, nicht berücksichtigt werde (3 Ob 2413/96s).

Dem Unterlassungsanspruch der Klägerin stehe das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit nicht entgegen, weil Gegenstand des Verfahrens 2 Cg 124/13d kein Unterlassungsbegehren, sondern ein Schadenersatzanspruch der Klägerin auf Schmerzensgeld sei.

Nach § 364 Abs 2 ABGB müsse die Einwirkung, die untersagt werden soll, vom Grund des Nachbarn ausgehen. Aber auch der durch Gäste eines Gastronomiebetriebs bei Benützung der öffentlichen Straße hervorgerufene lokalbezogene Verkehrslärm sei dem Betreiber eines Restaurants zuzurechnen (RIS-Justiz RS0106885). Da ein Gastronomiebetrieb den Nutzen aus dem Kundenverkehr ziehe, habe sich der Eigentümer eines Grundstücks und auch der Mieter eines darauf betriebenen Unternehmens diese Lärmimmissionen zurechnen zu lassen, weil sie mittelbar vom Grundstück (vom Lokal) ausgehen würden (3 Ob 2413/96s).

Nichts anderes könne für den Lärm gelten, der durch die Gäste, die ein Lokal verlassen und sich im unmittelbaren Umkreis davor aufhalten, verursacht werde. Auch dieses Verhalten sei als mittelbar vom Grundstück des Lokales ausgehend zu qualifizieren. Die Zweitbeklagte könne somit auf Unterlassung im Zusammenhang mit Lärm ihrer Gäste auf der Straße im unmittelbaren Nahbereich ihres Lokales in Anspruch genommen werden. Der Bereich vor dem Haus der Klägerin, das unmittelbar an das Gebäude, in dem sich die Lokale befinden, anschließt, sei noch als unmittelbarer Nahbereich zu qualifizieren. Unterlassung könne nicht

nur vom unmittelbaren Störer, sondern auch vom mittelbaren Störer – jener, der die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit habe, die auf ihn zurückgehende, seine Interessenwahrung dienende, aber unmittelbar von Dritten vorgenommene Störhandlung zu steuern und gegebenenfalls auch zu verhindern – begehrt werden (RIS-Justiz RS0103058). Damit könne sich die Erstbeklagte als Liegenschaftseigentümerin nicht auf mangelnde Passivlegitimation berufen, würden doch dem Bestandgeber Einwirkungsmöglichkeiten auf ein Wohlverhalten des Bestandnehmers zukommen.

Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch sei, dass die Immissionen das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstücks wesentlich beeinträchtigen. Maßgebend seien die Verhältnisse in der unmittelbaren Umgebung beider Liegenschaften (8 Ob 61/19g). Als ortsüblich könnten im relevanten Gebiet nur normale Gespräche von Passanten qualifiziert werden. Lautstarke Unterhaltungen, Schreien und Grölen könnten hingegen nicht als ortsüblich bewertet werden. Solche Lärmimmissionen würden nahezu ausschließlich von Gästen, die die Lokale der Beklagten verlassen haben, ausgehen (RIS-Justiz RS0037188). Es komme nicht bloß auf die Lautstärke, sondern auch auf die Intensität, Häufigkeit und die Tages- oder Nachtzeit an. Bei einer wiederholt empfindlich gestörten Nachtruhe von Hausbewohnern könne in aller Regel keine ortsübliche Immission mehr erkannt werden (1 Ob 594/94). Die nächtliche Lärmerregung durch laute Gespräche, Schreien und Grölen sei als nicht ortsüblich zu qualifizieren.

Dass die Lärmimmissionen seit Jahren andauern, sei rechtlich unbeachtlich. Nach der jüngeren Rechtsprechung werde die Rechtsansicht, dass das mehrjährige Hinnehmen einer Immissionsbeeinträchtigung durch Anrainer die nicht rechtzeitig abgewehrten Einwirkungen ortsüblich machen könnten, abgelehnt (RIS-Justiz RS0117865 und RS0124364).

Bei der Beurteilung der wesentlichen Beeinträchtigung sei auf das Empfinden eines durchschnittlichen Bewohners des betroffenen Grundstücks abzustellen (RIS-Justiz RS0010557). Eine Lärmbeeinträchtigung in einer Wohngegend durch laute Gespräche, Schreien und Grölen sei geeignet, einen durchschnittlichen Bewohner aus dem Schlaf zu reißen. Eine solche Störung der nächtlichen Ruhe stelle eine die ortsübliche Nutzung einer Wohnung beeinträchtigende Immission dar.

Nach der oberstgerichtlichen Rechtsprechung sei eine präzise Anführung von Messeinheiten zur deutlichen Kennzeichnung der Unterlassungspflicht nicht notwendig (1 Ob 594/94, 1 Ob 96/03d; vgl 3 Ob 2413/96s).

Das Klagebegehren sei allerdings zu weit gefasst. Zum einen habe sich die Klägerin in ihrem gesamten Vorbringen nur auf die Lokale mit den Adressen Rupertgasse 10 und

Bayerhamerstraße 10 bezogen. Auf ein Objekt Virgilgasse 11 und 13 sei sie nie eingegangen. Die Unterlassungsbegehren könnten daher nur die Gebäude Rupertgasse 10 und Bayerhamerstraße 10 betreffen. Wie sich zudem aus dem gesamten Vorbringen ergebe, erachte sich die Klägerin durch die Gespräche bzw das Schreien der Gäste, die die Lokale der Beklagten verlassen, gestört. Das Klagebegehren umfasse jedoch seinem Wortlaut nach die Unterlassung jeder Art von Lärm, der durch Gäste der Lokale verursacht werde und die nächtliche Ruhe störe. Darin wäre auch Lärm der Gäste in den Lokalen sowie etwa auch der Lärm durch Zu- und Abfahrt zu den Lokalen eingeschlossen. Dass das Klagebegehren in diesem Sinne gemeint sei, lasse sich aus dem Vorbringen nicht ableiten. Vielmehr habe die Klägerin selbst darauf verwiesen, dass das Verhalten der Gäste außerhalb der Lokale der Klagsführung zugänglich sei. Eine Lärmbelästigung durch Zu- und Abfahren sei nicht behauptet worden. Diese Ausführungen würden auch für das erhobene Eventualbegehren gelten, sodass das Eventualbegehren, soweit es aufgrund der Teilabweisung des Hauptbegehrens schlagend geworden sei, ebenfalls abzuweisen gewesen sei.

Diese Grundsätze der Zurechnung des Verhaltens der Gäste der Lokale der Beklagten würden auch für die durch deren Gäste an der Liegenschaft der Klägerin verursachten Verunreinigungen gelten, die als direkte Zuleitung iSd § 364 Abs 2 letzter Satz ABGB zu qualifizieren und damit jedenfalls zu unterlassen seien. Dabei beziehe sich das Unterlassungsbegehren der Klägerin ohnehin nicht auf Verunreinigungen auf öffentlichem Grund, sondern nur auf die Liegenschaft der Klägerin.

Dass die Gäste der Lokale der Beklagten auch bei der Wohnung der Klägerin angeläutet oder ihre Mülltonne umgeworfen hätten, stehe nicht fest, sodass ein diesbezüglicher Unterlassungsanspruch nicht zu Recht bestehe.

Die Kostenentscheidung stütze das Erstgericht auf die §§ 43 Abs 1 und 54 Abs 1a ZPO. Dabei bewertete das Erstgericht das Unterliegen der Klägerin hinsichtlich beider Unterlassungsbegehren mit einem Drittel.

Gegen dieses Urteil richten sich die rechtzeitigen Berufungen sowohl der Beklagten als auch der Klägerin.

Die Beklagten bekämpfen den Urteilszuspruch in den Punkten 1. a und b sowie 3., sie machen als Berufungsgründe Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtige rechtliche Beurteilung samt sekundärer Feststellungsmängel geltend und beantragen Abänderung dahin, dass das Klagebegehren abgewiesen wird. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag im Umfang der Anfechtung gestellt.

Die Klägerin bekämpft die Abweisung des Klagebegehrens im Punkt 2. des Urteilspruchs und

die Kostenentscheidung, sie macht als Berufungsgründe unrichtige rechtliche Beurteilung, unrichtige Tatsachenfeststellung sowie Mangelhaftigkeit des Verfahrens geltend und bekämpft weiters das Urteil im Kostenpunkt. Sie begehrt Abänderung dahin, dass in den Urteilszusprüchen im Punkt 1. lit a und lit b das Umwerfen von Mülltonnen eingefügt wird, sowie, dass die Abweisung des Mehrbegehrens gemäß Punkt 2. lit a und b zu entfallen hat. Im Kostenpunkt wird Abänderung dahin beantragt, dass ihr die gesamten Verfahrenskosten zugesprochen werden. Hilfsweise wird ebenfalls ein Aufhebungsantrag gestellt.

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten haben jeweils fristgerecht eine Berufungsbeantwortung erstattet, mit der sie jeweils beantragen, der gegnerischen Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt. Die Berufung der Klägerin ist teilweise berechtigt.

#### I. Zur Berufung der Beklagten:

Mit ihrer Mängelrüge (1. der Berufung) behaupten die Beklagten einen erstgerichtlichen Verstoß gegen § 405 ZPO. Der Urteilszuspruch zu 1. lit a entspreche nicht dem am 22. Mai 2019 modifizierten Hauptbegehren, weil der Klägerin etwas zugesprochen worden sei, das sie nicht mehr begehrt habe, nämlich den Zusatz „die Unterlassung zu bewirken“.

Im von den Beklagten genannten Schriftsatz wurde das bisherige Eventualbegehren modifiziert und als Hauptbegehren gestellt (S 2 in ON 16 = AS 112). Das bisherige Eventualbegehren wurde in der Tagsatzung am 25. April 2019 erhoben. Dabei wurde nicht mehr das gesamte Urteilsbegehren zu 1. wiedergegeben, sondern nur die lit a neu formuliert (S 9 in ON 11 = AS 87). Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der Einleitungssatz des Unterlassungsbegehrens laut 1. der Klage nicht aufrecht erhalten worden wäre. Aber selbst dann, wenn das Erstgericht diesen beanstandeten Zusatz von sich aus in den Urteilsspruch aufgenommen hätte, wäre darin nicht ein Verstoß gegen § 405 ZPO, sondern bloß eine Konkretisierung und Verdeutlichung des Unterlassungsgebotes zu erblicken (vgl RIS-Justiz RS0041254).

Mit ihrer weiteren Mängelrüge (2. der Berufung) werfen die Beklagten dem Erstgericht Stoffsammlungs- und Begründungsmängel vor.

Soweit die Beklagten kritisieren, dass das Erstgericht den beantragten Lokalaugenschein nicht durchgeführt habe (lit a), ist festzuhalten, dass die Beklagten in der Tagsatzung am 23. Juni 2020 auf die Durchführung eines Ortsaugenscheines verzichtet haben (S 3 in ON 88 = AS 415).

Im Übrigen kritisieren die Beklagten, dass das Erstgericht keine objektivierbaren Erhebungen

über eine tatsächliche Störung der Nachtruhe der Klägerin getroffen habe, wobei es nicht auf sensible Nachbarn, sondern auf Durchschnittsmenschen ankomme, auch nicht darüber, dass die Häuser der Parteien im Stadtviertel Schallmoos, also im innerstädtischen Bereich mit zahlreichen Lokalen liegen würden und dass schon der Straßenlärm die Nachtruhe der Klägerin stören könne (lit b bis f der Mängelrüge). Die Beklagten nennen aber keine Beweisanträge, denen das Erstgericht nicht nachgekommen wäre. Dass durch die Modifizierung des Klagebegehrens der einleitende Haftungskopf (Einleitungssatz) nicht entfallen ist (lit e der Mängelrüge), wurde schon ausgeführt. Hinsichtlich der von der Klägerin vorgelegten und vom Erstgericht verwerteten Videodateien (lit g der Mängelrüge) führen die Beklagten keine Gesetzesstelle an, weshalb das Erstgericht diese Videodateien sowie die von den Beklagten vorgelegten Transkripte nicht zum Akt nehmen hätte dürfen. In die Urkundenbeilagen ./53 und ./54 (lit h der Mängelrüge) hat das Erstgericht ohnehin eingesehen (US 6 letzter Absatz). Allerdings ergibt sich schon aus den Ausführungen in der Mängelrüge, dass diese Transkripte nicht nur die Wiedergabe von Wahrnehmungen, sondern auch eigene Schlussfolgerungen der Beklagtenseite enthalten. Auch zum Schlafverhalten der Klägerin im Verhältnis zu einem durchschnittlich empfindlichen Menschen (lit i der Mängelrüge) führen die Beklagten keinen Beweis Antrag an, der nicht aufgenommen worden wäre. Zusammenfassend hat das Erstgericht sowohl ein umfangreiches Beweisverfahren durchgeführt als auch ein ausführliches Urteil ausgefertigt und liegen weder Stoffsammlungs- noch Begründungsmängel des Erstgerichtes vor, sodass die Mängelrüge nicht berechtigt ist.

Mit ihrer Tatsachenrüge bekämpfen die Beklagten die festgestellten Lärmbelästigungen der Klägerin durch die Lokalgäste vor ihrem Haus in den Nachtstunden (US 9 letzter Absatz). Sie begehren die Ersatzfeststellung, dass nicht festgestellt werden kann, ob die nächtliche Ruhe der Klägerin durch die Lokalgäste der Beklagten gestört wird (S 16 der Berufung). Nach Ansicht der Beklagten hätten insbesondere die widersprüchlichen Zeugenaussagen, die nicht erfolgte Lärmmessung, die mangelnde Beziehung eines medizinischen Sachverständigen und die mangelnde Verwertbarkeit der vorgelegten Videos das Erstgericht zu einer Negativfeststellung veranlassen müssen (lit a der Tatsachenrüge).

Die bekämpften Feststellungen hat das Erstgericht in der Beweiswürdigung ausführlich (über mehrere Seiten) begründet und sich dabei auch mit den vielen Zeugenaussagen auseinandergesetzt (US 11ff). Dass es sich bei den im Video Beilage ./JJ aufgenommenen Lärmbelästigungen um eine „lupenreine nächtliche Ruhestörung“ handelt, die über das normale Maß der im städtischen Bereich durch Gespräche und vorbeifahrende Autos hervorgerufenen Lärmbelästigungen hinausgehen, ist den Ausführungen des beigezogenen Sachverständigen deutlich zu entnehmen (S 9 in ON 88 = AS 421). Dass die Lärmbelästigungen von den die Lokale der Beklagten verlassenden Gästen ausgehen, hat

das Erstgericht nachvollziehbar insbesondere auf die Videoaufnahmen, auf die örtlichen Gegebenheiten und auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützt (US 12). Abgesehen von den vorgelegten Videos und den zahlreichen Zeugenaussagen, auf die die Klägerin zutreffend hinweist (S 6f der Berufungsbeantwortung), sprechen auch insbesondere die Beschwerden der Anrainer beim Gewerbeamt von 2005 bis 2008 (Beilage ./16), der Inhalt des Bescheides vom 7. August 2017 (Beilage ./A), der Inhalt des Gutachtens vom 1. Juli 2014 (Beilage ./B), die Unterschriftenlisten der Anrainer (Beilagen ./E und ./L), die Beschwerdebriefe verzweifelter Anrainer (Beilagen ./Q, ./R, ./Z und ./BB) sowie die vorgelegten Fotos (Beilagen ./Z, ./EE und ./KK) eindeutig für die behaupteten Missstände, nämlich sowohl für die unzumutbaren Lärmbelästigungen als auch für die unzumutbaren Verunreinigungen, die jeweils von den Lokalgästen der Beklagten ausgehen.

Die Beklagten bekämpfen nämlich auch die festgestellten Verunreinigungen im Stiegenaufgang und entlang des Hauses der Klägerin durch die Lokalgäste (US 10). Sie begehren auch insoweit eine Negativfeststellung. Eine Zuordnung der Verunreinigungen an die Lokalgäste könne nicht erfolgen, zumal das Erstgericht hierzu weder Namen noch Adressen noch Tatzeiten festgestellt habe (lit b der Tatsachenrüge).

Auch diese Feststellung hat das Erstgericht überzeugend begründet und lebensnah sowohl die Verunreinigungen als auch die hinterlassenen Gebinde den Lokalgästen der Beklagten zugeordnet (US 14f). Die soeben genannten Urkunden bestätigen nicht nur die die Nachtruhe der Klägerin störenden Lärmbelästigungen, sondern auch die nicht zu duldenen Verunreinigungen beim Haus der Klägerin.

Weiters (lit c der Tatsachenrüge) bekämpfen die Beklagten die erstgerichtliche Negativfeststellung zum Verhalten der Security-Mitarbeiter (US 10 unten), sie begehren eine positive Ersatzfeststellung (S 18 der Berufung).

Auch diese Feststellung hat das Erstgericht ausführlich begründet (US 15f). Mit diesen erstgerichtlichen Argumenten setzen sich die Beklagten nicht auseinander. Abgesehen davon ist eine Entscheidungswesentlichkeit nicht erkennbar.

Schließlich (lit d der Tatsachenrüge) bekämpfen die Beklagten die Ausführungen des Erstgerichtes, wonach für die Ortsüblichkeit von Lärmimmissionen auf einen eher kleinräumigen Bereich abzustellen sei (US 19, dritter Absatz), mit dem Argument, dass das Grundstück der Klägerin nicht in einem reinen Wohngebiet liege.

Die bekämpfte erstgerichtliche Ausführung ist keine Feststellung, sondern eine rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes. Zur Lage des Grundstücks der Klägerin und anderer Lokale hat das Erstgericht ohnehin ausdrückliche Feststellungen getroffen (US 9, zweiter Absatz, und US 11, erster Absatz). Dazu kommt in tatsächlicher Hinsicht das verhängte Nachtfahrverbot

(US 9, dritter Absatz), das doch den Schluss zulässt, dass es sich in der Bayerhamerstraße um ein Wohngebiet handelt.

Zusammenfassend gelingt es den Beklagten mit ihren Berufungsausführungen nicht, Bedenken an der Richtigkeit der erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen zu erwecken, sodass auch die Tatsachenrüge scheitert.

Mit ihrer Rechtsrüge (lit a) bestreiten die Beklagten einen klagbaren Unterlassungsanspruch wegen der betriebstypischen Immissionen. Ein durch betrunkene Gäste beim Verlassen des Lokals erhöhter Lärmpegel sowie Verunreinigungen seien typische Immissionen der genehmigten Betriebsanlage eines Nachtgastronomiebetriebs (§ 364a ABGB) und als solche einem Unterlassungsanspruch nach § 364 Abs 2 Satz 1 ABGB entzogen.

Diesem Einwand hat schon das Erstgericht zutreffend entgegengehalten (US 17), dass der durch Kunden eines Unternehmens hervorgerufene lokalbezogene Lärm im gewerblichen Betriebsanlagengenehmigungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen ist, weshalb der Weg für eine auf § 364 Abs 2 ABGB gestützte Unterlassungsklage offen ist (3 Ob 2413/96s = RIS-Justiz RS0106886). Auch hier wurde das Verhalten der Gäste der Bar der Beklagten außerhalb der Betriebsanlage bei der gewerbebehördlichen Betriebsanlagengenehmigung außer Betracht gelassen (US 7).

Wegen der unbedingten Vergleichsangebote, die nicht angenommen wurden, ist nach Ansicht der Beklagten die Wiederholungsgefahr weggefallen, weil die Klägerin dadurch im Unterlassungsbegehren zu 1. lit a klaglos gestellt worden sei (lit b der Rechtsrüge). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beklagten der Klägerin nicht vergleichsweise angeboten haben, sich zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass die Klägerin nicht mehr in ihrer Nachtruhe durch die Lokalgäste gestört wird. Die Vergleichsangebote der Beklagten sind daher dem Unterlassungsbegehren der Klägerin nicht gleich zu halten.

Der Vorwurf der Beklagten, das Erstgericht habe nicht beachtet, dass es nur auf das Empfinden eines Durchschnittsmenschen in der Lage des Geschädigten ankomme (lit c der Rechtsrüge), stimmt nicht (US 20f unter Verweis auf RIS-Justiz RS0010557, darunter auch die in der Berufung zitierte Entscheidung zu 3 Ob 52/18w). Vielmehr ist das Erstgericht der zutreffenden Ansicht, dass die punktuell besonders hervorstechenden Geräusche auch einem durchschnittlichen Menschen den nötigen Schlaf rauben können (US 21).

Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe kein Vorbringen zur Gesundheitsbeeinträchtigung erstattet (lit d der Rechtsrüge), ist nicht richtig. Die Klägerin hat schon in der Klage vorgebracht, dass die jahrelangen Schlafstörungen durch die unzumutbaren Belästigungen zu Gesundheitsproblemen und Erkrankungen geführt hätten. Dazu begehrt die Klägerin die ergänzende Feststellung, dass sie durch die ständigen Schlafstörungen erheblich

erkrankt sei (S 10 der Berufungsbeantwortung), sie zeigt aber eine Entscheidungswesentlichkeit der ergänzend begehrten Feststellung nicht auf.

Weiters (lit e und f der Rechtsrüge) bestreiten die Beklagten einen Anspruch der Klägerin wegen Ortsüblichkeit der Immissionen und/oder mangels wesentlicher Beeinträchtigung. Die erstgerichtliche Eingrenzung auf den eher kleinräumigen Bereich widerspreche der aktuellen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 64/20w. Es sei nicht auf die Umgebung der beiden Lokale, sondern auf das gesamte Stadtviertel abzustellen.

Der oberstgerichtliche Fall zu 4 Ob 64/20w betraf keine Lärmimmissionen durch Lokalgäste, sondern durch Tiere, konkret durch Pfaue im Bereich von benachbarten Einfamilienhäusern. Dazu führte der Oberste Gerichtshof aus, dass sich der in § 364 Abs 2 ABGB verwendete Begriff „Ort“ im Regelfall nicht auf die beiden Nachbargrundstücke reduzieren lasse, sondern weiträumiger zu verstehen sei.

In diesem Sinn hat auch das Erstgericht die örtlichen Verhältnisse weiträumiger verstanden und auch den Bereich rund um die Lokale der Beklagten und die Liegenschaft der Klägerin betrachtet. Dass hier die Immissionsquelle den Charakter der Gegend geprägt hätte, wie in der oberstgerichtlichen Entscheidung angeführt wurde, ist auszuschließen, weil sich im Umkreis des Hauses der Klägerin keine weiteren Lokale befinden, erst recht nicht solche, die bis 04:00 Uhr früh offen haben würden. Dass generell auf ganze Stadtviertel abzustellen wäre, ist dieser oberstgerichtlichen Entscheidung nicht zu entnehmen. Vielmehr kann in der wiederholten und empfindlichen Störung der Nachtruhe (22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) von Hausbewohnern in der Regel eine ortsübliche Immission nicht erkannt werden (RIS-Justiz RS0037171). Außerdem ist der Maßstab der Wesentlichkeit der Einwirkung von der Zweckbestimmung des beeinträchtigten Grundstücks (hier für Wohnzwecke) abhängig (RIS-Justiz RS0010607). Entgegen den Berufungsausführungen ist der Straßenlärm in der Nacht, soweit ein solcher über das Nachtfahrverbot hinaus überhaupt stattfindet, mit den festgestellten Lärmbelästigungen nicht vergleichbar. Hier wurde festgestellt, dass im städtischen Bereich in den Nachtstunden nur Unterhaltungen in normaler Lautstärke ortsüblich sind. Die festgestellten extremen Lärmbelästigungen der Klägerin in der Nacht durch die Lokalgäste der Beklagten sind daher keinesfalls als ortsüblich anzusehen und stören die Nachtruhe auch eines Durchschnittsmenschen in der Lage der Klägerin massiv und empfindlich. Diese Lärmbelästigungen während der Nachtruhe sind daher keinesfalls zu akzeptieren und zu dulden.

Schließlich (lit g der Rechtsrüge) verneinen die Beklagten einen Anspruch der Klägerin mit dem Argument, dass sie vorweg auf störenden Lärm und Verunreinigungen ihrer Gäste vor den Betriebsanlagen nicht einwirken und diese nicht verhindern könnten. Dem ist entgegen zu halten, dass den Beklagten nicht vorgeschrieben werden kann, mit welchen Maßnahmen sie

auf ihre Lokalgäste einzuwirken haben, um den Unterlassungsgeboten verlässlich nachzukommen. Die Wahl der Mittel ist also den Beklagten zu überlassen, eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung ist aber nicht anzunehmen. Unter der Prämisse, dass die Interessen der Anrainer an einer ungestörten Nachtruhe über die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten zu stellen sind, könnten die Beklagten etwa den Betrieb der Bar einstellen, die Sperrstunde wesentlich vorverlegen, die Lokalgäste schon beim Betreten des Lokals auf Verhaltenspflichten nach dem Verlassen des Lokals hinweisen, an durch Alkohol beeinträchtigte Personen keinen Alkohol verkaufen, den Verkauf von Alkohol ab etwa 22:00 Uhr beenden, Lokalverbote androhen und allenfalls aussprechen, die Polizei um vermehrte Kontrollen vor den Lokalen in den Nachtstunden ersuchen und das Sicherheitspersonal außerhalb des Lokals wesentlich verstärken, um nur einige Beispiele zu nennen, um der Unterlassungsverpflichtung verlässlich nachkommen zu können.

Einen sekundären Feststellungsmangel (5. der Berufung) erblicken die Beklagten in der fehlenden Feststellung, dass die Klägerin eine übersensible und krankhafte Person und kein durchschnittlich empfindender Mensch sei. Die Klägerin begehrt dazu ebenfalls eine ergänzende Feststellung, nämlich, dass die jahrelangen Nachtruhestörungen zu schweren gesundheitlichen Störungen geführt hätten. Allerdings ist eine Entscheidungswesentlichkeit der zusätzlich beehrten Feststellungen für das Berufungsgericht nicht erkennbar.

Weiters vermissen die Beklagten Feststellungen zu einzelnen Urkunden, zur Aussage einer Zeugin, sowie dazu, wo einzelne Zeugen wohnen (5. lit b bis f der Berufung). Die dazu ergänzend beehrten Feststellungen ändern aber nichts an den unbedenklichen erstgerichtlichen Feststellungen zur Lärmbelästigung und zu den Verunreinigungen beim Haus der Klägerin durch die Lokalgäste der Beklagten.

Insgesamt war der Berufung der Beklagten ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten dieses Berufungsverfahrens stützt sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

## II. Zur Berufung der Klägerin:

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Rechtsrüge gegen die Klagsabweisung im Punkt 2. lit a. Die vom Erstgericht zusätzlich vorgenommene Spezifizierung der Lärmerregungsstatbestände („insbesondere ...“) beinhaltet keine teilweise Klagsabweisung. Auch der aufgenommene Zusatz „außerhalb dieser Lokale“ stelle lediglich eine Verdeutlichung dar, weil der Lärm innerhalb der Lokale nie Gegenstand des Klagsvorbringens gewesen sei. Letztlich sei die Klägerin mit ihrem Urteilsbegehren voll durchgedrungen und habe das Erstgericht dieses lediglich verdeutlicht bzw konkretisiert, weshalb die Abweisung eines nicht näher definierten Mehrbegehrens im Punkt 2. lit a des Urteilsspruchs zu entfallen habe.

Diesen Berufungsausführungen pflichtet das Berufungsgericht bei.

Nach der oberstgerichtlichen Judikatur ist – ohne Verstoß gegen § 405 ZPO – eine Anpassung des Urteilsspruchs an den sachlichen Inhalt des Klagebegehrens abweichend von dessen Wortlaut zulässig. Das Gericht ist also berechtigt und verpflichtet, den Urteilsspruch von Amts wegen dem tatsächlichen Begehren des Klägers anzupassen, ihn zu verdeutlichen, ihm eine klarere und präzisere Fassung zu geben, wobei ein Begehren immer so zu verstehen ist, wie es im Zusammenhalt mit dem Vorbringen tatsächlicher Art von der Partei gemeint war (RIS-Justiz RS0041254). Derartige Anpassungen und Verdeutlichungen des Urteilsspruchs an das Klagsvorbringen ändern aber nichts am Erfolg des Klagebegehrens.

Hier war der Lärm innerhalb der Lokale nicht Teil des Klagsvorbringens (s. auch US 21), daher ist die vom Erstgericht vorgenommene Einfügung des Zusatzes „außerhalb dieser Lokale“ bloß eine Verdeutlichung des Urteilsspruchs. Auch die beispielhafte Anführung einiger Formen der Lärmbelästigung („insbesondere ...“) im Punkt 1. lit a des Spruchs stellt kein Unterliegen der Klägerin dar. Die Klägerin ist daher mit ihrem Unterlassungsbegehren zu 1. lit a voll durchgedrungen, sodass die Abweisung eines nicht näher definierten Mehrbegehrens im Punkt 2. lit a und des Eventualbegehrens zu entfallen hat.

Mit ihrer Tatsachenrüge wendet sich die Klägerin gegen die Klagsabweisung unter Punkt 2. lit b des erstgerichtlichen Urteilsspruchs. Sie lässt die Abweisung hinsichtlich des Läutens an Türglocken der Anrainer unangefochten, bekämpft aber die Abweisung hinsichtlich des Umwerfens von Mülltonnen und insoweit die erstgerichtliche Negativfeststellung (US 11, 2. Absatz). Sie begehrt die Feststellung, dass Lokalgäste in der Nacht sowohl in der Nachbarschaft als auch vor dem Haus der Klägerin Mülltonnen umwerfen würden, wodurch erheblicher Lärm verursacht werde.

Dazu ist klarzustellen, dass jegliche Lärmbelästigungen der Klägerin, die über normale Gesprächslautstärke hinausgehen und die Nachtruhe der Klägerin stören, schon vom stattgebenden Urteilsspruch zu 1. lit a umfasst sind, sodass es der begehrten Ersatzfeststellung nicht bedarf.

Das Klagebegehren zu lit b betraf hingegen sonstige Verunreinigungen und Belästigungen durch die Lokalgäste. Die diesbezügliche Negativfeststellung hat das Erstgericht in der Beweiswürdigung (US 16 f) logisch nachvollziehbar begründet und dabei angezweifelt, dass Lokalgäste Mülltonnen umgeworfen hätten. Mit dieser Beweiswürdigung setzt sich die Klägerin nicht auseinander, sie ist auch nicht zu beanstanden.

Die Klagsabweisung zu 2. lit b hat daher nicht zu entfallen. Im Punkt 1. lit a wurde die Anführung dieses speziellen Lärmtatbestands von der Klägerin nicht beantragt, sie ist aber ohnehin von der Urteilsstattgabe zu 1. lit a mitumfasst, weil dort einzelne Lärmtatbestände nur bei-

spielhaft aufgezählt wurden.

Mit ihrer Mängelrüge kritisiert die Klägerin die teilweise Klagsabweisung im Punkt 1. lit a als überraschend, weil das Erstgericht nicht mit ihr erörtert habe, dass das Klagebegehren zu weit gefasst sei. Auf diese Ausführungen ist nicht mehr einzugehen, weil in diesem Punkt schon der Rechtsrüge der Klägerin Folge zu geben war.

Aus diesen Erwägungen war der Berufung der Klägerin ein teilweiser Erfolg beschieden. Das angefochtene Urteil war im klagsabweisenden Teil (2. des Spruchs) dahin abzuändern, dass die Abweisung des Mehrbegehrens hinsichtlich der Lärmstörung (lit. a) und hinsichtlich des Eventualbegehrens zu entfallen hat, während die Klagsabweisung im Punkt 2. lit b zu bestätigen war.

Auf Grund der erfolgten Abänderung in der Hauptsache war auch eine neue Entscheidung über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vorzunehmen. Die Klägerin ist mit ihrer Kostenrüge auf diese neu vorzunehmende Kostenentscheidung zu verweisen, die sich auf die §§ 43 Abs 1 und 50 ZPO stützt.

Die Klägerin hat ihr gesamtes Unterlassungsbegehren mit EUR 34.000,00 bewertet. Dem Klagsvorbringen ist zu entnehmen, dass den Schwerpunkt der Klage die nächtlichen, die Gesundheit der Klägerin beeinträchtigenden Lärmbelastigungen bilden. Mit diesem überwiegenden Teil des Klagebegehrens (lit a), der nach Ansicht des Berufungsgerichtes mit etwa zwei Drittel des gesamten Klagebegehrens zu bewerten ist, ist die Klägerin zur Gänze durchgedrungen. Die Anpassung des Urteilsspruchs an das Klagsvorbringen und die Konkretisierung des Urteilsspruchs ist auch kostenrechtlich nicht als Unterliegen anzusehen. Ein Unterliegen der Klägerin liegt daher nur teilweise mit dem Klagebegehren zu lit b vor. Im Punkt lit b, der das restliche Drittel des gesamten Klagebegehrens ausmacht, hat die Klägerin sechs Belästigungstatbestände aufgezählt, sie ist mit vier Tatbeständen durchgedrungen und mit zwei Tatbeständen unterlegen. Damit ist die Klägerin insgesamt mit 89 % ihres gesamten Klagebegehrens durchgedrungen und mit 11 % als unterlegen anzusehen.

Das von der Klägerin in ihrer Kostenrüge angesprochene Kostenprivileg des § 43 Abs 2 ZPO ist grundsätzlich nur bei einem geringfügigen Unterliegen bis zu etwa 10 % anzunehmen (vgl Obermaier Kostenhandbuch Rz 1.177).

Davon ausgehend ist hier die erstinstanzliche Kostenentscheidung (wie auch schon vom Erstgericht) nach § 43 Abs 1 ZPO vorzunehmen. Die Klägerin erhält 89 % der von ihr allein getragenen Barauslagen sowie 78 % der gemeinsam getragenen Barauslagen und 78 % ihrer Vertretungskosten ersetzt, während die Beklagten 11 % ihrer allein getragenen Barauslagen ersetzt erhalten. Das Kostenverzeichnis der Klägerin (ON 92, AS 437) hat schon das Erstgericht anhand der Einwendungen der Beklagten (ON 94) überprüft und teilweise gekürzt.

Diese Ausführungen (US 22 f) wurden nicht beanstandet und werden übernommen. Der Barauslagenersatzanspruch der Klägerin von EUR 1.180,19 (89 % von EUR 817,30 und 78 % von EUR 580,50) abzüglich jenem der Beklagten von EUR 138,60 (11 % von EUR 1.260,00) ergibt einen Saldo von EUR 1.041,59, den die Klägerin ersetzt erhält. Dazu kommt der Anspruch auf Kostenersatz für die Vertretungskosten in Höhe von EUR 23.891,72 (78 % von netto EUR 25.525,34 zuzüglich EUR 3.981,95 USt). Dies ergibt einen gesamten Kostenersatzanspruch der Klägerin von EUR 24.933,31.

Die Entscheidung über die Kosten dieses Berufungsverfahrens stützt sich auf die §§ 43 Abs 1 und 50 ZPO. Die Klägerin ist mit ihrem Berufungsbegehren hinsichtlich Punkt 2. lit a des Spruchs durchgedrungen und hinsichtlich Punkt 2. lit b des Spruchs unterlegen, sodass eine Kostenaufhebung gerechtfertigt erscheint. Die Klägerin hat nach § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO Anspruch auf Kostenersatz für die Hälfte der von ihr getragenen Pauschalgebühr.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes beruht auf § 500 Abs 2 Z 1 ZPO und orientierte sich an der Bewertung des Unterlassungsbegehrens durch die Klägerin.

Die ordentliche Revision war gemäß § 500 Abs 2 Z 3 ZPO mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage von der in § 502 Abs 1 ZPO umschriebenen Bedeutung nicht zuzulassen. Von der zitierten oberstgerichtlichen Judikatur wurde nicht abgegangen, im Übrigen waren die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend.

---

**Oberlandesgericht Linz, Abteilung 1**

**Linz, 1. April 2021**

**Dr. Ulrike Neundlinger, Richterin**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG



Diese Ausfertigung ist rechtskräftig und vollstreckbar.

Landesgericht Salzburg  
Abt. 24, am 7.10.2021

**Mag. Heidi Premstaller-Grundner  
Richterin**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

